Collection de l'Académie
de Droit International Humanitaire et de Droits Humains à Genève
Collection of the Geneva Academy
of International Humanitarian Law and Human Rights

Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question

Globalization, migration and human rights : international law under review

Volume II

Sous la direction de/under the direction of

VINCENT CHETAIL

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 7

L'Academie de droit international humanitaire et de droits humains n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les publications de la collection.

ISBN 978-2-8027-2338-7
D / 2007 / 0023 / 16

© 2007 Etablissements Emile Bruylant, S.A.

Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

PRÉFACE

Le présent ouvrage s'inscrit dans le cadre du programme international de recherche *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme* financé par le Réseau universitaire international de Genève (RUIG), sur la base d'un partenariat entre la Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation de l'Université de Genève (FPSE) et l'Institut universitaire de hautes études internationales (IUHEI), en collaboration avec l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, l'Institut d'études politiques et internationales de l'Université de Lausanne (IEPI), le Bureau international du Travail (BIT) et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR).

Le contenu de la recherche repose sur deux axes opérationnels essentiels : «Société» et «Droit». Chacun de ces axes fait l'objet d'un ouvrage dans la présente collection, sous les titres suivants :

- M.-C. Caloz-Tschopp & P. Dasen (dir.), *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté / Globalization, Migration and Human Rights : A New Paradigm for Research and Citizenship*, vol. I ;
- V. Chetail (dir.), *Mondialisation, Migration et Droits de l'homme : le droit international en question / Globalization, Migration and Human Rights : International Law under Review*, vol. II.

La présente recherche intervient à un moment crucial où la migration est placée au cœur de tous les agendas internationaux et nationaux, comme en témoignent les multiples initiatives initiées au sein des Nations Unies, de l'Union européenne et de divers autres forums multilatéraux. Nous nous sommes cependant situés dans un espace différent, où l'urgence, la violence, les tensions institutionnelles et les intérêts sont un instant suspendus, pour qu'une réflexion approfondie soit possible et qu'une responsabilité puisse s'exercer, où les chercheurs ont leur place.

La recherche interdisciplinaire s'est déroulée du 1er janvier 2004 au 31 juin 2006 sous la responsabilité académique du Professeur Pierre Dasen (Chaire en approches interculturelles de l'éducation,

FPSE www.unige.ch/fapse) et la co-direction scientifique de Marie-Claire Caloz-Tschopp (FPSE/IEPI) et Vincent Chetail (IUHEI/Académie de Genève). Elle a impliqué 46 chercheurs provenant de diverses régions du monde et de nombreuses disciplines afin d'évaluer le phénomène migratoire dans ses multiples dimensions. La recherche a eu pour objectif de participer à une meilleure compréhension du mouvement des populations en intégrant une donnée essentielle – et souvent méconnue – de la migration : la prise en compte des besoins fondamentaux et le respect des droits de l'homme du migrant.

Un Colloque international, organisé à Genève les 16 et 17 janvier 2006 avec le soutien de la Ville de Genève, a permis de réunir l'ensemble des chercheurs et des institutions intéressées pour présenter une première synthèse de leurs travaux auprès de nombreux participant-e-s, incluant les représentants des autorités universitaires, de missions diplomatiques et de diverses organisations intergouvernementales et non-gouvernementales.

Nous remercions très vivement le Réseau universitaire international de Genève (RUIG) et tout particulièrement Jean-Marie Dufour et Randall Harbour. Nous remercions également le Professeur Anik de Ribaupierre (Doyenne, FPSE) et le Professeur Philippe Burrin (Directeur, IUHEI), pour le soutien qu'ils nous ont apporté. Nous remercions la Ville de Genève, l'Union des syndicats du canton de Genève, de Solidarité sans Frontières (Berne) qui ont apporté leur soutien logistique et financier. Nous souhaitons aussi remercier en particulier Dr. Ibrahim Awad (Directeur, Programme des migrations internationales, BIT), Geneviève Bador (administratrice principale, service du secteur privé et des affaires publiques, UNHCR) et Dr. Jean-Pierre Laviec (Directeur *ad interim*, Institut international d'études sociales, BIT). Nos remerciements s'adressent à toutes les personnes qui nous ont assisté dans l'organisation du colloque. Nous songeons à Violeta Araujo et Jane Seligmann, Maria et Andres Perez, Mohammad Aftab U. Khan, Julien Burda, Vittorio Mainetti, Sergio Luis Saba Rangel Do Carmo et Fouad Zarbiev. Nos plus vifs remerciements s'adressent aussi à Françoise Kopf et Magali Favre pour leur travail de recherche documentaire et à Mélanie Jeanroy pour la révision du manuscrit. Enfin, un merci

tout particulier à l'ensemble des chercheurs qui ont concrétisé par leurs réflexions, les objectifs de notre programme de recherche.

Prof. Pierre DASEN

Faculté de psychologie
et des sciences de l'éducation
de l'Université de Genève

Dr. Marie-Claire
CALOZ-TSCHOPP

Faculté de psychologie
et des sciences de l'éducation
de l'Université de Genève/
Institut d'études politiques
et internationales de l'Université
de Lausanne

et

Dr. Vincent CHETAIL

Académie de droit international humanitaire
et de droits humains à Genève/Institut universitaire
de hautes études internationales

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACEDH :	*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*
ACDI :	*Annuaire de la Commission du droit international*
ADP :	*Archives de philosophie du droit*
AFDI :	*Annuaire français de droit international*
AIDI :	*Annuaire de l'Institut de droit international*
AJDA :	*Actualité juridique – Droit administratif*
AJIL :	*American Journal of International Law*
AJPIL :	*Austrian Journal of Public and International Law*
ASDI :	*Annuaire suisse de droit international*
ASIL Proc. :	*American Society International Law Proceedings*
AULR :	*American University Law Review*
AYIL :	*African Yearbook of International Law*
AustYIL :	*Australian Yearbook of International Law*
BHRLR :	*Buffalo Human Rights Law Review*
BJIL :	*Berkeley Journal of International Law*
Boston CI & CLR :	*Boston College International & Comparative Law Review*
BYIL :	*British Yearbook of International Law*
CDE :	*Cahier de droit européen*
CDESC :	Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies
CDH :	Comité des droits de l'homme des Nations Unies
CE :	Conseil d'État
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme
CEDR :	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CIJ :	Cour internationale de Justice
CJTL :	*Columbia Journal of Transnational Law*
CLDH :	*Chronique de la Ligue des droits de l'homme*
CLY :	*Common Law Yearbook*
CMLR :	*Common Market Law Review*
Columbia JTL :	*Columbia Journal of Transnational Law*
ComEDH :	Commission européenne des droits de l'homme
Cornell ILJ :	*Cornell International Law Journal*

CPJI :	Cour Permanente de Justice Internationale
CRR :	Commission des recours des réfugiés
CYIL :	*Canadian Yearbook of International Law*
DJCIL :	*Duke Journal of Comparative and International Law*
DJILP :	*Denver Journal of International Law and Policy*
DR :	*Recueil des décisions et des rapports de la Commission européenne des droits de l'homme*
EHRR :	*European Human Rights Reports*
EJIL :	*European Journal of International Law*
EJML :	*European Journal of Migration and Law*
ELR :	*European Law Review*
EPL :	*European Public Law*
ERPL :	*European Review of Public Law*
GISTI :	Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés
Georg. Imm. LJ :	*Georgetown Immigration Law Journal*
GP :	*Gazette du Palais*
GYIL :	*German Yearbook of International Law*
Harvard ILJ :	*Harvard International Law Journal*
HCR :	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
HL :	House of Lords
HRJ :	*Human Rights Journal*
HRLJ :	*Human Rights Law Journal*
HRQ :	*Human Rights Quarterly*
ICLQ :	*International and Comparative Law Quarterly*
IJIL :	*Indian Journal of International Law*
IJRL :	*International Journal of Refugee Law*
IMR :	*International Migration Review*
Indian JIL :	*Indian Journal of International Law*
IYHR :	*Israel Yearbook on Human Rights*
IYIA :	*Indian Yearbook of International Affairs*
JDI :	*Journal de droit international*
JOCE :	*Journal officiel des Communautés européennes*
JRS :	*Journal of Refugee Studies*
LQR :	*Law Quarterly Review*
MLR :	*Modern Law Review*
MYILS :	*Michigan Yearbook of International Legal Studies*
NELR :	*New England Law Review*

NCJILCR :	*North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*
NILR :	*Netherland International Law Review*
NQHR :	*Netherlands Quarterly on Human Rights*
NYIL :	*Netherlands Yearbook of International Law*
NYUJILP :	*New York University Journal of International Law and Politics*
NJIL :	*Nordic Journal of International Law*
OFPRA :	Office français de protection des réfugiés et apatrides
RBDI :	*Revue belge de droit international*
RCADI :	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*
RD :	*Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme*
RDE :	*Revue de droit des étrangers*
RDP :	*Revue de droit public*
Rec. CIJ :	*Recueil des arrêts et des avis consultatifs de la Cour internationale de Justice*
Rec. CRR :	Contentieux des réfugiés. Jurisprudence du Conseil d'État et de la Commission des recours des réfugiés. Centre d'information contentieuse
Recueil :	*Recueil des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*
REMI :	*Revue européenne des migrations internationales*
req. :	requête
RFDA :	*Revue française de droit administratif*
RGDIP :	*Revue générale de droit international public*
RHDI :	*Revue hellénique de droit international*
RICR :	*Revue internationale de la Croix-Rouge*
RMCUE :	*Revue du marché commun et de l'Union européenne*
RSA :	*Recueil des sentences arbitrales*
RSQ :	*Refugee Survey Quarterly*
RSDIE :	*Revue suisse de droit international et européen*
RTDE :	*Revue trimestrielle de droit européen*
RTDH :	*Revue trimestrielle des droits de l'homme*
RTNU :	*Recueil des Traités des Nations Unies*
RTSDN :	*Recueil des Traités de la Société des Nations*
RUDH :	*Revue universelle des droits de l'homme*
Série A :	*Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*

STE :	*Série des traités européens (Conseil de l'Europe)*
UKHL :	United Kingdom House of Lords
U. Miami Inter-Am. L. Rev. :	*University Miami Inter-Amercian Law Review*
Va. J.I.L. :	*Virginia Journal of International Law*
Vanderbilt JTL :	*Vanderbilt Journal of Transnational Law*
YIIHL :	*Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*
ZaöRV :	*Zeitschrift für Ausländisches Offentliches Recht und Völkerrecht*

MIGRATION, DROITS DE L'HOMME ET SOUVERAINETÉ : LE DROIT INTERNATIONAL DANS TOUS SES ÉTATS

PAR

VINCENT CHETAIL (1)

PLAN

INTRODUCTION 14

I. – ORIGINES ET ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL DES MIGRATIONS 23

A. – *Le paradigme souverain de l'admission des étrangers dans la doctrine du droit des gens* 24

1. La liberté de communication chez Francisco de Vitoria et Hugo Grotius 25

2. La compétence souveraine de l'État chez Samuel von Pufendorf et Christian Wolff 29

3. La synthèse d'Emer de Vattel et l'exception du droit de nécessité 31

B. – *Le traitement des étrangers et le droit de la responsabilité internationale de l'État* 35

1. L'étranger dans les relations entre États 36

2. Traitement national ou international ? 39

C. – *Le droit international des droits de l'homme et les migrations* 47

1. Les sources et les fonctions des droits de l'homme dans l'ordre juridique international 47

2. L'impact des droits de l'homme sur le droit international des migrations 55

II. – PRINCIPES ET CONTENU DU DROIT INTERNATIONAL DES MIGRATIONS 64

A. – *Les droits de l'homme en mouvement* 65

1. La dialectique émigration/immigration dans les droits de l'homme .. 65

(1) Directeur de la recherche, Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève; Chargé d'enseignement en droit international public, Institut universitaire de hautes études internationales; Co-directeur scientifique du programme de recherche *Mondialisation, migration et droits de l'homme*.

• Le droit à l'émigration 65
• Le droit de l'immigration 70
2. Les règles relatives à l'entrée sur le territoire 75
• Le regroupement familial 76
• Le principe de non-refoulement 79
• Les garanties procédurales et la mise en œuvre des contrôles migratoires 84
3. Les règles relatives au séjour de l'étranger 92
• Les droits civils et politiques de l'étranger 93
• Les droits économiques, sociaux et culturels de l'étranger 98
B. – *Les régimes spécifiques de protection* 105
1. Le réfugié 106
• Les conditions d'accès au statut de réfugié 107
• Le contenu du statut de réfugié 114
2. Le travailleur migrant 119
• Les traités relatifs à la protection des travailleurs migrants conclus sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail 119
• La Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 126
En guise de conclusion 130

Introduction

Nous vivons dans une ère du mouvement. Les biens et les capitaux n'ont jamais circulé aussi facilement qu'aujourd'hui. Les personnes ne cessent de traverser les frontières. Les raisons de cette accélération du mouvement sont multiples et rarement exclusives l'une de l'autre. La migration puise son origine dans deux causes principales connues de tous : les inégalités socio-économiques entre le Nord et le Sud, exacerbées par la persistance des conflits et les violations graves des droits de l'homme. A ces causes traditionnelles de la migration se sont ajoutés d'autres facteurs plus récents étroitement liés aux bouleversements technologiques, institutionnels et culturels, souvent catalogués sous le terme générique de «mondialisation». La révolution des modes de transport devenus de moins en moins coûteux, l'évolution des technologies de l'information ou encore l'accroissement des communautés transnationales

ont puissamment contribué au renouvellement du phénomène migratoire.

Une fois dépouillé de sa charge émotionnelle, le terme commode de mondialisation permet de qualifier un changement de perception de l'espace, où les distances sont réduites et l'interdépendance des différents acteurs internationaux est accrue. Le phénomène n'est pas nouveau en soi. Mais la prise de conscience s'est accentuée durant le dernier siècle. Sans remonter trop loin dans l'histoire des relations internationales, Paul Valéry constate en 1931 que :

> «[L]'ère de libre expansion est close [...]; plus de région hors des douanes et hors des lois; plus une tribu dont les affaires n'engendrent quelque dossier et ne dépendent, par les maléfices de l'écriture, de divers humanistes lointains dans leurs bureaux. *Le temps du monde fini commence* [...]. Quoi de plus remarquable et de plus important que cet inventaire, cette distribution et cet enchaînement des parties du globe? Leurs effets sont déjà immenses. Une solidarité toute nouvelle, excessive et instantanée, entre les régions et les événements est la conséquence déjà très sensible de ce grand fait. Nous devons désormais rapporter tous les phénomènes politiques à cette condition universelle récente; chacun d'eux représentant une obéissance ou une résistance aux effets de ce bornage définitif et de cette dépendance de plus en plus étroite des agissements humains [...]. Les *effets des effets*, qui étaient autrefois insensibles ou négligeables relativement à la durée d'une vie humaine, et à l'aire d'action d'un pouvoir humain, se font sentir presque instantanément à toute distance, reviennent aussitôt vers leurs causes [et] ne s'amortissent que dans l'imprévu» (2).

D'aucun de nos contemporains ne conteste plus qu'«avec le rétrécissement des distances et le développement des technologies de transmission de l'information, ce qui arrive au loin importe beaucoup plus aujourd'hui que jadis» (3). Les migrations contemporaines ne sont que la conséquence de ce qui arrive au loin et resurgit comme le rappel incarné de la clôture du monde.

L'abondance de l'Occident, désormais plus visible, exerce son attraction sur les migrants économiques des pays du Sud, pour qui la perspective de parcourir plusieurs milliers de kilomètres en quête d'une vie meilleure est devenue une réalité accessible. Le migrant est devenu, en fait sinon en droit, un acteur incontournable de cette société internationale que l'on dit mondialisée. Selon le Rapport de la Commission mondiale des migrations internationales, le nombre

(2) VALÉRY P., *Regards sur le monde actuel* (1931), tome II des *Œuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1960, pp. 923-924.

(3) ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2e éd., LGDJ, Collection droit et société, Paris, 2004, p. 50.

des migrants sur la planète aurait doublé depuis 1980, pour atteindre aujourd'hui 200 millions de personnes (4). C'est à la fois beaucoup et peu. Beaucoup, car cela équivaut à la population du Brésil, le 5ème pays le plus peuplé du monde. Mais c'est peu, lorsque l'on sait que le chiffre de 200 millions de personnes correspond à la marge d'erreur du calcul de la population mondiale (c'est-à-dire autour de 3 %) (5). Plus que son importance numérique, c'est sans doute la perception que l'on a du phénomène migratoire qui s'est profondément renouvelée. La migration, si elle est aussi ancienne que l'humanité, est devenue plus visible que par le passé. Chaque pays se sent concerné, qu'ils s'agissent des pays d'immigration, de transit ou d'émigration, et certains d'entre eux – comme au Nord de l'Afrique – sont en passe de devenir les trois à la fois.

Pourtant, si la mondialisation a mobilisé l'imagination des juristes pour penser l'ordre juridique international et ses mutations réelles ou supposées (6), ils font preuve d'une retenue presque pudique dès lors qu'il est question de la migration. Ce serait «l'une des zones d'obscurité» de ce droit à vocation mondiale (7), voir même «l'opposé du droit cosmopolitique» (8) rêvé par Kant (9). La tentation est grande pour le juriste de se protéger derrière le paravent simpliste et rassurant de ce qu'il appelle le *domaine réservé*, cette zone paradoxale de droit et de non-droit qui relèverait de la seule compétence nationale de l'État, mais dont l'étendue serait déterminée par le droit international lui-même. C'est d'ailleurs la conclusion

(4) *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Commission mondiale sur les migrations internationales, 2005, p. 1.

(5) Voir la contribution très instructive de Luc Legoux dans le volet «société» de la recherche parue *in* : Caloz-Tschopp M.-C. & Dasen P. (dir.), *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté / Globalization, Migration and Human Rights : A New Paradigm for Research and Citizenship*, Vol. I, Bruylant, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruxelles, 2007.

(6) Voir parmi une littérature luxuriante : Loquin E. & Kessedjian C. (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000; Morand C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Collection de droit international, Bruxelles, 2001; Mockle D. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruylant, Collection mondialisation et droit international, Bruxelles, 2002; Coicaud J.-M., Doyle M.W. & Gardner A.-M. (eds.), *The Globalization of Human Rights*, United Nations University Press, Tokyo, 2003; *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*, Editions juridiques et techniques, Paris, 2004; Schiff Berman P. (ed.), *The Globalization of International Law*, Ashgate, Aldershot, 2005.

(7) Delmas-Marty M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998, p. 69.

(8) Kohen M.G., «Internationalisme et mondialisation», *in* : Morand C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, *op. cit.*, p. 120.

(9) Kant E., *Projet de paix perpétuelle, Œuvres III, les derniers écrits*, 1795, Gallimard, Paris, 1986, pp. 350-353.

à laquelle était parvenue en 1923 la Cour permanente de Justice internationale sur la question de la nationalité :

> «La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. [...] Il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer à son grès soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États. En ce cas, la compétence de l'État, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international» (10).

Le monde a changé depuis. La migration est au cœur du débat public, pas seulement national mais aussi international. De très nombreuses initiatives multilatérales ont vu le jour ces dernières années dans les enceintes les plus diverses. Il suffit d'évoquer les importants développements régionaux en Europe ou ailleurs et, au niveau universel, le rôle catalyseur qu'entendent désormais jouer les Nations Unies. Cette prise de conscience collective connaît une accélération sans précédent, depuis la création en 1999 d'un *Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants*, jusqu'au récent *Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement* organisé au sein de l'Assemblée générale en septembre 2006, en passant par la *Commission mondiale sur les migrations internationales* qui a rendu son rapport en octobre 2005, au terme du mandat qui lui avait été confié par le Secrétaire général deux ans auparavant.

La migration est devenue une priorité sur l'agenda international et chacun souhaite faire entendre sa voix. Divers autres acteurs étatiques ou interétatiques se sont joints au mouvement dans le cadre de processus plus informels de consultations multilatérales. On mentionnera l'*Initiative de Berne* lancée par la Suisse en juin 2001 qui a abouti à l'adoption en décembre 2004 d'un *Agenda international pour la gestion des migrations* censé recenser les «pratiques efficaces» du point de vue des États consultés. De même, le *Dialogue international sur les migrations* lancé en novembre 2001 par l'Organisation internationale pour les migrations entend, selon l'article 1 e) de sa constitution, participer à «la promotion de la coopération et de la coordination des efforts internationaux sur les questions de migra-

(10) CPJI, Avis consultatif du 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Série B n° 4, p. 24.

tion internationale». L'Organisation internationale du Travail s'est également saisie de la question lors de la 92ème session de la Conférence internationale du Travail réunie en juin 2004. Cette nouvelle initiative a permis l'adoption en novembre 2005 d'un *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre* qui regroupe les *Principes et lignes directrices non contraignants pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits.*

La migration est désormais une question d'intérêt commun, qui ne peut plus être traitée sur une base purement unilatérale. Mais la multiplication des *fora* internationaux et la prolifération des standards non contraignants masquent mal le profond malaise qui domine la question migratoire. Cette effervescence révèle en arrière-fond la tension récurrente entre une réalité sociale du mouvement, que nul ne peut plus ignorer, et un présupposé normatif qui voit dans l'admission des étrangers le dernier bastion de la souveraineté de l'État (11). Ce décalage récurrent entre le fait et le droit met crûment en lumière les contradictions que traverse aujourd'hui la société internationale et, par extension, le droit international dont il n'est que le reflet. Dans un tel contexte, la rhétorique de la «gestion» des migrations n'a rien d'anodin. Les débats passionnés autour de ce que certains appellent le «nouveau régime international des migrations» (12) sont le reflet des crispations et des incertitudes face à une réalité sociale mouvante par excellence, avec laquelle il faut désormais composer.

Devant tant d'attentions, un premier constat s'impose. On ne peut plus soutenir aujourd'hui, comme l'avait affirmé en son temps Victor Hugo, que : «L'exil, c'est la nudité du droit». Comme bon nombre d'activités humaines, le fait de quitter un pays pour aller

(11) GOWLLAND-DEBBAS V., «Introduction», *in* : GOWLLAND-DEBBAS V. (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1996, p. XII : «It is indeed ironical at a time when it has become fashionable to speak of the withering away or erosion of State sovereignty that we are witnessing a reinforcement of that last bastion of State sovereignty which is the right to decide who to admit and who to expel».

(12) Voir à ce propos : NEWLAND K. & PAPADEMETRIOU D.G., «Managing International Migration : Tracking the Emergence of a New International Regime», *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.*, 1998, pp. 637-657; GHOSH B. (ed.), *Managing Migration. Time for a New International Regime?*, Oxford University Press, 2000; SCHINDLMAYR T., «Sovereignty, Legal Regimes, and International Migration», *International Migration*, 2003, pp. 109-123; PELLERIN H., «Intégration économique et sécurité : nouveaux facteurs déterminants de la gestion de la migration internationale», *Choix*, 2004, pp. 27; MARTIN P.L., WEIL P. & MARTIN S.F., *Managing Migration. The Promise of Cooperation*, Lexington Books, Program in Migration and Refugee Studies, Lanham, 2006.

dans un autre n'échappe plus à l'emprise du droit international. Il existe, au niveau universel, de multiples normes applicables aux migrants et répartis entre diverses branches du droit international (droit des réfugiés, droits de l'homme, droit du travail, droit du commerce international, droit aérien et maritime, droit consulaire et diplomatique, droit international économique, droit humanitaire...). La première difficulté rencontrée tient au caractère fragmentaire ou, du moins, dispersé des règles existantes. La condition de l'étranger en droit international peut être comparée à un puzzle géant, dont les pièces sont apparues au fil du temps, mais leur nombre définitif est encore incertain, si bien que le tableau d'ensemble reste à inventer (13).

Le migrant n'est pas appréhendé par le droit international de manière globale mais par touches successives, par référence à des catégories prédéterminées d'individus. Le droit international s'est traditionnellement intéressé, tout d'abord, à deux catégories spécifiques et clairement individualisées d'étrangers, à savoir : le réfugié et le travailleur migrant. Cette démarche catégorielle a été élargie, ensuite, à d'autres groupes d'individus, tels que par exemple les victimes de la torture, du trafic ou de la traite d'êtres humains. Cette approche segmentée du droit international a donné naissance à un amalgame disparate de normes les plus diverses, qui ne sont pas articulées entre elles de manière claire et accessible. L'éclatement des règles internationales applicables aux migrations demeure l'un des principaux enjeux d'aujourd'hui, car il nuit à la compréhension des normes et, par voie de conséquence, à leur application effective.

Aux fins de l'analyse, ces règles éparses peuvent être regroupées sous l'expression générique de *droit international des migrations*, c'est-à-dire l'ensemble des règles internationales applicables aux personnes qui quittent un pays, ou sont sur le point de le quitter, pour entrer dans un autre et s'y installer à titre durable ou temporaire. Cette définition générale et sommaire a vocation à couvrir le phénomène migratoire dans ses deux composantes que sont l'émigration et l'immigration. Elle permet d'y inclure tout migrant, indé-

(13) Cette image a été développée par Richard B. LILLICH dans : *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester University Press, 1984, p. 3 et p. 123. Nous utiliserons ici indifféremment les termes de «migrant» et d' «étranger», même si nous sommes conscient qu'ils n'ont pas nécessairement la même signification. Le premier fait référence au mouvement, tandis que le second est défini par opposition au national.

pendamment du motif poursuivi (économique, politique, familiale ou autre), des liens avec l'État de départ (pays d'origine, de résidence ou de transit) et de la durée de son établissement dans un autre État (immigration temporaire ou durable) (14). L'expression *international migration law* est très courante dans les pays de langue anglaise. Le premier manuel sur la question est d'ailleurs paru il y a 34 ans déjà (15). Elle est, en revanche, peu sinon pas usitée dans la littérature francophone. L'exception française pourrait surprendre (16). L'expression de «droit international des migrations» (17) est pourtant utilisée dès 1927 dans un cours de l'Académie de La Haye dispensé par Louis Varlez sur *Les migrations internationales et leur réglementation*. L'auteur souligne alors combien l'étude du droit international des migrations «montre qu'on se trouve actuellement en présence d'une activité règlementaire extrêmement vivace et luxuriante, où il est possible, mieux peut-être que pour aucun autre phénomène, de suivre la vie du Droit, en voie de constante évolution» (18).

Le constat effectué au siècle dernier n'a rien perdu de son actualité. Comme l'a fort bien rappelé Richard Perruchoud en 2005, «le droit international de la migration est peut-être celui qui ressemble le plus au droit international public général, un droit dynamique, en

(14) La migration interne est en revanche exclue de son champ d'application, même si elle obéit à une logique parfois similaire. Voir à ce sujet : KÄLIN W., *Annotations to the Guiding Principles on Internal Displacement*, The American Society of International Law & the Brookings Institution Project on Internal Displacement, Washington D.C., 2000; PHUONG C., *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge University Press, 2005; CHETAIL V. (ed.), *Internally Displaced Persons : The Challenges of International Protection*, Refugee Survey Quarterly, Oxford University Press, 2005.

(15) PLENDER R., *International Migration Law*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972. Une seconde édition révisée est parue en 1988 à Martinus Nijhoff Publishers. Voir également : GOODWIN-GILL G.S., *International Law and the Movement of Persons between States*, Clarendon Press, Oxford, 1978. Parmi les ouvrages d'ensemble plus récents, voir : SOHN L.B. & BUERGENTHAL T. (eds.), *The Movement of Persons Across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, American Society of International Law, Washington D.C., 1992; ALEINIKOFF T.A. & CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003.

(16) Cela est peut-être la conséquence de la séparation disciplinaire entre le droit administratif et le droit international. On ne saurait exclure non plus le manque certain d'imagination qui amène bon nombre d'internationalistes francophones à se contenter du paravent de la compétence nationale, jusqu'à en oublier certaines évidences. Le thème suscite le scepticisme, au mieux de la condescendance, alors même que le droit international et la migration ont toujours entretenus d'étroites relations pour des raisons évidentes, auxquelles leurs collègues anglo-saxons sont davantage sensibilisés, ne serait-ce que pour des considérations strictement historiques ou géographiques.

(17) VARLEZ L., «Les migrations internationales et leur réglementation», *RCADI*, 1927-V, T. 20, p. 171.

(18) *Ibid.*, p. 343.

évolution constante, aux contours parfois flous, un droit imparfait mais nécessaire pour mieux appréhender et gérer un des problèmes les plus aigus de notre époque» (19). La migration n'a pas toujours été un problème. En revanche, elle a toujours été au cœur du droit international et de son évolution. On n'en sera pas surpris, le mouvement des personnes étant une affaire de relations internationales par excellence.

Notre propos n'est pas d'asséner ici une vérité toute faite sur ce que serait un hypothétique régime international des migrations, si cher à la doctrine anglo-saxonne. Il s'agit de participer plus modestement à un travail de réflexion collective, en prenant pour appui le droit international existant et ses soubassements, afin de mieux comprendre ses failles, ses lacunes éventuelles et ses orientations possibles. Ce travail de réflexion s'inscrit dans le cadre d'un programme de recherche à deux faces, l'une tournée vers la société et l'autre vers le droit international. Le volet «société» a été supervisé par Marie-Claire Caloz-Tschopp et Pierre Dasen, tandis que nous avons dirigé le volet «droit». Les deux publications qui en résultent peuvent être complémentaires, mais elles s'inscrivent dans une démarche scientifique que nous avons voulu indépendante dans le respect des disciplines de chacun (20). Le droit international porte effectivement beaucoup d'espérances qui peuvent être vite déçues si l'on ne distingue pas ce qui est de ce qui doit être (ou plutôt devrait être selon les subjectivités de chacun). Si «la politique se voit en droit international» (21), le mélange se révèle très vite explosif lorsqu'on lui ajoute la migration. Le juriste qui se risque à étudier la migration doit, par conséquent, se départir au préalable des débats passionnels et politisés à outrance qui dominent la question. Tout en étant conscient que le droit est nécessairement tributaire de la conception que l'on s'en fait, nous nous efforcerons de mener ici une réflexion juridique, libre ensuite à la politique ou la société au sens large de se l'approprier.

(19) Perruchoud R., «Droit international et migration», *RSQ*, 2005, p. 87. C'est, à notre connaissance, l'un des très rares auteurs francophones lie le droit international et la migration dans une même formule pour réfléchir à son contenu.

(20) La table des matières du volume I, consacré à la partie «société», est à la disposition du lecteur en annexe de la présente publication.

(21) Alland D., *Droit international public*, PUF, Collection droit fondamental, Paris, 2000, p. 23.

Comme l'a bien constaté Alexander T. Aleinikoff dans *Migration and International Legal Norms* que nous avons édité avec lui en 2003, «il y a à la fois plus et moins de droit international que l'on pourrait supposer» (22). Il y a indéniablement plus de droit international que ne le pense bon nombre de juristes, mais beaucoup moins que ne l'imaginent les non juristes. L'occasion nous est donnée ici de poursuivre et d'approfondir cette question, en réunissant autour du thème «mondialisation, migration et droits de l'homme» 18 experts talentueux et accomplis qu'il est inutile de présenter. Nous nous bornerons simplement à ajouter quelques mots sur la démarche de la recherche. Elle suppose des choix et la présente publication ne prétend pas à l'exhaustivité. L'étude repose sur quatre axes de recherche qui nous ont semblé essentiels pour avoir une vue d'ensemble de cette vaste matière. Une première partie est consacrée aux *principes et perspectives du droit international des migrations*, dans ses dimensions historiques, conceptuelles et normatives (François Rigaux, Guy Goodwin-Gill, Delphine Nakache & François Crépeau, Jean-Yves Carlier). La deuxième partie porte sur l'un des principaux enjeux de notre temps : *la question sécuritaire au sens large et la migration dite irrégulière* qui lui est si souvent associée (Vera Gowland-Debbas, Monique Chemillier-Gendreau, Gregor Noll, Michelangelo Scalabrini). Une troisième partie se concentre sur *les régimes spécifiques de protection internationale pour les travailleurs migrants et les réfugiés* (Patrick Taran, Ursula Kulke, Volker Türk, François Julien-Laferrière), tandis que la dernière partie est dédiée à l'un des domaines où les violations des droits de l'homme sont les plus fréquentes, c'est-à-dire *la détention et le renvoi des migrants* (Catherine Teitgen-Colly, Claire Rodier & Isabelle Saint-Saëns, Madjid Benchikh, Jens Vedsted-Hansen). Nous tenons à remercier les contributeurs pour l'excellence de leur travail et leur implication personnelle dans le projet de recherche, qui n'aurait pu voir le jour sans eux.

La présente contribution se propose d'introduire l'ouvrage en dressant un tableau général de la matière. Comme l'avait souligné Louis Varlez en son temps, la migration permet mieux que tout autre phénomène social de saisir la vie du droit international, ses

(22) Aleinikoff T.A. & Chetail V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, *op. cit.*, p. 2.

points de rupture, son renouveau et la dynamique qui l'anime. De fait, les origines du droit international des migrations se confondent assez largement avec l'évolution du droit international dans son ensemble qu'il convient de retracer à gros traits, dans une première partie, pour mieux saisir leur interaction. Cet exercice préalable et indispensable permettra d'identifier, dans une seconde partie, les grands principes qui régissent la matière, en accordant une place privilégiée aux règles de droit positif, sans renoncer pour autant à souligner leur lacune éventuelle.

I. – Origines et évolution du droit international des migrations

La migration est, et a toujours été, un formidable laboratoire de l'évolution du droit international général. Depuis les origines de cette discipline juridique, la condition de l'étranger a constitué un aiguillon du droit international. Elle est longtemps demeurée son thème de prédilection. L'expression même de «droit international», vulgarisée par Jeremy Bentham en 1780, est héritée de la formule latine *jus gentium* traduite plus tard par *droit des gens* (23). L'expression romaine visait à l'origine un droit principalement jurisprudentiel destiné à arrêter, sur la base de considérations d'équité, les règles applicables aux relations avec les étrangers, par opposition au *jus civile* réservé aux citoyens.

Depuis lors, les relations entre le droit international et la migration n'ont jamais été rompues. De manière schématique, on peut décomposer l'évolution de ces relations en trois étapes successives qui sont autant d'axes fondateurs sur lesquels repose le droit international des migrations. L'admission des étrangers a été au cœur des premières réflexions sur le droit international dans la doctrine du droit des gens qui s'est développée du XVI^{e} au XVIII^{e} siècle (A). Le débat s'est poursuivi au XIX^{e} et XX^{e} siècle autour du droit de la responsabilité internationale de l'État pour les dommages causés aux étrangers (B), avant qu'il ne prenne une tournure nouvelle par l'effet du droit international des droits de l'homme (C).

(23) Pour une mise en perspective d'ensemble en lien avec la liberté de mouvement, voir dans le présent ouvrage la contribution érudite de l'éminent Professeur François Rigaux, intitulée : «La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens».

A. – *Le paradigme souverain de l'admission des étrangers dans la doctrine du droit des gens*

Le point de départ obligé – ou supposé tel – du droit international en général et du droit international des migrations en particulier passe par le concept de souveraineté. Le postulat souverain de la question migratoire procède d'une conception traditionnelle du droit international fondée sur l'État-Nation. Suivant cette approche, l'État dispose d'une autorité pleine et entière sur ses deux principaux éléments constitutifs que sont le territoire et la population. En vertu de sa souveraineté, il est donc libre de décider si et sous quelles conditions il convient d'admettre les étrangers sur son territoire. Cette conception toute classique devait trouver sa pleine expression dans la jurisprudence anglo-saxonne de la fin du XIX^{ème} siècle qui inaugura l'ère des contrôles migratoires. Rompant avec le principe de libre circulation qui avait longtemps prévalu, la Cour suprême des États-Unis proclame en 1892 dans un *dictum* désormais célèbre :

> «It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to its self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe» (24).

La compétence souveraine de l'État ainsi redécouverte ouvrira la voie aux contrôles migratoires, qui devaient se généraliser à partir de la Première Guerre Mondiale. Le postulat souverain, et partant discrétionnaire, de l'admission des étrangers sera érigé depuis lors en un véritable paradigme, au point que la Chambre des Lords britannique jugea en décembre 2004 que : «The power to admit, exclude and expel aliens was among the earliest and most widely recognised powers of the sovereign State» (25). La validité historique de ce postulat demeure contestable, dans la mesure où l'apparition de l'État-Nation et son corollaire implicite, la souveraineté, n'ont pas nécessairement coïncidé avec l'introduc-

(24) *Nishimura Ekiu v. United States* 142 U.S. 651 (1892), Gray J., 659. En Grande-Bretagne, le *Privy Council* était parvenu l'année précédente à la même conclusion dans l'affaire *Musgrove v Chun Teeong Toy* [1891] *AC* 272 (PC).

(25) *European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague Airport* [2004] *UKHL* 55, §11 (Lord Bingham).

tion des contrôles aux frontières (26). Il est d'ailleurs significatif de relever que les premiers précédents judiciaires, traditionnellement avancés pour justifier la compétence discrétionnaire de l'État, ont dû faire appel aux écrits de la doctrine du droit des gens (en particulier Pufendorf et Vattel) pour justifier une conclusion en contradiction flagrante avec la pratique antérieure. La doctrine du droit des gens est pourtant loin d'avoir consacré cette compétence discrétionnaire de l'État qu'on lui attribue si souvent (27). C'est même tout le contraire.

1. *La liberté de communication chez Francisco de Vitoria et Hugo Grotius*

Le premier père fondateur du droit international classique, Francisco de Vitoria (1480-1546), voit dans la liberté de communication un principe central sinon consubstantiel à l'existence même du droit des gens. La théorie du *jus communicationis* est exposée dans sa célèbre *Leçon sur les Indiens* de 1539, qui s'attache à l'un des sujets les plus controversés de son temps : la légitimité de la conquête des Amériques par les Espagnols. Pour le théologien de Salamanque, le titre principal qui légitime la présence espagnole réside non pas dans le pouvoir universel de l'empereur et du pape, le droit de découverte ou encore le refus de la foi chrétienne, mais dans ce qu'il appelle «le droit naturel de société et de communication». En vertu de ce principe général, qui inclut également la liberté des mers et

(26) Vattel constate au milieu du XVIII[e] siècle : «Il est des États, comme la Chine et le Japon, dans lesquels il est défendu à tout étranger de pénétrer, sans une permission expresse. En Europe, l'accès est libre partout, à quiconque n'est point ennemi de l'État, si ce n'est, en quelques pays, aux vagabonds et gens sans aveu» : VATTEL E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), The Classics of International Law, Clarendon Press, 1983, Liv. II, Chap. VIII, §100, p. 329. La libre circulation devait connaître son âge d'or en Europe et aux Amériques durant la majeure partie du XIXè siècle. L'on peut rétorquer – il est vrai – que les États se sont longtemps abstenus de contrôler leur frontière pour la bonne et simple raison qu'ils ne disposaient pas des moyens matériels et techniques pour le faire. Le Royaume-Uni qui, par sa situation insulaire, constituait l'un des rares États à pouvoir effectivement mettre en œuvre de tels contrôles, représente cependant un contre-exemple saisissant. Le ministre des Affaires étrangères constate dans une communication du 13 janvier 1852 que : «By the existing law of Great Britain, all foreigners have the unrestricted right of entrance and residence in this country; and while they remain in it, are, equally with British subjects, under the protection of the law» : *Circular Dispatch to H.M. Representatives in European Capitals*, January 13, 1852, *State Papers*, vol. 42 (1852-1853). Voir à ce sujet notamment : CRAIES W.F., «The Right of Aliens to enter British Territory», *LQR*, 1890, pp. 27-41.

(27) Voir en ce sens : NAFZIGER J.A.R., «The General Admission of Aliens under International Law», *AJIL*, 1983, pp. 804-847.

du commerce, «les Espagnols ont le droit d'aller et de vivre aux Indes [...], mais à condition de ne pas porter préjudice aux barbares, et ceux-ci ne peuvent les en empêcher» (28).

Ce principe de la libre circulation des hommes découle du «droit des gens qui est ou du droit naturel ou dérivé du droit naturel» (29). C'est à cette occasion qu'apparaît pour la première fois les termes de *jus inter gentes* qui lui valut la postérité. Vitoria reprend la définition du juriste romain Gaius en substituant, de manière presque accidentelle, le mot *gentes* au mot *homines* (30). Ainsi érigé au rang de règle du droit entre les Nations, la libre circulation des hommes s'impose à tous, même aux barbares, dans la mesure où elle découle de «ce que la raison naturelle a établi entre tous les peuples» (31). Vitoria constate à cet égard que le devoir d'hospitalité est tenu pour sacré auprès de l'ensemble des peuples (32). Prenant appui sur les enseignements de la théologie scolastique, il confirme son propos par l'existence d'une communauté originelle du monde, qui n'a – selon lui – pas été remise en cause par l'avènement des Nations :

> «Au commencement du monde, alors que tout était commun, il était permis à chacun d'aller et de voyager dans tous les pays qu'il voulait. Or cela ne semble pas avoir été supprimé par la division des biens. Car les Nations n'ont jamais eu l'intention d'empêcher, par cette division, les rapports des hommes entre eux» (33).

La sociabilité naturelle de l'homme implique, par conséquent, le «droit naturel d'accueillir les étrangers» (34). Contrairement à ce qu'il est souvent écrit, la liberté de communication ne crée pas cependant un droit absolu d'admission pour tout étranger. Il ne s'applique, en effet, qu'aux «étrangers qui n'ont pas commis de faute» (35). Même pour les étrangers innocents, l'exercice de ce droit

(28) VITORIA F., *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, Introduction, traduction et notes par Maurice Barbier, Droz, Genève, 1966, p. 82.

(29) *Ibid.*, §231.

(30) Voir sur ce point : HAGGENMACHER P., «Les origines du droit international au début des temps modernes : projections et perspectives», *in : 500 anni di solitudine. La conquista dell'America e il diritto internazionale*, Verona, Bertani, 1994, p. 135.

(31) VITORIA F., *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, *op. cit.*, p. 82, §231.

(32) «Dans toutes les nations, en effet, on considère comme inhumain de mal recevoir les étrangers et les voyageurs sans raison spéciale. Mais, au contraire, il est humain et juste de bien traiter les étrangers, à moins que les voyageurs venant en pays étranger ne se comportent mal» : *Ibid.*

(33) *Ibid.*, p. 83, §232.

(34) *Ibid.*, p. 83, §239.

(35) *Ibid.*, §235. En sont notamment exclus les étrangers ennemis, auxquels s'applique le droit de la guerre : *ibid.*, §236.

naturel n'est pas inconditionnel pour autant : la liberté de circuler n'est permise que si elle «ne cause aucune injustice ni aucun préjudice» au pays hôte (36). Soumise à exceptions, la libre circulation n'en reste pas moins une règle universelle applicable dans les relations entre chrétiens comme dans celles avec les barbares (37). La réciprocité du bénéfice de la libre circulation en faveur des habitants du Nouveau Monde demeure – il est vrai – toute relative, tant il était improbable que les Indiens puissent effectivement exercer ce droit naturel pour se rendre en Espagne.

Si la théorie vitorienne a souvent été vue comme une légitimation de la colonisation, elle porte paradoxalement les germes d'une communauté universelle régie par les mêmes règles internationales issues du droit naturel. On a pu y percevoir «l'idée moderne d'une organisation juridique embrassant l'humanité toute entière et dont les membres auraient, tous, les mêmes droits et les mêmes devoirs» (38). Le droit de communication assure, dans cette perspective, le lien nécessaire entre les différents peuples qui composent la communauté internationale.

Le droit de communication entre les peuples sera réaffirmé par Hugo Grotius (1583-1645) dans son œuvre de jeunesse *De la liberté des mers* parue en 1609. Appelé comme avocat à défendre la cause néerlandaise de la libre navigation, Grotius invoque dans ses plaidoiries «le droit si saint de l'hospitalité», qui rappelle que «la nature a accordé à tout peuple l'accès des autres peuples» (39). Le droit de passage innocent ne se saurait se limiter aux seules choses communes – comme la mer –, dont il était précisément question en l'espèce. Le principe du libre accès pacifique des étrangers s'applique tout autant aux terres susceptibles d'appropriation par les souverains :

> «Sur la terre même, attribuée en toute propriété, soit aux particuliers, soit aux peuples, on ne peut interdire le passage aux gens d'aucune nation, pourvu qu'il s'effectue sans armes, et ne soit point à charge au peuple qui le permet» (40).

---

(36) *Ibid.*, §233.

(37) «Il ne serait pas permis aux Français d'empêcher les Espagnols de venir ou même de demeurer en France (ou inversement), à condition que cela ne tourne en aucune manière au désavantage des Français et que les Espagnols ne commettent pas d'injustice. Par conséquent, cela n'est pas permis non plus aux barbares» : *ibid.*, §234.

(38) Barthélemy J., «François de Vitoria», *in* : *Les fondateurs du droit international*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1904, p. 8.

(39) Grotius H., *Mare Liberum. De la liberté des mers*, 1609, traduction d'Antoine de Courtin (1703), Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et Documents, Université de Caen, 1990, p. 25.

(40) *Ibid.*, p. 51.

La propriété du domaine, ce que nous appellerions aujourd'hui la souveraineté territoriale, n'était donc nullement incompatible avec le libre accès des étrangers, pour peu qu'il soit pacifique. Grotius reprendra la thèse du libre passage, en 1625, dans son œuvre majeure *Le droit de la guerre et de la paix* (41). Mais à cette question désormais classique du droit international, il y ajoute des considérations sur le séjour des étrangers, qui semble découler – implicitement tout au moins – du droit de libre passage (42). Sa principale contribution aura été de conférer à l'asile politique un contenu propre, conçu comme un établissement durable sur le territoire du pays d'accueil pour les étrangers victimes de l'injustice. Lui-même réfugié, Grotius fait figurer l'asile parmi les «choses qui appartiennent en commun aux hommes». Il l'érige en une obligation pour l'État d'accueil d'accorder protection sur son territoire, car :

> «On ne doit pas refuser une demeure fixe à des étrangers qui, chassés de leur patrie, cherchent une retraite, pourvu qu'ils se soumettent au gouvernement établi, et qu'ils observent toutes les prescriptions nécessaires pour prévenir les séditions» (43).

Le devoir d'asile n'est pas dû à tous pour autant. Grotius distingue l'étranger coupable et innocent, annonçant ce qui sera la distinction fondatrice de l'asile moderne entre réfugiés politiques et criminels de droit commun. L'asile est réservé, en effet, «à ceux qui sont les victimes d'une haine imméritée, et non à ceux qui ont commis quelque chose de nuisible à la société humaine ou aux autres hommes» (44). Pour ceux «qui, sans être exilés, fuient une peine légitime» (45), le souverain est alors tenu, conformément à sa célèbre maxime *aut dedere aut judicare,* par une obligation alternative «de livrer ou de punir» le coupable (46).

(41) GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix,* traduit par P. Pradier-Fodéré, édité par D. Alland & S. Goyard-Fabre, PUF, coll. Léviathan, 1999, Liv. II, ch. II, §XIII, p. 188-191.

(42) «On doit aussi permettre à ceux qui transportent leurs marchandises, ou qui passent, de séjourner quelque temps soit pour leur santé, soit pour quelque autre juste sujet; car ce séjour est compris au nombre des usages innocents» : *ibid.*, Liv. II, ch. II, §XV, p. 192.

(43) *Ibid.*, Liv. II, ch. II, §XVI, p. 193.

(44) *Ibid.*, Liv. II, ch. XXI, §V, 1, p. 516.

(45) *Ibid.*, Liv. III, ch. XX, §XLI, p. 798.

(46) *Ibid.*, Liv. II, ch. XXI, §IV, 3, p. 514.

2. *La compétence souveraine de l'État chez Samuel von Pufendorf et Christian Wolff*

Samuel von Pufendorf (1632-1694) amorce un tournant en la matière, en ce qu'il conçoit l'admission des étrangers comme une simple faveur du Souverain. Tout en se référant abondamment à l'oeuvre de Grotius, il explique dans *Le droit de la nature et des gens* paru en 1672 :

> «On regarde encore comme un office d'Humanité de recevoir honnêtement les Etrangers et de loger les Voyageurs. Chacun sait que plusieurs parmi les Anciens se faisaient honneur, presque jusqu'à l'excès, de l'observation de ce devoir, et que les droits de l'hospitalité formaient entre ceux qui le pratiquaient les uns envers les autres une liaison et une amitié qui passait dans leur esprit pour la plus sacrée et la plus inviolable. [...] Cependant, quoique l'on décrie beaucoup le manque d'hospitalité comme une preuve certaine d'une inhumanité barbare, il y a quelque lieu de douter, si l'on est tenu par le Droit Naturel de recevoir et de loger indifféremment toute sorte d'étrangers, surtout ceux qui voyagent par pure curiosité» (47).

Prenant le contre-pied de la doctrine antérieure, il conteste la théorie du droit naturel de communication (48), pour donner une plus large place à l'intérêt de l'État considérant que : «Chaque État doit se régler ici sur ce que son propre intérêt lui permet de faire en faveur des Etrangers» (49). Pufendorf n'est toutefois guère explicite sur les raisons qui justifient un tel changement de perspective. Sa position n'est d'ailleurs pas aussi tranchée qu'elle n'y paraît. Ce n'est pas tant le principe même du libre accès au territoire que son caractère prétendument indiscriminé et inconditionnel qui invite Pufendorf à la prudence. Conscient de la rupture qu'il opère avec ses prédécesseurs, il atténue son propos en ajoutant aussitôt :

> «J'avoue qu'il y aurait de l'inhumanité à refuser de donner retraite à un petit nombre de gens, qui ne sont pas bannis de leur Patrie pour quelque crime; surtout s'ils ont de l'industrie, ou du bien, et qu'ils ne viennent point troubler la Religion,

(47) PUFENDORF S., *Le droit de la nature et des gens*, 1672, traduction de J. Barbeyrac (1759), Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et Documents, Université de Caen, 1987, Liv. III, chap. III, §IX, p. 335.

(48) «Mais la communication [défendue par Vitoria] qu'il doit y avoir naturellement entre les Hommes, n'empêche pas qu'un Propriétaire ne puisse accorder ou ne pas accorder aux autres comme il le juge à propos, l'usage de ce qui lui appartient. De plus, c'est outrer beaucoup les choses que de donner à tous les Etrangers un droit si illimité de voyager et de demeurer dans un autre pays, qu'il ne soit pas permis au Souverain de ce Pays-là d'examiner en quel nombre, ou à quel dessein ils viennent; et si, supposé même qu'ils ne fassent aucun mal en allant par le Pays, ils veulent y rester seulement quelques temps, ou s'y établir pour toujours» : *ibid.*, Liv. III, chap. III, §IX, p. 336.

(49) *Ibid.*, Liv. III, chap. III, §X, p. 337.

ni les Lois établies par autorité publique. La bonne Politique veut aussi que, tant qu'on le peut sans aucun inconvénient, on fasse un bon accueil aux Etrangers. L'expérience fait voir, que plusieurs États se sont par-là extrêmement agrandis; au lieu que ceux qui ont éloigné ou chassé les Etrangers, sont devenus faibles et pauvres avec le temps» (50).

Suivant une conception toute mercantile des étrangers, l'intérêt bien pensé de l'État et les considérations humanitaires se rejoignent alors pour encourager leur admission sur le territoire. C'est tout particulièrement le cas des réfugiés bannis de leur propre pays :

«Certainement lorsque des Etrangers sont chassés de leur Patrie pour un sujet qui les rend dignes de compassion, et que leur établissement dans notre pays n'est point contraire au bien de l'État, l'Humanité veut qu'on leur accorde une grâce, qui n'est ni périlleuse, ni trop onéreuse» (51).

Il faut attendre Christian Wolff (1679-1754) pour que la rupture avec Vitoria et Grotius soit véritablement consommée. Le Professeur allemand pose, plus clairement encore que ne l'a fait Pufendorf, le principe de la compétence discrétionnaire de l'État dans l'admission des étrangers. Wolff explique dans ses *Principes du droit de la nature et des gens* :

«Si quelque puissance juge qu'il convient à la sûreté de son État de n'en permettre l'entrée à aucun étranger, il dépend d'elle de l'interdire, et d'attacher des peines à la violation de cette loi» (52).

Cette faculté discrétionnaire de refuser l'entrée des étrangers est conçue comme un attribut inhérent à la souveraineté de l'État, qui doit s'exercer de manière pleine et entière sur son territoire (53). Les motifs du refus d'admission des étrangers peuvent être variés (bien-être économique, corruption des mœurs ou de la religion, criminalité ou toute autre raison d'intérêt général) (54). Ils sont, en tout état

(50) *Ibid.*

(51) *Ibid.*, p. 338.

(52) WOLFF C., *Principes du droit de la nature et des gens*, traduction de S. Formey, (1758), Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et Documents, Université de Caen, 1988, Tome III, Liv. IX, chap. IV, §XV, p. 278.

(53) «Le territoire de quelque puissance est tout lieu où elle a droit d'exercer son empire. Ainsi l'on voit que l'empire tient, pour ainsi dire, au district du territoire; et par conséquent un étranger qui se trouve dans ce district, est pendant tout son séjour sujet à l'empire de la nation à laquelle la terre appartient. Le chef de l'État est à cause de cela nommé *seigneur*, ou *maître du territoire*» : *ibid.*, Tome III, Liv. IX, chap. IV, §III, p. 274.

(54) Il explique dans son *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* : «There may be several reasons on account of which admittance may be denied and they must be determined by the state. [...] Here properly belongs the fact that the number of subjects is greater than can be provided for adequately from the things which are demanded for the needs, comforts, and pleasures of life, both as regards the people in general and also as regards the class of people who follow the same pursuit of life. Here also belongs the reason that there is fear lest the morals of the subjects may be corrupted, or lest prejudice may be aroused against religion, or even lest crimi-

de cause, laissés à l'appréciation souveraine de l'État du for. Wolff s'efforce toutefois d'atténuer les rigueurs du principe ainsi dégagé, lorsqu'il est question de l'asile en faveur des étrangers bannis de leur patrie. Il convient, selon lui, de faire preuve de compassion à l'égard des exilés qui ont été contraints de quitter leur pays «sans aucune note d'infamie» (55). Dans ce cas :

> «Les exilés doivent être reçus par les nations auxquelles ils demandent un nouveau domicile, à moins qu'il n'y ait des raisons particulières qui s'y opposent; mais quand même ces raisons ne seraient pas manifestes, ils n'ont pas un droit parfait à obtenir de telle ou telle nation le domicile qu'ils demandent; et s'ils éprouvent un refus, ils sont obligés d'y acquiescer» (56).

A l'instar de Pufendorf, le principe reste là encore l'admission des réfugiés, mais il doit s'effacer lorsque le souverain en décide autrement. L'asile apparaît ainsi comme un devoir d'humanité, qui relève davantage de la conscience que du droit positif. Il constitue alors un «droit imparfait» pour l'exilé, dont l'exercice est dépourvu de toute obligation opposable au maître des lieux; car l'État reste seul juge des raisons qui justifient le refus ou l'octroi de sa protection (57). L'idée d'un droit imparfait de l'asile sera reprise et systématisée par son disciple Emer de Vattel (1714-1767) dans *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* paru en 1758.

3. *La synthèse d'Emer de Vattel et l'exception du droit de nécessité*

Le diplomate suisse rappelle, en guise de règle générale, que le «Droit de Domaine», c'est-à-dire la souveraineté territoriale, laisse toute latitude au Souverain – le Propriétaire des lieux – d'accorder ou non l'entrée sur son territoire :

> «Le Souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'État. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de Domaine et d'Empire» (58).

---

nals be admitted, because of whom injury threatens the state, and other things which are detrimental to public welfare» : WOLFF C., *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, Translation by J.H. Drake, Vol. 2, Clarendon Press, Oxford, §148, p. 81.

(55) WOLFF C., *Principes du droit de la nature et des gens, op. cit.*, Tome III, Liv. IX, chap. II, §XX, p. 266.

(56) *Ibid.*, Tome III, Liv. IX, ch. II, §XXI, p. 267.

(57) Voir également : WOLFF C., *Jus gentium methodo scientifica pertractatum, op. cit.*, §149, p. 81.

(58) VATTEL E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, op. cit.*, Liv. II, ch. VII, §94, p. 324.

Ce dernier passage a été interprété par beaucoup comme la consécration définitive du pouvoir absolu et illimité de l'État de refuser l'entrée des étrangers. Une telle assertion mérite d'être fortement relativisée. L'œuvre toute entière de Vattel s'efforce de réaliser une synthèse entre l'école du droit naturel et le positivisme triomphant des siècles suivants. L'auteur distingue pour ce faire le *droit interne des Nations*, issu du droit naturel, et le *droit externe* qui correspond à ce que l'on pourrait qualifier de droit positif. La compétence souveraine de refuser l'entrée de son territoire à tout étranger relève du droit positif, nécessairement contingent de la volonté des États, qu'ils doivent toutefois exercer dans le respect des préceptes immuables du droit naturel. L'admission des étrangers apparaît alors sous un jour tout différent :

> «En expliquant les effets du domaine, nous avions dit [...] que le Maître du Territoire peut en défendre l'entrée, ou la permettre à telles conditions qu'il juge à propos : il s'agissait alors de son droit externe, de ce droit que les étrangers sont obligés de respecter. Maintenant que nous considérons la chose sous une autre face, et relativement aux devoirs du Maître, à son droit interne. Disons qu'il ne peut sans des raisons particulières et importantes, refuser ni le passage, ni même le séjour, aux étrangers qui le demandent pour de justes causes. Car le passage, ou le séjour étant, en ce cas, d'une utilité innocente, la Loi Naturelle ne lui donne point le droit de le refuser» (59).

En cas de conflit irréductible entre le droit externe (le refus souverain de l'État d'autoriser l'entrée sur son territoire) et le droit interne (le droit naturel de l'étranger à y être admis pour un juste motif), c'est le premier qui prévaut. De là découle ce droit imparfait à entrer et/ou séjourner sur le territoire (60). Soucieux de résoudre les contradictions de ce droit imparfait, Vattel ménage cependant

(59) *Ibid.*, Liv. II, ch. X, §135.

(60) Vattel explique dans un long passage consacré à la question : «Un homme, pour être exilé ou banni, ne perd point sa qualité d'homme, ni par conséquent le droit d'habiter quelque part sur la terre. Il tient ce droit de la Nature ou plutôt de son Auteur, qui a destiné la terre aux hommes pour leurs habitations [...]. Mais si ce droit est nécessaire et parfait dans sa généralité, il faut bien observer qu'il n'est qu'imparfait à l'égard de chaque pays en particulier. Car, d'un autre côté, toute Nation est en droit de refuser à un Etranger l'entrée de son pays, lorsqu'il ne pourrait y entrer sans la mettre dans un danger évident, ou sans lui porter un notable préjudice. [...] En vertu de sa Liberté naturelle, c'est à la Nation de juger si elle est ou si elle n'est pas dans le cas de recevoir cet Etranger. Il ne peut donc s'établir de plein droit et comme il lui plaira dans le lieu qu'il aura choisi; mais il doit en demander la permission au Supérieur du lieu; et si on la lui refuse, c'est à lui de se soumettre. Cependant, comme la propriété n'a pu s'introduire qu'en réservant le droit acquis à toute Créature humaine de n'être point absolument privée des choses nécessaires; aucune Nation ne peut refuser, sans de bonnes raisons, l'habitation même perpétuelle à un homme chassé de sa demeure. Mais si des raisons particulières et solides l'empêchent de lui donner un asyle, cet homme n'a plus aucun droit de l'exiger» : *ibid.*, Tome I, Liv. I, ch. XIX, §§229-231, pp. 209-210.

une exception fondée sur le droit de nécessité, c'est-à-dire «le Droit que la nécessité seule donne à certains actes, d'ailleurs illicites, lorsque sans ces actes il est impossible de satisfaire à une obligation indispensable» (61). Vattel résume les termes du débat de la manière suivante :

> «Le droit de passage est encore un reste de la Communion primitive, dans la quelle la terre entière était commune aux hommes et l'accès libre par tout à chacun, suivant ses besoins. Personne ne peut être entièrement privé de ce droit; mais l'exercice en est restreint par l'introduction du Domaine et de la Propriété : depuis cette introduction, on ne peut en faire usage qu'en respectant les droits propres d'autrui. L'effet de la Propriété est de faire prévaloir l'utilité du Propriétaire sur celle de tout autre. Lors donc que le Maître d'un Territoire juge à propos de vous en refuser l'accès, il faut que vous ayez quelque raison, plus forte que toutes les siennes, pour y entrer malgré lui. Tel est le Droit de nécessité : il vous permet une action, illicite en d'autres rencontres, celle de ne pas respecter le Droit de Domaine» (62).

La résolution de ce conflit de Droits passe alors par une pesée des intérêts en cause entre ceux de l'État (le Droit de Domaine) et ceux de l'étranger (le Droit de Nécessité) (63). Le principe de proportionnalité, ainsi transposé dans le domaine de l'admission sur le territoire, suppose que l'étranger puisse se prévaloir de motifs particulièrement solides, lorsque notamment ses propres conditions de vie sont en cause :

> «Quand une vrai nécessité vous oblige à entrer dans le pays d'autrui, par exemple, si vous ne pouvez autrement vous soustraire à un péril imminent, si vous n'avez point d'autre passage pour vous procurer les moyens de vivre, ou ceux de satisfaire à quelqu'autre obligation indispensable, vous pouvez forcer le passage qu'on vous refuse injustement» (64).

Le Droit de Nécessité s'impose alors comme un «droit parfait», dont il n'appartient plus au Maître des lieux de juger de son bien-fondé, mais bien à l'étranger lui-même (65). C'est dire que, loin de consacrer le principe de la compétence discrétionnaire de l'État qu'on lui attribue si

(61) *Ibid.*, Liv. II, chap. IX, §119, p. 341.

(62) *Ibid.*, Liv. II, chap. IX, §123, p. 344.

(63) A intérêt égal, c'est celui du Maître des lieux qui l'emporte : «Mais si une égale nécessité oblige le Propriétaire à vous refuser l'accès, il le refuse justement, et son droit prévaut sur le votre» : *ibid.*

(64) Ibid.

(65) *Ibid.*, Liv. II, Chap. IX, §128, p. 347. Vattel va même plus loin encore en considérant que le droit de nécessité ne s'applique pas seulement aux étrangers, en tant que particuliers, mais aussi aux Nations toutes entières : «Si un peuple se trouve chassé de sa demeure, il est en droit de chercher une retraite. La Nation à laquelle il s'adresse, doit donc lui accorder l'habitation, au moins pour un temps, si elle n'a des raisons très graves de la refuser» : *ibid.*, Liv. II, chap. IX, §125, p. 345.

souvent, Vattel reconnaît tout au contraire une sorte de droit à l'entrée irrégulière fondé sur des nécessités impérieuses. L'œuvre de Vattel raisonne alors d'un écho nouveau dans le contexte actuel, où ceux que l'on appelle «clandestins» franchissent les frontières pour satisfaire à des besoins souvent vitaux.

C'est pourtant sur la base d'une lecture simplificatrice de la doctrine du droit des gens que la théorie dite de l'exclusion des étrangers (*exclusionary doctrine*) sera érigée en une vérité première, un paradigme incontestable, sans quoi il ne serait pas possible de penser la migration. Il faut constater là encore que la pratique effectivement suivie par les États depuis l'avènement des contrôles migratoires n'a – sauf rares exceptions – jamais été aussi catégorique au point d'interdire l'entrée à tout étranger indistinctement. Au contraire, les législations nationales relatives au contrôle de l'immigration, qui se sont succédées depuis le début du XX^{e} siècle jusqu'à nos jours, se sont attachées à définir avec soin quelles étaient les catégories d'étrangers admissibles ou exclus sur la base de critères relativement homogènes (incluant dans le volet exclusion : la lutte contre la criminalité et les épidémies, la sauvegarde de la sécurité intérieure, la protection de la main d'œuvre nationale, ce dernier pouvant figurer dans le volet admission en raison d'une pénurie de main d'œuvre, aux côtés d'autres motifs que sont l'asile politique, le regroupement familial ou l'admission aux fins d'études et de recherche scientifique). C'est dire que la compétence dite souveraine régissant l'admission des étrangers n'a pas été appliquée par les États, comme impliquant un pouvoir arbitraire et illimité de refuser l'entrée sur leur territoire.

La question qui reste posée est de savoir si les États admettent les étrangers parce qu'ils le *doivent* (*Sollen*) ou parce qu'ils le *veulent* (*Sein*). On serait tenté de dire que les États le font souvent parce qu'ils le veulent, mais aussi – et sans doute plus encore que par le passé – parce qu'ils le doivent. Le droit international des migrations est, à cet égard, le reflet de l'évolution qu'a connu le concept même de souveraineté en droit international général. Dans le domaine des migrations comme dans d'autres domaines, la souveraineté n'est plus (ou pas) cette liberté absolue pour l'État de faire ce que bon lui semble. La souveraineté est, tout à la fois, une compétence et une responsabilité : la souveraineté de l'État est d'abord *une compétence*, celle de réglementer dans son droit interne l'admission des

étrangers; mais la souveraineté est aussi et surtout *une responsabilité*, celle de mettre en œuvre une politique migratoire dans le respect du droit international. Sans entrer dans le détail de règles qui seront présentées ailleurs dans le présent ouvrage, les règles internationales régissant l'admission des étrangers se décomposent en trois strates successives : un régime de règles universelles dérivées des droits de l'homme, que nous aborderons dans la seconde partie de notre contribution, auquel se superposent des régimes d'intégration régionale à vocation économique, incluant notamment l'Union européenne mais aussi – quoique dans une moindre mesure – l'Amérique du Nord et l'Amérique latine, complétés enfin par divers traités bilatéraux d'établissement.

B. – *Le traitement des étrangers et le droit de la responsabilité internationale de l'État*

Par delà la question de l'entrée sur le territoire, le droit international s'est aussi intéressé de longue date au traitement de l'étranger une fois admis dans l'État. La question a connu un développement spectaculaire durant le XIX^e^ siècle et une grande partie du XX^e^ siècle, période qui coïncide avec l'essor des moyens de communication et l'expansion économique des grandes puissances dans divers continents du globe. La condition de l'étranger en droit international est alors étroitement liée, sinon confondue, avec la question plus générale de la responsabilité internationale de l'État (66). Le juge Jessup devait constater en 1948 que «le droit international régissant la responsabilité des États pour les dommages causés aux étrangers est l'une des branches les plus développées de ce droit» (67). Cette branche à part entière du droit international

(66) Parmi l'abondante littérature qu'a suscité cette question, voir principalement : ANZILOTTI D., «La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers», *RGDIP*, 1906, pp. 5-29 et pp. 110-130; BORCHARD E.M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Banks Law Publishing Co, New York, 1915; DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE A., *La responsabilité internationale des États à raison des dommages subis par des étrangers*, Rousseau & C°, Paris, 1925; DUMAS J., «La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers», *RCADI*, 1931-II, T. 36, pp. 183-261; DUNN F.S., *The Protection of Nationals*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1932; GARCIA-AMADOR F., «State Responsibility : Some New Problems», *RCADI*, 1958-II, T. 94, pp. 365-491; AMERASINGHE C.F., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon Press, Oxford, 1967; GARCIA-AMADOR F., SOHN L. & BAXTER R., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries of Aliens*, 1974; LILLICH R.B. (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1983.

(67) JESSUP P., *A Modern Law of Nations – An Introduction*, Macmillan, New York, 1948, p. 94.

devait monopoliser toute l'attention de la doctrine, mais aussi celle des États en devenant le terrain d'affrontement privilégié entre les pays dits développés et ceux en voie de développement.

1. *L'étranger dans les relations entre États*

L'essor des règles internationales régissant le traitement des étrangers correspond à un stade très spécifique du développement du droit international, alors conçu comme un droit de la société interétatique, dans laquelle l'État demeure le sujet exclusif et l'horizon indépassable de l'ordre juridique. Suivant la théorie de l'État-écran qui en découle, l'individu est un «objet» et non un «sujet» de droit international (68). Dans un tel contexte normatif, la position juridique de l'étranger n'est rien moins que la conséquence d'une relation d'État à État, une rencontre de souverainetés. L'étranger est placé sous la double dépendance de l'État : il relève tout à la fois de la compétence personnelle de l'État dont il a la nationalité et de la compétence territoriale de l'État où il séjourne. Ce conflit de compétences, inhérent à la condition même de l'étranger, explique pourquoi le droit international classique se soit intéressé à cette catégorie si particulière d'individus, au détriment du national dont le traitement est laissé à l'entière discrétion de son propre pays. La sentence arbitrale rendue en 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas* résume fort bien la situation :

> «La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger» (69).

L'étranger incarne en sa personne l'État dont il est le ressortissant et il doit, à ce titre mais à ce titre seulement, être respecté par l'État où il se trouve. Dans cette relation entre souverains, l'étranger est déshumanisé pour se confondre avec l'élément constitutif de l'État qu'est sa population nationale. Il n'intéresse le droit international que par ce qu'il représente. Selon la fiction héritée de Vattel, le préjudice causé à un national équivaut alors à un préjudice causé

(68) Voir par exemple : PHILIMORE, «Droits et devoirs fondamentaux des États», *RCADI*, 1923, T. 1, p. 63.

(69) Cour permanente d'arbitrage, *Ile de Palmas (États-Unis/Pays-Bas)*, 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 839.

à l'État lui-même (70). Cette conception sera abondamment consacrée dans la jurisprudence internationale. La Cour permanente de Justice internationale devait juger dans un arrêt du 30 août 1924 relatif à l'affaire des *concessions Mavrommatis en Palestine :*

> «C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre : le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international» (71).

Le droit international classique ne voit rien d'autre dans la protection due à l'étranger qu'un droit de l'État national. L'individu n'ayant à ce stade de développement du droit international pas acquis la personnalité juridique internationale, c'est donc à travers le prisme déformant de l'État dont il est le ressortissant qu'il accède à la protection internationale. En l'absence de mécanisme permettant aux individus de faire valoir directement leurs droits au plan international, la protection diplomatique constitue alors le seul moyen de mettre en œuvre la responsabilité de l'État à l'origine du dommage causé à un étranger. En endossant la réclamation de son ressortissant, l'État national transforme et internationalise une affaire à l'origine purement interne entre l'étranger et l'État du for en une affaire interétatique, d'égal à égal, entre deux sujets de droit international. Symbole du monopole étatique de la subjectivité internationale, ce procédé de substitution montre immédiatement ses limites, lorsqu'il est question des apatrides qui échappent par définition à toute protection (72).

---

(70) «Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce Citoyen. Le Souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir; puisque autrement le Citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté» : E. VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, op. cit.*, Liv. II, Chap. VI, §71, p. 309.

(71) Série A, n° 2, p. 12. Parmi les nombreux rappels jurisprudentiels de ce principe, voir : CPJI, 12 juillet 1929, affaire des *Emprunts serbes*, Série A n° 20-21, p. 17; 28 février 1939, affaire des *Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*, Série A/B n° 76, p. 16; CIJ, 6 avril 1955, affaire *Nottebohm*, Rec. 1955, p. 24.

(72) Une Commission des réclamations n'a pas hésité à en déduire que : «A State [...] does not commit an international delinquency in inflicting an injury upon an individual lacking nationality, and consequently no State is empowered to intervene or complain on his behalf either before or after the injury» : *Opinions of Commissioners under the Convention concluded September 8, 1923, as extended by subsequent Conventions, between the United States and Mexico (October 1930 to July 1931)*, Washington, United States Government Printing Office, 1931, p. 188.

La mise en oeuvre d'un tel mécanisme de protection a également été au cœur de toutes les controverses en raison des abus qu'elle a pu générer en pratique. La protection diplomatique a souvent été dénoncée comme un instrument de domination impérialiste, dont la nature foncièrement inégalitaire a justifié tour à tour la politique de la canonnière et la diplomatie du dollar des États les plus puissants (73). Le juge Padilla-Nervo devait estimer à cet égard que :

> «L'histoire de la responsabilité des États en matière de traitement des étrangers est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées» (74).

Les dérives que la protection diplomatique a pu susciter ont sans doute été exacerbées par sa nature discrétionnaire que l'État est entièrement libre d'exercer ou non en faveur de son ressortissant. Comme le rappelle la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* :

> «L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce» (75).

Dans ces conditions, on ne s'étonnera guère que la fonction normalement assignée à la protection diplomatique de défendre les intérêts des nationaux à l'étranger puisse être dévoyée pour devenir l'excuse toute trouvée des manœuvres et manipulations les plus diverses. La mécanique toute théorique de l'appropriation de la réclamation de l'individu par son État national se heurte à une dif-

---

(73) Pour une vision critique, voir tout particulièrement : GUHA ROY S.N., «Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?», *AJIL*, 1961, pp. 863-891. Voir également : CASTANEDA M., «The Underdeveloped Nations and the Development of International Law», *International Organisation*, 1961, pp. 38-39; FALK R., «The New States and International Legal Order», *RCADI*, 1966-II, T. 118, pp. 94-96. Voir plus récemment encore : BENNOUNA M., *Rapport intermédiaire sur la protection diplomatique*, Commission du droit international, 1998, A/CN.4/484, pp. 2-6.

(74) Opinion individuelle du juge Padilla-Nervo jointe à l'arrêt du 5 février 1970 de la CIJ rendu dans l'affaire *Barcelona Traction Light and Power Compagny Limited, Belgique c. Espagne*, *Rec. CIJ* 1970, p. 246. C'est ainsi que, parmi de nombreux exemples possibles, la guerre des Boers (1899-1902) a été justifiée par le Royaume-Uni pour protéger ses ressortissants propriétaires des mines d'or du Witwatersrand.

(75) *Ibid.*, p. 44. Voir à ce sujet notamment : BORCHARD E.M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, *op. cit.*, p. 29 et 356; BERLIA G., «Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», *AFDI*, 1957, pp. 63-72; DUBOUIS L., «La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique», *RCDIP*, 1978, pp. 615-640. Pour un état des lieux plus récent, voir également : DUGARD, J.R., *Premier rapport sur la protection diplomatique*, Commission du droit international, 2000, A/CN.4/506, pp. 22-27.

ficulté supplémentaire concernant le fait générateur de la responsabilité de l'État territorial, à l'origine du dommage causé à l'étranger. Par définition, tout fait internationalement illicite suppose la violation d'une obligation internationale imputable à un État. Se pose alors inévitablement la question de la norme applicable, c'est-à-dire, le contenu des obligations internationales susceptibles d'être opposées à l'État dans le traitement qu'il accorde à l'étranger.

2. *Traitement national ou international?*

La confusion longtemps entretenue entre le régime de la responsabilité de l'État (les règles secondaires) et les normes régissant la condition de l'étranger (les règles primaires) a largement contribué à obscurcir le contenu même du traitement qui lui est garanti par le droit international. Deux thèses se sont opposées : celle du traitement national et celle du traitement international minimum (76). Selon la première thèse, défendue par les États latino-américains avant d'être relayée par les États issus de la décolonisation, l'étranger doit être assimilé au national. Il ne peut prétendre à plus de droits que le national et c'est seulement en cas d'inégalité de traitement que la responsabilité internationale de l'État peut être engagée. Le droit international n'exige, en somme, rien de plus ni de moins que le principe de l'assimilation de l'étranger au national. Cette règle souffre toutefois d'une exception évidente lorsqu'il est question des droits, de nature politique, de participer à la vie de la Nation qui demeure l'apanage des seuls ressortissants de l'État.

Le principal fondement de la théorie du traitement national réside dans le respect dû à la souveraineté territoriale de l'État de résidence, qui ne saurait être contraint à garantir aux étrangers un traitement plus favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants. L'éminent juriste argentin Calvo, à qui l'on attribue – selon un raccourci simpliste – la paternité de cette doctrine, estime :

(76) Voir à ce sujet notamment : VERDROSS A., «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *RCADI*, 1931-III, T. 37, pp. 327-412; FREEMAN A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Longmans, London/New York/Toronto, 1938; BORCHARD E., «The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens», *Michigan Law Review*, 1940, pp. 445-461; ROTH A.H., *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N.V., Leiden, 1949. Pour une vue d'ensemble plus récente sous l'angle notamment de l'expropriation que nous n'aborderons pas ici, voir : COMBACAU J. & SUR S., *Droit international public*, 5e éd., Montchrestien, Paris, 2001, pp. 372-383; BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, pp. 500-527; SHAW M.N., *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, 2003, pp. 733-752.

«Il est certain que les étrangers qui se fixent dans un pays ont au même titre que ses nationaux droit à la protection, mais ils ne peuvent prétendre à une protection plus étendue. S'ils subissent quelque attentat, ils doivent compter que le gouvernement du pays exercera des poursuites contre les délinquants, mais ils ne sauraient réclamer de l'État dont dépendent les auteurs des violences une indemnité quelconque» (77).

Mais c'est surtout contre les abus de la protection diplomatique qu'il s'élève, y voyant là le prétexte de l'intervention des grandes puissances, en méconnaissance des principes de l'égalité souveraine des États et de la non-ingérence dans les affaires intérieures (78). J. M. Yepès devait expliquer plus clairement encore le fondement de la doctrine du traitement national en constatant que :

«L'individu qui quitte sa patrie pour aller s'incorporer à la souveraineté d'un autre pays civilisé, se soumet à la juridiction de ce pays, à ses lois et à ses autorités et en encourt les risques. Il est préférable de consacrer ce principe, en dépit des inconvénients possibles, en présence des avantages considérables pour la bonne entente internationale qui découle du respect de la souveraineté des autres nations» (79).

Quelles qu'en soient les origines doctrinales, le principe de l'assimilation de l'étranger au national sera entériné sous la forme d'une recommandation lors de la première conférence internationale des États américains tenue à Washington en 1889-1890 (80), avant qu'il ne soit consacré en droit conventionnel régional en 1902 dans la *Convention relative aux droits des étrangers* (81), puis en 1928 dans

(77) Calvo C., *Le droit international*, Paris, 1885, Marcel Rivière, 5e éd., vol. VI, §256, p. 231. Il n'était question ici que des dommages commis par des particuliers qui ne sauraient selon lui engager la responsabilité de l'État, contrairement aux actes commis par ses propres agents.

(78) «A côté de mobiles politiques, les interventions ont presque toujours eu pour prétexte apparent des lésions d'intérêts privés, des réclamations et des demandes d'indemnités pécuniaires en faveur de sujets ou même d'étrangers dont la protection n'était la plupart du temps nullement justifiée en droit strict» : *ibid.*, vol. I, §205, p. 350. Voir également : *ibid.*, vol. III, pp. 121-122, pp. 140-141 et pp. 147-148.

(79) Yepes J.M., «Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique», *RCADI*, 1934-I, T. 47, p. 106. Voir également : Nys E., *Le droit international*, Weissenbruch, Bruxelles, 1912, p. 266; Armodio Arias, «The non liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war», *AJIL*, 1913, p. 265; De Louter J., *Le droit international positif*, vol. I, Oxford University Press, 1920, pp. 296-298; Guani A., «La solidarité internationale dans l'Amérique latine», *RCADI*, 1925, T. VIII, p. 287; *La réforme agraire en Roumanie et les optants hongrois de Transylvanie devant le Conseil de la SDN*, Paris, 1927.

(80) Scott J. (ed), *The International Conferences of American States 1889-1928*, Oxford University Press, 1931, p. 45.

(81) Reprenant les termes exactes de la recommandation de la première conférence interaméricaine, l'article 1er de la Convention stipule que «les étrangers jouissent de tous les droits civils reconnus aux nationaux et doivent en faire usage pour ce qui est tant du fond que de la forme ou de la procédure, et pour ce qui est des voies de recours qui s'y rattachent, dans les mêmes conditions que les nationaux, sauf disposition contraire de la Constitution du pays considéré». L'article 2 rappelle, s'il était encore besoin de le préciser, que «les États n'ont et ne se reconnais-

la *Convention sur le statut des étrangers* (82), qui – contrairement à leur intitulé – s'attachent à la question de la responsabilité internationale de l'État pour les dommages causés aux étrangers. Suivant cette même approche, le *Traité de Montevideo sur les droits et devoirs des États* du 27 décembre 1933 rappelle à son article 9 que :

> «La juridiction des États, dans les limites du territoire national, s'applique à tous les habitants. Nationaux et étrangers bénéficient d'une égale protection de la législation et des autorités nationales et les étrangers ne pourront prétendre à des droits différents ou plus étendus que les nationaux» (83).

Les diverses initiatives latino-américaines s'émanciperont difficilement du cadre régional qui les avait vu naître. Au niveau universel, la première *Conférence sur la codification du droit international*, réunie en 1930 à La Haye sous les auspices de la Société des Nations, montrera combien la communauté internationale demeurait partagée sur la question. Durant les négociations du projet de traité consacré à la «responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers», 17 États ont soutenu le principe de l'assimilation de l'étranger au national, tandis que 31 s'y opposaient fermement, si bien qu'il n'a pas été possible d'arrêter le texte d'une convention acceptable pour tous (84).

Il a été souvent reproché à la doctrine d'origine latino-américaine de subordonner le respect du droit international au droit interne, ce qui est inexact. Le contenu des règles régissant la condition de l'étranger est certes déterminé par renvoi au droit interne, si bien qu'il y a autant de statuts de l'étranger que d'États. Mais, selon ses partisans, c'est le droit international – et plus précisément le principe de la souveraineté territoriale – qui est le fondement ultime du traitement national. Il n'en reste pas moins qu'il s'agissait là d'un moyen commode pour les États d'échapper à leur responsabilité, en arguant du privilège – parfois peu enviable – que les étrangers

---

sent, à l'égard des étrangers, d'autres obligations ou responsabilités que celles qui se trouvent établies par leurs Constitutions ou par leurs lois, à l'égard des nationaux», texte français reproduit *in* : *Responsabilité internationale : premier rapport de F.V. Garcia Amador*, ACDI, 1956, vol. II, Annexe 5, p. 227.

(82) SCOTT J. (ed), *The International Conferences of American States 1889-1928*, *op. cit.*, pp. 415-416.

(83) *RTSDN*, 1936, p. 34. Comme pour les conventions précédentes, les États-Unis d'Amérique ont émis, avec d'autres États, une réserve à l'article 9.

(84) *Actes de la Conférence pour la codification du droit international*, SDN, Doc. C. 351 (c.). M. 145 (c.). 1930. V., vol. 4, p. 188.

étaient aussi bien, ou mal, traités que les nationaux. Principalement bâtie en réaction contre les abus de la protection diplomatique, la doctrine du traitement national met en lumière les contradictions d'un discours souverain qui finit par se nier lui-même : en proclamant l'assimilation au national pour se défendre contre les ingérences des grandes puissances, cette thèse a pour conséquence implicite de neutraliser la propre compétence de l'État territorial de réglementer la condition des étrangers.

La théorie du traitement international s'est développée en opposition à cette doctrine. Elle est apparue sous des appellations les plus diverses, dont certaines portent lourdement les marques du temps : «standard minimum» (85), «norme internationale de justice» (86), «standard ordinaire des États civilisés» (87) ou encore «standard de civilisation» (88). Selon l'un de ses plus fervents défenseurs :

> «Each country is bound to give to the nationals of another country in its territory the benefit of the same laws, the same administration, the same protection, and the same redress for injury which it gives to its own citizens, and neither more nor less : provided the protection which the country gives to its own citizens conforms to the established standard of civilization.
>
> There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. [...] If any country's system of law and administration does not conform to that standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens» (89).

Tout État est donc tenu d'accorder à l'étranger un traitement minimum, issu de la coutume universelle et des principes généraux de droit, en deçà duquel il ne peut descendre sans engager sa responsabilité. Le traitement international, notamment soutenu par les États européens et les États-Unis, sera consacré par une jurisprudence internationale pléthorique. C'est ainsi que la Commission

(85) Borchard E., «The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens», *op. cit.*, p. 456 : l'auteur parle également de «standard of civilized justice»; Roth A.H., *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, *op. cit.*, p. 81.

(86) *Responsabilité internationale : premier rapport de F.V. Garcia Amador*, *op. cit.*, p. 200.

(87) Verdross A., «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *op. cit.*, p. 353.

(88) Root E., «The Basis of protection to Citizens Residing Abroad», *ASIL Procs*, 1910, p. 20.

(89) *Ibid.*, pp. 20-21.

générale des réclamations a estimé dans l'affaire *Roberts* tranchée en 1926 :

> «Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. The test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization» (90).

Suivant cette optique, le niveau de traitement requis peut donc se révéler dans certains cas supérieur à celui que l'État réserve à ses propres ressortissants. Le fait que l'étranger puisse être mieux traité que le national procède alors de la nature juridique de leur statut respectif, relevant pour le premier du droit international et pour le second du droit interne. Comme l'ont résumé Lapradelle et Politis :

> «Dire que l'étranger ne saurait être mieux traité que le national, c'est une formule inexacte, car le traitement du national est déterminé par le droit interne, tandis que le traitement de l'étranger est déterminé par le droit international, et le contenu des règles du second, quoique généralement plus restreint, peut sur certains points être exceptionnellement plus étendu que le contenu des règles du premier» (91).

---

(90) *RSA*, vol. IV, p. 77. Voir également l'affaire des *réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc* (1925), *ibid.*, Vol. II, p. 644 et l'affaire *Hopkins* (1926), *ibid.*, vol. IV, p. 411. La notion de standard international minimal a été implicitement consacrée dans la pratique étatique par de nombreux traités d'établissement qui renvoient au «droit commun international» ou au «droit international ordinaire». Voir, à titre d'exemples, la *Convention relative à l'établissement et la compétence judiciaire*, annexée au Traité de Lausanne du 24 juillet 1923, conclu entre l'Empire britannique, la France, l'Italie, le Japon, la Grèce, la Roumanie, la Yougoslavie et la Turquie : *RTSDN*, vol. 31, p. 166, ou encore le *Traité d'établissement entre la Perse et l'Egypte* du 28 novembre 1928 : *ibid.*, vol. 93, p. 381. La Cour permanente de Justice internationale s'est aussi référée à l'idée d'un «traitement [de l'étranger] reconnu par les principes généralement acceptés du droit international» qui, détachée de son contexte, a souvent été interprétée comme la confirmation du traitement international : CPJI, arrêt n° 7 du 26 juillet 1927, affaire de l'*usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)*, Série A, n° 7, p. 21. Voir également : CPJI, avis du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, Série A/B, n° 44, p. 37. On relèvera aussi que dans une affaire récente qui l'opposait devant la Cour internationale de Justice à la République démocratique du Congo, l'Ouganda a soutenu que «le traitement inhumain et les menaces contre la sécurité et la liberté de ressortissants ougandais [...] constituent des violations du standard minimum de justice que tout État doit accorder aux ressortissants étrangers présents en toute légalité sur son territoire, ladite norme relevant du droit international coutumier ou général» (*Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, §313). La Cour n'est pas entrée sur le fond de cette demande, estimant «qu'aucun document particulier permettant d'identifier les personnes concernées comme des ressortissants ougandais ne figure au dossier de l'affaire» (§333).

(91) Lapradelle A. de & Politis N., *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, 1923, Pedone, Paris p. 278. Voir également parmi les nombreux partisans du traitement international : Eagleton C., *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, p. 845; Verdross A., «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *op. cit.*, pp. 350-351; Freeman A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, *op. cit.*, pp. 505-506; Borchard E., «The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens», *op. cit.*, p. 453-454; Roth A.H., *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, *op. cit.*, pp. 82-87.

La diversité des appellations du traitement international reflète cependant l'ambiguïté congénitale de son contenu. La détermination des règles internationales régissant le traitement des étrangers se réduit souvent à une casuistique sophistiquée étroitement dépendante des circonstances propres à chaque espèce (92). Elle laisse une large place aux subjectivités de chacun et intervient généralement après coup une fois que le dommage a été causé. Devant tant d'incertitudes, on comprend mieux les réticences de certains États à l'encontre d'un tel standard, dont les origines ethnocentriques n'ont rien fait pour rassurer. L'abondant contentieux arbitral qui s'est développé durant la fin du XIX^e^ siècle et le début du XX^e^ siècle a néanmoins permis de dégager progressivement un fond commun de règles essentielles que la doctrine s'est efforcée de systématiser sous le label de droits fondamentaux des étrangers. Ce sont, écrit Cavaglieri en 1929, les «droits fondamentaux de sécurité personnelle, de liberté individuelle et de propriété privée, auxquels la doctrine donnait déjà le nom de *droits naturels* ou de *droits de l'homme*» (93). La même année, l'Institut de Droit international adopte lors de sa session de New York la *Déclaration des droits internationaux de l'homme*, dont l'article 1^er^ proclame :

> «Il est du devoir de tout État de reconnaître à tout individu le droit égal à la vie, à la liberté, et à la propriété, et d'accorder à tous, sur son territoire, pleine et entière protection de ce droit, sans distinction de nationalité, de sexe, de race, de langue ou de religion» (94).

Longtemps avant sa consécration par le droit international positif, le droit des étrangers a constitué le laboratoire conceptuel et normatif des droits de l'homme. Il a fait œuvre de précurseur, annonçant ce qui sera l'une des évolutions les plus profondes que devait connaître le droit international du XX^e^ siècle. Par un glissement encore lent et diffus, l'obligation à l'origine strictement inte-

(92) La Commission générale des réclamations tentera de rationnaliser le processus d'identification des règles du traitement international en expliquant dans l'affaire *Neer* (1926) : «[T]he propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and [...] the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize it insufficiency» : *RSA*, vol. IV, p. 60.

(93) Cavaglieri A., «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, 1929-I, T. 26, p. 454. Dès la fin du XIX^e^ siècle, divers manuels de droit international classaient les règles régissant la condition des étrangers parmi les «droits internationaux de l'homme» : Martens De V., *Traité de droit international*, vol. I, 1883, Paris, p. 427; Fiore P., *Nouveau droit international public*, vol. I, 1885, Paris, p. 593.

(94) *AIDI*, 1929, vol. II, p. 299.

rétatique – faite à l'État territorial de respecter dans la personne de l'étranger l'État dont il est le ressortissant – se transforme en une logique de droits fondamentaux de l'étranger qui, faute de tout autre standard de référence, cherche appui dans l'idée que chaque homme possède certains droits inaliénables, indépendamment de sa nationalité. Dès 1909, la Cour internationale pour l'Amérique centrale définit les droits dont les étrangers ne peuvent être privés par référence aux «droits internationaux de l'homme» (*international rights of the man*) (95). Témoin de cette évolution, Alfred Verdross en déduit en 1931 que :

> «Les États sont obligés, par le droit des gens, à respecter dans les étrangers la dignité de la personnalité humaine, en leur reconnaissant les droits nécessaires à cette fin» (96).

Si l'étendue exacte de ces droits demeure l'objet de débats, on s'accorde généralement à considérer que le traitement international minimum suppose le respect de certaines libertés essentielles incluant : le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la vie et au respect de l'intégrité corporelle, l'interdiction de la détention arbitraire, la liberté de conscience et le droit d'accès à un tribunal impartial (97). Bien qu'elle trouve son inspiration

(95) Dans cette affaire *Diaz c. Gouvernement du Guatemala*, il était reproché à ce dernier d'avoir illégalement arrêté et détenu un citoyen du Nicaragua. La Cour considère alors que : «[T]he fundamental rights and powers of the human individual in civil life are placed under the protection of the principles governing the commonwealth of nations, as international rights of man» : *AJIL*, 1909, p. 743.

(96) VERDROSS A., «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *op. cit.*, p. 350.

(97) Même si l'on peut ne pas partager toutes ses conclusions, Andreas Roth a consacré l'essentiel de son ouvrage paru en 1949 à l'identification du contenu du traitement international qu'il a synthétisé de la manière suivante : «[T]he eight following rules are, in the light of practical experience, the minimum requirements, imposed by general international law upon the States with regard to the treatment of aliens.

(1) An alien, whether natural person or corporation, is entitled by international law to have his juridical personality and legal capacity recognized by the receiving State.

(2) The alien can lawfully demand respect for his life and protection for his body.

(3) International law protects the alien's personal and spiritual liberty within socially bearable limits.

(4) According to general international law, aliens enjoy no political rights in their State of residence, but have to fulfil such public duties as are not incompatible with allegiance to their home State.

(5) General international law gives aliens no right to be economically active in foreign States. In cases where the national policies of foreign States allow aliens to undertake economic activities, however, general international law assures aliens of equality of commercial treatment among themselves.

(6) According to general international law, the alien's privilege of participation in the economic life of his State of residence does not go so far as to allow him to acquire private property. The State of residence is free to bar him from ownership of all certain property, whether movables or realty.

dans la pratique jurisprudentielle et parfois même conventionnelle, il ne s'agit encore que d'une reconstruction principalement doctrinale. Certaines voix dissonantes s'élèvent déjà contre la rhétorique des droits de l'homme, jugeant l'analogie avec le traitement international de l'étranger, sinon abusive, du moins prématurée (98). Le recours aux droits de l'homme pour caractériser le standard minimum montre effectivement ses limites : si les droits fondamentaux des étrangers découlent des droits de l'homme, ceux-ci devraient également pouvoir s'appliquer aux nationaux, ce qui était loin d'être acquis. Sur le plan international, les droits de l'étranger précèdent, plus qu'ils ne postulent, les droits de l'homme.

Ce faisant, la réflexion collective initiée par le standard minimum révèle au grand jour les paradoxes du droit international classique, qui saisit l'individu en sa qualité d'étranger mais non de national.

---

(7)Wherever the alien enjoys the privilege of ownership of property, international law protects his rights in so far as his property may not be expropriated under any pretext, except for moral or penal reasons, without adequate compensation. Property rights are to be understood as rights to tangible property which have come into concrete existence according to the municipal law of the alien's State of residence.

(8)International law grants the alien procedural rights in his State of residence as primary protection against the violation of his substantive rights. These procedural rights amount to freedom of access to court, the right to a fair, non-discriminatory and unbiased hearing, the right to full participation in any form in the procedure, the right to a just decision rendered in full compliance with the laws of the State within a reasonable time» : ROTH A.H., *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, *op. cit.*, pp. 185-186. Pour d'autres tentatives similaires, voir notamment : VERDROSS A., «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *op. cit.*, pp. 353-406; BASDEVANT S., «Théorie générale de la condition de l'étranger», *in* : LAPRADELLE A. DE & NIBOYET J.-P. (dir.), *Répertoire de droit international*, Tome VIII, Sirey, Paris, 1930, pp. 31-61; FREEMAN A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, *op. cit.*, pp. 507-530. Le droit de propriété fait l'objet d'interprétations parfois divergentes qui seront plus tard au cœur de toutes les polémiques lors des vagues de nationalisation décidées par les États nouvellement indépendants.

(98) Dénonçant cette confusion, Alwyn Freeman écrit dans son imposante monographie parue en 1938 : «Sometimes these minimum rights making up the standard of civilized treatment are all lumped together under the attractive but misleading heading of the 'fundamental', 'natural' or 'inherent' rights of man. [...] It is true that the rights contemplated by the international standard may perhaps be considered as fundamental in the sense that an alteration in the ideas represented by it would produce more profound consequences upon the daily course of events and upon the relations between States than any other. But they are not fundamental in the sense that they belong to every individual *qua* individual, or *qua* human being. No realistic interpretation of contemporary international law is capable of supporting the view that the alien's capacity springs from a legal personality existing independently of the link that binds him to a foreign State and which alone sanctions his character as a subject of rights and obligations. These rights cannot exist in the air. Were the international legal order to provide individuals with means enabling them as *individuals* and on their own account to enforce observance of what is loosely designated as their 'inherent' rights, a different situation would exist from that which we know today. But the absence of such machinery for receiving appeals of distress – whether it might be an international court backed up by a collective police system (or any other method of coercion) – must signify the non-existence of the right. The *individual*'s hands are tied. [...] At the present stage of international life, it is solely in virtue of the individual's capacity as a *foreign national* that he is assured protection by the law of nations against invasions of personal and property interests» : *ibid.*, pp. 524-525.

Quelle que soit l'appellation qu'on veut bien lui donner, l'idée qu'il existe un minimum de règles applicables aux étrangers interpelle ce droit interétatique, qui prétend protéger l'individu au seul motif qu'il a quitté son pays pour un autre, mais lui refuse toute protection dès lors qu'il reste dans les limites du territoire de son propre État. Hersch Lauterpacht constate en 1950 :

«Although international law does not at present recognize, apart from treaty, any fundamental rights of the individual protected by international society as against the State of which he is a national, it does acknowledge some of the principal fundamental rights of the individual in one particular sphere, namely, in respect of aliens. These are entitled to treatment conforming to a minimum standard of civilisation regardless of how the State where they reside treats its own nationals. That minimum standard of civilisation comprises, in particular, the right of personal liberty and, generally, the right to equality before the law. International tribunals have repeatedly declared it to be a rule of international law. The result, which is somewhat paradoxical, is that the individual in his capacity as an alien enjoys a larger measure of protection by international law than in his character as the citizen of his own State» (99).

La seconde moitié du XX^{e} siècle devait mettre fin à cette incohérence en consacrant le droit international des droits de l'homme.

C. – *Le droit international des droits de l'homme et les migrations*

La proclamation des droits de l'homme sur la scène internationale et leur développement normatif sans précédent modifient considérablement la philosophie générale du droit international (1) et partant les règles régissant la condition de l'étranger (2).

1. *Les sources et les fonctions des droits de l'homme dans l'ordre juridique international*

La *Charte des Nations Unies* du 26 juin 1945 inaugure une ère nouvelle pour le droit international. Elle intègre les droits de l'homme au cœur de l'ordre juridique international et érige leur protection comme l'un des buts essentiels de la nouvelle organisation mondiale. Dès son préambule, les Nations Unies proclament leur «foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des Nations, grandes et petites». Nombre

(99) LAUTERPACHT H., *International Law and Human Rights*, Stevens, London, 1950, p. 121.

des dispositions de la Charte rappellent l'engagement de l'Organisation et de ses États membres à agir pour «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion» (100).

Cependant, si les droits de l'homme sont ainsi consacrés pour la première fois dans un traité à vocation universelle, la Charte ne dit rien du contenu exact des droits à protéger. Cette tâche primordiale est revenue à l'Assemblée générale qui adopte, le 10 décembre 1948, la célèbre *Déclaration universelle des droits de l'homme*. La Déclaration rappelle, dès les premières lignes de son préambule, que «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde». Elle consacre ensuite l'essentiel de son dispositif à identifier les différents droits internationalement reconnus à l'homme. Bien que cette résolution soit dépourvue comme telle de valeur contraignante, la Déclaration universelle constitue le point de départ d'un vaste mouvement de diffusion normative des droits de l'homme, au point que la plupart de ses dispositions soient considérées aujourd'hui comme faisant partie du droit coutumier. L'adoption en 1966 des Pactes des Nations Unies, portant respectivement sur les droits économiques, sociaux et culturels (101) et sur les droits civils et politiques (102), marque une étape importante de ce processus. Entrés en vigueur en 1976, ces deux traités constitueront les vecteurs privilégiés de cette lente imprégnation du droit international. Le premier est actuellement ratifié par 153 États et le second par 156 États (103).

Ces deux traités généraux seront enrichis et approfondis par de multiples instruments conventionnels plus spécifiques adoptés, sous l'égide des Nations Unies, pour certaines catégories d'individus ou de droits. On mentionnera, à titre d'exemple, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations racia-*

(100) Voir notamment les articles 1, 55 c) et 56. Sur les conditions d'adoption des dispositions de la Charte afférentes aux droits de l'homme, voir : JHABVALA F., «The Drafting of the Human Rights Provisions of the UN Charter», *NILR*, 1997, pp. 1- 31.

(101) *RTNU*, vol. 993, n° 14531, p. 3.

(102) *RTNU*, vol. 999, n° 14668, p. 171.

(103) L'état des ratifications des principaux traités sur les droits de l'homme est disponible sur internet à l'adresse suivante : http ://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset ?OpenFrameSet

les du 21 décembre 1965 (170 États parties) (104), la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* du 18 décembre 1979 (183 États parties) (105), la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* du 10 décembre 1984 (141 États parties) (106) ou encore la *Convention relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 (192 États parties) (107). Cette prolifération de traités sera accentuée au niveau régional à travers notamment : la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950 (46 États parties) (108), la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* du 22 novembre 1969 (25 États parties) (109) et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* du 27 juin 1981 (53 États parties) (110).

L'intrusion des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique international et son expansion normative spectaculaire ne sont évidemment pas sans conséquence sur la nature même du droit international général. L'internationalisation des droits de l'homme remet en cause de manière frontale un principe traditionnel, que l'on désignait par la «théorie des deux sphères». Cette théorie reposait sur la distinction entre, d'une part, la sphère interne des rapports de l'État avec ses sujets relevant du seul droit national et, d'autre part, la sphère externe, celle des relations interétatiques, objet exclusif du droit international. Le traitement des étrangers n'y faisait guère exception : le droit international y avait sa place pour la simple raison que la position juridique de l'étranger s'assimilait à une relation d'État à État. Soulignant les bouleversements induits par les droits de l'homme sur le droit international classique, le Professeur Michel Virally a pu constater que :

> «L'introduction de la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique internationale n'entraîne pas simplement une modification du contenu du droit international, c'est la définition même de ce droit qui est remise en cause. Le droit international ne peut plus être défini comme le droit des relations internationales ou de la société des États. Il se présente désormais comme le droit de la société

(104) *RTNU*, vol. 660, n° 9464, p. 195 (entrée en vigueur en 1969).
(105) *RTNU*, vol. 1249, n° 20378, p. 13 (entrée en vigueur en 1981).
(106) *RTNU*, vol. 1465, n° 24841, p. 85 (entrée en vigueur en 1987).
(107) Doc. A/RES/44/25 (entrée en vigueur en 1990).
(108) *STE* n° 5 (entrée en vigueur en 1953).
(109) Doc. OEA, Série des traités 36, OEA/Ser. A/XVI/SEPF (entrée en vigueur en 1978).
(110) Doc. OUA, CAB/LEG/67/3 rev. 5 (entrée en vigueur en 1986).

humaine universelle, ou globale, comprenant deux parties essentielles : d'une part le statut fondamental de l'homme à l'intérieur des différentes unités politiques qu'il a constituées historiquement et qui se gouvernent de façon indépendante et, d'autre part, le droit des relations entre ces différentes unités politiques» (111).

Du droit de la société interétatique, le droit international se mue progressivement en un droit de la communauté internationale. Il se voit attribuer des finalités nouvelles qui reposent sur les valeurs communes aux hommes. L'universalité du genre humain soudainement (re)découverte donne une impulsion nouvelle au droit international. Il n'apparaît plus seulement comme un instrument neutre de régulation et d'ajustement entre États. Il est également un droit porteur de transformations au service de l'humanité toute entière. Selon l'heureuse formule du Professeur Georges Abi Saab, «le droit international est condamné à devenir de plus en plus le droit interne de l'humanité» (112). Les droits de l'homme n'en sont d'ailleurs qu'une illustration parmi bien d'autres (environnement, développement, patrimoine culturel, fonds marins, crimes internationaux, etc...). Le droit international général évolue d'un droit de la coexistence, fondé sur la juxtaposition d'entités souveraines, vers un droit de l'interdépendance, où les questions les plus diverses appellent désormais une réponse globale qui transcende l'État et invite à son renouvellement.

Il ne s'agit là, cependant, que d'un processus, dont il est plus qu'hasardeux de prédire l'issue. En l'état actuel de son développement, le droit international est animé par une dynamique presque schizophrénique qui l'oblige à faire coexister en son sein deux facettes différentes, l'une tournée vers la protection de l'individu au sens large et l'autre attachée à réguler les relations entre États. Si ses fonctions ont profondément évoluées, il reste encore largement structuré par l'État qui conserve le rare privilège d'être à la fois le sujet et la source du droit. Le recours à la technique conventionnelle en est la manifestation paradigmatique. Le traité permet, plus que tout autre procédé de création du droit, d'assurer la mainmise

(111) Virally M., «Droits de l'homme et théorie générale du droit international», *in* : *René Cassin Amicorum Disipulorumque Liber*, T. IV, Pédone, Paris, 1972, p. 329. Voir également : Dupuy P.-M., «Théorie des droits de l'homme et fondement du droit international», *ADP*, T. 32, 1987, p. 132; Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2003, pp. 37-49.

(112) Abi-Saab G., «'Humanité' et 'Communauté internationale' dans la dialectique du droit international», *in* : *Mélanges en l'honneur du professeur René-Jean Dupuy*, Pedone, Paris, 1991, p. 11.

de l'État sur le processus normatif. Il garantit le contrôle de l'État, tant au niveau de la détermination du contenu de la norme, dès lors que ce sont les États qui élaborent les règles, qu'au niveau de sa force contraignante, puisque le traité ne lie que les États qui l'ont dûment ratifié.

Les traités relatifs aux droits de l'homme présentent néanmoins une particularité essentielle, qui réside dans la nature objective des droits ainsi conférés aux individus du seul fait de leur qualité d'être humain. Contrairement aux traités ordinaires destinés à régir les relations d'États à États, ils sont par définition soustraits au principe de réciprocité si caractéristique du droit international classique. Les traités relatifs aux droits de l'homme ne créent pas un engagement synallagmatique conclu sur la seule base d'un équilibre contractuel entre les États parties. Ils font naître, au contraire, une série d'obligations pour une tierce partie : l'individu. Suivant le raisonnement tenu par la Cour internationale de Justice à propos de la Convention sur le génocide :

> «Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme» (113).

Le caractère objectif des traités relatifs aux droits de l'homme – comme du reste ceux relatifs au droit humanitaire – implique deux conséquences principales. En tout premier lieu, la violation d'un tel traité n'autorise pas un autre État partie à mettre fin ou à suspen-

(113) CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, CIJ Rec.* 1951, p. 23. Le même raisonnement fut repris à propos de la Convention européenne des droits de l'homme : «Les obligations souscrites par les États contractants dans la convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers» : ComEDH, déc. 11 janvier 1967, *Autriche c. Italie, ACEDH*, vol. IV, p. 139; confirmé par la CEDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, *Série A* n° 25, p. 90, §239. La Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies se sont prononcés dans le même sens. Voir respectivement : CIDH, 24 septembre 1992, Effets des réserves sur l'entrée en vigueur de la CADH, *RUDH*, 1992, p. 294, §29; CDH, *Observation générale n° 24 : Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

dre son application. L'article 60 §5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités rappelle, en effet, que les dispositions relatives à l'extinction ou la suspension d'un traité, comme conséquence de sa violation, «ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine dans des traités de caractère humanitaire» (114). En second lieu, les normes inscrites dans de tels traités constituent ce que l'on appelle des obligations *erga omnes* qui sont contractées non à l'égard d'un État en particulier mais de l'ensemble des parties auxdits traités. Selon la typologie de la Cour internationale de Justice :

> «Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *ergas omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine» (115).

Une obligation de ce genre dépasse souvent le strict cadre conventionnel pour créer une *actio popularis*, de sorte que tout État est en droit d'invoquer la responsabilité internationale de celui qui l'a violé. Elle relève alors du droit impératif, c'est-à-dire aux termes de l'article

(114) L'expression «traités de caractère humanitaire» doit être entendue dans un sens large. Lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, la délégation suisse dont la proposition d'amendement est à l'origine de cette disposition a été très explicite sur ce point : «[...] il y a d'autres conventions également très importantes, concernant le statut des réfugiés, la répression de l'esclavage, l'interdiction du génocide, et la protection des droits de l'homme en général, et leur violation par une partie ne doit en aucun cas avoir pour conséquence de frapper des individus innocents» : *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Documents officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, p. 119. Voir également en doctrine : SCHWELB E., «The Law of Treaties and Human Rights», *in* : REISMAN W.M. & WESTON B. (dir.), *Toward World Order and Human Dignity. Essays in Honor of Myres Mc Dougal*, Free Press, New York, MacMillan, London, 1976, pp. 262-290; BARILE G., «The Protection of Human Rights in Article 60, paragraph 5», *in* : *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 1-12. Sur la nature coutumière de l'article 60 §5 de la Convention de Vienne, voir également : CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, *Rec. CIJ* 1971, p. 47.

(115) CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Compagny (Belgique c. Espagne)*, *Rec. CIJ* 1970, p. 32. Voir en ce sens notamment l'article 1er de la résolution du 13 septembre 1989 de l'Institut de droit international consacrée à la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États, *AIDI*, 1990, vol. II, p. 339. Voir plus généralement l'article 48 des *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préparés par la Commission du droit international, A/RES/56/83, Annexe.

53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise» (116). Tout traité en conflit avec une telle norme est frappé de nullité. En outre, si l'on s'en tient aux *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* annexés à la Résolution du 12 décembre 2001 de l'Assemblée générale, la violation grave d'une norme de *jus cogens* implique notamment que les États aient l'obligation de coopérer pour y mettre fin, par des moyens licites, et de ne pas reconnaître une situation créée par une telle violation, ni prêter assistance au maintien de cette situation (117).

Par delà son incidence exacte sur le droit des traités et le droit de la responsabilité, cette catégorie normative remplit une fonction systémique essentielle pour garantir la cohérence et la complétude du nouvel ordre juridique international issu de la Charte des Nations Unies. Le *jus cogens* est un instrument de protection des valeurs considérées par la communauté internationale comme le

(116) Il convient cependant de distinguer les deux notions. Le *jus cogens* se réfère à la nature intrinsèque de la norme, tandis que le caractère *erga omnes* d'une obligation renvoie à la conséquence de celle-ci, en ce qu'elle est opposable à l'égard de tous. Les deux ne se recoupent pas nécessairement : toute norme de *jus cogens* est nécessairement *erga omnes*, mais toute obligation *erga omnes* n'est pas nécessairement du *jus cogens*. Une telle hypothèse – au demeurant plutôt rare – est illustrée par le principe de la liberté de navigation en haute mer. Pour une vue d'ensemble de ces différentes notions en rapport avec les droits de l'homme, voir notamment : Domb F., «*Jus Cogens* and Human Rights», *IYHR*, 1976, pp. 104-121; Meron T., «On a Hierarchy of International Human Rights», *AJIL*, 1986, pp. 1-26; Saulle M.R., «*Jus Cogens* and Human Rights», *in* : *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago, op. cit.*, pp. 385-390; Parker K., «*Jus Cogens* : Compelling the Law of Human Rights», *Hastings ICLR*, 1988, pp. 410-453; Gaja G., «Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens* : A Tentative Analysis of the Three Related Concepts», *in* : Weiler J., Cassesse A. & Spinedi M. (dir.), *International Crimes of States. A critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, 1988, pp. 151-160; De Hoogh A.-J.-J., «The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *erga omnes* and International Crimes», *AJPIL*, 1991, pp. 183-214; Dinstein Y., «The *erga omnes* Applicability of Human Rights», *AV*, 1992, pp. 16-21; Oellers-Frahm K., «Comment : The *erga omnes* Applicability of Human Rights», *ibid.*, *pp.* 28-37; Rubin A.P., «Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?», *NELR*, 2001, pp. 265-280.

(117) Voir les articles 40 et 41 des *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* cité *supra*. Voir sur l'ensemble de la question : Dupuy P.-M. (dir.), *Droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2002. On rappellera que ce régime spécifique de responsabilité est limité aux seules violations «graves» des normes impératives du droit international général. La gravité de la violation est définie à l'article 40 §2 comme «un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation». Si la violation de nombreuses règles de *jus cogens* – telles que l'interdiction de l'agression ou du génocide – sont graves par leur nature même, la question demeure plus délicate pour les droits de l'homme. L'article 40 pourrait être interprété comme se limitant aux seules violations massives et généralisées des droits fondamentaux comme l'invite le terme de «systématique», encore que l'autre critère alternatif visé par l'expression «flagrant» renvoie au caractère évident, manifeste ou incontestable de la violation, sans égard au nombre de victimes impliquées.

fondement de son ordre social (118). Il est placé au sommet de la hiérarchie du droit international et rompt par là même avec la conception toute contractuelle de l'ancien droit, si longtemps régi par le principe de l'équivalence des normes (conventionnelles ou coutumières). Manifestation emblématique de ce droit de la communauté internationale en devenir, les normes de *jus cogens* attestent de l'existence d'un intérêt collectif supérieur aux intérêts individuels des États. Eu égard aux fonctions qui sont dévolues au droit impératif, on ne s'étonnera guère que le maintien de la paix et le respect des droits de l'homme – valeurs communautaires par excellence – soient devenus ses terrains de prédilection.

Bien qu'il ne soit pas question de revenir ici sur l'interminable débat relatif à la détermination – ou l'indétermination – des règles impératives (119), il n'est aujourd'hui plus guère contesté que certains droits essentiels de la personne humaine, tels que l'interdiction de la torture (120), de la privation arbitraire de la vie (121), de l'esclavage et de la discrimination raciale (122), font partie intégrante du *jus cogens*. C'est dire que l'épicentre du droit international tend à se déplacer vers l'individu, dont la protection est désormais considérée comme un intérêt essentiel de la communauté internationale. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie devait même en conclure dans la célèbre affaire *Tadic* qu'«une approche axée sur la souveraineté de l'État a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme», car :

> «Ce serait une parodie du droit et une trahison du besoin universel de justice si le concept de la souveraineté de l'État pouvait être soulevé avec succès à

(118) Voir notamment : MOSLER V., «The International Society as a Legal Community», *RCADI*, 1974-IV, p. 33.

(119) Pour une tentative de liste des normes de *jus cogens*, voir notamment : HANNIKAINEN L., *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publ. Co., Helsinki, 1988.

(120) Voir parmi de nombreux exemples : TPIY, Chambre de 1re instance, *Procureur c. Furundzija*, 10 décembre 1998, Affaire n° IT-95-17/1-T, §154 : «Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, [...] elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser». Voir également : CDH, *Observation générale n° 24*, *op. cit.*, §10; CEDH, arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, requête n° 35763/97, §61.

(121) Voir par exemple : CDH, *Observation générale n° 24*, *op. cit.*, §10.

(122) Voir notamment : CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Compagny (Belgique c. Espagne)*, *op. cit.*, p. 32.

l'encontre des droits de l'homme. Les frontières ne devraient pas être considérées comme un bouclier contre l'application de la loi et comme une protection pour ceux qui foulent aux pieds les droits les plus élémentaires de l'humanité» (123).

2. *L'impact des droits de l'homme sur le droit international des migrations*

La place désormais incontournable qu'occupent les droits de l'homme renouvelle profondément la question traditionnelle de la condition de l'étranger en droit international. L'ancestrale *summa divisio*, fondée sur la distinction entre le national et l'étranger, est rompue au profit d'une catégorie générique de bénéficiaires : l'individu, conçu hors de toute appartenance nationale et titulaire de droits internationalement reconnus, du seul fait de sa qualité d'être humain. Comme le soulignent les préambules de la Déclaration universelle et des deux Pactes des Nations Unies, les droits de l'homme reposent par définition sur «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine». La Convention interaméricaine des droits de l'homme précise, plus clairement encore, dans son préambule que : «les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un État donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine». Richard Lillich constate dans sa monographie *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* parue en 1984 :

> «What the international community is witnessing today is a major change – the significance of which cannot be overstated – in the way in which the rights of aliens are protected : from the classic system of diplomatic protection by the alien's State of nationality, invoking the traditional international law governing the treatment of aliens, to the direct protection of the individual alien's rights through his use of national and international procedures to enforce a set of reformulated international norms» (124).

Il convient de distinguer, cependant, le contenu de la protection et la manière dont elle est assurée. Sur ce dernier point, en l'absence de Cour mondiale des droits de l'homme, la protection diplomatique a encore vocation à jouer un rôle dans la protection des étrangers. Mais il est vrai aussi qu'elle tend à se marginaliser par les voies de

(123) TPIY, Chambre d'appel, *Procureur c. Tadic*, 2 octobre 1995, Affaire n° IT-94-1, §58 et §97. Sur l'«humanisation» progressive du droit international général, voir plus généralement l'excellent cours de : Meron Th., «International Law in the Age of Human Rights», *RCADI*, 2003, T. 301, pp. 9-489.

(124) Lillich R.B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, *op. cit.*, p. 3.

recours offertes devant les juridictions internes et régionales. Les modes de protection, classiques et nouveaux, se conjuguent pour assurer une meilleure effectivité des droits de l'étranger. Mais c'est surtout dans le contenu même de la protection que l'apport du droit international des droits de l'homme est plus décisif encore.

Le droit international classique, si longtemps déchiré par l'opposition entre le principe de l'assimilation de l'étranger au national et le standard international minimum, est devenu largement obsolète par le développement des droits de l'homme. A y regarder de plus près, cette nouvelle branche du droit international apparaît même comme une synthèse de ces deux théories, puisque les droits de l'homme postulent le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, tout en assurant que ce minimum soit garanti par le droit international. Pour bon nombre d'observateurs, le droit traditionnel de l'étranger est donc destiné à disparaître pour se fondre dans le droit international des droits de l'homme (125). Ce mouvement d'appropriation du droit des étrangers par les droits de l'homme est toutefois loin d'être linéaire. Il a connu une évolution progressive, parfois tourmentée et en partie inachevée.

Une première tentative de fusion de ces deux branches du droit international a été initiée très tôt au sein même de la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux de codification sur la responsabilité de l'État. Dr. Garcia Amador est désigné Rapporteur spécial en 1955 et soumettra pas moins de six rapports successifs de 1956 à 1961 qui porteront tout spécialement sur la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux étrangers. Le rapporteur se fixe alors pour objectif ambitieux d'intégrer cette matière traditionnelle au cœur de l'évolution plus récente que con-

(125) Alexande-Charles Kiss écrit en 1972 que «dans l'ensemble, ce sont les règles internationales protégeant les droits et libertés fondamentaux de l'homme qui, dans un avenir plus ou moins éloigné, prendront le relai des règles du droit international commun fixant la condition des étrangers»: KISS A.-C., «La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme», *in*: *Mélanges en l'honneur de M. Ganshof van der Meersch*, T. 1, Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 509. Pour des constats similaires plus anciens encore, voir: FENWICK, «The Progress of International Law during the Past Forty Years», *RCADI*, 1951-II, T. 79, p. 44; FREEMAN, «Human Rights and the Rights of Aliens», *Am. Soc'y Int' L. Proc.*, 1951, p. 120; JENNINGS, «General Course on Principles of International Law», *RCADI*, 1967-II, T. 121, p. 488; MOSLER, «The International Society as a Legal Community», *op. cit.*, p. 72. Pour une vue d'ensemble trés stimulante, voir: MCDOUGAL M.S., LASSWELL H.D. & CHEN L.-C., «The Protection of Aliens form Discrimination and World Public Order: Responsibility of States conjoined with Human Rights», *AJIL*, 1976, pp. 432-469.

naissait l'ordre juridique international (126). Cette approche systémique doit lui permettre de réconcilier du même coup l'ancien droit des étrangers avec le droit alors émergeant des droits de l'homme. Il explique dans son premier rapport paru en 1956 :

« Dans le droit international traditionnel, la "responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers" apparaît souvent comme liée à deux notions ou principes essentiels : la notion dite de la "norme internationale de justice" *(international standard of justice)* et le principe de l'égalité des nationaux et des étrangers. La première a été invoquée pour justifier la protection par l'État de ses nationaux à l'étranger, et le second pour exclure la responsabilité de l'État de la résidence lorsque lesdits nationaux bénéficient du même traitement et de la même protection légale ou judiciaire que ses propres ressortissants. En ce sens, et bien que leur objectifs commun ait été d'assurer la protection de la personne et de ses biens, les deux règles sont apparues comme contradictoires et inconciliables dans la théorie et la pratique traditionnelles.

Cependant, lorsqu'on examine la situation en fonction du droit international à son stade actuel de développement, l'impression est très différente. S'il est vrai que les deux règles en question ont eu pour objet la protection de la personne et de ses biens, aujourd'hui cette protection est assurée par la reconnaissance internationale des droits fondamentaux de l'homme. Avec cette nouvelle notion juridique, la distinction entre nationaux et étrangers perd toute raison d'être, de sorte que l'application théorique et pratique des deux principes traditionnels ne paraît plus se justifier. En un mot, les deux principes semblent avoir été dépassés par le droit international contemporain. [...] Ce que l'on pourrait appeler l'"internationalisation" de ces droits et libertés vise à protéger les intérêts légitimes de la personne humaine sans considération de nationalité. A cet égard, ni la qualité de national, ni celle d'étranger ne joue aucun rôle. C'est la personne humaine, en tant que telle, qui est directement protégée par le doit international » (127).

Afin de tenir compte de cette évolution, Garcia Amador propose un projet d'article 5 rédigé comme suit :

(126) « Ce sont précisément les fins du droit international qui ont été profondément touchées [...]. Il ne s'agit plus désormais d'un ordre juridique intéressant seulement les relations *entre États*, puisqu'il vise aussi à protéger des intérêts et des droits dont le véritable titulaire n'est pas l'État. Il n'est donc plus vrai, comme cela le fut pendant des siècles, que le droit international n'a d'autre raison d'être que la protection des intérêts et droits de l'État; sa fonction est aussi de protéger les droits et intérêts que ses autres sujets peuvent légitimement faire valoir. [...] La doctrine et la pratique internationales se sont développées en fonction d'un système de droit international dans lequel l'État apparaissait comme le seul capable d'avoir ou de contracter des obligations d'ordre international. Mais, dans le système contemporain, l'État n'est plus le seul sujet auquel le droit international impose directement des obligations. L'individu est manifestement devenu, lui aussi, le sujet direct – et parfois unique – de certaines obligations internationales » : *Responsabilité internationale : premier rapport de F.V. Garcia Amador, op. cit.*, p. 185. et p. 187.

(127) *Ibid.*, p. 200 et p. 203.

«1. L'État est tenu d'assurer aux étrangers la jouissance de droits et le bénéfice de garanties individuelles identiques à ceux dont jouissent ou bénéficient ses nationaux. Toutefois, ces droits et garanties ne peuvent en aucun cas être moindres que les "droits fondamentaux de l'homme" reconnus et définis dans les instruments internationaux contemporains.

2. En conséquence, en cas de violation de droits civils ou de refus de garanties individuelles au détriment d'étrangers, il n'y a responsabilité internationale que s'il s'agit de "droits fondamentaux de l'homme" internationalement reconnus» (128).

L'article 6 s'efforce d'identifier une liste non exhaustive de droits fondamentaux de l'homme internationalement reconnus (129). Bien qu'il sera salué *a posteriori* par une grande partie de la doctrine, l'effort de synthèse de Garcia Amador est sur le moment fraîchement accueilli par de nombreux membres de la Commission et représentants des États. Son mandat arrivera à expiration, sans que le texte d'un projet de Convention puisse être arrêté. Un nouveau rapporteur sera désigné dans la personne de Roberto Ago qui se concentrera sur les seules règles secondaires du régime général de la

(128) *Responsabilité internationale : deuxième rapport de F.V. Garcia Amador*, ACDI, 1957, Vol. II, p. 128. La dernière version du projet d'article, rédigée en 1961, sera reformulée non pas sous l'angle d'une obligation de l'État, mais dans la perspective d'un droit subjectif de l'étranger : «Aux fins du présent avant-projet, les étrangers jouissent des mêmes droits...» : *Responsabilité internationale : sixième rapport de F.V. Garcia Amador*, ACDI, 1961, Vol. II, p. 48.

(129) «1. Aux fins de l'article précédent, la catégorie des "droits fondamentaux de l'homme" comprend notamment les droits énumérés ci-après :

a) Le droit à la vie, a la liberté et a la sûreté de sa personne;

b) Le droit a l'inviolabilité de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance et au respect de son honneur et de sa réputation;

c) La liberté de pensée, de conscience et de religion;

d) Le droit à la propriété;

e) Le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique;

f) Le droit de recourir aux tribunaux ou aux organes compétents de l'État, par des voies de droit et des procédures appropriées et effectives, en cas de violation des droits et libertés énoncés ci-dessus;

g) Le droit d'être entendu en audience publique et avec les garanties voulues par les organes compétents de l'État, qui établiront le bien-fondé de toute accusation en matière pénale ou décideront des droits et obligations de l'intéressé en matière civile;

h) En matière pénale, le droit pour l'accusé d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie; le droit d'être informé, dans la langue qu'il comprend, de l'accusation qui est portée contre lui; le droit d'assurer personnellement sa défense ou de se faire assister par un défenseur de son choix; le droit de n'être pas condamné pour des actions ou omissions qui, au moment ou elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit interne ou international; le droit d'être jugé sans retard ou d'être mis en liberté.

2. La jouissance et l'exercice des droits et libertés visés aux alinéas *a*, *b*, *c* et *d* peuvent être soumis aux limitations ou restrictions que la loi établit expressément pour des raisons touchant à la sûreté intérieure ou au bien-être économique de la nation, pour sauvegarder l'ordre, la santé ou la moralité publics, ou pour assurer le respect des droits et libertés d'autrui» : *Responsabilité internationale : deuxième rapport de F.V. Garcia Amador, op. cit.*, p. 128. Le catalogue des droits fondamentaux sera passablement amputé dans la dernière version du projet d'article : *Responsabilité internationale : sixième rapport de F.V. Garcia Amador, op. cit.*, p. 48.

responsabilité de l'État, écartant ainsi la question jugée délicate des règles primaires régissant la protection de l'étranger (130).

La tentative avortée de réunir le droit des étrangers et les droits de l'homme est due à de multiples raisons qui découlent pour une large part du contexte politique de l'époque dominé par le processus de décolonisation et la confrontation Est-Ouest. Les États nouvellement indépendants n'étaient guère enclins à participer à l'élaboration de normes relatives aux étrangers qui avaient suscité par le passé de nombreuses dérives impérialistes. Les États communistes n'étaient, pour leur part, pas encore disposés à participer à la consécration des droits de l'homme alors perçus comme capitalistes. C'est dire qu'il n'était pas opportun de codifier le traitement international des étrangers, ni même encore de le lier aux droits de l'homme.

Le rapprochement de ces deux branches du droit international était tout simplement prématuré à une époque, où les droits de l'homme n'avaient pas atteint le stade de développement qu'ils connaissent aujourd'hui. Il faut rappeler qu'en 1961, date à laquelle Garcia Amador dépose son sixième et dernier rapport, il n'existait au niveau universel qu'un seul texte de portée générale mais dépourvu de valeur contraignante (la Déclaration universelle) et au niveau régional un seul traité avait pu être adopté (en l'occurrence la Convention européenne des droits de l'homme). Dans un tel contexte, vouloir réconcilier une branche traditionnelle, mais contestée, du droit international (le droit des étrangers) avec une branche nouvelle qui manque encore d'une pleine reconnaissance normative (les droits de l'homme) relève de la gageure.

Ce premier échec devait plonger la condition de l'étranger dans un profond coma juridique. Par une sorte de renversement de l'histoire, les droits fondamentaux de l'étranger, qui avaient constitué la matrice des droits de l'homme sur la scène internationale, connaîtront une période d'éclipse relative vivant dans l'ombre de ces derniers. Ainsi affranchi de l'héritage encombrant de la protection des étrangers, le droit international des droits de l'homme se développe de manière autonome et connaît une phase de croissance sans précédent. Durant les deux décennies qui ont

(130) Trois autres rapporteurs lui succéderont pour finalement aboutir à l'adoption en 2001 du projet d'articles précité sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

suivi le dépôt du dernier rapport de Garcia Amador, les Nations Unies connaissent une période d'euphorie législative, pendant laquelle seront adoptés les principaux traités sur les droits de l'homme.

Il faut attendre 1985 pour que cette nouvelle branche du droit international finisse par s'intéresser à la condition de l'étranger. Aux termes de travaux préparatoires plutôt laborieux, l'Assemblée générale adopte cette année-là la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent* (131). Constatant que, «en raison des communications améliorées et du développement de relations pacifiques et amicales entre les pays, des particuliers vivent de plus en plus dans des pays dont ils ne possèdent pas la nationalité», l'organe plénier des Nations Unies rappelle – comme pour réparer un oubli – que «la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévue dans les instruments internationaux devrait également être assurée aux personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent». Sur le fond, le texte de la Déclaration se borne, pour l'essentiel, à reproduire les dispositions des deux Pactes des Nations Unies ainsi transposés aux étrangers sous une forme non conventionnelle.

L'adoption de cette Déclaration a néanmoins valeur de principe. Le traitement international de l'étranger (ré)apparaît sous les traits nouveaux des droits de l'homme, dont la légitimité politique et la validité normative ne sont plus remises en doute. Il bénéficie d'une sorte d'effet réflexe de cette branche désormais omniprésente. Ainsi débarrassée des controverses stériles et passionnées qu'elle avait suscitées durant la première partie du XX^{e} siècle, la protection internationale des étrangers va désormais de pair avec le développement des droits de l'homme. Ce mouvement d'appropriation ne fera ensuite que s'accélérer. Il prend notamment la forme d'une interprétation contextualisée des obligations existantes (132), de l'insertion dans les traités plus récents de dispositions spécifiques aux étrangers (133) et de l'adoption en 1990 de la *Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants*

(131) Res. 47/144 du 13 décembre 1985.

(132) Le Comité des droits de l'homme adopte, moins d'un an après la Déclaration de l'Assemblée générale, l'*Observation générale N° 15 sur la situation des étrangers dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques*.

(133) Voir par exemple l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984 et les articles 10 et 22 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

et des membres de leur famille, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement. L'attention apportée aux «droits de l'homme des migrants» – selon l'expression consacrée – est réitérée en de multiples occasions, dans le cadre des Conférences mondiales et autres instances multilatérales. On mentionnera, parmi les exemples les plus notoires, les Déclarations et Programmes d'action adoptés lors de la *Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme* en 1993 (134), la *Conférence internationale sur la population et le développement*, réunie l'année suivante au Caire (135), le *Somment mondial pour le développement social* de Copenhague de mars 1995 (136), la quatrième *Conférence mondiale sur les femmes* organisée à Beijing du 4 au 15 septembre 1995 (137) ou encore la retentissante *Conférence mondiale contre le racisme et l'intolérance* réunie à Durban en septembre 2001 (138). L'Assemblée générale a également rappelé, à plusieurs reprises, que : «Tous les États doivent protéger pleinement les droits de l'homme fondamentaux universellement reconnus des migrants, en particulier des femmes et des enfants, quelle que soit leur situation légale» (139). Outre les diverses résolutions

(134) A/CONF. 157/23, Partie II, §§33-35.

(135) *Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement* (Le Caire, 5-13 septembre 1994), A/CONF.171/13/Rev.1, chapitre X.

(136) *Rapport du sommet mondial pour le développement social* (Copenhague, 6-12 mars 1995), A/CONF.166/9 (1995), chapitre III.

(137) *Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, 4-15 septembre 1995, A/CONF.177/20, chap. IV.D.

(138) *Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination racisme, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, A/CONF.189/12, §47.

(139) Résolution 54/166, Protection des migrants, 2000. Voir également la Déclaration du millénaire, A/RES/55/2, §V, ainsi que la Résolution 59/194 sur la protection des migrants adoptée en décembre 2004. La formule retenue en novembre 2005 par le *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre* est sensiblement moins ferme : «Les droits de l'homme de tous les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, devraient être favorisés et protégés» : *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre. Principes et lignes directrices non contraignants pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits*, TMMFLM/2005/1(Rev.), BIT, Genève, §8. Il est question ici non pas de l'applicabilité des droits de l'homme aux étrangers mais de leur mise en œuvre. Une disposition de ce genre n'en reste pas moins l'illustration caricaturale des affaiblissements que la *soft law* est susceptible d'apporter contre toute attente. Les «pratiques efficaces» de l'*Agenda international pour la gestion des migrations* en deviennent presque plus engagées, en prévoyant entre autres choses l'«adoption et [l'] application des mesures visant à prévenir les violations des droits humains des migrants, ainsi que leur exploitation, et à faire en sorte que leurs droits humains soient protégés à tous les stades du processus migratoire, y compris au stade de l'expulsion» : *L'Agenda international pour la gestion des migrations. Perceptions communes et pratiques efficaces s'inscrivant dans une approche d'ensemble planifiée et équilibrée de la gestion des migrations*, Berne, 16-17 décembre 2004, chapitre 3, §7, p. 120.

Pour une mise en perspective critique et stimulante des récentes initiatives multilatérales, voir dans le présent ouvrage la contribution de Guy S. GOODWIN-GILL : «Migrant Rights and "Managed Migration"». Voir aussi de manière générale la contribution très intéressante de Patrick A. TARAN : «Clashing Worlds : Imperative for a Rights-Based Approach to Labour Migration in the Age of Globalization».

qu'elle a adoptées sur la question, la Commission des droits de l'homme institue en 1999 un Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, dont le mandat est à la lumière des difficultés pratiques suscitées par cette question d'intérêt commun (140).

D'un point de vue systémique, l'expression même de «droits de l'homme des migrants» est significative de ce processus d'appropriation qui, sans nier certaines spécificités, oblige à penser l'étranger par référence aux droits de l'homme. La condition de l'étranger est comme absorbée par le droit commun des droits de l'homme. Comment peut-il en être autrement ?

Le droit international des droits de l'homme repose sur l'obligation générale de respecter les droits de tout individu placé sous la juridiction de l'État quelle que soit sa nationalité. Il s'agit là d'un principe existentiel qui sous-tend l'ensemble de cette branche. Dès l'origine de sa reconnaissance internationale, la Charte des Nations Unies insiste à son article 1er sur «le respect des droits de l'homme et libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion». La Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît ce principe et élargit son contenu dans son article 2, en vertu duquel :

> «Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation».

Depuis lors, la clause dite de non-discrimination a été entérinée au niveau conventionnel dans une multitude de traités (141). C'est ainsi que le Pacte relatif aux droits civils et politiques rappelle à son article 2 §1 :

> «Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à *tous les individus se trouvant sur leur territoire* et relevant de leur compétence les droits

(140) Le Rapporteur spécial est, selon la résolution qui l'a institué, «chargé d'examiner les moyens de surmonter les difficultés existantes qui empêchent la protection effective et complète des droits de l'homme de ce groupe vulnérable, notamment les entraves et les difficultés qui font obstacle au retour des migrants sans papiers ou en situation irrégulière» : Résolution 1999/44 du 27 avril 1999. Mme Gabriela Rodriguez Pizzarro a occupé cette fonction jusqu'en 2005, date à laquelle le poste a été confié à M. Jorge A. Bustamante.

(141) Voir tout particulièrement : article 2 §2 du *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 2 §1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, article 1er de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, article 1er de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, article 2 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

reconnus dans le présent Pacte, *sans distinction aucune, notamment* de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, *d'origine nationale* ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation» (souligné par nous).

Le Comité des droits de l'homme en déduit dans son *Observation générale n° 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte* que «chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers», les seules exceptions étant celles expressément énoncées à l'article 25 (droit de voter et d'accéder aux fonctions publiques de son pays), qui ne s'applique qu'aux citoyens, et à l'article 13 (garanties relatives à l'expulsion), qui ne concerne que les étrangers (142). La Cour interaméricaine des droits de l'homme a même vu dans le principe de non-discrimination une norme de *jus cogens* (143).

Le droit international des droits de l'homme n'a pas vocation pour autant à se substituer au droit international des migrations, au sens où nous l'avons défini en introduction, c'est-à-dire : l'ensemble des règles internationales applicables aux personnes qui quittent un pays pour entrer et séjourner dans un autre. Parallèlement à l'évolution du droit international général que nous avons décrite ici dans ses grandes lignes, se sont multipliées d'autres règles pertinentes qui empruntent à de multiples branches. Les deux principales catégories d'étrangers, que sont le réfugié et le travailleur migrant, ont fait l'objet de traités qui leur sont exclusivement consacrés et sur lesquels nous reviendrons. En outre, d'autres branches traditionnelles du droit international – le droit de la mer pour ne citer qu'un exemple parmi d'autres – se sont enrichies de normes qui concernent directement les migrants.

A l'instar des nombreux autres domaines juridiques, le droit contemporain régissant les migrations est le produit d'une élaboration compartimentée détachée de toute vision d'ensemble. En présence d'un tel contexte normatif, replacer la migration dans le cadre plus général des droits de l'homme est un gage de cohérence. Cet exercice intellectuel de reconstruction permet de donner un sens au droit international des migrations, sens qui lui fait encore défaut en raison

(142) CDH, *Observation générale n° 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte*, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), §2. Voir également : CEDR, *Recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants*, Gen. Rec. N° 30, §§2-3.

(143) IACHR, *Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, §101, p. 99.

de sa nature fragmentaire et dispersée. Si les droits de l'homme n'ont pas vocation à se confondre avec le droit international des migrations, ils lui fournissent un support, une armature normative. Suivant cette optique, le droit international des droits de l'homme constitue un fond commun de règles applicables à tout migrant, une sorte de *lex generalis* qui complète les régimes conventionnels plus spécifiques. Mais il n'est pas question ici de se livrer à une approche littérale de la maxime *lex specialis derogat lex generalis*, comme a pu le faire la Cour internationale de Justice à propos des relations entre droits de l'homme et droit humanitaire (144). Il s'agit simplement de constater l'existence d'un *droit commun des droits de l'homme en mouvement*, qui complète et se surajoute aux droits particuliers applicables à certains domaines d'activités ou catégories d'étrangers. Il convient, en d'autres termes, de prendre acte de l'évolution structurelle du droit international général – qui place les droits de l'homme au sommet de la hiérarchie des normes via le *jus cogens* – sans toutefois nier les spécificités qui régissent la condition de l'étranger.

II. – Principes et contenu du droit international des migrations

S'il n'est pas possible de procéder ici à l'examen exhaustif de chacune des composantes normatives du droit international des migrations, le droit commun des droits de l'homme fournit une grille de lecture précieuse pour identifier les grands principes qui dominent la matière (145). Il permet, tout d'abord, d'identifier les droits de

(144) CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec. CIJ* 1996, p. 240, §25. Voir aussi CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, Avis du 9 juillet 2004, Rec. 2004, p. 178, §106.

(145) Il ne sera question ici que d'identifier les principes dans leurs grandes lignes, sans qu'il soit possible de nous livrer à un examen approfondi de leur contenu. Nous procéderons par conséquent à de nombreux renvois bibliographiques. Pour une vue d'ensemble, voir parmi les études récentes : Goodwin-Gill G.S., «Migration : International Law and Human Rights», *in* : Ghosh B. (ed.), *Managing Migration. Time for a New International Regime?*, *op. cit.*, pp. 160-189 ; Tiburcio C., *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001 ; Fitzpatrick J., «The Human Rights of Migrants», *in* : Aleinikoff T.A. & Chetail V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, *op. cit.*, pp. 169-184 ; Grant S., *International Migration and Human Rights*, Paper for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, 2005. On mentionnera également un ouvrage tout récent qui n'était pas disponible au moment où nous écrivons cette contribution : Saroléa S., *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2006.

l'homme en mouvement (A), applicables par principe à tout migrant. Il apporte, en outre, une lumière nouvelle sur les régimes conventionnels plus spécifiques (B) qui ont été consacrés jusqu'à présent à certaines catégories d'étrangers. Les organes de contrôle des traités sur les droits de l'homme ont joué sur ce point un rôle clé qu'il convient de souligner. Leur pratique récente a contribué à mettre en relief toute la potentialité normative de traités à vocation générale replacés, par l'effet de l'interprétation, dans le contexte particulier des étrangers. Cette interprétation contextualisée, qu'il est souvent difficile de dissocier de son support normatif, enrichit très substantiellement la matière.

A. – *Les droits de l'homme en mouvement*

Les droits de l'homme en mouvement saisissent la migration dans ses deux composantes : ils garantissent, en amont, un droit *à* l'émigration et règlementent, en aval, le droit *de* l'immigration. Il convient de préciser, au préalable, les termes normatifs de cette dialectique émigration/immigration (1), avant d'identifier les principales règles régissant l'entrée (2) et le séjour (3) des étrangers.

1. *La dialectique émigration/immigration dans les droits de l'homme*

Le droit international des droits de l'homme consacre le droit à l'émigration, mais il s'abstient de légiférer sur le droit à l'immigration. Cette première hypothèse de travail mérite examen.

• *Le droit à l'émigration*

Le droit à l'émigration est l'acte fondateur par excellence de l'ensemble des règles qui composent le droit international des migrations (146). Il est le premier des droits du migrant en puis-

(146) Pour une vue d'ensemble de la question, voir : HIGGINS R., «The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay In and Leave a Country», *International Affairs*, 1973, pp. 341-357; CASSESE A., «International Protection of the Right to Leave and to Return», *in* : *Studi in onore di Manli Udina*, T. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 219-229; VASAK K. & LISKOFSKY S. (eds.), *The Right to Leave and to Return*, Jacob Blaustein Institute for the Advancement of Human Rights / International Institute of Human Rights, Uppsala University, 1976; AYBAY R., «The Right to Leave and the Right to Return : The International Aspect of Freedom of Movement», *CLY*, 1977, pp. 121-136; JAGERSKIOLD S., «The Freedom of Movement», *in* : HENKIN L. (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, pp. 166-184; ROUW DE A.C.J., «Some aspects of the Right to Leave and to Return with special Reference to Dutch Law and Practice», *NYIL*, 1981, pp. 45-71; LILLICH R.B., «Civil Rights», *in* : MERON TH. (ed.), *Human Rights in International Law : Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 149-152; HAN-

sance. Le droit à l'émigration s'inscrit, plus fondamentalement encore, au cœur de la théorie des droits de l'homme, pour constituer un attribut essentiel de la liberté individuelle, «une condition indispensable au libre développement de l'individu» (147), une sorte de «droit d'autodétermination personnelle» (148).

Ses origines sont lointaines et son histoire prestigieuse. Le droit à l'émigration était, selon Socrate, déjà reconnu par les lois de la Cité athénienne (149). Il conservera une place de choix dans la doctrine du droit des gens. Au XVIII[e] siècle, Vattel aura l'occasion de lui rendre un hommage appuyé dans *Le droit des gens*. Il souligne avec une vigueur toute particulière que chaque citoyen a le droit de quitter son pays, lorsqu'il ne peut y trouver sa subsistance ou que la Nation édicte des lois intolérantes (150). L'émigration sera parfois même consacrée par

---

NUM H., *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987; NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993, pp. 197-221; GOODWIN-GILL G.S., «The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain», *in* : GOWLLAND-DEBBAS V. (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, *op. cit.*, pp. 93-108; CHETAIL V., «Freedom of Movement and Transnational Migrations : A Human Rights Perspective», *in* : ALEINIKOFF T.A. & CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, *op. cit.*, pp. 47-60.

(147) CDH, *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, HRI/GEN/1Rev. 5, §1.

(148) INGLÉS J.D., *Etude des mesures discriminatoires dans le domaine du droit qu'à toute personne de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays*, Nations Unis, New York, 1963, p. 10. Voir en ce sens notamment : WOODS J.N., «Travel That Talks : Towards First Amendment Protection of Freedom of Movement», *George Washington Law Review*, 1996, p. 108.

(149) «C'est nous qui t'avons fait naître, qui t'avons nourri et instruit; nous t'avons fait part comme aux autres citoyens de tous les biens dont nous disposions, et nous ne laissons pas de proclamer, par la liberté que nous laissons à tout Athénien qui veut en profiter, que, lorsqu'il aura été inscrit parmi les citoyens et qu'il aura pris connaissance des moeurs politiques et de nous, les lois, il aura le droit, si nous lui déplaisons, de s'en aller où il voudra en emportant ses biens avec lui. Et si l'un de vous veut se rendre dans une colonie, parce qu'il s'accommode mal de nous et de l'État, ou aller s'établir dans quelque ville étrangère, nous ne l'empêchons ni ne lui défendons d'aller où il veut et d'y emporter ses biens» : PLATON, *Dialogues*, Criton, §XIII.

(150) «Il est des cas dans lesquels un citoyen est absolument en droit, par des raisons prises du Pacte même de la Société politique, de renoncer à sa Patrie et de l'abandonner. 1°) Si le citoyen ne peut trouver sa subsistance dans sa patrie, il lui est permis sans doute de la chercher ailleurs. Car la Société politique, ou civile, n'étant contractée que dans la vue de faciliter à un chacun les moyens de vivre et de se faire un sort heureux et assuré; il serait absurde de prétendre qu'un membre, à qui elle ne pourra procurer les choses les plus nécessaires, ne sera pas en droit de la quitter. 2°) Si le Corps de la Société, ou celui qui le représente, manque absolument à ses obligations envers un citoyen; celui-ci peut se retirer [...]. 3°) Si la majeure partie de la Nation, ou le Souverain qui la représente, veut établir des Lois sur des choses à l'égard desquelles le Pacte de la Société ne peut obliger tout Citoyen à se soumettre; ceux à qui ces Lois déplaisent sont en droit de quitter la société pour s'établir ailleurs. Par exemple, si le Souverain, ou la plus grande partie de la Nation, ne veut souffrir qu'une seule Religion dans l'État, ceux qui croient et professent une autre Religion sont en droit de se retirer, d'emporter leurs biens et d'emmener leurs familles. Car ils n'ont jamais pu s'assujettir à l'autorité des hommes, dans une affaire de Conscience; et si la Société souffre et s'affaiblit par leur départ, c'est la faute des Intolérants : ce sont ces derniers qui manquent au Pacte de la Société, qui le rompent, et qui forcent les autres à se séparer» : VATTEL E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), *op. cit.*, Tome I, Liv. I, ch. XIX, §223, pp. 205-206.

traité, qu'ils s'agissent – pour ne citer que les plus connus – du Traité de paix d'Augsburg (1555) et des traités de Westphalie (1648). On la retrouve aussi dans de nombreux textes de droit interne – et non des moindres – tels que la célèbre *Magna Carta* du Royaume d'Angleterre de 1215 (151), la Constitution française de 1791 (152) ou encore la loi du Congrès américain de 1868, selon laquelle : «The right of expatriation is a natural and inherent right of all people, indispensable to the enjoyment of the rights of life, liberty and the pursuit of happiness» (153).

Ces différents textes constitueront une source d'inspiration pour bon nombre d'autres États, avant que le «droit de quitter tout pays y compris le sien» ne soit inscrit dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* à son article 13 §2. Il sera repris, sous cette formulation, dans de multiples traités (154) et tout particulièrement à l'article 12 §2 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, en vertu duquel : «Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien».

Le champ d'application, tant *rationae personae* que *rationae materiae*, de cette disposition est particulièrement large. L'article 12 §2 s'applique à «toute personne», incluant les nationaux comme les étrangers, quelle que soit le statut juridique de ces derniers. Contrairement au droit de circuler à l'intérieur d'un État visé au paragraphe précédent, le droit de quitter tout pays n'est pas subordonné à la présence régulière de l'étranger sur le territoire où il se trouve. Le but et la durée du départ sont également indifférents. Le Comité des droits de l'homme a pu constater dans son *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation* adoptée en 1997 :

(151) «Henceforth anyone, saving his allegiance due to us, may leave our realm and return safe and secure by land and water, save for a short period in time of war on account of the general interest of the realm and excepting those imprisoned and outlawed according to the law of the land, and natives of an enemy country, and merchants, who shall be treated as aforesaid», section 42, *in* : HOLT J.C., *Magna Carta*, 2nd ed., Cambridge University Press, 1992, p. 463.

(152) «La Constitution garantit [...], comme droits naturels et civils [...] la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution» : Titre premier de la Constitution du 3 septembre 1791, *in* : DEBBASH CH. & PONTIER J.-M., *Les Constitutions de la France*, Dalloz, Paris, 1996, p. 11.

(153) *Revised Statutes*, Sec. 1999 (1875), 8 U.S.C., Sec. 800 (1952).

(154) Voir notamment : article 5 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales*; article 2 de la *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*; article 10 §2 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*; article 2 §2 du Protocole n° 4 à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, article 22 §2 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, article 12 §2 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

«La liberté de quitter le territoire d'un État ne peut être subordonnée à un but particulier ni à la durée que l'individu décide de passer en dehors du pays. Se trouvent donc visés le voyage à l'étranger aussi bien que le départ définitif de la personne qui souhaite émigrer. De même, cette garantie légale s'étend au droit de choisir l'État où l'individu souhaite se rendre» (155).

Le respect d'une telle liberté implique, dans le chef de l'État partie, une double obligation : une obligation négative de ne pas entraver le départ des personnes présentes sur son territoire et une obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour leur permettre l'exercice effectif de leur droit. Le premier volet suppose, notamment, de «supprimer l'obligation de visa de sortie en tant que règle générale pour ne l'exiger que dans des cas individuels qui peuvent se justifier au regard du Pacte» (156). Le second volet impose à l'État l'obligation de délivrer à ses ressortissants les documents de voyage nécessaires à son départ, en l'occurrence un passeport (157). Le Comité a ainsi relevé dans l'affaire *Loubna El Ghar c. Libye* du 15 novembre 2004 que l'État défendeur avait violé l'article 12 §2, dans la mesure où la requérante «n'a pu obtenir de passeport, sans aucune justification valable et dans le cadre de délais déraisonnables, se voyant de ce fait empêchée de se rendre à l'étranger afin de poursuivre ses études» (158). Il précise même à cette occasion que la délivrance d'un simple laissez-passer ne suffit pas pour satisfaire à ses obligations, car un tel document «ne saurait être considéré comme remplaçant de façon satisfaisante un passeport libyen valable afin de se rendre à l'étranger» (159).

Aussi étendu qu'il soit, le droit de quitter tout pays n'est pas absolu pour autant. A l'instar de nombreux autres droits garantis par le Pacte, il demeure soumis à la réserve traditionnelle de l'ordre

(155) CDH, *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, *op. cit.*, §8.

(156) Observations du Comité des droits de l'homme relatives au deuxième rapport périodique de la République arabe syrienne, A/56/40 (vol. I), §21, p. 77 (2001). Voir dans le même sens à propos du deuxième rapport du Gabon, *ibid.*, §16, p. 41 et de la République populaire démocratique de Corée, *ibid.*, §20, p. 106. Pour d'autres exemples, voir également ses observations à l'occasion du troisième rapport périodique du Belarus, A/47/40, §561, p. 132 (1992) et de la Hongrie, A/48/40 (vol. I), §662 p. 128, (1993).

(157) Voir à propos des affaires relatives au refus de passeports par l'Uruguay à certains dissidents politiques : Communication n° 57/1979, *Martins c. Uruguay*, 23 mars 1982, CCPR/C/15/D/57/1979; Communication n° 108/1981, *Varela c. Uruguay*, 22 juillet 1983, CCPR/C/19/D/108/1981; Communication n° 77/1980, *Lichtensztejn c. Uruguay*, 31 mars 1983, CCPR/C/18/D/1980. Voir plus généralement : *Observation générale N° 27 Article 12 (Liberté de circulation)*, *op. cit.*, §9.

(158) Communication n° 1107/2002, *Loubna El Ghar c. Libye*, 15 novembre 2004, CCPR/C/82/D/1107/2002, §8.

(159) *Ibid.*, §7.2.

public (160). Aux termes de l'article 12 §3, les restrictions susceptibles d'être apportées au droit de quitter tout pays sont subordonnées à la réunion de trois conditions cumulatives : elles doivent disposer d'une base légale, être nécessaires pour sauvegarder l'ordre public et demeurer compatibles avec les autres droits reconnus par le Pacte. Comme toute exception à un principe, de telles limitations appellent une interprétation restrictive. Elles «doivent, dans chaque cas, être appliquées compte tenu de motifs juridiques précis» et leurs mises en œuvre demeurent régies par «le principe de la proportionnalité [qui] doit être respecté non seulement dans la loi qui institue les restrictions, mais également par les autorités administratives et judiciaires chargées de l'application de la loi» (161). Le Comité des droits de l'homme en a logiquement déduit que le droit de quitter tout pays ne peut être invoqué pour se soustraire aux obligations légales, telles que celles découlant du service militaire (162) ou de poursuites pénales (163). Cependant, la nécessaire marge d'appréciation dont dispose l'État dans la mise en œuvre du Pacte ne l'autorise pas à user des restrictions conventionnelles à des fins détournées. Par conséquent :

> «Le fait qu'une action judiciaire soit pendante peut justifier l'imposition de restriction au droit d'un individu de quitter son pays. Mais lorsque l'action judiciaire est indûment retardée, une restriction au droit de quitter le pays ne se justifie pas» (164).

Le Comité conclut, en l'espèce, à la violation de l'article 12 §2, après avoir constaté que le requérant – un ancien membre du gouvernement péruvien accusé de corruption par le nouveau régime en place – a fait l'objet d'un mandat d'arrêt lui interdisant de quitter

---

(160) On notera également que le droit de quitter tout pays ne figure pas non plus parmi les droits insusceptibles de dérogations en cas de conflit armé ou d'autre danger public menaçant l'existence de la Nation. En pratique, il est souvent l'un des premiers droits affectés par de telles circonstances. Cependant, le droit international humanitaire reconnaît aux personnes se trouvant au pouvoir d'une Partie au conflit le droit de quitter volontairement le territoire où se déroulent les hostilités. L'article 35 de la IV[e] *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* du 12 août 1949 (*RTNU*, vol. 75, n° 973, p. 287) assure que : «toute personne protégée qui désirerait quitter le territoire au début ou au cours d'un conflit, aura le droit de le faire, à moins que son départ ne soit contraire aux intérêts nationaux de l'État».

(161) *Observation générale N° 27 Article 12 (Liberté de circulation)*, *op. cit.*, §§15-16. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans le même sens à diverses reprises : CEDH, 3[e] sec., arrêt *Baumann c. France* du 22 mai 2001, req. n° 33592/96, §§61-67 ; 1[re] sec., *Napijalo c. Croatie*, 13 novembre 2003, req. n° 66485/01, §§78-82 ; 5[e] sec., arrêt *Riener c. Bulgarie* du 23 mai 2006, req. n° 46343/99.

(162) Communication n° 492/1992, *Petonen c. Finlande*, 21 juillet 1994, CCPR/C/51/D/492/1992.

(163) Communication n° 263/1987, *Gonzales del Rico c. Pérou*, 28 octobre 1992, A/48/40 (Vol. II), p. 20.

(164) *Ibid.*

le territoire pendant sept ans, sans qu'aucune décision judiciaire n'ait jamais été prononcée sur les allégations éminemment politiques invoquées à son encontre. C'est le cas *a fortiori* lorsque l'État d'origine refuse de délivrer un passeport à un opposant actif du régime qui, après sa libération de prison pour appartenance à un parti politique illégal, a été constamment en butte à des mesures vexatoires et à des pressions diverses (165). En de telles circonstances, le droit à l'émigration apparaît comme la condition préalable à l'exil, lorsque les droits de l'homme sont bafoués dans son propre pays.

• *Le droit de l'immigration*

Le droit de quitter son pays suppose, pour se réaliser pleinement, de pouvoir entrer dans un autre. L'article 12 §4 du Pacte se borne à constater cependant que : «Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays». Cette logique circulaire peut surprendre (166). Elle place le migrant dans une impasse : il lui est reconnu la liberté de partir puis de revenir dans son État d'origine, sans qu'il lui soit garanti dans l'intervalle le droit corrélatif d'entrer dans un autre État. Lors des débats qui ont précédé l'adoption d'une telle disposition dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, le représentant du Liban justifie l'insertion du droit d'entrer dans son pays comme le prolongement nécessaire, mais minimal, du droit de le quitter :

> «Aux termes de cet article, toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien. L'idéal serait qu'elle eût le droit d'entrer dans n'importe quel pays de son choix. Mais il faut tenir compte des réalités. Le minimum exigible est que toute personne ait le droit de rentrer dans son propre pays. La reconnaissance de ce droit permettrait de fortifier le droit de départ déjà consacré à l'article, en assurant à l'individu un droit de retour certain» (167).

(165) Communication n° 314/1988, *Bwalya c. Zambie*, 14 juillet 1993, *ibid.*, p. 61.

(166) Voir à ce propos l'article très inspirant de JUSS S.S., «Free Movement and the World Order», *IJRL*, 2004, pp. 289-335. Voir également : HASSOUNA H.A., «Remarks», *ASIL Proc.*, 1973, pp. 135-136; KLEVEN T., «Why International Law Favors Emigration over Immigration?», *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, 2002, pp. 70-100.

(167) Troisième Commission de l'Assemblée générale, 3e session, septembre-décembre 1948, A/777. Cette garantie se révèle particulièrement cruciale, lorsqu'il est question du droit au retour des réfugiés dans leur pays d'origine et de la pratique du rapatriement volontaire. Voir à ce sujet notre article : CHETAIL V., «Voluntary Repatriation in Public International Law : Concepts and Contents», *in* : CHETAIL V. (ed.), *Voluntary Repatriation : Achievements and Prospects*, Oxford University Press, Refugee Survey Quarterly, 2004, pp. 1-32, ainsi que les nombreux renvois bibliographiques.

La question du lien de rattachement exact entre l'individu et son pays reste néanmoins posée. Contrairement aux Conventions européenne et américaine qui se réfèrent au «ressortissant», la formule large et équivoque retenue par le Pacte invite à la réflexion. L'expression «son propre pays» renvoie à un fait social de rattachement plus large que le seul lien juridique créé par la nationalité (168). Le Comité des droits de l'homme a pu relever à cet égard :

> «[L'expression «son propre pays»] n'est pas limitée à la nationalité au sens strict du terme, à savoir la nationalité conférée à la naissance ou acquise par la suite; l'expression s'applique pour le moins à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays, ne peut être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. Tel serait par exemple le cas de nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international et de personnes dont le pays de nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale dont elles se verraient refuser la nationalité. Le libellé du paragraphe 4 de l'article 12 se prête en outre à une interprétation plus large et pourrait ainsi viser d'autres catégories de résidents à long terme, y compris, mais non pas uniquement, les apatrides privés arbitrairement du droit d'acquérir la nationalité de leur pays de résidence» (169).

Le droit d'entrer des étrangers établis durablement dans leurs pays d'accueil est, du reste, confirmé par la pratique de divers États. Il s'agit là cependant d'un droit éminemment relatif qui demeure subordonné à la régularité du séjour préalablement acquis dans ledit État. En outre, bien que les limitations précitées du droit de quitter tout pays ne trouvent pas à s'appliquer au droit d'entrer, la notion de privation arbitraire auquel renvoie l'article 12 §4 autorise *a contrario* de possibles restrictions pour les résidents permanents (170). Quelle que soit la portée exacte du droit au retour, la question centrale de l'entrée dans un pays autre que le sien reste entière.

---

(168) La Déclaration universelle et la Charte africaine se réfèrent, quant à elles, au «droit de revenir dans son pays».

(169) *Observation générale N° 27 Article 12 (Liberté de circulation)*, *op. cit.*, §20.

(170) Le Comité indique à cet égard que : «la notion d'arbitraire est évoquée dans ce contexte dans le but de souligner qu'elle s'applique à toutes les mesures prises par l'État, au niveau législatif, administratif et judiciaire; l'objet est de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières» : *ibid.*, §21. La Charte africaine prend soin de préciser, pour sa part, que : «ce droit [de revenir dans son pays] ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques». Les Conventions européenne et américaine, dont le texte se limite aux seuls nationaux, n'autorisent aucune restriction, ni même se réfèrent à la notion de privation arbitraire, comme l'a fait le Pacte.

Le silence observé par les traités relatifs aux droits de l'homme sur la question de l'entrée et du séjour des étrangers signifie-t-il que la matière leur échappe et appartient au domaine réservé de l'État ? Doit-on en conclure que l'émigration procède du droit international, tandis que l'immigration relève du droit national ? La réponse est moins tranchée qu'elle n'y paraît. A y regarder de plus prés, le droit de quitter tout pays témoigne de l'inclination des droits de l'homme en faveur de la liberté de circulation qui réunirait, dans un même mouvement, émigration et immigration. Mais la retenue manifestée à l'égard de l'immigration suppose que l'admission des étrangers ait vocation à être régie par d'autres règles qui peuvent émaner autant du droit international que du droit interne.

L'indifférence toute apparente des droits de l'homme – ou, si l'on veut, leur préférence implicite – trouve parfois un support dans les traités régionaux et/ou bilatéraux de libre circulation des personnes. L'Union européenne en est l'exemple le plus accompli (171). Cet «espace sans frontières intérieures, dans lequel la libre circulation [...] des personnes [...] est assurée» (172), s'applique indistinctement aux citoyens européens et aux ressortissants des pays tiers. Le récent *Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes*, entré en vigueur en octobre 2006, réaffirme à son article 20 que : «les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité» (173).

(171) Voir aussi parmi les très nombreuses études consacrées à l'Union européenne : LABAYLE H., «La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam», *AJDA*, 1997, pp. 923-; DOLLAT P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 1998; GARCIA-JOURDAN S., *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2005; CARLIER J.-Y. & GUILD E. (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE / The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 2006.

(172) Article 8 A du Traité de Rome, tel qu'inséré par l'Acte unique du 28 février 1986, avant d'être reformulé par le Traité d'Amsterdam.

(173) Au-delà de son champ d'application personnel, la portée matérielle du principe communautaire de libre circulation des personnes est particulièrement large. Les États membres conservent, certes, la faculté d'exercer leur compétences de police à l'intérieur même de leurs territoires respectifs, mais seulement «dans la mesure où l'exercice de ces compétences n'a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières» (article 21). La seule véritable exception réside dans la faculté de procéder à une réintroduction temporaire des contrôles pour des raisons d'ordre public, que le Code communautaire entend encadrer au plus près. Selon la formulation restrictive de l'article 23 §1, «en cas de *menace grave* pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un État membre *peut exceptionnellement* réintroduire le contrôle à ses frontières intérieures durant une *période limitée* [...] qui ne doit *pas excéder ce qui est strictement nécessaire* pour répondre à la menace grave» (souligné par nous). En outre, la réintroduction de tels contrôles est

Il faut admettre cependant que l'exemple européen est une exception. Les autres expériences régionales, notamment développées en Amérique du Nord et en Amérique latine, sont maintenues pour le moment dans des proportions beaucoup plus modestes (174). En outre, la mise en place de cet espace européen sans frontière intérieure s'est accompagnée d'un report des contrôles aux frontières extérieures de l'Union sur la base d'une politique d'asile et d'immigration dite commune, qui renvoie pourtant assez largement aux législations nationales de contrôle de l'immigration (175).

En l'absence de tout autre engagement international, il appartient donc à chaque État de réglementer l'entrée des étrangers sur leur territoire. La fermeture des frontières occidentales à la migration économique depuis le début des années 70 a modifié radicalement la situation qui, après la période de repli de l'entre-deux-guerres, était caractérisée à partir de la Seconde Guerre Mondiale par une relative ouverture (176). L'emprise des législations nationales pour déterminer les conditions d'entrée des immigrants a conduit à la banalisation d'une catégorie spécifique d'étrangers que l'on appelle les clandestins (177). Figure emblématique du XX^{e} siècle finissant et de ce début de XXI^{e} siècle, le clandestin symbolise en sa personne toutes les contradictions du droit (interne et international) des migrations. L'expression française de «clandestin» n'a pas d'équivalent exact en langue anglaise. Elle évite, plus ou moins

---

subordonnée, par principe, à une procédure de consultation avec les autres Etats membres et la Commission européenne en vue d'examiner le bien-fondé et la proportionnalité des mesures envisagées (art. 23 §3). Voir à ce sujet : CHETAIL V., «Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen», *Europe*, août-septembre 2006, pp. 4-8.

(174) Voir à ce propos dans le présent ouvrage la contribution très riche en enseignements de Delphine Nakache et François Crépeau : «Le contrôle des migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture».

(175) La question fait l'objet dans le présent ouvrage d'un étude systématique réalisée avec la maîtrise qu'on lui connaît par Jean-Yves CARLIER : «L'Europe et les étrangers». Voir également à ce sujet les contributions très éclairantes de Henri LABAYLE et de Philippe DE BRUYCKER *in* : JULIEN-LAFERRIÈRE F., LABAYLE H. & EDSTRÖM Ö. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam / The European Immigration and Asylum Policy : Critical Assessment Five Years after the Amsterdam Treaty*, Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles.

(176) Pour une vue d'ensemble, voir principalement : CASTLES S. & MILLER M.J., *The Age of Migration*, 3^{e} éd., Palgrave MacMillan, 2003.

(177) Les multiples facettes de la question des étrangers en situation irrégulière sont approfondies dans le présent ouvrage par les contributions de Vera Gowland-Debbas («The Link between Security and International Protection of Refugees and Migrants»), Monique Chemillier-Gendreau («Un régime juridique pour l'immigration clandestine») et Gregor Noll («The Insecurity of Trafficking in International Law»).

adroitement, le fond du débat sur l'illégalité supposée d'un être humain, qui apparaît au grand jour à travers la rhétorique des «étrangers illégaux» ou des «migrants irréguliers» (178). Pour reprendre la formule ironique de Montesquieu à l'égard des Persans, une question vient alors immédiatement dans l'esprit du profane : comment peut-on être illégal ? Les droits de l'homme nous rappellent que leur bénéfice s'attache à la seule qualité d'être humain et que «chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique» (article 16 du Pacte relatif aux droits civils et politiques). Il s'agit là d'un droit auquel les États ne peuvent déroger en aucune circonstance, au même titre que l'interdiction de la torture.

Ce premier constat en appelle un autre, tout aussi évident que le précédent, qui mérite néanmoins d'être souligné : le clandestin est, par définition, le produit de la loi (179). Son existence, en tant que catégorie juridique, découle des législations relatives au contrôle de l'immigration. Si toute réglementation juridique produit nécessairement en retour une forme d'illégalité, la question se pose ici en des termes nettement différents, dans la mesure où le fait même d'émigrer est autorisé par le droit international, pour être ensuite érigé en une infraction par le droit interne, lorsque le but même du départ est atteint, c'est-à-dire au moment de l'entrée dans un autre pays. Ce dilemme, tant humain que normatif, n'a pour le moment pas été résolu. C'est là sans doute le plus important défi que doit relever le droit des migrations.

Les contrôles migratoires sont chaque jour démentis par les faits. Ils ne résistent pas à la réalité impérieuse du mouvement que commande cet instinct naturel de l'homme à chercher une vie descente ailleurs, lorsqu'elle n'est plus possible dans son propre pays. Et pourtant, chaque arrivée de migrants justifie de nouvelles batteries de restrictions qui créent, à leur tour, des catégories supplémentaires de clandestins, alimentant un cercle vicieux sans fin. Cette logique autoréférentielle, sur laquelle se fonde le contrôle migratoire, doit être rompue par une

(178) Voir à ce propos : TARAN P.A., «Human Rights of Migrants : Challenges of the New Decade», *International Migration*, 2000, pp. 23-24. Le terme de «clandestin» est généralement restitué dans la langue anglaise par les expressions alternatives de «illegal» ou «irregular migrant». On parle de façon plus neutre de «undocumented migrants».

(179) SAMERS M., «An Emerging Geopolitics of 'Illegal' Immigration in the European Union», *EJML*, 2004, p. 28 ; CHOLEWINSKI R., «Preventing Irregular Migration», *in* : JULIEN-LAFERRIÈRE F., LABAYLE H. & EDSTRÖM Ö. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, *op. cit.*, pp. 97-98.

réflexion collective ambitieuse sur le sens et les causes du mouvement. L'impasse dans laquelle nous nous trouvons actuellement n'est-elle pas l'illustration la plus criante de ce droit de nécessité, autrefois invoqué par Vattel comme le prélude à l'interdiction du refoulement, «quand une vrai nécessité vous oblige à entrer dans le pays d'autrui, par exemple, si vous ne pouvez autrement vous soustraire à un péril imminent, si vous n'avez point d'autre passage pour vous procurer les moyens de vivre, ou ceux de satisfaire à quelqu'autre obligation indispensable»? N'est-il pas temps de prendre acte de la réalité du mouvement et de s'interroger sur la proportionnalité de contrôles migratoires qui, par leur excès, en deviennent arbitraires?

Tout ordre juridique qui confine une portion toujours plus importante d'individus dans l'illégalité porte les ferments de sa propre remise en cause. Lorsque le fait social de l'illégalité finit par être indifférent à la légalité déclarée, la question centrale est alors de savoir qui est dans le droit?

Sur le plan du strict droit positif, il existe d'ores et déjà une forme de droit à l'immigration, lorsque certains droits fondamentaux sont en cause.

2. *Les règles relatives à l'entrée sur le territoire*

Si les droits de l'homme ne consacrent pas explicitement un droit d'entrée et de séjour, le refus d'admission peut porter atteinte à l'exercice d'un autre droit protégé, dont le respect suppose alors que l'étranger soit admis sur le territoire. Ce droit à l'immigration dérivé des droits de l'homme correspond à ce que l'on appelle en doctrine la «protection par ricochet» (180), qui permet de se prévaloir de «droits dérivés de la Convention, non garantis comme tels par celle-ci mais bénéficiant de sa protection indirecte par attraction d'un autre droit garanti» (181). La condition de l'étranger bénéficie en quelque sorte d'un effet réflexe des droits de l'homme qui trouve son fondement dans la théorie des obligations positives (182) : les États assument non seulement une obliga-

(180) SUDRE F., «La notion de 'peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de l'Homme», *RGDIP*, 1984, p. 856 et pp. 866-868; COHEN-JONATHAN G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1989, p. 84 et p. 304.

(181) SUDRE F., «Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989», *RGDIP*, 1990, p. 108.

(182) Voir sur ce sujet nos développements consacrés à la question dans : CHETAIL V., «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : Bilan de la jurisprudence de la Cour euro-

tion négative de ne pas violer les droits de l'homme, mais aussi une obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires pour en assurer le respect effectif, au besoin à travers la délivrance d'une autorisation d'entrée et de séjour. Cette construction, d'origine purement prétorienne, est désormais intégrée dans la pratique de nombreux États. C'est tout particulièrement le cas du regroupement des membres de la famille des étrangers régulièrement installés dans un pays d'accueil.

• *Le regroupement familial*

Bien que le regroupement familial ne soit pas consacré comme tel dans les traités, il est la conséquence implicite mais nécessaire du respect dû au droit universellement admis de mener une vie familiale normale (183). A l'instar de bon nombre de textes régionaux, le Pacte des Nations Unies interdit, à son article 17, toute «immixtions arbitraires ou illégales» dans la vie familiale et il rappelle, à son article 23, que : «la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État». Ces deux dispositions constituent la trame normative du regroupement familial. Le Comité des droits de l'homme n'a pas manqué de souligner dans l'affaire *Bakhtiyari c. Australie* du 6 novembre 2003 que : «le fait de séparer du conjoint valablement résidant dans un État une épouse et ses enfants qui arrivent dans cet État peut soulever des

péenne des droits de l'homme sur l'interdiction de renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants», *RBDI*, 2004, pp. 155-210.

(183) Le droit à la vie privée et familiale fait l'objet d'une étude d'ensemble dans le présent ouvrage par Jens Vedsted-Hansen dans sa contribution «Migration and the Right to Family and Private Life», qui a le mérite d'aborder autant les textes pertinents des Nations Unies que les développements régionaux survenus en Europe. Parmi la littérature antérieure, la question a souvent été traitée en lien avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir notamment : STOREY H., «The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg», *ICLQ*, 1990, pp. 328-344; LABAYLE H., «Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture national et exigences européennes», *RFDA*, 1993, pp. 511-540; *id.*, «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale», *in* : FULCHIRON H. (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 83-107; LEVINET M., «L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RTDH*, 1999, pp. 89-118; LAMBERT H., «The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion», *IJRL*, 1999, pp. 427-450; ANDRIANTSIMBAZOVINA J., «Le maintien du lien familial des étrangers» *in* : SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice, Bruylant, Bruxelles,2002, pp. 211-239; NYS M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2002; ROGERS N., «Immigration and the European Convention on Human Rights : Are new principles emerging?», *EHRLR*, 2003, pp. 53-64. Voir plus généralement : JASTRAM K., «Family Unity», *in* : ALEINIKOFF T.A. & CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, *op. cit.*, pp. 185-201.

questions au regard des articles 17 et 23 du Pacte» (184). Il devait même préciser plus tard, en des termes plus explicites encore, que «l'article 23 du Pacte garantit la protection de la vie familiale, ce qui comprend le droit au regroupement familial» (185). Suivant cette démarche, il convient donc de vérifier s'il existe une vie familiale, susceptible d'être protégée comme telle, pour examiner ensuite si le refus d'accéder au regroupement de la famille constitue ou non une immixtion arbitraire ou illégale.

Un tel examen ne saurait se limiter à la seule légalité formelle de la décision contestée. Il suppose de procéder à un contrôle de proportionnalité de la nécessité d'une telle mesure au regard du but recherché, contrôle que le Comité a pour le moment surtout eu l'occasion d'exercer dans le cadre des mesures d'éloignement plutôt que du regroupement familial à proprement parler. Il explique dans l'affaire *Byahuranga c. Danemark* du 9 décembre 2004 :

> «Même une ingérence prévue par la loi doit obéir aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et être raisonnable eu égard aux circonstances particulières. À cet égard, le Comité rappelle que dans les cas où une partie de la famille doit quitter le territoire de l'État partie tandis que l'autre partie est en droit de rester, il faut examiner les critères pertinents permettant d'apprécier si l'ingérence spécifique dans la vie de famille peut être objectivement justifiée, à la lumière, d'une part, de l'importance que revêtent les raisons avancées par l'État partie pour expulser l'intéressé et, de l'autre, du degré de gravité de l'épreuve que cette expulsion entraînerait pour le famille et ses membres» (186).

Ce droit implicite au regroupement familial avait déjà été consacré au niveau régional par la Cour européenne dans son arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, où elle énonce en guise de règle générale :

---

(184) Communication n° 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australie*, 6 novembre 2003, CCPR/C/79/D/1069/2002, §9.6

(185) Communication n° 1179/2003, *Ngambi & Nébol c. France*, 16 juillet 2004, CCPR/C/81/D/1179/2003, §6.4. Le Comité témoigne d'une conception extensive de la famille. Il poursuit en expliquant : «le mot "famille", aux fins du Pacte, doit être entendu au sens large, pour inclure toutes les personnes qui composent une famille dans la société concernée. L'absence de lien officiel de mariage, en particulier dans les sociétés où existent les mariages coutumiers ou les mariages de *common law*, ne compromet pas forcément le droit à la protection de la famille». En d'autres termes, la famille doit être définie, non pas au regard des critères reconnus dans l'État d'accueil, mais à la lumière des conceptions prévalant dans le pays d'origine, ce qui va bien au-delà des pratiques européennes actuelles.

(186) Communication n° 1222/2003, *Byahuranga c. Danemark*, 9 décembre 2004, CCPR/C/82/D/1222/2003, §11.7. Voir dans le même sens notamment : Communication n° 930/2000, *Winata* c. *Australie*, 26 juillet 2001, CCPR/C/72/D/930/2000, §7.1; Communication n° 893/1999, *Sahid* c. *Nouvelle-Zélande*, 28 mars 2003, CCPR/C/77/D/893/1999, §8.2; Communication n° 1011/2001, *Madafferi* c. *Australie*, 26 juillet 2004, CCPR/C/81/D/1011/2001, §9.7.

«Si le droit, pour un étranger, d'entrer ou demeurer dans un pays n'est pas garanti en soi par la Convention, le contrôle de l'immigration doit néanmoins s'exercer d'une manière compatible avec les exigences de celle-ci et le fait d'écarter quelqu'un du territoire d'un État où vivent des membres de sa famille peut poser un problème au regard de l'article 8 [consacrant la droit au respect de la vie privée et familiale]» (187).

La Cour apporte alors une précision importante quant au fondement même du droit au regroupement familial qu'elle rattache aux obligations positives inhérentes au respect effectif du droit de tout individu à mener une vie familiale normale (188). Elle confirmera ensuite, dans une jurisprudence abondante (189), que :

«L'article 8 peut engendrer des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale. Les principes applicables à pareilles obligations sont comparables à ceux qui gouvernent les obligations négatives. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation» (190).

Cependant, la casuistique inhérente à la pesée des intérêts en cause et la déférence des organes de contrôle à l'égard de la marge d'appréciation dont dispose les États ont contribué à brouiller les conditions de mise en œuvre du droit au regroupement familial. Son effectivité s'en est trouvée considérablement atténuée. Les multiples conditions d'éligibilité retenues par la *Directive relative au droit au regroupement familial du 22 septembre 2003* (191) constituent un exemple saisissant. Le texte de l'Union européenne a été présenté par beaucoup comme «un véritable monument d'hypocrisie», dont le «contenu normatif s'oppose à l'objectif déclaré, dans son 2e considé-

(187) CEDH., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, *Série A* n° 94, p. 25, §59.

(188) *Ibid.*, p. 27, §67. Il convient de relever à cet égard que la Convention européenne ne comprend pas de disposition analogue à l'article 23 du Pacte, mais une seule et même disposition consacrée au «droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance».

(189) Voir notamment : CEDH, arrêt *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, *Série A* n° 138, p. 16, §29; arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, *Recueil* 1996-I, pp. 174-175, §38; arrêt *Ahmut c. Pays-Bas* du 28 novembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2031, §63.

(190) CEDH, arrêt *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96, §31. La Cour a lourdement insisté sur ce dernier point dans l'affaire précitée *Abdulaziz* et autres : «[I]l s'agit d'un domaine dans lequel ils [les États] jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention. Spécialement dans la matière sous examen, l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés. De plus, la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol» : CEDH, arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, op. cit.*, p. 33, §67.

(191) *JOCE*, n° L 252, 3 octobre 2003, p. 12.

rant, de régler le "regroupement familial en conformité avec l'obligation de protection de la famille et du respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international"» (192). Si le principe même du droit au regroupement familial n'est désormais guère contesté, sa mise en œuvre est encore sous l'étroite dépendance des États. La situation est cependant toute différente, lorsque la famille en question comporte un ressortissant de l'Union. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé dans l'arrêt *MRAX c. Belgique* du 25 juillet 2002 que :

> «Un État membre ne peut pas refouler à la frontière un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un État membre, qui tente de pénétrer sur son territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque ledit conjoint est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'élément de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique» (193).

• *Le principe de non-refoulement*

Aux côtés de cette forme traditionnelle de l'immigration, il importe de mentionner le principe général de non-refoulement. Hérité du droit humanitaire (194) avant d'être consacré par le droit des réfugiés (195), il est devenu un mode de protection à part entière des droits de l'homme (196). Il se définit, non pas en fonc-

(192) URBANO DE SOUSA C., «Le regroupement familial au regard des standards internationaux», *in* : JULIEN-LAFERRIÈRE F., LABAYLE H. & EDSTRÖM Ö. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, *op. cit.*, p. 138. Voir en ce sens notamment : CHOLEWINSKI R., «Family Reunification and Conditions Placed on Family Members : Dismantling a Fundamental Human Rights», *EJML*, 2002, pp. 271-290; SCHAFFRIN D., «Which Standard for Family Reunification of Third-Country Nationals in the European Union?», *in* : CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (dir.), *Immigration and Asylum Law of the EU : Curent Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 90-143.

(193) CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX) c. État belge*, n° C-459/99.

(194) Voir l'article 45 §4 de la IV^e^ *Convention* précitée *de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* du 12 août 1949.

(195) Voir l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951, que nous aborderons plus loin.

(196) Cette question a – là encore – été surtout traitée sous l'angle de la Convention européenne. Outre notre article déjà cité sur la jurisprudence de la Cour, voir notamment : EINARSEN T., «The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum», *IJRL*, 1990, pp. 361-389; CLARK T., «Human Rights and Expulsion : Giving Content to the Concept of Asylum», *IJRL*, 1992, pp. 189-203; LABAYLE H., «L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme», *RFDA*, 1997, pp. 977-998; SUDRE F., «Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme», *in* : FULCHIRON H. (dir.), *Les étrangers et la Conven-*

tion de la technique de renvoi utilisée (refus d'admission à la frontière, expulsion ou extradition), mais par référence à la conséquence d'un tel acte qui a pour résultat direct d'exposer l'étranger à un risque réel pour sa vie ou sa personne. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants a constitué le vecteur privilégié de la diffusion du principe de non-refoulement dans le droit international des droits de l'homme. Il a été expressément consacré au niveau universel par l'article 3 §1 de la Convention des Nations Unies contre la torture, en vertu duquel : «Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture» (197). La Cour européenne des droits de l'homme parviendra au même résultat dans son célèbre arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, venu confirmer une interprétation déjà ancienne de la Commission (198). Selon la Cour, malgré l'absence de toute disposition équivalente à la Convention des Nations Unies, les engagements généraux souscrits au titre de l'article 3 du texte européen incluent l'obligation implicite de ne pas renvoyer un étranger vers un territoire où il risque la torture ou des traitements inhumains ou dégradants (199). Cette interprétation

---

tion européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, op. cit., pp. 61-82; KARAGIANNIS S., «Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'État de destination ou à des particuliers», *RTDH*, 1999, pp. 33-88; PUÉCHAVY M., «L'extradition et les risques de violation des articles 3 et 6 de la Convention par ricochet», *RTDH*, 2002, pp. 729-742; CAFLISCH L., «The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the International Law on Asylum», *in* : CHETAIL V. & GOWLLAND-DEBBAS V. (eds.), *Switzerland and the International Protection of Refugees/La Suisse et la protection internationale des réfugiés*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 207-217.

(197) Voir sur la pratique abondante et pourtant méconnue du Comité contre la torture : CHETAIL V., «Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'éloignement des étrangers : dix ans de jurisprudence (1994-2004)», *RSDIE*, 2006, pp. 63-104.

(198) ComEDH, req. n° 984/61, *P. c. Belgique*, 29 mai 1961, *DR* 6, p. 39. Parmi les nombreuses confirmations de la Cour, voir : CEDH, arrêt *Cruz Varas c. Suède* du 20 mars 1991, *Série A* n° 201; arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V; 1re sec., arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 6 février 2003, req. nos 46827/99 et 46951/99.

(199) La Cour explique que : «l'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains [qu'est la Convention européenne des droits de l'homme] appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives [...]. Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit» auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif [...] à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3, pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article. [...] Il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère

large et dynamique des obligations contractées par les États parties sera reprise en 1992 par le Comité des Nations Unies dans son *Observation générale N° 20* sur l'article 7 du Pacte relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (200). L'année suivante, il explique le raisonnement qui sous-tend une telle conclusion dans l'affaire *Kindler c. Canada* rendue le 18 novembre 1993 :

> «L'article 2 du Pacte demande aux États parties de garantir les droits des personnes relevant de leur juridiction. Si une personne est légalement expulsée ou extradée, l'État partie concerné ne sera généralement pas responsable, au regard du Pacte, des violations des droits de cette personne qui peuvent se produire plus tard dans l'autre juridiction. En ce sens, l'État partie n'est manifestement pas tenu de garantir les droits des personnes dans une autre juridiction. Cependant, si un État partie prend une décision concernant une personne sous sa juridiction, dont la conséquence nécessaire et prévisible est que les droits de cette personne en vertu du Pacte seront violés sous une autre juridiction, l'État partie peut lui-même violer le Pacte. Cela découle du fait que le devoir qui incombe à un État partie conformément à l'article 2 du Pacte ne serait pas rempli si une personne était remise à un autre État (partie ou non au Pacte) où un traitement contraire au Pacte est certain ou constitue le but même de la remise de cette personne. Par exemple, un État partie violerait le Pacte s'il remettait une personne à un autre État dans des circonstances où il est prévisible qu'elle serait torturée. Le caractère prévisible de la conséquence signifie que l'État partie commet une violation dans le présent, même si la conséquence ne se produit que plus tard» (201).

Loin de se borner à la seule interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, un tel raisonnement est susceptible de s'appliquer *mutatis mutandis* à l'ensemble des droits protégés par le Pacte des Nations Unies. Si cette interprétation devait être confirmée, le principe de non-refoulement apparaît alors comme le garant de l'effectivité des droits de l'homme. Il atténue, dans une large mesure, la dissymétrie entre le droit de quitter *tout* pays et le droit d'entrer dans *son* pays, en y insérant une interdiction de refu-

---

irréparable de la souffrance prétendument risquée» : CEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, *Série A* n° 161, pp. 34-35, §§87-90. Pour un examen critique du raisonnement de la Cour, voir notre article : CHETAIL V., «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction de renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants», *op. cit.*, pp. 155-210.

(200) «Les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement» : Observation générale N° 20 Article 7, *op. cit.*, §9.

(201) Communication n° 470/1991, *Kindler c. Canada*, 18 novembre 1993, CCPR/C/48/D/470/1991, §6.2.

ser l'admission dans un *autre* pays, lorsque un tel refus a pour conséquence directe d'exposer l'étranger à un risque réel de violation des droits de l'homme. La violation des droits de l'homme constituerait, dans un même prolongement, la cause unique du départ de son pays et de l'entrée dans un autre.

On saisit immédiatement toute la portée d'une telle interprétation sur les compétences traditionnelles de l'État à l'égard des étrangers. Le Comité s'est prononcé sur la question de l'étendue des droits protégés au titre du principe de non-refoulement dans l'affaire *A.R.J. C. c. Australie* du 28 juillet 1997. Rompant avec l'interprétation extensive qu'il avait retenue jusqu'alors, «le Comité a pris note du point de vue de l'État partie qui considère que l'obligation qui lui incombe quant aux violations des droits de l'homme que pourrait commettre ultérieurement un autre État n'entre en jeu que dans les cas de violation des droits les plus fondamentaux et non dans les cas d'une éventuelle violation des garanties de procédure régulière» (202). Le Comité n'a pas mentionné les raisons d'une telle hiérarchie entre les différents droits reconnus par le Pacte, pas plus qu'il n'a précisé le sens de cette expression énigmatique de «droits les plus fondamentaux». Il y a d'ores et déjà inclus, dans l'état actuel des communications qui lui ont été soumises, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le droit à la vie, le droit à un procès équitable et l'interdiction de la détention arbitraire (203). Cette liste quelque peu succincte coïncide très opportunément avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (204), qui n'en est pas moins susceptible d'évoluer.

La formule retenue par le Comité des Nations Unies des «droits les plus fondamentaux» a vocation, en tout état de cause, à aller bien au-delà des quelques droits déjà reconnus. On peut légitimement considérer que les droits indérogeables figurent dans cette même catégorie, c'est-à-dire conformément à l'article 4 §2 : outre le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage, l'emprisonne-

(202) Communication n° 692/1996, *A. R. J. C. c. Australie*, 28 juillet 1997, CCPR/C/60/D/692/1996, §6.15.

(203) *Ibid.*; Communication n° 706/1996, *G. T. c. Australie*, 4 novembre 1997, CCPR/C/61/D/706/1996, §§8.1-8.7; Communication n° 829/1998, *Judge c. Canada*, 20 octobre 2003, CCPR/C/78/D/829/1998, §10.6.

(204) CourDEH, Grande Chambre, *Bankovic c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, req. n° 52207/99, §68.

ment pour violation d'une obligation contractuelle, l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique et la liberté de pensée, de conscience et de religion. Cette énumération ne saurait toutefois être exhaustive, puisque le droit à un procès équitable et l'interdiction de la détention arbitraire, dont a eu à connaître le Comité, ne sont pas des droits insusceptibles de dérogations. On serait tenté de penser que la liberté d'opinion, la liberté de réunion et d'association peuvent également figurer dans la liste... On voit alors très vite qu'il est difficile de ne pas conclure que l'un quelconque des droits civils et politiques garantis par le Pacte constitue un des droits les plus fondamentaux de l'homme. L'innovation qu'impliquerait un tel élargissement du principe de non-refoulement est toute apparente, car la violation grave des droits de l'homme est de toute façon susceptible d'être qualifiée de traitement inhumain ou dégradant, voire même de persécution au sens de la Convention de Genève sur les réfugiés.

Quelle que soit l'étendue des droits protégés, la transposition du principe de non-refoulement aux contrôles migratoires se heurte à un obstacle plus substantiel lié à la nature même de la règle. Ledit principe est, par définition, une obligation d'abstention et non un devoir d'agir assurant à son bénéficiaire un établissement stable et durable dans le pays de refuge. Ce constat préliminaire ne reflète pas cependant toute la densité des liens qui unissent l'obligation négative, que constitue l'interdiction du refoulement, à l'obligation positive d'accueil qui peut en découler. Concrètement, le respect effectif du principe de non-refoulement place l'État devant deux alternatives possibles : admettre l'étranger sur son propre territoire ou le renvoyer dans un pays tiers où il ne court aucun risque. Par delà les difficultés inhérentes à l'identification dudit pays tiers, cette dernière faculté ne fait que substituer un pays d'accueil à un autre. Dans un monde saturé d'États, interdire le renvoi d'un étranger dans son pays d'origine, c'est bien reconnaître qu'il doit être admis dans un autre (205).

(205) La durée de la protection sera alors fonction de la permanence du risque encouru. Voir nos développements consacrés plus loin au droit des réfugiés.

• *Les garanties procédurales et la mise en œuvre des contrôles migratoires*

Le droit international des droits de l'homme ne se borne pas à imposer aux États des obligations matérielles dans la conduite de leur politique en matière d'immigration. Il fournit également des garanties d'ordre procédural qui régissent leur mise en oeuvre. Lorsqu'il est invoqué en relation avec un risque de torture ou de traitement inhumain ou dégradant, le droit à un recours effectif implique le respect de deux règles essentielles : l'une de fond exigeant un examen approfondi des allégations de l'étranger et une autre de forme tenant à la suspension de la mesure d'éloignement prononcée à son encontre, le temps qu'il soit statué sur ses prétentions par un organe indépendant (206). La Cour européenne a clairement rappelé dans son arrêt *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000 que :

> «Compte tenu de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements et vu l'importance qu'elle attache à l'article 3, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert, d'une part, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 et, d'autre part, la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse» (207).

Les garanties procédurales revêtent une importance toute particulière dans le contexte de la détention des étrangers en situation

(206) Voir par exemple : CEDH, arrêt *Soering c. Royaume, op. cit.*, p. 48, §123 ; arrêt *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, op. cit.*, p. 39, §125. L'instance de recours doit disposer d'un véritable pouvoir de décision et présenter des garanties procédurales qui assurent son indépendance et le bénéfice des droits de la défense. Tel n'est pas le cas *a fortiori* d'un comité consultatif chargé d'émettre des recommandations sur une expulsion pour des motifs de sécurité nationale, à l'issue d'une procédure rudimentaire au cours de laquelle le requérant n'a pas eu le droit de se faire représenter par un avocat et n'a obtenu qu'un exposé sommaire des motifs de l'avis en question : CEDH, arrêt *Chahal c. Royaume-Uni, op. cit.*, p. 1871, §154.

(207) *Rec.* 2000-VIII, p. 202, §50. On rappellera néanmoins que, selon la même Cour, les garanties procédurales attachées au droit à un procès équitable sont inapplicables au contentieux des étrangers. Elle a estimé dans un arrêt de Grande Chambre *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000 que : «les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 §1 de la Convention» : *Rec.* 2000-X, p. 287, §40. Le Comité des Nations Unies ne s'est, pour le moment, pas prononcé clairement sur la question. Voir : Communication n° 236/1987, *V.H.R.B. c. Canada*, 26 juillet 1988, CCPR/C/33/D/236/1987, §6.3. Il a néanmoins fait observer que «quand l'un des droits les plus fondamentaux protégés par le Pacte, c'est-à-dire le droit de ne pas être soumis à la torture, est en jeu, il faut veiller le plus scrupuleusement possible à garantir l'équité de la procédure appliquée pour déterminer si l'intéressé court un risque réel de torture» : Communication n° 1051/2002, *Ahani c. Canada*, 14 juin 2004, CCPR/C/80/D/1051/2002, §10.6.

irrégulière (208). La privation de liberté est aujourd'hui utilisée comme un mode de gestion des flux migratoires, dont les finalités sont autant dissuasives que répressives (209). La détention est devenue la norme, et la liberté l'exception. C'est là l'une des manifestations les plus troublantes des pratiques occidentales contemporaines, où la tension entre le respect des libertés fondamentales et le principe de souveraineté nationale atteint son paroxysme (210). Bien que l'on serait en droit de se poser la question, la détention d'étrangers pour le seul motif d'avoir franchi une frontière sans les documents requis n'est pas interdite en tant que telle par le droit international des droits de l'homme. La Convention européenne l'a même expressément consacré à son article 5 §1 qui envisage, parmi les six cas de privation de liberté autorisée, l'hypothèse «de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours». La Chambre des Lords a vu dans cette disposition la confirmation du «principe bien établi», selon lequel «les États souverains peuvent réglementer l'entrée des étrangers sur leur territoire» (211).

Pour autorisée qu'elle soit, toute privation de liberté n'en ait pas moins subordonnée à diverses conditions. L'exigence d'une détention «régulière» au sens de la disposition européenne précitée rejoint en substance l'article 9 §1 du Pacte des Nations Unies qui interdit toute

(208) On retiendra ici le terme de «détention» malgré les euphémismes souvent utilisés dans la terminologie officielle (rétention, maintien, placement...) pour viser une même réalité qu'est la privation de liberté par l'enfermement. Voir au sujet donc de la détention des étrangers : HCR, *Detention of Asylum-Seekers in Europe*, UNHCR, Regional Bureau for Europe, European Series, 1995; TEITGEN-COLLY C., «L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme», *in* : FULCHIRON H. (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 243-320; SOHIER J., «Les privations de liberté de l'étranger, en droit belge, au regard de l'article 5 de la Convention européenne», *RTDH*, 1999, pp. 147-167; HUGHES J. & LIEBAUT F. (eds.), *Detention of Asylum Seekers in Europe : Analysis and Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.

(209) Voir en ce sens et de manière plus développée les contributions à la présente publication de Catherine Teigen-Colly «La détention des étrangers et les droits de l'homme» et Claire Rodier & Isabelle Saint-Saëns «Contrôler et filtrer : les camps au service des politiques migratoires de l'Europe».

(210) Pour un état des lieux particulièrement édifiant, voir notamment : *Rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, Mme Gabriela Rodriguez Pizarro conformément à la résolution 2002/62 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2003/85 (2002); Amnesty International, *The Human Cost of "Fortress Europe" : Detention and Expulsion of asylum seekers and migrants in the EU*, London, 2005.

(211) *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Saadi and Others* [2002] 4 *All ER* 785 (HL), pp. 794-795 (Lord Slynn of Hadley).

«détention arbitraire» et assure qu'une telle mesure ne peut être prononcée que «pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi». A l'instar de ses homologues régionaux, les paragraphes suivants ajoutent, parmi les garanties procédurales inhérentes à toute détention, le droit d'être informé des motifs de l'arrestation, ainsi que «le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale». Selon le Comité, l'interdiction de la détention arbitraire «s'applique à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas tels que, par exemple, [...] le contrôle de l'immigration» (212). De manière générale, la notion d'arbitraire appelle une interprétation souple et empirique; car «il ne faut pas donner au mot "arbitraire" le sens de "contraire à la loi", mais plutôt l'interpréter plus largement du point de vue de ce qui est inapproprié, injuste et non prévisible. Partant, le maintien en détention provisoire après une arrestation légale doit non seulement être légal mais aussi être raisonnable [...] [et] nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé prenne la fuite, mette des obstacles à l'établissement des preuves ou commette un nouveau crime» (213). En d'autres termes, l'arrestation initiale et le maintien en détention doivent être proportionnés aux faits qui sont reprochés et à l'objectif poursuivi.

Le Comité des droits de l'homme a confirmé la pleine applicabilité de ces diverses garanties aux étrangers en situation irrégulière dans l'importante affaire *A. c. Australie* du 30 avril 1997. Le requérant arrivé en situation irrégulière lui demandait de constater que sa détention prolongée pendant quatre ans, dans l'attente d'une décision relative à sa demande d'asile, était arbitraire au sens de l'article 9 §1 du Pacte. Le Comité part du constat que «l'auteur n'est pas fondé à affirmer qu'il est en soi arbitraire de placer des demandeurs d'asile en détention» (214). Cette affirmation péremptoire aurait mérité un examen plus approfondi. Le fait de détenir une personne pour la simple raison qu'elle a fui les persécutions et est venue demander asile est loin d'être évident en soi, d'autant que

(212) CDH, *Observation générale n° 8 : Article 9 (Droit à la liberté et la sécurité de la personne)*, 1982, *op. cit.*, §1.

(213) Communication n° 305/1988, *Van Alphen c. Pays-Bas*, 15 août 1990, CCPR/C/39/D/305/1988, §5.8.

(214) Communication n° 560/1993, *A. c. Australie*, CCPR/C/59/D/560/1993, §9.3.

l'article 31 §1 de la *Convention de Genève relative au statut de réfugié* interdit de prononcer des sanctions pénales aux demandeurs d'asile entrés irrégulièrement sur le territoire des États parties (215). La *Directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié*, adoptée par l'Union européenne le 1er décembre 2005, souligne à cet égard que «les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile» (article 18 §1) (216). Le postulat pour le moins rapide du Comité est néanmoins atténué, sinon neutralisé, par les précisions qu'il apporte ensuite quant aux conditions pouvant justifier une telle détention :

> «[T]oute décision de maintenir une personne en détention devrait être réexaminée périodiquement de manière à pouvoir évaluer les motifs justifiant la détention. En tout état de cause, celle-ci ne devrait pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle l'État peut fournir une justification appropriée. Par exemple, le fait que la personne visée soit entrée illégalement dans le pays peut indiquer qu'une enquête est nécessaire et il peut y avoir d'autres considérations propres à l'intéressé, telles que le risque de fuite et le manque de coopération, qui peuvent justifier la détention pendant une période donnée. En l'absence de tels facteurs, la détention peut être considérée comme arbitraire, même en cas d'entrée illégale. En l'espèce, l'État partie n'a avancé aucun motif spécifique à l'auteur pouvant justifier son maintien en détention pendant quatre ans, au cours desquels il a été transféré à plusieurs reprises d'un centre de détention à l'autre. En conséquence, le Comité conclut que la détention de l'auteur pendant plus de quatre ans a été arbitraire au sens du paragraphe 1 de l'article 9» (217).

Si la détention d'un étranger en raison de sa situation irrégulière n'est pas arbitraire en soi, elle le devient dés lors que l'État n'apporte pas de motifs plus circonstanciés pouvant justifier la nécessité d'une telle mesure (218). Faisant application du principe de proportionnalité, le Comité a souligné, à diverses reprises, com-

(215) Voir le texte de cette disposition cité *infra* Partie II, B, 1).

(216) *JOCE* n° L 326, 13 décembre 2005, p. 13. Cela ne signifie pas pour autant que la détention des demandeurs d'asile soit interdite en tant que telle, mais elle doit alors se fonder sur d'autres circonstances que le simple fait de demander asile. Il faut constater que la Directive est étonnamment silencieuse sur ses «autres» motifs, qui sont donc laissés au droit interne des États membres dans le respect des règles du droit international. Pour le reste, le paragraphe 2 de l'article 18 se borne à rappeler conformément à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte des Nations Unies : «Lorsqu'un demandeur d'asile est placé en rétention, les États membres veillent à prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide».

(217) Communication n° 560/1993, *A. c. Australie*, *op. cit.*, §9.4.

(218) Le Comité l'a dit plus clairement dans une affaire ultérieure, où «il rappelle sa jurisprudence et souligne que, même si la rétention d'immigrants en situation illégale n'est pas en soi arbitraire, la mesure peut être qualifiée d'arbitraire si elle n'est pas nécessaire compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire : l'élément de proportionnalité entre en jeu» : Communication n° 1011/2001, *Madafferi c. Australie*, 26 août 2004, CCPR/C/81/D/1011/2001, §9.2.

bien il était important d'envisager des mesures alternatives à la détention qui, par leur caractère moins attentatoire à la liberté de la personne, sont davantage proportionnées aux objectifs poursuivis. Il convient alors aux États d'examiner si «il n'existait pas d'autres moyens moins contraignants d'obtenir le même résultat, c'est-à-dire le respect de sa politique d'immigration en lui imposant, par exemple, de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une caution ou d'autres conditions, qui auraient tenu compte des circonstances particulières» de chaque espèce (219).

Lorsque la détention est néanmoins prononcée, sa légalité doit pouvoir être contestée devant un juge chargé de contrôler le respect des règles pertinentes, non seulement du droit interne mais aussi du droit international, de manière à censurer toute privation arbitraire de liberté. Le Comité souligne dans la même affaire *A. c. Australie* :

> «[L']examen de la légalité de la détention par les tribunaux, en application du paragraphe 4 de l'article 9, implique la possibilité d'ordonner la libération de l'intéressé et ne doit pas se limiter à déterminer si la détention est conforme au droit australien. Les méthodes visant à assurer le contrôle par les tribunaux des décisions de détention administrative peuvent certes différer d'un système juridique à l'autre mais ce qui est déterminant aux fins du paragraphe 4 de l'article 9, c'est que du point de vue des effets un tel contrôle ne soit pas de pure forme. En stipulant que les tribunaux doivent être habilités à ordonner la libération d'une personne "si la détention est illégale", le paragraphe 4 de l'article 9 requiert que les tribunaux soient habilités à prendre une telle décision si la détention est incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9 ou avec d'autres dispositions du Pacte. Cette conclusion est corroborée par le paragraphe 5 de l'article 9 qui prévoit expressément un droit à réparation en cas de détention "illégale" que ce soit en vertu de la législation interne ou des dispositions du Pacte» (220).

En l'espèce, le fait que la compétence des tribunaux australiens se limitait à déterminer d'une manière formelle si l'intéressé appartenait à la catégorie des étrangers en situation irrégulière interceptés à leur arrivée en Australie – et passibles à ce titre d'une mesure de détention au sens de la législation sur l'immigration – constituait une violation de l'article 9 §4 du Pacte des Nations Unies.

---

(219) Communication n° 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australie*, *op. cit.*, §9.3. Voir également : Communication n° 900/1999, *MC c. Australie*, 13 novembre 2002, CCPR/C/76/D/900/1999, §8.2; Communication n° 1014/2001, *Baban c. Australie*, 18 septembre 2003, CCPR/C/78/D/1014/2001, §7.2.

(220) Communication n° 560/1993, *A. c. Australie*, *op. cit.*, §9.5.

L'importance accordée au contrôle judiciaire de la détention des étrangers en situation irrégulière a été mise en exergue par la Cour européenne dans un important arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, où il était question du maintien en zone d'attente de 22 requérants d'asile somaliens – dont 11 enfants – pendant 20 jours sans assistance ni contrôle juridictionnel (221). La Cour insiste alors lourdement sur «la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États» (222). Elle explique que :

> «Assorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet, un tel maintien [en zone d'attente] n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux notamment en vertu de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et de la Convention européenne des Droits de l'Homme; le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les demandeurs d'asile de la protection accordée par ces conventions. Pareil maintien ne doit pas se prolonger de manière excessive car il risquerait de transformer une simple restriction – inévitable en vue de l'organisation matérielle du rapatriement de l'étranger ou, si celui-ci a sollicité asile, pendant l'examen de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile – en privation de liberté. Il faut tenir compte, à cet égard, du fait qu'une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays» (223).

Cette affaire fut l'occasion pour la Cour d'identifier les garanties élémentaires que doit revêtir le maintien en zone d'attente des demandeurs d'asile aux fins de l'article 5, incluant un «contrôle non tardif du juge, gardien traditionnel des libertés individuelles», le «droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié» et une «assistance juridique et sociale» (224).

---

(221) Parmi les illustrations jurisprudentielles ultérieures qui mériteraient d'être citées, voir notamment : CEDH, 1re sec., arrêt *Dougoz c. Grèce* du 6 mars 2001, req. n° 40907/98; 1re sec., req. n° 51564/99, arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002; 3e section, arrêt *Shamsa c. Pologne* du 27 novembre 2003, req. n° 45355/99 et 45357/99.

(222) CEDH, arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, *Recueil*, 1996-III, p. 851, §50.

(223) *Ibid.*, p. 848, §43. La Cour met également un terme aux controverses tenant à la prétendue extraterritorialité de la zone internationale et à l'argument avancé par le gouvernement français selon lequel les demandeurs d'asile demeurent libres de quitter à tout moment cette zone vers le pays de leur choix. Selon la Cour, «en dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité» et «la simple possibilité pour des demandeurs d'asile de quitter volontairement le pays où ils entendent se réfugier ne saurait exclure une atteinte à la liberté [...]; en outre, elle revêt un caractère théorique si aucun autre pays offrant une protection comparable à celle escomptée dans le pays où l'asile est sollicité, n'est disposé ou prêt à les accueillir» : *ibid.*, pp. 850-851, §48 et §52.

(224) *Ibid.*, pp. 848, §43 et §45.

Cette charte minimale des droits du demandeur d'asile à la frontière s'inspire des principales dispositions dégagées, deux ans auparavant, par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa *Recommandation du 21 juin 1994 relatives aux lignes directrices à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens* qui, de simple résolution dépourvue de valeur contraignante, bénéficient désormais de l'*imprimatur* de la Cour au titre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (225). L'affaire *Amuur* illustre toute la portée du droit commun des droits de l'homme qui, par une interprétation contextualisée, se révèle plus détaillé que les règles spécifiquement consacrées à la détention des réfugiés, telles qu'elles figurent à l'article 31 de la Convention de Genève sur laquelle nous reviendrons.

En dehors de l'hypothèse extrême de la privation de liberté, les modalités d'exécution des contrôles migratoires peuvent en elles-mêmes porter directement atteinte à d'autres droits protégés, aux premiers rangs desquels figure l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. C'est ainsi que le Comité des Nations Unies contre la torture, prenant le pas sur la Cour européenne (226), a été amené à examiner si «le renvoi de l'auteur contre son gré constituerait, eu égard à son mauvais état de santé, une peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant» (227). La question peut se poser dans d'autres circonstances que l'état de santé de l'étranger. Par un arrêt *Nsona c. Pays-Bas* du 28 novembre 1996, la Cour de Strasbourg a estimé que le refoulement d'une fillette zaïroise de neuf ans, essayant de rejoindre illégalement sa mère titulaire d'un permis de séjour pour raison humanitaire, n'atteignait pas dans les circonstances de l'espèce un degré de gravité tel que l'on puisse le qualifier de traitement inhumain ou dégradant, même si son retour qui dura sept jours «doit avoir constitué pour elle une expérience pénible» et que «l'empressement apparent avec lequel les autorités néerlandaises se sont déchargées sur d'autres [n.d.l.r. la compagnie aérienne Swissair] de toute responsabilité concernant le bien-être de l'enfant [...] prête certainement à

(225) Voir en particulier les points 2 à 17 de la Recommandation N° R (94) du Comité des ministres aux États membres relative aux lignes directrices à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens.

(226) CEDH, arrêt *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, *Recueil*, 1997-III, p. 805, §54.

(227) Communication n° 83/1997, *G.R.B. c. Suède*, 15 mai 1998, CAT/C/20/D/83/1997, §6.7.

critique» (228). Même si son seuil d'applicabilité est souvent interprété avec rigueur, l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants a vocation à remplir ici «une fonction objective de principe directeur de l'activité de l'État» (229), qui n'est que l'expression d'un principe plus général de respect de la dignité humaine.

La plus récente illustration de cette lente imprégnation des droits de l'homme dans la mise en œuvre des contrôles migratoires nous est donnée par le *Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes*. Son article 6 rappelle, en guise de règle générale devant guider les modalités de contrôle aux frontières, que :

> «1. Les garde-frontières respectent pleinement la dignité humaine dans l'exercice de leurs fonctions. Toutes les mesures prises dans l'exercice de leurs fonctions sont proportionnées aux objectifs poursuivis.
>
> 2. Lors des vérifications aux frontières, les garde-frontières n'exercent envers les personnes aucune discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

L'origine nationale n'est pas mentionnée parmi les motifs interdits de discrimination. On ne s'en étonnera plus, car l'interdire c'est priver le contrôle migratoire de sa raison d'être qui demeure par définition fondée sur la distinction entre le national et l'étranger. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la *Convention des Nations Unies sur l'interdiction de la discrimination raciale* prend soin de préciser, dès son article 1er §2 que «la présente Convention ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants» (230). Cette différentiation ultime entre le national et l'étranger, ainsi consacrée par le droit international des droits de l'homme, ne saurait être interprétée comme un blanc-seing. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale rappelle dans sa *Recommandation générale n° XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants*

(228) CEDH, arrêt *Nsona c. Pays-Bas* du 28 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, pp. 2003-2004, §99 et §103.

(229) Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 473.

(230) La *Directive du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine* précise dans la même veine que : «la présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés» (article 3 §2) : *JOCE* n° L 180, 19 juillet 2000, p. 22.

que l'article 1er §2 n'affecte en rien les droits garantis par les autres instruments de protection des droits de l'homme (231).

De fait, le refoulement systématique fondé sur des motifs à caractère racial peut tomber sous le coup de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Dans l'affaire des *Asiatiques d'Afrique orientale*, le Royaume-Uni avait refusé d'admettre sur son territoire 31 personnes expulsées du Kenya et d'Ouganda qui, bien que titulaires de passeports britanniques, n'avaient pas de droit d'entrer en application de la législation sur les immigrants originaires du Commonwealth (*Commonwealth Immigrant Act* 1968). La Commission européenne conclut à la violation de l'article 3 expliquant que :

> «[L]a discrimination fondée sur la race peut, dans certaines circonstances, constituer en soi un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention [...] [et] le fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier fondé sur la race peut, dans certaines circonstances, constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine [...]. La Commission estime que la discrimination raciale dont les requérants ont été publiquement l'objet par l'application de la législation précitée sur l'immigration constitue une atteinte à leur dignité humaine ce qui, dans les circonstances particulières qui viennent d'être décrites, constitue un 'traitement dégradant' au sens de l'article 3» (232).

3. *Les règles relatives au séjour de l'étranger*

Le séjour d'un étranger implique de la part de l'État dans lequel il se trouve une obligation de protection, dont l'étendue mérite d'être cernée dans ses grandes lignes. Le principe n'est en soi pas contesté. La Cour internationale de Justice a jugé dans l'affaire *Barcelona Traction* que : «Dès lors qu'un État admet sur son territoire [...] des ressortissants étrangers [...], il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement» (233). Le droit international des droits de l'homme ajoute, néanmoins, une précision importante : cette obligation de protection est due en raison de la seule présence physique de l'étranger sur le territoire de l'État, qu'il y soit entré régulièrement ou non. C'est le cas de l'immense majorité des droits civils et poli-

(231) CEDR, *Recommandation générale n° XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants*, *op. cit.*, §2.

(232) ComEDH, *Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, rapp. 14 décembre 1973, *DR* 78-B, p. 62.

(233) CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Compagny (Belgique c. Espagne)*, *op. cit.*, p. 32.

tiques, qu'il convient d'identifier rapidement, avant d'examiner les difficultés rencontrées à l'égard des droits économiques, sociaux et culturels.

• *Les droits civils et politiques de l'étranger*

Le Comité des droits de l'homme souligne dans son *Observation générale n° 15 sur la situation des étrangers* qu'en principe «le Pacte accorde aux étrangers une protection totale quant aux droits qu'il garantit, et les États parties devraient observer ses prescriptions dans leur législation et dans leur pratique» (234). Il établit, à cet effet, la liste des différents droits qui leur sont garantis et qu'il n'est pas totalement inutile de rappeler :

«Les étrangers ont ainsi un droit inhérent à la vie qui est juridiquement protégé, et ne peuvent être privés arbitrairement de la vie. Ils ne doivent pas être soumis à la torture, ni à des traitements ou peines inhumains ou dégradants; ils ne peuvent pas non plus être réduits en esclavage ou en servitude. Les étrangers ont droit sans réserve à la liberté et à la sécurité de la personne. S'ils sont légalement privés de leur liberté, ils doivent être traités avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à leur personne. Un étranger ne peut être détenu pour inexécution d'une obligation contractuelle. Les étrangers ont droit à la liberté de mouvement et au libre choix de leur lieu de résidence; ils sont libres de quitter le pays. Ils jouissent de l'égalité devant les tribunaux, et ont droit à ce que leur cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi, et qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale et des contestations portant sur leurs droits et obligations de caractère civil. Les étrangers ne sont pas soumis à une législation pénale rétroactive, et ils ont droit à la reconnaissance de leur personnalité juridique. Ils ne peuvent être soumis à aucune immixtion arbitraire ou illégale dans leur vie privée, leur famille, leur résidence ni leur correspondance. Ils ont droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et ont le droit d'avoir des opinions et de les exprimer. Les étrangers bénéficient du droit de réunion pacifique et de libre association. Ils peuvent se marier lorsqu'ils ont atteint l'âge légal du mariage. Leurs enfants bénéficient des mesures de protection nécessitées par leur état de mineur. Dans les cas où les étrangers constituent une minorité au sens de l'article 27, il ne peut leur être refusé le droit, en commun avec les autres membres de leur groupe, d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'employer leur propre langue. Les étrangers ont droit à une égale protection de la loi. Il n'y a pas de discrimination entre étrangers et citoyens

(234) CDH, *Observation générale n° 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte*, *op. cit.*, §4. Comme on l'a déjà dit, la seule disposition expressément réservée aux «citoyen» réside dans l'article 25 qui porte sur le droit de participer à la vie politique et d'accéder à la fonction publique, encore que le droit interne de nombreux États et certains Traités – tels que celui de l'Union européenne notamment – confèrent les mêmes prérogatives aux étrangers durablement installés.

dans l'application de ces droits. Ces droits des étrangers ne peuvent faire l'objet que des limitations qui peuvent être légalement imposées conformément au Pacte» (235).

Seulement deux dispositions du Pacte subordonnent leur application à la présence régulière de l'étranger sur le territoire de l'État partie : le droit de circuler et de choisir sa résidence librement dans l'État (article 12 §1) et les garanties relatives à l'expulsion (article 13). Ces deux articles symbolisent, à eux seuls, l'infériorité juridique congénitale de l'étranger dans l'exercice de sa liberté de mouvement : l'étranger doit être en situation irrégulière pour se prévaloir du droit de circuler librement dans l'État où il est; et, même s'il est en situation régulière, il peut être expulsé du territoire. S'agissant de la première disposition, le Comité note dans son *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation* que : «la question de savoir si un étranger se trouve "légalement" sur le territoire d'un État est régie par la législation nationale, qui peut soumettre l'entrée d'un étranger sur le territoire d'un État à des restrictions, pour autant qu'elles soient compatibles avec les obligations internationales de l'État» (236). De telles restrictions doivent alors se conformer aux limitations prévues à cet effet dans l'article 12 §3 précité. Parmi les rares cas qu'il a eu à connaître, le Comité a estimé dans l'affaire *Celepli c. Suède* du 2 août 1994 qu'une assignation à résidence prononcée à l'encontre d'un ressortissant turc d'origine kurde, soupçonné d'être impliqué dans des activités terroristes, constitue une restriction nécessaire pour la protection de la sécurité nationale, d'autant qu'il n'était pas possible de l'expulser au regard des risques encourus dans son pays d'origine (237).

(235) *Ibid.*, §7. Il convient de relever ici une étrange particularité de la Convention européenne des droits de l'homme. Son article 16 stipule qu'«aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 [portant respectivement sur la liberté d'expression, la liberté de réunion et l'interdiction de la discrimination] ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties Contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers». L'article 53 ajoute, cependant, qu'«aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie». En vertu du principe ainsi consacré du traitement le plus favorable, il convient d'appliquer les dispositions du Pacte qui, pour chacun des droits mentionnés, bénéficient au national comme à l'étranger.

(236) CDH, *Observation générale N° 27 Article 12 (Liberté de circulation)*, *op. cit.*, §4.

(237) Communication n° 456/1991, *Celepli c. Suède*, 2 août 1994, CCPR/C/51/D/456/1991, §9.2. Pour un constat similaire de la Commission européenne, voir : ComEDH, *Kalibi c. France*, déc. 19 octobre 1995, req. n° 26714/95. Voir également à propos de l'assignation à résidence d'un demandeur d'asile en attente d'une décision sur sa requête : ComEDH, req. n° 12068/86, *Paramanathan c. République Fédérale d'Allemagne*, déc. 1er décembre 1986, *DR* 51, p. 237.

L'article 13 relatif à l'expulsion vise à encadrer le processus de décision par la reconnaissance de garanties procédurales minimales. Ces règles sont censées assurer une certaine stabilité du séjour régulièrement acquis par l'étranger, sans toutefois empêcher l'État d'y mettre fin (238). Aux termes de l'article 13 :

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

Il convient de relever d'emblée que les motifs de l'expulsion ne sont pas mentionnés, laissant ainsi à l'État une large marge d'appréciation dans la détermination de sa propre politique en la matière. La Convention interaméricaine (article 22 §6) et la Charte africaine (article 12 §4) sont plus vagues encore que le texte onusien, tandis que le Protocole n° 7 à la Convention européenne se réfère aux motifs d'ordre public et de sécurité nationale pour indiquer que les garanties procédurales perdent leur caractère suspensif, si l'exécution de l'expulsion est nécessaire pour l'une ou l'autre de ces raisons (article 1 §2). Tous les traités s'accordent néanmoins à garantir que l'expulsion doit se fonder sur «une décision conforme à la loi». Cette notion de légalité n'est pas qu'un simple renvoi formel à la législation interne de l'État partie. Elle est une notion autonome qui tend à prémunir l'étranger contre les décisions arbitraires. Comme le relève le Comité dans son *Observation générale n° 15*, «pour autant qu'il [l'article 13] n'autorise que les mesures exécutées à la suite d'une "décision prise conformément à la loi", son objectif évident est d'éviter les expulsions arbitraires» (239).

Les garanties procédurales, expressément prévues à cet effet, doivent permettre dans cette même optique de pouvoir faire examiner la décision devant une autorité compétente afin que l'étranger

(238) Voir sur cette vaste question : GOODWIN-GILL G.S., «The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law», *BYIL*, 1974-1975, pp. 55-156; PELLONPÄÄ M., *Expulsion in International Law : A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki, Annales Academiae Scientiarum Fennicae, Sumoalainen Tiedeakatemia, 1984.

(239) CDH, *Observation générale n° 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte*, *op. cit.*, §10. Voir en ce sens notamment : NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, *op. cit.*, p. 224.

puisse présenter les raisons qui s'opposent à son expulsion, au regard notamment des liens privés et familiaux qu'il a pu nouer dans le pays d'accueil ou des risques encourus dans son propre pays d'origine (240). La nature juridictionnelle ou administrative de l'autorité en question n'est pas mentionnée. Il doit s'agir, en tout état de cause, d'un «recours utile» au sens de l'article 2 §3 du Pacte. Les garanties prévues à l'article 13 s'effacent cependant devant les «raisons impérieuses de sécurité nationale». La formule retenue ici n'en souligne pas moins le caractère éminemment exceptionnel des motifs pouvant justifier leur suspension (241) : un motif de sécurité nationale ne suffit pas en soi, encore faut-il qu'il soit impérieux. Il est, en outre, inopposable à la première des conditions précitées tenant à la légalité de la décision de renvoi.

Les règles régissant le déroulement de la procédure d'éloignement sont complétées par une interdiction plus générale des expulsions collectives (242). Selon le Comité, une telle règle découle implicitement des exigences posées à l'article 13 de procéder à un examen individuel de chaque cas (243). L'interdiction est expressément consacrée dans tous les traités régionaux (article 22 §9 de la Convention interaméricaine, article 12 §5 de la Charte africaine et article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme). Dans chacun de ces textes, la règle ne souffre d'aucune exception (244). Mais la principale difficulté réside dans la définition de ce que constitue une «expulsion collective». Le seul critère du nombre des expulsés n'est manifestement pas suffisant pour caractériser l'interdiction. La Charte africaine est le seul des textes précités qui

(240) Outre les références déjà citées à propos des obstacles au renvoi, voir : GUILD E. & MINDERHOUD P. (eds.), *Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 2001.

(241) Voir à cet égard : Communication n° 155/1983, *Hammel c. Madagascar*, 3 avril 1987, CCPR/C/29/D/155/1983 ; Communication n° 1051/2002, *Ahani c. Canada*, *op. cit.*, §10.8.

(242) Voir sur ce thème : PERRUCHOUD R., «L'expulsion en masse des étrangers», *AFDI*, 1988, pp. 677-693 ; HENCKAERTS J.-M., *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995 ; CARLIER J.-Y., «L'expulsion collective d'étrangers», *in* : LAMBERT P. & PETTITI C. (eds.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 111-138.

(243) «Il reconnaît à chaque étranger le droit à une décision individuelle ; il s'ensuit que les lois ou décisions qui prévoiraient des mesures d'expulsion collective ou massive ne répondraient pas aux dispositions de l'article 13» : CDH, *Observation générale n° 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte*, *op. cit.*, §10.

(244) La question reste néanmoins posée pour ce qui est du Pacte, puisque le droit de faire examiner son cas – dont découlerait l'interdiction des expulsions collectives – peut être écarté pour des «raisons impérieuses de sécurité nationale».

apporte quelques indications en stipulant que «l'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux». Cet embryon de définition se fonde sur deux critères cumulatifs tenant au but visé et aux caractéristiques du groupe concerné qui, ainsi réunis, révèlent la caractère discriminatoire de l'expulsion (245). La Cour européenne privilégie, pour sa part, un critère d'appréciation plus empirique qui dépend des conditions d'examen de la décision de renvoi. Confirmant l'interprétation antérieure de la Commission (246), elle a précisé dans sa décision *Andric c. Suède* du 23 février 1999 que l'expulsion collective s'entend de «toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe» (247). C'est d'ailleurs ce que laisse aussi supposer le Comité des Nations Unies en déduisant l'interdiction des expulsions collectives de l'examen individuel garanti par l'article 13. La Cour européenne précisa toutefois, par un arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, que «cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4» (248). Elle conclut, pour la première fois, à une violation de cette dernière disposition, après avoir relevé au terme d'une motivation particulièrement circonstanciée que, même si les demandes d'asile des requérants avaient été l'objet d'un examen individuel, les conditions particulières d'exécution d'une procédure d'expulsion planifiée concernant un «grand nombre de personnes de même origine» – à savoir une quinzaine de familles slovaques d'origine tzigane – n'offraient pas «des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées» (249). La Cour s'attache ainsi à l'effectivité de l'interdiction des expulsions collectives, qui doit prévaloir à chaque stade de la procédure, que ce soit lors

(245) CARLIER J.-Y., «L'expulsion collective d'étrangers», *op. cit.*, pp. 125-126.
(246) ComEDH, req. n° 7011/75, *Becker c. Danemark*, déc. 3 octobre 1975, *DR* 4, p. 215.
(247) CEDH, 1re sec., *Andric c. Suède*, déc. 23 février 1999, req. n° 45917/99.
(248) CEDH, arrêt *Conka c. Belgique*, *op. cit.*, §59.
(249) *Ibid.*, §§61-63.

de l'examen de la demande d'asile à l'origine de la décision attaquée ou de l'exécution de la mesure de renvoi.

• *Les droits économiques, sociaux et culturels de l'étranger*

A l'instar des droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels s'appliquent par principe à toute personne indépendamment de la nationalité. Le Pacte des Nations Unies qui leur est spécifiquement consacré interdit, à son article 2 §2, toute discrimination dans l'exercice des droits protégés, en raison notamment de l'origine nationale. Cette égalité de principe souffre cependant d'une exception contenue au paragraphe 3 du même article, selon lequel :

> «Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants».

Cette disposition résonne comme une sorte de réminiscence de l'ancien droit des étrangers qui avait tant fait débat par le passé (250). Son champ d'application n'est pas exempt d'ambiguïtés. Il est néanmoins circonscrit par trois conditions principales tenant respectivement aux titulaires, à l'objet et la mise en œuvre de cette exception au principe de la pleine applicabilité du Pacte aux étrangers. Cette exception ne peut, d'abord, être invoquée que par les «pays en voie de développement», expression qui se réfère à une réalité économique plus qu'à une notion juridique susceptible d'être définie comme telle. La restriction qui est ainsi apportée quant aux titulaires de la norme nous rappelle que l'article 2 §3 est étroitement lié au contexte historique de la décolonisation. Il a été adopté en réaction contre la position dominante occupée par certains ressortissants des anciennes puissances coloniales dans l'économie des pays nouvellement indépendants. Il s'agissait alors de préserver leur propre compétence en matière de nationalisation des biens étrangers, conformément au principe de souveraineté écono-

(250) Elle a d'ailleurs été adoptée à une très courte majorité de 41 voix pour, 38 contres et 12 abstentions : McDOUGAL M.S., LASSWELL H.D. & CHEN L.-C., «The Protection of Aliens form Discrimination and World Public Order : Responsibility of States conjoined with Human Rights», *op. cit.*, p. 458. Voir également sur cette disposition : McKEAN W., *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon press, Oxford, 1983, pp. 194-200; DANKWA E.V.O., «Working Paper on Article 2 (3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *HRQ*, 1987, pp. 230-40; CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press, 1997, pp. 58-60.

mique réaffirmé par l'Assemblée générale à de nombreuses reprises (251). Ce même contexte historique explique aussi pourquoi l'article 2 §3 ait pour seul objet les «droits économiques», à l'exclusion des droits sociaux et culturels qui s'appliquent alors pleinement sans distinction entre le national et l'étranger. S'agissant enfin de sa mise en œuvre, l'exception est conçue comme une simple faculté. Il n'est d'ailleurs pas question de suspendre purement et simplement les droits économiques des étrangers, mais d'aménager leur mise en œuvre en mettant en balance l'universalité des droits de l'homme et les nécessités du développement économique.

Sous cette réserve au demeurant limitée, le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ne comporte aucune autre restriction portant sur la qualité d'étranger. Le contenu même de ses différents droits est défini de manière plus large encore que pour les droits civils et politiques, puisque aucun d'entre eux ne se réfère expressément à sa situation régulière sur le territoire de l'État partie. Le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* reconnaît ainsi à «toute personne» ou «à chacun» : le droit au travail, qui est minutieusement défini comme «le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté» (article 6), le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables (article 7), le droit de former un syndicat et de s'affilier au syndicat de son choix (article 8), le droit à la sécurité sociale (article 9), le droit à la protection de la famille (article 10), le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille (article 11), le droit de jouir du meilleur état de santé possible (article 12), le droit à l'éducation (article 13) et le droit de participer à la vie culturelle (article 14).

Le libellé général de ces différents droits, associé à l'interdiction de la discrimination en raison de l'origine nationale, concourt à la pleine application du *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* aux étrangers. Leur exercice est, certes, subordonné – comme pour les nationaux – à une mise en œuvre progressive en fonction des ressources disponibles de l'État partie (article 2 §1). Mais cette condition est difficilement opposable aux États dits développés qui possèdent les ressources disponibles pour donner

(251) Voir en particulier la *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles* (Résolution 1803 (XVII) 1962) et la *Charte des droits et devoirs économiques des États* (Résolution 3281 (XXIX) 1974).

pleinement effet à ces droits. Elle n'influe, en outre, nullement sur l'égalité d'accès aux droits qui découle du principe de non-discrimination. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a constaté, à cet égard, que : «le principe de non-discrimination énoncé au paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte est immédiatement applicable et n'est ni sujet à une mise en œuvre progressive ni tributaire des ressources disponibles» (252). L'organe de contrôle du Pacte a rappelé, à diverses reprises, l'importance d'un tel principe dans l'application aux étrangers des différents droits économiques, sociaux et culturels. C'est le cas, notamment, du droit à la santé, qui suppose «l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont [...] les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière, aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs» (253). Il en est également ainsi de l'accès à l'éducation, où «le principe de non-discrimination s'étend à toutes les personnes d'âge scolaire qui résident sur le territoire d'un État partie, y compris les non-nationaux, indépendamment de leur statut juridique» (254). Cette conclusion est d'ailleurs corroborée par la *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* du 14 décembre 1960. Son article 3 prescrit aux États parties d'«accorder aux ressortissants étrangers résidant sur le territoire le même accès à l'enseignement», sans qu'il ne soit fait mention du caractère régulier ou non de la résidence sur ledit territoire (255).

Le Comité a cru bon d'ajouter dans sa dernière *Observation générale n° 18 sur le droit au travail* que : «le principe de non-discrimination consacré à l'article 2.2 du Pacte [...] *devrait* s'appliquer à l'accès à l'emploi des travailleurs migrants et des membres de leur famille» (256). Cette formule équivoque masque mal la profonde

(252) CDESC, *Observation générale n° 18 : Le droit au travail*, E/C.12/GC/18 (2005), §31. Voir en ce sens également : *Observation générale n° 3 : Nature des obligations des États parties*, E/1991/23 (1990), §1 ; *Observation générale n° 9 : Application du Pacte au niveau national*, E/C.12/1998/24 (1998), §9.

(253) CDESC, *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, E/C.12/2000/4 (2000), §34. Voir également en ce sens : CEDS, Réclamation n° 14/2003 par la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, 3 novembre 2004, §32 (non publié).

(254) CDESC, *Observation générale n° 13 : Le droit à l'éducation*, E/C.12/1999/10 (1999), §34.

(255) Cette obligation ne s'étend pas, en revanche, aux bourses d'études, pour l'attribution desquelles les États s'engagent à établir «aucune différence de traitement entre nationaux par les pouvoirs publics, sauf celles fondées sur le mérite ou les besoins» : article 3 e).

(256) CDESC, *Observation générale n° 18 : Le droit au travail, op. cit.*, §18 (souligné par nous). La version anglaise n'est guère plus précise : «The principle of non-discrimination [...] *should apply in relation to employment opportunities* for migrant workers and their families» (souligné

réticence des États à garantir aux étrangers un accès à l'emploi dans les mêmes conditions que les nationaux (257). Ce type de distinction pourrait éventuellement tomber dans le cadre de la clause générale de restriction contenue à l'article 4 du Pacte, selon lequel :

> «Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique».

Il n'est pas certain cependant que cette clause soit très pertinente, car l'on peut raisonnablement douter que la promotion du bien-être général passe par l'exclusion d'une partie de la société sur la seule base de la nationalité (258). En se référant à la «jouissance des droits assurés par l'État», l'article 4 semble supposer que l'accès aux droits est garanti et seules les modalités de mise en oeuvre pourraient être l'objet de limitations. C'est donc sous l'angle du contenu même du principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale qu'il convient d'envisager la question.

Selon la formule consacrée, le principe de non-discrimination n'interdit pas les différences de traitement, pourvu qu'elles soient «fondées sur des critères objectifs et raisonnables» (259). Si la nationalité est par définition «objective», tout l'enjeu est de déterminer dans quelle mesure une distinction établie sur cette base est «raisonnable» au regard de l'objectif poursuivi. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a rappelé, dans la droite ligne de la Cour européenne, que :

> «[L]'application d'un traitement différent fondé sur le statut quant à la citoyenneté ou à l'immigration constitue une discrimination si les critères de différencia-

---

par nous). Le paragraphe 23 ajoute : «Les Etats sont en particulier liés par l'obligation de *respecter* le droit au travail, notamment en interdisant le travail forcé ou obligatoire et en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de tous à un travail décent, surtout les individus et groupes défavorisés et marginalisés, dont [...] les travailleurs migrants». Il est question ici de l'accès à un travail décent et non plus de l'accès à l'emploi, ce qui n'est pas la même chose.

(257) Voir en ce sens : CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, *op. cit.*, p. 290.

(258) KLERK Y., «Working Paper on Article 2(2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *HRQ*, 1987, pp. 263-264; CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, *op. cit.*, p. 61.

(259) Pour une illustration récente du Comité des droits de l'homme en lien avec la nationalité, voir : Communication n° 1054/2002, *Kriz c. République tchèque*, 18 novembre 2005, CCPR/C/85/D/1054/2002, §7.2.

tion, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention, ne visent pas un but légitime et ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but» (260).

La frontière entre l'illicite (la discrimination) et le licite (la différence de traitement) se révèle alors particulièrement ténue. La pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale illustre toute la difficulté d'un tel contrôle de proportionnalité. Il a estimé en 1988 dans l'affaire *Yilmaz-Dogan* que le Pays-Bas «a manqué à l'obligation qui lui incombe, conformément à l'article 5 e) i), de garantir l'égalité devant la loi en ce qui concerne le droit au travail et à la protection contre le chômage», parce que les juridictions internes n'avaient pas suffisamment vérifié, si les motifs réels du licenciement de la requérante étaient fondés sur une discrimination en raison de son origine étrangère (261). Plus de deux ans et demi après, il conclut dans des circonstances pourtant plus claires que l'interdiction générale qui est faite aux étrangers en France d'exercer la profession d'avocat ne constitue pas une discrimination au sens de la Convention des Nations Unies. Il invoquera, pour ce faire, la clause dérogatoire contenue à l'article précité 1 §2 qui «introduit une préférence ou une distinction entre ressortissants et non-ressortissants» et justifierait dès lors une telle législation par essence discriminatoire (262). Cette même clause ne l'empêchera pas cependant de considérer dans une autre affaire que la nationalité ne constitue pas un motif pertinent pour refuser d'accorder un prêt bancaire... Sans craindre la contradiction, le Comité prend même la peine d'ajouter pour justifier son propos : «On a souvent besoin de moyens financiers pour s'intégrer plus facilement dans la société. Il est donc important de pouvoir accéder au marché des prêts et de pouvoir demander un prêt financier aux mêmes conditions que la majorité de la population» (263). Mais que dire alors de l'accès au marché de l'emploi ?

(260) CEDR, *Recommandation générale n° XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants*, *op. cit.*, §4.

(261) Communication n° 1/1984, *Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas*, 29 septembre 1988, CERD/C/36/D/1/1984, §§9.2-9.3.

(262) Communication n° 2/1989, *Diop c. France*, 10 mai 1991, CERD/C/39/D/2/1989, §6.6.

(263) Communication n° 10/1997, *Habassi c. Danemark*, 6 avril 1999, CERD/C/54/D/10/1997, §9.2. Il poursuit en demandant à l'État défendeur «d'enquêter dûment sur les véritables raisons qui sous-tendent la politique en matière de prêt suivie par la banque à l'égard des résidents étrangers, pour vérifier si des critères pouvant donner lieu à une discrimination raciale, au sens de l'article premier de la Convention, sont appliqués» : *ibid.*, §9.3.

La pratique du Comité donne la fâcheuse impression qu'il existerait une définition à géométrie variable de la discrimination, selon la nature du droit affecté et l'ampleur de sa violation. Les cas de discrimination sont plus aisément constatés, lorsqu'ils sont le fait de particuliers isolés, tandis qu'ils bénéficient d'un blanc-seing général, dés lors que de telles pratiques sont consacrées dans la législation même de l'État. L'absence de démarche cohérente souligne le malaise inhérent à de telles affaires. Le recours au principe de proportionnalité lui impose de composer avec la souveraineté nationale sans trop heurter l'universalité des droits de l'homme. Le dilemme atteint ici son paroxysme, car il n'est pas possible de reconnaître l'un sans nier l'autre. Admettre l'interdiction de toute discrimination dans l'accès à l'emploi en raison de la nationalité, c'est remettre en cause l'un des présupposés sur lequel repose la politique de contrôle migratoire depuis le début des années 70. Sous l'angle du strict droit positif, l'assimilation qui est faite aujourd'hui par les États entre l'admission au séjour et l'accès à l'emploi tend à requalifier des pratiques par nature discriminatoire en des différences de traitements autorisées. A l'inverse, on voit bien à quel point les différences de traitements susceptibles d'être opposées à une personne du seul fait de sa nationalité dans l'exercice d'un droit économique, essentiel sinon vital, heurtent la vocation universelle des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer indirectement dans un arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, où il était question non pas de l'accès à l'emploi mais de prestations d'assurance-chômage qu'elle rattache au droit de propriété en raison de leur nature patrimoniale :

> «Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14, si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé". Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. 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» (264).

(264) CEDH, arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, §42.

Elle conclut que la distinction effectuée entre les nationaux et les étrangers dans la loi autrichienne sur l'assurance-chômage ne repose sur «aucune justification objective et raisonnable» et constitue dès lors une violation de l'article 14 conjugué à l'article 1 du Protocole n° 1 relatif au droit de propriété. La Cour n'accorde guère de crédit à l'argument soulevé par le Gouvernement autrichien, selon lequel «la distinction de traitement reposerait sur l'idée que l'État a une responsabilité particulière envers ses propres ressortissants, qu'il doit les prendre en charge et subvenir à leurs besoins essentiels» (265). Elle l'écarte rapidement pour observer que le requérant «a légalement séjourné en Autriche» et qu'il remplissait les autres conditions légales pour obtenir la prestation sociale en question (266). La légalité du séjour n'apparaît que de manière presque incidente dans le raisonnement de la Cour. La question reste néanmoins posée de savoir si la Cour parviendrait au même résultat dans l'hypothèse où le requérant n'avait pas été légalement admis au séjour.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a franchi le pas dans son *Avis consultatif sur la condition juridique et les droits des migrants sans papier* rendu le 17 septembre 2003. La Cour rappelle avec force que le principe de non-discrimination est dû indépendamment de la situation régulière ou non du migrant. En s'engageant dans une relation de travail avec un employeur, l'étranger acquiert en tant que travailleur une série de droits économiques et sociaux qui doivent lui être reconnus indépendamment de sa situation en terme de séjour, car ces droits ne sont que la conséquence de la relation de travail (267). La Cour mentionne, notamment, l'interdiction du travail forcé, la liberté syndicale et le droit de négociation col-

(265) *Ibid.*, §45.

(266) *Ibid.*, §46. La Cour est parvenue à la même conclusion pour les prestations de sécurité sociale du régime non contributif : CEDH, arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, req. n° 40892/98, §§46-48.

(267) IACHR, *Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, §§133-134, pp. 105-106 : «A person who enters a State and assumes an employment relationship, acquires his labor human rights in the State of employment, irrespective of his migratory status, because respect and guarantee of the enjoyment and exercise of those rights must be made without any discrimination. In this way, the migratory status of a person can never be a justification for depriving him of the enjoyment and exercise of his human rights, including those related to employment. On assuming an employment relationship, the migrant acquires rights as a worker, which must be recognized and guaranteed, irrespective of his regular or irregular status in the State of employment. These rights are a consequence of the employment relationship».

lective, le droit à une rémunération équitable, le droit à des conditions de travail saines... (268)

L'irrégularité du séjour du travailleur migrant n'est donc tout simplement pas pertinente pour déterminer les conditions d'applicabilité de droits fondamentaux qui n'y font aucune référence. La Cour interaméricaine entendait par là dénoncer l'hypocrisie, parfois érigée en politique, qui consiste à tolérer, sinon encourager, l'emploi de travailleurs clandestins dans certains domaines d'activités pour mieux les exploiter, en prenant avantage de leur situation irrégulière afin de leur imposer des conditions de travail indécentes qu'aucun national n'aurait accepté (269). La jurisprudence interaméricaine nous rappelle aussi que de telles pratiques ne sont pas le privilège des États occidentaux. La Cour a ainsi eu à connaître de l'expulsion collective de travailleurs, en situation irrégulière d'origine haïtienne, effectuée par la République dominicaine, une fois que leur présence sur le territoire n'a plus été jugée nécessaire pour satisfaire aux nouveaux besoins de la production sucrière. Les conditions dans lesquelles ont été effectuées de telles expulsions collectives – au demeurant interdites – nous renvoient en miroir aux périodes les plus sombres de l'histoire européenne. La Professeur Michelangela Scalabrino relate dans son étude consacrée à la jurisprudence interaméricaine :

> «Ces expulsions ont lieu pour la plupart au cœur de la nuit, sur la base de la couleur de la peau, sans ordre du juge ou de toute autre autorité, et sans que les expulsés aient la possibilité de démontrer leur statut légal ou de communiquer avec leur famille; dans plusieurs cas, des familles ont été séparées, avec des conséquences néfastes pour les enfants. [...] Parce qu'ils sont noirs, on les suspecte d'être haïtiens; on présume alors qu'ils se trouvent illégalement dans le pays et par conséquent on les expulse» (270).

B. – *Les régimes spécifiques de protection*

Aux garanties générales découlant du droit international des droits de l'homme, s'ajoutent des régimes de protection plus spécifiques censés renforcer la protection des personnes concernées. Le réfugié et le travailleur migrant constituent les deux catégories principales d'étrangers auxquels le droit international s'est inté-

(268) *Ibid.*, §§157-159, pp. 109-110.
(269) *Ibid.*, §170, p. 112.
(270) Voir dans le présent ouvrage : SCALABRINO M., *Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.*

ressé, bien avant que les droits de l'homme ne fassent leur entrée fracassante sur la scène mondiale. La source d'inspiration de ces régimes de protection spécifique n'est pourtant guère éloignée des droits de l'homme. Ils en sont même à certains égards les précurseurs, ce qui a contribué à renforcer davantage encore l'interaction entre le droit commun des droits de l'homme et les droits particuliers du réfugié et du travailleur migrant.

1. *Le réfugié*

L'ampleur des exodes de réfugiés, qui se succèderont au lendemain de la Première Guerre Mondiale, justifie l'adoption des premiers standards internationaux ayant vocation à régir leur statut juridique. La Société des Nations privilégie alors une approche empirique définie au coup par coup. Les textes sont élaborés au gré des afflux de réfugiés concernant successivement les exilés d'origine russe, puis arménienne, assyro-chaldéenne et enfin allemande (271). La condition du réfugié est régie, aujourd'hui, par un tissu normatif particulièrement dense, qui puise sa source principale dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951 (272), dont le dispositif est complété par de multiples textes régionaux (273). La Convention

(271) Voir sur cette période particulièrement riche de l'entre-deux-guerres : VICHNIAC M., «Le statut international des apatrides», *RCADI*, 1933-I, T. 43, pp. 115-246; HOLBORN L.W., «The Legal Status of Political Refugees, 1920-1938», *AJIL*, 1938, pp. 680-730; JENNINGS R.Y., «Some International Law Aspects of the Refugee Question», *BYIL*, 1939, pp. 98-114; HATHAWAY J.C., «The Evolution of Refugee Status in International Law : 1920-1950», *ICLQ*, 1984, pp. 348-380; SKRAN C.M., *Refugees in Inter-War Europe. The Emergence of a Regime*, Clarendon Press, Oxford, 1995; CHETAIL V. (ed.), *Fridjtof Nansen and the International Protection of Refugees*, Refugee Survey Quarterly, Oxford University Press, 2003.

(272) *RTNU*, vol. 189, n° 2545, p. 137.

(273) Pour se limiter aux principaux textes régionaux, on mentionnera s'agissant du continent africain la *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine du 10 septembre 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, *RTNU*, vol. 1001, n° 14691. Voir notamment pour l'Amérique latine, la *Convention sur l'asile territorial du 28 mars 1954*, OEA, *Série des traités* n° 19, OEA/Ser.A/10 (SEPF), p. 17, enrichi par un important instrument non-conventionnel : la *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés* du 22 novembre 1984, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, (1984-85), pp. 190-93. Voir enfin pour ce qui est de l'Union européenne : *Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées*, *JOCE* n° L 212, 7 août 2001, p. 12; *Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, *JOCE* n° L 304, 30 septembre 2004 p. 12; *Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, *JOCE* n° L 326, 13 décembre 2005, p. 13. Pour un commentaire des multiples textes européens, voir dans la présente publication la contribution de François Julien-Laferrière intitulée «Le régime européen de l'asile».

de Genève est l'un des tous premiers traités des Nations Unies consacrés à la protection de l'individu (274). Elle était toutefois destinée initialement à régir le seul phénomène des réfugiés européens de l'immédiat après-guerre. Il faut attendre l'adoption de son Protocole additionnel du 31 janvier 1967 (275), pour que la logique catégorielle qui avait si longtemps prévalue soit définitivement abandonnée, au profit d'une approche universelle censée s'appliquer à tout individu, indépendamment de son origine nationale (276). Actuellement ratifiée par 146 États (277), la Convention de Genève constitue la clé de voûte du droit international des réfugiés, dont il convient d'appréhender les grands principes en examinant les conditions d'accès et le contenu du statut international du réfugié.

• *Les conditions d'accès au statut de réfugié :*

La première préoccupation des personnes fuyant la persécution est de pouvoir accéder au territoire d'un État en vue de demander le bénéfice du statut de réfugié. C'est aussi la première difficulté rencontrée, dans la mesure où le droit international ne consacre pas de droit *à* l'asile. L'article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* se borne à reconnaître «le droit de chercher et de bénéficier de l'asile en d'autres pays». Cette formule a été précisément rédigée afin d'éviter de créer un droit subjectif susceptible d'être opposé à l'État (278). A peine érigé en droit de l'homme, le droit d'asile concède donc aux persécutés le droit de *chercher*, mais non celui d'*obtenir* asile; car le droit d'en *bénéficier* n'est accompagné

(274) Avant celle-ci, seule la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* du 9 décembre 1948 avait été adoptée.

(275) *RTNU*, vol. 606, n° 8791, p. 267.

(276) Pour un commentaire d'ensemble de la Convention et de son Protocole, voir principalement : GOODWIN-GILL G. S., *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1996; CHETAIL V. & FLAUSS J.-F. (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, Collection de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, 2001; ALLAND D. & TEITGEN-COLLY C., *Traité du droit de l'asile*, PUF, coll. droit fondamental, Paris, 2002; FELLER E., TÜRK V. & NICHOLSON F. (eds), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003; HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University press, 2005.

Voir aussi dans le présent ouvrage la mise en perspective effectuée par Volker Türk dans sa contribution «Freedom from Fear : Refugees, the Broader Forced Displacement Context and the Underlying International Protection Regime».

(277) *States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*, UNHCR, 2006, Geneva, p. 1.

(278) LAUTERPACHT H., «The Universal Declaration of Human Rights», *BYIL*, 1948, pp. 374-375.

d'aucune obligation corrélative pour l'État de l'accorder. Le droit d'asile partage avec le droit de propriété le triste sort d'avoir été les deux seuls droits proclamés par la Déclaration universelle, qui n'aient pas été repris par les Pactes censés donner une assise conventionnelle aux principes affirmés en 1948 (279).

L'infirmité congénitale dont est frappé le droit d'asile explique le mutisme de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951*, qui ne comporte aucune disposition expresse sur l'asile. La Convention de Genève procède d'une logique d'enlacement de la souveraineté territoriale, qui l'accompagne et la rassure sans la contraindre de manière trop brutale. L'ensemble de ses dispositions s'efforce, par un jeu subtil de non-dits et de faux-semblants, de préserver les apparences de la compétence souveraine de l'État en matière d'admission des étrangers, tout en assurant aux réfugiés les garanties les plus fondamentales. La Convention de 1951 édicte, à cet effet, une série d'obligations d'abstention destinées à encadrer l'accès au territoire, sans jamais se prononcer expressément sur les obligations positives qui pourraient en découler.

La première série d'obligations négatives qui se réfère à l'admission sur le territoire des États parties est contenue à l'article 31. Son premier paragraphe interdit de sanctionner l'entrée et/ou le séjour irréguliers des demandeurs d'asile présents sur le territoire des États parties, pour autant qu'ils remplissent trois conditions : ils doivent provenir directement du pays où ils craignent la persécution, ils doivent se présenter sans délai aux autorités et leur expliquer les raisons de leur présence irrégulière (280). Véritable *habeas corpus* pour le réfugié en puissance, l'article 31 ne crée certes pas un droit explicite au séjour en faveur du demandeur d'asile, dont la qualité de réfugié n'a pas été formellement reconnue. Mais il le soustrait au droit commun des étrangers, afin d'éviter qu'il soit mis dans l'impossibilité de présenter sa demande de reconnaissance du

(279) Les textes régionaux s'y réfèrent néanmoins avec des formules plus ou moins contraignantes. Voir l'article article 22 §7 de la Convention interaméricaine et l'article 12 §3 de la Charte africaine. La Convention européenne est étonnamment silencieuse. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* du 7 décembre 2000 s'efforce de combler cette lacune en évoquant très succinctement l'asile à son article 18.

(280) Pour un commentaire approfondi de l'article 31, voir : GOODWIN-GILL G.S., «Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees : Non-penalization, Detention and Protection», *in* : FELLER E., TÜRK V. & NICHOLSON F. (eds), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, *op. cit.*, pp. 185-258.

statut de réfugié pour des motifs liés à l'irrégularité de sa présence sur le territoire des États contractants. Lors de la rédaction de la Convention, le Comité *ad hoc* chargé de préparer les travaux de la conférence de 1951 devait expliquer que :

> «Le réfugié, dont le départ du pays d'origine est généralement une évasion, est rarement en état de se conformer aux conditions requises pour pénétrer régulièrement (possession d'un passeport national et d'un visa national) dans le pays de refuge. Il serait conforme à la notion d'asile de ne pas imposer de sanctions pénales au réfugié qui, fuyant les persécutions traverse clandestinement la frontière, mais se présente aussitôt que possible aux autorités du pays d'asile, et est reconnu comme réfugié de bonne foi» (281).

L'article 31 constitue un embryon de statut du demandeur d'asile vis-à-vis des mesures de police qui pourront être prononcées à son encontre. Il assure qu'il ne sera pas empêché de faire valoir sa qualité de réfugié par une application indiscriminée des règles régissant le contrôle migratoire. Le second paragraphe ajoute, dans cette même perspective, que les restrictions susceptibles d'être imposées à ses déplacements sur le territoire doivent être strictement nécessaires et de nature temporaire, «en attendant que le statut des réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays». Cette mention qui semble avoir été ajoutée comme par inadvertance n'a rien d'anodine. Elle présuppose que le demandeur d'asile soit admis au séjour le temps de procéder à l'examen de sa requête, à moins qu'il ne puisse être autorisé à entrer sur le territoire d'un autre pays d'accueil. Le présupposé de l'article 31 est confirmé par l'article 33 §1 qui interdit de refouler «de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques». Mais comment s'assurer qu'il ne court aucun risque pour sa vie ou sa liberté s'il n'est pas autorisé à entrer et à rester sur le territoire afin de procéder à l'examen de la réalité du risque encouru ? L'interdiction inscrite à l'article 33 de la Convention de Genève est le prélude à l'asile, dans la mesure où un État ne saurait se délier de son obli-

(281) E/AC.32/L.38, Annexe II, p. 57. Le bénéfice de l'immunité conférée par l'article 31 demeure subordonné à la réunion de trois conditions d'application relativement strictes : le requérant doit provenir directement du pays où il craint des persécutions, il doit justifier sa présence irrégulière par des raisons reconnues valables par les autorités de l'État d'accueil et il doit se présenter sans délai à ces mêmes autorités.

gation de non-refoulement, sans s'assurer au préalable que le demandeur d'asile réponde ou non à la définition du réfugié (282). Il doit donc, par la force des choses, lui reconnaître un asile au moins provisoire.

Le renvoi vers un pays tiers est – il est vrai – toujours possible, mais il se heurte aussitôt au respect de la souveraineté dû à un autre État, qui suppose – comme le rappelle l'article 31 §2 – le consentement de ce dernier (283). Dans ces conditions, l'alternative du renvoi vers un État tiers ne change rien à la force d'attraction qu'exerce la Convention de Genève sur l'asile. Certes, les apparences sont sauves. La souveraineté de l'État n'est pas formellement remise en cause par une obligation expresse d'accorder un asile même provisoire. Mais l'effet combiné des articles 31 et 33 aboutit, en pratique, à un résultat qui n'en est guère éloigné. La logique d'enlacement de la souveraineté par la Convention de Genève a fini par l'étreindre, à défaut de l'étouffer.

C'est la raison pour laquelle l'essentiel des débats s'est cristallisé autour de la procédure d'asile. Elle constitue à la fois le garant de l'application effective de la Convention relative au statut des réfugiés et le moyen privilégié par les États de contrôler l'étendue de leurs obligations internationales, en l'absence de toute disposition relative à la question dans le texte de 1951. La philosophie générale du système de l'asile institué à Genève repose en effet sur une distinction essentielle entre une définition internationale du réfugié et des procédures nationales de mise en œuvre. L'attitude de la France au lendemain de l'adoption de la Convention de 1951 en est la parfaite illustration. Lors de la préparation de la *Loi du 25 juillet 1952 portant création de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et de la Commission des recours des réfugiés*, le rapporteur du projet de loi explique :

> «Il est bon que le droit de refuge, le droit des réfugiés soit un droit international; mais il est nécessaire que les autorités chargées d'appliquer ce droit des réfugiés soient des autorités nationales. C'est là une question de sécurité, un

(282) Nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux développements que nous avons consacré à cette question dans notre article sur : «Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international», *in* : CHETAIL V. & FLAUSS J.-F. (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après : bilan et perspectives, op. cit.*, pp. 3-61, ainsi que les nombreux renvois bibliographiques s'y référant.

(283) Voir notamment : MARX R., «Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims», *IJRL*, 1995, pp. 383-406.

souci d'assurer le lien nécessaire avec la politique d'assimilation, enfin tranchons le mot, c'est une question de souveraineté [...]. Que la réglementation soit internationale ou européenne, voilà qui est bien. Mais il est du ressort de la souveraineté nationale de conserver l'application des conventions comme celle des règlements nationaux complémentaires» (284).

Le constat effectué en 1952 n'a guère perdu de son actualité. Les États entendent récupérer, à travers l'argument procédural, la part de souveraineté qu'ils se sont aliénés par la Convention de Genève. Ils ont érigé durant les dernières décennies des procédures d'asile sophistiquées et détaillées à l'extrême, dans l'espoir de sauvegarder l'intégrité de leur frontière pour n'admettre que les seules personnes qu'ils jugeront dignes de la protection conférée par le statut de réfugié. Cette crispation des pratiques nationales repose sur deux axes essentiels : d'une part, l'élargissement de la juridiction de l'État par-delà ses propres frontières pour prévenir, par le truchement des visas et la responsabilité des transporteurs, l'arrivée de demandeurs d'asile potentiels et, d'autre part, le rétrécissement corrélatif du déroulement de la procédure d'asile désormais ponctuée de multiples mécanismes de sélection des requérants d'asile parvenus sur leur territoire. Les efforts d'harmonisation réalisés dans les enceintes de l'Union européenne n'y ont rien changé. La *Directive du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié* entérine au niveau communautaire les dérives procédurières qui avaient été élaborées dans les législations internes des États membres, en consacrant notamment les notions vagues et contestées de «demande d'asile manifestement infondée», de «demande irrecevable» ou encore de «pays d'origine sûrs». En privilégiant ainsi la forme sur le fond, la rhétorique des «demandeurs d'asile frauduleux» risque bien de violer la Convention de Genève, et aboutir au refoulement de personnes qui répondent en tout point à la définition internationale du réfugié arrêtée à son article 1er.

La définition – longue et complexe – du réfugié est pourtant un texte équilibré qui délimite avec le plus grand soin les personnes

(284) *Cons. de la Rép.*, 10 juillet 1952, p. 1326 et p. 1330. L'empressement du législateur français à confier, dès 1952, la mise en œuvre de la Convention de Genève à des organismes nationaux était tel que l'OFPRA et la Commission des recours ont été amenés à appliquer un traité qui ne liait pas la France! La Convention de Genève est demeurée dépourvue de toute valeur contraignante pendant deux ans encore jusqu'en 1954, date à laquelle elle fut finalement ratifiée par la France et entra en vigueur.

auxquelles la Convention a vocation à s'appliquer. Son article 1er est à l'image de l'ensemble de son dispositif, qui protége les victimes de la persécution sans renoncer aux préoccupations sécuritaires des États. Les différents éléments constitutifs de la qualité de réfugié s'articulent, dans cette optique, autour de trois séries de dispositions : les *clauses d'admission* au statut de réfugié (article 1er A 2), d'une part, qui déterminent les critères de reconnaissance de la qualité de réfugié sur la base d'une crainte de persécution en raison de la race, de la religion, de la nationalité, des opinions politiques ou de l'appartenance à un certain groupe social; les *clauses d'exclusion*, d'autre part, qui précisent les circonstances dans lesquelles une personne, bien qu'elle satisfasse aux critères d'admission, doit néanmoins en être exclue au regard notamment des crimes particulièrement graves qu'elle a pu commettre (article 1er D, E et F); et enfin les *clauses de cessation* relatives aux conditions dans lesquelles la qualité de réfugié qui lui aura été préalablement reconnue pourra lui être retirée, le plus souvent en raison d'un changement de circonstance dans l'État d'origine (article 1er C).

Sans entrer dans le détail de chacune de ces clauses (285), il importe de souligner que le principal critère d'éligibilité au statut de réfugié réside dans la notion de persécution. Si elle n'est pas définie dans le texte même de l'article 1er, la persécution est généralement interprétée par les États parties comme une violation grave des droits de l'homme (286). Sous réserve des clauses d'exclusion susceptibles de lui être opposées, «la question essentielle est de savoir si la persécution alléguée par le demandeur du statut de réfugié menace de façon importante ses droits fondamentaux de la personne» (287). Ainsi restitué dans le cadre de l'évolution subséquente du droit

(285) Outre les ouvrages généraux déjà mentionnés, voir parmi les études comparées des pratiques nationales relatives à la définition du réfugié : HATHAWAY J.C., *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto/Vancouver, 1991; CARLIER J.-Y., VANHEULE D., HULLMANN K., GALIANO C. P., *Qu'est-ce qu'un réfugié? Etude de jurisprudence comparée*, Bruylant, Bruxelles, 1998; SITAROPOULOS N., *Judicial Interpretation of Refugee Status. In Search of a Principled Methodology Based on a Criticial Comparative Analysis, with Special Reference to Contemporary British, French and German Jurisprudence*, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1999.

(286) Voir parmi de nombreuses illustrations : article 9 §1 de la *Directive* précitée *du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*; *Horvath v. Secretary of State for the Home Department* [2000] 3 *All ER* 577 (Royaume-Uni); RSAA, Refugee Appeal N° 74665/03 (7 juillet 2004), §§37-90 (Nouvelle-Zélande).

(287) *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1995] 3 *R.C.S.* 593 (motifs dissidents La Forest).

international des droits de l'homme, la définition du réfugié renoue avec la finalité première de la Convention de Genève. Elle est un instrument de protection des droits de l'homme, le garant de leur effectivité. C'est même sa raison d'être. Son préambule rappelle, dès les premières lignes, «le principe que les êtres humains, sans discrimination, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Le juge canadien La Forest en déduit dans la célèbre affaire *Ward* :

> «La Convention repose sur l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. C'est ce qu'indique le préambule du traité : "*Considérant* que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales".
>
> Ce thème donne un aperçu des limites des objectifs que les délégués cherchaient à atteindre et dont ils avaient convenu. [...] La communauté internationale était destinée à servir de tribune de second ressort pour le persécuté, de "substitut" auquel celui-ci pourrait s'adresser à défaut de protection locale. [...] Le droit international relatif aux réfugiés a été établi afin de suppléer à la protection qu'on s'attend à ce que l'État fournisse à ses ressortissants» (288).

Le droit des réfugiés forme une sorte de droit aux droits de l'homme, un droit d'exception applicable aux hommes privés de leurs libertés. Il a une fonction palliative destinée à conférer une protection de substitution aux personnes, dont les droits sont menacés dans leur propre pays (289). L'obsession de la fraude a contribué à estomper cette fonction primordiale, au profit d'une approche exclusivement migratoire fondée sur la gestion du nombre. Mais la Convention de Genève ne peut être tenue responsable d'un phénomène qui dépasse très largement la question des réfugiés. Si la demande d'asile est devenue la principale voie d'accès au territoire, c'est aussi et surtout en raison de la fermeture des frontières occidentales à la migration économique.

---

(288) *Canada (Procureur Général) c. Ward* [1993] 2 *RCS* 689, pp. 709, 716 et 733. Outre les références jurisprudentielles précitées, voir dans le même sens : *Minister of Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar* [2002] *HCA* 14 (Australie).

(289) Voir sur l'ensemble de ce thème : HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, *op. cit.*, pp. 4 et s.

• *Le contenu du statut de réfugié*

La qualité de réfugié, une fois dûment constatée, emporte le bénéfice d'un statut juridique particulièrement étoffé, qui doit pallier l'absence de protection du pays d'origine (290). Il s'agit, selon le préambule de la Convention de Genève, «d'assurer à ceux-ci [les réfugiés] l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales». La Convention rappelle brièvement à son article 2 «l'obligation de se conformer aux lois et règlements» du pays d'accueil, pour consacrer ensuite le reste de ses dispositions aux droits des réfugiés. Le texte de Genève est rédigé – il est vrai – sur le mode des obligations de l'État plutôt que celui des droits de l'individu («les États contractants accorderont aux réfugiés ...»). Il ne semble pas cependant qu'il faille accorder une importance démesurée à la méthode de rédaction. Sous l'angle strictement normatif, l'obligation contractée par les États à l'égard de cette catégorie spécifique d'individus équivaut à un droit du réfugié, opposable en tant que tel aux parties contractantes.

Cette digression était inévitable pour un texte qui fait œuvre de pionnier. En 1951, l'homme ne dispose encore d'aucun droit conventionnel spécifique qui lui soit reconnu en tant que tel au niveau universel. Il est d'ailleurs révélateur de l'état du développement de la société internationale que l'action normative des Nations Unies ait d'abord porté sur le réfugié avant l'homme. Il faut attendre 1966 – soit quinze ans après la Convention de Genève –, pour que les Pactes des Nations Unies donnent une base conventionnelle aux différents droits identifiés par la Déclaration universelle.

Le caractère novateur de la Convention de Genève explique aussi l'extrême complexité du statut de réfugié. Contrairement aux conventions relatives aux droits de l'homme qui devaient lui succéder, elle ne procède pas par simple énumération de droits reconnus sans distinction à toute personne relevant de son champ d'application. Un tel procédé aurait alors conduit les rédacteurs de la Convention de Genève à empiéter sur les négociations déjà en cours concernant le contenu des futurs Pactes des Nations Unies. Ce contexte historique si particulier fait du statut de réfugié une création juridique hybride, qui emprunte assez largement à l'ancien droit des étran-

(290) Pour une étude approfondie, voir l'ouvrage volumineux de James C. HATHAWAY consacré à la question.

gers, même si sa finalité ultime réside dans l'effectivité des droits de l'homme.

Le statut de réfugié est déterminé sur la base de deux paramètres complémentaires tenant aux conditions d'applicabilité (le bénéficiaire), d'une part, et aux conditions d'application des garanties reconnues par la Convention (le contenu du traitement). Sous réserve de rares exceptions, ces deux séries de critères se superposent, sans qu'il faille nécessairement y voir un lien de cause à effet, ce qui ajoute à la difficulté d'ensemble. S'agissant d'abord des conditions d'applicabilité, chacun des droits du statut de réfugié est subordonné à diverses expressions destinées à déterminer l'étendue exacte de leurs bénéficiaires. Le dispositif opérationnel de la Convention fait tantôt référence à «tout réfugié» sans condition particulière, tantôt «aux réfugiés sur le territoire» des États contractants ou dans lesquels «il réside» ou a établi «sa résidence habituelle» ou encore «aux réfugiés se trouvant régulièrement» ou «résidant régulièrement sur leur territoire». La Convention consacre ainsi une différenciation dans l'exercice des droits attachés au statut, à travers une gradation subtile que l'on peut regrouper en trois seuils d'applicabilité distincts tenant à la qualité de réfugié, à la présence de celui-ci sur le territoire des États contractants ou à la résidence du réfugié sur leur territoire.

La seule *qualité de réfugié* ne permet d'invoquer que le bénéfice de certains droits particuliers que sont : l'interdiction de la discrimination (article 3), le libre accès devant les tribunaux (article 16 §1), l'accès à la propriété mobilière et immobilière (article 13), au rationnement (article 20), à l'éducation primaire (article 22 §2), le principe de l'égalité devant l'impôt (article 29), le transfert des avoirs (article 30) et la protection contre le refoulement (article 33 §1). Dans tous les autres cas en revanche, le bénéfice des droits du réfugié demeure subordonné à l'existence d'un lien de rattachement territorial avec le pays d'accueil, dont le degré d'intensité varie suivant le type de droit en cause. Ainsi, la seule *présence physique* sur le territoire de l'État contractant suffit à invoquer le bénéfice de la liberté religieuse (article 4) et à demander la délivrance de pièces d'identité (article 27), tandis qu'une *présence régulière* est exigée pour exercer une activité non salariée (article 18), circuler librement à l'intérieur du pays d'accueil (article 26) et bénéficier des garanties relatives à l'expulsion (article 32). Pour le reste, la Convention

requiert une *simple résidence* pour demander la délivrance de documents d'état civil (article 25) ou – le plus souvent – *une résidence régulière* dans le territoire du pays d'accueil en matière de liberté d'association et syndicale (article 15), de profession salariée (article 17), de profession libérale (article 19), de logement (article 21), d'assistance publique (article 23), de législation du travail et de la sécurité sociale (article 24) et de titres de voyage (article 28), ou encore *une résidence habituelle* pour bénéficier de l'assistance judiciaire (article 16 §2) et de la protection de la propriété intellectuelle et industrielle (article 14).

Une fois ces conditions d'éligibilité remplies, le contenu même du traitement accordé aux réfugiés est arrêté par renvoi à la distinction traditionnelle entre le national et l'étranger. Il pouvait difficilement en être autrement, en l'absence de tout autre critère de rattachement possible. Le standard retenu par la Convention est le reflet des débats de l'époque relatifs au droit international des étrangers. C'est là une originalité supplémentaire. Le niveau de protection est à mi-chemin entre le standard minimum et le standard national, les rédacteurs de la Convention de Genève n'ayant pas souhaité trancher la controverse. La nature et l'étendue des droits attachés au statut de réfugié varient, par conséquent, selon trois niveaux de traitement définis par référence à celui accordé au national, à l'étranger le plus favorisé et à l'étranger ordinaire. Le réfugié doit bénéficier d'un *traitement identique à celui du national* dans le domaine de la liberté religieuse (article 4), de la protection de la propriété intellectuelle et industrielle (article 14), du rationnement (article 20), de l'enseignement primaire (article 22 §1), de l'assistance publique (article 23), de la législation du travail et de la sécurité sociale (article 24) et de l'imposition (article 29). Le traitement de la nation la plus favorisée est repris sous deux modalités distinctes. Le réfugié doit se voir appliquer le *traitement le plus favorable accordé aux étrangers*, en matière de liberté d'association et syndicale (article 15) et de libre exercice d'une profession salariée (article 17). Enfin, un *traitement, qui n'est pas moins favorable que celui accordé dans les mêmes circonstances aux étrangers en général*, lui est reconnu dans l'accès à la propriété mobilière et immobilière (article 13), à l'exercice des professions non salariées (article 18) et libérales (article 19), au logement (article 21), à l'enseignement autre que primaire (article 22 §2) et à la liberté de circulation à l'intérieur du ter-

ritoire du pays d'accueil (article 26). L'objectif récurrent de la Convention est d'assurer au réfugié un standard minimal qui puisse être aussi stable que possible.

Les garanties attachées à ces trois niveaux de traitements sont complétées par diverses clauses de sauvegarde destinées à préserver les droits acquis du réfugié. L'article 5 prend soin de préciser, à cet égard, qu'«aucune disposition de cette Convention ne porte atteinte aux autres droits et avantages accordés indépendamment de cette Convention aux réfugiés». L'article 7 §1 ajoute que «sous réserve des dispositions plus favorables prévues par cette Convention, tout État Contractant accordera aux réfugiés le régime qu'il accorde aux étrangers en général» (291). Le renvoi incessant au droit interne des États parties, s'il peut surprendre dans le texte d'un traité censé arrêter un statut international, est le garant de son effectivité. Il lui assure un support normatif que le droit international, dans l'état de son développement en 1951, ne pouvait lui garantir. Il n'en reste pas moins que, contrairement à l'idée souvent répandue, il existe autant de statuts de réfugié que d'États parties à la Convention de Genève. Seul un noyau dur imprescriptible échappe à l'emprise des législations nationales, regroupant pour l'essentiel : l'interdiction de la discrimination, la dispense des mesures exceptionnelles susceptibles d'être prononcées en raison de la nationalité du réfugié en période de guerre ou d'autres situations d'urgence, le droit d'accès à un tribunal et le principe de non-refoulement.

Sous cette réserve, le régime juridique qui découle de cet enchevêtrement de conditions, visant à déterminer les bénéficiaires et le contenu du statut, demeure passablement complexe et l'on peut s'interroger sur l'intérêt pratique d'une telle différenciation. Il semble toutefois que ce traitement différencié ait été jugé utile par les rédacteurs de la Convention, eu égard à la nature et à l'importance relative des différents droits attachés au statut du réfugié (292). La gradation des droits du réfugié, en fonction de l'intensité du lien de rattachement territorial avec l'État d'accueil, s'explique aussi par la nature fondamentalement transitoire du statut de réfugié. Le statut de réfu-

(291) Il est prévu, à cet effet, que les réfugiés bénéficient de la dispense de réciprocité législative au plus tard après trois ans de résidence (article 7 §2), et qu'en toute hypothèse «le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence» (article 12). Voir également en cas d'état d'urgence ou de conflit armé les articles 8 et 9.

(292) Voir notamment l'intervention du représentant français : E/AC.32/SR.42, p. 12.

gié fut conçu comme une protection de substitution de nature temporaire, qui doit prendre fin, soit par le retour de l'intéressé lorsque les circonstances ayant justifié la reconnaissance de la qualité de réfugié ont cessé d'exister conformément aux clauses de cessation prévues à l'article 1er C, soit, si ces circonstances perdurent, par l'intégration définitive du réfugié dans la communauté nationale du pays d'accueil (293). C'est ainsi que l'article 34 – le dernier article de la Convention consacré aux droits du réfugié – prévoit en guise de promesse d'un futur commun que «les États contractants faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des réfugiés».

L'adoption ultérieure de multiples traités sur les droits de l'homme a considérablement enrichi le statut international du réfugié. Le droit commun des droits de l'homme assure, tout à la fois, un support institutionnel, à travers des organes internationaux de contrôle qui font défaut à la Convention de 1951 (294), et une source normative complémentaire aux droits des réfugiés. L'interaction qui résulte de ce tissu de relations conventionnelles contribue à ancrer la Convention de Genève dans l'orbite plus générale des droits de l'homme, de manière à renforcer son effectivité sans toutefois remettre en cause ses propres spécificités normatives. Les droits économiques et sociaux des réfugiés demeurent à cet égard mieux protégés par la Convention de Genève, dont l'objectif central est de faciliter leur intégration dans le pays d'asile. L'apport des traités sur les droits de l'homme est, en revanche, nettement plus substantiel s'agissant des droits civils et politiques. Les rédacteurs de la Convention de Genève étaient bien conscients de cette lacune toute apparente. Lors des travaux préparatoires, le représentant de la Belgique proposa d'y inclure une référence au moins minimale aux libertés proclamées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (en l'occurrence les articles 18 et 19 portant sur la liberté de pensée et d'expression). La proposition fut néanmoins écartée, le représentant du Royaume-Uni expliquant alors :

> «[A] Convention relating to refugees could not include an outline of all the articles of the Universal Declaration of Human Rights; furthermore, by its universal

(293) Voir en ce sens les observations du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés lors de la conférence de Genève : A/CONF.2/SR.2, p. 17.

(294) Voir à ce propos : FITZPATRICK J.M. (ed.), *Human Rights Protection for Refugees, Asylum-Seekers and Internally Displaced Persons : A Guide to International Mechanisms and Procedures*, Transnational Publishers, New York, 2002.

character, the Declaration applied to all human groups without exception, and it was pointless to specify that its provisions applied also to refugees» (295).

2. *Le travailleur migrant*

A côté du réfugié, le travailleur migrant est l'autre grande catégorie d'étrangers qui a fait l'objet de traités conclus sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail et des Nations Unies, qu'il convient d'aborder successivement (296).

• *Les traités relatifs à la protection des travailleurs migrants conclus sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail*

Créée en 1919 par le Traité de Versailles, l'Organisation internationale du Travail (ci-après OIT) a joué un rôle crucial dans la protection des travailleurs migrants. C'est l'une de ses missions principales. Le préambule de sa charte constitutive lui confie la charge d'assurer «la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger» (297). La Déclaration de Philadelphie, adoptée le 10 mai 1944, réaffirme parmi les principes sur lesquels est fondée l'Organisation que «tous les êtres humains, quelle que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales». Elle lui assigne notamment «l'obligation solennelle [...] de seconder la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres [...] à faciliter les transferts de travailleurs, y compris les migrations de main-d'œuvre».

(295) E/AC.32/SR11, p. 8.

(296) Outre l'excellent ouvrage précité de Ryszard CHOLEWINSKI entièrement consacré à la question, voir notamment : ANSAY T., «Legal Problems of Migrants Workers», *RCADI*, 1977-III, T. 156, pp. 1-78; CLAYDON J., «International Protection of the Welfare of Migrant Workers», *in* : MACDONALD R.J., JOHNSTON D.M. & MORRIS G.L. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen Aan Den Rijn, 1978, pp. 347-371; SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Pedone, Paris, 1979; SILVA R.M., «The International Protection of Migrant Workers», *IYHR*, 1982, pp. 62-81; DOVONON V., «Fondements des norms de l'OIT concernant les travailleurs migrants», *RHDIL*, 1985-1986, pp. 93-107; BÖHNING W.R., «The Protection of Migrant Workers and International Labour Standards», *YIIHL*, 1987, pp. 247-263; EGGERS A., «The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families», *GYIL*, 1991, pp. 429-437; TARAN P.A., «Status and Prospects for the UN Convention on Migrants'Rights», *EJML*, 2000, pp. 85-100.

(297) On notera que la version initiale de 1919 se référait à «tous les travailleurs résidant régulièrement», formule qui sera ensuite amendée pour élargir son champ d'action. Les textes de la Constitution de l'OIT et de la Déclaration de Philadelphie sont disponibles sur internet : http ://www.ilo.org/public/french/about/iloconst.htm

De par ses fonctions, l'OIT a été tout naturellement amenée à encourager l'élaboration et la diffusion de nombreux standards internationaux qui s'adressent aux travailleurs migrants à plusieurs titres.

Les diverses Conventions conclues sous les auspices de l'OIT saisissent le travailleur migrant en sa double qualité de travailleur et de migrant. Il bénéficie des règles générales applicables à tous travailleurs sans considération de nationalité, auxquelles se superposent d'autres normes plus spécifiquement consacrées aux migrants. Parmi la première catégorie de règles, figurent indiscutablement les «droits fondamentaux au travail» selon l'expression consacrée par l'organisation. Ces droits ont été identifiés dans la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail* adoptée en 1998 par les représentants au sein de l'OIT des gouvernements et des organisations d'employeurs et de travailleurs. Il y est affirmé avec une vigueur inhabituelle que :

> «[L]'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions, à savoir :
>
> (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;
>
> (b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire;
>
> (c) l'abolition effective du travail des enfants;
>
> (d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession» (298).

Cette Déclaration participe à la cristallisation d'un processus coutumier déjà bien avancé. Les quatre droits dont il est question constituent la quintessence des huit principales Conventions de l'OIT qui bénéficient, en tout état de cause, d'une très large ratification (299). Le support conventionnel continuera sans doute à jouer un rôle dans la détermination du contenu des principes universels

---

(298) Le texte est également disponible sur internet à l'adresse suivante : http ://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump ?var_language = FR&var_pagename = DECLARATIONTEXT

(299) Il s'agit des conventions suivantes : *Convention (n° 29) sur le travail forcé*, 1930 : 169 États parties; *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 1948 : 145 États parties; *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, 1949 : 154 États parties; *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, 1951 : 163 États parties; *Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé*, 1957 : 165 États parties; *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, 1958 : 165 États parties; *Convention (n° 138) sur l'âge minimum*, 1973 : 147 États parties; *Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants*, 1999 : 161 États parties. Le texte et l'état des ratifications de ces conventions et des autres conventions qui seront citées plus loin sont disponibles sur internet dans la base de donnée de l'OIT qui peut être consultée à l'adresse suivante : http ://www.ilo.org/ilolex/french/index.htm.

ainsi consacrés (300). La Déclaration permet néanmoins d'identifier un noyau dur de droits applicables à toute personne et *a fortiori* aux migrants. Le Rapport VI de la 92e Conférence internationale du Travail réunie en juin 2004 constate que :

> «Les principes et droits fondamentaux au travail sont universels et applicables à tous les individus dans tous les États, quel que soit le niveau de développement économique. Ils s'appliquent donc à tous les travailleurs migrants sans distinction, que leur séjour soit temporaire ou permanent, qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière» (301).

A ce noyau de droits élémentaires s'ajoutent de nombreuses autres règles conventionnelles qui, sauf rares exceptions, ont vocation à s'appliquer à tout travailleur sans distinction d'aucune sorte. Elles peuvent porter sur des domaines aussi variés que, par exemple, la durée du travail (302), la protection du salaire (303), la maternité (304), les congés payés (305) ou les conditions de santé et de sécurité (306). Suivant cette même optique, la *Convention (n° 118) sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale* pose pour principe que chaque État l'ayant ratifié doit réserver aux res-

---

(300) On relèvera, par exemple, que la discrimination dans l'emploi est définie par l'article 1 §1 de la Convention n° 111 comme comprenant «toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession». Le motif de l' «origine nationale» que l'on retrouve généralement dans ce type de disposition contre la discrimination a été substitué par la formule plus équivoque d'«ascendance nationale». Une proposition de Protocole additionnel a été soumise au Conseil d'administration de l'OIT afin d'ajouter parmi les motifs existants la nationalité et la santé, ce qui permettait de clarifier grandement la question. Quelle que soit l'issue de cette initiative, les travailleurs migrants continuent de bénéficier de l'interdiction de la discrimination pour les autres motifs liés notamment à sa race, sa couleur ou sa religion.

(301) *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Rapport VI, Conférence international du Travail, 92ème session, 2004, BIT, Genève, §229, p. 82.

(302) *Convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie)*, 1919 : 52 États parties. L'article 2 dispose que : «dans tous les établissements industriels, publics ou privés, ou dans leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient, à l'exception de ceux dans lesquels sont seuls employés les membres d'une même famille, la durée du travail du personnel ne pourra excéder huit heures par jour et quarante-huit heures par semaine, sauf les exceptions prévues ci-après [qui portent sur certaines formes de travaux sans jamais mentionner la nationalité des personnes concernées]»

(303) *Convention (n° 95) sur la protection du salaire*, 1949 : 96 États parties. Selon son article 2 §1, «la présente convention s'applique à toutes personnes auxquelles un salaire est payé ou payable».

(304) *Convention (n° 183) sur la protection de la maternité*, 2000 : 12 États parties. Aux termes de son article 1er, «aux fins de la présente convention, le terme *femme* s'applique à toute personne du sexe féminin, sans discrimination quelle qu'elle soit, et le terme *enfant* à tout enfant, sans discrimination quelle qu'elle soit».

(305) *Convention (n° 132) sur les congés payés (révisée)*, 1970 : 34 États parties. Selon son article 2, «la présente convention s'applique à toutes les personnes employées, à l'exclusion des gens de mer».

(306) *Convention (n° 155) sur la sécurité et la santé des travailleurs*, 1981 : 47 États parties. Son article 2 §1 rappelle une nouvelle fois encore que «la présente convention s'applique à tous les travailleurs dans les branches d'activité économique couvertes».

sortissants des autres États parties le même traitement que celui accordé à ses propres ressortissants dans les principales branches de la sécurité sociale (307). Certaines conventions à vocation générale prévoient parfois des dispositions plus spécifiquement consacrées à la protection des travailleurs migrants. C'est le cas par exemple de la *Convention (n° 181) sur les agences d'emploi privées* adoptée en 1997 (308). D'autres encore prennent soin de préciser qu'elles ne s'appliquent qu'aux «travailleurs migrants en situation régulière», comme le stipule l'article 8 de la *Convention (n° 168) sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage* adopté en 1988 (309). Il est question en l'occurrence des catégories de personnes désavantagées, pour lesquelles les États parties sont censés adopter des mesures spécifiques en vue de faciliter l'emploi productif et librement choisi.

Ce cadre normatif général est complété, enfin, par des conventions ayant exclusivement pour objet les travailleurs migrants. La première *Convention (n° 66) sur les travailleurs migrants* a été adoptée en juin 1939, à une date rétrospectivement mal choisie pour traiter ce genre de question. Elle n'est jamais entrée en vigueur pour les raisons que l'on imagine et elle sera même retirée de la liste des Conventions de l'OIT en 2000 (310). Le régime juridique des

(307) Voir l'article 3 de la *Convention (n° 118) sur l'égalité de traitement (sécurité sociale)*, 1962 : 38 États parties. Voir également : *Convention (n° 19) sur l'égalité de traitement (accidents du travail)*, 1925 : 120 États parties; *Convention (n° 102) concernant la sécurité sociale (norme minimum)*, 1952 : 42 États parties. La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale est soumise à diverses règles et conditions qu'il n'est pas possible d'examiner ici. Cette question complexe est traitée dans le présent ouvrage par Ursula Kulke : «Filing the Gap of Social Security for Migrant Workers : ILO's Strategy».

(308) Son article 8 stipule en des termes assez généraux que «1. Tout Membre doit, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées, dans les limites de sa juridiction et, le cas échéant, en collaboration avec d'autres Membres, pour faire en sorte que les travailleurs migrants recrutés ou placés sur son territoire par des agences d'emploi privées bénéficient d'une protection adéquate, et pour empêcher que des abus ne soient commis à leur encontre. Ces mesures doivent comprendre des lois ou règlements prévoyant des sanctions, y compris l'interdiction des agences d'emploi privées qui se livrent à des abus et des pratiques frauduleuses.

2. Lorsque des travailleurs sont recrutés dans un pays pour travailler dans un autre, les Membres intéressés doivent envisager de conclure des accords bilatéraux pour prévenir les abus et les pratiques frauduleuses en matière de recrutement, de placement et d'emploi». Cette convention a fait l'objet pour le moment de 20 ratifications.

(309) Cette Convention n'a été ratifiée que par 7 États.

(310) On mentionnera l'existence d'un traité antérieur plus technique : la *Convention (n° 21) sur l'inspection des émigrants* de 1926, qui vise à rationaliser et simplifier l'inspection à bord des navires. Son article 5 prévoit que l'inspecteur «veillera au respect des droits que les émigrants tiennent de la loi du pays dont le navire bat pavillon ou de toute autre loi qui serait applicable, des accords internationaux et des contrats de transport».

travailleurs migrants élaboré sous les auspices de l'OIT repose aujourd'hui sur deux conventions spécialisées : la *Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants* de 1949 et la *Convention (n° 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires)* adoptée en 1975 (311). La première convention est ratifiée par 45 États incluant certains pays européens (312), tandis que la seconde est ratifiée par 19 États (313). Le palmarès est certes moins spectaculaire que celui des traités sur les droits de l'homme, auquel nous avons pu nous habituer. Il n'en est pas négligeable pour autant. La principale difficulté porte sur la composition des États parties qui sont majoritairement des pays d'émigration. Pourtant, malgré quelques dispositions surannées, ces deux traités sont largement sous-estimés par les États dans leur aptitude à fournir une trame générale à la réglementation internationale des travailleurs migrants.

Chacun de ces instruments opte pour la même définition du travailleur migrant :

> «[L]e terme *travailleur migrant* désigne une personne qui émigre ou a émigré d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant» (314).

Cette définition est à la fois large et étroite. Elle est large en raison de son caractère prospectif. C'est l'intention d'occuper un emploi à l'étranger et non le fait d'en avoir un qui est le critère décisif. La définition est en revanche étroite, dans la mesure où elle suppose que la personne concernée soit entrée régulièrement dans le pays de séjour. Le droit international des travailleurs migrants est sur ce point beaucoup plus permissif à l'égard de l'État que ne l'est

(311) Ces deux traités sont accompagnés de recommandations que nous n'aborderont pas ici : *Recommandation (n° 86) sur les travailleurs migrants* (révisée), 1949; *Recommandation (n° 151) sur les travailleurs migrants*, 1975.

(312) Albanie, Algérie, Allemagne, Arménie, Bahamas, Barbade, Belgique, Belize, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Chypre, Cuba, Dominique, Equateur, Espagne, France, Grenade, Guatemala Guyana, Israël, Italie, Jamaïque, Kenya, ex-République yougoslave de Macédoine, Madagascar, Malaisie (Sabah), Malawi, Maurice, République de Moldova, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Sainte-Lucie, Serbie, Slovénie, Tanzanie (Zanzibar), Trinité-et-Tobago, Uruguay, République bolivarienne du Venezuela, Zambie.

(313) Arménie, Bénin, Bosnie-Herzégovine, Burkina Faso, Cameroun, Chypre, Guinée, Italie, Kenya, ex-République yougoslave de Macédoine, Norvège, Ouganda, Portugal, Saint-Marin, Serbie, Slovénie, Suède, Togo, République bolivarienne du Venezuela.

(314) Voir l'article 11 des deux traités. Sont exclus de cette définition les travailleurs frontaliers, les artistes et professions libérales entrés pour une courte période, les gens de mer et les personnes venues spécialement à des fins de formation ou d'éducation.

le droit international des réfugiés. Contrairement à ce dernier, il n'entend pas remettre en cause, même indirectement, la compétence de l'État en matière d'admission des étrangers. Elle semble considérée comme acquise, même si les deux conventions de l'OIT prennent aussi acte de la nature fondamentalement internationale de la question et insistent sur la nécessaire collaboration qui en découle. La migration économique, loin d'être une affaire purement intérieure de l'État d'immigration, pose toujours la question des rapports avec les pays d'émigration. La Convention n° 97 évoque à diverses reprises la complémentarité des rôles, sans imposer toutefois d'obligation claire en la matière. Son article 10 prévoit, par exemple, de conclure des accords internationaux entre pays d'émigration et d'immigration «pour régler les questions d'intérêt commun», lorsque le nombre de migrants devient important. De même, ses annexes fournissent un texte-cadre qui réglemente le recrutement, le placement et les conditions d'emploi des travailleurs migrants, texte que les États parties restent néanmoins libres d'exclure du reste de la Convention au moment de la ratification.

La Convention n° 143, tout en soulignant la dimension internationale de la question, témoigne des profonds bouleversements intervenus dans l'admission des étrangers depuis le choc pétrolier de 1973. Le ton change. Chaque État partie «doit s'attacher à déterminer systématiquement s'il existe des migrants illégalement employés sur son territoire» (article 2 §1) et il «doit prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées [...] pour supprimer les migrations clandestines et l'emploi illégal des migrants» (article 3). Il est prévu, à cet effet, de procéder à des échanges d'information entre États (article 4) et de poursuivre pénalement les auteurs de trafics de main-d'œuvre (articles 5 et 6). Malgré sa tonalité répressive, la Convention n° 143 est le premier traité à établir des normes minimales expressément destinées à s'appliquer à cette catégorie de migrants qu'on dit irréguliers. Son article 1er prend soin de rappeler la permanence des droits de l'homme en ce domaine, soulignant que chaque État «s'engage à respecter les droits fondamentaux de l'homme de tous les travailleurs migrants». La formule déjà rencontrée de «droits fondamentaux de l'homme» n'est pas sans créer une certaine ambiguïté. Elle devrait couvrir tout au moins les principaux droits civils et politiques qui ne sont pas subordonnés à une résidence régulière, ainsi que les droits fondamentaux au travail.

L'article 9 précise sur ce dernier point que le travailleur migrant en situation irrégulière doit bénéficier de l'égalité de traitement avec ceux en situation régulière pour ce qui concerne les «droits découlant d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de sécurité sociale et autres avantages». En cas de contestations, il doit également avoir la possibilité de «faire valoir ses droits devant un organisme compétent». La Cour interaméricaine des droits de l'homme est parvenue – on l'a vu – à la même conclusion, soulignant par là que le droit commun des droits de l'homme a vocation à jouer un rôle plus décisif dans la protection des travailleurs migrants que ne le font les instruments spécialisés de l'OIT qui peinent à s'imposer parmi ses propres États membres.

S'agissant des travailleurs en situation régulière, le principe de l'égalité de traitement avec les nationaux est entendu de façon plus large par les articles 6 de la Convention n° 97 et l'article 10 de la Convention n° 143. Il inclut notamment le libre choix de l'emploi après une période de résidence ne pouvant excéder deux ans (article 14 de la Convention n° 143). La première convention ajoute, à son article 9, une précision importante. L'État s'engage à permettre le transfert de toute partie des gains et économies du travailleur migrant qu'il souhaite transférer, le plus souvent dans son pays d'origine. De même, sauf accord conclu avec le pays d'émigration, le travailleur établi à titre permanent ne peut être renvoyé du pays d'immigration, lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité d'exercer son travail pour cause de maladie ou d'accident (article 8). Sous réserve de ces quelques indications, les Recommandations n° 86 et 151 qui accompagnent les deux conventions se révèlent plus détaillées sur certains points pourtant essentiels, tels que le regroupement familial ou la santé. Comme souvent dans le droit international d'aujourd'hui, la précision des standards proposés apparaît inversement proportionnée à leur caractère contraignant. En outre chaque État partie à la Convention n° 143 peut, par une déclaration annexée à sa ratification, exclure de son acceptation la partie I relative à la migration irrégulière ou la partie II réservée à la migration régulière, accusant une fois encore la différence de traitements entre les travailleurs clandestins et ceux en situation régulière. Ce mélange de normes conventionnelles à géométrie variable et de recommandations non-contraignantes n'est pas sans brouiller un statut déjà complexe que les Nations Unies ont cherché à clarifier

en adoptant un texte consolidé sur les droits de l'ensemble des travailleurs migrants et de leur famille.

• *La Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990*

La *Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* (315) a été adoptée sous les auspices de l'Assemblée générale des Nations Unies après dix ans de négociations relativement intensives. Elle est entrée en vigueur le 1er juillet 2003 et compte aujourd'hui 34 États parties, dont aucun cependant ne constitue un pays d'immigration majeur (316). L'essentiel de son dispositif se borne pourtant à réitérer et préciser, sur bon nombre de points, les garanties qui découlent déjà du droit commun des droits de l'homme. Son préambule souligne, dès les premières lignes, le lien de filiation qui unit la Convention aux «principes consacrés par les instruments de base des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme». Mais le préambule reconnaît aussi – comme un aveu – que «partout, les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille n'ont pas été suffisamment reconnus et qu'ils doivent donc bénéficier d'une protection internationale appropriée». Ce double constat a justifié l'adoption d'une Convention spécifique, qui s'efforce d'assurer le respect effectif de leurs droits fondamentaux sans toutefois remettre en cause la compétence de l'État en matière d'admission des étrangers.

Le champ d'application, tant matériel que personnel, de la Convention est vaste pour ne pas dire ambitieux. Le texte des Nations Unies entend saisir la migration des travailleurs dans toutes ses composantes, depuis le départ du pays d'émigration jusqu'au séjour dans le pays d'immigration, en passant par son retour éven-

(315) *RTNU*, vol. 993, n° 14531, p. 3.

(316) Algérie, Argentine, Azerbaïdjan, Bangladesh, Belize, Bénin, Bolivia, Bosnie-herzégovine, Burkina Faso, Cambodge, Cape Vert, Chili, Colombie, Comores, Equateur, Egypte, El Salvador, Gabon, Ghana, Guatemala, Guinée, Guinée-Bissau, Guyana, Honduras, Indonésie, Kirghizstan, Lesotho, Liberia, République Jamahiriya arabe libyenne, Mali, Mexico, Maroc, Nicaragua, Paraguay, Pérou, Philippines, Sao Tomé et Principe, Sénégal, Serbie et Monténégro, Seychelles, Sierra Leone, Sri lanka, République arabe syrienne, Tadjikistan, Timor Leste, Togo, Turquie, Uganda, Uruguay. L'état des ratifications est disponible sur internet à l'adresse suivante : http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/13.htm

tuel (317). De même, l'expression «travailleurs migrants» désigne, en des termes particulièrement larges, «les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes» (article 2 §1) (318). Le lecteur sarcastique pourrait voir dans cette formule extensive la prétention de vouloir inclure le genre humain, puisque sont concernées toutes les personnes qui «vont exercer» un emploi à l'étranger, ce que nul ne peut aujourd'hui exclure de manière définitive à un moment ou un autre de sa vie. Il semble cependant que, selon les travaux préparatoires, cette expression entendait principalement viser la personne qui détient un contrat de travail, mais n'a pas encore quitté son pays d'origine pour exercer son activité (319). La proposition d'ajouter l'expression «cherche à exercer» a été écartée afin d'y exclure les personnes qui ont simplement l'intention d'émigrer pour trouver un travail (320). Ces questions mériteront néanmoins d'être éclaircies par l'interprétation subséquente des États parties à la Convention et de son organe de contrôle : le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, entré en fonction en mars 2004.

La Convention du 18 décembre 1990 s'applique également aux membres de la famille qui est définie assez souplement par son article 4 (321), encore que son admission – comme celle du travailleur migrant – soit de toute façon laissée à l'appréciation des États parties. L'essentiel du dispositif est consacré, en effet, aux droits des travailleurs migrants présents sur le territoire des États parties. La Convention distingue alors soigneusement les travailleurs en situation régulière et ceux qui ne le sont pas. Elle prévoit un fond commun de droits fondamentaux applicables à tout travailleur migrant,

(317) L'article 1 §2 indique sans ambages que «la présente Convention s'applique à tout le processus de migration des travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui comprend les préparatifs de la migration, le départ, le transit et toute la durée du séjour, l'activité rémunérée dans l'État d'emploi, ainsi que le retour dans l'État d'origine ou dans l'État de résidence habituelle».

(318) L'article 3 ajoute une liste des rares catégories de personnes qui sont exclues de la définition, dont les réfugiés et apatrides sauf disposition contraire du droit interne ou international.

(319) CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, *op. cit.*, p. 150.

(320) *Ibid.*, p. 151.

(321) «Aux fins de la présente Convention, l'expression "membres de la famille" désigne les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec ceux-ci des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi que leurs enfants à charge et autres personnes à charge qui sont reconnues comme membres de la famille en vertu de la législation applicable ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux applicables entre les États intéressés».

indépendamment de sa situation en terme de séjour, auxquels s'ajoutent des droits supplémentaires réservés à ceux qui ont été régulièrement admis sur le territoire. La Convention entend ainsi prendre acte de l'existence incontestée des clandestins et de leurs droits fondamentaux, sans toutefois créer un effet d'appel qui puisse encourager de nouvelles arrivées.

Le noyau dur de droits applicables à tout travailleur migrant constitue une sorte de synthèse des droits civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels déjà consacrés par les différents traités sur les droits de l'homme conclus sous les auspices des Nations Unies (322). A ce rappel de principe, s'ajoutent d'autres dispositions plus spécifiquement destinées à prendre en compte la situation particulière dans laquelle se trouvent les travailleurs migrants. Elles concernent notamment l'interdiction de détruire ou de confisquer les documents d'identité ou de séjour, sauf exception dûment justifiée par la loi (article 21), le droit d'avoir recours à la protection et à l'assistance des autorités diplomatiques ou consulaires de l'État d'origine (article 23) et le droit de transférer leur gains et économies à l'expiration de leur séjour (article 32). Les garanties relatives à la procédure d'expulsion sont assez proches de celles prévues par le Pacte de 1966, à la différence notable qu'elles s'appliquent ici indépendamment de la situation régulière ou non de l'étranger (article 22). Il est également précisé que la mesure de renvoi ne saurait porter atteinte aux droits acquis par le travailleur migrant durant son séjour, tels que ceux relatifs aux salaires. Conformément aux conventions plus générales de l'OIT, l'article 25 de la Convention des Nations Unies rappelle que tout travailleur migrant bénéficie de

(322) Les droits de l'homme réitérés dans la Convention sur les travailleurs migrants et les membres de leur famille englobent, sous réserves des restrictions habituellement retenues en la matière : le droit de quitter tout pays, y compris le sien (article 8), le droit à la vie, (article 9), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 10), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 11), la liberté de pensée et de religion (article 12), la liberté d'opinion et d'expression (article 13), l'interdiction des immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée et familiale (article 14), l'interdiction de la détention arbitraire et les garanties procédurales y afférentes (article 16), le droit des détenus à être traité avec humanité (article 17 §1), le droit à un procès équitable (article 18), la non-rétroactivité des lois pénales (article 19 §1) et l'interdiction de l'emprisonnement pour non-exécution d'une obligation contractuelle (article 20 §1), le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (article 24), le droit de tout enfant d'un travailleur migrant à un nom, à l'enregistrement de sa naissance et à la nationalité (article 29), ainsi qu'à l'accès à l'éducation (article 31), ou plus généralement encore le droit au respect de l'identité culturelle du travailleur migrant et de sa famille (article 31). Le droit de ne pas être arbitrairement privé de ses biens, qui n'avait pu être consacré par les Pactes en raison de la guerre froide, fait une apparition remarquée (article 15).

l'égalité de traitement avec les nationaux dans le domaine de la rémunération et des autres conditions de travail (horaires, congés payés, santé, etc...). Il en est de même en matière de sécurité sociale, encore que les États peuvent prendre les dispositions nécessaires pour déterminer les modalités de mise en œuvre dudit principe (article 27).

Ces garanties minimales ne sauraient nullement conférer un quelconque droit à la régularisation du séjour (article 35). Tout au contraire, les États parties ont même l'obligation expresse de coopérer par diverses mesures «afin de prévenir et d'éliminer les mouvements et l'emploi illégaux ou clandestins de travailleurs migrants en situation irrégulière» (article 68). La philosophie générale de la convention est, du reste, clairement affichée dans son préambule :

> «[L]es travailleurs dépourvus de documents ou en situation irrégulière sont fréquemment employés dans des conditions moins favorables que d'autres travailleurs et que certains employeurs sont ainsi amenés à rechercher une telle main-d'oeuvre en vue de tirer un bénéfice d'une concurrence déloyale;
>
> [L]'emploi de travailleurs migrants en situation irrégulière se trouvera découragé si les droits fondamentaux de tous les travailleurs migrants sont plus largement reconnus et, de surcroît, que l'octroi de certains droits supplémentaires aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille en situation régulière encouragera tous les migrants et tous les employeurs à respecter les lois et procédures de l'État intéressé et à s'y conformer».

Le principe de l'égalité de traitement est effectivement garanti en des termes plus précis et dans des domaines beaucoup plus nombreux, dès lors que le travailleur migrant se trouve en situation régulière. L'égalité avec les nationaux concerne notamment l'accès au logement et aux différents services sociaux et sanitaires (articles 43 et 45), le droit de choisir librement son activité rémunérée sous certaines conditions (article 52), ainsi que la protection contre le licenciement, les prestations de chômage et l'accès à un autre emploi en cas de perte d'emploi (article 54). En revanche, les règles relatives à l'expulsion ne sont pas plus précises que celles applicables à tout travailleur migrant, puisqu'il est simplement ajouté que ceux en situation régulière «ne peuvent être expulsés que pour des raisons définies dans la législation nationale» et qu'il «faudrait tenir compte de considérations humanitaires et du temps pendant lequel l'intéressé a déjà séjourné dans l'État d'emploi» (article 56). Il n'était sans doute pas nécessaire de prendre la peine de rédiger une disposition pour arriver à une telle conclusion.

La Convention est tout aussi vague pour ce qui concerne la question centrale du regroupement familial du travailleur migrant en situation régulière. L'article 44 §2 est un modèle du genre :

> «Les États parties prennent les mesures qu'ils jugent appropriées et qui relèvent de leur compétence pour faciliter la réunion des travailleurs migrants avec leur conjoint ou avec les personnes ayant avec eux des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi qu'avec leurs enfants à charge mineurs et célibataires» (323).

Le contenu – si l'on peut parler ainsi – de cette disposition ne manque pas de surprendre pour une convention, dont l'objectif déclaré est de protéger tous les travailleurs migrants *et* les membres de leur famille. La prégnance de la souveraineté n'est plus à relever. Cette disposition illustre néanmoins le décalage qui s'est créé entre une convention spécialisée de 16 ans d'âge entrée en vigueur tardivement et l'évolution parallèle du droit international des droits de l'homme qui, par une interprétation dynamique et contextualisée, se révèle finalement plus protecteur. On retrouve ce phénomène dans quelques autres dispositions sur l'accès aux soins et la liberté syndicale des travailleurs en situation irrégulière, dont la compatibilité avec les règles actuelles du droit international est sujette à caution (324). L'article 81 §1 de la Convention assure cependant que chaque travailleur migrant demeure sous la sauvegarde des règles plus favorables qui découlent du droit interne ou de tout autre traité.

En guise de conclusion

La *Convention sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* demeure, par le faible nombre de ratifications, l'illustration symptomatique des faiblesses dont souffre le droit international des migrations. Ce n'est pas tant l'existence de

(323) Le paragraphe suivant ajoute sans craindre le ridicule : «Pour des raisons humanitaires, les États d'emploi envisagent favorablement d'accorder l'égalité de traitement, aux conditions prévues au paragraphe 2 du présent article, aux autres membres de la famille du travailleur migrant».

(324) L'accès aux soins des travailleurs en situation irrégulière est circonscrit au minimum vital, couvrant les «soins médicaux [...] d'urgence pour préserver leur vie ou éviter un dommage irréparable à leur santé» (article 28), ce qui n'est pas sans poser problème au regard du principe général de non-discrimination dans l'accès aux prestations de santé. De même, il a droit d'adhérer, mais non de former, un syndicat, ce qui est en deçà des prescriptions minimales de l'OIT réaffirmées en 1998.

normes internationales qui fait défaut que leur inapplication notoire (325).

Malgré les liens historiques, conceptuels et normatifs qui les unissent, les droits fondamentaux de l'étranger font souvent figures de parents pauvres des droits de l'homme. La Rapporteure spéciale pour les droits de l'homme des migrants a pu constater «une détérioration constante de la situation des droits de l'homme des immigrants» et «le peu d'importance accordée aux droits de l'homme de ce groupe vulnérable dans les débats consacrés aux politiques d'immigration» (326). Il n'y a guère d'autres domaines, où le fossé soit si grand entre l'énoncé des instruments internationaux et leur prise en compte effective dans les pratiques nationales. Une question dérangeante doit être posée sans détour : faut-il y voir la preuve rédhibitoire de l'inapplicabilité des droits de l'homme aux étrangers ?

Ce questionnement brutal et volontairement provocant impose une remise en cause permanente qui, seule, permet la réflexion dans un domaine où il existe si peu de certitudes. Il oblige à réfléchir sur les causes des violations des droits fondamentaux des migrants. L'étranger symbolise, plus que tout autre, la signification première des droits de l'homme, qui s'attachent à la personne humaine hors de toute appartenance nationale. Mais il incarne aussi les limites, la virtualité de tels droits, qui n'accèdent à la positivité que par l'État, en l'absence de toute autre institution sociale de substitution. L'éminent sociologue des migrations Abdelmalek Sayad a bien démonté la logique d'un tel mécanisme, lorsqu'il écrit : «l'immigré est dissocié de tout ordre national [...]; cette dissociation a fait de lui un homme *abstrait* [...], une espèce d'homme qui serait hors de toutes les déterminations ou appartenances [...], l'homme "idéal" en somme, celui-là que postule paradoxalement l'expression "les Droits de l'Homme"» (327). Et pourtant, souligne-t-il, l'étranger est frappé par une double exclusion : une *exclusion de fait* de son pays d'ori-

(325) Voir en ce sens notamment le constat de la Commission mondiale des migrations internationales, *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, *op. cit.*, p. 59.

(326) *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteure spéciale de la Commission des droits de l'homme*, A/59/377 (2004), p. 12. Ce constat est loin d'être isolé. Il suffit de se référer aux nombreuses études de terrain menées par les organisations non gouvernementales.

(327) Sayad A., «État, Nation et Immigration : l'ordre national à l'épreuve de l'immigration», *Peuples méditerranéens*, avril-septembre 1984, p. 191.

gine et une *exclusion de droit* du pays de séjour qui, en raison de sa qualité de non-national, le prive du droit politique de participer à la vie de la cité, c'est-à-dire le «droit d'avoir des droits» (328), selon la formule héritée de Hannah Arendt (329).

Les violations des droits de l'homme dont sont victimes les migrants découlent de cet état de vulnérabilité congénitale. Les deux Rapporteurs successifs des Nations Unies l'ont bien démontré : la vulnérabilité du migrant relève non seulement de facteurs culturels (stéréotypes, préjugés, racisme, xénophobie...), mais aussi et surtout d'une donnée structurelle inhérente à la distribution du pouvoir au sein de l'État national (330). Sa vulnérabilité réside dans son impuissance au sens étymologique du terme, c'est-à-dire une «absence de pouvoir», elle-même «attribuable à l'existence d'une structure du pouvoir qui montre de manière empirique que dans toute société nationale, le pouvoir est inégalement réparti» (331). La présence de l'étranger oblige l'État à se dévoiler et les droits de l'homme de l'étranger le poussent dans ses derniers retranchements. La crise économique persistante et le spectre de la violence terroriste ont fait resurgir les fantasmes les plus irrationnels pour constituer le terreau privilégié des violations.

L'observateur désabusé pourrait être tenté de conclure que les États occidentaux ont inventé les droits de l'homme pour leur usage interne et qu'ils ne les ont exportés au cours du XX^{e} siècle que pour servir de paravent à la protection des étrangers qui étaient alors leurs propres ressortissants en quête de nouveaux marchés. Le repli subséquent des pratiques occidentales à l'égard des étrangers provenant du Sud ne serait que le dernier avatar de cette instrumentalisation des droits de l'homme.

---

(328) *Ibid.*, pp. 188-190. Voir également du même auteur : «Immigration et naturalisation», *in* : Withol de Wenden C. (dir.), *La citoyenneté et les changements de structures sociale et nationale de la population française*, Edilig/Fondation Diderot, Paris, 1988, pp. 156-185 ; «Eléments pour une sociologie de l'immigration», *Les Cahiers internationaux de psychologie sociale*, 1989, pp. 65-109.

(329) Arendt H., *Les origines du totalitarisme*, Point-essais, vol. 2, 1972, Paris, pp. 281-282.

(330) Voir en ce sens : *Rapport présenté par la Rapporteuse spéciale conformément à la résolution 1999/44 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2000/82 (2000), pp. 15-16.

(331) *Ibid.* Cette question est tout particulièrement développée dans le *Document de travail établi par M. Jorge A. Bustamante, Président/Rapporteur du Groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les droits de l'homme des migrants*, E/CN.4/AC.46/1998/5 (1998), qui s'inscrit dans la lignée des travaux du sociologue américain Howard S. Becker notamment présentés dans son ouvrage : *Outsiders : Studies in the Sociology of Deviance*, The Free Press, New York, 1968.

Nous ne le pensons pas. Les droits de l'homme constituent un acquis désormais incontesté du droit international contemporain. Leur universalité fait leur raison d'être. C'est la mise en œuvre des droits de l'homme qui est aujourd'hui au cœur de tous les débats. Le traitement réservé à l'étranger révèle, en arrière-fond, tout le mystère de ce droit de la communauté internationale en devenir, qui proclame son attachement à des valeurs communes fondées sur «la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine», mais confie sa mise en œuvre à un procédé national hautement décentralisé que constituent les États. Refuser à l'étranger ses droits constitue la négation même des droits de l'homme qui fondent l'État de droit, cette singulière expression de la langue française qui fait que la règle de droit (*rule of law* en anglais) passe nécessairement par l'État.

Le respect dû aux droits fondamentaux de l'étranger est le critère ultime de l'effectivité des droits de la personne, peut-être même la dernière grande conquête des libertés publiques; car c'est bien l'universalité des droits de l'homme qui est posée, de manière radicale et sans possibilité d'esquive, par le traitement réservé à l'étranger. L'étranger n'a pas fini d'être l'aiguillon du droit international.

PARTIE I.

Principes et perspectives du droit international des migrations

Principles and Perspectives of International Migration Law

LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT DANS LA DOCTRINE DU DROIT DES GENS

PAR

FRANÇOIS RIGAUX (1)

PLAN

I. – QU'EST-CE QUE LE DROIT DES GENS ? 137

II. – LES JURISTES THÉOLOGIENS ESPAGNOLS DU XVI^E ET DU XVII^E SIÈCLE .. 140

III. – LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT SELON L'ECOLE DU DROIT DE LA NATURE ET DU DROIT DES GENS 147

IV. – ESCLAVAGE ET LIBERTÉ DE MOUVEMENT 148

V. – LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT DES ÉTRANGERS DANS L'EUROPE DES LUMIÈRES 154

VI. – CONCLUSION 159

I. – QU'EST-CE QUE LE DROIT DES GENS ?

Il s'agit de la traduction française littérale de l'expression latine *ius gentium*. *Gentes* signifie peuples ou nations, le mot *populus* désigne le peuple romain. Le contraste apparaît clairement dans la phrase suivante de Cicéron : «*Populus romanus victor dominusque omnium gentium*» (2).

Dans l'expression droit des gens, le mot latin francisé, «gens» est moins suggestif que les traductions anglaise *Law of nations* ou allemande *Völkerrecht*. Dans l'Ancien droit, à l'époque de l'école du droit naturel et du droit des gens, la deuxième expression désignait ce qu'en 1789 Jeremy Bentham remplace par un néologisme, *Inter-*

(1) Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, Membre de l'Institut de droit international.

(2) CICERON, *Orationes philippicae*, 6, 5.

national Law (droit international), qui a triomphé de l'expression droit des gens, aujourd'hui teintée d'archaïsme (3).

En droit romain le *ius gentium* s'opposait au *ius civile* : alors que celui-ci était le droit des citoyens (*cives*) – nous dirions aujourd'hui au prix d'un anachronisme le droit national – le droit des nations était commun à tous les peuples. Le contraste est très vivement marqué dans un texte des Institutes de Gaius inclus dans la compilation de Justinien, au V^e^ siècle après Jésus-Christ : «*Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur : vocatur ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utentur*» (4).

Le même texte apparaît en tête des Institutes de Gaius, mais il y est suivi de la phrase suivante : «*Populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*» (5). Selon cette dernière phrase, le droit commun à tous les hommes fait partie du droit romain. Mais ne donne-t-elle pas aussi à entendre que le *ius gentium* est une émanation du droit romain. La phrase précédente confère à ce droit de l'humanité un double caractère : «Mais le droit que les lumières de la raison ont établi chez tous les hommes, est également observé partout; et on l'appelle droit des gens, parce qu'il oblige toutes les nations» (6).

Le droit des gens émane donc du droit naturel, c'est la raison naturelle (*naturalis ratio*) qui l'inspire également à tous les hommes. La traduction «les lumières de la raison» se réfère explicitement à la philosophie des Lumières, familière au traducteur en 1805. Mais il appartient aussi au droit positif puisqu'il «est également observé partout». Si l'on veut, comme il est permis, tenir ce droit naturel commun à tous les hommes pour un lointain ancêtre du droit international en vigueur au XXI^e^ siècle, il présente, comme ce dernier, un mélange de vertu rationnelle et d'effectivité, mais qu'il soit «observé partout» est une affirmation ambiguë : s'agit-il d'un *Sein* ou d'un *Sollen* ? La dernière phrase paraît indiquer que le droit des gens a une force obliga-

(3) BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1^re^ éd. 1789), University of London, The Athlone Press, 1970, p. 296. Dès 1802, un Genevois, Etienne DUMONT, adopte l'expression «droit international», dans un ouvrage intitulé *Traités de législation civile et pénale*.

(4) *Digeste*, I^re^ partie, livre I^er^, §9.

(5) GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien REINACH, Paris, Les belles lettres, 1965.

(6) HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien*, Metz, Behmer et Lamort / Paris, Rondonneau, 1805, p. 43.

toire qui s'impose à toutes les nations. La phrase précédente pourrait avoir une signification différente : le droit des gens tire sa force obligatoire de ce qu'il est universellement accepté.

Un dernier enseignement ne s'applique pas moins au droit international en vigueur : en dépit de sa prétention à l'universalité tout système qui prétend régir les relations entre les peuples et entre les sujets d'États différents est frappé d'une double limitation : dans le temps et dans l'espace. Sur ce point le *ius gentium* est porteur d'une leçon qui n'a rien perdu de sa force : il y va d'une subdivision du droit romain dans laquelle la raison naturelle telle qu'elle est perçue dans le monde gréco-romain de l'Antiquité prend en compte d'autres sociétés pour autant que celles-ci se laissent, elles aussi, guider par la même raison naturelle.

La filiation entre le *ius gentium* et la *Law of nations* de la doctrine anglaise au XVIII[e] siècle n'est rien moins que directe. Le *ius gentium* a pour domaine des rapports entre des êtres humains, non point des relations interétatiques au sens où nous l'entendons aujourd'hui, et la lecture déformante du passage des *Institutes* que nous a léguée Francisco de Vitoria (± 1483-1546) est à l'origine d'une bifurcation sémantique notable. Les institutions que le *ius gentium* tient pour communes à tous les hommes guidés par leur raison ont pour objet des rapports entre les individus, le mariage, le contrat, les successions, le testament, la responsabilité civile. La philosophie stoïcienne qui professe l'égalité entre tous les êtres humains est à la source de la définition romaine d'un droit inspiré par une raison commune à tous les hommes, telle du moins que la concevaient les philosophes et les juristes du début de l'ère chrétienne. Le message évangélique d'égalité de toutes les personnes face à leur Créateur, toutes appelées à répondre à la promesse de la vie éternelle, a opéré avec la doctrine de la Stoa une fusion qui sera l'œuvre du néo-stoïcisme chrétien de la Renaissance (7).

(7) Sur l'«harmonie préétablie entre les attitudes fondamentales de l'homme romain traditionnel et la spiritualité du Portique», voir notamment : GUSDORF G., *Les sciences humaines et la pensée occidentale*, t. II, *Les origines des sciences humaines*, Paris, Payot, 1967, pp. 103-104. Dans le même sens : BAKER H., *The Dignity of Man*, Cambridge, Harvard University Press, 1947, pp. 69-83; MAC INTYRE A., *Whose Justice? Which Rationality?*, London, Duckworth, 1988, pp. 147-149. Sur le néostoïcisme à la Renaissance : ZANTA L., *La renaissance du stoïcisme au XVI[e] siècle*, Thèse, Paris, Champion, 1914, réimpression Slatkine Reprints, Genève, 1975; OESTREICH G., *Neostoicism and the early modern state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; BAKER H., *The Dignity of Man*, *op. cit.*, pp. 293-312. Voir encore : SCHMALENBACH H., «Die soziologische Kategorie des Bundes», *Die Dioskuren*, 1922, p. 102.

II. – Les juristes théologiens espagnols du XVI[e] et du XVII[e] siècle

C'est à la faveur de deux événements que va se cristalliser une manière nouvelle d'aborder les relations internationales. Le premier est l'émergence d'une pluralité d'États monarchiques. Même si les érudits signalent quelques exemples de rapports et même de traités internationaux dans l'Antiquité, les grands Empires ne concevaient pas un système de relations égalitaires avec leurs voisins. L'Empire chinois (dont l'Occident soupçonnait à peine l'existence), l'Empire éphémère d'Alexandre et l'Empire romain étaient des colosses qui ne se souciaient pas d'entrer dans des relations interétatiques au sens où on l'entend en Europe depuis la Renaissance. A son origine, le droit international est lié à l'émergence d'une pluralité d'États modernes.

Le second événement est la conquête de peuplades qualifiées de barbares ou de non civilisées et c'est là que les théologiens espagnols, aux avant-postes de la conquête de l'Amérique, vont promouvoir une réflexion à la fois théologique et juridique : à quel titre les Espagnols ont-ils pu conquérir et dominer pour plusieurs siècles les peuples occupant tout un continent au-delà de l'Atlantique et servir de «modèle» à la pénétration plus tardive de l'Afrique et de larges morceaux de l'Asie.

Dans la célèbre *relectio* de Vitoria, *De Indis recenter inventis*, la notion de titre occupe une place centrale. Au sens propre, le *titulus* est une inscription (placée sur un monument par exemple). Le sens figuré est celui d'une cause, source d'un droit. Quand Vitoria distingue les titres qui justifient la conquête de ceux qui ne sauraient le faire, il recherche de quel droit les Indiens ont été conquis et soumis. Que la question soit posée, au nom de la théologie, est une innovation, même au regard de la tradition scolastique de la doctrine de la guerre juste, à laquelle Vitoria se rattache par le thème de sa seconde lecture *De iure belli* (8).

(8) Faisant l'objet d'un enseignement oral à Salamanque, les deux relectures reçurent une publication posthume à Lyon en 1557, sans doute sur des copies ramenées d'un séjour en Castille. Voir notamment : Truyol y Serra A., «Les principales étapes dans la vie de Vitoria», *in* : *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Travaux de la Journée d'étude organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles De Vischer pour le droit international le 5 décembre 1986, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 1-9.

Le titre principal de la conquête des Indes est le *ius communicationis*, le droit de libre circulation des êtres humains. Il est de droit naturel que les hommes et les peuples puissent entretenir des relations pacifiques. S'y opposer est une juste cause de guerre. L'exercice de cette liberté est subordonné à une condition rigoureuse, dont Vitoria doute qu'elle ait été satisfaite par les Espagnols débarquant en Amérique, à savoir l'offre de nouer des relations pacifiques. Le *ius communicationis* ne couvre pas une invasion armée ni une guerre d'agression.

C'est dans la troisième section du *De Indis* que Vitoria fonde l'invasion espagnole sur le titre de la société naturelle de la communication : «*Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*» (9). L'affirmation du principe est cependant tempérée d'un important *caveat* : «*Sine aliquo tamen nocumento barbarorum*».

Le droit des Espagnols est déduit du *ius gentium* que Vitoria paraît juger équivalent au droit naturel (*ex iure naturali*). Et de citer le passage des *Institutes* reproduit ci-dessus, moyennant une notable altération : «*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*» devient «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*».

A la place des hommes (*homines*) ce sont les nations (*gentes*) qui, selon le texte de Vitoria, forment une société régie par un droit déduit de la raison naturelle, le droit des gens (*law of nations*). Bien que Vitoria les qualifie de «barbares» (*barbari*), les nations indiennes appartiennent à cette société universelle, et le droit international naissant est requis de justifier la guerre qui leur est faite. A l'époque des Croisades, la chrétienté occidentale ne mettait pas en doute la légitimité de la (re)conquête de la Terre sainte. L'appui donné aux Croisades par plusieurs Papes évoque les guerres menées par les tribus d'Israël sur l'ordre de Dieu. Plutôt que de la théorie de la guerre juste les Croisades relevaient de la doctrine de la guerre sainte (10). L'année même du premier débarquement des Espagnols dans une île des Bahamas qu'ils appelleront San Salvador, en 1492,

(9) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, traduit et reproduit *in* : BROWN SCOTT J. (ed.), *The Classics of international law*, Washington, D.C., Carnegie Institution, 1917, Sect. III, 1, p. 257.

(10) En ce sens, notamment : Michel VILLEY, *La Croisade*, Essai sur la formation d'une théorie juridique, Caen, Imprimerie caennaise, 1942.

la Reine de Castille conquiert Grenade et détruit le dernier royaume more de la Péninsule ibérique. L'analogie de la *Reconquista* avec les Croisades ne s'étend pas à la conquête de l'Amérique. Au demeurant Vitoria ne compare à aucun moment deux événements cependant contemporains. Le pape Innocent III (règne 1198-1216) avait mis à son programme diverses reconquêtes, non seulement celle de Jérusalem, reconquise puis perdue, mais aussi la destruction de l'hérésie des Albigeois et de celle des Bogomiles (en Bosnie-Herzégovine). La conquête de l'Amérique n'a pas été inspirée par Dieu ni encouragée par aucun Pape. Il est notable, et c'est l'une des originalités de Vitoria, que le titre premier retenu par lui, le *ius communicationis*, est la justification séculière d'une guerre qui ne prend jamais les apparences d'une guerre sainte, et qu'il ne considère qu'en second lieu le *ius predicandi et annuntiandi Evangelium in provinciis barbarorum* (11).

Non seulement l'évangélisation n'est considérée qu'à un second titre, mais elle est soumise au même *caveat* que le *ius communicationis* : ce n'est que si les Indiens se sont opposés par la force au débarquement des missionnaires et à leurs tentatives pacifiques d'évangélisation que naît au profit du Roi d'Espagne une juste cause de guerre. La propagation de la religion n'est qu'un appendice d'une notion plus globale, le *ius communicationis*. Vitoria est, sur ce point, un maillon d'une tradition théologique ininterrompue, la volonté de convertir les Indiens n'est pas une juste cause de guerre : non seulement on ne peut convertir par la coercition, mais c'est même un sacrilège.

Dans la première partie du *De Indis*, Vitoria affirme que tout barbares et païens qu'ils sont, les Indiens sont maîtres de leurs terres et qu'il faut un juste titre pour les en déposséder. «*Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium*» (12).

Dans la deuxième section, Vitoria cite de nombreuses sources qui interdisent de faire la guerre pour convertir les infidèles et il conclut dans les termes suivants : «*Ergo per bellum barbari non possunt moveri ad credendum, sed ad fingendum se credere et recipere fidem Christianam, quod immane et sacrilegium est*» (13).

(11) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior, op. cit.*, Sect. III, 9, p. 262.

(12) *Ibid.*, Sect. I, 6, p. 224. Et il cite à l'appui de cette affirmation de nombreuses sources chrétiennes, depuis saint Augustin jusqu'à Cajetan. La conclusion est très ferme : I, 19, p. 229.

(13) *Ibid.*, Sect. II, 15, p. 251.

La conversion des «barbares» n'est pas une juste cause de guerre, bien plus la coercition tend à obtenir des conversions feintes, ce qui est monstrueux et sacrilège. Ce qu'on appellera au XVI^e siècle «guerres de religion» ne mérite pas cette qualification. La doctrine thomiste distingue la guerre de la rébellion. La guerre oppose des peuples maîtres de leur territoire, la rébellion est la désobéissance armée des sujets d'un souverain. L'expression «guerre civile» est aussi approximative que celle de guerre de religion. Dans la Somme théologique, la Question XL *De bello* est séparée de la Question XLII *De seditione* (14). Le souverain a le pouvoir, le droit et même le devoir de réprimer par la force la rébellion de ses sujets. Cela inclut le devoir de déraciner l'hérésie lequel demeure distinct de la prétention de détruire l'hérésie des sujets d'un autre souverain. L'idée de souveraineté est clairement exprimée dès la fin du Moyen Age et elle sortira renforcée de la formation des premiers États européens. La religion occupe une place trop considérable dans l'organisation des sociétés pour que celles-ci puissent tolérer la diversité des croyances. La liberté religieuse et le pluralisme des croyances ne sont acceptables que dans une société à ce point sécularisée que la religion y a été déchue de son importance. Ce n'est pas encore le cas au XVI^e ni au XVII^e siècle. L'unité de religion dans un État peut être obtenue par l'exercice d'une contrainte mesurée. La Révocation de l'Édit de Nantes est en 1685 un acte politique dans lequel s'exprime une idéologie en voie d'extinction et qui ne satisfait plus la partie éclairée de l'opinion. Mais au XVI^e siècle, l'unité de religion est encore tenue pour une composante essentielle de l'unité nationale. Un humaniste aussi indifférent aux querelles religieuses que Juste Lipse (1547-1604) (qui enseigna à Jena en pays luthérien, à Leiden, université calviniste, et termina sa carrière à Louvain sous le règne de Philippe II) estime néanmoins que le souverain doit déraciner les hérésies qui portent atteinte à l'unité de l'État : «Et ny doit point la Clemence trouver place : il y faut donner le feu, inciser et retrancher, afin qu'un membre meure et soit perdu, plutôt que tout le corps» (15).

(14) St. Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, I a, I ae.

(15) LIPSE J., *Les politiques ou doctrine civile*, traduit par Charles LE BER, Edition de Paris, 1597. Livre IV, chap. III, pp. 75-76. L'original latin est particulièrement dur : *Clementiae non hic locus. Ure, seca, ut membrorum potius, aliquod, quam totum corpus intereat.* Juste Lipse est un représentant notable du courant néo-stoïcien, «one of the prophets of Neo-Stoicism», selon BAKER H., *The Dignity of Man, op. cit.*, p. 301. Dans le même sens : ZANTA L., *La renais-*

Les décrets du pape Innocent IV (règne 1243-1254) sur les hérétiques doivent se lire comme visant l'éradication de l'hérésie dans l'ordre interne, car il s'agit de directives adressées aux magistrats et aux organes du pouvoir séculier (16).

Présenté comme une disposition universelle de la loi naturelle, le *ius communicationis* est, en raison du contexte historique, frappé d'une double relativité : il autorise les Espagnols à se présenter paisiblement aux Indiens pour y faire le commerce et prêcher l'Evangile. Toutefois, Vitoria émet lui-même des doutes sur le caractère pacifique des ouvertures faites par des étrangers armés débarquant sur le sol des Indiens (17). Dès lors, une condition essentielle de la juste cause de guerre ne fait-elle pas défaut ? En second lieu, la loi de la nature est trop asymétrique pour pouvoir être jugée vraiment universelle : non seulement les Indiens n'ont pu concevoir l'idée de coloniser l'Espagne, mais les conquérants vont soumettre leurs colonies à un protectionnisme rigoureux, leurs navires seront seuls autorisés à y faire le commerce, ce qui sera plus tard une des causes de l'appui donné par l'Angleterre aux luttes de libération du début du XIX^{e} siècle. En outre la frontière qui sépare de l'espace colonial espagnol le Brésil conquis par le Portugal est étanche, et une bulle du pape Alexandre VI a même conféré l'évangélisation des habitants de chacun de deux territoires aux seuls missionnaires envoyés respectivement par le roi d'Espagne et par le roi du Portugal (18).

Quand les conditions socio-économiques s'y prêtent, la liberté de mouvement est réciproque. Vitoria étend aux Indiens l'interdiction de s'opposer à l'entrée pacifique des Espagnols, qui vaut également pour le roi de France (19). La liberté de mouvement est ainsi reconnue, sous le bénéfice de la réciprocité, des Français en Espagne et des Espagnols en France.

---

sance du stoïcisme au XVI^{e} siècle, op. cit., pp. 1, 111-112, 147, 164, 334; POHLENZ M., *Die Stoa, Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen, Vandenbroeck und Ruprecht, 1959, p. 469.

(16) *Magnum Bullarium Romanum*, Akademischer Drucker, Graz, Austria, 1964, t. III, pp. 323-324.

(17) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior, op. cit.*, Sect. III, 12, p. 264.

(18) Dès le 7 juin 1494, les deux souverains concluent le traité de Tordesillas par lequel ils se reconnaissent des droits exclusifs sur leur empire colonial et le 4 mai 1493 la bulle *Inter cetera* du pape Alexandre VI avait déjà interdit aux missionnaires de chacune des deux puissances d'évangéliser les populations de l'autre puissance. Voir : RIGAUX F., *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 30 et la note 22.

(19) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior, op. cit.*, Sect. III, 2, p. 257 : «*non liceret Gallis prohibere Hispanos a peregrinatione Galliae*».

Dans les circonstances historiques où elle est formulée, la doctrine de Vitoria aboutit à reconnaître aux Rois catholiques un titre suffisant pour la conquête et l'occupation des territoires des Indiens. L'un des fondements de cette doctrine, à savoir que les peuples non européens sont, avant la colonisation, maîtres de leur territoire et qu'il faut, dès lors, une juste cause de guerre pour que la conquête soit justifiée, fut très vite oublié. Les acquisitions coloniales ultérieures se firent dans la conviction que les territoires occupés par des peuples non civilisés étaient une *terra nullius* ouverte au premier occupant. Sans doute l'idée de découverte, utilisée par Vitoria lui-même (*De Indis recenter inventis*), pouvait donner à croire que les Indiens n'existaient pas avant qu'ils ne fussent découverts. Mais il corrige cette impression en reconnaissant aux Indiens la qualité de *verus dominus*. Pareil correctif sera oublié par les générations ultérieures. Dans les affaires relatives aux Indiens d'Amérique du Nord, la Cour suprême des États-Unis l'exclut explicitement :

> «The native tribes who were found on this continent at the time of its discovery have never been acknowledged or tested as independent nations by the European governments, nor regarded as the owners of the territories they respectively occupied. On the contrary, the whole continent was divided and parcelled as if it had been vacant, and inoccupied land, and the Indians continuously held to be, and treated as, subjects to this dominion and control» (20).

Cette doctrine sera réaffirmée aussi tard qu'en 1955, à propos du statut des Indiens de l'Alaska qui soutenaient que les Russes ne leur avaient jamais dénié la maîtrise de leur territoire et que la Convention de session de l'Alaska entre la Russie et les États-Unis signée à Washington le 20 mars 1867 (21) n'avait pu les dépouiller des droits consentis par la Puissance cédante. Sans rencontrer cette allégation, la Cour suprême des États-Unis se borne à considérer que les traités conclus par des nations civilisées à propos des territoires coloniaux engagent ces nations l'une à l'égard de l'autre sans avoir aucun effet sur la condition des peuples assujettis (22). Le partage

(20) Chief Justice Taney dans : US Supreme Court, *United States* v. *Rogers*, 45 US (4 How.) 567, 572 (1846). On reconnaît aussi l'européanisation du droit international : c'est aux gouvernements européens qu'il appartient de reconnaître ou non la maîtrise exercée par les nations indiennes sur leur territoire.

(21) *The Consolidated Treaty Series*, edited and annotated by Clive PARRY, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, vol. 134, p. 331.

(22) *Tee-Hit-Ton Indians* v. *United States*, 348 US 272, 279 (1955). Sur la portée des cessions de territoires par les puissances européennes, voir aussi : Chief Justice Marshall dans : *Johnson* v. *M'Intosh*, 21 US (8 Wheat) 543, 572-588 (1823).

de l'Afrique par le traité de Berlin du 26 février 1885 (23) a eu exactement le même caractère : les actes internationaux relatifs aux territoires coloniaux épuisent leurs effets dans les relations entre les Hautes Parties contractantes, ils demeurent sans incidence sur la condition des peuples assujettis et ne créent aucun droit dans le chef de ceux-ci.

Les conquêtes coloniales accomplies en Asie n'obéissent pas toutes au schéma de la *terra nullius*, sans doute parce que les puissances conquérantes étaient conscientes de l'existence de civilisations brillantes, souvent plus anciennes que les leurs, et elles respectèrent mieux les institutions locales. Telle fut notamment la politique suivie par l'Angleterre dans l'Empire des Indes.

La *ius gentium* de Vitoria se reflète encore dans la doctrine anglaise de la *Law of nations*, telle que Blackstone l'a fixée à la fin du XVIII[e] siècle :

> «The law of nations is a system of rules, deducible by natural reason, and established by universal consent among the civilized inhabitants of the world, in order to decide all disputes, to regulate all ceremonies and civilities, and to insure the observance of justice and good faith, in that intercourse which most frequently arises between two or more independent states, and the individuals belonging to them» (24).

Les principaux ingrédients de la doctrine de Vitoria se retrouvent dans la *Law of nations* : elles ont l'une et l'autre la même origine, la raison naturelle, et elles ont fait l'objet d'un consentement universel des nations civilisées. Ici apparaît une notable divergence avec le *ius gentium* de Vitoria. Le théologien espagnol ne semble pas s'être interrogé sur l'adhésion des barbares aux normes communes et il est donc possible que celles-ci soient l'émanation d'une raison naturelle propre aux «nations civilisées». Il ne serait, dès lors, pas nécessaire que les Indiens eussent consenti à un système rationnel instauré sans leur participation. On retrouve ici une des illusions du droit international classique : édifier un droit universel à partir de la culture propre à un peuple (le peuple romain) ou à un groupe de peuples (les nations dites chrétiennes ou civilisées), à un moment déterminé de l'histoire.

---

(23) *The Consolidated Treaty Series*, edited and annotated by Clive PARRY, *op. cit.*, vol. 165, p. 485.

(24) BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England* (1[st] ed. 1765-1769), 14th ed. with the last corrections of the author, London, Strahan, 1803, t. IV, chap. V, p. 66.

Pareille émergence de la *Law of nations* dans le temps et dans l'espace est clairement et succinctement énoncée par Joseph Story au début du XIX^e siècle : «*The truth is, that the law of nations, strictly so called, was in a great measure unknown to antiquity and is the sole growth of modern times, under the combined influence of Christianity and commerce*» (25).

Ce passage relève correctement que les racines romaines de la *Law of nations* sont très éloignées d'un système de relations fondé sur le christianisme et le commerce. L'ordre dans lequel les deux notions apparaissent chez le théologien espagnol est inversé par le juriste américain qui fut juge à la Cour suprême des États-Unis.

III. – La liberté de mouvement selon l'Ecole du droit de la nature et du droit des gens

Après le *De Indis*, le second acte de naissance du droit international est l'ouvrage d'un juriste hollandais, Hugo Grotius (1583-1645), *De iure belli ac pacis* (1^re éd. 1625), lui-même à l'origine d'une école généralement dénommée *École du droit de la nature et du droit des gens*. En 1672, Samuel Pufendorf (1632-1694) publie un ouvrage très dépendant de Grotius : *De iure naturali et gentium libri octo*. Jean Barbeyrac (1674-1744) traduisit en français cet ouvrage ainsi que le *De iure belli*. Au XVIII^e siècle, le principal écrivain sur la matière du droit des gens est un philosophe, disciple de Leibniz, Christian Wolff (1679-1754). Il est l'auteur d'un traité de droit naturel comprenant huit tomes et publié de 1740 à 1748. Le plus connu de ses disciples est Emer de Vattel (1714-1767), originaire de la principauté de Neufchâtel, qui vulgarise la doctrine de Wolff dans *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758).

Christian Wolff reproduit très fidèlement la définition romaine du *ius gentium* et son identité avec le droit naturel : «*Gentes quoque originarie non alio utuntur jure sine naturali, consequenter Jus Gentium originarie non est nisi Jus naturae ad Gentes applicatum*».

(25) Story J., *Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgements*, Boston, Hillard, Gray, and Company, 1834, §3, p. 4.

Et il souligne la formation d'une société suprême universelle (*civitas maxima*) : «*Jus universarum Gentium in civitate maxima in singulas ex fine civitatis maximae metiendum*» (26).

Telle qu'elle sera pratiquée dans l'Europe des Lumières (*infra*, V), la liberté de mouvement maintient une distinction entre le droit en vigueur entre les «nations civilisées» et celui qui est appliqué par celles-ci dans l'espace de la colonisation. La liberté de mouvement y est, comme chez Vitoria, pratiquée à sens unique. Les métropoles organisent des émigrations tantôt volontaires, tantôt encouragées, tantôt forcées (27), de la métropole vers une de leurs possessions d'outre-mer. Les puissances coloniales avaient besoin d'administrateurs, de soldats, de policiers qui allaient, à des niveaux divers, occuper une position supérieure à celle des autochtones. A la fin de la période coloniale, plusieurs puissances européennes, notamment la France et la Grande-Bretagne, recruteront parmi leurs sujets d'outre-mer des soldats utilisés pour subjuguer des peuples voisins et même dans leurs conflits avec d'autres nations européennes (à partir de la Première Guerre mondiale). En outre les colonies ont longtemps maintenu une population d'esclaves remplacée ou accrue par la traite qui ne sera abolie qu'au XIX^{e} siècle.

IV. – Esclavage et liberté de mouvement

La justification de l'esclavage, tenu dans l'Antiquité pour une nécessité économique et réintroduit dans les colonies d'Amérique pour satisfaire aux besoins de main-d'œuvre, repose sur une scission entre la loi naturelle et le droit des gens. D'après une tradition constante depuis les jurisconsultes romains (28) et prolongée par la scolastique, tout être humain naît libre selon la loi naturelle, l'esclavage est une institution créée par l'homme et, à ce titre, rattachée

(26) Wolff C., *Prolegomena*, §3 et §14.

(27) Le roman de l'abbé Prévost, *La véritable histoire du Chevalier des Grieux et de Manon Lescaut* (1731) conserve un témoignage de l'envoi aux colonies d'Amérique de femmes devenues indésirables en France. Le peuplement de l'Australie fut, à l'origine, assuré par l'envoi de condamnés (*convicts*). Sur le transfert d'une garnison portugaise du Maroc au Brésil à la fin du XVIII^{e} siècle, voir : Vidal L., *Mazagao, La ville qui traversa l'Atlantique. Du Maroc à l'Amazonie (1709-1783)*, Aubier (collection historique), 2005.

(28) Ulpien, *Digeste*, 50, 17, 32 : «*quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*». Voir aussi : *Institutes*, Libr. I, Tit. III, *De iure personarum*, 2-3. Pour une analyse de l'esclavage antique : Vernant J.-P., *Mythe et société en Grèce antique*, Paris, Maspero, 1974; Paris, Ed. la Découverte, 1988, pp. 22-29, p. 94.

au *ius gentium*, sans qu'elle soit jugée contraire au droit naturel. D'après Saint Augustin, l'esclavage est le fruit du péché. Par une étymologie contestable, il fait dériver *servus* de *servare* : l'ennemi fait prisonnier et qui pourrait être mis à mort conserve une vie diminuée, celle d'un esclave. (29) Selon Duns Scott, «l'esclavage est légitime s'il est la compensation du geste libéral que le vainqueur a eu en laissant la vie à son captif; s'il est la punition d'un crime; s'il est le résultat d'un acte de soumission volontaire» (30).

Aucune des justifications ainsi avancées n'est très convaincante. Saint Thomas d'Aquin pose plus nettement le problème en assimilant l'esclavage à la propriété. Selon la loi naturelle, tous les humains sont égaux et libres et les biens de la terre sont communs à tous. Le mythe d'une communauté primitive sera encore très présent dans l'École du droit de la nature et du droit des gens. Or, poursuit Saint Thomas, il n'y a pas de raison naturelle pour que tel homme soit libre, tel autre esclave ni pour qu'un champ en soi et absolument doive appartenir à un individu plutôt qu'à un autre. C'est le *ius gentium* qui a créé ces situations d'inégalité. Non seulement l'identité de la loi naturelle et du droit des gens est rompue mais elle se réduit à une fiction pieuse. Le droit des gens est un droit naturel dérivé ou au second degré (31).

Vitoria donne une réponse affirmative à la question s'il est licite de réduire en esclavage les femmes et les enfants faits prisonniers durant une guerre juste mais il exclut la réduction en esclavage de prisonniers chrétiens (32). Toutefois le droit de la guerre en vigueur jusqu'au XVII[e] siècle autorise de ne libérer les prisonniers que moyennant le paiement d'une rançon. L'interdiction de réduire des coreligionnaires en esclavage est commune aux peuples chrétiens et aux musulmans. Dans l'Empire ottoman, elle s'étendait à tous les sujets du Sultan. Depuis la fin du Moyen Age, le commerce des esclaves était très actif et parfois dans les mains de commerçants juifs qui n'étaient pas touchés par la prohibition. Venise, Raguse

(29) St AUGUSTIN, *De civitate Dei*, XIX, XV. Il cite aussi les passages des Épitres de Saint Paul où il est enseigné aux esclaves à être soumis à leurs maîtres : Ephésiens, VI, 5-9; Colosséens, III, 22-25; Tite, II, 9-10. Voir aussi, DE SÉVILLE I., *Etymologiae*, libr. 5, cap. 4. L'idée selon laquelle l'esclavage est une conséquence de la chute originelle est développée par St Bonaventure : «*Servitus est poena peccatii*», cité par DE LAGARDE G., *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, 6 vol : 1934-1940, t. III, pp. 136-137.

(30) *Ibid.*, t. III, p. 137, note 35.

(31) *Somme théologique*, I a-II ae, qu. 57, est. 3.

(32) VITORIA, *De iure belli*, 42, p. 290.

(aujourd'hui Dubrovnik) et Kotor étaient des centres de la traite et les habitants d'Europe centrale et orientale en étaient les principales victimes, notamment les Bogomiles, tenus pour hérétiques par l'Eglise. Comme tous les sujets de l'Empire ottoman étaient protégés en cette seule qualité, aux marchés d'esclaves de l'Empire, notamment celui de Constantinople, ne pouvaient être offerts en vente que des chrétiens non régnicoles ou des païens extérieurs à l'Empire, tels les Circassiens (33). Tout baptisés qu'ils fussent, les Noirs d'Amérique ne bénéficièrent pas de cette immunité.

Au XVII[e] siècle, les derniers scolastiques demeurent fidèles à l'idée selon laquelle la propriété et l'esclavage, sans être voulus par la loi naturelle, sont conformes au *ius gentium* (34). Durant la controverse entre Bossuet et le pasteur Jurieu, le premier défend la légitimité de l'esclavage sur les arguments traditionnels, notamment le don de la vie sauve aux prisonniers (35). Constatant que la condamnation de l'esclavage est l'effet d'un grand progrès de la moralité, Frederick Pollock rappelle que trois siècles plus tôt les nations chrétiennes le tenaient pour légitime. (36) Aboli dans les colonies françaises par le décret du 18 pluviôse an II, l'esclavage y fut rétabli par la loi du 30 floréal an X (20 mai 1802) (37) et il ne fut définitivement aboli que par un décret de la Seconde République (1848). Le rétablissement de l'esclavage sous le Consulat remit en vigueur le *Code Noir* de 1685 (38).

---

(33) SEDLAR J.W., *East Central Europe in the Middle Ages, 1000-1500*, University. of Washington Press, vol. 2 de *A History of East Central Europe*, 1994, p. 352; LEWIS B., *The Middle East, 2000 Years of History from the Rise of Christianity to the Present Day*, London, Phoenix, 2001, pp. 174-175, 208-209.

(34) SUAREZ, *De legibus ac Deo legislatore* (1612), Lib. II, cap. XIX, n[os] 13-17.

(35) BOEGNER M., «L'influence de la Réforme sur le développement du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1925-I, p. 282. Sur le rôle des protestants dans l'abolition de la traite, voir pp. 312-313.

(36) POLLOCK F., *Essays in Jurisprudence and Ethics*, London, McMillan and Co. 1882, pp. 296-297.

(37) CARBONNIER J., «L'esclavage sous le régime du code civil», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, pp. 53-63.

(38) Édit de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique française, ISAMBERT F., *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. XIX, p. 494. L'Édit touchant la police des îles fut adopté la même année que l'acte royal révoquant l'Édit de Nantes. Sur le *Code Noir*, voir: PALMER V.V., «The Origin and Authors of the Code Noir», *Louisiana Law Review*, 1995, p. 363; WATSON A., «The Origins of the Code Noir Revisited», *Tulane Law Review*, 1997, pp. 1001-1072. Sous la Monarchie de juillet, Montalembert s'efforça vainement de réclamer devant la Chambre des Pairs l'abolition de l'esclavage: *Discours de M. le comte de Montalembert*, Paris, Jacques Lecoffre et Cie, 1860, t. I, pp. 64-67 (séance du 7 mai 1836); t. II, pp. 58-62 (séance du 7 avril 1845).

La survivance de l'esclavage dans les pays ou les territoires coloniaux qui ne l'avaient pas aboli était à la fois une entrave à la liberté de mouvement et un déni de la liberté tout court. Toutefois, l'esclave qui avait usurpé la liberté de se mouvoir et avait pu gagner un pays où l'esclavage était aboli conquérait par là même sa liberté. Selon une opinion de Lord Mansfield, exprimée en 1772 :

> «*The state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only positive law. [...] It is so odious that nothing can be suffered to support it but positive law*».

La conclusion du célèbre membre de la *House of Lords* est que l'esclavage est inconnu de la *common law* et qu'aucune loi ne l'a introduit en Angleterre (39). La situation était particulièrement critique aux États-Unis, divisés en États esclavagistes et États abolitionnistes. Les représentants des premiers États, qui avaient exercé une grande influence sur la rédaction de la Constitution fédérale, réussirent à déjouer les tentatives d'y insérer des dispositions condamnant l'esclavage, notamment un projet initial accusant le Roi d'avoir introduit l'esclavage dans les colonies (40). Ils firent aussi adopter une loi contraignant les États abolitionnistes à restituer à leur propriétaire les esclaves fugitifs : *An Act Respecting Fugitives from Justice and Persons Escaping from the Service of their Masters*, 1 Stat. 302 (1793).

L'application du *Fugitive Slaves Act* donna lieu à plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis ayant affirmé la constitutionnalité de la loi qui contraignait les États abolitionnistes à livrer un esclave fugitif qui aurait dû, selon les principes, conquérir sa liberté en touchant une terre libre (41).

---

(39) Voir FREDERICKSON G.L., «The Long Trek of Freedom», *The New York Review*, July 14, 2005, p. 40. La solution anglaise est attestée par STORY J. dans *Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgements, op. cit.*, §96, p. 92 : «It has been decided, that the law of England abhors, and will not endure the existence of slavery within the nation; and consequently, as soon as a slave lands in England, he becomes ipso facto a freeman, and is dischargered of the state of servitude».

(40) Opinion partiellement dissidente du juge Marshall dans : US Supreme Court, *Regents of the University of California* v. *Bakke*, 438 US 265, 387-391 (1978). Voir aussi : FINKELMAN P., «Story Telling on the Supreme Court : Prigg v. Penssylvania and Justice Joseph Story's Judicial Nationalism», *The Supreme Court Review*, 1994; *Harvard Law Review*, 1995, pp. 247-294.

(41) FALLON R.H., «A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1189-1286, p. 1285, n. 407, cite les arrêts suivants : US Supreme Court, *Prigg* v. *Pennsylvania*, 41 US (10 Pet.), 539 (1842); *Jones* v. *Van Zandt*, 46 US (5 How.), 215 (1847); *Moore* v. *Illinois* (14 How.) 13 (1855); *Ableman* v. *Booth*, 62 US (21 How.) 56 (1859).

Un esclave qui s'enfuit du Maryland trouve refuge en Pennsylvanie. Sans recourir à la procédure d'extradition analogue à celle des criminels visés par la même loi, le maître de l'esclave fait poursuivre le fugitif par un de ses agents qui le ramène en Maryland. Un tribunal de la Pennsylvanie condamne l'agent à la peine prévue par la loi locale qui réprime l'enlèvement ou l'éloignement du territoire de l'État d'une personne de couleur. Dans un arrêt rédigé par le juge Story, la Cour déclare la loi de la Pennsylvanie inconstitutionnelle en raison de son incompatibilité avec une loi fédérale adoptée à l'unanimité en raison de la nécessité politique d'établir l'harmonie entre les deux catégories d'États. Le *Fugitive Slaves Act* prime dès lors toute loi d'État qui y est contraire, et il implique une reconnaissance positive et absolue du droit du propriétaire sur l'esclave (*«a positive and unqualified recognition of the right of the owner in the slave»*) (42). Pareil droit inclut le pouvoir de se faire justice à soi-même (*self-help*) à condition qu'il soit exercé sans trouble de la paix ni violence. Non seulement l'esclave est privé de la liberté de mouvement qui lui permettrait de trouver refuge dans un État où il deviendrait libre, mais il est considéré comme une chose, un objet de propriété, non comme une personne (43).

Le premier État ayant rendu la Traite punissable aurait été la principauté de Raguse (actuellement Dubrovnik), qui aurait prévu des sanctions pénales contre les marchands d'esclaves (44).

En 1808, les États-Unis abolissent la Traite (*Slave-Trade*), c'est-à-dire l'importation d'esclaves originaires de pays étrangers, ce qui va donner à la jurisprudence américaine l'occasion de revenir à la distinction entre la loi naturelle et le *ius gentium*. L'abolition de la Traite a

(42) *Prigg* v. *The Commonwealth of Pennsylvania*, 41 (16 Pet.), 608, 613 (1842). Dans la doctrine, voir notamment : FINKELMAN P., «Story Telling on the Supreme Court : Prigg v. Penssylvania and Justice Joseph Story's Judicial Nationalism», *op. cit.*; HOLDEN-SMITH B., «Lords of Lash, Loom and Law : Justice Story, Slavery and Prigg v. Pennsylvania», *Cornell Law Review*, 1993, pp. 1086-1151; COVER R.M., *Justice Accused, Antislavery and the Judicial Powers*, New Haven and London, Yale University Press, 1971, pp. 239-241.

(43) Voir notamment : US Supreme Court, *Groves* v. *Slaughter*, 40 (15 Pet.) US 449 (1841), sur la cause (*consideration*) d'un billet à ordre (*promising note*) signé en paiement de la vente d'esclaves au Mississipi. Selon le juge Baldwin : «slaves were embraced by the Constitution as the subjects of commerce and commercial regulations, to the same extend as other goods, wares, or merchandises», p. 514. Voir aussi : HIGGINBOTHAM A.L. Jr and. KOPYTOFF B.K., «Racial Punitive and Interracial Sex in the Law of Colonial and Antebellum Virginia», The *Georgetown Law Journal*, 1959, pp. 1986-1988.

(44) EVANS A.J., *Through Bosnia and Herzegovinia on foot during the insurrection, august and september 1875*, London, Longmann, Green and Co., 1876, pp. 405-406. Le voyageur (qui découvrit plus tard Cnossos) cite aussi, sans autre référence, une loi anglaise ayant mis fin à la Traite pratiquée à Bristol.

fait l'objet de plusieurs actes internationaux : la Déclaration relative à l'abolition universelle de la Traite contenue dans l'Acte XV du Congrès de Vienne du 8 février 1815, la Déclaration de Vérone du 20 novembre 1822, adoptée par l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie, le traité de Londres du 20 décembre 1841 pour la suppression de la traite des esclaves d'Afrique et l'Acte général de la Conférence de Bruxelles relatif à la traite à l'intérieur de l'Afrique, signé le 2 juillet 1890 par un grand nombre d'États. Il ne faut toutefois pas se méprendre : la suppression de la Traite n'entraîne pas l'abolition de l'esclavage. Le chapitre IV de l'Acte général de Bruxelles s'applique «aux pays de destination dont les institutions comportent l'existence de l'esclavage domestique», et qui s'engagent seulement à prohiber «l'importation» de nouveaux esclaves (art. LXII).

Les rapports entre les États ayant supprimé l'esclavage et ceux qui ne l'ont pas fait n'ont qu'une analogie incomplète avec les relations entre les États américains esclavagistes et ceux qui ont aboli l'esclavage. Dans le second cas mais non dans le premier, il existe une norme commune, de nature fédérale, qui oblige les États abolitionnistes à coopérer avec les États esclavagistes notamment pour le retour des esclaves fugitifs. Rien de tel en droit international : non seulement l'abolition de la traite n'est que partielle, mais les États ayant interdit le commerce international des esclaves ne peuvent imposer cette solution aux autres États. Sans doute la Traite est-elle, comme l'esclavage lui-même, contraire à la loi naturelle mais elle n'est pas prohibée par la *Law of nations*. Dans deux affaires au moins où un aviso américain avait intercepté en haute mer un navire français s'approchant des côtes américaines avec l'intention d'y décharger des esclaves, la Cour suprême a ordonné la restitution des esclaves au propriétaire du navire étranger, pour le motif que la traite n'était pas prohibée par la loi du pavillon :

> «*That it is contrary to the law of nature will scarcely be denied. [...]*
>
> *No principle of general law is more universally acknowledged, than the perfect equality of nations. [...]*
>
> *As no nation can prescribe a rule for others, no one can make a law of nations; and this traffic remains lawful to those whose governments have not forbidden it*» (45).

(45) US Supreme Court, *The Antelope*, 10 (10 W.66) US 337, 343-344 (1825). Voir aussi : C.C.D. Mass, *United States* v. *La Jeune Eugénie*, 26 F. Cas. 832 (1822). Alors que cet arrêt est rédigé par le juge Story, siégeant comme circuit judge, l'opinion de la Cour dans *The Antelope* est écrite par le Chief Justice Marshall.

De même que l'esclavage selon la doctrine thomiste n'est pas prohibé par le *ius gentium*, bien qu'il soit contraire à la loi naturelle, le respect par chaque État de la souveraineté des autres États interdit d'étendre la prohibition de la traite à un État dans l'ordre juridique duquel elle est demeurée licite. Le juge Story va confirmer cette règle dans une affaire où n'était impliqué aucun État étranger : «*The state of slavery is deemed to be a mere municipal regulation, founded upon and limited to the usage of the territorial law*» (46).

V. – La liberté de mouvement des étrangers dans l'Europe des Lumières

A l'instar du droit de la guerre qui se divise en *ius ad bellum* et *ius in bello*, la première partie déterminant les justes causes de guerre, la seconde étant relative aux restrictions à observer dans l'exécution des opérations militaires, la liberté de mouvement a un double objet : à quelles conditions les individus peuvent-ils circuler d'un pays à l'autre (ce que l'expression «liberté de mouvement» désigne de la manière la plus adéquate) et quel est le statut des personnes (les «étrangers») dans un pays dont elles n'ont pas la nationalité ?

Le contraste entre les États esclavagistes et ceux qui ont aboli l'esclavage est un exemple éclatant des bienfaits qui peuvent résulter de l'exercice de la liberté de mouvement : le bien le plus précieux, la liberté, est conquis par le seul passage de la frontière. Celui qui a réussi la traversée se transforme lui-même d'objet en sujet. Le principal obstacle à un exercice aussi profitable de la liberté de mouvement se localise dans le pays d'origine. L'esclave est soumis à une domination, à une surveillance qui le tiennent enfermé. L'obstacle devient infranchissable pour celui qui a une famille qu'il ne veut pas abandonner et qui est empêchée de le suivre. La force des liens affectifs et familiaux, la résignation à la loi du maître prêchée par une religion qui demeure le principal environnement culturel de l'esclave, autant de freins sur la voie qui pouvait, qui devait mener à la liberté. Les principaux empêchements se localisent dans le pays d'origine. L'esclave qui a réussi à gagner un espace de liberté n'a

(46) *Prigg* v. *The Commonwealth of Pennsylvania*, p. 611.

pas à craindre d'en être refoulé : la morale abolitionniste et, sans doute aussi, l'apport d'une main-d'œuvre appréciée lui font espérer un accueil bienveillant. En outre, ce sont les sujets les plus jeunes, les mieux portants, les plus actifs et les plus imaginatifs – le plus souvent de jeunes hommes, parfois des adolescents – qui ont conçu une telle initiative et l'ont menée à bien. Il s'agit d'un schéma qui se vérifie encore aujourd'hui pour la sélection des candidats à l'émigration qui fuient la misère et parfois encore la servitude.

Les avantages que les États industrialisés recueillent de l'exercice de la liberté de mouvement et de la sélection selon laquelle elle s'opère sont bien mis en relief par un industriel américain ayant réussi à acquérir une réputation de philanthrope, Andrew Carnegie :

> *«The value to the country of the annual foreign influx however, is very great indeed. [...]*
>
> *Those adults were surely worth $ 1.500 (£ 300) each – for in former days an efficient slave sold for this sum [...].*
>
> *The emigrant is the capable, energetic, ambitious, discontented man – the sectary, the refugee, the persecuted, the exile from despotism»* (47).

Le calcul de la valeur d'un immigrant au prix d'un esclave est significatif. Dans la suite du même texte, l'auteur relève l'intérêt que devrait avoir le pays d'émigration à freiner l'exode d'un capital humain aussi précieux (48). Ici aussi, le parallèle s'impose avec la fuite des esclaves. A une époque plus récente, l'Union soviétique faisait obstacle à l'émigration de Juifs éduqués et intellectuellement formés, occupant des fonctions où ils seraient difficilement remplacés et tandis que les pays occidentaux critiquaient pareille atteinte à la liberté de mouvement, ils n'étaient guère disposés à donner accueil à ceux qui l'avaient exercée.

La liberté de mouvement ne doit pas s'analyser dans l'abstrait. Les circonstances de son exercice commandent la solution qu'elle doit recevoir. Sous l'Ancien Régime, les habitants de pays pauvres mais qui avaient une éducation et une instruction supérieures à la moyenne européenne, Allemands, Savoyards, Suisses, émigraient en

(47) CARNEGIE A., *Triumphant Democracy or Fifty Years' March of the Republic*, London, Sampson Low, Marshton, Searle and Livingstone, 1888, pp. 24-25.

(48) Dans un discours à la Chambre des députés, prononcé le 16 mai 1925, Gramsci juge contraire à l'intérêt national la dépopulation des zones d'émigration : GRAMSCI A., «L'intervento alla Camera sulla massoneria» in *Scritti politici*, t. III, p. 127. Comparer avec : VAN SANTUM U., *The Invisible Hand*, Economic Thought Yesterday and Today (trad. de l'allemand par Caroline HEMINGWAY), Spring 2004, pp. 168-171.

grand nombre et furent particulièrement bien accueillis dans l'Empire tsariste. Ils y formèrent et y encadrèrent des armées de mercenaires. En 1758, un des derniers théoriciens du droit naturel, Emer de Vattel, écrit ce qui suit : «En Europe, l'accès est libre par tout, à quiconque n'est pas ennemi de l'État, si ce n'est, en quelques pays, aux vagabonds et gens sans aveu» (49).

Grotius, qui vécut à l'époque des querelles religieuses, est soucieux de garantir un asile à ceux qui fuient les persécutions (50). La leçon sera retenue et au XVII[e] siècle les protestants français furent bien reçus aux Pays-Bas et dans les États allemands. Les affinités religieuses n'expliquent pas tout car certains protestants français trouvèrent refuge dans la Belgique catholique. En Prusse, notamment, les huguenots implantèrent des métiers et des industries qui y étaient inconnus auparavant. Ce sont des financiers florentins calvinistes qui sont à l'origine de la banque genevoise. Nul n'ignore que les Allemands chassés par le Troisième Reich ont fertilisé les arts et les sciences aux États-Unis d'Amérique du Nord.

Le même libéralisme caractérise la condition des étrangers en séjour. Sans doute sont-ils soumis aux lois territoriales, notamment pénales. Pour le surplus, il faut appliquer le *ius gentium* au sens de la partie du droit romain régissant les étrangers. Aucun des droits individuels que le *ius gentium* reconnaissait aux non-citoyens ne peut être refusé aux étrangers. Il en est ainsi du mariage (51), du droit de succession (52), ce qui implique l'abrogation du droit d'aubaine (53), de la propriété d'immeubles (54) et du droit de tester (55).

Entretenue par l'École du droit de la nature et du droit des gens, la doctrine du *ius gentium* laisse encore des traces dans le Code civil de 1804, que les commentateurs français font dépendre trop exclusivement de l'Ancien droit national. Dans les travaux préparatoires,

(49) VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Londres, 1758, L. II, chap. VIII, §100.

(50) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, 1612, II, II, 16; WOLFF C., *Institutions du droit de la nature et du droit des gens*, Leide, Elie Luzac, 1777, t. VI, p. 49.

(51) *Ibid.*, chap. III, §§332-337.

(52) *Ibid.*, chap. III, §§324-332.

(53) *Ibid.*, chap. III, §§328-331; VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, op. cit.*, §112.

(54) GROTIUS, *De iure belli ac pacis, op. cit.*, II, III, 4; PUFENDORF, IV, VI, 4; WOLFF C., *Institutions du droit de la nature et du droit des gens*, chap. III, §289.

(55) WOLFF, *Institutions du droit de la nature et du droit des gens, op. cit.*, chap. III, §§326-327.

nombreuses sont les références au droit des gens. Ainsi, pour répondre à une objection, Portalis dit ceci :

«On reproche de n'avoir pas parlé des ambassadeurs, de leur famille et de leur suite. Ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avons pas à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur» (56).

Commentant les articles 11 et 13 du Code civil qui subordonnent à la réciprocité la jouissance des droits civils et le droit d'acquérir un domicile en France, Portalis écrit :

«Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers : ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples» (57).

En Belgique et en France la Cour de cassation entérine la distinction des droits civils et des facultés du droit des gens, suivant sur ce point l'enseignement d'Aubry et Rau (58).

L'article 11 ne s'occupe que des droits civils qui sont une pure création de la loi civile, cet article est tout à fait inapplicable aux droits civils qui ont leur source dans le droit des gens (59). C'est aussi du droit des gens que la Cour de cassation a déduit les règles de conflit des lois en vigueur en Belgique. Selon cette Cour :

«Attendu que s'il est admis en Belgique et ailleurs que l'état et la capacité des étrangers y sont régis par les lois de leur pays, ce n'est que par une application du droit des gens fondé sur l'usage universel des peuples, *quod apud omnes homines peraque custoditur* et seulement avec les restrictions que ce droit y apporte» (60).

La même solution a prévalu en France (61). Pour justifier l'application des lois territoriales aux étrangers «habitant le territoire», Portalis se fonde aussi sur une tradition commune à «toutes les nations» :

«Il est des lois, par exemple, sans lesquelles un État ne pourrait subsister. Ces lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'État et veillent à sa sûreté. [...]

Il ne peut, à cet égard, exister aucune différence entre citoyens et étrangers. Un étranger devient le sujet casuel du pays dans lequel il passe, dans lequel il

(56) Locré J.G., *Législation civile, commerciale et criminelle et complément des codes français*, Bruxelles, 1836, vol. I, p. 261, n° 52.

(57) *Ibid.*, vol..I, p. 330.

(58) Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français*, t. I, Bruxelles, 1847, §78.

(59) Cour de Cass. (Belg.), 3 août 1848, *Pasicrisie belge*, 1848, I, p. 376.

(60) Cour de Cass. (Belg.), 8 février 1849, *Pasicrisie belge*, 1849, I, p. 239; voir aussi : Cour de Cass. (Belg.), 6 août 1852, *Pasicrisie belge*, 1853, I, p. 155.

(61) Cour de Cass., Civ., 3 et 5 juillet 1863, *Recueil Sirey*, 1865, 1, p. 441.

réside [...]. D'autre part, chaque État a le droit de veiller à sa propre conservation et c'est dans ce droit que réside la souveraineté. [...] Aussi, chez toutes les nations, les étrangers qui délinquent, sont traduits devant les tribunaux du pays» (62).

Dans le même Discours, les règles de conflit des lois (notamment l'application des lois personnelles) sont fondées sur des «principes enseignés par tous les publicistes, ils sont généralement admis chez les nations civilisées, et sans lesquels il serait impossible d'organiser un ordre social» (63).

Ainsi le législateur français de 1804 n'a-t-il pas prétendu faire une codification purement nationale, il a largement puisé dans les principes communs aux nations civilisées, selon les termes mêmes où ils avaient été transmis par l'École du droit de la nature et du droit des gens.

Dès ses premières réunions, l'Institut de droit international s'est préoccupé de la condition des étrangers. La 8e commission d'étude eut pour objet le thème suivant : «De quelle manière et dans quelles limites les gouvernements peuvent-ils exercer le droit d'expulsion vis-à-vis des étrangers?» (64). Les travaux furent poursuivis aux sessions de Hambourg (1891) et de Genève (1892). Le 9 septembre 1892, l'Institut adopta des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* (65). La résolution distingue les «conditions auxquelles est subordonnée l'admission des étrangers» (chap. II, art. 4 à 13) des «conditions auxquelles est subordonnée l'expulsion des étrangers» (chap. III, art. 14 à 41).

Le chapitre II porte la trace de discriminations usuelles à cette époque. Non seulement sont exceptées des règles suivantes «les colonies où la civilisation européenne n'est pas encore dominante» (art. 5), mais la disposition relativement libérale de l'article 6 contient une exception motivée par la même préoccupation :

«L'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un État civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public et de motifs extrêmement graves, par exemple à raison d'une différence fondamentale de moeurs ou de civilisation, ou à raison d'une organisation ou accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse».

(62) Voir le discours de Portalis *in Code civil français. Discours et exposé des motifs qui ont déterminé la Rédaction et l'Adoption de chaque partie de ce Code*, Bruxelles, G. Huyghe, l'an XI, 1803, pp. 26-27.

(63) Commentaire de l'article 3 par le Tribun Grenier, *Code civil français. Discours et exposé des motifs qui ont déterminé la Rédaction et l'Adoption de chaque partie de ce Code, op. cit.*, p. 42.

(64) Session de Lausanne, 1888, *Annuaire*, éd. nouvelle abrégée, vol. II (1885-1891), p. 760.

(65) *Annuaire*, vol. III (1892-1896), p. 219.

Il résulte assez clairement de la combinaison des deux articles que le principe relativement libéral applicable au «territoire d'un État civilisé» vaut essentiellement à l'égard des ressortissants d'un autre État civilisé. Le racisme qui inspire l'article 6 est en concordance avec les obstacles opposés par l'Administration américaine à l'immigration de travailleurs chinois (66).

VI. – Conclusion

Au début du troisième millénaire, les conditions socio-économiques sont radicalement différentes de ce qu'elles ont été dans l'Antiquité, à la Renaissance et jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. La Terre est surpeuplée et les inégalités entre les peuples sont massives. Si la liberté de mouvement préconisée par les anciens auteurs et tenue pour une réalité par Vattel dans le milieu étroit de l'Europe à la fin du XVIII[e] siècle devait être réalisée, on assisterait à un déferlement migratoire vers les pays riches qui présentent à la vue des pauvres du reste du monde une vitrine d'opulence. Il existe toutefois des freins à l'émigration (l'extrême pauvreté, l'absence de ressources, le coût des moyens de transport et des services des passeurs) et des obstacles à l'immigration ayant pour principales causes une politique sélective d'accueil, la xénophobie, l'égoïsme des nantis qui font monter la garde autour des murs de leur forteresse. Les doctrines classiques n'ont pas perdu tout intérêt, elles procurent une information sur les termes dans lesquels les penseurs du passé ont analysé le problème de la liberté de mouvement.

Les progrès déjà observés et ceux qu'on peut espérer en trois branches du droit sont de nature à favoriser la liberté de mouvement au début du troisième millénaire. Le droit international, spé-

(66) Dans le dernier quart du XIX[e] siècle, l'Administration américaine s'efforça de freiner l'immigration chinoise, avec l'appui de la Cour suprême des États-Unis. Voir notamment : Chinese Exclusion Cases, US Supreme Court, *Chae Chon Ping* v. *United States*, 130 US 581 (1889); US Supreme Court, *Fong Yue Ting* v. *United States*, 149 US 698 (1893); US Supreme Court, *Wong Wing* v. *United States*, 169 US 228 (1896). Aux États-Unis divers procédés furent suivis pour restreindre l'immigration asiatique, tantôt l'adoption de *quota* par pays, tantôt l'exclusion pure et simple qui visa au premier chef les Chinois, mais après une visite du maréchal Chiang Kai-Shek en 1943, le Congrès abrogea le Chine Exclusion Act : Plender R., *International Migration Law*, Rev. 2nd ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, p. 80. Sur la législation américaine, voir aussi : Calavista K., «United States Immigration and Policy Responses», *in* : Cornelius W.A., Martins P.L. and Hollifield J.F. (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, Stanford, Stanford University.Press, 1994, pp. 55-82.

cialement dans sa dimension économique, a fait une large place à la mondialisation des échanges. La liberté de mouvement des personnes devrait bénéficier d'un progrès parallèle. Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ont reconnu à «toute personne», étrangers comme nationaux, la jouissance de droits fondamentaux. Les efforts timides de la Cour européenne des droits de l'homme en faveur des étrangers devraient être poursuivis et intensifiés. Le droit constitutionnel des États «civilisés» tend à mettre fin à l'enfermement des non-nationaux dans des zones de non-droit. Les juridictions administratives et constitutionnelles de ces États ont le devoir d'armer les étrangers de droits nouveaux favorisant leur liberté de mouvement.

MIGRANT RIGHTS AND "MANAGED MIGRATION"

BY

GUY S. GOODWIN-GILL (1)

PLAN

I. – INTRODUCTION 161
A. – *Migration and the globalized market* 166
B. – *Migrant rights and the sovereign State* 169
II. – MIGRANT RIGHTS AND HUMAN RIGHTS 172
A. – *Policy and rights* 172
B. – *The United Nations and the protection of migrants* 176
III. – THE ILO MULTILATERAL FRAMEWORK ON LABOUR MIGRATION 178
A. – *The ILO Multilateral Framework within the UN context* 180
B. – *The ILO Multilateral Framework : Principles and guidelines* 182
IV. – SOME PRELIMINARY CONCLUSIONS 185

I. – INTRODUCTION (2)

It is probably a truism, but controversy has long attached itself to the movement of people between States. Issues at the local, national level have concerned such disparate issues as numbers and quotas; economic and labour needs; family entitlement, if any, and its range; refugee protection; security; and regional harmonisation and development (3). Though never far from the agenda, only in the

(1) MA, DPhil, Senior Research Fellow, All Souls College, Oxford.

(2) This paper develops considerably on a number of themes first presented at the Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Geneva, on 10 March 2005, entitled "Europe and the Myths of Managed Migration".

(3) The United Kingdom provides a useful, though by no means typical example of a migration discourse that has continued over some fifty years or so. During the 1960s, immigration was

last fifteen to twenty years has migration been taken up internationally, by States in their different membership capacities, by the United Nations and its constituent agencies and organs, and by regional and other organizations.

In this first decade of the twenty-first century, the business of migration is flourishing, and it can only be understood in the light, first, of the migration experience of earlier decades; and secondly, against the backdrop of a globalizing economy, a growing world population, and increasing North-South inequality. The Population Division of the UN Department for Economic and Social Affairs currently estimates population growth as rising from 6.5 billion today to 9.1 billion in 2050, with almost all of the growth taking place in the developing world (4). During this same period, the Population Division projects the net number of international migrants to more developed regions to be 98 million. Moreover, so far as deaths are projected to exceed births in the more developed regions by 73 million during 2005-2050, population growth in those regions will largely be due to international migration (5).

But there is also another constant which gives pause for thought and reason to review an increasingly lengthy history of migration policy failure. In 2005, the number of international migrants was estimated at 191 million (6), up from 76 million in 1960. In 2003, Dr

---

a highly contested matter; the post-imperial phase was coming to an end, as was the notion of a common allegiance to the Crown which had allowed all Commonwealth and colonial citizens, but not aliens, to enjoy unrestricted access to the UK. Once arrived, British law at least treated them formally as local citizens, entitled to work, to vote, and not to be removed, but racism, inter-communal unrest, and anti-immigration ideologies soon changed all that. In the same period, the 1957 Treaty of Rome had embraced the principle of free movement of workers, not clearly or conceptually linked to possession also of citizenship. On the UK background, see generally : HANSEN R., *Citizenship and Immigration in Post-War Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2000; KARATANI R., *Defining British Citizenship*, London, Frank Cass, 2003; STEVENS D., *UK Asylum Law and Policy*, London, Sweet & Maxwell, 2004.

(4) For online data, see : http ://esa.un.org/unpp/.

(5) UN Department of Economic and Social Affairs, Population Division, "World Population Prospects. The 2004 Revision – Highlights", UN doc. ESA/P/WP.193, 24 February 2005, p. 9, §18. It is argued that sub-replacement fertility rates and global aging may require replacement migration strategies. The UN Population Division itself notes that in the first five years of this century, net migration in some 28 countries either prevented population decline or doubled at least the contribution of natural increase (births minus deaths) to population growth : *ibid.*, §19. See also : UN Department of Economic and Social Affairs, Population Division, "Replacement Migration : Is it A Solution to Declining and Ageing Populations ?", UN doc. ESA/P/WP.160, 21 March 2000; UN Department of Economic and Social Affairs, *World Economic Survey 2004 – International Migration*, UN doc. EE/2004/75/Rev.1, 2004, pp. 31-32.

(6) See : Report of the Secretary-General, "International Migration and Development", UN doc. 60/871, 18 May 2006, §§43, 121-129 and accompanying tables and maps.

Joseph Chamie, the former Director of the Population Division and lead author of the UN's 2002 *International Migration Report,* noted that "while migrants remained constant as a percentage of world population through the twentieth century, their volume has doubled in the last generation", and in a century itself marked by revolutionary changes in mortality and fertility (7). Demetrios Papademetriou, of the Migration Policy Institute in Washington DC, has identified that percentage as within the region of 2.6 and 3.3 per cent of world population (8).

But this is only part of the picture. The other, no less relevant, is the increasing gap between rich and poor, in a world in which it has been estimated that the top 20 % of the world's population enjoy a level of income one hundred and fifty times higher than that of the bottom 20 % (9), and the gap is surely widening.

Against the demographic and economic backdrop of the migration reality, it becomes all the more important to understand the now fashionable agenda for "managed migration", as understood in particular by labour receiving and importing States in the developed world. In fact and not surprisingly, the notion covers a multitude of separate agendas and objects, and not necessarily in any consistent way. From a "northern" perspective, the essential goal remains that of *control.* Despite the rhetoric of co-operation and collaboration, few effective measures are being taken to deal with the root causes of migration (10), or to recognize and accept that reality and logic of globalization which would allow the movement of labour to be governed simply by the demands of the market, irrespective of national goals and policies.

Depending on perspective, therefore, the purposes of "managed migration" may be to facilitate the process of moving between

(7) United Nations International Migration Report : Discussion and Analysis at the Migration Policy Institute, Washington, D.C., 12 February 2003, at : www.migrationpolicy.org/events/021203_sum.php.

(8) PAPADEMETRIOU D.G., "The Past, Present and Future of International Migration and its Relationship to Aging Societies", *Testimony to the Social Security Advisory Board,* Washington, D.C., 7 September 2005; "The Global Struggle with Illegal Migration : No End in Sight", Migration Policy Institute, 1 September 2005.

(9) See : "International Herald Tribune", 2 February 1999, p. 6, cited in : HOBSBAWM E., (with POLITO A.), *On the Edge of the New Century,* New York, The New Press, 2000, p. 164.

(10) Stephen Castles considers that, "the perceived 'migration crisis' is really a crisis in North-South relations, caused by uneven development and gross inequality. Migration control is essentially about regulating North-South relations" : CASTLES S., "Why migration policies fail", *Ethnic and Racial Studies,* March 2004, p. 211.

States for economic purposes; to ensure a "better fit" between workers recruited abroad and the needs of the local economy; and to promote the return of migrants to their countries of origin, for example, because of their initial irregular entry, or because there is no longer any economic need for them. Depending on local conditions, the range of subsidiary objectives may include lightening the burden on asylum procedures, by transferring the refugee determination and solutions process "offshore"; and combating smuggling and trafficking. Conceivably also, "managed migration" might aim to provide established communities in Europe, citizens and non-citizens alike, with new opportunities to be joined by family members; to reduce the burden on refugee receiving countries, particularly in the developing world, by resettling a portion of their refugees; or to allow for the better and more equitable handling of claims to enter, in light of the human rights and humanitarian needs of those seeking entry. In practice, however, facilitation plays second fiddle to control, and the emphasis is on policy and administration, rather than on individuals and rights.

Migration policy and practice have long resisted "international" co-operation and regulation, and are still frequently driven by short-term national or political goals and by misconceptions. These latter include the notion that migration is a single issue; that management, without more, can control, regularise or channel migration; that the globalized economy necessarily leads to justice or equality; that human beings can and should be treated as either economic contributors or as economic costs; that transnational communities and networks, which transcend borders through shared language, culture, family, business, can be factored out; that human rights can be excluded or marginalized; that liberal democratic theory does not need to meet the challenge of inequality at or beyond the border; or that sovereignty today implies the absolute right of the State to determine who shall be admitted to their territory, who shall be permitted to stay and on what conditions, and who shall be required to leave.

Not all of these ideas are necessarily held by anyone at any particular time, but each seems to play its role in the migration debate, often cluttering thinking on what might be achieved through so-called "management", and on the actual, rather than imagined, consequences of "control". The movement of people between States,

as Stephen Castles remarks, is a social process over time (11); it is not susceptible to production line management techniques, even if States were entirely clear as to their own policy goals. In this context of determined misunderstanding and short-term reactive policies, the rights-based dimension, the proven continuity of migration, and the logic of globalization need to be comprehended, not merely confronted, and this is as much a challenge for sovereigntists, as it is for unreconstructed liberal democrats.

Though States may seem to deal in a limited number of migration categories, such as lawful/unlawful, regular/irregular, permanent/temporary, push/pull, admission/expulsion (12), migration is a multi-faceted phenomenon, "a complex process, involving not only the migrants themselves but also their relationship to their States of origin and of destination" (13). A certain percentage of such movements is already regulated; for example, what has been called "corporate nomadism" or the migration between multinational corporations or international institutions for which borders are largely irrelevant; or other business-related freedom of movement covered by regional or service agreements, such as that within the European Union (EU), the North America Free Trade Agreement (NAFTA), or under the General Agreement on Trade in Services (GATS). Most transnational migration, including both regular and irregular worker migration, and family and refugee migration, remains "unmanaged", however, and hence significantly "defined and constrained" by territorial borders (14).

At this level, the recent history of migration policy turns out to be more "the history of its failure" (15), a failure which Stephen Castles identifies as due to the social dynamics of the migratory process, to globalization and the North-South divide, and to factors within political systems (16). A broader look at the phenomenon of

(11) *Ibid.*, p. 208.

(12) See Report of the Secretary-General, "International Migration and Development", *op. cit.*, pp. 35-43.

(13) *Ibid.*, §151.

(14) COLLINSON S., "Globalisation and the dynamics of international migration : implications for the refugee regime", *New Issues in Refugee Research*, UNHCR, May 1999.

(15) See KLEINSCHMIDT H, "EU Migration Policy", 2002, available at : www.unu.edu/hq/japanese/gsj/gs2002j/shonan18/Kleinschmidt7fullE.pdf.

(16) CASTLES S., "Why migration policies fail", *op. cit.*, p. 208. Sarah Collinson had earlier noted the increase of "distress" or "survival" or mixed-motive migration, much of which will "elude the categories and definitions that have traditionally underpinned any special treatment accorded to refugees" : COLLINSON S., "Globalisation and the dynamics of international migration : implications for the refugee regime", *op. cit.*

migration must therefore go beyond noting the simple, familiar contrast between capital's freedom of movement with the increasing lack of freedom to move which attaches to many of those who are capital's creators – the workers of the world, refugees, asylum seekers and others – and factor in the human dimension, disentangling "the dynamic interactions between State regulation, the aspirations of migrants and the choices they make" (17).

A. – *Migration and the globalized market*

In addition to inequality and demographic disparities, migration reflects, in part at least, the gap between a demand for services, on the one hand, and the scarcity of cheap labour, on the other hand. Despite several decades of apparently universal commitment to the ideal of non-discrimination, reaction to migration, in turn, reflects, also in part at least, a protective instinct. This commonly serves to accentuate the actual or would-be distinction between the citizen and the non-citizen, while the logic of the globalized economy rephrases that distinction as between contributor and non-contributor. In each case, the migrant is portrayed as the potential carrier of a disaster (unemployment, disease, crime, terrorism), against which the local population must be protected (18).

In a 2002 paper on EU migration policy, Harald Kleinschmidt challenged what he called the "postulate of residentialism" essential to most nineteenth and twentieth century theories of society. In his view, this had helped to "downgrade migration to a deviant form of behaviour for which explanations were sought and found mainly in economic conditions of life" (19). This process was helped along by political strategies aiming to widen the difference between nations and to make the change of national identity difficult. It is perhaps no surprise that many countries have employed precisely the language of *alienage* in order to stress the otherness of the non-citizen, and to justify his or her less than equal treatment (20).

---

(17) See Report of the Secretary-General, "International Migration and Development", *op. cit.*, §151.

(18) Apprehensiveness changes with the times; in migration fear terms, HIV/AIDs has probably been supplanted by security in this decade.

(19) KLEINSCHMIDT, "EU Migration Policy", *op. cit.*

(20) By contrast, as Kleinschmidt puts it, "If migration is recognized as a normal, not a deviant behaviour, migration policies that impose constraints and hardships upon migrants in service to the sovereign state are violations of human rights" : *ibid.*

The simplistic approach is found as well in the perception of migration as spasmodic instances of upheaval, driven by moments of despair or moments of opportunity, and therefore as something which can be managed by a combination of economic (or military) interventionism at source and fine tuning at destination. But the *constancy* of migration shows that there will always be a percentage of the world who values their mobility above their present situation.

In the present state of the law, it is not unlawful to move or to migrate, any more than it is to seek asylum (21). Migration is the result of a rational choice to leave one's home, region or country, with a view to settlement elsewhere, and not necessarily or initially in another country. There may be many reasons – to seek work, to survive, to escape, to join one's family or friends – but there is no necessary reason which gives one motive for migration greater "legitimacy" than another. Equally, there is no necessary time limit or purpose to the notion of settlement – it may be short- or long-term, temporary or permanent, and followed by acquisition of a new community membership, or not. When the movement becomes "international", however, it is still seen as challenging nation-State preconceptions about territory, membership and power.

Yet, some migration has to be tolerated by States, because demanded by the policies and institutions of a globalized economy. So States will open official immigration to workers having needed skills, or to those whose contribution to the economy will be time-limited; in this way, the State can maximise profit and investment while blocking "costly" family member migration and avoiding local long-term investment in pensions or social security – re-exporting the worker when he or she is no longer needed. This leaves the migrant who is without economic influence or who is not backed by global capital to be confronted with the full authority of the State, in what is commonly seen as one of the last remaining redoubts of sovereign competence (22).

(21) Note, however, the growing tendency of labour source countries to penalize so-called illegal emigration, under pressure, in particular from the EU. See: RODIER C., "'Emigration illégale': une notion à bannir", *Libération*, 13 juin 2006, available at: www.migreurop.org/article922.html. Claire Rodier cites Moroccan law n° 02-03 of 11 November 2003, "relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc et à l'immigration et l'émigration", articles 50-52 of which punish with up to 20 years imprisonment anyone who leaves or helps people to leave Morocco illegally.

(22) COLLINSON S., "Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime", *op. cit.*

So it is that the "other" migrant worker, the migrant family member, and the migrant asylum seeker, has no place, or no lawful place, notwithstanding their frequent *de facto* role in parallel service economies essential, in greater or lesser degree, to most if not all developed States; notwithstanding the claims of blood and the social facts of family life; and notwithstanding any claim to protection against persecution, torture, or return to areas of conflict. The so-called irregular or undocumented migrant is perceived and presented as a threat to labour-market regulation, to social stability and racial harmony, as a non-contributor to the tax and social contributions base, and thus as a cost to the State (23). The formal globalized economy gives priority to those with skills and assets, and prejudices those, both citizens and non-citizens, having vulnerabilities and needs. It demands a flexible and adaptable workforce, but as Bill Jordan and Franck Düvell point out, while it stresses efficiency, cost benefits and consumer choice, it says nothing about community membership, and still less about equality and justice (24). In a globalized economic world, the system provides no guidance on and no principled base upon which to answer those perennial questions, and no guidance or principle on how to respond to humanitarian demands for protection, whether from "local" citizens or from citizens from "elsewhere".

As experience in recent decades has shown, simplistic responses to the multidimensional complexities of migration which are framed in strictly sovereign terms are destined for failure, and only add to the sum of misery; *failure,* because laws and regulations divorced from the human dimension of migration have little or no effect on what is an established constant in human behaviour; and *harmful,* because protection will be denied to those who need it and to those who, consistently with a broad range of international obligations, have a right to it. In either case, there will be little observable effect on the policy goals which arbitrary and restrictive measures are intended to serve, such as "combating" so-called abuse of asylum or social security systems, or "dealing with" irregular migration and employment (25).

(23) JORDAN B. & DÜVELL F., *Migration : The Boundaries of Equality and Justice,* Cambridge, Polity Press, 2003, p. 67.

(24) *Ibid.*, pp. 69, 72, 89-90.

(25) This is well illustrated in recent United Kingdom law and practice in relation to asylum seekers. Over the last few years, for example, the UK has used detention, mandatory accommodation, food vouchers, denial of employment, and pauperization to signal and maintain the non-

Patrick Taran and Eduardo Geronimi have rightly called attention to the contradiction between "the political rhetoric" about irregular migration, and its toleration in practice – irregular migration effectively becomes part of "a *de facto* employment policy in which part of the work force becomes a variable which can be reduced or even eliminated (in theory) in periods of economic downturn", through deportation and expulsion (26).

In a globalized economy, however, this is not so much a "contradiction", as a natural consequence of the market necessity to keep costs down (27); it also explains in part the hostility towards irregular migrants and asylum seekers, particularly when they claim protection, or need assistance, or generally do not go (or are not allowed to go) into the labour market. Faced with the traditionally entrenched positions of the most dominant actors in the globalized economy, the *informal* globalized economy displays remarkable relative strength. Its disparate memberships, now constituting transnational communities transcending borders (28), may or may not have skills and assets in a strictly economic sense, but they will likely engage in less dominant forms of international exchange, be used to moving across borders, and be linked through family and experience and in an expectation of treatment in migration matters on a basis of equality and human rights – that, after all, is what liberal democracy has taught them (29).

B. – *Migrant rights and the sovereign State*

The Preamble to the UN Charter proclaims the determination of the peoples of the United Nations "to reaffirm faith in fundamental

---

membership of the asylum seeker in the local community, while simultaneously emphasising, for the benefit of an often hostile media, the allegedly unacceptable costs of dealing with those seeking protection. See : Goodwin-Gill G.S., *Refugees and their Human Rights*, Refugee Studies Centre, University of Oxford, Working Paper N° 17, 2004.

(26) Taran P.A. & Geronimi E., *Globalization, Labour and Migration : Protection is Paramount*, Geneva, ILO, 2003.

(27) See Castles S., "Why migration policies fail", *op. cit.*, p. 223 : "Policies that claim to exclude undocumented workers may often really be about allowing them in through side doors and back doors, so that they can be more readily exploited...".

(28) On the phenomenon of transnational communities and its multiple implications, see among others, the 1997-2003 Oxford-based programme at : www.transcomm.ox.ac.uk/.

(29) Castles also makes the point with regard to transnational communities, that "[i]f frequent mobility across borders is part of a group's everyday life, this drives migration and provides a powerful motivation to overcome barriers imposed by states" : Castles S., "Why migration policies fail", *op. cit.*, p. 212.

human rights, in the dignity and worth of the human person"; Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights states that "All human beings are born free and equal in dignity and rights", and thereby identifies the core right in the migration context (30); Liberal democratic theory would seem to support this approach, drawing upon assumptions as to human dignity, and upon the equally inhering principle that justice depends on an equal right to equal concern and respect (31).

But such theories are constructed on premises – imagined societies – for whom there is no "outside", no beyond, no second or third world, no knock on the door. Ideal societies may be premised on the "moral equality of persons", but in a scenario where borders are taken as given, membership is assumed, and outsiders are invisible. Within those esoteric communities one may indeed suppose the existence of relationships of dependence and mutual support, but once dignity and equality are recognized as *universal* principles, where is the rule that justifies the denial of entry to one outsider in need, or the selection of one such outsider over any other (32)? Moreover, just as liberal democratic theory has problems with the moral claims of those outside the State, so do traditional legal theoretical models which approach migration control in terms of an idealised absolute sovereignty (whether or not linked to assumptions about State membership and national self-identity). This model, too, struggles to reconcile the demands of a globalized economy with the humanitarian needs of others, both within and outside the State.

In each case, globalization's answer is simple but brutal : it lies in what Jordan and Düvell describe as "giving priority to the property rights of those with assets and skills over the moral claims of those with vulnerabilities and needs" (33). An international system

(30) As Aharon Barak puts it, this is the most central of all human rights, the source from which all others are derived : Barak A., "A Judge on Judging : the Role of a Supreme Court in a Democracy", *Harvard Law Review*, 2002, pp. 44-45.

(31) Rawls J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp. 29, 51; Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, pp. 180-1833, pp. 272-278.

(32) In practice, of course, the universal is subordinated to "constitutional" distinctions between citizen and non-citizen or alien; to what extent such distinctions can or should be maintained is precisely the challenge, particularly as the lines of community membership(s) become blurred.

(33) Jordan B. & Düvell F., *Migration : The Boundaries of Equality and Justice*, *op. cit.*, p. 94.

premised on the universal recognition of fundamental human rights can do no such thing, however, at least in principle. It is precisely these rights that are most commonly absent from the migration debate, and which need to be brought back in if balance is to be restored. For within the broad field of human rights, the language of "All" and "Everyone" takes in the migrant, wherever his or her most fundamental interests are engaged.

Over many decades, the International Labour Organization (ILO), whose first migration convention dates back to 1926, has helped to keep the migrant worker on the international agenda (34). From very early on, the ILO recognized that the individual who migrates from one country to another for the purpose of employment remains especially vulnerable. He or she will face hostility and exploitation, as well as problems in balancing pressures, both internal and external, to assimilate or integrate while preserving their national, ethnic and linguistic identity. At times of economic crisis, the migrant worker is the one most likely to lose their job and to face the added risk of deportation. Although the principal ILO standard-setting conventions are in force, the number of ratifications has remained relatively low for some time (35), and their efficacy has been correspondingly limited (36).

On the one hand, many labour-importing countries in the developed world continue to resist attempts to improve the legal situation of the migrant worker, particularly where this might be seen to imply obligations towards the "irregular" workforce, and notwithstanding what would seem to flow naturally from recognition of the inherent dignity and worth of every human being. On the other hand, some States and UN political and human rights bodies

(34) In 1926, the ILO adopted a Convention on the Inspection of Emigrants (C21), with a view in particular to limiting the numbers of such inspections to be carried out on board ships. In 1939, it adopted a Convention concerning the Recruitment, Placing and Conditions of Labour of Migrants for Employment (C66); it never came into force, and was formally withdrawn by the Conference on 30 May 2000. It was revised in 1949 by Convention N° 97. The 1939 Convention, like its revised 1949 version, was aimed at suppressing misleading propaganda relating to migration and employment and the better regulation of recruitment and supervision of contracts, as well as "national treatment" in regard to conditions of work. The 1975 Supplementary Provisions Convention focused on migration in abusive conditions, and was one of the first attempts to combat smuggling while protecting the human rights of those exploited in the process.

(35) For the text of relevant conventions and recommendations, and for summary details of ratifications, see : BROWNLIE I. & GOODWIN-GILL G.S. (eds.), *Basic Documents on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 5th ed., 2006, xv and Part Three.

(36) On the development of the ILO Multilateral Framework, see further below, section 3.

continue to stress the applicability of rules and principles to all migrants, irrespective of their status. The lines of opposition can certainly be tracked back to the 1980s, when the UN General Assembly took its first hesitant steps to declare the rights of those not nationals in their country of residence (37); and they reappeared during the drafting of the 1990 United Nations Convention on the Rights of All Migrant Workers and the Families (38).

Not surprisingly, labour-importing States, a few noble exceptions apart, were keen to ensure that even a simple General Assembly declaration should not be seen as in any way enhancing the status of the "unlawful alien". Principles which one might have taken for granted as universal – such as that of equal treatment in the courts – were argued over and ultimately downgraded, precisely to allow the conditioning of law and procedure in light of such immigration status as might be conferred, in its sovereign discretion, by the host State. Despite the well-recognized social value of family life and the contribution which it makes to stability and to the successful accommodation of migrants, the principle of family reunion was also closely confined, again by the developed world and in terms with which we are now all too familiar. The vision here is of a particular cultural concept (spouse and minor or dependent children), and does not recognize other models or the social facts of mutual dependency.

II. – Migrant rights and human rights

A. – *Policy and rights*

There is a marked tension between the way in which migration is presented at the policy and management level, and the approach to migrant rights and protection adopted by bodies such as, among others, the UN Commission on Human Rights (39).

(37) Goodwin-Gill G.S., "International Law and Human Rights: Trends concerning International Migrants and Refugees", *in* Tomasi L.F. (ed.), *International Migration: An Assessment for the '90s*, Special Silver Anniversary Issue, *International Migration Review*, 1989, pp. 526-546.

(38) Goodwin-Gill G.S., "Migration–International Law and Human Rights", *in* Ghosh B. (ed.), *Managing Migration: Time for a New International Regime?* Oxford, Oxford University Press, 2000.

(39) Although now replaced by the UN Human Rights Council, the work the Special Rapporteur on the protection of migrants continues.

The "Berne Initiative", for example, is, on its own admission, a "States-owned" process (40), and its 2005 *International Agenda for Migration Management* reflects both the experience and the policy goals of *States*. The point of departure is an estimate of the total number of international migrants, which it notes as some 2.9 per cent of the world's population. It supposes that there are multiple reasons for this :

> "[...] the collapse of long-standing political barriers to movement, the development of worldwide communication systems, the relative affordability of modern means of transport, wage and opportunity disparities between countries, and the changing need for labour and provision of services in many countries" (41).

The *International Agenda* goes on to recognize that migrant flows are more diverse and complex today, but also that economic and demographic forecasts indicate that migration "will remain an unavoidable reality". Given the contribution that migrants have made throughout the world, "the challenge [...] is to maximise the positive effects while minimizing the negative implications". The context, however, is perceived as one in which migration control is but one aspect of "a State's responsibility to protect its own population and territory" (42) and the idea that it may be necessary "to take into account the human dimension [...] through measures such as the protection of human rights and the provision of special assistance to those in need" is presented almost as an afterthought (43). Certain protection issues are identified, including trafficking, smuggling and gender discrimination, but there is no clear sense that legal obligations and individual rights might serve as an appropriate foundation for any scheme of management (44).

---

(40) The Berne Initiative, *International Agenda for Migration Management*, Switzerland, International Organization for Migration, Federal Office for Migration, 2005, p. 9 : "launched by Switzerland in June 2001 as a States-owned consultative process...".

(41) *Ibid.*, p. 15.

(42) *Ibid.*, p. 16 : "In exercising this sovereign responsibility, most States have pursued a primarily unilateral approach to migration, with the general tendency to develop ad-hoc strategies on migration issues to respond to domestic needs and interests. As a result, different or even contradictory national migration policies and practices have sometimes been developed and put into practice. Moreover, there is no comprehensive and harmonized system on the basis of which States cooperate in the management of international migration".

(43) *Ibid.*, p. 15.

(44) The *International Agenda* disclaims any intention to create new migration law, but declares that it gives "due regard" to relevant international and regional law : *ibid.*, p. 17. See also Ch. 2, "Common Understandings for the Management of International Migration", numbers 4, 8, 15-17 : *ibid.*, pp. 23-24.

A similar approach is evident at the regional level. Article 13 of the 2000 Cotonou Agreement declares that migration "shall be the subject of an in-depth dialogue within the framework of the ACP-EU Partnership" and the parties "reaffirm their existing obligations and commitments in international law to ensure respect for human rights and to eliminate all forms of discrimination based particularly on origin, sex, race, language and religion" (45). Paragraphs (2) and (3), however, emphasize that the primary focus is those legally residing or legally employed. While paragraph (4) puts "normalising migratory flows" into a development context, paragraph (5) targets illegal immigration, prevention, return and readmission (46). In practice, as a number of non-governmental organizations have pointed out, the "dialogue" seems to have led in particular to the penalisation of *emigration*, contrary to Article 13(1) of the Universal Declaration of Human Rights (47).

This emphasis has now been carried forward into deliberations at the European Union level. For example, the Hague Programme on "Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union" declares its objective as being :

> "to improve the common capability of the Union and its Member States to guarantee fundamental rights, minimum procedural safeguards and access to justice, to provide protection in accordance with the Geneva Convention on Refugees and other international treaties to persons in need, *to regulate migration flows and to control the external borders of the Union,* to fight organised cross-border crime and repress the threat of terrorism [...]" (48).

Rights are not specifically identified in the migration context, other than in the protection of refugees and removals (49). What is required is "a comprehensive approach, involving all states of migration, with respect to the root causes of migration, entry and

(45) Partnership Agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed in Cotonou on 23 June 2000, Article 13 (1).

(46) Nevertheless, the Parties undertake "to ensure that the rights and dignity of individuals are respected" in any procedure for the return of illegal immigrants, and that any relevant bilateral agreements should be concluded, "with due regard for the relevant rules of international law" : *ibid.*, Article 13 (5) (c).

(47) See : RODIER C., "'Emigration illégale' : une notion à bannir", *op. cit.* ; see also : Statewatch, "The fallacies of the EU-Africa dialogue on immigration : EU-African ministerial conference on immigration, 10-11 July 2006", available at : www.statewatch.org/news/2006/jul/06rabat.htm.

(48) Council of the European Union, Brussels, 5 November 2004, 14292/04, Brussels European Council, 4/5 November 2004, Presidency Conclusions.

(49) "The Hague Programme", *ibid.*, Annex I, §1.6.1, §1.6.4.

admission policies and integration and return policies [...]" (50). Among others, this calls for partnership with third countries, including contribution by the EU, "in a spirit of shared responsibility", to strengthening their capacity to protect refugees, enabling them better to manage migration (51).

Similarly, the EU Council Presidency Conclusions on a global approach to migration stress the necessity for balanced policies, to cover combating illegal immigration and harnessing the benefits of legal migration. The Council emphasizes the EU's commitment :

> "to support the development efforts of countries of origin and transit [as] part of a long-term process to respond to the opportunities and challenges of migration [...]. In this regard, the European Council recognises the importance of tackling the root causes of migration, for example through the creation of livelihood opportunities and the eradication of poverty in countries and regions of origin, the opening of markets and promotion of economic growth, good governance and the protection of human rights" (52).

A number of commentators have expressed scepticism regarding the capacity of global policies and comprehensive approaches actually to deliver a "better" system of international migration (53). Reviewing the earlier work of the European Commission's High Level Working Group on Asylum and Migration, and its various "Action Plans", Castles notes failure and indicates several reasons : a focus one exporting migration controls, rather than conflict resolution, development, or poverty reduction; lack of or inadequate consultation with source countries, or of collaboration with non-governmental organizations. The European Union's fight against illegal migration was initially also oriented to control and return, and although a more balanced approach, premised on co-operation, has begun to appear, too little has been done to tackle root causes, in particular, because of differing Member State approaches, their emphasis on sovereignty, and fundamental interest conflicts (54).

---

(50) *Ibid.*, §1.2; see also §1.4 : "Legal migration and the fight against illegal employment"; §1.5 : "Integration of third-country nationals".

(51) *Ibid.*, §1.6 : "The external dimension of asylum and migration".

(52) Council of the European Union, Brussels, 17 December 2005, 15914/05, Brussels European Council, 15/16 December 2005, Presidency Conclusions. See also : "Global Approach to Migration : Priority Actions focusing on Africa and the Mediterranean", *ibid.*, Annex 1; Commission of the European Communities, Brussels, 21 December 2005, COM(2005) 669 final, Communication from the Commission, Policy Plan on Legal Migration.

(53) See, for example : Castles S., Loughna S. & Crawley H., *States of Conflict : Causes and Patterns of Forced Migration to the European Union and Policy Responses*, London, Institute of Public Policy Research, 2003.

(54) Castles S., "Why migration policies fail", *op. cit.*, pp. 217-222.

B. – *The United Nations and the protection of migrants*

Not surprisingly, the UN Commission on Human Rights has brought another perspective to the issue, and called for "the full respect of the human rights and fundamental freedoms of migrants". The Commission has identified the problem of vulnerability (55) and the lack of any effective protecting authority as key elements affecting the situation of the migrant, but it has also recognized the existence of a relevant body of international law; the challenge is to secure better compliance. To that end, the Commission decided in 1999 to appoint a special Rapporteur on the human rights of migrants, to examine how to overcome obstacles to their full and effective protection, including in situations where the undocumented or those in an irregular situation are returned to their country of origin (56).

Since 1999, the Commission's annual resolutions have reflected the work of the Special Rapporteur, including the various findings, conclusions and recommendations (57). In her first report, the Special Rapporteur noted that there is no "commonly accepted generic or general legal concept of the migrant in international law" (58). Moreover, in her view :

---

(55) As the Special Rapporteur on the human rights of migrants points out in her Second Report, although "vulnerability" is a characteristic of migration, this is not a sign of weakness so much as recognition of the fact that, "because of the special circumstances in which migration is now taking place, migrants are exposed to smuggling and trafficking and may fall into the hands of organized gangs which take advantage of their need to find work in order to survive [...]" UN doc. E/CN.4/2001/83, 9 January 2001, §55.

(56) See : Commission on Human Rights resolution 1999/44, 27 April 1999, endorsed by Economic and Social Council Decision 1999/239 and welcomed by General Assembly resolution 54/166, "Protection of Migrants", adopted without a vote, 17 December 1999; paragraph 14 of the last mentioned "reiterates the need for all States to protect the universally recognized human rights of migrants, especially those of women and children, regardless of their legal status, and to treat them humanely [...]". Appointed for an initial three-year period, the Special Rapporteur is also expected "to formulate strategies and recommendations for the promotion and implementation of policies to protect the human rights of migrants, and to establish the criteria on which those policies should be based". The first Special Rapporteur was Gabriela Rodríguez Pizarro (1999-2004); she was succeeded by Jorge Bustamente.

(57) See : Commission on Human Rights resolutions 2000/48, 25 April 2000; 2001/52, 24 April 2001; 2002/59, 25 April 2002; 2003/46, 23 April 2003; 2004/53, 20 April 2004; 2005/47, 19 April 2005, all adopted without a vote.

(58) First Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, E/CN.4/2000/82, 6 January 2000, §28. "Non-legal" documents also bear witness to the various typologies employed by States; see, for example : the *International Agenda for Migration Management, op. cit.*, pp. 34-50, which distinguishes between regular migration (temporary or permanent), labour migration, irregular migration, and "refugee migration"; *Migration in an interconnected world : New directions for action*, Report of the Global Commission on International Migration, 7 October

"Definitions that are related to the reasons why people leave their countries of origin are perhaps the least suitable kind of definition, except to the extent that they give access to legal protection and status in the host country, as in the case of refugees. In the light of the political, social, economic and environmental situation of many countries, it is increasingly difficult, if not impossible, to make a clear distinction between migrants who leave their countries because of political persecution, conflicts, economic problems, environmental degradation or a combination of these reasons and those who do so in search of conditions of survival or well-being that do not exist in their places of origin" (59).

She therefore proposed for the purposes of her human rights mandate to consider as migrants those who have moved or been moved, irrespective of their status, but with due regard to their particular needs and vulnerabilities (60); irregular or undocumented migrants required special attention (61).

In addition to noting the general commitment of the United Nations to protect the rights of migrants (62), the Special Rapporteur has also called attention to the established legal framework and laid particular emphasis on the need for States to review their domestic legislation and bring it into line with their international obligations (63); protection should be an integral part of migration management and control (64).

2005, pp.16-22, which adds the "movement of service providers" and the mobility of "highly educated personnel"; and the *World Economic and Social Survey 2004 : International Migration*, UN doc. E/2004/75/Rev.1, 2004, which analyses, among other issues the full variety of labour migration, in particular, (pp. 47-67), and looks at trends affecting skilled workers, low-skilled workers, family reunification, and undocumented migration (pp. 69-85).

(59) First Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, E/CN.4/2000/82, 6 January 2000, §30.

(60) *Ibid.*, §36. The following sub-categories were suggested : "(a) Persons who are outside the territory of the State of which they are nationals or citizens, are not subject to its legal protection and are in the territory of another State; (b) Persons who do not enjoy the general legal recognition of rights which is inherent in the granting by the host State of the status of refugee, permanent resident or naturalized person or of similar status; and (c) Persons who do not enjoy either general legal protection of their fundamental rights by virtue of diplomatic agreements, visas or other agreements" : *ibid.*

(61) *Ibid.*, §§37, 40-42.

(62) See, for example : paragraph 24 of the UN Millennium Declaration (UNGA resolution 55/2, adopted without a vote on 8 September 2000), in which the Member States resolve : "To take measures to ensure respect for and protection of the human rights of migrants, migrant workers and their families, to eliminate the increasing acts of racism and xenophobia in many societies and to promote greater harmony and tolerance in all societies". See also the many paragraphs on migrants adopted at the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, UN doc. A/ CONF.189/12 (2001), and in particular, the Declaration, §47; and the *Programme of Action*, including §§24-33 (migrants), §§34-36 (refugees), §§37-38 (trafficking).

(63) Second Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, E/CN.4/2001/83, 9 January 2001, §§16-34. For a useful summary of the main elements of the "international legal framework for the protection of migrant workers", see : OSCE, IOM, ILO, *Handbook on*

In her final report in December 2004, the Special Rapporteur reiterated her view that the effective recognition of human rights and the principle of non-discrimination are essential if the deteriorating situation of migrants is to be remedied. Actions by States in the exercise of their sovereign powers must be consistent with their obligations generally under international law (65), but bridging the gap between migrant rights and realities remains a formidable challenge (66). As Jorge Bustamente observed in his first report in succession to Gabriela Rodríguez Pizarro, the all too common reluctance among certain States to recognize the demand for the labour of migrant workers is not unconnected to anti-immigrant ideologies (67).

III. – The ILO Multilateral Framework on Labour Migration

As noted above, the International Labour Organization has a long-standing commitment to protecting the rights of migrant workers, and to this end has promoted a range of relevant conventions and recommendations. A number of systemic problems in securing compliance with the key instruments and raising standards generally prompted an in-depth review of the practical and legal

Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination, (Baruah N. & Cholewinski R.), Vienna, June 2006, pp. 25-34. For earlier accounts, with particular focus on the human rights aspects see : Goodwin-Gill G.S., "Migration–International Law and Human Rights", *op. cit.*, pp. 160-189; Goodwin-Gill G.S., "AIDS and HIV, Migrants and Refugees : International Legal and Human Rights Dimensions", *in* Haour-Knipe M. and Rector R. (eds.), *Crossing Borders : Migration, Ethnicity and AIDS*, London, Taylor & Francis, 1996, pp. 50-69; Goodwin-Gill G.S., "International Law and Human Rights : Trends concerning International Migrants and Refugees", *op. cit.*

(64) Third Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, E/CN.4/2002/94, 15 February 2002, §§27, 101; see also the Fourth Report, E/CN.4/2003/85, 30 December 2003, §§65-67, noting that migration management is an extremely complex series of processes going well beyond unilateral punitive measures, that administrative and other measures taken to deal with irregular migration, such as detention, are often applied without regard to the individual's history, and generally without due regard for applicable international law.

(65) For arguments on this point, see also the Written Case submitted by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, intervening in the case of *European Roma Rights Center v Immigration Officer, Prague Airport* [2005] 2 AC 1, [2004] UKHL 55; the Written Case is published in 17 *International Journal of Refugee Law* 427 (2005).

(66) Sixth Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, E/CN.4/2005/85, 27 December 2004, §§74-85.

(67) First Report by the Special Rapporteur, Mr Jorge Bustamente, on the human rights of migrants, E/CN.4/2006/73, 30 December 2005; "Human rights of migrants", Report of the Secretary-General, UN doc. A/60/357, 30 September 2005, §§8, 9.

deficiencies of the existing framework. In 1999, the ILO Committee on Migrant Workers nevertheless expressed its conviction that the underlying principles remained valid, and that it was "unacceptable for millions of migrant workers to remain excluded from international protection" (68). In its view, there were two options : to maintain the *status quo*, or to undertake a wholesale revision of Conventions N^{os} 97 and 143 so as to bring them up to date and, so far as possible, to merge them into a single Convention. Whatever the Governing Body and the International Labour Conference were to decide, the Committee considered that much more needed to be done for migrant workers (69).

At the ILO Conference in 2004, a new plan of action was indeed adopted, but it proposed a somewhat different path, namely, "the development of a non-binding multilateral framework for a rights-based approach to labour migration and the establishment of an ILO dialogue on migration in partnership with international and multilateral organizations" (70). During the debate on the Report of the Committee on Migrant Workers and adoption of the resolution on "a fair deal for migrant workers in a global economy", the Conference confirmed the ILO's "special responsibilities" in this area, and that "decent work" lay at its heart (71). It noted the rise in the number of migrants in an irregular situation, "fuelled by the growth of informal forms of employment", that the increase in trafficking poses a particular threat to protection, and that temporary workers and migrant domestic workers often have limited legal rights (72). While a number of mostly labour importing States were nevertheless anxious to emphasize the sovereign right to regulate migration

(68) ILO, Committee on Migrant Workers, Report, 1999, §§664-665.

(69) *Ibid.*, §666-668.

(70) For background, see International Labour Conference, 92nd Sess., 2004, Report VI, "Towards a fair deal for migrant workers in the global economy", and in particular, on future flows (pp. 12-14); most vulnerable groups, including women domestic workers, migrant workers in an irregular situation, and trafficked persons (pp. 58-63); and managing migration (pp. 109-38). See also : TARAN P.A. & GERONIMI E., "Globalization, Labour and Migration : Protection is Paramount", *Perspectives on Labour Migration*, Geneva, ILO, 2003.

(71) "Decent work means productive work in which rights are protected, which generates an adequate income, with adequate social protection. It also means sufficient work, in the sense that all should have full access to income-earning opportunities" : Report of Mr. Juan SOMAVIA, ILO Director-General, International Labour Conference, 87th Sess., 1999. See further : "ILO hails new UN Declaration on strengthening global efforts to promote Decent Work for poverty reduction and sustainable development", Press Release ILO/06/36, 6 July 2006.

(72) International Labour Conference, 92nd Sess., 2004, Provisional Record 22, "Report of the Committee on Migrant Workers", §§6, 7.

and labour (73), others, including both governmental and worker representatives, emphasized the need for "flexibility and understanding for the untold difficulties experienced by migrant workers", and stressed the role to be played by rules, standards and guidelines (74). In their final agreed form, paragraphs 10 and 18 of the Report of the Committee on Migrant Workers read as follows :

> "10. Acknowledging the sovereign right of all States to develop their own migration and labour policies, it is accepted that multilateral rules, standards or, as appropriate, guidelines, play an important role to make policies coherent, effective and fair. In that context, coherent, comprehensive, consistent and transparent policies are required to effectively manage migration. [...]
>
> 18. While recognizing the sovereignty of States in determining their own migration policy, the need for international cooperation on migration, and in particular labour migration, among government and other stakeholders is manifested by the emergence of intergovernmental dialogue on migration policy in nearly every region of the world [...]" (75).

Within these terms, the Committee nevertheless endorsed a fair deal for all migrant workers, which "requires a *rights-based* approach, in accordance with existing international labour standards and ILO principles [...]" (76). This in turn required a commitment :

> "to adopt national policies aimed at equal treatment of migrant workers with nationals in respect of national labour laws and access to applicable social protections, combating the exploitation often associated with migrants in irregular status, and the promotion of basic human rights for all migrants" (77).

A. – *The ILO Multilateral Framework within the UN context*

The plan of action for the development of a "non-binding multilateral framework for a rights-based approach to labour migration",

---

(73) See discussion of the amendment to insert the phrase : "Although it is clearly the sovereign right of all States to develop their own migration and labour policies" into the Committee's report. It was proposed by the government representatives of Australia, Canada, Japan, New Zealand, Switzerland, Turkey and the United States : International Labour Conference, Provisional Record 22, Ninety-second Session, Geneva, 2004, Sixth item on the agenda : Migrant workers, (general discussion based on an integrated approach), §§154-157. See also the debate on paragraph 18 : *ibid.*, §§199-201 ; and paragraph 20 : *ibid.*, §§203-212.

(74) *Ibid.*, §155.

(75) International Labour Conference, 92nd Sess., 2004, Provisional Record 22, "Report of the Committee on Migrant Workers", §10.

(76) *Ibid.*, §20, emphasis supplied.

(77) *Ibid.* Paragraph 28, in turn, emphasizes the importance of ensuring the protection of the human rights of irregular migrants, that ILO instruments apply to *all* workers, including irregular workers, unless otherwise stated, and that the gender dimension requires due consideration. *Ibid.*

which was adopted by consensus, was the subject of further review. A draft framework was presented to the ILO Governing Body by the Tripartite Committee of Experts in November 2005 (78), and in March 2006, the Governing Body authorized the Director-General to publish the adopted text (79).

Thus, the recent work of the ILO provides an illustrative and complementary dimension to the broad policy orientation repeatedly confirmed in that of the United Nations General Assembly, and suggests a number of practical ways by which to balance the tension between the declared interest of many States in "management" and over "rights", examined above.

During the twenty and more years since the adoption of the Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which they Live (80), the UN General Assembly has maintained its interest in migration issues, particularly in recent years and since the appointment of the Special Rapporteur on the human rights of migrants in 1999, noted above. In its 2003 resolution on the protection of migrants, the General Assembly also acknowledged the situation of "vulnerability" in which migrants find themselves, and reiterated the need to protect fully their human rights, especially those of women and children and regardless of legal status (81). Later resolutions have maintained the emphasis on the protection of all migrants (82), and in 2005, the General Assembly expressly recognized the obligation of States to protect the human rights also of "migrants, especially women and children, who place themselves in a vulner-

(78) ILO, Tripartite Meeting of Experts on the ILO Multilateral Framework on Labour Migration, Geneva, 31 October-2 November 2005, doc. TMMFLM/2005/D.9; see also: "Note on the Proceedings", doc. TMMFLM/2005/2, at: www.ilo.org/public/english/protection/migrant/new/index.htm.

(79) *ILO Multilateral Framework on Labour Migration, Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, doc. TMMFLM/2005/-1(Rev.); ILO Governing Body, 295th Sess., March 2006.

(80) UNGA res. 40/144, 13 December 1985; text in: BROWNLIE I. & GOODWIN-GILL G.S., *Basic Documents on Human Rights, op. cit.*, p. 79.

(81) UNGA res. 58/190, "Protection of migrants", 22 December 2003, Preamble and §9. The General Assembly also took note of two advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights, on consular assistance (OC-16/99, 1 October 1999), and on the juridical situation and rights of undocumented migrants (OC-18/03, 17 September 2003).

(82) See, for example: UNGA res. 59/194, 20 December 2004, §3 of which requests all Member States, "in conformity with their respective constitutional systems, effectively to promote and protect the human rights of all migrants, in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international instruments to which they are party [...]".

able situation by attempting to cross international borders without the required travel documents [...]" (83). The General Assembly requested "States, international organizations and relevant stakeholders" :

> "[...] to take into account in their policies and initiatives on migration issues the global character of the migratory phenomenon and to give due consideration to international, regional and bilateral cooperation in this field, with a view to addressing, in a comprehensive manner, its causes and consequences and *granting priority to the protection of the human rights of migrants* [...]" (84).

In addition to the general question of protection, the General Assembly has addressed the issue of violence against women migrant workers (85), and on the relationship between international migration and development (86). The High-Level Dialogue on International Migration and Development, scheduled for September 2006, will be oriented around four themes, the second of which in particular will focus on measures to ensure respect for and protection of the human rights of all migrants and to prevent smuggling and trafficking (87).

B. – *The ILO Multilateral Framework : Principles and guidelines*

In the meantime, the ILO Multilateral Framework on Labour Migration has set out fifteen principles governing or relevant to the subject, with suggested guidelines for giving them practical

(83) UNGA res. 60/169, 16 December 2005, Preamble and §5 (human rights regardless of immigration status). See also : "Report of the Secretary-General. Human rights of migrants", UN doc. A/60/357, 16 September 2005 (noting at §7 that not one host country has so far ratified the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families); "Report of the Secretary-General. Protection of Migrants", UN doc. A/60/272, 18 August 2005 (summary of comments from governments).

(84) UNGA res. 60/169, 16 December 2005, §6.

(85) On violence against women migrant workers, see : UNGA resolutions 54/143, 22 December 2003; 60/139, 16 December 2005 (the latter calling in particular on governments "to incorporate a gender perspective in all policies on international migration"; and "to adopt measures or strengthen existing ones that protect the human rights of women migrant workers, regardless of their immigration status" : §§6, 11).

(86) On international migration and development, see : UNGA resolutions 58/208, 23 December 2003 (deciding on the high-level dialogue to be held in 2006, §9); and 59/241, 22 December 2004.

(87) UNGA res. 60/227, 23 December 2005. The other themes are the effects of international migration on economic and social development; the multidimensional aspects of international migration and development, including remittances (on which, see also UNGA res. 60/206, "Facilitation and reduction of the cost of transfer of migrant remittances", 22 December 2005), and building partnerships, capacity building and sharing best practices. The dialogue is scheduled to be held from 14-15 September 2006.

effect (88). The Framework aims to appeal to all States, whether or not party to ILO instruments. Where appropriate, it recalls specific international obligations, but elsewhere it uses what might be called the language of "directed but reasonable consideration", inviting States to consider what should be done to achieve identified goals; in this respect, it reflects not only the consensus which attached to the drafting and adoption of the Framework (89), but also the unique tripartite character of the forum, in which governments, employers and workers are represented.

As is noted in the opening paragraphs of the Multilateral Framework, the movement of workers across borders has a clear international dimension, and "cannot be effectively addressed when countries act in isolation" (90). Governments, in consultation with employers' and workers' organizations, should therefore engage in international co-operation to promote managed migration for employment purposes (Principle 2). "Effective management", though a matter of sovereign right, is nevertheless an area in which "international labour standards or other international instruments, as well as guidelines as appropriate, should play an important role" (Principle 4) (91).

At several points, the Framework also emphasizes the need for "social dialogue" and consultation with civil society as a means to develop sound labour migration policy (Principles 6 and 7), and to promote social integration and inclusion (Principle 14) (92). It is at the point of protection, however, that the Framework makes a significant contribution while also ensuring that the issues remain con-

(88) The principles and guidelines are followed by two annexes, the first containing a compilation of international instruments on labour standards, and the second a summary compendium of good practice: International Labour Organization, *ILO Multilateral Framework on Labour Migration: Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, Geneva: ILO, doc. TMMFLM/2005/1(Rev.), 2006 (hereafter ILO Multilateral Framework).

(89) See also: ILO, Tripartite Meeting of Experts on the ILO Multilateral Framework on Labour Migration, Geneva, 31 October – 2 November 2005, "Note on the Proceedings", doc. TMMFLM/2005/2, at: www.ilo.org/public/english/protection/migrant/new/index.htm.

(90) *ILO Multilateral Framework*, *op. cit.*, §2.

(91) At this point, the Guidelines highlight a number of goals: that managed labour migration should be "beneficial to all migrant workers and members of the families and to origin and destination countries"; the promotion of "decent work"; policies guided by international labour standards and other relevant instruments; specific vulnerabilities to be addressed, including workers in an irregular situation; making migration policies gender-sensitive, and so forth.

(92) The ILO's unique tripartite character (governments, employers, workers) already ensures the representation of a wider spectrum of views and experience than may be possible at State to State level.

nected to the overall picture. Here, it seeks to bridge the gap between clearly established international obligations and their effective implementation at the national level, or, for non-parties, *adoption* and effective implementation. Consistently with its "non-binding" character, but equally with its stated goal of a "rights-based" approach, Principle 8 provides as follows :

> "The human rights of all migrant workers, regardless of their status, should be promoted and protected. In particular, all migrant workers should benefit from the principles and rights in the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, which are reflected in the eight fundamental ILO Conventions, and the relevant United Nations human rights Conventions" (93).

The Guidelines, "which may prove valuable in giving practical effect" to this Principle, stress that national legislation protecting human rights should apply to all migrant workers, who should also be informed of their entitlements; that *effective* enforcement mechanisms should be provided; and that, among others, migrant workers should be guaranteed freedom of association, trade union rights, protection from forced labour ("particularly migrant workers in an irregular situation or other groups of migrants who are particularly vulnerable to such conditions"); and protection with regard to minimum age requirements and against all forms of discrimination.

Principle 9, in turn, sets out a three-fold base for migrant worker protection :

> "(a) All international labour standards apply to migrant workers, unless otherwise stated. National laws and regulations concerning labour migration and the protection of migrant workers should be guided by relevant international labour standards and other relevant international and regional instruments.
>
> (b) The protection of migrant workers requires a sound legal foundation based on international law. In formulating national law and policies concerning the protection of migrant workers, governments should be guided by the underlying principles of the Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (N° 97), the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (N° 143), and their accompanying Recommendations N^{os} 86 and 151, particularly those concerning equality of treatment between nationals and migrant workers in a regular situation and minimum standards of protection for all migrant workers. The principles contained in the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families should also be

(93) While the inclusive language reflects the thrust of both ILO standard setting on migrant workers and the general scope of universal human rights instruments and principles, use of the word "should" would seem intended to permit a margin of choice and appreciation, at least so far as the law allows...

taken into account. If these Conventions have been ratified, they should be fully implemented.

(c) National law and policies should also be guided by other relevant ILO standards in the areas of employment, labour inspection, social security, maternity protection, protection of wages, occupational safety and health, as well as in such sectors as agriculture, construction and hotels and restaurants" (94).

As can be seen, clear goals are identified and the sources of relevant standards indicated. Principle 10 concludes this section and states :

"The rights of all migrant workers which are referred to in principles 8 and 9 of this Framework should be protected by the effective application and enforcement of national laws and regulations in accordance with international labour standards and applicable regional instruments" (95).

IV. – Some preliminary conclusions

International legal standards of treatment for migrants and refugees are not new or imagined, not wishful thinking, or at least, not yet. The universality and inalienability of fundamental human rights extends even into such areas of "sovereign competence" as control over admission and expulsion; these rights are all well-founded in treaty and general international law. Whether they will remain so, however, depends very much on how States react in the face of current and imminent flows, and how they will treat existing non-citizen populations.

Neither international law at large nor human rights law in particular contains all the answers. If it is to be fully effective, and to evolve, that law must respond to the problems which are the reality of its existence; and if new or changing rules are to achieve "legitimacy", they must meet criteria of coherence and integrity. The "collective" duty with respect to the protection of persons moving across borders and the obligation to co-operate derive, in part at least, from the character *erga omnes* of human rights obligations considered within the co-operative framework established by the United Nations Charter and general international law. The resolutions adopted by the General Assembly and the work and resolutions of bodies such as the Commission on Human Rights, now

(94) See also discussion of the principle in ILO, "Note on the Proceedings", *op. cit.*, §§93-114.
(95) *Ibid.*, §§115-130.

replaced by the Human Rights Council, repeatedly recall that human rights provide, and must provide, the "values" counterpart to globalized economics. "Management" without reference to rights and fundamental principles such as dignity and equality, will have little or no impact on movement, and despite a somewhat lengthy period of opposition, developed countries have not been able to put a stop to rights-based claims.

"Management discourse" framed exclusively in sovereignty terms provides an inadequate basis within which to resolve claims founded in rights and lawful expectations (96). The ILO Multilateral Framework implies clear recognition of the fact that migration discourse and the development of effective standards are, like migration itself, dynamic processes. There is no simple answer, nor should there be, to the constancy and natural quality of migration, or to the existence and lawful claims of transnational communities, or to the lawful interests of States of origin, beyond the simplicities of diplomatic protection, or to the protection needs of the "new stateless" – migrants contributing to the economy of place, but whose status there is irregular and who do not, for any reason, enjoy the "effective protection" of their home State or of any international organization.

The number of migrants may be thought a challenge, but is also grounds for optimism. It may well be that *principled* migration management can add to the sum of well-being in the world. Demetrios Papademetriou has remarked on "the limits of unilateralism", and neatly described some of the many conundrums that litter the field :

> "Migration ties sending, transit, and receiving countries – as well as immigrants, their families, and their employers – into intricate systems of interdependence. It takes determined efforts by virtually all these actors to make real progress in that area [...]
>
> The obsession with controlling international migration through unilateral law-and-order measures continues to distort the public debate and allows governments little leeway to demonstrate the following points. First, that immigration is not at the root of the North's major problems; second, that the problems to which migration contributes can in fact be managed; and third that immigration, prop-

(96) It may be that, while management has a role, it lies primarily in the policy and practice of *response*; channelling people is an essay in *self*-management, itself contingent on choices made elsewhere by those who may, or may not, be inclined to conform, or who, like the refugee, may or may not enjoy the luxury of choice.

erly managed, can provide important answers to some of the North's most intractable longer-term economic, social protection, and demographic dilemmas [...]

Given the significant economic, political, human rights and demographic differentials that continue to divide the world, the realistic response to migration cannot be denial. Advanced industrial societies cannot exhort people to stay at home without a serious commitment to a long-term and costly endeavor to improve conditions there. Open and democratic societies must also understand that attacking the root causes of flight, while worthy and necessary, has a long horizon that will exact substantial domestic political costs before it yields measurable long-term benefits" (97).

The basic precepts of the market – the principles and structures of the globalized world economy – provide no answers to the protection needs of migrants. A rights-based approach, such as the developed within the broader, tripartite forum of the ILO, fills that gap, but it necessarily involves costs which must be paid if human dignity, equality and social justice are to be retained as international goals. The movement of people between States in a globalized world is both a sign and a symptom of interdependence. Movements as social phenomena engage individuals, and rights and interests *within* an interdependent community, in which those rights and interests themselves are to be realised. As Stephen Castles has observed, "migrants are not just isolated individuals who react to market stimuli and bureaucratic rules, but social beings who seek to achieve better outcomes for themselves, their families and their communities through actively shaping the migration process" (98). Only a distorted image locates the migrant worker solely in terms of his or her rights *against* the State of residence or the State of origin, and what is required is a vision and an approach in terms of the whole.

"Managed migration" doubtless has a role to play in the (primarily economic) interest of our globalized world. Without a base in principle, however, it is doomed to figure as yet another chapter in the history of policy failure; and it cannot be an "answer" to what is not a "problem", but rather an enduring aspect of the human condition.

(97) Papademetriou D.G., *Reflections on Managing Rapid and Deep Change in the Newest Age of Migration*, Washington DC, Migration Policy Institute, April 2003, pp. 11-12, 22.

(98) Castles S., "Why migration policies fail", *op. cit.*, p. 209.

LE CONTRÔLE DES MIGRATIONS ET L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE : ENTRE OUVERTURE ET FERMETURE

PAR

DELPHINE NAKACHE

ET

FRANÇOIS CRÉPEAU (1)

«Charters pour les uns, champagne pour les autres?» (2)

PLAN

INTRODUCTION : LA MIGRATION, ATOUT ÉCONOMIQUE ET MENACE POLITIQUE.. 191

A. – *L'intensification des migrations de main-d'œuvre* 192

B. – *Une main d'œuvre étrangère aux deux extrémités de l'échelle*..... 193

C. – *La contradiction entre besoin économique et objectif sécuritaire* 194

I. – DES POLITIQUES MIGRATOIRES AMBIGUËS 196

A. – *Une conception «utilitariste» de l'immigration économique* 197

1. Un dispositif simplifié visant les besoins économiques ponctuels du pays d'accueil 197

a) Les politiques unilatérales de recrutement de la main d'œuvre étrangère..... 198

b) La portée limitée des accords bilatéraux régissant les migrations de travail 201

c) Le travail clandestin, simultanément encouragé et combattu 203

(1) Delphine Nakache est Doctorante à la Faculté de droit de l'Université McGill et associée de recherche à la Chaire du Canada en droit international des migrations. François Crépeau est Professeur de droit international à l'Université de Montréal (Chaire de recherche du Canada en droit international des migrations) et Directeur scientifique du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal (CERIUM).

(2) SIMON C., «L'Europe en quête d'une régulation de l'immigration», *Le Monde*, 21 juillet 2005.

2. La difficile coopération interétatique sur les migrations économiques 204
a) Les barrières au mouvement des personnes physiques : le cas révélateur de l'AGCS 204
b) La lente émergence d'une politique européenne d'immigration économique 207
B. – *Le blocage de l'immigration irrégulière par l'intégration économique régionale* 209
1. Le renforcement des contrôles migratoires sécuritaires dans les Amériques, cible de la nouvelle stratégie commerciale des États-Unis 210
a) La «forteresse nord-américaine» fondée sur des «frontières intelligentes» 211
b) L'externalisation du contrôle des frontières en Amérique Centrale et Caraïbes 213
2. Les partenariats pour le contrôle de la migration entre Union européenne et pays tiers 215
a) Le Maroc : une frontière sûre au Sud ? 216
b) Les migrations dans le partenariat UE-ACP : le controversé Accord de Cotonou 217
II. – LES LIMITES DE POLITIQUES MIGRATOIRES UNILATÉRALES OU AXÉES SUR LE «TOUT CONTRÔLE» 219
A. – *La sous-estimation des conditions socio-économiques des régions de départ* 219
1. L'ampleur des migrations sud-sud 219
a) Des migrations intra-régionales encore très importantes 220
b) La mise à mal des projets régionaux de liberté de circulation des personnes 220
2. Les incidences des migrations de main-d'œuvre sur les pays d'origine 221
a) L'exode des compétences 221
b) Les remises de fond des émigrés : une manne financière non négligeable 222
B. – *La protection des droits fondamentaux des migrants : un objectif secondaire* 223
1. L'intégration du travailleur migrant et la protection des plus vulnérables 224
a) Le statut juridique du travailleur migrant, un facteur d'intégration déterminant 225
b) La vulnérabilité du travailleur migrant dans des secteurs spécifiques 226
2. Les «effets pervers non assumés» de la sécurisation des contrôles migratoires 229
a) La persistance de la pression migratoire 229

b) L'augmentation du danger du parcours migratoire 230
c) L'amoindrissement considérable des droits fondamentaux reconnus 230

CONCLUSION GÉNÉRALE. DES PISTES D'AMÉLIORATION 231

A. – *Reconnaître que la migration est un phénomène complexe et permanent* 232

B. – *Encadrer l'action étatique par le droit* 233

1. Un statut de séjour pour tous les travailleurs migrants temporaires . 234
2. Combattre l'immigration irrégulière par la migration légale et la sanction des employeurs 235
3. Équilibrer les intérêts sécuritaires des États avec les devoirs de protection de tous..... 236

C. – *Améliorer la régulation d'ensemble des migrations de main-d'œuvre* ... 236

1. Accroître la coopération interétatique en tenant compte de toutes les parties en cause..... 236
2. Souligner les effets bénéfiques de la migration de main-d'œuvre pour le pays hôte 238

INTRODUCTION : LA MIGRATION, ATOUT ÉCONOMIQUE ET MENACE POLITIQUE (3)

Nous vivons une ère de migration mondiale : jamais les mouvements migratoires n'ont atteint une telle ampleur, concernés autant de pays, pris tant de formes différentes. Le nombre de migrants internationaux est passé de 75 millions en 1975 à plus de 200 millions aujourd'hui. Il est probable qu'il sera multiplié par deux au cours du prochain quart de siècle (4). Les proportions les plus fortes d'immigrants internationaux se retrouvent en Australie (5.8 millions, soit 18.7 % de la population), en Amérique du Nord (40.8 millions, soit 12.9 % de la population) et en Europe (56 millions, soit 7.7 % de la population) (5).

(3) Propos tirés de : HOLLIFIELD J., «Émergence de l'État de migration», Colloque *Débordement sécuritaire : entre ouverture économique et exclusion sociale*, CEIM, Montréal, Canada, 27 octobre 2005.

(4) Voir : TARAN P. A. et GERONIMI E., «Globalisation et migrations de main-d'œuvre : Importance de la protection», *Perspectives des Migrations de Travail*, 2003, p. 2; UN Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, Suisse, SRO-Kundig, octobre 2005, p. 83.

(5) Voir : MÜNZ R., «Migrants, labour markets and integration in Europe : a comparative analysis», *Global Migration Perspectives*, 2004, p. 3; UN Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, *op. cit.*, p. 83.

Afin de cerner les enjeux entourant les politiques de recrutement de la main-d'œuvre étrangère, une présentation des caractéristiques de celle-ci s'avère un préalable essentiel.

A. – *L'intensification des migrations de main-d'œuvre*

Les migrations de travailleurs des pays en développement à destination des pays industrialisés, estimées à l'heure actuelle à 120 millions (en tenant compte des membres proches de la famille), ont augmenté au cours des dernières décennies. Il est difficile d'établir l'ampleur globale de ces flux à l'échelle mondiale : ils ne sont pas comptabilisés et il est rare que les pays publient ces chiffres, mais, indéniablement, le phénomène va en s'amplifiant (6). Cette augmentation doit cependant être relativisée. Tout d'abord, la main d'œuvre immigrée ne représente encore qu'un faible pourcentage de la main-d'œuvre totale des pays industrialisés (4,2 % en 1998). Ensuite, la moitié des migrants se déplacent d'un pays en développement à un autre, donc entre des pays où les écarts salariaux ne sont pas très marqués, par exemple entre Haïti et la République dominicaine, le Burkina Faso et la Côte d'Ivoire, l'Égypte et la Jordanie (7).

Les forces qui causent les migrations sont multiples et complexes. La guerre et la répression, la famine et les catastrophes naturelles en sont des causes importantes. Mais plus simplement, les inégalités de revenus entre pays pauvres et pays riches, la pénurie d'emplois rémunérateurs, l'absence de sécurité et de liberté jouent un rôle fondamental dans l'évolution actuelle des migrations de main-d'oeuvre. Vu l'accentuation des disparités économiques planétaires, le nombre des migrants risque fort d'augmenter dans un avenir prévisible (8).

Par ailleurs, la demande de main-d'oeuvre dans les pays hôtes ne diminue pas. Les tendances démographiques laissent à penser que l'immigration constituera une option essentielle pour remédier au

(6) OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Rapport VI, Conférence internationale du Travail, 92e session, Genève, Bureau international du Travail, 2004, p. 7. Les systèmes de compilation de statistiques varient d'un pays à l'autre, en fonction des besoins de chacun : les comparaisons entre pays sont par conséquent difficiles.

(7) *Ibid.*, p. 5. Voir aussi : ABELLA M.I., «Driving forces of labour migration in Asia», *in World Migration 2003*, Genève, International Organisation for Migration, 2003.

(8) Voir : UN Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, *op. cit.*, p. 12 ; MARTIN P. et WIDGREN J., «International Migration : Facing the Challenge», *Population Bulletin*, 2002, (Washington DC, Population Reference Bureau).

vieillissement de la population des pays industrialisés et aux menaces sur le financement des régimes de sécurité sociale (9) : elle a un impact immédiat sur l'âge et la composition de la population et assure un meilleur taux de fécondité (10).

B. – *Une main d'œuvre étrangère aux deux extrémités de l'échelle*

Présents dans presque toutes les catégories d'emplois, les migrants des pays en développement se concentrent généralement aux extrémités de l'échelle professionnelle.

En haut de l'échelle, se trouvent les spécialistes et les cadres (qui se déplacent sur les marchés du travail internes des sociétés transnationales au gré de l'expansion du commerce ou des investissements étrangers directs) et les autres travailleurs hautement qualifiés dans de nombreux secteurs d'activité, notamment les technologies de l'information et de la communication, la médecine, l'enseignement, la navigation maritime et aérienne, le journalisme et les communications, le spectacle. Dans les pays de l'OCDE, la proportion de travailleurs hautement qualifiés est en pleine croissance : tandis que la main d'œuvre étrangère a connu une croissance de 3 à 4 % par an durant la période 1995-2000, le nombre de travailleurs migrants hautement qualifiés a augmenté beaucoup plus vite (en 2000-2005, 35 %/an au Royaume-Uni, 14 %/an aux États-Unis). La plupart des pays riches facilitent l'arrivée de ces spécialistes et cadres étrangers, notamment dans le domaine de la santé : au Royaume-Uni, 30 % des médecins et 13 % du personnel infirmier sont nés à l'étranger, 50 % du personnel d'appoint du National Health Service (NHS) a été formé à l'étranger (11).

(9) Pour un résumé des enjeux, voir : OCDE, *Pénuries de main-d'oeuvre et recours à l'immigration : panorama des recherches récentes*, version abrégée d'un document présenté au Groupe de travail sur les migrations en juin 2002 et préparé par Marco Doudeijns, 2003, p. 111 et s. Voir aussi : Nations Unies, Division de la population, *World Population Prospects : The 2002 Revision*, New York , Nations Unies, 2003 , vol. II : Sex and Age distribution of the world population (Medium variants). Voir enfin le Livre vert de la Commission européenne sur les changements démographiques, qui souligne qu'en 2030, deux personnes actives (15-65 ans) devront s'occuper d'une personne inactive (plus de 65 ans) : Commission européenne, «Face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre générations», Livre vert, COM (2005) 94 final, 16 mars 2005.

(10) Tapinos G.-P., *Le rôle des migrations pour atténuer les effets du vieillissement des populations*, document présenté au Groupe de travail sur les migrations, Paris, OCDE, Doc. DEELSA/ELSA/WP2, 2000.

(11) OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op.cit.*, pp. 7 et 11.

Au bas de l'échelle, se trouve la vaste majorité des travailleurs migrants, souvent employés à des travaux salissants, dangereux et difficiles qui deviennent à la longue des «emplois d'immigrés». En effet, les flux migratoires contemporains sont majoritairement composés de travailleurs qui «remplacent» les nationaux dans des emplois non qualifiés (12). Ce phénomène s'amplifiera dans les secteurs non susceptibles de délocalisation, dont beaucoup de PME. La demande de main-d'oeuvre étrangère s'inscrit donc dans une tendance à long terme vers une expansion du secteur informel et la détérioration des emplois peu qualifiés et faiblement rémunérés. 15 % des migrants concernés se trouvent d'ailleurs en situation irrégulière : «L'ampleur des flux de travailleurs en situation irrégulière indique à l'évidence que la demande de travailleurs migrants déclarés n'est pas proportionnée à l'offre, et que ceux-ci servent de tampon entre les exigences politiques et la réalité économique» (13).

C. – *La contradiction entre besoin économique et objectif sécuritaire*

L'intensification des migrations de main-d'œuvre s'explique essentiellement par l'accroissement des disparités économiques entre pays développés et en développement et par le recours accru à la main d'œuvre étrangère dans les pays de l'OCDE dont la population active est vieillissante. Malgré la perspective d'une pénurie généralisée de main-d'oeuvre dans les pays de l'OCDE au cours des prochaines années, aucun débat sérieux sur la nécessité de l'immigration n'est tenu. La majorité des États hôtes n'a d'ailleurs pas encore instauré une véritable politique migratoire : ces derniers se contentent de recruter spontanément en tenant compte des besoins économiques nationaux ponctuels. La coopération interétatique dans le domaine des migrations économiques, demandée par les pays de départ, est donc limitée.

Depuis la fin des années 1980, et surtout après le 11 septembre 2001, la sécurité est en revanche devenue une préoccupation cen-

(12) REYNERI E., «Migrants in irregular employment in the Mediterranean countries of the European Union», *International Migration Papers*, 2001.

(13) OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, pp. 13 et 52; HATTON T.J., WILLIAMSON J.G., «What fundamentals drive World Migration?», NBER Working Paper n° 915, 2002, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, p. 3.

trale des politiques migratoires des États. Ainsi, les migrations irrégulières sont désormais considérées comme une menace *majeure* dans les nouveaux agendas sécuritaires gouvernementaux, même s'il n'existe encore aujourd'hui aucun consensus national ou international sur la définition et l'étendue du facteur «sécurité» dans le domaine des migrations (14).

Selon certains auteurs, c'est la situation paradoxale engendrée par les migrations internationales qui alimente les discours sécuritaires des pays occidentaux : en effet, le constat d'un accroissement des migrations irrégulières et du raffinement des techniques liées à ces dernières servirait à démontrer les dangers des migrations irrégulières et la nécessité de réprimer plus durement les migrants irréguliers et leurs passeurs (15). D'autres insistent plutôt sur le fait que, dans un contexte de mondialisation et de déclin de l'autorité étatique, les États cherchent à se doter de nouvelles fonctions afin de légitimer leur existence (16). En tout état de cause, les États ont déployé au cours des deux dernières décennies un ensemble de mesures visant à intercepter les migrants irréguliers se rendant vers leurs territoires ou à les renvoyer dès qu'ils atteignent leurs frontières (17). Parmi elles, figure le blocage de l'immigration irrégulière par les processus d'intégration économique régionale.

Si les analyses portant sur le lien entre sécurité et contrôles migratoires sont plus nombreuses, elles demeurent silencieuses sur la corrélation entre contrôles migratoires sécuritaires accrus et processus d'intégration économique régionale. Or, «c'est précisément dans un contexte d'élargissement et de redéfinition de la fonction économique de la frontière que ces efforts s'inscrivent, tant en Amé-

(14) Fisher D., Martin S., Schoenholtz A., «Migration and Security in International Law», *in* Aleinikoff T.A., Chetail V. (éd.), *Migration and International Legal Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005. Sur l'absence de consensus, voir : Choucri N., «Migration and Security : Some Key Linkages», *Journal of International Affairs*, septembre 2002.

(15) Voir : Bigo D., «Le champ européen de l'(in)sécurité : enquête et hypothèses de travail», *in* Fortmann M., Roussel S., Macleod A. (dir.), *Vers des périmètres de sécurité? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Montréal, Athéna éditions, 2003. Voir aussi : Huysmans J., «Defining Social Constructivism in Security Studies : The Normative Dilemma of Writing Security», *Alternatives*, 27, février 2002.

(16) Voir : Dauvergne C., «Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times», *Modern Law Review*, 2004, pp. 588-615.

(17) Voir : Crépeau F. et Nakache D., «Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection», *Choice*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 2006.

rique du Nord qu'en Europe de l'Ouest» (18). Ainsi, l'intégration économique à géométrie variable est vue de plus en plus comme une possibilité fructueuse dans la tentative de maîtriser les flux migratoires en direction des pays développés. Il s'agit en fait de conditionner l'ouverture économique des pays hôtes à des actions concrètes de la part des pays tiers (pays de départ et de transit) dans le blocage physique des flux migratoires en direction des pays hôtes. Dans les Amériques, le renforcement des contrôles migratoires sécuritaires s'inscrit dans la nouvelle stratégie commerciale des États-Unis. En Europe, ce sont les partenariats pour le contrôle de la migration qui constituent une condition *sine qua non* à tout accord de coopération avec l'Union européenne.

Ces politiques migratoires des pays hôtes connaissent de sérieuses limites, car elles ne tiennent compte que des intérêts de ces derniers. En outre, les droits fondamentaux des migrants, qui devraient servir de guide dans l'application de telles politiques, sont relégués à l'arrière-plan des objectifs étatiques.

Une première partie fera état de l'ambiguïté des politiques migratoires des pays hôtes. Elle démontrera le caractère «utilitariste» des politiques de migration de main d'œuvre et analysera la politique du «donnant-donnant» envers les pays tiers dans les stratégies de lutte contre l'immigration irrégulière. Une deuxième partie traitera du caractère incomplet de ces politiques et de leurs effets néfastes sur les droits des migrants. Notre discussion fera ressortir le caractère illusoire de la maîtrise des flux migratoires par le «tout contrôle». Des pistes d'amélioration seront abordées en conclusion, portant sur le nécessaire encadrement juridique des politiques migratoires.

I. – Des politiques migratoires ambiguës

Les processus de recrutement de main d'œuvre étrangère sont peu encadrés par les pays hôtes. Souvent, des agences privées embauchent la main d'œuvre temporaire en fonction des besoins économiques ponctuels du pays. Dans cette configuration, la lutte

(18) Pellerin H., «Intégration économique et sécurité : nouveaux facteurs déterminants de la gestion de la migration internationale», *Choix*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2004, p. 12.

contre le travail clandestin – officiellement combattu mais officieusement toléré – fait pâle figure (A). À l'opposé, les politiques de lutte contre l'immigration irrégulière sont relativement bien structurées. Elles s'inscrivent dans le contexte précis de l'intégration économique régionale à travers un ensemble de conditions imposées aux pays tiers afin que ces derniers sécurisent mieux leurs frontières respectives et coopèrent avec les pays hôtes dans ce domaine (B).

A. – *Une conception «utilitariste» de l'immigration économique*

Les politiques nationales de recrutement de la main d'œuvre étrangère sont très largement unilatérales et de moins en moins réglementées par l'appareil étatique (1). En outre, malgré les demandes des pays d'origine, les rares processus de coopération interétatique qui permettraient de clarifier les conditions d'entrée et de séjour des travailleurs migrants connaissent d'importants obstacles (2).

1. *Un dispositif simplifié visant les besoins économiques ponctuels du pays d'accueil*

Les dispositifs de recrutement et d'emploi des travailleurs étrangers peuvent être regroupés en deux grandes catégories : accords bilatéraux relatifs à l'emploi (accords sur la circulation de travailleurs entre deux pays) et autres formes de recrutement de main-d'oeuvre. Les plus importants mouvements de main d'œuvre se déroulent en dehors des accords bilatéraux : les pays d'accueil publicisent leurs programmes d'immigration et les pays d'origine agissent aussi unilatéralement pour tenter de gérer le processus d'émigration.

La durée du séjour que les travailleurs migrants sont autorisés à effectuer constitue le «point névralgique du système» (19). Les pays européens et le Japon pratiquent des politiques de migrations temporaires. Les pays connaissant une immigration de peuplement (Australie, Canada, États-Unis et Nouvelle-Zélande) ont recours,

(19) Voir : Bobeva D., Garson J.-P., «Panorama des accords bilatéraux et des autres formes de recrutement de main-d'œuvre», *in Migration et emploi. Les accords bilatéraux à la croisée des chemins*, Office fédéral de l'immigration, Intégration, Emigration Suisse (IMES), OCDE, 2004, p. 12.

parallèlement aux migrations temporaires, aux migrations permanentes. Les migrations permanentes sont relativement limitées : l'Australie, le Canada, les États-Unis et la Nouvelle-Zélande accueillent annuellement plus d'un million d'immigrants, et ce chiffre tient compte des membres directs de la famille (20). Les migrations temporaires augmentent en revanche partout (21). L'opposition traditionnelle entre migration permanente et temporaire tend toutefois à s'estomper pour certaines catégories de migrants, notamment pour les travailleurs hautement qualifiés et les étudiants, pour qui la migration temporaire est une voie possible d'installation à titre permanent. En outre, pour diverses raisons humanitaires ou pratiques, certains travailleurs migrants sont restés de manière permanente dans les pays européens (22).

a) *Les politiques unilatérales de recrutement de la main d'œuvre étrangère*

La plupart des dispositifs de recrutement de la main d'œuvre étrangère peuvent être classés en fonction de leur objectif premier qui est soit de remédier aux pénuries sectorielles de main-d'œuvre, soit de rechercher un type précis de compétence ou de qualification. Les dispositifs sectoriels sont conçus à partir de la demande de travail des entreprises afin de combler les déficits dans des secteurs particuliers en fonction du marché du travail local. Les dispositifs fondés sur les compétences reposent sur l'offre de travail des migrants et visent le recrutement d'individus qualifiés, admis dans le pays comme demandeurs d'emploi, entrepreneurs ou employés recrutés. Les dispositifs sectoriels, qui donnent aux employeurs la marge de manœuvre souhaitée pour recruter selon des critères extrêmement précis, sont en pleine croissance. Les dispositifs fondés sur les compétences, qui sont le fruit d'une politique gouvernemen-

(20) On pourra consulter pour de plus amples renseignements : «Migration Information Source» sur le site du Migration Policy Institute (renseignements par pays), en ligne : http ://www.migrationinformation.org/

(dernière consultation : 1er novembre 2005).

(21) Papademetriou D.G., O'Neil K., *Efficient Practices for the Selection of Economic Migrant*, Paper Prepared for the European Commission, DG Employment and Social Affairs, juillet 2004, p. 7.

(22) Voir : Bobeva D., Garson J.-P., «Panorama des accords bilatéraux et des autres formes de recrutement de main-d'œuvre», *op. cit.*, p. 12.; Cholewinski R., *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi – Étude comparative sur les législations et pratiques dans certains États européens*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 5.

tale avec des critères plus larges, stagnent. Cela traduit le désengagement progressif de l'État comme instrument régulateur des politiques de recrutement de main-d'œuvre étrangère : dans bien des cas, les gouvernements préfèrent «laisser faire» les règles du marché dans ce domaine (23).

i) *L'accroissement des dispositifs sectoriels*

Les dispositifs sectoriels sont les plus répandus dans les pays européens et aux États-Unis. La sélection des travailleurs repose sur les employeurs qui identifient des secteurs en pénurie de main-d'œuvre et déposent les demandes de permis de séjour et de travail. Ainsi récemment, des demandes de main d'œuvre étrangère ont été enregistrées dans les secteurs de l'agriculture (Italie, Royaume-Uni, États-Unis), de l'informatique et des nouvelles technologies (Allemagne), de la santé (Canada, Italie, Norvège, États-Unis) et de l'hôtellerie (Italie, Royaume-Uni) (24). Si cette stratégie présente des avantages (meilleure évaluation des besoins, réduction de la bureaucratie), placer le processus de recrutement dans les seules mains des employeurs augmente le risque d'exploitation des travailleurs. En effet, les travailleurs temporaires ne sont souvent pas autorisés à changer d'employeur et n'ont que deux options : endurer des conditions de travail quelquefois très difficiles ou perdre leur emploi et devoir quitter le pays (25).

ii) *La stagnation des dispositifs fondés sur les compétences*

Ces dispositifs viennent des pays d'immigration permanente (Australie, Canada et Nouvelle-Zélande). Les systèmes «à points» permettent de mesurer la «valeur» du candidat selon des critères d'intégration au pays hôte : profession, formation, expérience professionnelle, connaissances linguistiques, âge, présence de parenté, offre d'emploi dans le pays d'accueil, *etc.* Chaque critère attribue un nombre de points, un seuil minimum de points étant requis pour être admis. L'immigrant est alors souvent autorisé à venir accompagné de sa

(23) Voir : PAPADEMETRIOU D.G., O'NEIL K., «Efficient Practices for the Selection of Economic Migrant», *op. cit.*, p. 27.

(24) Voir : BOBEVA D., GARSON J.-P., «Panorama des accords bilatéraux et des autres formes de recrutement de main-d'œuvre», *op. cit.*, p. 14.

(25) Voir : PAPADEMETRIOU D.G., O'NEIL K., «Efficient Practices for the Selection of Economic Migrant», *op. cit.*, p. 11.

famille proche. À titre d'exemple, le Canada a accueilli, en 2004, 235 824 nouveaux résidents permanents : 60 % d'entre eux au titre de l'immigration économique, les autres au titre du regroupement familial, de l'asile ou de motifs humanitaires (26).

Ces systèmes visent généralement à sélectionner des citoyens avant de recruter des travailleurs. Mais le Royaume-Uni s'en est récemment servi pour un programme de migration temporaire fondé sur les compétences : le *Highly Skilled Migrant Programme* de janvier 2002. Le système britannique combine ce système à points à un système de sélection par les employeurs pour les travailleurs peu ou moyennement qualifiés dans le cadre du régime du permis de travail (*Work Permits Scheme*). Le Royaume-Uni est donc en ce sens un système mixte. Le gouvernement britannique a annoncé, en février 2005, qu'il envisageait de remplacer tous les programmes existants par un système à points unique, qui comprendrait quatre niveaux, réservés respectivement aux travailleurs très qualifiés, qualifiés, non qualifiés et aux étudiants et spécialistes. Le système resterait cependant mixte, dans la mesure où seuls les travailleurs très qualifiés seraient dispensés d'avoir déjà une offre d'emploi (27).

L'utilité d'un système à points se pose actuellement en Europe. Un système à points a été envisagé en Allemagne mais n'a finalement pas été retenu par la nouvelle loi sur l'immigration de 2005 (28). L'Assemblée Nationale française a aussi indiqué que «la France pourrait ainsi envisager d'introduire un système à points pour les étudiants admis à rester en France pour y chercher du travail, ou plus généralement pour les travailleurs qualifiés» (29).

---

(26) Voir : CIC, Division de la recherche et des statistiques stratégiques, «Faits et chiffres 2004. Aperçu de l'immigration : Résidents permanents et temporaires», juillet 2005, en ligne : http ://www.cic.gc.ca/francais/pub/faits2004/index.html (dernière modification : 31 juillet 2005).

(27) Voir : Home Office, «Working in the UK», en ligne : http ://www.workingintheuk.gov.uk (dernière consultation : 2 novembre 2005); Secretary of State for the Home Department, «Controlling our borders : Making migration work for Britain. Five year strategy for asylum and immigration», Home Office, February 2005.

(28) Voir : ANGENENDT S., «La nouvelle politique d'immigration de l'Allemagne», *Note du CERFA*, 21 avril 2005.

(29) Assemblée nationale, *D'une immigration subie à une immigration choisie : faut-il des quotas?* , Rapport déposé par la Délégation pour l'Union sur le Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques (COM [2004] 811 final/E 2813) et sur les expériences de certains pays de l'OCDE en matière de migrations à des fins d'emploi (M. Thierry Mariani), juin 2005, p. 47.

iii) *Un recours accru aux agences de recrutement privées à but lucratif*

La mobilité internationale des travailleurs est de plus en plus canalisée par des agences de recrutement privées à but lucratif. Certaines pratiques favorisent les migrations clandestines et l'exploitation des migrants. Ainsi, le système de parrainage (*khafeel*) très répandu dans les pays du Golfe a causé un afflux de main-d'œuvre sans rapport avec la demande des employeurs, d'où la présence de nombreux migrants en situation irrégulière (30). De même, de nombreuses femmes d'Europe orientale à qui sont proposés des emplois dans le domaine du spectacle, de l'hôtellerie et du tourisme sont en fait les proies des trafiquants du sexe (31). Or, «les agences de placement privées prises en flagrant délit de pratiques abusives, voire de travail illégal, échappent souvent à toute sanction. Lorsqu'elles sont sanctionnées, les peines sont bien légères par rapport aux préjudices qu'elles ont causés aux migrants» (32).

On assiste donc à un transfert des responsabilités de l'immigration de l'État vers les employeurs ou des agences privées. L'État étant moins à même d'exercer un contrôle direct sur ces processus, les risques d'abus des travailleurs migrants s'accroissent.

b) *La portée limitée des accords bilatéraux régissant les migrations de travail* (33)

Dans les années 1950 et 1960, une proportion importante des migrations intervenait dans le cadre d'accords bilatéraux conclus entre les gouvernements. Vers le milieu des années 1970, après la «crise du pétrole», le système bilatéral s'est effondré. Il a repris de l'importance à la fin des années 1990, suite à l'ouverture des fron-

(30) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 51.

(31) Voir : Condition féminine Canada, *Les travailleuses migrantes du sexe originaires d'Europe de l'Est et de l'ancienne Union soviétique : le dossier canadien*, Rapport préparé par McDonald L., Moore B., Timoshkina N., novembre 2000; Commission de droit du Canada, *Travailler, oui mais... Le droit du travail à retravailler*, Document d'information, décembre 2004, ch. 4.

(32) Confédération internationale des syndicats libres, «Migration Issues Concern Trade Unions : Background Proceedings, Action Plan and Conclusions», Consultation régionale sur la mise au point d'un mécanisme de coopération pour promouvoir et protéger les droits des travailleurs migrants, Jakarta, Indonésie, 19-21 mars 2003.

(33) On pourra consulter pour de plus amples détails : Bobeva D., Garson J.-P., «Panorama des accords bilatéraux et des autres formes de recrutement de main-d'œuvre», *op. cit.*; Papademetriou D.G., O'Neil K., «Efficient Practices for the Selection of Economic Migrant», *op. cit.*

tières des pays d'Europe centrale et orientale, et afin de contrer l'important déficit de main d'œuvre dans les anciens pays d'émigration (Portugal, Espagne, Italie). On dénombre actuellement plus de 150 accords bilatéraux relatifs à l'emploi dans les pays de l'OCDE, mais ces derniers couvrent une toute petite partie des mouvements transnationaux de main-d'oeuvre.

Ces accords bilatéraux concernent majoritairement les catégories de travailleurs peu ou moyennement qualifiés. Dans ces accords, le degré d'implication des gouvernements est élevé, chacun devant assurer l'intégrité du programme mis en place. Le pays d'origine doit trouver des travailleurs disponibles et les informer des conditions d'emploi dans le pays hôte; le pays hôte vérifie les salaires, les conditions de travail et le type d'emploi offert, par des inspections *a posteriori* et des audits.

Certains accords comprennent une dimension culturelle. Par exemple, les programmes «vacances-travail» (*Working Holidaymaker Schemes*) permettent à de jeunes adultes de prendre un emploi occasionnel pour une durée limitée afin de compléter leur budget vacances. Ces programmes visent à promouvoir les liens culturels et les échanges internationaux entre jeunes pendant de courtes périodes (allant de six mois en Italie à deux ans au Royaume-Uni). Dans d'autres accords, tels ceux relatifs aux stages ou autres formations de courte durée, particulièrement prisés en Allemagne, au Luxembourg ou en Suisse, on vise à améliorer la formation professionnelle de jeunes travailleurs ou à fournir aux étudiants une première expérience professionnelle à l'étranger.

Les accords de travail saisonnier concernent des séjours de trois mois à un an et sont généralement limités aux secteurs où l'emploi varie considérablement selon la période de l'année (hôtellerie, restauration, agriculture ou bâtiment). La plupart de ces accords comportent des quotas destinés à limiter le nombre d'admissions tout en essayant de répondre à la demande émanant des employeurs. Le plus gros fournisseur de main-d'oeuvre saisonnière par le biais d'accords bilatéraux est la Pologne qui, en 2002, comptait près de 300000 travailleurs expatriés dans d'autres pays de l'OCDE. Le programme canadien des travailleurs saisonniers agricoles, visant certains pays des Caraïbes et le Mexique, permet l'admission de 15000 travailleurs étrangers par an.

c) *Le travail clandestin, simultanément encouragé et combattu*

L'admission au compte-gouttes des travailleurs migrants et l'augmentation du nombre de travailleurs clandestins sont clairement liées. En l'absence de mesures juridiques relatives à la migration de main-d'œuvre, l'immigration irrégulière augmente. Alors que les politiques de recrutement de main-d'œuvre des travailleurs les moins qualifiés sont restrictives, les employeurs des pays hôtes mettent en place des processus de recrutement illégaux. Ainsi, les États-Unis et le Royaume-Uni ont réduit drastiquement le recrutement de main-d'œuvre étrangère peu qualifiée mais constatent un nombre important de travailleurs clandestins (34).

Une fois entrés dans le pays d'accueil, de nombreux migrants clandestins trouvent du travail dans l'économie souterraine, ce qui démontre l'existence d'un lien entre immigration clandestine et travail au noir. On estime ainsi que l'économie parallèle de l'Union européenne (ci-après UE) représente entre 7 et 16 % de son PIB. Cette économie ne concerne pas uniquement les migrants clandestins, mais ces derniers couvrent parfois jusqu'à 92 % du marché du travail.

Les migrants clandestins peuvent être soit des travailleurs peu qualifiés, soit des travailleurs qualifiés ne pouvant accéder au secteur correspondant à leur formation. Ils travaillent majoritairement dans le bâtiment, l'agriculture, la restauration ou les services de nettoyage et d'entretien, souvent recrutés pour les emplois «3D» (*dirty, dangerous and demanding*) refusés par la main-d'oeuvre locale (35). Leur statut irrégulier les rend vulnérables : incapables de s'organiser sur leur lieu de travail, ils ne bénéficient d'aucune protection sociale ou juridique accordée aux migrants réguliers. Enfin, les migrants clandestins sont une variable d'ajus-

(34) Voir : TAPINOS G.-P., «International Migration and Development», *Population Bulletin of the United Nations*, 1994, pp. 1-18; RUHS M., «The potential of temporary migration programmes in future international migration policy», Global Commission on International Migration, Policy Analysis and Research Programme, septembre 2005, p. 12; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Étude des liens entre immigration légale et immigration clandestine», COM(2004) 412 final, 4 juin 2004, non publiée au JOCE.

(35) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 52; CARRERA S., FORMISANO M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead?», *CEPS Working Paper*, 2005, p. 9.

tement qui peut être réduite lors des périodes de récession économique (36).

En bref, l'insertion des migrants clandestins dans les emplois les moins qualifiés répond à un besoin structurel des pays hôtes et l'exploitabilité générale de la main-d'oeuvre migrante en fait un instrument attractif de compétitivité.

2. *La difficile coopération interétatique sur les migrations économiques*

Les pays d'origine accordent une attention de plus en plus grande aux droits et à la protection de leurs ressortissants employés à l'étranger afin que les migrations se déroulent dans les meilleures conditions possibles. Les Philippines, par exemple, ont redoublé d'efforts pour protéger leurs expatriés et ont lancé récemment une initiative visant à réunir plusieurs pays asiatiques de départ afin qu'ils coordonnent leurs politiques en matière d'accords bilatéraux et oeuvrent de concert avec les gouvernements des pays hôtes pour promouvoir les droits des travailleurs, former et accréditer les candidats et offrir aux migrants une assistance juridique. Ces efforts ne permettent pas seulement de mieux protéger les travailleurs philippins à l'étranger. Ils parviennent aussi à réduire l'immigration irrégulière en provenance des Philippines. Malgré les résultats positifs dans ce domaine, l'exemple philippin n'a pas conduit les gouvernements des pays hôtes à mettre en place de plus amples mécanismes de coopération interétatique avec les pays d'origine dans le domaine des migrations économiques (37).

a) *Les barrières au mouvement des personnes physiques : le cas révélateur de l'AGCS*

Lors de sa mise en place, le système commercial multilatéral s'était concentré sur le commerce des marchandises. La conclusion du Cycle de l'Uruguay en 1994 et la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont toutefois introduit les services dans

(36) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne?», *in* CATIN M., REGNAULT H. (éd.), *Les pays du Sud de la Méditerranée face au défi du libre-échange*, Paris, L'Harmattan (sous presse).

(37) Voir : OCDE, *Migration et emploi. Les accords bilatéraux à la croisée des chemins, op. cit.*, p. 240 (Conclusions).

le domaine du commerce multilatéral à travers l'Accord général sur le commerce des services (38).

L'AGCS distingue quatre modes de fourniture de services : la fourniture transfrontière, la consommation à l'étranger, la présence commerciale et la présence de personnes physiques. Le Mode 4 (la présence de personnes physiques) est la fourniture de services dans un pays par des individus présents dans ce pays mais originaires d'un autre pays (ex : services de consultation ou de médecine). Les dispositions de l'accord relatives à la circulation des personnes sont détaillées dans l'Annexe sur la circulation des personnes physiques fournissant des services aux termes de l'accord, qui garantit l'autonomie des contrôles nationaux en matière d'immigration et spécifie que l'accord ne s'applique pas aux mesures affectant les individus qui tentent d'accéder au marché de l'emploi d'un membre, ni aux mesures concernant la citoyenneté, la résidence ou l'emploi permanent. L'Annexe dispose également que les membres sont libres, indépendamment de leurs obligations découlant de l'accord, de réglementer l'entrée et le séjour des individus sur leur territoire, y compris par l'adoption de mesures pour protéger l'intégrité de leurs frontières et pour garantir la circulation disciplinée des personnes physiques à travers leurs frontières (39).

Pour les pays d'accueil, comme pour les pays d'origine, le Mode 4 au titre de l'AGCS présente des avantages évidents. Les pays en développement connaissent des excédents de compétences dans le secteur des services et l'AGCS offre aux travailleurs de ce secteur la possibilité d'accéder à des salaires plus élevés dans les pays développés. La dimension temporaire des migrations au titre du Mode 4 devrait en outre dissiper les craintes des pays développés. Pourtant, la libéralisation de la circulation des prestataires de services est encore très limitée, le Mode 4 représentant moins de 2 % de la valeur totale du commerce des services. Les rares engagements pris

(38) Voir : OMC, Accord général sur le commerce des services, Avril 1994, en ligne : http ://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsintr_f.htm (date d'accès : 8 novembre 2005) [ci-après AGCS]; NAKACHE D., «La législation québécoise relative aux secteurs du tourisme et des services juridiques à l'épreuve du critère de nécessité de *l'Accord Général sur le Commerce des Services* : un équilibrage réussi en terme de protection du consommateur ?», Rapport de recherche, Montréal, Option Consommateurs, octobre 2002.

(39) Voir : NIESSEN J., «La gestion globale des migrations et l'application du régime de l'AGCS : quelles perspectives ?», 2003, p. 5, en ligne : Institut Européen des Hautes Etudes Internationales – Nice http ://www.iehei.org/bibliotheque/immigration.htm (dernière consultation : 5 novembre 2005).

privilégient les personnes hautement qualifiées et, plus particulièrement, les prestataires de services associés aux entreprises transnationales (40).

Comment expliquer le peu d'enthousiasme suscité par le Mode 4 ?

Les pays développés ont sévèrement restreint les opportunités du Mode 4 : la règlementation des visas, les difficultés de reconnaissance des qualifications des travailleurs, les restrictions quantitatives constituent autant d'obstacles dans ce domaine. Dans ce contexte, les pays en développement voient un intérêt moindre à signer des engagements dans les secteurs dans lesquels ils ne sont pas en mesure d'exporter des services. Pour les pays les moins avancés, notamment, qui «dépendent des opportunités d'exportation qui leur sont offertes par le mode 4», ces derniers considèrent avoir «peu d'autres choses à gagner de l'AGCS en général (41)». Ces pays demandent donc aux pays développés de s'engager davantage dans les secteurs des services professionnels (informatique et communication), des services sanitaires, du tourisme, de la construction, de l'audiovisuel et des transports.

Pour justifier leurs mesures restrictives dans ce domaine, les pays hôtes invoquent plusieurs préoccupations qui se sont toutes avérées infondées jusqu'ici (42). La préoccupation centrale réside dans l'idée que les travailleurs qui entrent dans un pays au titre du Mode 4 pourraient utiliser ce statut afin de rester de manière permanente dans le pays. Les prolongations de séjour sont pourtant un risque inhérent à toute forme d'entrée temporaire, y compris celle à des fins touristiques. Le facteur décisif est donc l'intention *réelle* du travailleur ou du touriste, cette dernière ne pouvant être décelée au tout début du processus (43). Une étude récente de la Banque mondiale montre en outre que les «données disponibles ne laissent pas

(40) Voir : Banque mondiale. *Perspectives économiques mondiales 2004 : réaliser les promesses de développement du Programme de Doha*, Washington, DC, Banque Mondiale, 2003, ch. 4, p. 144. Voir aussi : WURCEL G., «Movement of workers in the WTO negotiations : a development perspective», *Global Migration Perspectives*, 2004, p. 9.

(41) NIESSEN J. «La gestion globale des migrations et l'application du régime de l'AGCS : quelles perspectives ?», 2003, *op. cit.*, p. 8.

(42) Voir : OECD, *Service Providers on the Move : The Economic Impact of Mode 4*, Working Party of the Trade Committee, Paris, OCDE, pp. 31-40; WINTERS L.A., «The Economic Implications of Liberalising Mode 4 Trade», *in* MATTOO A. et CARZANIGA A. (éd.), *Moving People to Deliver Services*, Washington D.C., Banque mondiale, 2003, pp. 59-91.

(43) Voir : NIESSEN J. «La gestion globale des migrations et l'application du régime de l'AGCS : quelles perspectives ?», 2003, *op. cit.*, p. 15.

entrevoir un transfert sur grande échelle du statut temporaire vers un statut permanent pour les travailleurs» (44). Derrière les craintes officielles, figurent des objectifs inavoués : les pays hôtes veulent conserver la maîtrise de l'accès à leur territoire en cas de repli de leur situation économique (45).

b) *La lente émergence d'une politique européenne d'immigration économique*

Dès 1994, le Conseil européen avait adopté des résolutions sur l'immigration économique en instaurant un critère de préférence aux communautaires. En novembre 2000, une communication de la Commission européenne jetait les bases d'une nouvelle politique d'immigration économique (46). En juillet 2001, la Commission présentait au Conseil une proposition de directive relative à l'immigration économique, qui n'a toujours pas été adoptée (47). Cette proposition vise à harmoniser les législations nationales en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante. Elle contient des dispositions importantes sur l'égalité de traitement par rapport aux citoyens européens. La controverse entourant l'adoption de cette directive révèle d'importantes divergences de vues entre les États membres sur l'étendue des compétences de l'Union européenne (48).

(44) Banque mondiale. *Perspectives économiques mondiales 2004 : réaliser les promesses de développement du Programme de Doha, op. cit.*, p. 165. On pourra aussi consulter le texte de Martin Ruhs, qui explique qu'en Grande-Bretagne, où le permis de travail permet aux employés de faire une demande de résidence permanente après 4 années d'emploi continu, les statistiques montrent qu'en pratique, seulement un nombre restreint de migrants choisissent de le faire : RUHS M., «The potential of temporary migration programmes in future international migration policy», *op. cit.*, p. 6.

(45) Voir : NIESSEN J., «La gestion globale des migrations et l'application du régime de l'AGCS : quelles perspectives ?», *op. cit.*, p. 15; CARZANIGA A., «GATS, Mode 4, and the Pattern of Commitments», Conference on *Movement of Natural Persons Under the GATS*, Geneva, WTO, 11-12 April 2002.

(46) Voir : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Une politique communautaire en matière d'immigration», COM (2000)757 final, 22 novembre 2000.

(47) Voir : Conseil de l'Europe, «Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante», COM (2001) 386 final, 11 juillet 2001.

(48) Voir : CARRERA S., FORMISANO M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead ?», *op. cit.*, p. 4; GUILD E., «Mechanisms of Exclusion : Labour Migration in the European Union», *in* APAP J. (ed.), *Justice and Home Affairs in the EU – Liberty and Security Issues after Enlargement*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, p. 211.

En janvier 2005, le commissaire chargé de la Justice et des Affaires intérieures a publié un livre vert qui examine les solutions qui s'offrent à l'Europe en matière d'immigration économique tout en affirmant la compétence des États membres de fixer le nombre d'immigrants qu'ils accepteront sur leur territoire (49). Il n'est pas sûr que la Commission européenne parvienne à réduire les divergences de vues dans ce domaine (50).

Une approche européenne des migrations de main-d'œuvre est pourtant nécessaire, notamment depuis que l'Europe a décidé d'offrir à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures (51). Dans une tel cas, «toute modification de la politique migratoire d'un État membre [peut avoir] des répercussions sur les flux migratoires et la situation dans les autres États membres» (52). Il importe donc d'adopter une stratégie commune sur la protection des frontières extérieures et l'immigration. En outre, malgré la libre circulation des travailleurs européens et les restrictions envers les travailleurs étrangers, on constate un niveau faible de mobilité de travail parmi les citoyens européens et une augmentation de la mobilité de travail chez les citoyens de pays tiers (53).

En conclusion, les politiques de migration de main-d'œuvre, largement unilatérales, ne prennent en considération que les besoins ponctuels des pays hôtes. Elles se traduisent par un désengagement de l'État pour ce qui relève des processus de recrutement de la main d'œuvre étrangère et par une attitude ambiguë face au travail clandestin. Alors que la coopération interétatique en matière de migration économique est jalonnée d'obstacles, les pays hôtes exigent en

(49) Voir : Commission Européenne, «Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques», COM (2004) 811 final, 11 janvier 2005.

(50) Voir : CARRERA S., FORMISANO M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead?», *op. cit.*, p. 4.

(51) Le Programme de la Haye a été adopté à l'issue des Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004. Il s'agit d'un programme pluriannuel de cinq ans (couvrant la période 2005-2010) qui vise à renforcer la coopération entre États européens dans les domaines de la justice et des affaires intérieures afin de faire de l'Europe «un Espace de liberté, de sécurité et de justice», en ligne : http://www.euractiv.com.

(52) Parlement européen, «Rapport sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques , (COM (2004)0811 – 2005/2059(INI))», doc. final A6-0286/2005, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteur : Ewa Klamt, 7 octobre 2005, paragraphe H.

(53) Voir : CARRERA S., FORMISANO M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead?», *op. cit.*, p. 5.

revanche une coopération sans faille des pays d'origine et de transit dans le blocage de l'immigration irrégulière.

B. – *Le blocage de l'immigration irrégulière par l'intégration économique régionale*

On assiste depuis la moitié des années 1990 à de vastes mouvements de régionalisation qui font émerger un nouveau type de relations entre les grandes puissances et les pays tiers (54), sous forme de partenariats économiques croisant les questions commerciales, de sécurité, de développement, de démocratie et de stabilité politique. Bref, ces partenariats visent à initier une nouvelle dynamique du développement et à répondre à des préoccupations de politique intérieure et de politique étrangère. Parmi ces dernières, figure la lutte contre l'immigration irrégulière qui s'articule autour de deux axes principaux.

Le premier axe répond à une logique «économiste» et considère que le développement des pays de départ permet de réduire l'émigration. En libéralisant le commerce des biens et des services ou en augmentant les investissements directs à l'étranger, les pays hôtes espèrent stimuler la création d'emplois dans les pays à fort potentiel migratoire, réduisant par conséquent l'intention d'émigrer sur le long terme (55). Ce raisonnement ne s'est pas réalisé en pratique, comme en témoigne l'*Accord de Libre Échange Nord-Américain* (ALENA) signé par le Congrès américain en 1992 avec l'espoir implicite de réduire l'immigration irrégulière mexicaine vers les États-Unis : la population de Mexicains clandestins aux États-Unis a plus que doublé de 1990 à 2000, en dépit des renforcements du contrôle frontalier, pour atteindre aujourd'hui les 6 millions (sur 11 à 12 millions de migrants clandestins) (56). En fait, les relations entre le commerce et l'immigration sont bien plus complexes qu'il n'y paraît (57).

---

(54) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne?», *op. cit.*

(55) US Commission for the Study of International Migration and Cooperative Economic Development, «Unauthorized Migration : An Economic Development Response», Washington, DC, 1990; DIAZ-BRIQUET S., «The International Migration and Development Commission in the 1990's», *in* CASTRO M.J. (ed.), *Free Markets, Open Societies, Closed Borders? : Trends in International Migration and Immigration Policy in the Americas,* University of Miami, North-South Centre Press, 1999.

(56) Voir : PASSEL J.S., «Estimates of the Size and Characteristics of the Undocumented Population», Pew Hispanic Center Report, mars 2005.

(57) Voir : COGNEAU D., TAPINOS G.-P., «Migrations internationales, libre-échange et intégration régionale», DIAL (Développement, Institutions et Analyses de Long terme), *Documents de travail*, novembre 2000.

Devant l'échec de la régulation «naturelle» des migrations par les seuls marchés économiques, et vu les maigres résultats des stratégies unilatérales de contrôle migratoire, les États hôtes ont alors conditionné l'ouverture de leur marché à des actions concrètes de gestion des flux migratoires de la part des pays de départ et de transit. C'est le deuxième axe : mettre en relation directe les dynamiques migratoires et le processus de régionalisation. Il s'agit en fait d'ouvrir les frontières aux marchandises et aux capitaux afin de stabiliser les frontières face à la circulation des personnes. Cette stratégie permet de lire l'immigration à travers le prisme de la sécurité, ce qui va dans le sens des prises de position de certains hommes politiques, des services de police, de nombreux journalistes et d'une fraction de l'opinion publique. La conséquence pratique est la mise sur pied de «forteresses» européenne et nord-américaine qui externalisent le contrôle migratoire, pour prévenir les déplacements «à la source» et lors du transit.

Dans cette section, nous analyserons les stratégies américaine et européenne de contrôle de la migration irrégulière dans le cadre des processus d'intégration économique régionale. Même si le but recherché est le même, les moyens diffèrent. Dans les Amériques, le renforcement des contrôles migratoires sécuritaires s'inscrit dans la nouvelle stratégie commerciale des États-Unis (1). En Europe, ce sont les partenariats pour le contrôle de la migration qui constituent une condition *sine qua non* à tout accord de coopération entre l'Union européenne et ses pays tiers (2).

1. *Le renforcement des contrôles migratoires sécuritaires dans les Amériques, cible de la nouvelle stratégie commerciale des États-Unis*

Le blocage de l'immigration irrégulière en provenance des Caraïbes et d'Amérique centrale vers les États-Unis est un objectif de long terme. Il s'inscrit cependant désormais dans la nouvelle doctrine de sécurité de la Maison-Blanche qui le lie étroitement à l'expansion du libre-échange dans la région, et exige des pays de départ ou de transit une coopération en la matière sans précédent. La «doctrine Bush» (septembre 2002) fait du «libre-échange» et de l'intégration économique une «priorité essentielle» de la sécurité des États-Unis. Ainsi, dans plusieurs cas où existe un lien étroit entre les exigences de sécurité et la «maximisation des efficiences

économiques», le contrôle de l'immigration irrégulière est un enjeu de premier rang (58).

Pour comprendre ce phénomène, inutile de lire le contenu des accords de libre-échange car aucun d'entre eux ne comporte des clauses migratoires : le Sénat a d'ailleurs adopté une résolution statuant que tout futur accord de commerce auquel les États-Unis seront partie ne devait contenir aucune mesure touchant l'immigration (59). Il faut plutôt regarder au-delà des accords et voir les conditions qui ont entraîné leur adoption.

a) *La «forteresse nord-américaine» fondée sur des «frontières intelligentes»*

Le volume de transactions transfrontalières entre le Mexique, le Canada et les États-Unis, en hausse depuis l'ALÉNA, est impressionnant : le Canada et les États-Unis entretiennent la relation bilatérale la plus importante au monde en terme de flux de capital, de biens et de services; le Canada et le Mexique sont respectivement les partenaires commerciaux numéros un et deux des États-Unis; annuellement, plus de 200 millions d'individus traversent la frontière États-Unis-Canada et plus de 300 millions la frontière Mexique-États-Unis. Pour équilibrer la sécurisation croissante des frontières et les puissants intérêts économiques en Amérique du Nord, on a proposé le concept de «frontière intelligente» (*Smart Border*), mesure visant à renforcer la sécurité aux frontières tout en facilitant le transport «légal» des marchandises et des personnes (60).

(58) L'analyse de la place des migrations dans les négociations entourant la mise sur pied de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) mériterait de plus amples approfondissements. Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique dans les Amériques : un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis?», *Politiques et Société*, 2004, numéro spécial sur les Amériques, pp. 69-107.

(59) Voir : US Congress, «Senate Resolution 2 ii», 108th Congress, introduite le 31 juillet 2003. Pour la doctrine Bush, voir : US Department of State, «Strategic Goal 2 : Homeland Security. Secure the Homeland by Strengthening Arrangements that Govern the Flows of People, Goods, and Services Between the United States and the Rest of the World», *FY 2004 Performance Plan*, mars 2003.

(60) Voir : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Canada), «Édifier une Frontière Intelligente pour le XXIe Siècle», en ligne : http://www.dfait.gc.ca (section :coopération en matière d'immigration, dernière mise à jour : décembre 2004); Office of Homeland Security, «Specifics of Secure and Smart Border Action Plan», 2 janvier 2002; Office of Homeland Security, «Smart Border : 22 Point Agreement : US – Mexico Border Partnership Action Plan»; BUSH G.W., «Securing America's Borders Fact Sheet : Border Security», 2002, en ligne : http://www.whitehouse.gov/.

La coopération bilatérale Canada-États-Unis sur la sécurité aux frontières s'est nettement accentuée après le 11 septembre 2001 alors que le Canada fut la cible de plusieurs critiques *erronées*, en particulier, d'être une «passoire» pour les terroristes et d'avoir des lois trop laxistes envers les migrants et les réfugiés (61). Deux déclarations conjointes furent signées en décembre 2001, l'une d'elle, la *Déclaration sur la frontière intelligente Canada-États-Unis*, étant accompagnée d'un plan d'action détaillé (62). Plusieurs mesures relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière ont été adoptées depuis ce temps : normes communes sur l'identification biométrique; partage de l'information préalable sur les voyageurs et des dossiers passagers des vols Canada-États-Unis (y compris ceux en transit); harmonisation des politiques de visas *etc.* (63).

En mars 2002, les Présidents Bush et Fox ont annoncé la signature d'un partenariat sur la frontière États-Unis-Mexique (*U.S.-Mexico Partnership for Prosperity*) (64). Ce partenariat a une portée plus limitée que le partenariat États-Unis-Canada puisqu'il se limite à assurer le passage des personnes et des marchandises. Il ne porte donc pas sur une coopération en matière d'information et d'échange de renseignements et ne touche pas au dossier de la sécurité des travailleurs migrants mexicains. Or, la sécurisation des frontières par le Mexique devait initialement avoir lieu en contrepartie d'une régularisation du statut des travailleurs mexicains clandestins aux États-Unis ou par la mise sur pied de programmes de travailleurs temporaires dans ce pays (65). Certes, le président Bush a annoncé,

(61) Voir : ADELMAN H., «Refugees and Border Security Post-September 11», *Refuge*, 2002; CRÉPEAU F., NAKACHE D., «Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection», *op. cit.*

(62) Voir : «Déclaration conjointe de coopération sur la sécurité de la frontière et les questions touchant les migrations régionales», 3 décembre 2001, en ligne : http ://www.cic.gc.ca/francais/nouvelles/01/0126-f.html (dernière mise à jour : 3 décembre 2001), «Déclaration sur la frontière intelligente Canada-États-Unis», 12 décembre 2001, en ligne : http ://dfait-maeci.gc.ca/anti-terrorism/can-us-border-f.asp (dernière mise à jour : 7 février 2003).

(63) Voir : CRÉPEAU F., NAKACHE D., «Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection», *op. cit.*

(64) Voir : The White House, Office of the Press Secretary, «U.S.-Mexico Partnership for Prosperity», 22 mars 2002, en ligne : http ://www.state.gov/p/wha/rls/fs/8919.htm (Dernière mise à jour : 22 mars 2002).

(65) Le Ministre mexicain de l'Intérieur, Santiago Creed, faisait remarquer : «Migrant regularization would provide the United States with a greater margin of security than the one it currently has», GEST Justin, «Mexican Official Touts Amnesty as a Security Booster for the US», *Los Angeles Times*, 11 juillet 2003, p. A 8. Voir aussi : RIDGE T., CREEL S., «Alianza para la Frontera México-Estados Unidos. Declaración Conjunta sobre los avances alcanzados», Secrétariat de l'Intérieur, Mexico, 25 mars 2003.

en janvier 2004, son intention de légaliser la situation de tous les migrants clandestins mexicains qui travaillaient aux États-Unis, mais cette proposition se heurte au refus du Congrès.

Malgré les différences dans la forme de la frontière intelligente au sud et au nord des États-Unis, la dimension de la sécurité prend de plus en plus de place. Avec l'objectif de poursuivre leur stratégie régionale, les dirigeants des trois pays ont d'ailleurs signé en mars 2005 le *Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité* dont l'objectif est la création d'une «communauté nord-américaine» d'ici 2010, permettant «d'accroître la sécurité, la prospérité et l'égalité des chances de tous les Nord-Américains» (66). Ils proposent :

> «Une communauté basée sur la croyance que chaque membre bénéficie du succès de son voisin et est diminué par ses problèmes. Les frontières de cette communauté seraient définies par un tarif externe commun et un périmètre de sécurité externe. À l'intérieur de cette zone, la circulation des personnes et des produits serait légale, ordonnée et sécuritaire» (67).

Si l'intégration en matière de sécurité a lieu, ses conséquences sur les migrations peuvent inquiéter. Le document recommande en effet le développement d'une législation commune en droit des réfugiés et de l'immigration, ce qui suppose très clairement que le Canada devrait revoir à la baisse les mécanismes de protection fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés* (68) (détermination du statut de réfugié, réunification familiale, garanties entourant le renvoi d'un demandeur d'asile, *etc.*). Pour cette raison, en matière migratoire, une coopération interétatique pourrait être nettement préférable à un processus d'intégration nord-américain au plan sécuritaire.

b) *L'externalisation du contrôle des frontières en Amérique Centrale et Caraïbes*

L'Amérique centrale constitue l'unique route terrestre de l'immigration irrégulière vers le nord, chaque pays de la région formant un pays de transit du fait de la proximité avec le Mexique et les États-Unis. Bien avant le 11 septembre 2001, le programme de

(66) MANLEY J.P., ASPE P. et WELD W.F. «Créer une communauté nord-américaine», *Déclaration des présidents*, Groupe de travail indépendant sur l'avenir de l'Amérique du Nord, mars 2005, p. 4.

(67) *Ibid.*

(68) Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982.

sécurité en Amérique centrale, proposé par les présidents Bush et Fox, portait déjà sur la lutte contre le trafic de drogue, l'immigration irrégulière et le crime organisé transnational (69). Avec la mise sur pied de la doctrine Bush dans la région, on assiste à la multiplication et à la sophistication des contrôles migratoires à la frontière sud du Mexique et en Amérique centrale. On peut y voir un des motifs principaux des États-Unis pour signer, avec les quatre pays de l'Amérique centrale, un accord de libre échange (ALEAC) fin 2003. De même, le Plan Puebla Panama (PPP), qui vise à créer un corridor routier, ferroviaire et industriel le long de la côte pacifique en reliant les sept pays d'Amérique centrale au sud du Mexique, a été mis sur pied en 2001 afin, entre autres, de réduire l'émigration irrégulière des Centraméricains vers les États-Unis (70). Le Mexique et le Guatemala se chargent de mieux sécuriser leurs frontières respectives (présence militaire accrue dans les zones de transit; durcissement de la législation à l'égard des migrants; *etc.*) en échange d'un important soutien financier et matériel de la part des États-Unis. Le pays a ainsi subventionné en grande partie les programmes de rapatriement des migrants irréguliers dans les deux pays et il a fourni des bateaux à la marine mexicaine afin d'intensifier les patrouilles le long des côtes (71).

Dans les Caraïbes, qui sont un lieu tant de départ que de transit de l'immigration irrégulière vers les États-Unis (72), les États-Unis coopèrent sur plusieurs plans avec les pays de la région. Au niveau plurilatéral, l'initiative de la «troisième frontière» a été dévoilée en avril 2001, lors du Troisième Sommet des Amériques. Il s'agit d'un forum de coopération interétatique Caraïbes-États-Unis visant à assurer la «stabilité politique et commerciale» de la région. La migra-

(69) Voir : Oja M.S., «Illegal Immigration and Human Smuggling : Central America and Mexico», *International Policy Formulation, White Paper*, Mai 2002; en ligne : University of Idaho, www.martin.uidaho.edu/PDF/Immigration.pdf (dernière consultation : 3 juillet 2005).

(70) Voir : Nakache D., «L'intégration économique dans les Amériques : un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis?», *op. cit.*, pp. 69-107; Bull B., «Between Bush and Bolívar : The Puebla-Panama Plan and the Re-imagining of Meso-America», Colloque *Regions and Regionalisation*, Nordic Political Science Association/Nordic International Studies Associations, Aalborg, août 2002; Pickard M., «The Plan Puebla Panama Revived : Looking Back to See What's Ahead», *La Chronique des Amériques*, 2004.

(71) Voir : Rudolph Ch., «Homeland Security and International Migration : Toward a North American Security Perimeter?», *IRPP Conference on North American Integration*, Ottawa, avril 2004, p. 33.

(72) Voir : Thomas-Hope E., «Irregular Migration and Asylum Seekers in the Caribbean», *Discussion Paper n° 2003/48*, Word Institute for Development Economics Research, United Nations University Press, 2003.

tion irrégulière y est présentée comme une menace à la sécurité et une entrave aux flux réguliers de personnes et de marchandises (73). Après le 11 septembre 2001, la coopération a été nettement accélérée : harmonisation du cadre législatif et politique régional, augmentation de la présence physique américaine dans les Caraïbes; interception de bateaux de migrants irréguliers (74). C'est toutefois par le biais d'initiatives bilatérales que les États-unis exercent présentement leur plus grande influence en matière migratoire dans la région : ils peuvent négocier des accords plus précis. Ainsi, la République dominicaine, disposée à se joindre à la coalition américaine en Irak ou à renforcer son dispositif de contrôle migratoire à sa frontière haïtienne, a bénéficié d'une ouverture des États-Unis en matière de migration et de commerce, sous forme d'une participation à l'accord de Zone de libre-échange de l'Amérique centrale (75).

On comprend mieux ce que signifie, au plan migratoire, la présentation du Guatemala comme la «première frontière du Plan Puebla Panama» et des Caraïbes comme la «troisième frontière des États-Unis».

2. *Les partenariats pour le contrôle de la migration entre Union européenne et pays tiers*

Le Conseil européen de Séville de juin 2002 a demandé que l'immigration irrégulière occupe une place plus importante dans la politique extérieure de l'UE. Ainsi, les Quinze ont exigé que *toute* relation de l'UE avec les pays tiers (accords commerciaux, accords de coopération au développement, *etc.*) contienne des clauses en matière d'immigration, portant, notamment, sur la gestion partagée des flux migratoires et sur la réadmission des étrangers en situation irrégulière (76). L'«Agenda de Séville» revint au Conseil de Thessa-

(73) Voir : «Joint Statement by the United States of America, the Caribbean Community (CARICOM) and the Dominican Republic on the Third Border Initiative», 12 janvier 2004.

(74) Voir : NAKACHE Delphine, «L'intégration économique dans les Amériques : un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis ?», *op. cit.*, pp. 69-107.

(75) Voir : BULL Benedicte, «Between Bush and Bolivar : The Puebla-Panama Plan and the Re-imagining of Meso-America», *op. cit.*; FERGUSON J., *Migration in the Caribbean : Haiti, the Dominican Republic and Beyond*, London, Minority Rights Group International, 2003; MITCHELL Ch., «The Impact of 9/11 on Migration Relations Between the Caribbean and the United States», Conférence *Security and Democracy in the Americas*, New School University, New York, États-Unis, avril 2004.

(76) Voir : Communication de la Commission au Conseil et Parlement européen, «Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers», COM (2002) 703 final, 2002, non publiée au JOCE.

lonique de juin 2003 : les dirigeants de l'UE réclamèrent l'élaboration d'un mécanisme de suivi des relations avec les pays tiers qui ne coopèrent pas dans la lutte contre l'immigration irrégulière (77).

Afin d'illustrer cette politique du «donnant-donnant», nous présenterons le cas du Maroc, pays de transit tenant à montrer sa bonne volonté en vue d'obtenir le «statut de partenaire avancé» de l'Union européenne. Nous aborderons ensuite le traitement des migrations dans les accords de partenariat économique UE-ACP.

a) *Le Maroc : une frontière sûre au Sud?*

Le Maroc subit de multiples pressions de la part de l'UE dans le domaine des migrations, et les événements de l'automne 2005 montrent bien à quel point le pays figure en première ligne des migrations des Subsahariens : en dix jours, quatorze personnes ont été tuées par balle en tentant de franchir la frontière entre le Maroc et les territoires espagnols de Ceuta et de Melilla. Des dizaines d'autres ont été très grièvement blessées, et plusieurs centaines ont été déportées, voire abandonnées, sans eau ni vivres, en plein Sahara (78).

Le pays figure depuis novembre 2002, dans la liste très restreinte des huit pays devant faire l'objet d'un renforcement de coopération avec l'UE pour la gestion de la migration (79). Il s'inscrit aussi dans la nouvelle «Politique Européenne de Voisinage» (ci-après PEV) de l'UE, dont le but annoncé est de partager les bénéfices de l'élargissement de 2004 avec les pays limitrophes qui n'ont pas de perspective d'adhésion imminente à l'UE. La PEV offre à ces pays un renforcement de la coopération politique, sécuritaire, économique et culturelle, fondée sur des «valeurs communes» en matière d'État de droit, de bonne gouvernance, de respect des droits de la personne, de principes de l'économie de marché et de développement durable. La lutte contre l'immigration irrégulière y est présentée de manière détaillée comme un «thème prioritaire» devant permettre, entre autres, l'établissement d'un dispositif effectif de facilitation des

(77) Voir : Conseil Européen de Thessalonique, «Conclusions de la Présidence», 19-20 juin 2003, §19.

(78) Voir : RAMZI T., «Enclaves de Ceuta et Melilla : la tragédie à ciel ouvert», *L'Expression*, 9 octobre 2005.

(79) Les huit pays sont l'Albanie, la Chine, la République Fédérale Yougoslave, le Maroc, la Russie, la Tunisie, l'Ukraine, et la Turquie.

retours des clandestins dans leurs pays et une meilleure gestion de la migration dans les pays de transit (80).

La coopération de l'UE avec le Maroc s'inscrit dans le contexte de l'accord d'association euro-méditerranéen entré en vigueur en mars 2000. Le Maroc a débuté à cette même date la deuxième phase des accords MEDA et a signé, dans ce cadre, le Programme indicatif national (PIN) pour la période 2002-2004 (Meda III est en phase d'élaboration) (81). Cela signifie, outre les aspects économiques, sociaux et environnementaux, la gestion d'un volet «migration» dit prioritaire. Le contenu du volet «migration» a été précisé depuis par le Conseil européen de Séville, les nouveaux accords de coopération conclus entre l'Europe et le Maroc comportant une clause sur «la gestion commune des flux migratoires». En outre, des négociations sont en cours pour ce qui relève de la signature d'accords de réadmission. Le Maroc est toutefois réticent sur cette question et refuse notamment d'avoir à assumer seul le fardeau financier lié au retour de ses citoyens migrants. Il a formulé, dès 2001, une demande officielle à l'Union européenne pour «un partage des responsabilités» dans la gestion des flux de migration clandestine. Le Maroc a néanmoins modifié considérablement en 2003 sa législation nationale sur l'entrée et le séjour des étrangers et sur l'immigration irrégulière, jouant clairement, dans ce domaine, le jeu de l'UE (82).

b) *Les migrations dans le partenariat UE-ACP : le controversé Accord de Cotonou*

L'*Accord de Cotonou* de 2003 innove en de nombreux points par rapport aux Conventions de Lomé qui l'ont précédé. Il introduit notamment pour la première fois la dimension migratoire entre l'Union européenne et les pays ACP, ce qui a suscité au début de l'année 2000 une importante controverse (83).

(80) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne?», *op. cit.*

(81) Le programme MEDA est le principal instrument financier de l'Union européenne pour la mise en œuvre du partenariat euro-méditerranéen initié lors de la Conférence de Barcelone en novembre 1995. Les ressources budgétaires allouées à MEDA représentent 3,4 milliards – pour la période 1995-1999 et 5,4 milliards – pour la période 2000-2006.

(82) Voir : BELGUENDOUZ A., *Le Maroc coupable d'émigration et de transit vers l'Europe*, Rabat, Boukili Impressions, 2003.

(83) HAYES B., BUNYAN T., «Migration, development and the EU security agenda», *in Europe in the World' Essays on EU foreign, security and development policies*, London, BOND (British Overseas NGOs on Development), 2003, p. 64.

Bien que l'*Accord de Cotonou* considère les migrations sous plusieurs angles (dont la protection sociale des migrants et la coopération technique), dans les faits, c'est la lutte contre l'immigration irrégulière qui domine. En effet, les mesures concrètes concernent le contrôle des flux migratoires : les pays ACP s'engagent à réadmettre leurs ressortissants à la demande des États membres de l'UE «sans autre formalité», ce qui signifie sans aucune garantie en faveur des migrants (84). Ils acceptent également de négocier des accords bilatéraux régissant le rapatriement des ressortissants étrangers ou des apatrides.

Cette priorité accordée au contrôle migratoire suscite le mécontentement de la part des dirigeants des pays ACP. Ils ont rejeté «le lien établi implicitement dans la Déclaration de Séville entre l'immigration et l'aide fournie par l'UE à ses s membres» (article 64 de la Déclaration de Nadi de 2002). Ils ont insisté, dans une déclaration subséquente de 2004, sur l'urgence de prévoir des politiques d'intégration adaptées aux situations particulières des migrants ACP dans les pays européens. Ils rappellent aussi régulièrement que la gestion des flux migratoires doit se faire de façon «juste et responsable» en mettant en avant le plein développement du potentiel des migrants (85).

En bref, les nouvelles règles du jeu, qui mêlent les préoccupations sur la sécurité aux intérêts de développement ou de libre-échange, assurent aux États-Unis et à l'UE une influence certaine en matière de migration dans leurs régions respectives. Mais, au-delà des actions entreprises, où sont les résultats concrets eu égard à l'objectif visé de réduction de la migration clandestine ?

En conclusion de cette première partie, on constate que les politiques de migration de main-d'œuvre sont largement délaissées par les pays hôtes, au profit de la lutte contre l'immigration irrégulière. On assiste à un «dialogue de sourd» entre pays hôtes et pays tiers : les pays de départ demandent une meilleure protection des droits de leurs expatriés et les pays hôtes exigent des pays de départ et de

(84) Le Titre II de l'Accord de Cotonou prévoit que les pays ACP s'engagent à accepter «le retour et à réadmettre leurs propres ressortissants illégalement présents sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, à la demande de ce dernier et sans autres formalités» (art. 13, §5 (c) i)).

(85) Voir : *Déclaration de Nadi : solidarité ACP dans un monde globalisé*, Troisième sommet des chefs d'État et de gouvernement ACP, Nadi, 18/19 juillet 2002 ; *Déclaration de Maputo*, Quatrième sommet des chefs d'État et de gouvernement ACP, 24 juin 2004.

transit une collaboration active dans le contrôle des flux migratoires. Ce contexte explique que les politiques migratoires des pays hôtes connaissant de sérieuses limites dans leur mise en œuvre.

II. – Les limites de politiques migratoires unilatérales ou axées sur le «tout contrôle»

Les politiques migratoires des pays hôtes sont peu solidaires des contextes géopolitique et socioéconomique des pays de départ et de transit (A). En outre, la tournure sécuritaire des contrôles migratoires engendre une plus grande vulnérabilité du migrant, souvent privé de ses droits fondamentaux lorsque l'État souverain exerce ses prérogatives régaliennes (B).

A. – *La sous-estimation des conditions socio-économiques des régions de départ*

La lutte contre l'immigration irrégulière n'est pas la première priorité des pays de départ. La majorité d'entre eux concentrent leurs énergies sur la lutte contre les grandes violences internes et/ou les importants déséquilibres économiques et sociaux dont ils sont la proie. Puisqu'il est de plus en plus démontré que les instabilités politico-économiques des pays de départ nourrissent les mouvements migratoires, les pays hôtes devraient pourtant encourager les politiques priorisées par ces pays de départ (86).

Les migrations sud/sud (1) et les incidences des migrations de main d'œuvre sur les pays d'origine (2) sont d'autres aspects sous-estimés par les pays hôtes dans leur politique migratoire.

1. *L'ampleur des migrations sud-sud*

Les migrations intra-régionales, liées à l'histoire économique, culturelle et politique d'une région, constituent encore la majorité des déplacements de population dans le monde. Alors que la libre circulation des personnes se développe au sein d'espaces économiques

(86) Voir : Thomas-Hope E., «Irregular Migration and Asylum Seekers in the Caribbean», *op. cit.*; van Selm J., «Immigration and asylum or foreign policy : the EU's approach to migrants and their countries of origin», *in* Lavenex S. et Ucarer E.M. (éd.), *Migration and the Externalities of European Integration*, Lanham, Lexington Books, 2002.

intégrés, les déplacements traditionnels de certaines populations d'un pays à l'autre sont de plus en plus difficiles.

a) *Des migrations intra-régionales encore très importantes*

Les migrations intra-régionales sont nombreuses : plus de 54 % des migrants dans le monde quittent un pays en développement pour en rejoindre un autre, souvent proche, ou parfois sur un continent différent. Les migrations sud/sud constituent donc la principale stratégie migratoire (87). Traditionnellement justifiées par les différentiels économiques frontaliers ou par des conflits armés, les migrations sud/sud ont récemment pris de l'ampleur du fait de la restriction des accès aux pays occidentaux et de l'attraction de nouveaux pôles économiques. Elles résultent de «migration par défaut» : le durcissement des contrôles aux frontières extérieures des «forteresses» a déplacé le problème migratoire, d'abord vers les zones de contact avec les pays du Nord, puis vers les zones de transit, enfin, nettement plus au Sud. Ainsi, les difficultés de la traversée du Détroit de Gibraltar transforment le Maroc et les provinces sahariennes en escale permanente des migrants subsahariens. Or, les migrants d'Afrique noire s'y retrouvent sans protection juridique et font face à une xénophobie sociétale exacerbée (88).

b) *La mise à mal des projets régionaux de liberté de circulation des personnes*

Une autre conséquence néfaste du refus des pays occidentaux de tenir compte des migrations sud/sud est la mise à mal de certains projets régionaux de liberté de circulation des personnes. Ainsi, les économies intégrées du CA4 (Honduras, Nicaragua, Guatemala, El Salvador) permettaient à leurs habitants de circuler facilement. Sous pression accrue des États-Unis sur la lutte contre l'immigration irrégulière, le Guatemala exige en 2001 la présentation du passeport pour entrer sur son territoire et durcit sa législation à l'égard des migrants clandestins. De même, les États du Maghreb ne permettent plus la libre circulation des personnes et ont introduit des

(87) Voir : WIHTOL DE WENDEN C., «*Atlas des migrations dans le monde, réfugiés ou migrants volontaires*», Paris, Autrement, 2005.

(88) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne ?», *op. cit.*

dispositifs réglementaires sur l'entrée et le séjour des étrangers, dont certaines mesures sont incompatibles avec les droits fondamentaux (89).

2. *Les incidences des migrations de main-d'œuvre sur les pays d'origine*

Ces incidences sont nombreuses (90). Deux d'entre elles font ici l'objet d'un éclairage particulier : l'exode des compétences et le rôle croissant des remises de fond.

a) *L'exode des compétences*

La mobilité internationale des travailleurs hautement qualifiés est en hausse depuis le début des années 1990. Les effets de cet exode des compétences sur les pays d'émigration sont encore mal cernés. Ils varient suivant les caractéristiques de ces pays (notamment leur dimension et leur niveau de développement), les secteurs ou les catégories professionnelles visés, le mode de financement de l'éducation (public ou privé) et le type de migration (temporaire, durable ou circulante) (91). En fait, les flux importants de travailleurs hautement qualifiés comportent à la fois des avantages et des inconvénients.

Du côté des inconvénients, l'émigration de personnes hautement qualifiées peut gravement entraver la capacité d'un pays à atteindre la masse critique de connaissances requises pour l'innovation et l'adaptation aux conditions locales des technologies de production importées. Elle peut aussi avoir des incidences sur les flux de capitaux, notamment sur les investissements étrangers directs, puisque les entreprises tiennent compte des compétences locales disponibles avant d'investir. Enfin, certains migrants emportent avec eux d'importants volumes de fonds : la Nouvelle-Zélande offre par

(89) *Ibid.* Voir aussi : BOUBAKRI H., «Migrations de transit entre la Tunisie, la Libye et l'Afrique subsaharienne : Étude à partir du cas du Grand Tunis», Conférence régionale sur *Les migrants dans les pays de transit : partage des responsabilités*, Istanbul, Turquie, septembre 2004.

(90) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

(91) Voir : LOWELL B.L., FINDLAY A. ; «L'émigration de personnes hautement qualifiées de pays en développement : impact et réponses politiques», *Cahiers des migrations internationales*, 2002 ; OCDE, *International Mobility of the highly skilled*, Paris, 2002 ; BIT, OCDE, «One step forward to the international mobility of the highly skilled workers : summary of main issues», réunion informelle BIT/OCDE sur les migrations de travailleurs hautement qualifiés – propositions concrètes de partage plus équitable des gains, Genève, mai 2003.

exemple des visas aux personnes qui arrivent avec au moins 630000 dollars (92).

Du côté des avantages, l'effet le plus direct de l'exode des compétences est la diminution du nombre de travailleurs dans le pays, ce qui allège considérablement le taux élevé de chômage. Revenant au pays avec une expérience professionnelle acquise à l'étranger et transfèrant également des connaissances, des technologies et des investissements, les migrants favorisent en outre la croissance de l'économie. Enfin, les expatriés envoient des fonds dans leur pays par le transfert d'une partie de leur salaire.

L'exode des compétences donne donc lieu à des résultats mitigés : l'émigration des travailleurs des technologies de l'information a eu des effets salutaires en Inde, mais le départ du personnel de santé sud-africain a eu des effets catastrophiques. Il importe par conséquent de mieux cerner les cercles vertueux et vicieux de l'émigration de travailleurs hautement qualifiés : les pays développés doivent coopérer davantage avec les pays de départ sur la manière la plus efficace de gérer les échanges de compétences au plan mondial (93).

b) *Les remises de fond des émigrés : une manne financière non négligeable*

Les remises de fonds sont les sommes monétaires ou les biens que les migrants font parvenir à leurs proches dans le pays de départ. Leur montant global est tout simplement colossal : en 1970, il avoisinait les 2 milliards de dollars, il atteint aujourd'hui 150 milliards de dollars, avec une augmentation de 50 % entre 2000 et 2005 (94).

Dans une étude de 2003, la Banque mondiale indique que les fonds envoyés par les travailleurs migrants constituent la deuxième source de financement externe des pays en développement – juste après l'investissement étranger direct – et qu'ils sont trois fois supérieurs au montant de l'aide publique au développement. Les princi-

(92) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 24.

(93) Voir : UN Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, *op. cit.*, p. 24.

(94) Voir : World Bank, World Development Indicators 2005, en ligne : http ://www.worldbankorg/data/wdi2005/wditext/Cover.html (dernière consultation : 7 juin 2005) ; UN Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, *op. cit.*, p. 26.

paux pays destinataires sont le Mexique (10 milliards de dollars), l'Inde (9,9 milliards) et les Philippines (6,4 milliards), mais la part de ces remises en proportion du PIB est beaucoup plus élevée dans certains pays de taille modeste : Tonga (37 %), Lesotho (27 %), Moldova (25 %), Jordanie (23 %) (95). On comprend dès lors que les pays de départ manifestent peu d'intérêt pour une régulation stricte des flux de main-d'œuvre.

Si les effets des remises de fonds sont positifs pour les pays d'origine (96), les travailleurs migrants évitent en général le secteur financier légal en raison de la complexité administrative, des commissions élevées et des taux de change peu favorables. Une coopération accrue en ce sens, entre les institutions publiques des pays d'origine et celles des pays hôtes, est donc attendue car les remises de fond «officielles» ont des effets plus durables sur le développement du pays d'origine (97).

En bref, les politiques migratoires des pays hôtes reflètent directement leurs intérêts à court terme et prennent rarement en compte les situations politique, sociale et économique des pays de départ et de transit. La résistance de ces derniers n'est pas étonnante.

B. – *La protection des droits fondamentaux des migrants : un objectif secondaire*

L'accent mis sur le contrôle des flux migratoires a des conséquences néfastes sur les migrants. Le Processus de Puebla, par exemple, touche cinq domaines d'intervention : la formulation de politiques migratoires; le développement et la migration; la lutte contre le trafic de migrants; le renvoi des migrants irréguliers; les droits de la personne. Cependant, en réalité, l'accent est surtout mis sur le trafic de migrants, objet de volonté politique de plusieurs États membres, dont les États-Unis et le Mexique (98).

(95) Voir : Ratha D., «Workers' remittances : An important and stable source of external development finance», *in* World Bank (ed.), *Global Development Finance*, 2003, pp. 157-175.

(96) Voir : Nakache D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne ?», *op. cit.*

(97) Voir : World Bank, «Report and conclusions. International Conference on Migrant Remittances : Development impact, opportunities for the financial sector and future prospects», Londres, Grande-Bretagne, octobre 2003.

(98) Voir : Pellerin H., «Intégration économique et sécurité : nouveaux facteurs déterminants de la gestion de la migration internationale», *op. cit.*, p. 12.

On constate donc deux phénomènes parallèles : 1) les travailleurs migrants non qualifiés (le plus grand nombre) sont les laissés-pour-compte des politiques migratoires des pays hôtes, lesquels concentrent leurs énergies sur le blocage des flux migratoires plutôt que sur les politiques d'insertion des étrangers sur le marché du travail; 2) certaines mesures adoptées ou renforcées après le 11 septembre 2001 attentent sévèrement aux droits et libertés traditionnellement reconnus aux migrants irréguliers.

1. *L'intégration du travailleur migrant et la protection des plus vulnérables*

La constatation du besoin d'un accroissement des migrations de main-d'œuvre n'a pas été accompagnée de politiques clairvoyantes sur l'intégration des travailleurs migrants dans les pays hôtes. La possibilité d'acquérir un statut sûr de résidence et l'accès à l'ensemble des droits économiques et sociaux en sont des aspects importants, pourtant encore largement sous-estimés par les pays hôtes. L'accès au logement, aux soins médicaux, à la sécurité sociale, au respect des normes de sécurité et de santé au travail, aux protections contre le chômage, à la représentation syndicale constituent autant de droits fondamentaux pour les travailleurs migrants, souvent ignorés en pratique.

Nous concentrerons l'analyse sur le statut juridique du travailleur migrant, facteur important d'intégration dans le pays hôte car il détermine l'ensemble de ses droits et avantages. Il existe une nette hiérarchie dans ce domaine, les immigrants permanents bénéficiant d'un traitement très supérieur à celui des migrants temporaires. Les travailleurs migrants de certains secteurs d'emploi et les migrants irréguliers sont exposés aux pires conditions de travail, «conséquence d'une politique visant à dissuader les migrants de s'établir durablement dans le pays d'accueil» (99). Pour sa part, la sécurisation des contrôles migratoires, imposée par les pays hôtes, se révèle extrêmement nocive envers les migrants quoique inefficace eu égard à l'objectif de réduction de l'immigration irrégulière.

(99) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 50; CHOLEWINSKI R., *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi – Étude comparative sur les législations et pratiques dans certains États européens*, *op. cit.*; BRAUNSCHWEIG S., CARBALLO M., *Health and human rights of migrants*, Genève, OMS et Centre international pour la migration et la santé, 2001.

a) *Le statut juridique du travailleur migrant, un facteur d'intégration déterminant*

> «Le traitement auquel peuvent s'attendre les travailleurs migrants dans le pays d'emploi, ainsi que les opportunités d'intégration et d'installation offertes, dépendent dans une large mesure du statut de travail et de résidence qui leur est accordé au moment de la première admission» (100).

Les pays hôtes favorisent l'immigration de travailleurs hautement qualifiés plutôt que celle de travailleurs peu ou moyennement qualifiés. Ils accordent un statut de travail plus sûr au travailleur hautement qualifié, ce qui lui donne la meilleure chance d'une intégration économique et sociale durable, et lui offrent souvent rapidement le statut de résidence le plus favorable. Dans le cas des travailleurs peu ou moyennement qualifiés, c'est l'inverse. Aux Pays-Bas, par exemple, la loi sur l'emploi des étrangers a été amendée en septembre 2000 afin d'introduire un système de rotation par lequel les migrants de travail seraient admis pour une durée inférieure à trois ans, *sans accès ultérieur au marché de l'emploi* (101).

Dans la majorité des pays européens, un double système de permis de travail et de séjour permet à certains groupes de travailleurs migrants d'obtenir un statut de résidence permanente après une période donnée d'emploi et de séjour dans le pays hôte (5 à 8 ans). D'autres catégories de travailleurs migrants ne pourront jamais, en revanche, prétendre à l'obtention d'un statut de résidence permanente. Il s'agit des travailleurs saisonniers (y compris ceux autorisés à passer plus de six mois par an dans le pays), ou encore les migrants autorisés à occuper certains emplois temporaires. «Dans ces cas, les règles officielles sont manifestement conçues pour traiter ces migrants en tant qu'invités et pour empêcher leur intégration (102)». Cette approche est évidente pour les permis de travail non renouvelables ou prorogeables seulement pour une courte durée.

Pourtant, l'Enquête européenne sur les forces de travail (2003) montre bien que les migrants qui n'accèdent pas à un statut permanent dans les dix premières années ont le plus de chance de rester dans des emplois peu qualifiés et mal rémunérés (103). En outre, des

(100) CHOLEWINSKI R., *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi – Étude comparative sur les législations et pratiques dans certains États européens*», *op. cit.*, p. 88.

(101) *Ibid.*, pp. 5 et 89.

(102) *Ibid.*, p. 89.

(103) Voir : MÜNZ R., «Migrants, labour markets and integration in Europe : a comparative analysis», *op. cit.*, p. 16.

migrants qui travaillent depuis longtemps dans le pays d'accueil, y tissent naturellement des liens familiaux et sociaux qui renforcent leur enracinement. Les personnes qui restent dans le pays hôte doivent donc pouvoir évoluer et participer efficacement à la vie démocratique. Cette intégration dépend fortement des politiques mises en œuvre.

b) *La vulnérabilité du travailleur migrant dans des secteurs spécifiques*

Les travailleurs migrants se trouvent concentrés dans certaines branches d'activité dédaignées par les nationaux. Ces secteurs de l'économie sont dangereux et respectent peu la protection normalement accordée aux travailleurs.

i) *Le travail agricole*

> «Salaires de misère, conditions de travail déplorables et pression à la baisse des dispositions négociées par les syndicats dans les conventions collectives, le sort du travailleur migrant résume à lui seul les déficits de travail décent dans l'agriculture» (104).

Les États-Unis et l'Europe emploient le plus grand nombre de salariés agricoles. C'est dans ce secteur que l'on retrouve le plus de migrants. La proportion de travailleurs clandestins y est en nette progression. Aux États-Unis, elle est passée de 10 % à 50 % au cours des années 1990 (105). Le recours aux travailleurs migrants clandestins est aussi devenu une constante de l'agriculture méditerranéenne, surtout pour les activités saisonnières (106).

Sur un total de 335000 victimes d'accidents mortels du travail, on dénombre quelques 170000 travailleurs agricoles chaque année. Et des millions d'autres sont grièvement blessés lors d'utilisation de machines, de manipulation de produits agrochimiques. Les durées de travail sont souvent excessives et les périodes de repos insuffisantes. Malgré les normes de l'OIT, telle la Convention 184 sur la

(104) OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 57.

(105) *Ibid.* Voir aussi : MARTIN Ph., «Migrant wages and working conditions : comparisons by sector and country», document élaboré pour le BIT (MIGRANT), janvier 2004; RENAUT A., «Migrants dans l'agriculture européenne : les saisons de l'exploitation», *Le monde syndical* (Bruxelles, CISL), en ligne : ICFTU (International Confederation of Free Trade Unions), http :/ /www.icftu.org/www/pdf/briefing_migrantsE.pdf (dernière consultation : novembre 2005).

(106) Voir : Conseil de l'Europe, Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, «Migrants occupant un emploi irrégulier dans le secteur agricole des pays du sud de l'Europe», document 9883, 18 juillet 2003.

sécurité et la santé dans l'agriculture (2001), quelques 80 millions d'enfants de 5 à 14 ans seraient employés dans l'agriculture (107).

Aux États-Unis, un rapport récent sur les deux millions de travailleurs agricoles migrants (en situation régulière et irrégulière) fait état de conditions de travail déplorables. Les travailleurs migrants sont moins payés qu'auparavant (30 % de moins depuis 1980) : la moitié d'entre eux gagnent moins de 7500 $ par année et une famille sur deux vit avec un salaire annuel inférieur à 10000 $, ce qui est largement en dessous du seuil de pauvreté établi par Washington. Les travailleurs agricoles font aussi un métier dangereux : plus de 300000 travailleurs agricoles souffrent de problèmes pulmonaires à la suite de l'inhalation de produits toxiques. 95 % des travailleurs migrants ne possèdent aucune assurance maladie. La majorité est exclue de la plupart de normes minimales de travail (sauf en Californie) : ils ne peuvent se syndiquer, ils ne sont pas payés pour les heures supplémentaires et un tiers des enfants d'âge scolaire travaillent à temps plein sur les fermes (108).

ii) *La construction*

La construction est un secteur à forte intensité de main-d'œuvre et l'emploi de migrants est une très ancienne tradition. Ces derniers jouent un rôle particulièrement important dans les pays du Golfe, en Malaisie et à Singapour, en Israël et en Russie. La construction offrait des salaires au-dessus de la moyenne, destinés à compenser le caractère pénible et dangereux du travail. Aujourd'hui, du fait de la privatisation et de la sous-traitance, l'emploi temporaire et précaire y est en forte progression. Le taux élevé d'accidents (deux à quatre fois supérieurs à la moyenne), les nombreux licenciements, les conditions de logement déplorables, le peu de santé et sécurité au travail dissuadent les nationaux d'y travailler, d'où la création d'un cercle vicieux qui y enferme les travailleurs migrants (109).

(107) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 57.

(108) Voir : OXFAM, *Like Machines in the Fields : Workers Without Rights in American Agriculture*, Research Paper, MRS, 2004. Voir aussi : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne ?», *op. cit.*

(109) Voir : BIT, *L'industrie de la construction au XXI^e siècle : image de marque, perspectives d'emploi et qualifications professionnelles*, Rapport soumis aux fins de discussion à la Réunion tripartite sur l'industrie de la construction au XXI^e siècle, Genève, 2001 ; OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 61.

iii) *L'industrie manufacturière : travailleurs migrants et ateliers clandestins*

Recourant à une main-d'oeuvre immigrée travaillant pour de bas salaires, les ateliers clandestins refont leur apparition dans les pays développés, emploient de nombreux migrants irréguliers et se caractérisent par «des pratiques de travail contraires aux principes les plus élémentaires du respect des droits de l'homme au travail» (110). Aux s-Unis, le problème des ateliers clandestins a été largement médiatisé : par exemple à El Monte en Californie en 1995 et à Saipan (îles Mariannes) en 2000. Au cours des dernières années, des initiatives privées, notamment sous la forme de codes de conduite, sont venues compléter la législation en vigueur et encourager la promotion des principes et droits fondamentaux au travail (111).

iv) *Le secteur des services : le cas problématique des employées de maison*

Depuis quelques années, le secteur des services devient une importante source d'emplois pour les migrants, dans le commerce de gros et de détail, l'hôtellerie et le tourisme, les services de santé et les services communautaires, ainsi que dans les services ménagers (112). Les migrantes employées comme domestiques sont particulièrement vulnérables, surtout lorsqu'elles sont clandestines. Elles doivent souvent travailler pendant de très longues périodes (16 heures par jour), sans jour de repos ni compensation des heures supplémentaires. Elles sont généralement sous-rémunérées et n'ont pas de protection sociale adéquate. Elles sont exposées au harcèlement physique et sexuel, à la violence, aux abus, et sont parfois détenues sous la menace ou par la confiscation de leur salaire ou de leurs papiers d'identité. Dans plusieurs pays, la législation du travail ne s'applique pas à elles (113).

---

(110) Voir : BIT, *Les pratiques de travail dans les industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement*, Rapport soumis aux fins de discussion à la Réunion tripartite sur les pratiques de travail dans les industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement, Genève, 16-20 octobre 2000.

(111) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 64.

(112) Voir : OCDE, *Tendances des migrations internationales 2004*, Paris, 2005, Tableau I.13, p. 69.

(113) Voir : Ramirez-Machado, J.M., «Domestic work, conditions of work and employment : A legal perspective», BIT, Genève, 2003; OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, pp. 66-68.

2. *Les «effets pervers non assumés» de la sécurisation des contrôles migratoires*

La sécurisation des contrôles migratoires est un processus coûteux et inefficace. *Coûteux* en terme de budget, d'équipement et de ressources humaines, et *inefficace*, en ce que les résultats sont maigres en regard des efforts déployés (114). Comme l'a résumé Kofi Annan :

> «Rares sont les pays, s'il en existe, qui ont effectivement réussi à réduire le flux des migrations en imposant ce type de contrôle. La loi de l'offre et de la demande est trop puissante. Alors, les immigrants sont poussés à pénétrer dans le pays de façon clandestine, à y rester après l'expiration de leur visa ou à emprunter la seule et unique voie qui leur reste offerte, celle de la demande d'asile» (115).

Les mesures de contrôle de l'immigration irrégulière augmentent de plus le danger du parcours migratoire et se traduisent par d'importantes violations des droits fondamentaux des migrants, ce qu'on a pu qualifier d'«effets pervers non assumés» (116).

a) *La persistance de la pression migratoire*

La pression migratoire, sans être massive, se poursuit en direction des pays du Nord. En réponse aux nombreux contrôles migratoires, de plus en plus sophistiqués, le marché des passeurs clandestins, des faux papiers et de tous les trafics d'êtres humains en quête d'un meilleur sort s'est développé et raffiné (117). Les chiffres parlent d'eux-mêmes : aux –Unis, les migrants irréguliers sont passés de 8 millions en 2000 à près de 11 millions en mars 2005. Le *US Census Bureau* estime qu'il y aurait environ 400000 nouveaux migrants irréguliers chaque année (118). Europol estime également que près de 500000 migrants irréguliers entreraient annuellement dans l'Union européenne (119). La persistance de l'immigration irrégu-

(114) Voir : VENTURINI A., *Post-war Migration Patterns in Southern Europe, 1950-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

(115) Allocution de K. ANNAN à la conférence Emma Lazarus sur les mouvements internationaux d'êtres humains, Columbia University, New York, 21 novembre 2003 [notre traduction].

(116) Expression tirée de : WIHTOL DE WENDEN C., «L'Europe migratoire», *in* ALIGISAKIS M. (dir.), *L'Europe face à l'autre. Politiques migratoires et intégration européenne*, Genève, Europa, 2003.

(117) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne?», *op. cit.*

(118) Voir : PASSEL J.S., *Estimates of the Size and Characteristics of the Undocumented Population*, Pew, Hispanic Center Report, mars 2005.

(119) Voir : Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen, «Une politique communautaire en matière d'immigration», COM 2000/757 final, 22 novembre 2000. Voir aussi : MARIE C.-V., *Prévenir l'immigration irrégulière : entre impératifs économiques, risques politiques et droits des personnes*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 12.

lière suggère une certaine autonomie des flux par rapport aux politiques dissuasives de maîtrise des frontières : aussi longtemps que persisteront les déséquilibres économiques et sociaux, les migrants continueront de venir dans les pays du Nord, au péril de leur vie.

b) *L'augmentation du danger du parcours migratoire*

La sécurisation des frontières produit, dans les zones de transit, une optimisation des obstacles naturels face à l'immigration irrégulière. L'objectif est de déplacer les flux informels de migrants vers des zones où la pression de la vigilance est mineure du fait de conditions géographiques et climatiques difficiles représentant des obstacles dangereux censés joués comme des éléments de dissuasion. Loin de réduire les flux migratoires, le résultat principal de cette stratégie est une augmentation de la violence à laquelle sont soumis les migrants. Ces derniers vont souvent choisir la route la moins contrôlée et celle-ci sera la plus dangereuse. Ces conditions sont propices aux attaques physiques et aux exactions : on le voit à la frontière sud du Mexique où sévissent des «chasseurs d'immigrants» (120).

c) *L'amoindrissement considérable des droits fondamentaux reconnus*

Le droit international et interne des droits de l'homme a reconnu à l'étranger des protections importantes (entre autres sur le fondement du principe d'égalité) (121). Mais on assiste à une érosion de ces droits du fait de politiques migratoires répressives. En Amérique du nord, une des conséquences pratiques de la frontière intelligente est l'établissement d'un accord de tiers pays sûr Canada-États-Unis (2002), qui oblige les demandeurs d'asile à déposer leur demande dans le premier des deux pays dont ils foulent le sol : le Canada prive ces personnes d'un recours au système de détermination du statut de réfugié basé sur la Charte canadienne des droits et des libertés (1982) qui n'a pas son équivalent

(120) Voir : OJA M.S., «Illegal Immigration and Human Smuggling : Central America and Mexico», *op. cit.*, TAILLEFER G., «Immigration illégale – La troisième frontière américaine : Les «chasseurs d'immigrants» sévissent dans l'État mexicain du Chiapas», *Le Devoir*, 7-8 mai 2005.

(121) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne?», *op. cit.*; CRÉPEAU F., NAKACHE D., «Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection», *op. cit.*

aux États-Unis (122). En Europe, les clauses de réadmission des demandeurs d'asile déboutés et des migrants irréguliers, constituent des priorités dans les partenariats de l'UE avec les pays tiers, même avec la Chine, dont l'indifférence à l'égard des droits humains inquiète publiquement l'UE, et avec des pays qui ne sont pas signataires de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, comme la Syrie (123).

Conclusion générale. Des pistes d'amélioration

Les politiques de migration de main-d'œuvre mises en place par les pays hôtes manquent de transparence : souvent fondées sur les besoins économiques ponctuels du pays hôte, elles ne garantissent pas une protection efficace des travailleurs migrants. À l'opposé, les politiques de lutte contre les migrations irrégulières sont relativement développées et imposent des obligations aux pays de départ ou de transit. Les résultats sont pourtant bien maigres eu égard aux objectifs recherchés, puisque l'immigration irrégulière persiste.

Comment expliquer les limites de ces politiques respectives ? Tout d'abord, les politiques migratoires des pays hôtes sont contradictoires : les biens, les marchandises et les capitaux circulent de plus en plus facilement, tandis que la circulation des personnes est de plus en plus difficile pour les plus pauvres et les moins qualifiés, c'est-à-dire ceux qui en ont le plus besoin et qui, de tout temps, se sont ainsi déplacés à la recherche d'une vie meilleure. Ensuite, les politiques migratoires des pays hôtes sont «à double face» : elles prétendent lutter contre l'immigration irrégulière, mais tolèrent le travail clandestin car il alimente un pan important de leur économie. Enfin, les politiques migratoires des pays hôtes sont incomplètes : elles ne recherchent pas l'intérêt réciproque de toutes les parties en cause, intérêt qui serait le fruit d'un consensus entre les institutions des pays en cause, dans le respect des droits des

(122) Voir : Macklin A., «The Values of the Canada-US Safe Third Country Agreement», *Caledon Institute Paper*, décembre 2003.

(123) A ce jour, l'UE a conclu des accords de réadmission avec Hong-Kong, le Sri Lanka, la Russie, l'Albanie et Macao, et est en négociations avec le Maroc, l'Ukraine, la Turquie, le Pakistan, la Chine et l'Algérie. Résumé de synthèse : OXFAM, «Territoire inexploré : L'Internationalisation de la politique d'asile de l'UE», 2005, p. 4.

migrants (124). Ces principes étant clairement posés, formulons quelques pistes d'amélioration pour l'avenir.

A. – *Reconnaître que la migration est un phénomène complexe et permanent*

Il faut admettre, dans le discours politique et social, que, loin d'être une anomalie temporaire du système westphalien, la migration, par son ampleur, ses motivations, ses caractéristiques et ses répercussions, est un phénomène complexe et permanent de la condition humaine, une constante de civilisation et elle présente des défis incontournables pour tous les pays.

Un premier défi tourne autour des concepts de différence et d'égalité : les migrations sont alimentées par les différences entre pays et la protection des migrants exige l'égalité de traitement pour *tous*.

Un second défi sera la pleine intégration de la politique migratoire dans la planification des pays hôtes : les migrations, même temporaires, entraînent des ajustements politiques et sociaux dans le domaine de la santé, de la protection sociale ou du développement international, qu'il faut prédire pour pouvoir en planifier les effets.

Un troisième défi réside dans l'impossibilité d'ouvrir et de fermer à volonté les vannes de l'immigration comme un robinet. Les gouvernements touchés par les migrations doivent donc accepter cette constatation issue de l'expérience du XX^{e} siècle et dépasser le simple rôle de «garde-barrière».

En somme, «ils viendront». La question qui se pose à nous est de savoir jusqu'à quel niveau de violence collective nous sommes prêts à aller pour les en empêcher. Devant cette complexité, il faut donc placer l'intérêt de l'humain au centre de nos préoccupations : «Nous avons fait appel à des «travailleurs invités», et ce sont des hommes qui sont venus» (125).

---

(124) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne?», *op. cit.*

(125) Max FRISCH cité dans : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 123.

B. – *Encadrer l'action étatique par le droit*

Les États ont le pouvoir de déterminer leurs politiques migratoires. Ces politiques doivent cependant être appliquées dans un cadre juridique et normatif qui tienne compte des nombreuses protections offertes aux étrangers par le système international et régional des droits de la personne (126), au sein d'une conception moderne du droit selon laquelle la protection des droits fondamentaux prime toujours sur la raison d'État, sauf dans les cas limitativement prévus d'urgence nationale.

Un régime de migration fondé sur les droits repose en outre sur un ensemble de principes de bonne gouvernance, élaborés et mis en oeuvre par la communauté internationale, acceptables pour tous et susceptibles de servir de base à une action multilatérale concertée. L'État de droit (Rule of Law) est accepté comme principe d'organisation au plan interne et il faut l'imposer progressivement au plan international, où il a vocation à s'appliquer tout autant à la gestion des migrations qu'à l'encadrement juridique des investissements étrangers.

L'attribution d'un statut clair, uniforme et sûr résoudrait nombre de problèmes (127). Tous les travailleurs migrants doivent donc, indépendamment de leurs qualifications, se voir octroyer un statut de séjour qui leur permette, entre autres, de bénéficier des mêmes droits économiques et sociaux que les citoyens du pays hôte. Le travail clandestin doit en outre être fermement combattu (en augmentant les possibilités de migration légale) et condamné (en appliquant des sanctions lourdes à l'égard des employeurs concernés).

En fait, il convient d'appliquer aux étrangers ce que nous considérerions normal pour nous-mêmes, au plan de la responsabilité collective comme au plan de l'égalité. Il faut reconnaître la responsabilité des gouvernements dans le traitement des étrangers en conférant à ces derniers des recours accessibles pour faire assurer le respect de leurs droits. C'est ce que Monique Chemillier-Gendreau proposait déjà dans ses conclusions au colloque de Caen de la Société française de droit internationale en 1996 (128).

---

(126) Voir : Crépeau F., Nakache D., «Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection», *op. cit.*

(127) Voir : Carrera S., Formisano M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead ?», *op. cit.*, p. 9.

(128) Chemillier-Gendreau M., «Conclusions générales», *in* Société Française pour le droit international, *Droit d'asile et des réfugiés*, Paris, Pedone, 1997.

1. *Un statut de séjour pour tous les travailleurs migrants temporaires*

Il faut reconnaître que la clandestinité est une situation inacceptable et que nos gouvernements portent une part importante de la responsabilité de sa création, par des politiques qui poussent à la marginalisation sans prévoir les passerelles qui permettent d'en sortir. On doit souligner l'importance de la stabilité du statut pour une intégration sociale réussie : la précarité empêche de se projeter dans l'avenir, de construire une vie pour soi et pour ses enfants. L'arbitraire est toujours un signe de rejet, de refus de l'égale dignité fondatrice de tous les droits. Le rejet arbitraire dans la clandestinité est une posture dont nous paierons chèrement le prix, en termes d'intégration, car le désespoir qui l'accompagne crée une méfiance durable envers toutes les institutions de l'État et empêche l'allégeance au régime politique démocratique lui-même.

Il faudrait dès lors accorder à tous les migrants admis à un emploi légal un statut de séjour, pour une période d'au moins un an, indépendamment de leur niveau de qualification. Ce statut devrait leur permettre :

- de voyager librement entre pays hôte et pays d'origine;
- de changer de travail durant leur permis de séjour, pour mieux s'adapter aux changements structurels du marché du travail (129);
- d'acquérir un statut de résidence permanente après 3-5 ans d'emploi ou de séjour (130).

Pour garantir une égalité entre travailleurs migrants et ressortissants nationaux pour les droits économiques et sociaux (en droit et en pratique) (131), il conviendrait de :

(129) *Ibid.*, p. 14. Voir aussi : UN Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action, op. cit.*, p. 18; ANGENENDT S., «La nouvelle politique d'immigration de l'Allemagne», *Note du CERFA*, 21 avril 2005; PAPADEMETRIOU D.G., O'NEIL K., «Efficient Practices for the Selection of Economic Migrant», *op. cit.*, p. 11.

(130) Sur ce point, les résistances européennes sont fortes car les pays européens ne s'identifient pas comme des pays d'immigration, obstacle majeur au développement de politiques migratoires proactives et de programmes d'intégration cohérents : MÜNZ R., «Migrants, labour markets and integration in Europe : a comparative analysis», *op. cit.*, p. 1.

(131) Ces suggestions s'inspirent majoritairement des recommandations formulées par : CHOLEWINSKI R., *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi – Étude comparative sur les législations et pratiques dans certains États européens», op. cit.*, pp. 92 et s.

- S'assurer que les droits économiques et sociaux sont également reconnus, avec un accent particulier sur l'accès au logement et aux soins médicaux.
- Accorder aux migrants employés l'accès aux allocations de chômage et s'assurer que ces indemnités n'entraînent pas la perte du statut de résidence et l'expulsion.
- Respecter le droit au regroupement familial rapide (132).
- Améliorer l'inspection du travail et créer des voies de recours accessibles sans risque aux travailleurs migrants au même titre que les nationaux.

2. *Combattre l'immigration irrégulière par la migration légale et la sanction des employeurs*

Le déplacement de migrants peu qualifiés vers des régions plus développées est orienté par des réseaux de passage puis de travail clandestins en raison de l'absence de catégories d'admission pour ce type de migrants. Nous ne pourrons supprimer toutes les formes d'immigration irrégulière, mais nous pouvons limiter la souffrance qu'elle crée, en changeant notre attitude d'acceptation tacite de la main d'œuvre clandestine, considérée comme soupape de compétitivité de nos économies soumises à de fortes concurrences asiatiques et latino-américaines. Il faut éviter le double discours qui consiste à réprimer durement les clandestins que l'on attrape tout en tolérant fort bien une activité clandestine que l'on estime essentielle à de nombreux secteurs de nos économies.

Sans croire donc que tout puisse être ainsi réglé, il faut accroître les voies de migration légale, en facilitant l'accès au pays hôte (133), et sanctionner lourdement les employeurs qui exploitent les migrants irréguliers.

(132) Voir : CARRERA S., FORMISANO M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead?», *op. cit.*, p. 10; RICHE P., «Immigration. Aux États-Unis, un système qui a forgé le pays», *Libération*, 17 janvier 2005.

(133) Voir : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 70; ABELLA M.I, «Mondialisation, marchés du travail et mobilité», *Migrations Société*, 2002, pp. 181-194; CARRERA S., FORMISANO M., «An EU Approach to Labour Migration : What is the Added Value and the Way Ahead?», *op. cit.*, p. 7.

3. *Équilibrer les intérêts sécuritaires des États avec les devoirs de protection de tous*

La dégradation des droits des étrangers reflète l'idée selon laquelle, lorsque la sécurité ou la souveraineté sont en jeu, l'étranger ne devrait pas bénéficier des mêmes garanties que le citoyen. Dans toutes les périodes de crises, on s'en prend à l'étranger, au plus vulnérable dans l'opinion publique, à l'internationalement faible. Un des enjeux majeurs des politiques d'immigration est donc bien celui des limites que fixent les droits fondamentaux à l'exercice de la souveraineté des États. Rappelons deux principes.

Premièrement, l'«irrégularité» du migrant découle des règles fixant l'entrée et le séjour dans le pays hôte : leur violation ne fait de lui ni un criminel, ni un objet de non-droit.

Deuxièmement, la «sécurité» ne saurait être la justification absolue d'atteintes continues aux droits fondamentaux de quiconque : les nécessaires politiques de sécurité doivent comprendre de strictes limites – temporelles et matérielles – aux mesures qui restreignent les droits et libertés de tous. C'est à une tension permanente entre deux exigences apparemment contradictoires que doit s'attacher une véritable politique d'immigration (134).

C. – *Améliorer la régulation d'ensemble des migrations de main-d'œuvre*

Dans le système international actuel, il faut reconnaître que l'État conserve le pouvoir de décider qui entre et qui sort de son territoire. Mais ce pouvoir n'est plus absolu et il faut encourager les États à des pratiques qui respectent la dignité des individus.

1. *Accroître la coopération interétatique en tenant compte de toutes les parties en cause*

Une véritable politique migratoire doit être fondée sur une analyse des situations réelles et être menée conjointement par toutes les parties en cause en s'appuyant sur les intérêts de chacune d'entre elles. La coopération avec les pays d'origine est indispensable.

(134) Voir : NAKACHE D., «L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les États-Unis et l'Union européenne ?», *op. cit.* ; CRÉPEAU F., NAKACHE D., «Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection», *op. cit.*

De la même manière que nous gérons le marché intérieur de la main d'œuvre, il faut promouvoir une «gestion des migrations» de main-d'œuvre au moyen d'accords bilatéraux et multilatéraux entre pays d'accueil et pays d'origine, à forte dimension normative – c'est-à-dire offrant entre autres des recours aux individus concernés – et traitant des migrations sous divers aspects : admission légale, sécurité sociale, incitation à l'investissement productif des remises de fonds, transferts de capitaux et de technologies par les migrants, intégration dans le pays hôte, reconnaissance des acquis éducatifs et professionnels, *etc.* (135). Les processus consultatifs interétatiques – telle «l'Initiative de Berne» du Symposium international sur les migrations de juin 2001 – doivent aussi être encouragés (136).

La crainte que les travailleurs migrants fassent concurrence aux travailleurs nationaux n'est soutenue par aucune étude empirique. Les travailleurs temporaires étrangers sont généralement utilisés plus comme un complément que comme un substitut à la main-d'œuvre locale. Les migrants ont tendance à se concentrer dans des secteurs et des régions caractérisés par des pénuries de main-d'œuvre, par exemple dans certains domaines de la santé, de l'éducation, des technologies de l'information, de la restauration et de l'agriculture. La concurrence est par conséquent limitée (137).

> «L'ambition et la dynamique qui motivent les migrants les aident généralement à trouver des emplois, à travailler avec ardeur, et cet effort est bénéfique tant pour eux mêmes que pour les ressortissants du pays d'accueil. Le plus souvent, la présence des migrants n'a qu'un effet négatif très marginal sur les salaires des ressortissants nationaux, et ils acquittent d'ordinaire plus d'impôts qu'ils ne reçoivent de prestations financées par l'impôt. Par ailleurs, il n'existe guère d'éléments probants pour corroborer l'idée que la migration contribuerait peu ou prou à l'éviction de travailleurs nationaux (138)».

---

(135) Cette proposition est tirée du «Plan d'Action pour un marché équitable en faveur de 86 millions de travailleurs migrants» (OIT), adopté lors de la 92e session de la Conférence internationale du Travail, en juin 2004. Voir aussi : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 16.

(136) L'Initiative de Berne est un processus consultatif entre États dont le but est l'avènement d'un meilleur système de gestion des migrations aux niveaux régional et mondial grâce à la coopération entre les États. Le résultat le plus important du processus a été l'adoption de l'Agenda international pour la gestion des migrations, lors de la deuxième Conférence de Berne (16-17 décembre 2004).

(137) Voir : Niessen J., «La gestion globale des migrations et l'application du régime de l'AGCS : quelles perspectives ?», *op. cit.*, p. 14.

(138) OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op. cit.*, p. 45. Voir aussi : Carrera S., «What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU ?», *European Law Journal*, novembre 2005; Bigo D., «Security and Immigration : Toward a Critique of the Governmentality of Unease», *Alternatives*, 2002, pp. 63-92.

Il y a donc peu de raisons de ne pas ouvrir les canaux de l'immigration légale à un plus grand nombre de personnes, dans des statuts stables qui leurs donnent des choix véritables. Il faut ainsi concevoir des programmes d'immigration sélectionnée, conçue comme une opportunité offerte à un individu et à sa famille de transformer leur vie et celle de leurs enfants, et non comme une manifestation d'un néo-colonialisme qui ferait systématiquement fi des «besoins» des pays d'origine : nous serions choqués que l'on nous interdise de quitter nos pays occidentaux au motif que ces derniers auraient besoin de nous et il n'existe aucune raison pour que cette indignation nous soit exclusive.

Il faut au contraire faire de la migration et de la circulation un atout économique clef, comme le démontrent les exemples de la libre circulation des personnes en Europe et les succès de la région de Bangalore en Inde.

2. *Souligner les effets bénéfiques de la migration de main-d'œuvre pour le pays hôte*

Les autorités des pays hôtes doivent adopter des discours publics qui soulignent l'apport positif des travailleurs migrants sur le marché de l'emploi. D'autant que les pénuries de main d'oeuvre vont s'accroître dans les prochaines années à un rythme fulgurant dans les pays industrialisés (notamment Japon et Europe). Un grand nombre des secteurs touchés par la pénurie devraient relever du domaine des services auxquels les populations vieillissantes feront de plus en plus appel. Or, dans ce secteur, il n'existe pas de substitut au travail humain et les migrants sont de plus en plus nombreux.

Face au discours sécuritaire sur la «menace migratoire», il faut construire un contre-discours idéologique – discours qui puisse devenir fondateur pour nos sociétés – sur la valeur du pluralisme dans tous les domaines : économique, social, culturel, politique, *etc.* Les sociétés dynamiques sont les sociétés ouvertes, qui savent faire leurs les différences et qui, dès lors, savent attirer des individualités qui les choisissent pour y construire leur avenir économique et social.

Seul ce discours et sa traduction institutionnelle et normative, par la prégnance du principe d'égale dignité de chacun dont ils sont porteurs, peuvent enfin permettre de libérer les normes juridiques de leur instrumentalisation sécuritaire actuelle, pour nous protéger également tous.

L'EUROPE ET LES ÉTRANGERS

PAR

JEAN-YVES CARLIER (1)

PLAN

I. – BILAN 241

A. – *L'Union européenne (Luxembourg)* 241

1. L'évolution de la libre circulation interne 241

2. L'évolution de la politique migratoire 249

a) Visa 251

b) Asile 253

c) Immigration 257

3. Bilan 262

B. – *Conseil de l'Europe (Strasbourg)* 263

1. Textes 263

a) Convention européenne d'assistance sociale et médicale, du 11 décembre 1953 263

b) Convention européenne d'établissement, du 13 décembre 1955 264

c) Convention européenne sur le statut légal des travailleurs migrants, du 24 novembre 1977 264

d) Accord européen sur les règles relatives à la circulation des personnes entre États membres du Conseil de l'Europe, du 13 décembre 1957 264

e) Convention cadre pour la protection des minorités nationales, du 1er février 1985 265

f) Convention européenne sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local, du 5 février 1992 265

2. Jurisprudence 265

II. – PERSPECTIVES 268

A. – *Les rôles (qui)* 269

B. – *Les règles (quoi)* 271

(1) Professeur à l'Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve, Belgique), avocat.

1. L'entrée 272
2. Le séjour 273
a) Le migrant 273
b) L'étranger présent 276

Les deux termes du titre conduisent à un couple dont chaque membre comporte deux variantes. L'Europe d'abord. Le mot couvre deux ordres juridiques, celui de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe. L'Union européenne produit, actuellement, plus de textes législatifs en matière de migration que le Conseil de l'Europe. Toutefois la jurisprudence, qui influence tout autant les pratiques des États, n'en est, qu'à des balbutiements à Luxembourg, faute de compétence attribuée par l'Union européenne à la Cour de justice sur ces questions; alors que, à partir du texte fondamental du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de Strasbourg a développé d'importantes jurisprudences relatives aux étrangers. Le terme étranger ensuite. Il recouvre deux catégories de personnes, d'une part les migrants que sont les nouveaux étrangers souhaitant entrer ou s'installer en Europe, d'autre part les étrangers résidents de longue durée, qui ne migrent plus, mais sont des «ressortissants d'États tiers», à défaut de bénéficier de la nationalité d'un État membre.

Cette précision typologique guide le plan de l'article. Une première partie tente un bilan (I). Ce bilan examine l'évolution, dans l'Union européenne, de la place faite à la situation des étrangers ressortissants d'États tiers (A) avec un regard sur l'apport de la juridiction du Conseil de l'Europe (B). Une deuxième partie évoque les perspectives pour l'Union européenne (II). Ces perspectives distinguent la situation des étrangers migrants (A) de celle des étrangers qui résident déjà en Europe (B).

En résumé, l'article tente de préciser la place du droit dans le délicat équilibre entre les intérêts des États (souveraineté nationale) et ceux de l'étranger (droits de l'homme). L'insertion de l'Union européenne dans cette relation entre l'individu et l'État l'assouplit en la rendant moins dichotomique, mais aussi plus complexe. S'agissant de l'étranger migrant, une double distinction s'impose. D'une part, il y a lieu de distinguer la simple circulation (franchissement des frontières) de la migration d'installation (résidence). D'autre

part, certaines personnes pourraient bénéficier d'un droit à la migration, en raison des droits fondamentaux en cause (réfugiés, regroupement familial), alors que d'autres demeurent davantage tributaires de choix politiques et économiques (travailleurs, étudiants).

S'agissant de l'étranger résident de longue durée, sa présence dans la société conduit, quel que soit son statut, à lui reconnaître des droits. Le débat n'est pas uniquement celui de son séjour et de son intégration, mais aussi celui de sa place «politique» dans la société, celui de sa citoyenneté. Ces questions ne sont pas exemptes de conflits. En tant qu'outil parmi d'autres, veillant à l'ordonnancement de la vie en société, le droit peut contribuer à l'organisation d'une société à la fois ouverte, respectueuse des particularités et faisant «sens commun». Sans doute est-ce l'un des défis majeurs de la construction de sociétés démocratiques pour lequel l'Europe, malgré ses faiblesses structurelles ou peut-être grâce à elles, est mieux armée que les États nations.

I. – Bilan

A. – *L'Union européenne (Luxembourg)*

1. *L'évolution de la libre circulation interne*

Dès 1957 dans le Traité de Rome, fondateur de la Communauté économique européenne, la liberté de circulation des travailleurs est conçue comme un complément de la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux. L'article 48 du traité (devenu art. 39 CE) prévoit que «la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté». C'est une liberté de circulation interne, ce n'est pas une disposition relative à l'immigration externe. On constate toutefois que la nationalité des travailleurs qui peuvent circuler dans la Communauté n'est pas précisée. Même s'il fut très vite considéré que les travailleurs visés sont les travailleurs ayant la nationalité d'un État membre, cette lacune du texte, qui pouvait prêter à interprétation plus large, montre que l'immigration en provenance des pays tiers n'était, à l'époque, une préoccupation, ni positive ni négative. La migration était intra-européenne et se faisait principalement de l'Italie vers le nord de l'Europe. Assez rapidement

cette libre circulation interne va connaître trois extensions, parmi d'autres, qui vont avoir une incidence sur la question des migrations. Elles concernent la nationalité des personnes, leur activité et le type de circulation.

Une première extension se fait quant à la nationalité. Limitée en principe aux nationaux des États membres, divers textes vont étendre la libre circulation interne à des ressortissants d'États tiers. Les membres de la famille des travailleurs bénéficient de la libre circulation quelle que soit leur nationalité (2). Si la famille s'entend au sens classique de famille nucléaire, c'est-à-dire les conjoints mariés, les enfants de moins de vingt-et-un ans ou à charge et les ascendants à charge, l'interprétation de ces notions sera assez souple. Ainsi les conjoints (3) ou les enfants (4) peuvent vivre séparés de leur famille; si le droit national du pays d'accueil reconnaît valeur juridique à une union hors mariage pour ses nationaux, il doit aussi permettre le regroupement familial du conjoint d'un européen dans les mêmes conditions (5). L'influence la plus prégnante de ce droit au regroupement familial d'un étranger à l'égard d'un Européen concerne les pays qui, comme la Belgique, ont assimilé les membres de la famille d'un national aux membres de la famille d'un Européen. L'objectif est d'éviter les discriminations à rebours. Puisque pour traiter sans discrimination un travailleur européen, on a voulu qu'il puisse circuler avec sa famille, permettant par exemple à un Italien de séjourner en Belgique avec son épouse tunisienne, la loi nationale belge prévoit que le Belge sédentaire qui réside en Belgique doit pouvoir y vivre avec son épouse marocaine (6). Or, si réfé-

(2) Règlement 1612/68 du Conseil (CEE) du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, 6257, p. 2, art. 10. Directive 68/360 du Conseil (CEE) du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257, p. 13. Ces textes sont abrogés et refondus dans la Directive 2004/38 (*infra*). Voir par exemple : BARRETT G., «Family Matters : European Community Law and Third-Country Family Members», *Common Market Law Review*, 2003, p. 369.

(3) CJCE, *Diatta*, aff. 267/83, 13 février 1985, *Recueil*, 1985, p. 567 (Épouse sénégalaise d'un Français, tous deux résidant séparément à Berlin).

(4) CJCE, *Echternach et Moritz*, aff. 389/87 et 390/87, 15 mars 1989, *Recueil*, 1989, p. 723 (Enfants allemands souhaitant résider et poursuivre leurs études aux Pays-Bas alors que les parents, qui travaillaient aux Pays-Bas, sont retournés en Allemagne).

(5) CJCE, *Reed*, aff. 59/85, 17 avril 1986, *Recueil*, 1985, p. 1283 (Partenaires anglais séjournant aux Pays-Bas).

(6) Loi belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, art. 40, al. 6 (texte mis à jour : www.dofi.fgov.be); CARLIER J.-Y. et SAROLÉA S. (dir.), *Droit des étrangers et nationalité*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 121.

rence est ainsi faite au droit européen, la Cour de justice des Communautés européennes estimera pouvoir, indirectement, contrôler le respect des conditions de ce droit au regroupement familial comme s'il s'agissait de la famille d'un Européen qui circule (7). Ainsi, lorsque la Cour décide dans sa jurisprudence MRAX qu'il ne peut être exigé d'un ressortissant d'État tiers, membre de la famille d'un Européen qu'il dispose des titres requis pour son accès au territoire, concrètement d'un visa en cours de validité, pour bénéficier du droit de séjour (8), la Belgique devra reconnaître le même droit de séjour à un étranger membre de la famille d'un Belge. Ainsi, un Afghan qui est en séjour irrégulier, par exemple après avoir été débouté d'une demande de statut de réfugié, et qui épouse une Belge ou une Française séjournant en Belgique, bénéficiera du même droit de séjour (9). L'élargissement de la libre circulation à un ressortissant d'État tiers est aussi possible par la liberté économique de circulation des services. Une entreprise européenne, bénéficiant de la libre circulation des services peut prester un service dans un autre État membre avec ses travailleurs habituels, quelle que soit leur nationalité (10). Leur droit de séjour est limité à une prestation temporaire, et ils sont soumis au droit du travail des pays de la prestation (11). Cette circulation interne des étrangers ressortissants d'États tiers est appelée à s'étendre encore (*infra*).

---

(7) CJCE, *Dzodzi*, aff. C. 297/88, 18 octobre 1990, *Recueil*, 1990, p. 3763 (Veuve togolaise d'un Belge, venue s'installer en Belgique).

(8) CJCE, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX)*, aff. C-459/99, 25 juillet 2002, *Recueil*, 2002, p. I-6591 (Interprétation d'une circulaire imposant aux membres de la famille de Belges et d'Européens de retourner dans leur pays d'origine pour y obtenir, de l'ambassade de Belgique, un visa regroupement familial).

(9) À l'inverse de la loi belge, la loi anglaise peut favoriser ses nationaux en accordant plus de droits aux membres de leur famille, CJCE, *Kaba I*, aff. C-356/98, 11 avril 2000, *Recueil*, p. I-2623 et *Kaba II*, aff. C-466/00, 6 mars 2003, *Recueil*, p. I-2219 (Ex-Yougoslave époux d'une Française résidant tous deux au Royaume-Uni qui refuse à M. Kaba un droit de séjour permanent dans les mêmes conditions que s'il était l'époux d'une Anglaise. Pour une critique de cet arrêt au regard du principe de non-discrimination et des droits de la défense, voir : CARLIER J.-Y., «Chronique de jurisprudence. Libre circulation des personnes», *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 2004, p. 77, §11).

(10) CJCE, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, 27 mars 1990, *Recueil*, 1990, p. I-1417 (Entreprise portugaise construisant en France le TGV avec ses travailleurs portugais durant la période de transition à la suite de l'adhésion du Portugal qui bénéficiait déjà de la libre circulation des services, non de celle des travailleurs. Cette jurisprudence est aujourd'hui applicable à huit nouveaux États membres qui sont également soumis, dans la plupart des anciens États, à une période de transition pour la libre circulation des travailleurs). CJCE, *Vander Elst*, aff. C-43/93, 9 août 1994, *Recueil*, p. I-3803 (Société belge procédant à la démolition du château Lanson en France avec ses travailleurs marocains).

(11) Face au risque de dumping social, la Cour a souligné dans l'arrêt *Vander Elst* précité que «le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent leur législation ou

Une deuxième extension est relative aux activités. La libre circulation des travailleurs est devenue une libre circulation des personnes. Après de premières extensions encore liées à l'activité économique comme la libre circulation des futurs travailleurs que sont les demandeurs d'emploi (12) et les étudiants (13) ou les anciens travailleurs que sont les retraités (14), le droit de séjour sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne a été reconnu dans une directive de 1990, à toute personne ayant la nationalité d'un État membre (15) et confirmée, en 1992, dans le Traité de Maastricht, comme droit de tout citoyen européen (16). Depuis 2001, la Cour a affirmé à plusieurs reprises en matière de libre circulation des personnes que «le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique» (17). Ce droit de séjour de tout citoyen européen est limité par la possession de moyens de subsistance suffisants afin qu'il ne tombe pas à charge du système d'aide sociale du pays

---

les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux relatives aux salaires minimaux à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur» (§23). La proposition contestée de directive sur la libre circulation des services (dite *Bolkestein)* qui prévoyait, à l'inverse, l'application de la loi du pays d'origine de l'employeur excluait toutefois de son champ d'application la situation des travailleurs détachés.

(12) CJCE, *Antonissen*, aff. C-292/89, 26 février 1991, *Recueil*, 1991, p. I-475 (Belge demandeur d'emploi au Royaume-Uni. La Cour fixe la durée de séjour comme demandeur d'emploi à six mois, renouvelable une fois, si l'intéressé apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé).

(13) CJCE, *Gravier*, aff. 293/83, 13 février 1985, *Recueil*, 1985, p. 593 (Une étudiante française doit avoir accès sans discrimination, c'est-à-dire sans paiement de droits complémentaires, à un enseignement professionnel en Belgique comme l'école des Beaux-Arts, spécialité bande dessinée) et CJCE, *Raulin*, aff. C. 357/89, 26 février 1962, *Recueil*, 1992, p. I-1027 (En conséquence de l'accès sans discrimination à l'enseignement une Française étudiant aux Pays-Bas doit nécessairement y bénéficier d'un droit de séjour). Ce droit de séjour des étudiants sera confirmé dans la directive 90//366 du 28 juin 1990, annulée pour non-respect des prérogatives du Parlement européen, remplacée par la directive 93/96 du 29 octobre 1993, *JOCE*, 1993, L 317, p. 59, elle-même intégrée dans la directive 2004/38 *(infra)*.

(14) Directive 90/365 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *JOCE*, 1990, L. 180, p. 28, également intégrée dans la directive 2004/38.

(15) Directive 90/364 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *JOCE*, 1990, L 180, p. 26, également intégrée dans la directive 2004/38.

(16) Actuel article 18 CE.

(17) CJCE, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, 20 septembre 2001, *Recueil*, 2001, p. I-6193, §31 (Un Français étudiant l'éducation physique à l'Université de Louvain en Belgique doit bénéficier d'une aide sociale temporaire).

d'accueil. Cette condition a conduit certains à qualifier la directive séjour de directive «play-boy». Cette condition de moyens de subsistance n'exclut pas totalement le droit à des aides sociales lorsque le citoyen européen séjourne légalement sur le territoire d'un autre État membre (18) et a un «lien réel» suffisant avec cet État (19). Ce faisant, par ce critère de «lien réel», à côté du critère de nationalité imposé par les textes, la Cour développe une citoyenneté de résidence dont les contours ne sont pas encore clairs (20).

La troisième extension introduit des distinctions selon la qualité de la circulation. Classiquement, en droit européen, la libre circulation des personnes désigne en réalité le droit de séjour dans un autre État membre. Il s'en déduit que la circulation est nécessaire mais non suffisante. La circulation est nécessaire, car il n'est pas possible de bénéficier des droits liés à la libre circulation sans circuler. Cette tautologie a des conséquences complexes. En principe, les situations purement internes qui concernent les Européens sédentaires, même si le membre de leur famille est un immigré ressortissant d'État tiers, échappent au droit communautaire (21), sauf si le droit national concerné prévoit une assimilation pour éviter les discriminations à rebours (22). Cette exclusion des situations purement internes con-

(18) *Grzelczyk* précité et CJCE, *Trojani*, aff. C. 456/02, 7 septembre 2004, *Recueil*, 2004, non encore publié au recueil (Droit aux prestations d'assistance sociale pour un sans-domicile fixe français séjournant en Belgique).

(19) CJCE, *Collins*, aff. C-138/02, 23 mars 2004, *Recueil*, 2004, p. I- 1703 (Refus d'aide sociale à un Américain-Irlandais qui séjourne au Royaume-Uni, au motif d'absence de lien réel, car il a vécu presque toute sa vie aux États-Unis et en Afrique); CJCE, *Bidar*, aff. C-209/03, 15 mars 2005, *Recueil*, 2005, p. I-2119 (Aide à un étudiant français au Royaume-Uni, sous forme de prêt subventionné car, y résidant depuis longtemps, il y a un lien réel suffisant).

(20) Sur l'analyse de toute cette évolution, voir notamment : CARLIER J.-Y., «Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation des personnes», *in* DE SCHUTTER O. et NIHOUL P. (dir.), *Une constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 143; CARLIER J.-Y. et VERWILGHEN M. (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Luxembourg, OPOCE, 2000 (en français et en anglais);. GUILD E., *The Legal Elements of European Identity*, The Hague, Kluwer, 2004; CARLIER J.-Y., «La citoyenneté européenne de proximité. En marge de l'arrêt *Schempp*» *in Liber amicorum Jacques Malherbe*, B ruxelles, Bruylant, 2006, à paraître.

(21) CJCE, *Morson et Jhanjan*, aff. 35/82 et 36/82, 27 octobre 1982, *Recueil*, 1982, p. 3723 (Surinamaises qui ne peuvent utiliser le droit européen pour bénéficier d'un droit de séjour aux Pays-Bas avec leurs enfants néerlandais); CJCE, *Koua Poirrez*, aff. C-206/91, 16 décembre 1992, *Recueil*, 1992, p. I-6685 (Un jeune Ivoirien adopté par un Français vivant en France ne peut, sur la base du droit communautaire, bénéficier d'une allocation pour handicapé). CJCE, *Uecker et Jacquet*, aff. C-64/96 et C-65/96, 5 juin 1997, *Recueil*, 1997, p. I-3171 (Les épouses norvégienne et russe d'Allemands vivant en Allemagne ne peuvent se prévaloir du droit communautaire pour obtenir des droits sociaux égaux aux nationaux, comme un contrat de travail à durée indéterminée).

(22) CJCE, *Dzodzi*, aff. C. 297/88, 18 octobre 1990, *Recueil*, 1990, p. 3763.

naît toutefois des tempéraments. Ainsi, une Anglaise s'étant installée en Allemagne doit pouvoir revenir au Royaume-Uni avec son mari indien auquel le droit de séjour ne peut être refusé. C'est peut être une situation nationale d'une Anglaise en Angleterre, ce n'est point une situation purement interne, car il y a eu circulation (23). Ainsi encore, et plus étonnamment, point n'est besoin d'une circulation physique, une circulation fictive suffit, en cela qu'une personne possédant la nationalité d'un autre État membre entre dans le champ de la libre circulation de ce seul fait, même si elle ne s'est pas déplacée entre ces deux États. Ceci peut avoir des conséquences pour les binationaux ayant la nationalité d'un État membre et d'un État tiers (24) ou deux nationalités européennes (25). Ceci peut aussi avoir des conséquences en cas de simple acquisition d'une nationalité d'un État membre de l'Union européenne. L'affaire *Chen* l'illustre parfaitement (26).

Deux Chinois, monsieur et madame Chen, souhaitent avoir un deuxième enfant, à l'encontre de la politique chinoise de l'enfant unique. Leur travail leur permettant de séjourner temporairement au Royaume-Uni, ils décident de mettre l'enfant au monde en Europe. Contrairement à d'autres Chinoises, madame Chen ne va pas demander le statut de réfugiée pour ce motif (27). Elle va accoucher d'une petite fille en Irlande du Nord et, obtenir, *iure soli* la nationalité irlandaise pour son enfant. Revenue en Angleterre, elle demande le droit de séjour permanent pour son enfant en qualité de citoyenne européenne et pour elle-même, ressortissante d'État tiers, en qualité de mère. L'Angleterre refuse, y voyant une démarche frauduleuse et une situation purement interne en l'absence de frontière entre le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord. La Cour fait droit au point de vue de madame Chen, estimant qu'il n'y a pas violation du droit communautaire en utilisant la possibilité offerte par le code de la nationalité de la république d'Irlande qui accorde sa nationa-

(23) CJCE, *Singh*, aff. C-370/90, 7 juillet 1992, *Recueil*, 1992, p. I-4265.

(24) CJCE, *Micheletti*, aff. C-369/90, 7 juillet 1992, *Recueil*, 1992, p. I-4239 (Un dentiste italo-argentin doit pouvoir s'installer en Espagne même s'il n'a jamais vécu en Italie et vient directement d'Argentine).

(25) CJCE, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, 2 octobre 2003, *Recueil*, 2003, p. I-11613 (Deux jeunes Belgo-Espagnols, nés en Belgique et y ayant toujours résidé, doivent pouvoir porter le double nom des père et mère selon leur loi nationale espagnole).

(26) CJCE, *Chen* , aff. C-200/02, 19 octobre 2004, *Recueil*, 2004, non encore publié au recueil.

(27) Voir : CARLIER J.-Y., *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 752; ALLAND D. et TEITGEN-COLLY C., *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, p. 420.

lité à toute personne née dans l'île et considérant que la possession de cette nationalité d'un autre État membre, même sans franchissement des frontières, suffit pour entrer dans le champ de la libre circulation. En conséquence, rappelant que la citoyenneté européenne est le statut fondamental, la Cour reconnaît à l'enfant Chen le droit de séjour en Angleterre en qualité de citoyenne européenne disposant, de par sa mère, de moyens de subsistance suffisants. En outre, la mère elle-même, bien que n'étant pas citoyenne européenne, doit bénéficier d'un droit de séjour, afin de donner effectivité au droit de séjour de l'enfant et d'éviter une violation de la vie familiale qui serait contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*infra*, B. Strasbourg). L'affaire *Chen*, qui peut avoir une incidence importante sur les migrations familiales, est le résultat de la synthèse des trois éléments de l'élargissement. La mère bénéficie de l'élargissement de nationalité aux ressortissants d'État tiers membres de la famille, même si elle n'est pas une ascendante à charge de l'enfant. L'enfant bénéficie de l'élargissement à tout citoyen disposant de moyens de subsistance, même si ceux-ci lui viennent de sa mère. Toutes deux bénéficient de l'élargissement de la notion de circulation, fût-elle fictive, par la nationalité. L'ensemble de ces élargissements du droit de séjour du citoyen européen est également synthétisé dans une nouvelle directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (28). Cette directive procède à une refonte de la libre circulation en intégrant les textes divers relatifs à différentes catégories de personnes et en reformulant certains droits à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Parmi les nouveautés, on notera que «le citoyen de l'Union [et les membres de leur famille] ayant séjourné légalement pendant une période ininterrompue de cinq ans sur le territoire de l'État membre d'accueil acquièrent le droit de séjour permanent sur son territoire» (art. 16). Ce droit de séjour permanent n'est plus conditionné par la possession de moyens de subsistance suffisants. Avant ce délai de cinq ans, le droit de séjour demeure conditionné par le fait que le citoyen «ne devienne pas une charge déraisonnable pour le système d'assis-

(28) *JOCE*, 2004, L. 158, p. 77 avec rectificatif au *JOCE*, 2004, L. 229, p. 35. La directive doit être transposée dans les droits nationaux pour le 30 avril 2006.

tance sociale de l'État membre d'accueil» (art. 14, §1), mais, conformément aux indications de la jurisprudence, «le recours au système d'assistance sociale pour un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement» (art. 14, §3) (29).

Une autre distinction s'impose au sein de la notion de circulation pour comprendre en quoi si elle est nécessaire, fût-ce fictivement, elle n'est pas suffisante. Il s'agit de distinguer la circulation des personnes, au sens classique de droit de séjour avec installation, du simple mouvement par franchissement des frontières, appelé aussi séjour touristique ou de courte durée. Ici aussi le droit de l'Union européenne a fortement évolué pour permettre largement le franchissement des frontières intérieures à l'Union, sans contrôle. Complément de la circulation des marchandises, la liberté de franchissement des frontières est connue depuis 1957 au sein du Benelux et de l'Union nordique. En 1985, l'accord de Schengen prévoit la suppression graduelle des contrôles aux frontières intérieures qui sera mise en œuvre, en 1990, par la convention du même nom, intégrée dans le droit communautaire sous le vocable «acquis Schengen» (30). Cette suppression des contrôles aux frontières internes semblait également pouvoir se déduire de l'établissement, au 1er janvier 1993, d'un marché intérieur comportant «un espace sans frontières intérieures», introduit dans le Traité CE par l'Acte unique européen en 1986 (article 8 A, devenu 7 A, devenu 14 CE). Toutefois la Cour va modaliser cette suppression du contrôle aux frontières intérieures en la liant au contrôle des frontières extérieures. La Cour juge admissible le maintien de contrôles aux frontières intérieures tant qu'il n'existe «pas de règles communes ni d'harmonisation des législations des États membres, notamment

(29) Pour un premier commentaire, voir : CARLIER J.-Y., «Chronique de jurisprudence. Libre circulation des personnes», *op. cit.*, p. 75, §17; Le réseau Odysseus (Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, www.ulb.ac.be/assoc/odysseus) a consacré un colloque à cette directive. La documentation est disponible au département de droit international de l'Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgique (secretaire@int.ucl.ac.be); les actes seront publiés sous le titre : CARLIER J.-Y., GUILD E. (dir.) *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne. The Future of Free Movement of Persons in the European Union*, Brussels, Bruylant, 2006. Ils comportent une analyse de la directive par DE BRUYCKER Ph. Voir aussi : ILIOPOULOU A., «Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et les membres de leur famille : la directive 2004/38/CE», *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, p. 523; CANDELA SORIANO M., «Libre circulation et séjour dans l'U.E. : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme», *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 2005, p. 193; CARLIER J.-Y., «Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38», *Cahiers de droit européen*, 2006, à paraître.

(30) *JOCE*, 2000, L 239.

en matière de contrôles aux frontières extérieures, de politique d'immigration, de visa et d'asile» (31).

La politique migratoire commune sera donc une conséquence de ces élargissements de différentes formes de circulation interne. À défaut de pouvoir encore surveiller la circulation dans la maison commune, les États entendent contrôler, en commun, l'entrée dans cette maison. Par une sorte d'effet boomerang, la politique migratoire commune devient aussi une condition pour la pleine réalisation de la libre circulation interne. Ce passage du statut de la politique migratoire, de conséquence à condition de la circulation interne n'est pas une évidence logique. La suppression, bien plus ancienne, des contrôles aux frontières internes du Benelux ou de l'Union nordique n'avait pas conduit à une politique migratoire commune. Deux méfiances peuvent expliquer cette évolution. L'une est l'absence de confiance réciproque suffisante entre les États membres pour le contrôle de leurs frontières extérieures. L'autre est l'évolution politique (terrorisme) et économique (chômage) dans la manière de percevoir le migrant ressortissant d'États tiers.

2. *L'évolution de la politique migratoire*

La libre circulation interne à l'Union avait déjà, indirectement, une influence, sur la migration externe, principalement par l'élargissement aux membres de la famille d'un Européen, quelle que soit leur nationalité. Considérant que le statut des étrangers ressortissants d'États tiers avait une incidence sur le statut des travailleurs migrants européens, la Commission européenne avait, dès 1985, adopté un texte «instaurant une procédure de communication préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des pays tiers» (32). Cinq États vont demander l'annulation de ce texte au motif que la politique migratoire ne relève pas des compétences communautaires, mais des souverainetés nationales. Si la Cour annule le texte, constatant que la Commission européenne a excédé ses compétences sur certains points en visant les aspects culturels du statut des étrangers, elle reconnaîtra toutefois que la Commission est compétente, dans la mesure où la politique migratoire est liée à la libre

(31) CJCE, *Wijsenbeek*, aff. C-378/98, 21 septembre 1999, *Recueil*, 1999, p. I-6207 (Permettant le contrôle, à l'aéroport de Rotterdam, d'un Hollandais venant directement de Strasbourg).

(32) Décision 85/381, *JOCE*, L 217, p. 25.

circulation interne des travailleurs (33). La voie est tracée. En 1992, le Traité de Maastricht introduira les visas dans le droit communautaire (premier pilier) et la politique migratoire dans la coopération intergouvernementale (troisième pilier, justice et affaires intérieures, JAI). En 1997, le Traité d'Amsterdam communautarise l'ensemble sous le nouveau titre IV du Traité CE qui concerne la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et dont l'intitulé exact est : «Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes». Le lien entre circulation interne et politique migratoire est ainsi expressément affirmé. Cette communautarisation n'est pas parfaite. D'une part, l'élaboration des textes était encore soumise à l'unanimité, ce qui a évolué pour une grande partie des matières vers la majorité qualifiée avec un rôle de codécision du Parlement européen. De plus, trois pays de l'Union, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark, selon des modalités différentes, ne sont pas liés par ces textes. D'autre part, la compétence de la Cour est limitée, ce qui n'évoluerait qu'en cas de ratification du projet de Constitution. Si le Traité donne des orientations et la liste des domaines dans lesquels des textes de droit dérivé devront être adoptés, ceux-ci connaissent des accouchements difficiles. Le Conseil européen de Tampere en octobre 1999 donnait une impulsion considérant que :

> «l'Union se doit d'élaborer des politiques communes dans les domaines de l'asile et de l'immigration, tout en tenant compte de la nécessité d'exercer aux frontières extérieures un contrôle cohérent afin de stopper l'immigration clandestine [...]. Ces politiques communes doivent reposer sur des principes qui à la fois soient clairs pour nos citoyens et offrent des garanties à ceux qui cherchent protection dans l'Union européenne ou demandent accès à son territoire» (34).

Voici la synthèse des principaux textes adoptés dans les trois domaines : visa, asile, immigration (35).

---

(33) CJCE, *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-281/85, 285/85, 287/85, 9 juillet 1987, *Recueil*, 1987, p. I-3203. Une nouvelle décision 88/384 du 8 juin 1988, portant le même titre, remplacera la précédente, *JOCE*, 1998, L 183, p. 35.

(34) Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la Présidence, §3.

(35) Pour des analyses plus détaillées, voir les travaux du Réseau Odysseus, notamment : De Bruycker Ph. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004; Julien-Laferrière Fr. et Labayle H. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005; Carlier J.-Y. et De Bruycker Ph. (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005; Labayle H., «Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne», *Cahiers de droit européen*, 2004, p. 591; voir aussi les chroniques régulières de Peers S. «Key legislative developments in migration in the European Union», dans le *European Journal of Migration and Law*, 2002, pp. 85 et 329; 2003, pp. 107 et 387; 2004, pp. 67 et 243; 2005, p. 87.

a) *Visa*

S'agissant de la politique commune la plus ancienne, une dizaine de textes ont été adoptés. On retiendra principalement :

(1) Le règlement 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (36)

Dans une première période, les États membres ne parvenaient pas à s'accorder sur la liste des pays tiers dont les ressortissants devaient avoir un visa pour rentrer en Europe. Il existait alors une liste «blanche», de tous les pays dont les ressortissants ne devaient pas avoir de visa, une liste «noire», de tous les pays dont les ressortissants devaient avoir un visa et une liste «grise» de pays dont les ressortissants devaient avoir un visa pour rentrer dans certains États membres et pas dans d'autres. Cela n'était évidemment pas une politique commune (37). Actuellement, seule la liste «blanche» et la liste «noire» subsistent. Tous les pays d'Afrique et la plupart des pays d'Asie figurent sur la liste «noire» (38).

(36) *JOCE*, 2001, L 81, p. 1, modifié par le règlement 2414/2001 du 7 décembre 2001, *JOCE*, 2001, L 327, p. 1 et le règlement 453/2003 du 6 mars 2003, *JOCE*, 2003, L 69, p. 10.

(37) Pour plus de détails sur l'historique, voir : SCHMITTER C., JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et CARLIER J.-Y., «Vers une politique communautaire de visas de court séjour?, *in* Ph. DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, *op. cit.*, p. 97.

(38) – Pays figurant sur la liste «noire» : Afghanistan, Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Ancienne république yougoslave de Macédoine, Angola, Antigua-et-Barbuda, Arabie saoudite, Arménie, Azerbaïdjan, Bahamas, Bahreïn, Bangladesh, Barbade, Belarus, Belize, Bénin, Bhoutan, Birmanie/Myanmar, Bosnie-et-Herzégovine, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cambodge, Cameroun, Cap-Vert, Chine, Colombie, Comores, Congo, Corée du Nord, Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, Dominique, Égypte, Émirats arabes unis, Équateur, Érythrée, Éthiopie, Fidji, Gabon, Gambie, Géorgie, Ghana, Grenade, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Guyana, Haïti, Inde, Indonésie, Irak, Iran, Jamaïque, Jordanie, Kazakhstan, Kenya, Kirghiztan, Kiribati, Koweit, Laos, Lesotho, Liban, Liberia, Libye, Madagascar, Malawi, Maldives, Mali, Mariannes du Nord (îles), Maroc, Marshall (îles), Maurice, Mauritanie, Micronésie, Moldava, Mongolie, Mozambique, Namibie, Nauru, Népal, Niger, Nigeria, Oman, Ouganda, Ouzbékistan, Pakistan, Palau, Papouasie-Nouvelle Guinée, Pérou, Philippines, Qatar, République centrafricaine, République démocratique du Congo, République dominicaine, République fédérale de Yougoslavie (Serbie-Monténégro), Russie, Rwanda, Saint-Christophe-et-Nevis, Sainte Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Salomon (îles), Samoa, São Tomé et Principe, Sénégal, Seychelles, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Sri Lanka, Surinam, Swaziland, Syrie, Tadjikistan, Tanzanie, Tchad, Thaïlande, Timor oriental, Togo, Tonga, Trinidad-et-Tobago, Tunisie, Turkménistan, Turquie, Tuvalu, Ukraine, Vanuatu, Viêt Nam, Yémen, Zambie, Zimbabwe, Taïwan, Autorité palestinienne.

- Pays figurant sur la liste «blanche» : Andorre, Argentine, Australie, Bolivie, Brésil, Brunei, Bulgarie, Canada, Chili, Chypre, Corée du Sud, Costa Rica, Croatie, Estonie, États-Unis, Guatemala, Honduras, Hongrie, Israël, Japon, Lettonie, Lituanie, Malaisie, Malte, Mexique, Monaco, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pologne, République tchèque, Roumanie, Saint-Marin, Saint-Siège, Salvador, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Uruguay, Venezuela, Hong Kong, Macao.

Le visa permet de séjourner durant la période qu'il fixe et qui ne peut dépasser trois mois, sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande. La liste peut être revue (39). En principe elle est revue automatiquement à partir du principe de réciprocité (40).

(2) Le règlement 1683/95 du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa (41)

Ce texte fixe le modèle uniforme de vignette qui sera apposée dans les passeports et les modalités de modification de ce modèle.

Ces deux textes de base constituent la philosophie du système : un même visa pour les mêmes pays délivré par tous les États membres de l'Union. Ils s'accompagnent d'un manuel d'instructions consulaires communes et d'un Système d'information des visas (VIS) (42). Ils s'accompagnent aussi de mécanismes de contrôle des frontières extérieures, dont la création d'une agence des frontières extérieures qui sera basée à Varsovie et qui devrait conduire, pour 2007, à une sorte de police européenne des frontières extérieures (43).

Font défaut actuellement la mise en place de réels critères communs pour la délivrance des visas et une procédure précisant les recours en cas de refus (44). Plus fondamentalement, c'est l'efficacité même et l'opportunité des visas qui mériteraient d'être questionnées (*infra*, II Perspectives) (45).

(39) Pour la situation particulière des Roumains, soumis au visa jusqu'au 1er janvier 2002, voir : CJCE, *Georgescu*, aff. C-51/03, 31 mars 2004, *Recueil*, 2004, p. I-3203.

(40) La Commission a proposé de supprimer cette réciprocité automatique pour un système plus flexible et politique, COM (2004) 437 du 7 juillet 2004; Règlement 851/2005, *JOCE*, 2005, L 141, p. 3.

(41) *JOCE*, 1995, L 164, p. 1, modifié par le règlement 334/2002 du 18 février 2002, *JOCE*, 2002, L 53, p. 7. Une proposition de modification incluait les empreintes digitales, COM (2003) 558.

(42) Règlement 789/2001, *JOCE*, 2001, L 116, p. 2, et Décision 2004/512 CE du Conseil, du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), *JOCE*, 2004, L 213, p. 5. Voir aussi : CJCE, *Commission c. Conseil*, aff. C-257/01, 18 janvier 2005, *Recueil*, 2005, p. I-345, qui rejette un recours dans lequel la Commission estimait que le Conseil (c'est-à-dire en pratique les États) s'arrogeait trop de pouvoirs dans la mise en œuvre du contrôle des frontières extérieures.

(43) Règlement 2007/2004, *JOCE*, 2004, L 349, p. 1.

(44) La France avait fait une proposition en ce sens. Doc. du Conseil 5572/04 du 21 janvier 2004.

(45) Voir : CHOLEWINSKY R., *Borders and Discrimination in the European Union*, Brussels, London, MPG, ILPA, 2002.

b) *Asile*

Les principaux textes relatifs au droit d'asile et des réfugiés ont été adoptés (46). On retiendra :

(1) Le règlement 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, appelé Dublin II (47).

Ce texte est appelé *Dublin II*, car il avait déjà fait l'objet d'une convention signée à Dublin en 1990 dans le cadre de la coopération intergouvernementale instaurée par Maastricht (48). Contrairement à la plupart des autres textes, le mécanisme de Dublin s'applique à tous les États membres, le Royaume-Uni et l'Irlande ayant choisi d'y participer et le Danemark étant lié par l'ancienne convention dont le contenu est relativement peu différent du règlement *Dublin II*.

La philosophie du système est assez simple : au sein de l'Union européenne, il faut un et un seul État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. Le but est d'éviter les demandes multiples mais aussi, en principe, les demandes sans examen. Le principe général est que l'État membre par lequel le candidat réfugié est entré, légalement ou illégalement, est responsable de la demande d'asile. La mise en œuvre de ce principe est beaucoup plus complexe et donne lieu à des désaccords entre d'une part les États du sud et de l'est qui sont aux frontières terrestres et maritimes de l'Europe et en sont donc les portes d'accès et, d'autre part, les États du nord et du centre qui ne reçoivent directement qu'une petite part des candidats arrivant par avion. Le système Dublin s'accompagne du mécanisme Eurodac pour contrôler, notamment par empreintes

(46) Pour un commentaire global voir : BATTJES H., «The Common European Asylum System : The first Stage», *in* CARLIER J.-Y. et DE BRUYCKER Ph., *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile, op. cit.*, p. 27 ; BATTJES H. and SPIJKERBOER Th., «The Systematic nature of the Common European Asylum System», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et LABAYLE H.(dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam, op. cit.*, p. 263 et UNHCR., «Towards a Common European Asylum System», reproduit *in* DE BRUYCKER Ph. et URBANO DE SOUSA C.(dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile op. cit.*, p. 227 ; CARLIER J.-Y., «Le développement d'une politique commune en matière d'asile», *in* DE BRUYCKER Ph. et URBANO DE SOUSA C.(dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile op. cit.*, p. 1.

(47) *JOCE*, 2003, L 50, p. 1. Pour une analyse voir : BRANDL U., «Distribution of Asylum, Seekers in Europe? Dublin II Regulation determining the responsability for examining an asylum application» *in* DE BRUYCKER Ph.et URBANO DE SOUSA C., *L'émergence d'une politique européenne d'asile, op. cit.*, p. 33 et commentaire de HURWITZ H., *ibid.*, p. 71.

(48) *JOCE*, 1997, C. 254, p. 1.

digitales, l'identité des candidats réfugiés (49) et d'un mécanisme de répartition financière destiné à compenser ce mécanisme, inégalitaire, de répartition des personnes. C'est le Fonds européen pour les réfugiés (50).

La répartition des demandeurs d'asile entre les pays suppose un même examen de leur demande et un même accueil. C'est l'objet des trois textes qui suivent.

(2) La directive 2004/83 du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, appelée directive qualification (51)

Cette directive qui doit être transposée pour le 10 octobre 2006 est appelée qualification, parce qu'elle qualifie la personne qui bénéficiera de la protection. Deux catégories sont visées. La première concerne les réfugiés au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 déjà appliquée dans tous les États membres mais parfois diversement interprétée (52). La deuxième concerne les personnes qui bénéficieraient d'une protection subsidiaire parce qu'elles n'entreraient pas dans les critères de la Convention de Genève, mais dont il y a des motifs sérieux et avérés de croire que si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine elles courraient un risque réel de subir des «atteintes graves» (art. 2 et 15). Ces atteintes graves sont

(49) Règlement 2725/2000 du 12 décembre 2000 concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *JOCE*, 2000, L 316, p. 1 et règlement 407/2002, *JOCE*, 2002, L 62, p. 1. Pour un rapport d'activité, voir : *Commission staff working paper. First annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the Eurodac Central Unit*, SEC (2004) 55 du 5 mai 2004. Le rapport constate que 7 % des demandes d'asile auraient déjà fait l'objet d'une demande antérieure (pour l'année 2003, 17.287 demandes sur 246.902), §3.3.5.

(50) Décision 2000/596 établissant un Fonds européen pour les réfugiés, *JOCE*, 2000, L 253, p. 12 et seconde décision du 2 décembre 2004, *JOCE*, 2004, L 381, p. 52.

(51) *JOCE*, 2004, L. 305, p. 12. Pour les commentaires voir : Battjes H, «The Common European Asylum System : The first Stage», *op. cit.*; Spijkerboer Th., «Full circle? The personal scope of international protection in the Geneva Convention and the Draft Directive qualification», *in* De Bruycker Ph. et Urbano de Sousa C (dir.) *L'émergence d'une politique européenne d'asile, op. cit.*, p. 167; Julien-Laferrière Fr., «Le statut des personnes protégées», *ibid.*, p. 195; Noll G., «International Protection Obligations and the Definition of Subsidiary Protection», *ibid.*, p. 183; Carlier J.-Y., «Refugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification», *in* Julien-Laferrière Fr.et Labayle H. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam, op. cit.*, p. 289, Bodart S., «La directive 2004/83, Réfugiés conventionnels et protection subsidiaire, apports et apories d'une directive européenne», *Journal des tribunaux (Belgique)*, 2005, p. 245.

(52) Sur la Convention de Genève voir notamment : Chetail V.et Flauss J.-Fr. (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : Bilan et perspectives*», Bruxelles, Bruylant, 2001.

la peine de mort, la torture, les traitements inhumains ou dégradants et «des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international» (art. 15, c). Cette protection subsidiaire, qui existait formellement dans certains pays, informellement dans d'autres, est directement inspirée de la jurisprudence de Strasbourg (*infra*), sauf pour la catégorie des «menaces graves et individuelles [...] en raison d'une violence aveugle» dont la formulation antinomique sera d'interprétation malaisée.

Le classement d'un requérant dans la protection «Genève» ou «subsidiaire» est d'importance puisque le statut accordé par la directive au premier est nettement supérieur à celui reconnu au second, particulièrement pour les droits économiques, sociaux et familiaux.

(3) La directive 2001/55 du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, appelée directive protection temporaire (53)

Résultat de la crise de l'ex-Yougoslavie cette directive, qui devait être transposée pour le 31 décembre 2002 met en place un mécanisme européen de répartition et d'accueil en cas de fuite massive de personnes vers l'Europe, l'examen individuel de chaque demande, en application de la directive qualification, n'étant plus possible. Le mécanisme est mis en œuvre par le Conseil à la majorité qualifiée (art. 5). La durée de protection temporaire ne dépasse pas un an, renouvelable jusqu'à un maximum total de deux ans (art. 4). A la fin de la protection temporaire, le statut de réfugié peut être demandé. Le système n'a pas encore été utilisé depuis sa création en 2001.

(4) La directive 2003/9 du 27 janvier 2003 concernant des normes minimales en matière d'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (54)

(53) *JOCE*, 2001, L 212, p. 11, Commentaires et analyse des transpositions : GORTAZÁR ROTAECHE J., *in.* CARLIER J.-Y et DE BRUYCKER Ph. (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile, op. cit.*, p. 306. Voir : CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. C-476/04, 17 novembre 2005, non encore publié (condamnation de la Grèce pour non-transposition. Procédure en cours contre la France, C-451/04 et le Royaume-Uni, C-455/04).

(54) *JOCE*, 2003, L 31, p. 18. Commentaires : HANDOLL J., «Reception Conditions of Asylum Seekers», *in* DE BRUYCKER Ph. et. URBANO DE SOUSA C (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile, op. cit.*, p. 113; EDSTRÖM O., *ibid.*, p. 149; VINCENZI S., *ibid.*, p.157.

Cette directive qui devait être transposée pour le 6 février 2005, fixe les conditions d'accueil des candidats réfugiés, à l'exclusion de la protection temporaire. Elle prévoit notamment des «dispositions concernant les personnes ayant des besoins particuliers», comme les mineurs. De larges marges d'appréciation sont laissées aux États.

(5) La directive 2005/85, relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (55)

Cette directive relative à la procédure d'asile est la dernière adoptée dans ce domaine. Elle devra, pour l'essentiel, être transposée pour le 1er décembre 2007. Ces normes minimales concernent la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève. Si les États appliquent une procédure unique pour la demande «Genève» et les demandes de protection subsidiaire, au sens de la directive qualification 2004/83, la directive 2005/85 s'appliquera, sous forme de procédure unique, aux deux hypothèses (art. 3, §3). Contrairement à son projet initial, la directive n'impose donc pas une procédure unique (Genève et subsidiaire) aux États membres mais leur laisse le choix. Si l'Union a tardé pour adopter cette directive, c'est principalement en raison d'un désaccord entre États sur la notion de «pays sûrs». Cette notion est double : les pays d'origine sûrs et les pays tiers sûrs.

Le pays d'origine sûr désigne le pays dont le requérant d'asile est originaire et vers lequel il pourrait être renvoyé car il n'y a pas lieu d'y craindre des persécutions. Est-il possible de déterminer *a priori* qu'un pays est sûr et en conséquence de dresser une liste de ces pays ? Si oui qui dresse cette liste : l'Union ou les États ? À défaut d'accord, toutes les possibilités sont demeurées ouvertes. Une liste minimale de pays d'origine sûrs sera dressée par le Conseil de l'UE, à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, après avis du Parlement européen (art. 29). Chaque État pourra encore main-

(55) *JOCE*, 2005, L 326, p. 13. Commentaires du projet : HAILBRONNER K., «One single Procedure», *in* DE BRUYCKER Ph. et URBANO DE SOUSA C. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, *op. cit.*, p. 107 et du meme auteur : «The directive in minimum standards on procedures for granting and with drowing refugee status», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et LABAYLE H. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, *op. cit.*, p. 279 ; ACKERS D., «The Negociations in the Asylum Procedures Directive», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 1 ; COSTELLO C., «The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and Dismantling of International Protection», *ibid.*, p. 35 ; BYRNE R., «Remedies of limited effect : Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures», *ibid.*, p. 87.

tenir ou adopter une liste nationale complémentaire (art. 30). Le pays d'origine figurant sur ces listes fait l'objet d'une présomption de sûreté qui peut être renversée «si le demandeur d'asile fait valoir des raisons sérieuses» (art. 31, §1).

Le pays tiers sûr est un pays avec lequel le demandeur aurait des liens, notamment parce que, lors de son voyage, il est passé par ce pays, en manière telle que sa demande d'asile pourrait y être examinée et qu'il pourrait y être renvoyé à cet effet. C'est une sorte d'extension extra-européenne du mécanisme de Dublin par la détermination d'un État non-membre de l'UE, comme responsable de l'examen de la demande d'asile. Chaque État peut décider de la méthode qu'il adopte : soit un examen individuel au cas par cas, soit l'établissement d'une liste, soit les deux (art. 27, §2, b). En outre, le Conseil adoptera une liste de «pays tiers européens sûrs» que les États pourront appliquer et dans laquelle figureront nécessairement la Bulgarie et la Roumanie (art. 36 et considérant 20). Cette question est aussi liée aux accords de réadmission avec des pays tiers, particulièrement les pays limitrophes, chargés de réadmettre sur leur territoire tant leurs ressortissants que toutes personnes ayant transité par leur pays et qui seraient trouvées en situations irrégulière en Europe, fut-ce à l'occasion d'une demande d'asile (56).

c) *Immigration*

Si de nombreux textes ont été adoptés en vue de l'organisation du contrôle de l'immigration illégale (i) et de l'expulsion (ii) il y a peu de textes relatifs à l'immigration légale (iii).

i) *Immigration illégale*

(1) La directive 2001/51 du 28 juin 2001 visant à compléter l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen (57)

(56) Accords de réadmissions signés mais non ratifiés, avec Hong Kong (*JOCE*, 2004, L 17, p. 25), Macao (*JOCE*, 2004, L 143, p. 99), Sri Lanka (*JOCE*, 2004, p. 43), Albanie (*JOCE*, 2005, L 124, p. 22). Négociations en cours avec Russie, Ukraine, Maroc, Chine, Turquie, Algérie et Pakistan. Voir : «Report on the priorities for the successful development of a common readmission policy», EU restricted document from the Commission, 19 juillet 2004, SEC (2004) 946.

(57) *JOCE*, 2001, L 187, p. 45. Commentaire et examen des transpositions, De Bruycker Ph., *in* Carlier J.-Y. et De Bruycker Ph. (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, *op. cit.*, p. 417. Pour les antécédents, voir : Carlier J.-Y., «Les transporteurs nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le

Cette directive, assez courte, qui devait être transposée pour le 11 février 2003, étend pour l'Union européenne, les sanctions à charge des transporteurs, déjà prévues dans la convention de Schengen qui s'applique également à la Norvège et à l'Islande. Il s'agit d'amendes, allant de 3000 à 500000 € et de l'obligation de rapatriement à charges des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis. Ce dispositif prolonge la politique commune en matière de visas. Il est encore complété par une directive 2004/82 du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers (58).

(2) La directive 2002/90 du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (59) *et la décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers* (60)

Ces deux textes renforcent le système de contrôle en criminalisant l'aide à l'immigration illégale. Une distinction est opérée entre l'accès au territoire pour lequel toute personne qui «aide sciemment» est sanctionnable et le séjour, pour lequel n'est sanctionnable que la personne qui «aide sciemment dans un but lucratif» (directive 2002/90, art. 2).

(3) La directive cadre 2002/69 du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (61) *et la directive 2004/81 du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes* (62)

Faces négative et positive de la traite, ces deux textes sanctionnent les passeurs et protègent les victimes qui coopèrent avec les autorités. La victime doit pouvoir bénéficier d'un «délai de réflexion», dont la durée n'est pas précisée, pour décider de l'attitude qu'elle adopte.

---

pays de destination», *in Liber amicorum Jacques Putzeys*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 15. Voir aussi : CJCE, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-449/04, 21 juillet 2005, non encore publié (condamnation du Luxembourg pour non-transposition).

(58) *JOCE*, 2004, L 261, p. 24. Deux autres instruments font l'objet d'un recours en annulation (affaires C-317/04 et C-318/04) : la décision 2004/98 concernant la conclusion d'un accord entre l'UE et les E-U d'Amérique sur le traitement et les transferts de données par les transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure *JOCE*, 2004, L 183 et la décision 2004/535 relative au niveau de protection des données à caractère personnel des passagers *JOCE*, 2004, L 235.

(59) *JOCE*, 2002, L 328, p. 17.

(60) *JOCE*, 2002, L 328, p. 1.

(61) *JOCE*, 2002, L 203, p. 1.

(62) *JOCE*, 2004, L 261, p. 19.

ii) *Expulsion*

(1) La directive 2001/40 du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers (63)

Cette directive qui devait être transposée pour le 2 décembre 2002 est une des premières adoptées. Assez courte, elle se réfère à la Convention de Schengen, qu'elle complète pour permettre qu'une décision d'expulsion prise par un État de l'Union (État membre auteur) puisse être exécutée par un autre État de l'Union où l'étranger serait trouvé (État membre d'exécution). Cette directive est complétée par les textes qui suivent sur le système d'information Schengen (SIS) et sur l'organisation, individuelle ou groupée, des expulsions.

(2) La directive 2001/886 et le règlement 2424/2001 du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II) (64)

(3) La directive 2003/110 du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne (65)

(4) La décision 2004/573 du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement à partir du territoire de deux États membres ou de plusieurs, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus (66)

iii) *Immigration légale*

On retiendra deux textes qui concernent l'accès de nouveaux migrants à l'Union dans le cadre du regroupement familial, des études et de la recherche, et deux textes qui concernent les étrangers déjà présents, résidents de longue durée.

(1) La directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (67)

(63) *JOCE*, 2001, L 149, p. 34. Commentaire et examen des transpositions : GROENENDIJK K., *in* CARLIER J.-Y.et DE BRUYCKER Ph. (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile, op. cit.*, p. 181 et in DE BRUYCKER Ph. (dir.), *op. cit.*, p. 447. Sur l'ensemble : JULIEN-LAFERRIÈRE Fr et JOUANT N., «L'éloignement des ressortissants de pays tiers», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et LABAYLE H. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam, op. cit.*, p. 203. Voir : CJCE, *Commission c. Italie*, aff. C-462/04 et *Commission c. Luxembourg*, C-448/04, 8 septembre 2005, non encore publiés (condamnation de ces deux pays pour non-transposition).

(64) *JOCE*, 2001, L 328, p. 1 et p. 4. Voir aussi une proposition de règlement sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS II, du 31 mai 2005, COM (2005) 236.

(65) *JOCE*, 2001, L 149, p. 34.

(66) *JOCE*, 2004, L 261, p. 28.

(67) *JOCE*, 2003, L 251, p. 12. Commentaires : SCHAFFRIN D., «Wich standard for family reunification of third country nationals in the European Union?», *in* CARLIER J.-Y. et DE BRUYC-

Cette directive, qui devait être transposée pour le 30 octobre 2005, reconnaît la migration familiale comme un droit. La notion de famille et les conditions du regroupement y apportent toutefois des limites. Dans la notion de famille, chaque État peut décider si «les partenaires enregistrés sont assimilés aux conjoints» (art. 4, §3, al. 2) et si un enfant âgé de plus de douze ans «satisfait à un critère d'intégration» prévu par la législation nationale avant l'entrée en vigueur de la directive, soit le 30 octobre 2003. S'agissant des conditions du regroupement, les États peuvent fixer des conditions de durée de séjour légal de deux ans avant le regroupement et de délai d'attente de trois ans entre la demande et le regroupement, si la législation nationale prévoyait qu'il soit tenu compte de la capacité d'accueil de l'État.

(2) La directive 2004/114 du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échanges d'élèves, de formations non rémunérées ou de volontariat (68)

La directive, qui devra être transposée pour le 12 janvier 2007 s'appliquera obligatoirement aux étudiants et peut, au choix des États, être étendue aux échanges d'élèves, aux formations non rémunérées et au volontariat. Les critères précisés pour être qualifié d'étudiant devraient conduire à l'admission de l'étranger sans toutefois que l'accès au territoire et le séjour soient garantis comme des droits. Cette directive sera complétée par une directive relative aux conditions d'admission des chercheurs (69).

(3) La directive 2003/19 du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (70)

KER Ph., *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile, op. cit.*, p. 90; URBANO DE SOUSA C., «Le regroupement familial au regard des standards internationaux», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et LABAYLE H.(dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam, op. cit.*, p. 127. La directive fait l'objet d'un recours en annulation par le Parlement européen, principalement pour violation du respect de la vie familiale au sens de l'article 8 CEDH (Aff. C-540/03. Dans ses conclusions du 8 septembre 2005 l'avocat général conclut principalement à l'irrecevabilité du recours).

(68) *JOCE*, 2004, L 375, p. 12. Commentaire : PEERS S., «Key legislative developments in migration in the European Union», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 101.

(69) Council Doc. 14473/04 du 18 novembre 2004.

(70) *JOCE*, 2003, L 16, p. 44. Commentaires : HANDOLL J., «The Status of Third-Country Nationals residing on a long-term Basis», *in* DE BRUYCKER Ph. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration, op. cit.*, p. 269 et «The Long-Term residents directive», *in* CARLIER J.-Y et DE BRUYCKER Ph., *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile, op. cit.*, p. 144; HALLESKOV L., «The Long-Term Residents Directive : A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 181.

L'objectif de cette directive, qui doit être transposée pour le 23 janvier 2006, est d'étendre la libre circulation interne à l'Union, acquise pour les citoyens européens et les membres de leur famille, «aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire [d'un État membre] pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande [du statut de résident de longue durée] (art. 4, §1). Des pouvoirs importants sont laissés aux États, notamment en matière d'intégration, d'emploi ou d'expulsion pour motif d'ordre public, qui conduisent à distinguer assez nettement l'étranger résident de longue durée du citoyen européen. Toutefois cette directive accentue un processus d'assimilation commencé par d'autres textes relatifs au titre de séjour (71) et à la sécurité sociale (72).

(4) La directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (73)

Paradoxalement, cette directive, dont la date de transposition était le 19 juillet 2003, qui ne concerne pas uniquement les étrangers et la politique migratoire et qui ne trouve pas un fondement dans le titre IV du traité mais dans la Première partie consacrée aux principes, à l'article 13 CE, est peut-être celle qui comporte le plus de potentialités pour les résidents étrangers de longue durée. D'une part, sa base juridique générale l'impose dans tous les États de l'Union et permet déjà le contrôle de la Cour de justice de Luxembourg. D'autre part, son champ personnel général affaiblit les réticences de souverainetés nationales confrontées à l'étranger. Définissant la discrimination raciale directe et indirecte, la directive impose aux États la mise en place de procédures (chapitre II) et d'organismes de promotions (chapitre III), de l'égalité sociale. Les actions positives sont possibles.

(71) Règlement 1030/2002, 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, *JOCE*, 2002, L 157, p. 1.

(72) Règlement 859/2003 du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du Règlement 1408/71 et du Règlement 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, *JOCE*, 2003, L 124, p. 1.

(73) *JOCE*, 2000, L 180, p. 22. Il est une autre directive «égalité» adoptée sur la base de l'article 13 CE : la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE*, 2000, L 303, p. 16. Sur la base de cette directive, la Cour a condamné une discrimination fondée sur l'âge dans l'accès à un emploi à durée indéterminée, au motif important que le principe de non-discrimination, ici à raison de l'âge, doit «être considéré comme un principe général du droit communautaire», CJCE, *Mangold*, aff. C-144/04, 22 novembre 2005, non encore publié, point 75.

Un chantier demeure ouvert, c'est celui de l'immigration de travail, ou économique. Le 21 décembre 2005, la Commission européenne a adopté un «Programme d'action relatif à l'immigration légale» (74). L'immigration d'emploi y est présentée comme souhaitable mais ses modalités demeurent ouvertes. Des législations communautaires ne sont pas envisagées avant 2007.

3. *Bilan*

À la lecture rapide de cette présentation des acquis de la politique migratoire européenne deux premiers constats s'imposent : multiplicité et complexité. Sacrifiant aux modes de l'époque et aux habitudes du droit communautaire, à un texte général l'on a préféré une multitude de textes sectoriels. Alors que, dans la plupart des États, une loi générale relative aux étrangers et aux réfugiés permettait une connaissance assez générale de la question, l'Europe conduit les États soit à multiplier les textes nationaux soit à amender régulièrement leur texte général. La complexité qui en résulte ne facilite pas la défense des droits des intéressés ni la «bonne gouvernance» des autorités compétentes. Comme en matière de circulation interne, dans dix, vingt ou quarante ans, une directive refonte permettra peut-être une synthèse.

À la lecture approfondie des textes évoqués, deux autres constats s'ajoutent qui conduisent de la subsidiarité à la prééminence de la souveraineté nationale. La plupart des textes sont des «directives» édictant des «normes minimales». S'il est toujours rappelé que les «États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables», l'absence de clause de *stand still* dans la plupart des textes permet aussi aux États d'adopter des dispositions moins favorables que celles de leur législation nationale si la directive fixe un niveau inférieur de protection. La marge d'appréciation des États est très forte. Plusieurs commentateurs indiquent, comme John Handoll à propos de la directive résidents de longue durée que :

> *«The need for a common approach has to a certain extend been compromised by the introduction of a number of permissive provisions, enabling individual Member States to impose additional conditions, requirements and limitations. This has been*

(74) JP/05/1664 du 21 décembre 2005, faisant suite au programme de La Haye, adopté par le Conseil les 4-5 novembre 2004, au plan d'action du même nom, *JOCE*, 2005, C 198, 12 août 2005, et au *Livre vert* de la Commission européenne *sur une approche communautaire de la question des migrations économiques*, COM (2004) 811 final du 11 janvier 2005.

compounded by references to national laws and procedures, which allow for greater diversity and national freedom» (75).

Faut-il en tirer argument pour préférer l'original à la copie et abandonner l'idée d'une politique migratoire européenne pour la restituer aux États? Avant l'examen des perspectives, un bref détour par l'autre Europe, de Strasbourg, permettra de mieux cerner les questions.

B. – *Conseil de l'Europe (Strasbourg)*

1. *Textes*

À côté de l'Union européenne, la «grande» Europe du Conseil de l'Europe s'est intéressée depuis longtemps à la situation des migrants. Cet intérêt est principalement indirect, au travers du texte fondateur qu'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (76). C'est la jurisprudence de la Cour qui va puiser dans les principes généraux de droits de l'homme, et particulièrement dans le principe de non-discrimination, des moyens de protections du migrant (*infra*).

Il est toutefois d'autres textes qui concernent plus directement les migrants. Ils sont plus limités dans leur objet et dans leurs effets, le contrôle étant abandonné aux États. Il n'y a pas place ici pour en faire une étude approfondie, mais il est utile d'en citer certains, car ils paraissent trop souvent oubliés (77).

a) *Convention européenne d'assistance sociale et médicale, du 11 décembre 1953* (78)

Cette convention prévoit notamment qu'une «Partie contractante ne peut rapatrier un ressortissant d'une autre Partie contractante,

(75) HANDOLL J., «The Long-Term residents directive», *op. cit.*, p. 159. Pour des conclusions similaires sur le contrôle de l'immigration illégale, voir : CHOLEWINSKI R., «Preventing irregular migration», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et LABAYLE H. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, *op. cit.*, p. 118.

(76) Du 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, *ETS*, 5. Pour les étrangers il convient d'y ajouter principalement les protocoles 4 et 7. La Charte sociale européenne du 28 octobre 1961 a aussi des incidences, particulièrement dans sa version révisée du 3 mai 1996, entrée en vigueur le 1er juillet 1995, *ETS*, 163.

(77) Pour l'accès aux textes et les ratifications, voir. le site du Conseil de l'Europe : http ://conventions.coe.int./treaty/FR/cadreprincipal.htm et DE SCHUTTER O., TULKENS Fr. et VAN DROOGHENBROECK J., *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

(78) Entrée en vigueur le 1er juillet 1954, *ETS*, 14 et 14 a.

résidant en séjour régulier sur son territoire, pour le seul motif que l'intéressé a besoin d'une assistance» (art. 6, a). C'est notamment cette convention qui empêchait l'Allemagne d'expulser Madame Martinez Sala, ressortissante espagnole demandant une allocation d'éducation pour son enfant et qui a conduit l'autre ordre juridique européen à reconnaître le droit à cette allocation sans discrimination à Madame Martinez Sala en qualité de citoyenne européenne (79).

b) *Convention européenne d'établissement, du 13 décembre 1955* (80)

Bien que cette convention comporte pour l'essentiel de simples obligations de moyen par lesquelles les États Parties s'engagent à faciliter la libre circulation et le séjour des ressortissants des autres États Parties, certains articles reconnaissent directement des droits aux ressortissants des autres pays. Il en va ainsi du principe de non-discrimination en matière de droits civils (art. 9) ou de droits de participation aux élections professionnelles après cinq ans d'activité (art. 18) ainsi que l'interdiction d'expulsion, après dix ans de résidence régulière, pour des motifs autres que de sécurité nationale.

c) *Convention européenne sur le statut légal des travailleurs migrants, du 24 novembre 1977* (81)

Cette convention protège le travailleur migrant des États Parties séjournant régulièrement dans un autre État Partie. Elle prévoit notamment des dispositions relatives au regroupement familial (art. 12) et au principe d'égalité en matière de droit du travail (art. 16).

d) *Accord européen sur les règles relatives à la circulation des personnes entre États membres du Conseil de l'Europe, du 13 décembre 1957* (82)

Cet accord vise à faciliter la libre circulation de court séjour, pour des périodes de trois mois maximum, sans nécessité de visa.

(79) CJCE, *Martinez Sala*, aff. C-895/96, 13 mai 1998, *Recueil*, 1998, I-2691, §11-12-14.
(80) Entrée en vigueur le 23 février 1965, *ETS*, 19.
(81) Entrée en vigueur le 1er mai 1983, *ETS*, 93.
(82) Entrée en vigueur le 1er janvier 1958, *ETS*, 25.

e) *Convention cadre pour la protection des minorités nationales, du 1er février 1985* (83)

Centré sur les «minorités nationales», qu'elle ne définit pas, cette convention ne concerne pas directement les migrants, mais peut les concerner dès qu'eux-mêmes, ou leurs descendants, acquièrent la nationalité d'un État membre. Cette convention peut éclairer des questions comme le port du foulard dans des établissements scolaires, constatant par exemple que les États «s'abstiennent de toute politique ou pratique tendant à une assimilation» (art. 5) et «s'engagent à reconnaître [...] le droit de manifester sa religion ou sa conviction» (art. 6) (84).

f) *Convention européenne sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local, du 5 février 1992* (85)

Cette convention tend à favoriser la participation des étrangers aux élections municipales.

2. *Jurisprudence*

Il n'est pas possible de reproduire ici un examen détaillé des jurisprudences qui, en application de la CEDH, concernent les étrangers (86).On retiendra principalement deux orientations, l'une indirecte, l'autre directe.

L'orientation indirecte consiste à protéger l'étranger non pas en tant que tel, mais dans l'exercice de ses droits fondamentaux. C'est

(83) Entrée en vigueur le 1er février 1988, *ETS*, 157.

(84) Voir toutefois la jurisprudence strasbourgeoise sur cette question, en application de la CEDH, qui, en règle, abandonne une large marge d'appréciation aux États : CEDH, [GC], *Sahin c. Turquie*, n° 44774/98, 10 novembre 2005.

(85) Entrée en vigueur le 1er mai 1998, *ETS*, 144.

(86) Voir notamment : FULCHIRON H. (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1999; GRANT P., *La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000; LABAYLE H., «L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue française de droit administratif*, 1997, p. 977; RIGAUX F., «L'immigration, droit international et droits fondamentaux», in *Mélanges Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 693; CARLIER J.-Y., «Le droit des étrangers en Europe. La lente évolution du principe de non-discrimination en raison de la nationalité», *Annales d'études européennes de l'UCL*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 189; CARLIER J.-Y. et SAROLÉA S., «Évolutions jurisprudentielles», *in* CARLIER J.-Y., et DE BRUYCKER Ph., *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, *op. cit.*, p. 3; LAMBERT P. et PETTITI Ch. (éd.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2003; Collectif, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° spécial étrangers, janvier 1999; SAROLÉA S., *Droits de l'homme et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, collection du Centre des droits de l'homme de l'UCL, à paraître.

ainsi que le droit au regroupement familial sera protégé à partir de l'article 8 CEDH, tantôt pour empêcher l'expulsion, tantôt pour favoriser l'entrée (87). La protection de la vie privée peut avoir le même résultat (88). De même le risque de traitement inhumain ou dégradant dans le pays vers lequel un étranger serait expulsé protégera indirectement en imposant à l'État de résidence de ne pas expulser pour ne pas participer, par «ricochet», à un traitement inhumain ou dégradant (89).

Deux constantes se dégagent de l'ensemble de ces jurisprudences. Premièrement, la Cour rappelle que tout État peut contrôler l'accès et le séjour sur son territoire, car cela relève de sa souveraineté nationale. En l'absence d'un droit à la libre circulation, celle-ci n'est contrôlée par la Cour que dans la mesure où un autre droit fondamental serait en cause. Il s'en déduira une large marge d'appréciation pour l'État et une appréciation par la Cour au cas par cas, sans véritables lignes directrices fortes. Ainsi, dans une décision de 2005, *Üner contre Pays-Bas*, le juge Costa, président de chambre, émet une opinion concordante très contrastée. D'une part, avec la majorité moins une voix, il estime que ce jeune Turc de vingt-neuf ans, arrivé aux Pays-Bas à l'âge de douze ans et père d'un enfant hollandais peut être expulsé des Pays-Bas après examen du principe de proportionnalité en raison de la gravité des faits ayant entraîné une peine d'emprisonnement de sept ans et du peu d'effectivité de la vie familiale. D'autre part, dans la même opinion, à titre personnel, il se déclare, par principe, contre de telles expulsions constitutives d'une «double peine», mais constate que «malheureusement la jurisprudence de la Cour admet une double peine» (90).

Une deuxième constante, qui découle de la première affirmant la souveraineté, est une protection plus forte à la sortie qu'à l'entrée. Toutes autres choses étant plus ou moins égales, le droit à la vie

(87) CEDH, *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, Série A, n° 193; *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1997, Série A, n° 234-A; *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I; *Ezzhoudi c. France*, n° 47160/99, 13 février 2001; *Sen c. Pays-Bas*, n° 31154/96, 21 décembre 2001.

(88) Nys M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002; Docquir P.-F., «Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers une mise au point d'une protection floue du droit au séjour», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 921.

(89) CEDH, *Chahal c. R.U.*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI; *D. c. R.U.*, 2 mai 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III; *Said c. Pays-Bas*, 5 juillet 2005, CEDH 2005-VI.

(90) CEDH, *Üner c. Pays-Bas*, n° 46410/99, 5 juillet 2005.

familiale protégera mieux contre l'expulsion qu'il ne permettra l'accès au territoire d'un membre de la famille. Bien que la Cour affirme ne pas faire de différence entre une obligation négative (ne pas expulser) et une obligation positive (autoriser l'accès et le séjour) elle admet, *de facto*, un contrôle plus fort de l'État sur l'accès d'un nouveau migrant que sur l'expulsion d'un étranger résidant de longue durée (91).

L'orientation directe est double. D'une part, certaines dispositions des protocoles protègent l'étranger contre l'expulsion collective (92) ou offrent des garanties procédurales à l'encontre d'expulsions individuelles (93).

D'autre part, l'article 14 CEDH, assurant la jouissance des droits et libertés de la convention sans distinction aucune «fondée notamment sur [...] l'origine nationale», permet de protéger l'étranger contre toute discrimination fondée sur la nationalité dès qu'un droit fondamental est en cause, même si, pris isolément, il n'est pas violé. Ici aussi, la Cour semble opérer une distinction en faveur de l'étranger résident régulier de longue durée. Dans ce cas, le seuil du traitement différencié à la discrimination est plus rapidement franchi, fût-ce pour reconnaître des droits peu protégés par la CEDH, comme un droit social contributif (94) ou même non contributif (95). Il y a, en quelque sorte, une présomption de discrimination puisque, dans ce cas, «seules des considérations très fortes peuvent amener la

(91) CEDH, *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, qui, après avoir affirmé «qu'il n'y a aucune différence substantielle selon que se trouve en jeu une obligation positive ou une obligation négative» (§9), se contentera de constater que le refus d'accès n'est pas constitutif d'une ingérence dans la vie familiale plutôt que de poursuivre l'examen jusqu'à la proportionnalité de l'ingérence comme en cas d'expulsion.

(92) Art. 4, Prot. 4. Voir : CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, CEDH 2002-I. Pour les commentaires, voir : CARLIER J.-Y., *Revue trimestrielle des droits de l'homme.*, 2003, p. 177 ; SAROLÉA S., *Jurisprudence de Liège, Mons, Bruxelles*, 2003, p. 855 ; SKORDAS A., *in* URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER Ph., *L'émergence d'une politique européenne d'asile, op. cit.*, p. 297 ; GILLIAUX P. et LEJEUNE J., *Revue du droit des étrangers* (Belgique), 2002, pp. 298 et 313 ; CEDH, *Sulejmanovic et Sultanovic c. Italie* (déc.), n° 57574/00, 14 mars 2002.

(93) Art. 1, Prot. 7.

(94) CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 19 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996- IV (Donnant droit sans discrimination à une allocation de chômage d'attente pour un Turc séjournant régulièrement en Autriche).

(95) CEDH, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, CEDH 2003-X (Donnant droit sans discrimination à une allocation handicapé pour un Ivoirien séjournant régulièrement en France, après que cette même affaire a été soumise à la CJCE qui s'est déclarée incompétente, *supra*, note 20. Voir : CALLEWAERT J., «Paris, Luxembourg, Strasbourg : Trois juges, une discrimination. L'interraction entre les ordres juridiques national communautaire et conventionnel à l'épreuve de la pratique (en marge de l'arrêt *Koua-Poirrez*)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, p. 159.

Cour à estimer compatible avec la convention [européenne des droits de l'homme] une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité». Il est d'ailleurs remarquable de constater que, pour condamner ces discriminations à raison de la nationalité, la Cour reprend, mot à mot, une formule créée près de vingt ans plus tôt pour condamner les discriminations à raison du sexe, se contentant de remplacer le mot sexe par le mot nationalité (96). En revanche, lorsqu'il s'agit de l'expulsion d'un étranger, ressortissant d'État tiers, la Cour admettra qu'il soit moins bien traité qu'un Européen, notamment quant aux garanties procédurales, considérant qu'il s'agit non d'une discrimination mais d'un «traitement préférentiel [qui] repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre» (97). La suspicion qui ailleurs frappe la nationalité s'efface ici devant la souveraineté nationale.

En conclusion de cet aperçu du droit des migrations en Europe, on peut relever deux complexités. La première se déduit de la multiplicité des textes et des jurisprudences accentuée par l'existence de deux ordres juridiques européens. La deuxième se déduit de la recherche d'un difficile équilibre entre les intérêts des États, soucieux de leur souveraineté nationale, et les droits fondamentaux des personnes migrantes. La fragilité de cet équilibre conduit à une approche plus casuistique que synthétique.

La suite de ce texte tente cette approche synthétique pour tracer des perspectives pour l'avenir du droit des étrangers ressortissants d'États tiers en Europe.

II. – Perspectives

Les perspectives peuvent s'articuler autour d'une question simple : qui fait quoi ? Qui devra être en charge de la future politique migratoire européenne : les États, l'Union européenne, le Conseil de l'Europe ? C'est l'examen des rôles de chacun (A). Quel sera

(96) CEDH, *Abdulaziz, Cabales e.a. c. R.U.*, 28 mai 1985, Série A, n° 94.

(97) CEDH, *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, Série A, n° 193; *C. c. Belgique*, 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, §37.

le contenu de cette poltique migratoire européenne ? C'est l'examen des règles (B).

A. – *Les rôles (qui)*

L'on sent les réticences des États. Ils sont peu désireux de perdre une part supplémentaire de leur souveraineté nationale, que ce soit en amont en abandonnant à des ensembles régionaux le soin d'élaborer une politique migratoire ou en aval en reconnaissant trop de droits à la personne migrante. Certains plaident en faveur du retour à un rôle prépondérant des États, notamment en évitant une «centralisation» de la politique migratoire par l'Union européenne, sauf en matière d'asile, considérant que «decentralizing the classification of third country immigrants and maintaining control at the national level reinforces national sovereignty on a fundamental level, a level that forms the very threads of nation, the citizenry» (98). Le maintien des souverainetés nationales et la coopération classique par voie de conventions interétatiques seraient préférables pour atteindre une certaine uniformité et flexibilité. Deux constats, résultant du bilan dressé, tempèrent ce point de vue. Le premier est que, dans la construction d'une politique migratoire commune à l'Union européenne, les États membres sont loin d'abandonner toute souveraineté. D'une part, dans l'élaboration des normes, le Conseil demeure dominant. Il est vrai que, pour plusieurs domaines, il ne devra plus, comme par le passé, décider à l'unanimité. Il reste que, au sein du Conseil des rapports de force et marchandages entre États défendant leurs intérêts demeureront et, qu'en dehors, certains États ont de toute façon décidé de ne pas participer à cette politique commune (99). D'autre part, dans le contenu des normes, la part abandonnée à la liberté des législations nationales demeure importante s'agissant de directives minimales.

(98) HALLIDAY-ROBERTS C.E., «Building a common frontier or deconstructing national identity ? : An Analysis of the effort to centralize control of third country immigration in the European Union», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2003, p. 514.

(99) BARBOU DES PLACES S., OGER H., «Making the European Migration Regime : Decoding Member States' Legal Strategies», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 353. Cet article montre l'évolultion des stratégies des États au sein de l'Union et démontre de façon convaincante que les États membres «seem to would europe with the leading moto of efficiency of their control», p. 379. Cela n'exclut pas que la création même d'une «post-national entity», conduit à une politique «more oriented on universalistic than on nationalist value», THOLEN B., «The Europeanisation of Migration Policy-The Normative Issues», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 347.

Le second constat est que, indépendamment d'une uniformisation européenne ou non, le respect des droits fondamentaux s'impose aux États, principalement par la convention européenne des droits de l'homme, en raison de l'effectivité dont la Cour nourrit ses dispositions, mais aussi par les autres textes de protection internationale des droits de l'homme qui comportent des dispositions similaires, sinon identiques.

En revanche, à l'opposé de cette position «nationaliste», les institutions de l'Union européenne plaident pour «une approche communautaire des migrations [y compris] de main d'œuvre», fût-ce progressivement (100).

À dire vrai, entre le tout à l'État et le tout à l'Europe, des positions intermédiaires sont possibles. Elles tiennent compte à la fois des complémentarités entre les rôles des États et de l'Europe ainsi que de l'adaptation des règles, et partant des rôles, selon les catégories de migrants concernés. Elles s'inscrivent aussi dans l'évolution des positions internationales comme le rapport d'octobre 2005 de la Global Commission on International Migration (GCIM) (101). L'adaptation des règles est examinée *infra* (B). La complémentarité des rôles paraît une évidence à qui veut tenir compte des réalités tant des intégrations régionales que des droits fondamentaux. Loin de programmer la mort des États, ces deux réalités en sont la sauvegarde. En s'insérant dans un ensemble régional, l'État assure sa sauvegarde dans un monde de globalisation qui pourrait l'ignorer. De même, en s'instituant comme premier garant des droits fondamentaux, tout en acceptant un contrôle supranational, l'État accompli sa raison d'être : protéger ses citoyens. Plutôt qu'une opposition radicale entre le national et le supranational, il faut voir dans l'intégration régionale et dans le contrôle externe du respect des droits fondamentaux une chance pour l'État de s'insérer dans un ordre normatif qui abandonne l'illusion Kelsenienne d'un monisme pyramidal, pour accepter que le droit est désormais proféré et exercé dans des lieux différents qui, à l'image des réseaux, sont complémentaires plutôt que strictement hiérarchisés ou antinomiques (102). S'agissant des migrations, comme pour la

(100) Commission européenne, *Livre vert sur une approche communautaire de la question des migrations économiques*, COM (2004) 811 final du 11 janvier 2005.

(101) GCIM, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, 2005. Voir : www.gcim.org.

(102) Ost Fr.et Van de Kerkhove M., *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001.

liberté de circulation interne, l'intégration régionale a créé une relation complexe : entre États, entre États et Union, entre individus et États, entre individus et Union (103). L'insertion de la gestion des mouvements migratoires et de ses conséquences, dans ce réseau est à cet égard très symbolique. Loin des certitudes établies et figées des figures fermées, elle accepte la construction progressive, à l'image du mouvement, de sociétés ouvertes, parfois plus fragiles, toujours plus riches.

Une politique migratoire européenne paraît donc pouvoir être, non pas dictée, mais orchestrée par l'Union européenne et mise en œuvre concrètement par chaque État membre. Le tout, c'est-à-dire le cadre européen et la mise en œuvre étatique, peut faire l'objet d'un contrôle extérieur par la Cour européenne des droits de l'homme qui serait complet, dans la mesure où l'Union adhérerait à la CEDH, comme le prévoit le traité constitutionnel (art. I-9, §2) (104). La mise en œuvre des rôles sera adaptée selon les différents aspects de la politique migratoire : plus elle touche à la souveraineté nationale, plus le rôle de l'État serait important ; plus elle est liée à la liberté de circulation interne, plus le rôle de l'Union européenne serait important ; plus elle concerne les droits fondamentaux, plus le contrôle de Strasbourg serait nécessaire.

B. – *Les règles (quoi)*

De façon encore plus claire qu'actuellement, la future politique migratoire européenne pourrait faire une distinction nette entre les migrants, nouveaux entrants et les étrangers présents de longue durée. Non point que les seconds devraient faire l'objet d'une politique européenne d'intégration forte, alors que les premiers pourraient être abandonnés aux souverainetés nationales. En effet, dans la mesure où les migrants d'aujourd'hui sont les étrangers résidents de demain, c'est dès l'accès au territoire qu'un État de droit, respectueux de la dignité humaine des personnes, s'impose si l'on veut éviter, ultérieurement, le rejet mutuel de la société et de l'étranger. Le vieux principe kantien d'hospitalité qui «signifie le droit qu'a

(103) GUILD E., «Discretion, Competence and Migration in the European Union», *European Journal of Migration and Law*, 1999, p. 61.

(104) CARLIER J.-Y., «La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg», *Revue québecoise de droit international*, 2003, p. 37.

tout étranger de ne pas être traité en ennemi dans le pays où il arrive» n'est pas suranné (105). À l'inverse, toujours dans la lignée de Kant, la distinction entre nouvel entrant et étranger installé consiste à favoriser la liberté des individus de circuler, d'aller et de venir (1), d'entrer sur le territoire d'un État tout en reconnaissant le droit des États, ou des ensembles d'États comme l'Union européenne, de contrôler, dans une certaine mesure, le séjour et l'installation sur leur territoire (2).

1. *L'entrée*

Aujourd'hui, la clé d'entrée sur le territoire d'un État, ou de l'Union européenne, est le visa de court séjour. J'ai exposé ailleurs en détail pourquoi et comment la suppression du visa de court séjour est, à long terme, souhaitable et réalisable (106). Il suffit ici de synthétiser les principaux éléments de cette proposition de suppression du visa de court séjour. D'une part, du point de vue des principes, le droit international comporte un paradoxe. Tout en reconnaissant le droit pour toute personne de quitter n'importe quel pays y compris le sien, il ne reconnaît pas le droit d'entrée sur le territoire d'un autre État. Pour ce motif, les visas de sortie ont été supprimés dans presque tous les pays, non les visas d'entrée. Ce paradoxe s'explique par la souveraineté nationale, considérant, selon la formule de la Cour européenne des droits de l'homme, que «les États ont le droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers». Ce «principe bien établi» mérite toutefois questionnement. D'autre part, du point de vue pratique, même admises, des limites à l'exercice d'une liberté s'examinent au regard du principe de proportionnalité. Les visas fournissent-ils un objectif légitime par des moyens proportionnés? Deux objectifs principaux sont avancés : la lutte contre le terrorisme et contre l'immigration illégale. Leur caractère légitime peut être accepté. La proportionnalité du visa, comme moyen d'atteindre ces objectifs est plus douteuse au regard des tests d'efficacité et de nécessité. Du point de vue de l'efficacité, si elle est envisageable comme moyen de contrôle des migrations, elle paraît nulle comme moyen de lutte contre le terrorisme. Reste, pour le contrôle de

(105) KANT E., *Projet de paix perpétuelle* (1795), traduction. BARNI I., Paris, Hatier, 1988, troisième article.

(106) *in* DE BRUYCKER Ph. (dir.) *L'émergence d'une politique européenne d'immigration, op. cit.*, p. 159.

l'immigration, l'examen du visa comme moyen nécessaire. En d'autres termes, n'y a-t-il pas d'autres moyens de contrôle des migrations qui ne porteraient pas, de la même façon atteinte à la liberté de circuler ainsi qu'à la dignité des personnes concernées (files devant les ambassades, exploitation de filières, morts dans les conditions de transport...). Certes, il y aurait un certain pari abolitionniste consistant à espérer que la libre circulation, loin d'augmenter la migration d'installation et la clandestinité, favorise les allées et venues temporaires. Le caractère incertain du pari indique qu'il faut procéder par étapes, vers une suppression progressive des visas. Une première étape impose de motiver les décisions et de permettre des recours afin d'éviter l'arbitraire. Une deuxième étape rend la délivrance du visa de court séjour automatique : elle permet d'informer la personne de ses droits limités, des conditions de son court séjour et de comptabiliser les entrées et les sorties pour mesurer le risque d'installation. Une troisième étape procède à la suppression, éventuellement sur la base de réciprocité avec le pays concerné.

En dressant une liste commune d'États tiers dont les ressortissants doivent disposer d'un visa pour entrer en Europe, et en envisageant la réduction progressive de cette liste, notamment par réciprocité, l'Union marque une étape vers la possible suppression du visa de court séjour. Dans l'attente, à moyen terme, il serait nécessaire que l'Union mette en place une procédure et des critères communs pour l'octroi ou le refus de visas.

2. *Le séjour*

a) *Le migrant*

Au sein de la catégorie des migrants, une nouvelle distinction, déjà faite dans la politique européenne, mérite d'être précisée. Elle ne correspond pas à des distinctions selon l'origine plus ou moins proche géographiquement et culturellement, du migrant, comme la théorie des trois cercles en Suisse (107). Elle distingue entre le

(107) CALOZ-TSCHOPP M.-Cl., «Ce qui fait ... ceux qui font le lit du total-libéralisme à venir? Réflexions suscitées par une invention suisse (1980) reprise par l'UE (1998) dans la stratégie et les dispositifs des politiques d'immigration et de droit d'asile de l'UE», Actes de la rencontre de Tampere, Oslo, 1999; du même auteur «La philosophie des trois cercles», in *Revue québecoise de droit international*, 2000; reproduit *in* CALOZ-TSCHOPP M.-Cl., (dir.), *Parole, pensée, violence dans l'État*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 341.

migrant qui dispose d'un véritable droit à la migration (i) et celui qui dépend de la faveur (ii).

i) *Le droit*

C'est en lien direct avec la protection des droits de l'homme que s'articule le droit à la migration. La souveraineté nationale s'incline devant la dignité humaine lorsqu'est en cause un droit fondamental du migrant : le droit de vivre en famille, le droit de ne pas faire l'objet de persécutions ou de traitements inhumains ou dégradants. En développant des textes spécifiques sur le regroupement familial et sur le droit des réfugiés, l'Union européenne reconnaît que ces catégories de migrants échappent au pouvoir absolu des États. Cela justifie d'autant le rôle d'une Union, moins sensible aux volontés des États et soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Deux aspects, l'un de contenu, l'autre de procédure, demeureront controversés. S'agissant du contenu une première question est d'examiner s'il n'existerait pas d'autres catégories de personnes, outre les membres de la famille et les réfugiés, devant bénéficier d'un véritable droit au séjour. Ainsi, le droit à l'enseignement doit-il être considéré comme un droit fondamental ouvrant droit à la migration lorsque le même enseignement n'existe pas dans le pays d'origine ? Les textes consacrés aux étudiants et aux chercheurs ouvrent des possibilités, sans imprimer un droit au séjour. Une deuxième question concerne le champ d'application personnel des notions de famille et de réfugiés ou de personnes faisant l'objet d'une protection subsidiaire. Les définitions demeurent limitées sur certains points, comme la protection du conjoint non marié, de l'enfant de plus de douze ans, du requérant d'asile atteint dans ses droits socio-économiques. Souvent toutefois, plus que les définitions qui ont connu des évolutions sensibles au respect de la dignité humaine, c'est leur interprétation par les administrations de contrôle qui pose question. C'est alors la procédure de contrôle du contrôleur qui importe. Ici le rôle du pouvoir judiciaire est irremplaçable, et celui du pouvoir judiciaire supranational, nécessaire. À ce jour, le refus de donner compétence pleine et entière à la Cour de justice des Communautés européennes pour la politique migratoire est condamnable (art. 68 CE). La logique même d'une politique d'immigration et d'asile comme complément nécessaire à la liberté de circulation interne, invite à étendre la compétence de la Cour de

la circulation interne à la circulation externe. Le projet de traité constitutionnel y pourvoyait en ouvrant la question préjudicielle dans ces matières à toute juridiction nationale, ce que l'on oublie trop souvent. Il apportait une précision, importante pour la matière qui nous concerne, en ajoutant que si une question préjudicielle «est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais» (art. III-369 et 377) (108). Si le projet de Constitution n'apportait pas d'innovation majeure au contenu de la politique européenne d'immigration et d'asile, il franchissait une étape procédurale décisive en ouvrant pleinement l'accès au prétoire luxembourgeois par la voie de la question préjudicielle (109).

ii) *La faveur*

Au-delà du droit, la politique migratoire concerne aussi la faveur d'immigration accordée pour des motifs démographiques ou économiques. Il est devenu de bon ton d'affirmer que l'Europe devra ouvrir à nouveau les voies d'immigration légale pour des motifs économiques et démographiques et faire face à son *papy boom* (110). C'est, comme à l'époque des trente glorieuses, instrumentaliser à court terme la personne du migrant si l'on ignore son bagage humain, familial, culturel et le contexte de la société dans laquelle il s'insérera. Moins encore que celle des marchandises, la circulation des personnes ne doit être abandonnée à la pure loi de l'offre et de la demande. Le risque serait alors d'avoir une stratégie purement utilitaire de «managements of migrants [that] would lead to a regime characterised by categorised, labelled and compartemented immigrants» (111). Si ces intérêts réciproques peuvent se rencontrer, ils doivent être gérés dans l'intérêt des personnes et des sociétés concernées. A cet égard, le débat ouvert très largement par la Commission européenne dans le *Livre vert*, précité, *sur une approche*

(108) Sur la détention des étrangers voir : CALOZ-TSCHOPP M.-Cl., *Les étrangers aux frontières de l'Europe*, Paris, La Dispute, 2004; Cultures et Conflits, n° 57, *L'Europe des camps*, Paris, L'Harmattan, 2005.

(109) LABAYLE H., «L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 437.

(110) MC CARTHY F.T., «Go For It : Many European Countries Are Getting Hot Under the Political Colour About Immigration. Yet in Truth, The European Union Needs More Immigrants, Not Fewer», *Economist*, 6 mai, 2000.

(111) BARBOU DES PLACES S. et OGER H, «Making the European migration regime», *op. cit.*, p. 379.

communautaire de la question des migrations économiques mérite approbation. Ainsi, l'une des options présentée par le livre vert est le choix entre une approche «sectorielle» des migrations de faveur, critiquée ci-dessus (sont cités les étudiants et les chercheurs qui ne sont par conséquent pas classés dans les droits) ou une approche «horizontale» pour toute migration économique, position initialement préférée par la Commission, mais qui rencontre la réticence des États. Une autre question concerne les droits des migrants et la nécessité de «poursuivre» [des] efforts pour promouvoir une meilleure intégration des immigrants actuels et à venir» (§2.7.), ce qui est en lien direct avec la situation des présents.

b) *L'étranger présent*

Outre l'ouverture à de nouvelles migrations, l'un des enjeux majeurs des sociétés contemporaines est la place réservée aux étrangers présents. L'Europe ne manque pas d'outils juridiques tendant à favoriser l'intégration au travers du principe général de non-discrimination traduit dans différents instruments de l'Union et du Conseil de l'Europe (112). Ces instruments pourraient être renforcés par la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, du 18 décembre 1990. Cette convention n'est ratifiée que par des pays d'émigration alors que, tout en améliorant le respect du principe d'égalité à l'égard de tout migrant et en reconnaissant certains droits fondamentaux également à l'étranger en séjour irrégulier, des études montrent qu'elle n'entraîne pas de charges excessives pour les pays européens qui la ratifieraient (113).

(112) KÄLIN W., «Human Rights and the Integration of Migrants», *in* ALEINIKOFF T.A. et CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, Asser Press, 2003, p. 271. Sur les instruments de l'Union et particulièrement sur la Directive 2003/109 relative aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée voir les références *supra*, note 70; HANDOLL J., GROENENDIJK K., «Legal Concepts of Integration in EU Migration Law», *European Journal of Migration and Law*, 2004, p. 111 et du même auteur: «Citizens and Foreigners: differentiated treatment or discrimination?», *in* CARLIER J.-Y. et GUILD E., *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, à paraître; CHOPIN I. et NIESSEN J. (ed.), *The Starting Line and the Inscription of the Racial Equality Directive into the National Laws of the EU Member States and Accession States*, Brussels, London, MPG, 2001 et le n° 2, 2005 du *European Journal of Migration and Law* consacré à l'intégration sous le titre de l'éditorial de ZIEGLER K., «Integrating Integration?».

(113) VAN HEULE D., FOBLETS M.-Cl., LOONES S. et BOUCKAERT S., «The Significance of the UN Migrant Workers Convention of 18 December 1990 in the Event of Ratification by Belgium», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 285.

Il est trop tôt pour déterminer si la création d'une citoyenneté européenne aura un impact positif sur l'intégration des ressortissants d'États tiers ou si, à l'inverse, elle peut renforcer l'exclusion entre le «nous» (*us*) et le «eux» (*them*). À la lumière des évolutions récentes, je crois toutefois avec Kees Groenendijk (114) et Theodora Kostakopoulou (115) qu'en élargissant le critère d'appartenance à la société, la citoyenneté européenne construit, notamment par la jurisprudence mentionnée de la Cour de Luxembourg, les bases d'une société ouverte qui, tout en maintenant certaines différences, offre une place réelle aux étrangers. Avec ces auteurs et à la lumière de travaux de sociologues, il conviendra toutefois, particulièrement en Europe continentale, d'accepter le modèle d'une société ethnique où l'appartenance culturelle est affirmée et fait partie des rapports de force qui construisent toute société. Cela implique la reconnaissance non seulement de droits individuels, mais aussi de droits collectifs qui structurent l'identité dans une perspective émancipatrice culturo-sociale «qui réunit les individus dans une communauté de valeurs et qui constitue ce qu'on appelle la dignité humaine» (116). Pour cela, il faut chasser les épouvantails et accepter de «ne pas faire l'impasse sur la question des identités ethniques malgré le fait qu'elle relance d'évidents problèmes d'équilibre entre l'extranéité et la citoyenneté au sein des systèmes politiques de l'Europe contemporaine» (117). À cet effet j'ai déjà plaidé pour l'élargissement de la citoyenneté européenne aux étrangers résidents de longue durée (118). À long terme cette mesure prend acte des réalités. Elle est aussi de nature à réenchanter la citoyenneté européenne que la seule référence nationale ne nourrit guère. Enfin, du point de vue de l'étranger présent, elle constituerait une reconnaissance sym-

(114) GROENENDIJK K., «Citizens and Foreigners: differentiated treatment or discrimination?», *op. cit.*

(115) KOSTAKOPOULOU Th., «Integrating Non-EU Migrants in the European Union: Ambivalent Legacies and Mutating Paradigms», *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 181 qui propose de remplacer le vocabulaire de l'intégration «with a pluralistic mode of incorporation that is guided by the dialectic of recognition, inclusion and respect for differences [...that...] would also require [...] to recognize them as full members and equal participants in democratic governance», p. 200.

(116) A. BASTENIER, *Qu'est-ce qu'une société ethnique?*, Paris, PUF, 2004, p. 313.

(117) *Ibid.*, p. 327.

(118) «Réinventer la citoyenneté européenne», in FIÉVET Cl. (dir.), *Invention et réinvention de la citoyenneté*, Pau, ed. Joëlle Sampy, 2000, p. 697. Voir aussi: A. CASTRO OLIVEIRA, «The position of resident third-country nationals: is it too early to grant them Union citizenship?», *in* LA TORRE M. (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 185.

bolique forte qui, sans nier le conflit, permet aussi d'intégrer la société européenne aux étrangers qui la composent. Ce pas marquerait une rupture, positivement souhaitée par la jeune doctrine, avec «the inflexible European mentality that says you must become like us or be excluded» (119).

L'Europe est à un moment de choix. Les orientations choisies ne seront jamais ni définitives ni miraculeuses, car elles relèvent de constructions lentes si elles sont démocratiques. Les perspectives ici proposées se veulent toutefois celles d'une «politique de l'immigration véritable, c'est-à-dire non exclusivement commandée par l'utilitarisme économique et capable de penser le syncrétisme du monde» (120) qui pourrait, progressivement, être mise en place à l'échelle de l'Union européenne.

(119) DAVIES G., *Nationality Discrimination in the European Internal market*, The Hague, Kluwer, 2003, p. 202. Dans le même sens : GUILD E., *The Legal Elements of European Identity*, The Hague, Kluwer, 2005, constate un «tacit agreement among the Member States that third country nationals are potentially dangerous others. Before they can be permitted to move in the Union and reside they must be subject to 'integration'», p. 252.

(120) BASTENIER A., «Immigration et nouveaux peuplements européens», *La Revue Nouvelle*, n° spécial, mars 2005, p. 12.

PARTIE II.

Enjeux sécuritaires et migrations clandestines

Security Issues and Irregular Migrations

THE LINK BETWEEN SECURITY AND INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES AND MIGRANTS

BY

VERA GOWLLAND-DEBBAS (1)

PLAN

I. – CONTEMPORARY THREATS TO STATE SECURITY AND INDIVIDUAL RIGHTS .. 282

II. – THE REGIMES OF INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES AND MIGRANTS 283

A. – *International legal protection of refugees* 284

B. – *International legal protection of migrant workers* 287

III. – THE INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES AND MIGRANTS WITHIN THE FRAMEWORK OF COLLECTIVE SECURITY 289

A. – *The Security Council and the link between threats to the peace and mass exodus* 290

B. – *NATO and the link between security and mass exodus*..... 292

C. – *The link between individual criminal responsibility and population displacement* 293

D. – *The link between security, development and migration*..... 293

IV. – THE SECURITISATION AND CRIMINALISATION OF REFUGEES AND MIGRATORY FLOWS..... 294

A. – *Security concerns in refugee and human rights instruments* 294

B. – *Domestic and regional security provisions forged outside the context of the refugee and human rights regime*..... 298

C. – *The universal normative framework to address the new security threats* 304

1. The criminalization of trafficking and smuggling 305

(1) Professor of Public International Law, Graduate Institute of International Studies (Geneva). The author wishes to thank Ms. Claire Mahon, Assistant to the Law Section, for her assistance in researching this contribution.

2. Measures to combat international terrorism within the United Nations framework 307
a) The adoption of Security Council Resolution 1373 307
b) Implementation of Resolution 1373 and individual rights 309
c) Remedies for individuals 313

V. – Conclusion 315

I. – Contemporary threats to State security and individual rights

The growth of migratory movements, both regular and irregular, has been fomented by global networks of communication and transportation, and the acceleration of economic disparities between north and south. This has been accompanied by an increase in forced mass exodus resulting from political instabilities, massive violations of human rights, breakdown of States, and ethnic, religious and cultural intra-State conflicts.

States have traditionally been faced with potential threats to their internal order from mass influx of persons. Such influx can threaten the delicate balance between ethnic groups, or pose major social, economic and ecological problems which affect the socio-economic stability of a receiving State. Refugees can engage in individual or group internal acts of subversion which can threaten the political stability of a State or its societal values. In addition, the grant of asylum can also sour the relations between sending and receiving States, if, for example, refugees engage in subversive activities against their country of origin, or against neighbouring States.

Such traditional threats have however today been supplemented by the potential engagements of individuals allowed entry into a State in organized or large-scale criminal activities. The contemporary process of globalization, which has been accompanied by dramatic advances in communications and information technology, facilitating cross-frontier movements and revolutionizing financing and banking operations, coupled with the evident reduction of state authority, has resulted in increased as well as novel threats to State security, as organized crime in the form of the drug-trade, or the trafficking and smuggling in human persons, has created global networks able to evade state regulation and enforcement.

Undoubtedly, however, the events of 9/11, heralding the rise of global non-state sponsored terrorism, have had the greatest impact on States' perceptions of security, with the added fear of terrorist access to weapons of mass destruction. These events have ushered in an international system primarily centred on security concerns and have had widespread ramifications which have also permeated the field of migration and refugee protection. The measures adopted in the framework of the so-called "war on terror" have had far-reaching consequences for law and policy in the fields of immigration, asylum and race discrimination, which have had an impact on the legal status of immigrants and asylum seekers and on their human rights.

This contribution begins by briefly tracing the construction of the regime of international protection for refugees and, on a smaller scale, that for migrants. It then examines the link between security on the one hand and refugees and migrants on the other, from the perspective of two approaches to current threats : the first is the reinforcement of the international regime for the protection of individuals by placing the question of forced movements of populations within a collective security framework aimed at the maintenance and restoration of international peace and security; the second is the securitization of refugee and migratory movements, by placing these within a framework of policy and legal responses aimed at countering the perceived security threats to States of such flows.

II. – The regimes of international protection of refugees and migrants

A normative framework of international protection has centred on so-called forced migration, that is on refugees within the narrow definition of the 1951 Convention on the Status of Refugees, as well encompassing all those who have been compelled for one reason or another to leave their country of origin. An international regime is also being forged (though not on a similar scale) for the protection of migrant workers – both regular and undocumented – and their families.

A. – *International legal protection of refugees*

The causes of forced exodus are mixed : persecution, armed conflict, massive violations of human rights and humanitarian law, or even minimum economic subsistence. The broad definition of a refugee stands in opposition to the definition of migrants used to cover "all cases where the decision to migrate is taken freely by the individual concerned, for reasons of "personal convenience" and without intervention of an external compelling factor" (2). It is not easy in practice to determine which movements are coerced and which are not, for the two are often intertwined in the minds of the public or in the actual challenges faced by States, as illustrated by the problem of trafficking or smuggling in human beings; it is thus perhaps more accurate to speak of a continuum for there is a whole range of complex situations between voluntary and involuntary migration. Nevertheless, the status of refugees in the broad sense has to do with groups of persons outside their state of origin who have been effectively deprived of the formal or *de facto* protection of their government. They are also characterised by the fact that this condition of breakdown of protection by the country of origin results in other States, international institutions and the international community being faced with claims for interim substitute protection. These coerced migrants, even if unwanted, cannot be returned to their country of origin, at least not until the conditions which led to their exile have been removed.

States have had a traditional right to control their borders and to design their immigration policies which have been geared to facilitate entry of the wanted and to deter the entry of unwanted foreigners. This right has traditionally been seen as one of the fundamental aspects of State sovereignty and today remains one of the last bastions of this sovereignty, in the face of increasing State loss of control over its internal economic and social set-up resulting from privatization of what were once considered public functions, and from transnational activities and permeability of borders. States have also been considered to have a right, and increasingly today, a duty or responsibility, to protect their citizens from harm both internal and external.

(2) See : "Measures to improve the situation and ensure the human rights and dignity of all migrant workers" (1998), *Report of the working group of intergovernmental experts on the human rights of migrants submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/15*, Commission on Human Rights Fifty-fourth session, Intergovernmental working group of experts on the human rights of migrants, 10 March 1998, UN Doc. E/CN.4/1998/76, §44.

However, faced with the claims from peoples compelled to leave their countries of origin, a State's choice in the control of its borders cannot be totally discretionary, since the response can no longer be based on intrinsic policy factors alone – domestic, economic, political and social factors – but must be determined by extrinsic factors, *i.e.* response to conditions outside one's country and region. In addition, that discretion has been fettered by international obligations, freely undertaken, for a normative framework has gradually evolved to deal with the anomaly of individuals whose link with their State has been severed for one reason or another.

This normative framework was gradually built up. In the interwar period, a series of institutional and inter-State arrangements forged under the auspices of the League of Nations and under the impetus of the first High Commissioner for refugees, Fridtjhof Nansen, centred in particular on the obtention of identity documents aimed at ensuring freedom of movement of refugees, as well as the acquisition of a legal status in the country of asylum. Post-war, the main impetus came with the adoption of the UN Charter which proclaims among its purposes, respect for human rights and fundamental freedoms and which found expression first in the Universal Declaration of Human Rights, which recognized a right to seek asylum from persecution, and later in the 1966 Covenants, reinforced by a web of regional norms and institutions on the European, American and African continents. This body of human rights law departed from its initial monolithic treatment of individuals (barring some distinctions between aliens and nationals), and came to recognise that the elaboration of normative regimes centring on specific vulnerable groups, such as minorities, refugees, migrants, women in particularly vulnerable conditions, children, or the indigenous, were required in order to facilitate the access of these groups to universal human rights law.

Thus a universal system of protection for refugees has been built up over the years, initially based on two pillars. The first was normative, grounded in two universal instruments : the 1951 Convention on the Status of refugees and its 1967 Protocol. These were centred on a narrow definition of a refugee based on the notion of persecution (see Article 1 (1) of the 1951 Convention) and their primary purpose was protection from *non-refoulement* (Article 33 of the 1951 Convention) as well as the grant of refugee status giving rise to durable asylum, as well as rights and benefits, in a third country

of asylum or resettlement, hence their exilic basis. The second pillar was an institutional mechanism offering international protection, the main institution being the UNHCR, established as a subsidiary organ of the General Assembly, and created to succeed the International Refugee Organization in 1951.

The 1951 Convention regime has been supplemented by norms and standards evolving at the regional levels which have broadened the category of individuals requiring substitute protection and expanded on their substantive protection (see, for example, the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refuge Problems in Africa and the 1984 Cartagena Declaration on Refugees).

In addition, in the face of the sheer magnitude and complexity of the contemporary refugee problem, responses to refugee flows have moved out of the confines of the traditional regime with its narrow base of international protection focussed solely on the receiving State, by widening the concerned actors, thus implicating also the State of origin as well as the international community as a whole, and by efforts to address the entire spectrum of the problem, from prevention to facilitation of, and enhancement of the durability of return.

One development has been the permeability of and linkages between fields of international law which had formerly been mutually exclusive – namely human rights and refugee law – thus enriching and reinforcing traditional refugee law. Emphasis on such individual human rights, as, *inter alia,* non-discrimination, the right to leave and to return, the right to freedom of movement, the right to a nationality, the prohibition of torture and cruel, inhuman and degrading treatment, the right to due process, and the corresponding responsibility of States to ensure such rights, has particular relevance and importance in the refugee context. This is particularly the case in respect of the absolute prohibition of torture to be found in universal and regional instruments which either expressly (3), or implicitly (4), guarantee *non-refoulement* to places of torture.

(3) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, 1465 *UNTS* 85, Article 3.

(4) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, *ETS*, 5, Article 3. See also : ECtHR, *Soering v. The United Kingdom,* 7 July 1989, Series A, N° 161 and ECtHR, *Öcalan v. Turkey,* N° 46221/99, 12 March 2003. See also : ECtHR, *Chahal v United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgement and Decisions* 1996-V, in which the Court upheld the absolute nature of Article 3, as opposed to the qualified *non-refoulement* provisions of Article 32 and 33 of the 1951 Convention.

The linkage between human rights and refugee law also includes the ability of refugees to have access to the remedies provided by these fields, such as seeking redress before the European Court of Human Rights, the Human Rights Committee, and the Committee established by the 1984 UN Convention against Torture. This has resulted also in an evolutionary approach : for example, the notion of persecution at the heart of the 1951 Convention definition of a refugee, must at present take into account the concept of indivisibility of human rights, *i.e.* serious or systematic violations not only of civil rights but economic, social and cultural rights as well, encompassing a category of individuals commonly branded as economic migrants. In addition, linkages have been made between the rights of particular categories of individuals – refugees and migrants (as will be seen below), but also women refugees, refugee children, *etc.* Thus while human rights and refugee law initially developed tangentially, the segregation between the two fields has gradually been overridden, while nevertheless preserving the specificity of these categories of individuals for particular purposes.

In addition, an international legal platform has been forged by the United Nations to ground action by the international community. Thus issues such as the root causes of mass exodus, expulsion, forcible transfers of populations, as well as internal displacement, have found their way into the United Nations human rights agendas, and humanitarian organisations have broadened their mandate to promote global responses requiring coordination between agencies.

B. – *International legal protection of migrant workers*

While it may be said that the international regime for addressing and managing migratory movements is not comparable to that for refugees, migrant workers, particularly those in vulnerable situations, have gradually also come under the umbrella of general instruments protecting the rights of migrants as a whole.

Traditionally, these have been the precinct of the ILO and such rights have been ensconced in particular in two ILO Conventions : the Migration for Employment Convention N° 97 of 1949 and the ILO Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equal-

ity of Opportunity and Treatment of Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention N° 143 of 1975.

However, the institutional focus shifted as the UN increased its attention towards migrants' human rights beginning with the 1985 UN General Assembly Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which they live (Res. 40/144, Annex). The 1990 UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families broke new ground in standard-setting. Because of its outreach States, in particular those most affected by the phenomenon of migrant workers, were reluctant to come on board and it only entered into force on 1 July 2003. Moreover, its 34 ratifications to date do not include countries of destination. The Convention, after defining a migrant worker in article 2 (1) as "a person who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a State of which he or she is not a national", seeks to ensure the protection of the human rights of migrant workers, including that of members of their families, as well as migrants in irregular situations. The Convention aims to prevent and eliminate their exploitation, in particular by putting an end to illegal or clandestine recruitment and trafficking of migrant workers. It calls for inter-State cooperation and State harmonization of domestic legislation which will adopt international human rights standards in their respect. UN concern continued to be manifested by the appointment of a Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants (Resolution A/RES/54/166 of February 24, 2000).

In its 2003 Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, the Inter-American Court of Human Rights considered "that the principle of equality before the law, equal protection before the law and non-discrimination belongs to *jus cogens*, because the whole legal structure of national and international public order rests on it and it is a fundamental principle that permeates all laws". As a result all States were to guarantee this principle also to all aliens on their territory regardless of the regularity of their status (5). It decided :

(5) Inter-American Court of Human Rights, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, requested by the United Mexican States, §§101, 118.

"7. That the right to due process of law must be recognized as one of the minimum guarantees that should be offered to any migrant, irrespective of his migratory status. The broad scope of the preservation of due process encompasses all matters and all persons, without any discrimination.

8. That the migratory status of a person cannot constitute a justification to deprive him of the enjoyment and exercise of human rights, including those of a labor-related nature".

While refugees and migrants remain separate categories of persons under international law, as stated above, the linkages between asylum and international migration, especially irregular migratory movements, have nevertheless increasingly become evident. This asylum-migration nexus has been summarised in the following manner (6) :

"First, many migrants who are looking for work and who are not in need of international protection submit asylum applications once they have arrived in another country, hoping they might be granted refugee status because they have no other legal means of entering and remaining in that state, even on a temporary basis. Second, population movements from a single country may include some people who have a genuine claim to refugee status and others who do not, especially when that country is simultaneously affected by persecution, armed conflict, political instability and economic collapse. Third, many refugees and asylum seekers are obliged to move from one country to another irregularly because they are unable to obtain the passports, visas and tickets they need to travel in an authorized manner. Such phenomena are often referred to collectively as 'mixed migrations' or the 'asylum-migration nexus'".

III. – The international protection of refugees and migrants within the framework of collective security

The first aspect of the link between security and movement of persons is the way in which the international protection regime outlined above has become securitized, in other words has become also a part of the collective security framework. This has been the result *inter alia* of the development of a broader notion of a threat to international peace and security which goes beyond classic cases of aggression, as well as encompassing the concept of human security.

(6) UNHCR, *The State of the World's Refugees 2006, Human Displacement in the New Millennium*, Oxford, Oxford University Press, 2006, Ch. 2. See also : Global Commission on International Migration, *Migration in an Interconnected World : New Directions for Action*, Global Commission on International Migration, Geneva, October 2005, p. 40.

The latter means that security, ultimately destined for the protection of individuals, now takes into account the human cost of conflicts and seeks to protect the rights of persons in conformity with a new collective duty – the responsibility to protect (7). In this way, Article 1 (1) of the UN Charter relating to collective security can be given a new meaning which embraces the security of individuals as much as that of States. This evolution of the international agenda which has given a new slant to the protection of refugees and displaced persons must also be set against contemporary developments in the international legal system, in particular the emergence of an international public policy; refugee issues can now be viewed as of concern to the international community as a whole, giving the latter a broad platform for action.

A. – *The Security Council and the link between threats to the peace and mass exodus*

This is reflected in the way certain gross violations of fundamental norms of human rights and humanitarian law at the origin of mass exodus have come to be considered as threats to the very security of the international legal order. The problem of mass exodus has found its way into the agenda of the Security Council which has linked determinations of a threat to the peace under Article 39, Chapter VII of the Charter, and mass exodus, and promoted return of refugees and displaced persons as a way of restoring international peace and security.

This linkage is a notable development in the strengthening of the regime of international protection of refugees. In certain of its resolutions relating to Iraq (in the case of the Kurds), Haiti, Rwanda and Kosovo, the Security Council has determined under Article 39, that particular policies of massive and systematic violations of human rights, humanitarian catastrophes and grave violations of humanitarian law, even if emanating from intra-State conflicts, which engender mass exodus or refugee flows, constitute threats to

(7) See : ICISS, *The Responsibility to Protect,* Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, Ottawa, Canada, December 2001; *In Larger Freedom : Towards Development, Security and Human Rights for All*, Report of the UN Secretary-General Kofi Annan, 21 March 2005, UN Doc. A/59/2005; and *A More Secure World : Our Shared responsibility*, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2 December 2004, UN Doc. A/59/565.

international peace and security (8). On the basis of these determinations, the Council has acted under Chapter VII in adopting enforcement action to put an end to such State policies – economic sanctions, or authorizations to States and regional organizations for the use of force; it has mandated peacekeeping forces to use force beyond self-defence to protect safe havens or humanitarian convoys within countries of origin as alternatives to exodus; and established complex peacebuilding operations endowed with sweeping powers of governance, including legislative and executive.

The Security Council has also promoted the return of refugees and displaced persons based on a right of return which it affirmed, for example, in its resolutions 361 (1974) concerning Cyprus and 820 (1993) concerning Bosnia-Herzegovina. Finally, it has worked for the political resolution of conflicts and has actively sought to establish a multilateral framework for the conclusion of peace set-

(8) See, for example: SCR 688 (1991) on the Kurds in Iraq, in which the Security Council declares itself "Gravely concerned by the repression of the Iraqi civilian population in many parts of Iraq, including most recently in Kurdish populated areas, which led to a massive flow of refugees towards and across international frontiers and to cross border incursions which threaten international peace and security", and in para. 1. "*Condemns* the repression of the Iraqi civilian population in many parts of Iraq, including most recently in Kurdish-populated areas, the consequences of which threaten international peace and security in the region"; and SCR 841 (1993) on Haiti which links the threat to international peace and security with the humanitarian crisis in Haiti, including mass displacements of population, following on "a climate of fear of persecution and economic displacement" as a result of the failure to reinstate the legitimate Government of President Aristide. Regarding the conflict in Yugoslavia, Security Council resolutions condemned the grave and systematic violations of human rights and fundamental freedoms – including against ethnic minorities – and the grave violations of international humanitarian law such as the practices of ethnic cleaning and obstructions to the delivery of food and medical products to the civil population. In SCR 771 (1992), the Security Council expressed "*grave alarm* at continuing reports of widespread violations of international humanitarian law occurring within the territory of the former Yugoslavia and especially in Bosnia and Herzegovina including reports of mass forcible expulsion and deportation of civilians..." In SCR 752 it "Calls upon all parties and others concerned to ensure that forcible expulsions of persons from the areas where they live and any attempts to change the ethnic composition of the population, anywhere in the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, cease immediately" and "Emphasizes the urgent need for humanitarian assistance, material and financial, taking into account the large number of refugees and displaced persons". In SCR 787 which established economic sanctions against the federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), the Council "Reaffirms that any taking of territory by force or any practice of 'ethnic cleansing' is unlawful and unacceptable, and will not be permitted to affect the outcome of the negotiations on constitutional arrangements for the Republic of Bosnia and Herzegovina, and insists that all displaced persons be enabled to return in peace to their former homes". In the preamble of its resolution 819 (1993), the Security Council stated that it was "Aware that a tragic humanitarian emergency has already developed in Srebrenica and its surrounding areas as a direct consequence of the brutal actions of Bosnian Serb paramilitary units, forcing the large-scale displacement of civilians, in particular women, children and the elderly". For similar concerns, see on Kosovo: SCR 1160, 1199 and 1203 (1998), as well as the numerous Security Council resolutions on specific African conflicts, such as in the Democratic Republic of Congo and the Sudan.

tlements which give a central place to the solution of the problem of refugees and internally displaced persons, as illustrated by the peace settlements relating to Cambodia, Bosnia-Herzegovina or Darfur (9). Such solutions include human rights monitoring by international bodies, embedded, for example, in Annexes 6 on human rights and 7 on refugees and displaced persons which are integral parts of the Dayton Agreement and which include a mechanism for restitution of or compensation for property.

The significance of these developments in the context of international protection of refugees should be underlined, for it has led the Security Council to act in situations of mass influx, either through its responses to imminent coerced movements of populations, or through action to put an end to their root causes.

B. – *NATO and the link between security and mass exodus*

Regional organisations such as NATO have also redefined the context within which they can legitimize collective action, such as the 1999 NATO bombardments of the Federal Republic of Yugoslavia, by broadening the notion of security to include human security. NATO's 1999 Alliance's Strategic Concept has thus considered that :

> "20. [...] The security of the Alliance remains subject to a wide variety of military and non-military risks which are multi-directional and often difficult to predict. [...] Ethnic and religious rivalries, territorial disputes, inadequate or failed efforts at reform, the abuse of human rights, and the dissolution of states can lead to local and even regional instability. The resulting tensions could lead to crises affecting Euro-Atlantic stability, to human suffering, and to armed conflicts. [...]
>
> 24. [...] The uncontrolled movement of large numbers of people, particularly as a consequence of armed conflicts, can also pose problems for security and stability affecting the Alliance. [...]" (10).

---

(9) See : Agreement on a Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict, 23 October 1991, available at : http ://www.usip.org/library/pa/cambodia/agree_comppol_10231991.html; The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, 14 December 1995; available at : http ://www.ohr.int/dpa/default.asp ?content_id = 380; and Security Council resolutions on Darfur, *e.g.* 1590 (2005). There are of course many other agreements settling the conflicts in Mozambique, Afghanistan, Kosovo, *etc.* which include provisions on return of refugees and displaced persons.

(10) "The Alliance's Strategic Concept, Approved by the Heads of State and Government Participating in the Meeting of the North Atlantic Council in Washington, D.C. on the 23rd and 24th April 1999", NATO press release NAC-S(99)65, 24 April 1999, available from : http :// www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065e.htm.

C. – *The link between individual criminal responsibility and population displacement*

The securitization of the regime of international protection of refugees is also to be seen in the link which has been established between threats to international peace and security and the core crimes giving rise to individual criminal responsibility under international law, such as ethnic cleansing and genocide – the root causes of major refugee outflows. This linkage was underlined by the Appeals Chamber of the Yugoslavia Tribunal, in the *Tadic Case* (11), in which it upheld the view that the legality of its creation rested on Article 41 of the UN Charter, its establishment thus constituting one measure for the restoration and maintenance of international peace and security; it is also sustained by the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court which recognizes "that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world". The situation of Darfur which has been referred to the ICC by Security Council 1593 (2005) is a vivid illustration of this linkage between such core crimes, including sexual violence, leading to mass exodus and displacement of populations, and the need to bring to justice those responsible.

D. – *The link between security, development and migration*

In respect of migrants, it is interesting that the broadened notion of human security has been linked also with development, particularly in the framework of the Millennium development goals of the United Nations. Thus the 2005 World Summit Outcome states :

> "9. We acknowledge that peace and security, development and human rights are the pillars of the United Nations system and the foundations for collective security and well-being. We recognize that development, peace and security and human rights are interlinked and mutually reinforcing".

This has been but a short step in leading to linkages between migration and development, reflected in General Assembly resolution 58/208 of 23 December 2003, in which the Assembly decided to devote a high-level dialogue to international migration and devel-

(11) See : International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, §§32-36.

opment in September 2006. The emphasis is both on a human rights dimension – enhancement of the human rights of migrants, principle of non-discrimination, combating of racism and xenophobia, prevention and combating of migrant smuggling and trafficking –, a policy approach which insists on the management of migration, and inter-State and inter-organizational partnerships in so doing.

IV. – The securitisation and criminalisation of refugees and migratory flows

The second aspect of the link between security and refugees and migrants is the securitization of refugee and migratory movements by means of responses to the perceived threats posed by these movements to the security of the State, resulting in the creation of a piecemeal and reactive set of policies and rules operating at all levels – national, regional and international. Such responses, increasingly aimed at containment of such population flows through criminalization – penalization, detention and incarceration – have been adopted outside the framework of the international protection regimes, overlooking prior existing mechanisms which balance security and humanitarian and individual concerns.

A. – *Security concerns in refugee and human rights instruments*

Security considerations have in traditional international law served as limitations on the international obligations undertaken by States and the national security exception is familiar to international lawyers. The normative frameworks which have been built up for human rights and refugee protection have therefore also been balanced by public order and security concerns.

The 1951 Convention, for example, is replete with references to the security of the asylum State. From its inception, it was accepted that it should also filter out the deserving from the undeserving, by providing its own self-contained balancing mechanisms.

The Convention includes so-called "exclusion clauses" : Article 1 (F) (a) for example, excludes from refugee status those who have committed crimes against peace, war crimes or crimes against humanity. This provision, unlike a similar clause in the UNHCR

Statute, was intended to be evolutionary and today encompasses the crimes which figure in the Statutes of the international criminal tribunals, the latest being the ICC. Article 1 F (b) concerns those who have committed a serious non-political crime prior to admission, while 1 F (c) refers to those who are guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. This latter provision is not entirely theoretical, although intended to be applied in a restrictive fashion where Articles 1F (a) and (b) are inapplicable and, in accordance with the interpretation given by the UNHCR, to those persons forming part of the government apparatus. At any rate, this article also must be read in the light of the evolution of the Charter.

Even in its formulation of the principle of *non-refoulement*, the main pillar of refugee protection, the Convention excludes from its application a "refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country" (Article 33 (2)).

At the same time, Article 2 declares that each refugee has the obligation to comply with the laws of the country of asylum, including general measures for the maintenance of public order; Article 9 refers to the taking of provisional measures essential to national security in time of war, or other grave and exceptional circumstances; while Article 32 on expulsion likewise refers to grounds of national security or public order.

But the 1951 Convention weighs the interest of the individual refugee in obtaining protection from persecution against the interest of the receiving state in maintaining security and public order: humanitarian against security concerns. This is the way the Convention is read in for example the UNHCR Handbook which limits the definition of a "serious crime" to a "capital crime or a very grave punishable act", and also includes the principle of proportionality which refers to mitigating and aggravating circumstances, *i.e.* balancing the seriousness of the crime against the severity of persecution in the country of origin.

To take another example, the OAU convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, is particularly sensitive to the potential threats posed this time to the security of the States

members of the OAU. The preamble to the OAU Convention recalls this, as does Article 3 which adds to the provisions of the 1951 convention relating to the duties of the refugee, the prohibition to carry out subversive activities or attacks against OAU member States, although action against apartheid States was to be legitimized. This is strengthened by Article 2 (6) which requires refugees to be placed at a reasonable distance from the frontier of their State of origin.

The OAU convention, in addition, supplements the cessation clauses of the 1951 convention by including, as grounds for cessation, the commitment of a serious non-political crime outside the country of asylum after the grant of refugee status, or the serious infringement of the purposes and objectives of the Convention (Art. 1, §4 f) and g)). This withdrawal of refugee status would authorise the expulsion of such refugees regardless of whether there has been cessation of persecution in the country of origin. Finally, Article 1, §5 c) supplements the exclusion clauses of the 1951 Convention by adding as a motive for exclusion, the commission of acts contrary to the purposes and principles of the OAU Convention. On the other hand, the OAU Convention does not qualify the principle of *non-refoulement* (Art. 2 (3)). These security clauses are prevalent in other regional conventions and instruments.

The provisions of the human rights conventions are also carefully balanced against the imperatives of State security. They contain both limitation clauses attached to particular rights, as well as give the possibility to States of derogation. In the ICCPR, for example, certain rights which are relevant to refugees may be subjected to restrictions : for example freedom of movement which in the ICCPR "shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant" (Art. 12 (3)). Article 4 also provides for derogability in time of public emergency except for those rights specifically labelled as non-derogable, such as the right to life, freedom from torture, *etc.* Equally, in both the ECHR and the American Conventions, rights may be suspended if, in the words of the latter, the "independence or security of the state is threatened" in time of war, public danger or other emergency. Moreover, aliens are

subject to distinctions : Article 13 of the ICCPR provides that an alien lawfully in the territory of a State Party may nevertheless be expelled if it is "in pursuance of a decision reached in accordance with law" and can have his case reviewed before a competent authority "except where compelling reasons of national security otherwise require".

Such security concerns in the human rights instruments are nevertheless contained : limitations are defined and conditioned, non-derogable rights have been interpreted expansively by human rights bodies, and the conditions in which States may derogate from some of their obligations strictly specified (12).

It is obvious that State application of these provisions may be restrictive and the rights of individuals not always carefully balanced against security imperatives. Domestic provisions may consider other crimes of a less serious nature, may ignore the principle of proportionality, or override individual fears of persecution (13). Nevertheless, although references to national security or *ordre public* may be vague and interpretation can only be left to the Sate authorities, once they are incorporated into human rights treaties they transform such discretionary choices of States into ones to which outer limits have been set. It is evident therefore that the edifice of international legal protection of individuals has reduced the "margin of appreciation" of States in determining questions of national security or *ordre public* (14).

(12) See : UN Human Rights Committee, *General Comment n° 29, States of Emergency (art. 4)*, 2001 ; FISHER D., MARTIN S. and SCHOENHOLTZ A., "Migration and Security in International Law", *in* ALEINIKOFF T.A. and CHETAIL V. (Eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, TMC Asser, 2003, pp. 87-120.

(13) See, for example, in a comparison of US law with the 1951 convention : ABRIEL E.G., "The Effect of Criminal Conduct upon Refugee and Asylum Status", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 1996, pp. 359-372.

(14) The European Court of Human Rights while recognising that the European Convention of Human Rights leaves the contracting parties an area of discretion, stated with reference to the emergency powers of States : "It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of (its) nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency.[...] Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court [...] is empowered to rule on whether the states have gone beyond the 'extent strictly required by the exigencies' of the crisis [...]. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision", ECtHR, *Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, Series A, N° 25, §207. See also : ECtHR, *Handyside v. The United Kingdom*, 7 December 1976, Series A, N° 24 ; ECtHR, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, 26 April 1979, Series A, N° 30, and ECtHR, *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, [GC], 11 July 2002, ECHR 2002-VI.

Moreover, as Emerich de Vattel once said, a Nation "has the right, and is even obliged, to follow in this matter (admission of refugees) the rules of prudence. But this prudence should not take the form of suspicion nor be pushed to the point of refusing an asylum to the outcast on slight grounds and from unreasonable and foolish fears. It should be regulated by never losing sight of the charity and sympathy which are due to the unfortunate" (15).

B. – *Domestic and regional security provisions forged outside the context of the refugee and human rights regime*

Immigration flows are being increasingly "securitised". The events of 9/11 in particular have had a direct impact on immigration and asylum law and policy, though sometimes used as a trigger to consolidate previous policies, measures or legislation (16). Recent migration policies, particularly in the framework of the European Union, have linked migration and refugee issues to measures against drug trafficking and terrorism, at the risk of eroding guarantees for human rights protection and affecting the legal status of immigrants and asylum-seekers. Such policies have had in particular two notable effects on the asylum regime which have been at odds with recent developments in human rights law.

The first is to restrict the scope and spatial application of the very principle that lies at the heart of human rights protection of asylum-seekers – namely the principle of *non-refoulement* – by restricting access to territory and hence to asylum-determination procedures. This has taken the form of imposition of visa and transit visa requirements, sanctions against airlines, the creation of fictions such as international airport zones, interdiction at sea, the application of measures of deterrence, including economic and detention measures, safe third country concepts, summary removal based on manifestly unfounded applications, expulsion, extradition, and accelerated refugee status procedures.

(15) De Vattel E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite aux affaires des nations et des souverains*, 1758.

(16) See : Brouwer E., "Immigration, Asylum and Terrorism : A Changing Dynamic. Legal and Practical Developments in the EU in Response to the Terrorist Attacks of 11.09", *European Journal of Migration Law*, 2002, pp. 399-424.

This is most notable at the regional European level where a process of harmonisation of laws and the construction of a special regional regime is in progress which is not entirely consonant with the universal regime, although it pays lip service to it. A series of conventional arrangements reached within the inner and outer circles of Europe – the Schengen Agreements, the 1990 Dublin Convention, the assimilation of the "Schengen *Acquis*" in the Amsterdam Treaty, the 1998 Protocol on asylum for nationals of Member States of the European Union (or "Aznar Protocol") (which states that all EU Member States constitute safe countries of origin) – reinforced by a series of European Council Regulations and Directive (17), and bilateral and multilateral readmission agreements concluded with transit States and countries of origin, have institutionalised these *ad hoc* attempts to restrict access to national territory and to refugee determination procedures. At the same time, enlargement of the European Union has expanded eastwards and southwards the frontiers requiring policing, while controls have been set up at points of origin of refugee flows. Thus in 1996 the EU, but also the United States and other countries, have adopted a policy which allow them to post airline liaison officers abroad for purposes of verifying travel documents (18). This is a paradoxical extension of territorial jurisdiction, intended precisely to limit jurisdiction and hence international obligations.

Interdiction of ships suspected of carrying illegal migrants has also taken on particularly dramatic proportions. While entitled to do so on the basis of certain conditions under the Law of the Sea in their contiguous zone and territorial waters, States have had to increase their cooperation in guarding against unauthorized entry by sea by taking measures on the high seas. Prohibited from unilaterally accosting the ships of other States, with the exception of

(17) See, *inter alia* : Council Regulation (EC) N° 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national ("Dublin II"), *Official Journal*, 2003, L 50, p. 1; Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, *Official Journal*, 2004, L 304, p. 12. Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, *Official Journal*, 2005, L 326, p. 13.

(18) See : Fischer D., Martin S. and Schoenholtz A., "Migration and Security in International Law", *op. cit.*, pp.92-93.

pirate ships or ships without a nationality or flying several flags, *ad hoc* consent from the flag States of the vessels concerned has had to be sought or bilateral treaties or memoranda of understanding drawn up. International regulation of such refugee-related protection issues as stowaways, rescue at sea, disembarkation, or application of principle of *non-refoulement*, has been piecemeal and unsatisfactory (19).

The United States has asserted certain unilateral claims to interdict ships suspected of carrying terrorists. Its Courts have also given it backing in restricting access of asylum-seekers to its territory. In the United States Supreme Court decision in *Sale v. Haitian Centers Council Inc.* (20) the Court narrowed the spatial scope of the 1951 Convention in condoning the interception on the high seas by US customs authorities of Haitian stowaways or boat people, on the basis that : "[...] a treaty cannot impose uncontemplated extraterritorial obligations on those who ratify it though no more than its general humanitarian intent. Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions". This was not the interpretation given by UNHCR to Article 33 in its *amicus* brief in this case. A foremost human rights authority, Theodor Meron, while recognizing that : "Most of the provisions of the Refugee convention, in contrast to those of the political Covenant, may be primarily territorial in character, in the sense that they apply to claimants who have reached the soil of the state of asylum", nevertheless concludes that "keeping in mind Article 33 of the Refugee Convention – when a state undertakes to exercise its jurisdiction to enforce its laws on the high seas by returning potential asylum seekers to the country they are fleeing, the Convention, and not only its spirit (as the Court suggested) is breached" (21).

(19) Apart from UNCLOS, the IMO has promoted a number of somewhat relevant conventions : the Convention on Facilitation of International Maritime Traffic (FAL Convention), the International Convention for the Safety of Life at the Sea (SOLAS) and the International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR). UNHCR has produced a series of background notes and EXCOM conclusions on the issue.

(20) United States Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council Inc*, 113 S.Ct.2549, 1993, p. 2565; and *International Legal Materials*, 1993, p. 1039.

(21) Meron Th., "Extraterritoriality of Human Rights Treaties", *American Journal of International Law*, 1995, pp. 80-81.

Interdiction at sea which prevents potential asylum-seekers from accessing refugee determination procedures has resulted in particularly dramatic instances. One will remember the Tampa with its 460 refugees trapped aboard a Norwegian container cargo ship in the most inhumane conditions offshore from Australia in September 2001. But as a result of interdiction at sea, refugees are taking increasingly greater risks to reach the shores of asylum countries. The stories of African refugees drowned when their unseaworthy vessels capsized or forced to jump into the sea at gun point by unscrupulous crew members and smugglers are countless. Only weeks after the Tampa, and the events of 9/11, 353 men, women and children mainly from Afghanistan and Iraq, drowned seeking refugee on Christmas Island in Australia, in the middle of an election campaign in which one of the main issues was the protection of borders through draconian new anti-refugee measures, and the deployment in the area of a sizeable Australian navy to intercept refugees.

Policies of containment have also included the building of walls : around the two Spanish enclaves at Ceuta and Melilla, at the frontiers of the EU, or along the Mexican/US border, the establishment of refugee detention centres such as that of Sangatte positioned at the point of entry of the Chunnel, or the debatable on-going proposals concerning "in-region asylum processing", "regional protection zones" and "transit processing centres". These are all part of the new realities of the refugee condition (22).

These measures which lie outside the network of international protection or in a restrictive application of the 1951 Convention, have not been balanced against the needs of individuals for asylum. They go against recent developments in international human rights law which have acknowledged extension of the State's obligations to protect human rights beyond its own borders to everyone within its jurisdiction, *i.e.* under its actual authority and responsibility (Article 1 of the European Convention of Human Rights, Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights), a term which has been defined as not being limited to "national terri-

(22) See : SCHUSTER L., "The Realities of a New Asylum Paradigm", *Migration, Policy and Society Working Paper N° 20*, University of Oxford, 2005.

tory" (23). Nor have they always respected the conditions for limitations of such rights such as non-discrimination, freedom of movement, *etc* (24).

A second notable development of such measures has therefore been to exacerbate the traditional distinction between aliens and nationals, which had been gradually narrowed down in human rights law, leading to the erosion of international human rights law's basic premise of universality which extends to all individuals. Recent policy and legislation in respect of asylum-seekers have sought to create a particular category of aliens in an "irregular" situation singled out for particular treatment and removed from the pale not only of refugee law but also of human rights law. This so-called "irregular" situation entitles asylum states to ignore the general reach of human rights law by resorting to such practices as detention and penalization of illegal entry, leading in some cases to outright inhuman and degrading treatment of asylum-seekers and on some dramatic occasions to their death, as well as to disregard of the rights of refugee children or the concept of family unity.

The events of 9/11 in particular have directed State policies and legislation against aliens, eroding even further the immigration and asylum regime. But it has also particularly affected the principle of non-discrimination which lies at the core of human rights and refugee law by basing such distinctions on race, religion and ethnicity as opposed to nationality alone.

This has been most notable in the United States where the Patriot Act of 2001 and other policies and legislative measures in response to 9/11 have had dire legal and social ramifications, targeting specific American and foreign communities of Arab and South Asian descent, curtailing such constitutional rights as those concerning free speech and association, search and seizure, right to due process, including access to legal counsel and attorney-client

(23) See : EComHR, *Cyprus v. Turkey*, 26 May 1975, *Decisions and Reports*, N° 2, 1975; ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995, Series A, N° 310, p. 24; *Vlastimir and Borka Bankovic and Others v Belgium et al.*, N° 52207/99, 12. December 2001, 41 *International Legal Materials* 517, 2002 and UN Human Rights Committee General Comment 24, *General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6 (1994), §12.

(24) Brouwer E., "Immigration, Asylum and Terrorism : A Changing Dynamic. Legal and Practical Developments in the EU in Response to the Terrorist Attacks of 11.09", *op. cit.*, pp. 399-400.

privilege, detention of suspects for specified periods without charge or even indefinitely, and introducing secrecy provisions preventing detainees from having access to the evidence, as well as confiscation of property of any foreign person, including a resident alien, or organization that has been determined to plan, authorize or aid in attacks against the United States (25).

In the field of immigration and asylum the Patriot Act has also had far-reaching effects. It adds new categories of non-citizens prohibited from entering the US or subject to removal from the United States by amending the Immigration and Nationality Act. It thus prohibits the entry into the US of any non-citizen who represents or is a member of "a political, social, or other similar group whose public endorsement of acts undermines United States efforts to reduce or eliminate terrorist activity" (Section 411). Terrorist activity has been defined as including any crime that involves the use of a "weapon or dangerous device", while the term "terrorist organization" includes groups of "two or more individuals, whether organized or not" who are engaged in specified terrorist activity.

The Government has used immigration procedures such as preventive detention under harsh conditions to pursue criminal investigations and prosecutions, in ways which are not permitted in either immigration law or international law, on the basis of immigration charges which include even minor visa violations, the use of criminal databases in the application of immigration laws, *etc* (26). It is significant in this context that the Immigration and Naturalization Service has been relocated to the Department of Homeland Security in 2002.

---

(25) See : SEKHON V., "The Civil Rights of 'Others' : Antiterrorism, The Patriot Act, and Arab and South Asian American Rights in Post-9/11 American society", *Texas Forum on Civil Liberties and Civil Rights*, (2003), pp. 1-32; AKRAM S.M. and KARMELY M., "Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States. Is Alienage a Distinction without a difference?", *UC Davis Law Review*, 2005, pp. 609-699, particularly at 632-635 on the effects of the Patriot Act.

(26) See : U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, "The September 11 Detainees : A review of the treatment of aliens held on immigration charges in connection with the investigation of the September 11 attacks", April 2003; Amnesty International, "United States of America : Amnesty International's concerns regarding post September 11 detentions in the USA", March 2002. The UK, amongst others, has also increasingly used detention and curtailment of due process rights in response to perceived threats post-September 11. See : *A(FC) and others (FC) v. Secretary of Sate for the Home Department*, House of Lords, 2004, in which the Lords held that section 23 of the *Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001* (ATCSA), which permitted the indefinite detention without trial of foreign nationals suspected of international terrorism, was incompatible with the Human Rights Act and the ECHR.

One pernicious effect is that policies of racial profiling have targeted persons on the basis of their ethnicity not nationality, as illustrated by the case of Maher Arar, a Canadian citizen, transiting through New York, who was detained and interrogated then deported to Syria, a country he had originally left, where he was imprisoned and apparently tortured (27). Under disparate provisions the government has targeted both citizens and non-citizens of Arab descent (28).

It has been stated that :

> "A number of the post-9/11 provisions and policies have significantly altered detention procedures and practices in the immigration context. These policies have exacerbated a trend toward criminalizing immigration law, expanding the categories of mandatory detainees, reducing administrative discretion in determining release, and curtailing the immigration and federal courts from review of detention decisions".

The logic of this is claimed to be that extreme national emergencies require extreme measures which clearly outweigh the opposing interests of civil liberties (29).

C. – *The universal normative framework to address the new security threats*

To address the new threats on the international scene, an international – as opposed to a national or regional – normative framework is also being elaborated which is not necessarily refugee specific but has had a notable impact on refugee and migrants' rights, by imposing obligations on States, such as requiring the criminalisation of certain acts in their domestic law, the tightening of border controls, and inter-State cooperation, information sharing, the development of extradition rules and extraterritorial enforcement of immigration controls. What is new about these measures is that they are targeted at prevention of movement across borders of potential criminals and terrorists, tightening the controls on travel and identity documents.

---

(27) This has led Canada to advise citizens of Arab and Muslim countries that they should not travel to the US because they risked being removed to their countries of origin. For an overview of the story of Maher Arar, see : MAYER J., "The Secret History of America's 'Extraordinary Rendition' Program", *The New Yorker*, 14 February 2005.

(28) See on racial profiling : AKRAM S.M. and KARMELY M., "Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States. Is Alienage a Distinction without a difference?", *op. cit.*, pp. 658-672.

(29) *Ibid.*, pp. 645, 669.

These measures to enhance international security have thus come to set limitations on the rules governing migration and refugee and human rights protection. Two such developments will be referred to – that concerning the trafficking and smuggling of aliens, and measures to combat terrorism. The measures relating to narcotics trafficking, such as the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, of 1988, should be mentioned in this context although it will not be elaborated on.

1. *The criminalization of trafficking and smuggling*

A normative framework has been developed to deal with migrant smuggling and trafficking in persons, especially women and children as transnational crimes. Such measures are not new and can be traced back to the slavery conventions, as well as found in the recent Convention on Discrimination against Women, and the Convention on the Rights of the Child. Two protocols now dealing specifically with this issue, supplement the 2000 United Nations Convention Against Transnational Organized Crime : the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, which entered into force on December 25, 2003, and to date has 93 Parties, and the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, which entered into force on January 28, 2004 and currently has 82 Parties (30).

Both criminalize the conduct in question, although definitional problems have arisen (for example in respect to the term trafficking for the purpose of exploitation, the latter encompassing sexual exploitation, forced labour, slavery, servitude or the removal of organs, and impose obligations on States for the prevention, investigation and prosecution of such acts within their borders). They include also the promotion of international cooperation for law enforcement, mutual legal assistance, and exchange of information. Finally, extraterritorial enforcement includes border controls, a framework for cooperation among the states parties in boarding and

(30) MUNTARBHORN V., "Combating Migrant Smuggling and Trafficking in Persons, Especially Women : the Normative Framework Re-Appraised", *in* ALEINIKOFF T.A. and CHETAIL V. (Eds.), *Migration and International Legal Norms Migration and International Norms, op. cit.*, pp. 151-166; FISHER D., MARTIN S. and SCHOENHOLTZ A., "Migration and Security in International Law", *in ibid.*, p. 94.

searching suspected vessels and the imposition of sanctions on carriers if caught in violation.

One of the biggest hurdles has been the protection of the rights of the victims, for it was important to ensure that migrants not be liable to criminal prosecution for the fact of having been trafficked or smuggled, as well as to protect refugee rights under international law. The balance to be struck between the objective of eradicating smuggling and the protection of the victims proved to be one of the thorny problems to be resolved during the drafting of the conventions. The Protocol on Trafficking goes further than the Protocol on Smuggling with specific provisions in that respect. Such protective measures include the right of the victims, in appropriate cases, to remain in the territory of the transit or destination country, and their access to legal assistance and counselling. There is also a guarantee for the rights of refugees in Article 14 (1): "Nothing in this Protocol shall affect the rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights and in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of refugees and the principle of *non-refoulement* as contained therein". This would imply their access to determination procedures. But such commitments have been seen as weak ones and the victims of trafficking and smuggling come within the net of domestic legislation and immigration laws which have no adequate provisions for their protection. As undocumented aliens, they are classified as illegal migrants subject to fines and imprisonments, may be subjected to domestic anti-prostitution laws or seen as infringing juvenile justice legislation. They are also liable for prosecution under the laws of their countries of origin if for example, they have infringed exit visa requirements (31).

These conventions have been reinforced by a series of regional instruments (32).

(31) See: MUNTARBHORN V., "Combating Migrant Smuggling and Trafficking in Persons, Especially Women: the Normative Framework Re-Appraised", *op. cit.*

(32) *Ibid.*

2. *Measures to combat international terrorism within the United Nations framework*

Terrorism is not new. A series of conventions had been adopted outside the framework of the United Nations in relation to offences against aircraft and ships, but normative efforts in the field of terrorism subsequently shifted to the UN, bringing the total number of universal conventions on terrorism to 13 (there are a further seven regional treaties). The General Assembly has adopted numerous declarations on terrorism (33). Its Ad Hoc Committee established in December 1996 is also currently working on a comprehensive Convention on international terrorism which aims, *inter alia*, to provide a definition of terrorism.

a) *The adoption of Security Council Resolution 1373*

The events of 9/11 triggered new approaches to international terrorism and placed the question squarely on the agenda of the Security Council. In previous years the Council had dealt with State terrorism in its resolutions on Libya, Sudan and Afghanistan. However, Security Council Resolution 1373 (2001) on the prevention and suppression of the financing of terrorist acts (34) departs

(33) See, for example: GA Res.49/60, Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism; GA Res.51/210; GA Res.54/164; GA Res. 56/261, Plan of Action against Terrorism, A/RES/57/27, A/RES/58/81; A/RES/59/46.

(34) In SC Res.1373 (2000), §1, the Council decides, *inter alia*, that all States shall:

(a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts;

(b) Criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts;

(c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities;

(d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons;

(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts.

from traditional sanctions resolutions. The measures laid down may be seen as preventive measures, and are treated as administrative measures in some countries, but they also have penal connotations, since they impose not only a duty to freeze all funds and other financial assets of persons who commit or attempt to commit terrorists acts or support such activities, as well as prohibit funds from being made available for the benefit of such persons, but also provide for the criminalization of certain acts in the domestic laws of States. The target is general and impersonal, and, apart from the lists drawn up by the sanctions committee established by Resolution 1267, leaves it to implementing States to designate the entities that are targeted and, in the absence of a definition of terrorist acts, to improvise around their own particular brands of terrorism. The legislative nature of the resolution is evident from its general and open-ended nature and from the fact that States are called on to implement provisions similar to those found in conventional instruments, such as the UN Convention on the Financing of Terrorism, outside of any conventional obligations.

The Resolution has a potentially serious impact on asylum and migration law. It calls on States to take appropriate measures, in conformity, *inter alia*, with relevant human rights standards, to refuse the grant of refugee status to those who have "planned, facilitated or participated" in terrorist acts. It requires States to "Prevent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents and through measures for prevent counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents" (35).

(35) Paragraph 2(g). Paragraph 2(c) reads as follows: "Decides also that all states shall [...] Deny safe haven to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide safe havens".

Paragraph 3 reads as follows: "Calls upon all States to:

(f) Take appropriate measures in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts;

(g) Ensure, in conformity with international law, that refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists".

See also: §5 (f) of the Declaration on Terrorism annexed to GA Resolution 49/60 which also concerns the granting of asylum – this resolution is of course not mandatory as such.

This resolution is mandatory for UN member states and hence for States parties to the 1951 Convention. If they are to act in conformity with the Charter, they will also have the obligation to interpret the exclusion clauses of the Convention as also the measures to be taken to grant refugee status in such a manner as to put into effect the resolution of the Council. This is not necessarily positive in so far as there is as yet no universal definition of terrorism and that the link which is made between asylum and terrorism is open to abuse. In declaring in paragraph 5 that acts of international terrorism are contrary to the purposes and principles of the United Nations, the Council appears to settle a debate as to where and how the exclusion clauses should take terrorism into account. In any case, any conflicts between the resolution and the 1951 Convention can only be resolved in favour of the primacy of the former in accordance with Article 103 of the Charter. The resolutions of the Security Council therefore may have a decisive impact on the application and interpretation of the exclusion clauses of the convention. The Security Council has followed Resolution 1373 with a whole series of other terrorism resolutions (36).

b) *Implementation of Resolution 1373 and individual rights*

States also have an obligation to implement the resolution in their domestic order to enforce its provisions by national legislative, executive and judicial bodies. Moreover, SCR 1373 has been used as a justification of, even as an obligation to adopt, extra measures to safeguard internal security. At the same time there are wide disparities in the domestic definitions of terrorism and acts of international terrorism.

It is greatly difficult to disentangle the various strands of the measures to combat terrorism adopted in domestic legal systems : those in implementation of Resolution 1373 (2001), measures taken more specifically against Al-Qaida and the Taliban under Resolutions 1267(1999), 1333 (2000), and 1390 (2002), obligations undertaken under treaties within the framework of a UN international strategy against terrorism, or of regional organisations, such as the web of EU Common Positions and EC Regulations on the combating of terrorism, the 1999 OAU Convention on the Prevention and

(36) See for example : S/RES/1566 (2004), on strengthening efforts to combat terrorism.

Combating of Terrorism, or the Declaration on Combating Terrorism and Action Plan adopted at the November 2001 regional meeting of Heads of States of Central, Eastern and South-Eastern Europe. States have also adopted measures independently, either in the immediate aftermath of the terrorist attacks of September 11, 2001 or to combat particular domestic forms of terrorism. The measures adopted by the United States to combat terrorism have not been the direct result of implementation of Security Council resolutions, but were adopted well before. These measures cover a wide range of legislative measures, including in the fields of information, money-laundering, drug-trafficking, illegal migration, nuclear and chemical/biological proliferation.

For EU Member States, implementation has been the result of co-ordination by EU member States over a range of measures. Security Council Resolution 1373 was implemented within the EU on the basis of a Council Common Position 2001/931/CFSP of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism and EC Regulation 2580 (2001) on specific restrictive measures directed against certain persons and entities with a view to combating terrorism, adopted on the same day. Both of these have been subsequently updated or amended. The EU has adopted its own definition of the term "terrorist act" under the Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism (thus filling the vacuum left by Resolution 1373 (2001)).

The link between terrorism and refugees is made in Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection, and the content of the protection granted. Thus in Recital 22, the EU confirms the position of UN resolutions relating to measures combating terrorism that "acts, methods and practices of terrorism are contrary to the purposes and principles of the United Nations" and that "knowingly financing, planning and inciting terrorist acts are also contrary to the purposes and principles of the United Nations"; acts of terrorism are thus included by implication in Article 12. 2 c) on exclusion from refugee status of persons committing acts contrary to those purposes and principles.

The EU has also drawn up its own lists of "persons, groups and entities involved in terrorist acts" targeted by its measures, which

may include lists of names designated by the Security Council and Sanctions Committee, and provided its own measures calling for the freezing of funds and economic resources belonging to such persons, groups and entities. The measures relating to the freezing of funds called for in Security Council resolutions were implemented by EC Regulation 2002/881/EC based on Common Position 2002/402/CFSP, both adopted on 27 May 2002.

A detailed picture of the way in which Member States have implemented Resolution 1373 may be found in their reports to the Counter Terrorism Committee (CTC) (37). These reports portray vividly the extent of the web of measures – executive, legislative, judicial – in which individuals may now find themselves entrapped with no possibility of recourse. Major problems and controversies have also arisen in relation for example to the far-reaching extension of powers of intelligence agencies and police in data gathering which threaten the right to privacy, and many of the due process rights.

Security Council Resolution 1373 (2001) has raised important questions of due process which have rekindled the debate over the limits to the powers of the Security Council. The consolidated lists of individual targets of sanctions measures, drawn up by the 1267 Committee and based on designations by the intelligence services of particular member States, lack transparency and have raised a serious debate over the safeguard and protection of individual rights in sanctions implementation, such as the right to a fair and public hearing for those who are listed, and the lack of legal procedures for de-listing.

The need to protect human rights in the struggle against terrorism has been highlighted by the UN Secretary-General and the UN High Commissioner for Human Rights (38). Other human rights bodies at the United Nations have also drawn attention to the dangers inherent in the indiscriminate use of the term "terrorism" and expressed alarm at the consequent threats that anti-terrorism legislation and policies poses to the enjoyment of virtually all human rights – civil, cultural, economic, political and

(37) See : http ://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted_reports.html.

(38) See : UNHCHR, *Digest of Jurisprudence of the UN and Regional Organizations on the Protection of Human Rights while Countering Terrorism*, 2003, http ://www.unhchr.ch/html/menu6/2/digest.doc.

social (39). The Human Rights Committee, in reviewing individual State reports under the ICCPR, has stressed that legislation enacted pursuant to Security Council resolution 1373 must be in conformity with the Covenant. The Policy Working Group on the United Nations and Terrorism established by the Secretary-General in October 2001 (40), has warned United Nations organs that :

> "counter-terrorism can be used to justify acts in support of political agendas... Labelling opponents or adversaries as terrorists offers a time-tested technique to de-legitimize and demonize them. The United Nations should beware of offering, or be perceived to be offering, a blanket or automatic endorsement of all measures taken in the name of counter-terrorism".

The problems arising under the pretext of combating terrorism that have been identified by United Nations bodies include :

(i) the targeting and discrimination of vulnerable groups on the basis of origin and socio-economic status, in particular migrants, refugees and asylum-seekers;

(ii) the infringement of non-derogable rights and the non-respect of the conditions for measures of derogation;

(iii) the extradition of terrorist suspects to countries where they might be subject to torture or capital punishment;

(iv) legislation based on designations made by foreign countries of organizations as terrorist organizations, without examining that designation on its merits.

The particular rights identified as being particularly under threat (41) include :

(i) liberty and security of the person;

(ii) freedom from torture and other inhuman or degrading treatment;

(iii) freedom of expression and of peaceful assembly and association;

(iv) a fair trial and right to a judicial determination on the lawfulness of detention;

---

(39) See *supra*, note 5; Report of the chairpersons of the human rights treaty bodies on their fifteenth meeting at Geneva, 23-27 June 2003, *Effective Implementation of International Instruments on Human Rights, including reporting obligations*, http ://www.unhchr.ch/html/menu2/finalreport15th; Report of the Secretary-General on *Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while countering terrorism*, UN Doc. A/58/266, 8 August 2003.

(40) UN Doc. A/57/273; UN Doc S/2002/875.

(41) See : "A Human Rights Framework for Responding to Terrorism", Open statement to the 2002 Commission on Human Rights, by, *inter alia*, Amnesty International and the International Commission of Jurists, http ://www.fidh.org/justice/lettres/2002/opnstat2703a.htm.

(v) to seek and to enjoy asylum and not to be forcibly returned to countries where people are at risk of suffering serious human rights abuses.

This exercise of the powers conferred upon the Council under Chapter VII raises a serious problem of accountability of the activities of a political organ of the United Nations which has been under debate for some time. Moreover, it underlines the possibility of conflicts between Security Council resolutions and human rights which are considered non-derogable or *jus cogens* rights, where deportation of individuals suspected of terrorist activities to countries where they may face torture may infringe the prohibitions under Article 3 of ECHR or Article 3 of the UN Convention on Torture.

c) *Remedies for individuals*

At the same time, there is little opportunity under human rights mechanisms, to review such measures. The High-Level Panel on Threats, Challenges and Change stated : "The way entities or individuals are added to the terrorist list maintained by the Council and the absence of review or appeal for those listed raise serious accountability issues and possibly violate fundamental human rights norms and conventions" (42).

Implementing Security Council resolutions in domestic law may therefore raise important constitutional problems and issues of incompatibility with fundamental rights and freedoms. Nevertheless, individuals have not easily found remedies in domestic and regional courts. While Courts have had to address the tensions which have arisen between the mandatory nature of Security Council resolutions and fundamental rights, particularly those of due process, there is an increasing perception at the international and regional levels (evidenced, for example, in the decisions of the European Court of Justice (43)), that Security Council resolutions are aspects of international public policy in fulfilment of community objectives and this is likely to be reinforced with the increase in ter-

(42) Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges, and Change, *A More Secure World, Our Shared Responsibility*, 2 December 2004, UN doc. 1/59/656, §153.

(43) See : ECJ, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Minister for Transport, Energy and Communications, Ireland and others*, Case C-84/9530, 30 July 1996, *ECR*, 1996, p. I-3953.

rorist threats. So far, therefore, courts have not been willing to challenge head on the legitimacy of the Security Council resolutions. This situation may change in the near future to the extent that targeted sanctions and the resolutions concerning terrorism may lead to more individual challenges before domestic and regional courts since the universal nature and scope of recent Council resolutions now affect individuals the world over.

Cases brought before the Court of Justice of the European Community illustrate the reluctance of judicial bodies to challenge the measures implementing Security Council resolutions. An action against the Council was brought before the Court of First Instance by Jose Maria Sison (44); the applicant, who had been granted asylum in the Netherlands, sought the annulment of Council Regulations and Decisions pursuant to which he had been black-listed, as a past member of the communist party of the Philippines. His complaint related to the refusal of the Council to allow him to access documents relating to Council decisions concerning the fight against terrorism. The Court dismissed his application as unfounded, stating, *inter alia*, that (§77):

> "it must be accepted that the effectiveness of the fight against terrorism presupposes that information held by the public authorities on persons or entities suspected of terrorism is kept secret so that that information remains relevant and enables effective action to be taken. Consequently, disclosure to the public of the document requested would necessarily have undermined the public interest in relation to public security".

The cases of *Kadi* and *Yusuf* before the European Court of First Instance (45) demonstrates even more strikingly, the lack of legal remedies for individuals, in particular aliens, caught up in the mesh of terrorist legislation. Both Yusuf and Kadi, whose assets were frozen as a result of being listed by the 1267 Sanctions Committee, challenged the legality of the EC regulations implementing the Security

(44) See: European Court of First Instance (Second Chamber), *Jose Maria Sison v. Council of the European Union*, Joined Cases T-110/03, T-150/03 and T-405/03, 26 April 2005; the case is on appeal.

(45) European Court of First Instance, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, Yassin Abdallah Kadi v. Council and Commission*, Case T 306/01 and 315/01, 21 September 2005. In the previous related case of *Aden and others v. Council and Commission* before the European Court of First Instance, the requested provisional measures were refused in a decision of 7 May 2002; Aden and Ali, the two individuals concerned, were however then struck off the list at the request of Sweden in August 2002. See: DE WET E. and NOLLKAEMPER A., "Review of Security Council Decisions by National Courts", *German Yearbook of International Law*, 2002, pp. 169 and 177-178.

Council resolutions, on the grounds that these violated their human rights, particularly their right to property, their right to a fair trail and their right to an effective remedy. The Court however dismissed their complaints on the basis of the primacy of Security Council decisions under Article 25 of the UN Charter under which member States were bound to carry out the decisions of the Security Council and Article 103, under which the obligations of the member States under the Charter prevail over any other international agreement. Nevertheless, the Court did look into the question of whether the decisions of the Council infringed norms of *jus cogens* – the only limits which could be brought to bear – although it found that the Council had not infringed any such norms. The Court also balanced individual rights against the importance of the measures taken to counter terrorism. Finally, the Court considered that the 1267 Committee had itself provided for certain procedures for delisting, although these were not judicial procedures and more akin to diplomatic protection.

While certain moves have been made to introduce a modicum of due process for targeted individuals at the international level (46), these remain at the level of diplomatic and political initiatives.

V. – Conclusion

Two contradictory developments have emerged from the link which has been forged between security on the one hand and refugees and migrants on the other.

The first has to do with one of the most significant developments in international law – the creation and expansion of a domain of general or public interest, underlying which has been the emergence of a core of legal norms, including basic principles of human rights, considered to be fundamental to the international community as a whole in the sense that they are directed to the protection of certain overriding universal values, or indispensable for the functioning of a highly complex and interdependent international society. It is also accepted that their violation may create responsibility *erga omnes,* which implies a deviation from the bilateralism and consensualism characterizing traditional rules of international law. This develop-

(46) See, for example, Swiss and Swedish initiative in: *Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Pocedures*, Watson Institute, Brown University, March 2006.

ment has been reflected in the way the notion of security has been widened to include the concept of human security. Thus gross violations of fundamental norms of human rights and humanitarian law at the origin of mass exodus have come to be considered as threats to the very security of the international legal order. It is also illustrated in the development of international criminal responsibility and the call for accountability before the International Criminal Tribunals for Former Yugoslavia and Rwanda of those responsible for ethnic cleansing and genocide, the root causes of the major refugee outflows from these countries. It is plain therefore that the international protection of refugees and other vulnerable groups has been placed within a collective security framework and become, as a result, a matter of concern for the international community as a whole.

However, at the same time as the concept of human security calls for the erosion of the concept of state sovereignty – at least in terms of countries of origin – and opens the way to intervention by States and the international community to protect individuals at the mercy of their own governments, the movements of peoples towards destination countries has been met by a reinforcement of that last fortress of State sovereignty which is the right of the State to decide who to admit and who to expel. Faced with the novel threats posed by globalization, in particular organized crime and terrorism, States have focused on enhancing their security through the development of a piecemeal security framework, both policy-oriented and normative, operating at the national, regional and international levels, including through international organisations. These recent measures adopted outside the international protection regimes for the individual, and in the name of State, as opposed to individual, security, have resulted in an international legal system based on reaction and coercion, encroaching on, and seriously threatening the erosion of, these protection regimes. This is particularly evident in the "war" against terrorism where, paradoxically, the actions of non-state actors have triggered responses which have impeded the move toward what the International Criminal Tribunal on Former Yugoslavia, in the *Tadic* case, referred to as a "human-being-oriented approach". Thus the developments since 1945 to make States accountable for the treatment of individuals on their territory or within their jurisdiction, through the limitations of human rights law or refugee law have been stalled and individual remedies have become slim or non-existent.

This has led us back to a world dominated by (some) States in which the rights of individuals in their various capacities, including as refugees, migrants or ethnic minorities, have been superseded by the imperatives of State security. The tension between the need for security of States and the need for protection of individuals has been exacerbated and the balance which the international human rights protection regimes have sought to maintain between the two sets of interests risks being tipped in favour of the former.

Current State policies towards aliens, be they refugees or unwanted migrants, in particular those taken in the context of the "war" on terrorism, are leading to a very disquieting paradox. The fight against international terrorism has been proclaimed to be not just a matter of security, but one of upholding universally shared values : these include respect for the dignity of the human being and respect for those rules which are necessary to uphold the very fabric of international society. But through the development of what has been termed a two-tier human rights system, *i.e.* one which while granting citizens the most sophisticated protection from human rights abuses, excludes from full human rights protection unwanted aliens, branded as "illegal", or in an "irregular" situation, or as potential terrorists, this very platform is being eroded; the net result being that certain individuals may find themselves outside the orbit of the expanding protection given by international human rights law to individuals in general.

In its recent Advisory Opinion on the Wall, the ICJ has addressed this contemporary challenge. In countering Israel's justification of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territories on the grounds of self-defence against terrorism on the basis of Security Council resolutions 1368 and 1373, the Court stressed that :

> "The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens. The measures taken are bound nonetheless to remain in conformity with applicable international law" (47).

This echoes the Security Council itself which has underlined that in implementing the measures it has outlined, States are nonetheless to remain within the bounds of international law, including human rights and refugee law.

(47) ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion, 9 July 2004, §141.

UN RÉGIME JURIDIQUE POUR L'IMMIGRATION CLANDESTINE

PAR

MONIQUE CHEMILLIER-GENDREAU (1)

PLAN

I. – UN PHÉNOMÈNE AUX CONTOURS INCERTAINS 321

II. – LE DROIT INTERNATIONAL S'EFFORCE DE GARANTIR LES DROITS DES MIGRANTS SANS METTRE LES ÉTATS EN DANGER. MAIS IL EST MARQUÉ D'AMBIGUÏTÉ ET DE FAIBLESSE NORMATIVE 325

III. – DES LÉGISLATIONS ET PRATIQUES ADMINISTRATIVES NATIONALES (OU EUROPÉENNE) SÉCURITAIRES CONTRAIRES AU DROIT INTERNATIONAL ET AU PRIX DU DÉVELOPPEMENT D'UN «REBUT» HUMAIN 333

Parler de régime juridique pour l'immigration clandestine relève, semble-t-il, du paradoxe. En effet, comment faire rentrer dans le champ du droit ce qui par définition y échappe ? Le phénomène ne se réduit pas au cas de l'immigration. Le droit tente d'organiser et réglementer toutes sortes d'activités humaines. Lorsque ces activités se déploient de manière non conforme aux règles établies, il y a production d'illégalité et pour échapper aux sanctions du droit, les acteurs de ces situations vont les poursuivre dans la clandestinité. Longtemps, les États ont été maîtres de l'organisation des activités sur leur territoire et ont gardé le pouvoir de distinguer celles qu'ils considéraient comme légales et les autres qu'il fallait réprimer. Mais l'ouverture du monde en s'accélérant prodigieusement à partir du XX^{e} siècle a modifié le paysage. Tout circule d'un espace étatique à un autre (marchandises, finances, idées, humains) et l'idéologie du libéralisme pousse à l'accélération de cette circulation. Mais les

(1) Professeur émérite à l'Université Paris VII – Denis Diderot, France.

États, même parmi les plus libéraux, sont pris à cet égard dans de profondes contradictions.

Alors que d'une part, la liberté de circulation des humains relève d'une réflexion philosophique ancienne (2) et que, d'autre part, la liberté de circulation des marchandises et des services devrait logiquement s'accompagner d'une liberté de mouvement des personnes, la division du monde en États et la conception encore prévalente de la souveraineté de ces États, conduit à un contrôle étroit de la présence des étrangers sur chaque territoire étatique. L'ouverture des frontières tant valorisée par les pouvoirs politiques peut être nocive il est vrai, si elle correspond à un danger pour la société nationale concernée. C'est ainsi que la libre circulation des marchandises est une menace si elle concerne des produits dangereux ou même s'il s'agit de produits licites, mais dont l'entrée sur un territoire peut mettre en péril une production nationale contribuant à l'activité économique et à l'emploi. Pour ce qui est des personnes, l'arrivée des migrants si elle se fait de manière brutale et en trop grand nombre (afflux massif de réfugiés en cas de guerre comme on l'a vu à plusieurs reprises notamment en Afrique) peut déstabiliser un pays ou une région. De surcroît, le chômage et le terrorisme, ces deux maux qui gangrènent toutes les sociétés, mais sont particulièrement mal gérés dans les sociétés occidentales, pèsent fortement sur les approches de l'immigration. La montée en puissance du terrorisme international a entretenu l'image de l'étranger comme dangereux et a justifié le contrôle renforcé des mouvements de population. L'installation durable du chômage dans les pays développés à partir des années 80 a consolidé l'idée simpliste que le refus ou le renvoi des étrangers dégagerait de l'emploi pour les nationaux. Ces phénomènes réels ont entraîné des conséquences discutables dans l'approche des politiques migratoires sans parvenir à entraver un mouvement qui va dans le sens de l'ouverture à la fois parce qu'il est impossible de s'opposer aux déplacements des hommes et parce que bien des raisons encouragent ces déplacements.

En effet, les grands pays développés étant entrés en phase plus ou moins accentuée de régression démographique, ils sont en déficit de main d'œuvre en dépit d'un chômage affiché. Ce déficit est per-

(2) KANT E., *Projet de Traité de paix perpétuelle*, édition bilingue, traduction de J. GIBELIN, Paris, Vrin. 2002. Voir : troisième article définitif pour la paix perpétuelle, pp. 55 et s.

ceptible dans certains secteurs vers lesquels les nationaux refusent de se tourner. De plus, la pyramide démographique dans les pays vieillissants, suscite les plus vives inquiétudes relativement aux régimes de retraite et les organismes internationaux reconnaissent qu'il faudra un très fort afflux d'immigrés dans ces pays dans les années à venir. Mais, les pouvoirs politiques partout dans le monde, sont pris au piège d'idéologies qu'ils ont eux-mêmes favorisées. Il a toujours été facile, face à toute crise, politique ou économique, de désigner un bouc émissaire extérieur, le parti de l'étranger, comme responsable de ce qui n'allait pas bien à l'intérieur de la «nation». On en a eu un exemple retentissant aux États-Unis avec la gestion des attentats du 11 septembre. Cette attitude alimente une cristallisation de l'identification nationale et conduit à des tendances à la xénophobie, voire au racisme. Il est ensuite très difficile pour le pouvoir politique de s'engager dans des politiques d'ouverture aux étrangers, alors qu'on les a d'abord désignés comme un péril, même si l'on sait que leur présence servirait les intérêts nationaux.

Les mouvements de population se développent donc inéluctablement mais sur un fond idéologique dans lequel le clivage, national/étranger sert à occulter la réalité des situations. Dès lors, au lieu de penser l'avenir de l'humanité et des sociétés nationales qui la composent, mais qui ne sont que le produit de la contingence historique, en termes de solidarité globale et d'universalité des droits, on en vient à ne plus penser qu'en termes de contrôles d'identité, de miradors, de murs, de camps, de centres de rétention et...finalement de production d'exclusion.

I. – Un phénomène aux contours incertains

Il est vrai que l'immigration est «clandestine» dès lors que la législation d'un État et ses pratiques réglementaires ou administratives conduisent à refuser un titre de séjour à des personnes cependant présentes sur le territoire et qui, n'entrant pas dans un statut juridique reconnu par la législation du lieu, sont potentiellement menacées d'expulsion. L'expression «immigrant clandestin» est en elle-même ambiguë. Elle peut s'appliquer à des personnes entrées légalement sur un territoire mais qui dans la durée de leur séjour se trouvent à un certain moment privées du renouvellement du titre dont elles avaient d'abord bénéficié. Elle concerne aussi, mais il

s'agit d'une autre situation, les clandestins «potentiels», tous ceux qui cherchent à entrer sur un territoire tout en sachant qu'ils n'ont pas de titre pour le faire, mais qui espèrent, après avoir pénétré, réussir un jour à obtenir une régularisation.

Quelque soit le processus qui a conduit des personnes à se trouver dans l'irrégularité, le droit reste fortement présent dans cette donnée de toutes les sociétés contemporaines qui correspond à une présence humaine souvent quantitativement importante. Il en est la source par l'ensemble des normes posées au niveau national comme au niveau international et qui permettent de conclure à un rejet. De surcroît, le droit joue un rôle parce que ce rejet une fois acté, la personne concernée est sous le coup de mesures qui vont s'appliquer à elle : contrôles, détention ou rétention, expulsion. Tel est bien le «régime juridique» de l'immigration clandestine dans son versant répressif. Mais il est nécessaire de s'interroger sur l'éventualité d'un versant protecteur. La présence persistante de ces personnes, la durée parfois très longue de leur séjour et leur nombre important, amènent à poser la question de leurs droits dans la logique de l'universalité affichée des droits humains. Ces droits sont-ils en progrès ou au contraire plutôt en régression ? La situation d'illégalité qui leur est imposée en dépit de la fragilité de leur situation (qu'il s'agisse de migrants économiques ou de demandeurs d'asile) entraîne un affaissement de l'ensemble des garanties pourtant consacrées internationalement. C'est ainsi que nos sociétés, marquées par d'innombrables peurs, ont tendance à restreindre les droits des uns au nom de la sécurité supposée des autres.

L'analyse amène à distinguer et sans doute à opposer les normes résultant du droit international et celles émanant des pouvoirs nationaux. On en vient alors à constater que la liberté de circulation pourtant affirmée dans les textes internationaux sous certaines conditions et les droits humains fondamentaux garantis par les Pactes Internationaux complétés par une série d'autres textes se trouvent mis en cause par les politiques des États. Celles-ci sont conditionnées par des injonctions *extra* juridiques contradictoires. La doctrine dominante du libéralisme économique restreint les capacités financières des États et les souverainetés sont affaiblies dans leurs potentialités de veiller au bien-être social des personnes entrant sous leur juridiction. Elles se replient alors sur leurs capacités répressives et en usent prioritairement à l'égard d'étrangers

considérés comme indésirables en dépit de leur rôle reconnu dans l'économie. La montée en puissance du terrorisme international renforce les attitudes sécuritaires défensives aux dépens des droits de l'homme et contribue à cliver l'humanité entre ceux pour qui les droits sont une réalité et ceux qui ne peuvent y accéder. Ces derniers, apparaissant comme des hommes «en trop», rendent visible l'échec de la démocratie comme projet pour la communauté mondiale, y compris là où l'on se targue de l'avoir réalisée.

Naturellement, parce qu'il s'agit d'un phénomène dissimulé, nulle part l'on ne dispose d'outils statistiques parfaitement rigoureux. De ce fait et inévitablement, les évaluations sont politisées et manipulées, ce qui peut conduire à des estimations gonflées qui servent des idéologies sécuritaires ou fortement nationalistes. Elles s'appuient sur les demandes d'asile refusées (mais on ne sait pas si les demandeurs ont quitté ou non le territoire), sur les arrêtés de reconduite aux frontières non exécutés, sur les interpellations (mais si les chiffres sont en hausse, est-ce dû à une augmentation des personnes en irrégularité ou à une augmentation des contrôles ?) ou à l'aide médicale d'État.

Au-delà du fait que les peuples ont toujours pratiqué la migration et que c'est une tendance inhérente à l'espèce humaine, deux causes principales alimentent dans l'époque contemporaine, ces mouvements de populations. D'une part, il s'agit de la volonté de chercher refuge pour ceux que menacent des dangers vitaux s'ils demeurent là où ils résident habituellement. C'est toute la question du droit d'asile. Mais le droit international est à cet égard très insuffisamment protecteur et les États, en dépit de leurs engagements, vont dans un sens restrictif et contribuent à «fabriquer» des clandestins. Sans compter avec le fait que les définitions actuelles du «réfugié», notamment celle qui résulte de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole de New York du 31 janvier 1967, sont très insuffisantes pour couvrir la protection de tous ceux qui sont contraints pour parer à un danger vital de quitter les lieux où ils demeuraient (3). D'autre part, les inégalités abyssales de développement entre les régions du monde, favorisent les migrations

(3) À cet égard, on notera avec intérêt l'ouverture d'une réflexion sur la notion de réfugié écologique pour désigner tous ceux qui sont frappés par les désastres naturels ou dus à l'activité humaine qui rendent leurs lieux de vie impropres à y rester. Voir les travaux de l'Université de Limoges (CRIDEAU), juin 2005.

économiques. Ceci est un mouvement permanent des sociétés que l'évolution du capitalisme moderne n'a fait qu'accentuer (4). Mais il s'agit de contraintes qui pèsent sur les individus et qui sont utilisées par des réseaux de trafiquants pour en tirer des profits. Les initiatives individuelles de déplacement vers des contrées économiquement favorables ne sont pas massives, car elles se heurtent à toutes sortes d'obstacles, y compris le désir de rester chez soi qui entre en balance avec la nécessité de migrer. Les réseaux clandestins de passeurs, logeurs, employeurs, jouent ici un rôle capital y compris comme déclencheurs de la décision de départ et ensuite dans la gestion de l'illégalité. Sans eux, les migrations spontanées, même pour ceux dont les conditions de vie sont très précaires, ne se feraient pas à la même échelle. Ainsi, la présence d'une immigration irrégulière dans la plupart des pays développés résulte-t-elle de ces deux facteurs : une défaillance du droit d'asile entravé par des obstacles bureaucratiques, le besoin inavoué d'une main d'œuvre étrangère non qualifiée qui est satisfait par la complaisance à l'égard de réseaux clandestins lesquels alimentent une économie souterraine dans des conditions de non-respect des droits caractérisées.

Du point de vue des flux tels qu'ils peuvent être estimés, il est impossible de s'appuyer sur des chiffres vérifiables. On peut cependant examiner les estimations et les mettre en perspective. On remarquera que depuis de nombreuses années, les médias dramatisent l'effet de masse produit par ces chiffres. Lorsqu'un bateau de 3000 ou 5000 clandestins aborde les côtes italiennes, le mot invasion est d'emploi fréquent. Lorsque des noyades sont révélées aux approches de Lampedusa ou dans le détroit de Gibraltar, le fait de citer les centaines ou même milliers de personnes engagées dans cette folle expérience, nourrit le sentiment d'une pression qui s'opérerait aux portes des pays développés et les menacerait. Mais ces quelques milliers de personnes doivent être rapportées à la population d'un continent dans lequel elles vont se disperser et qui compte lui-même 450 millions d'habitants. Ainsi pour ramener les «périls» migratoires à leur juste proportion, peut-on citer l'étude de la Commission européenne à propos de l'élargissement, montrant qu'en cas de liberté totale de circulation en provenance des nouveaux membres vers le

(4) Moulier-Boutang Y., *De l'esclavage au salariat. Économie historique du salariat bridé*, Paris, PUF (Actuel Marx Confrontations), 1998.

reste de l'Union, le flux d'immigrés ne dépasserait pas 1 % de la population active de ces pays et correspondrait donc à 0,05 % de la population des États d'accueil (5).

L'on tentera ici de faire la part, dans ce régime juridique de l'immigration clandestine, de ce qui est le fruit de normes internationales et de ce qui provient de règles ou décisions nationales ou européennes.

II. – Le droit international s'efforce de garantir les droits des migrants sans mettre les États en danger. Mais il est marqué d'ambiguïté et de faiblesse normative

Le droit international, dans le grand mouvement de développement qui s'est amorcé à partir de la Charte des Nations Unies, affirme le droit à la libre circulation, mais aussi pour les personnes qui exercent ce droit et se retrouvent donc sur un territoire étranger, leur reconnaît des droits et garanties affirmés internationalement, ceux qui ont été reconnus au profit de tous les humains. Ce même droit international condamne le trafic illicite des migrants et s'efforce de le réprimer par une coopération internationale. Toutefois, cet ensemble normatif est peu efficace, en raison soit d'ambiguïtés de formulation, soit d'absence de mécanismes d'application. De plus, la notion de sécurité et le devoir des États de se protéger contre des dangers réels ont envahi l'espace symbolique et contribué à l'affaiblissement des garanties pour les migrants sans titre de séjour.

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, dans la perspective optimiste de construction d'un monde ouvert et fondé sur la liberté et l'égalité pour tous, les auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme posèrent le principe de la liberté de circulation (art. 13, §1) : «Toute personne a le droit de circuler et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État». «Toute personne a le droit de quitter tout pays y compris le sien et de revenir dans son pays». Et l'article 14 ajoute visant les cas les plus douloureux : «Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de béné-

(5) Étude de la Commission Européenne et de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie : http ://www.eurofound.eu.int/newsroom/migration.htm.

ficier de l'asile en d'autres pays». En 1966, le Pacte international sur les droits civils et politiques réitère (art. 12) :

«1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État 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».

Mais cette liberté de circuler d'un État à un autre reste bancale puisque l'énoncé relatif au droit de sortir n'est pas accompagné de son complément logique, l'affirmation du droit d'entrer sur un autre territoire. L'explication à cela est liée à la conjoncture internationale contemporaine de la rédaction de ces textes. En 1948 (et encore en 1966), la dynamique onusienne joue en faveur de l'affirmation universelle des droits. Mais la guerre froide pèse fortement sur les attitudes. Les grands pays occidentaux veulent donner une «leçon» de liberté aux États communistes qui ne laissent pas leurs nationaux quitter librement le territoire de leurs États respectifs. D'où l'affirmation du «droit de toute personne de quitter tout pays, y compris le sien». Mais, dans le même temps, ils ne veulent pas se lier par un droit général à l'immigration. On affirmera donc le droit de quitter tout pays, mais pas celui d'être accueilli ailleurs (6). De ce fait, l'exercice du droit de quitter un pays est rendu impossible.

Mais les règles d'interprétation des traités (Convention de Vienne du 29 mai 1969, articles 31 et 32) prohibent toute interprétation menant à un résultat absurde ou déraisonnable (7). Et la cohérence sur ce sujet conduit à reconnaître que si les personnes disposent d'un droit de sortir de tout pays où elles se trouveraient, c'est nécessairement qu'elles disposent aussi du droit d'entrer dans un autre pays, donc de la liberté de circuler d'un pays à un autre et de revenir éventuellement dans leur propre pays, ce droit au retour si largement méconnu. En cas de persécution, cette liberté de circulation devient essentielle. Elle se présente comme un droit de

(6) Voir : CASSIN R., «La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1951, pp. 16 et s.; VERDOODT A., *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Warny, 1964, pp. 143 et s.

(7) Art. 31, §1 : «Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but».

Art. 32 : «Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 1 : a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable».

«rattrapage» lorsque tous les autres droits sont violés. L'Europe elle-même dès qu'elle s'organisa autour d'institutions et de textes dans les années 50, confirma à titre régional les engagements de la communauté universelle, renforçant ainsi le fondement juridique de la liberté de circulation. Le Protocole N° 4 (du 16 septembre 1963) de la Convention européenne des droits de l'homme reprend en effet à son article 2 la liberté pour tous de sortir de tout pays (pour laquelle, exactement comme dans les textes à portée internationale, il n'est pas précisé de liberté symétrique de rentrer quelque part, celle-ci résultant seulement d'une déduction logique et de la nécessité de ne pas interpréter le premier énoncé dans un sens absurde ou déraisonnable). Cette Convention européenne des droits et des libertés bénéficie d'un mécanisme judiciaire d'application que les Conventions universelles ne connaissent pas.

Ce droit de circulation devrait réduire à des cas très limités la situation d'immigré clandestin. Tel n'est évidemment pas le cas, car aucune circonstance n'a amené à préciser comment pouvait s'exercer concrètement le droit de toute personne à sortir de son pays. Combiné au rôle central de la souveraineté dans le droit international, ce point a rendu obsolète l'idée même de libre circulation comme un droit fondamental.

Le système international engendre de ce point de vue une profonde inégalité en raison d'un autre facteur apparu récemment et lié à la réelle liberté de circulation qui découle pour certaines personnes des mécanismes du libre échange que l'Organisation mondiale du commerce a pour objectif de promouvoir. En effet, le concept de libre échange a gagné le secteur des services et au nom de la liberté de ces services, les personnels qualifiés qui contribuent à leur offre bénéficient d'une liberté de circulation vers les pays dans lesquels ces services se déploient. Il y a là un facteur de fort déséquilibre mondial. En effet, les personnels qualifiés sont en immense majorité en provenance des pays du Nord et cette liberté leur sera profitable de plus en plus au fur et à mesure du développement de cette libéralisation des services qui va gagner de nombreux secteurs par étapes, cependant que l'on persiste à opposer la fermeture aux personnels non qualifiés en provenance des pays en développement.

Mais au-delà de la question de la libre circulation, le statut juridique des immigrés clandestins découle aussi de l'ensemble des droits humains. «Clandestin» ou régulier, national ou étranger, un

humain qui se trouve sur le territoire d'un État ayant adhéré à l'ensemble de textes que l'on désigne sous le nom de Charte des droits de l'homme ou se présente pour y entrer, doit pouvoir bénéficier de ces droits. L'ensemble des droits civils et politiques ou économiques, sociaux et culturels définis par les deux Pactes Internationaux entrés en vigueur en 1976 forme un réseau de garanties qui devraient protéger de manière efficace les immigrés, même s'ils se trouvent «sans-papiers». La formulation répétitive employée ne laisse pas de doute. Il s'agit des droits que les États reconnaissent à «toute personne». Si par exemple, «le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales» est affirmé, ce qui découle de l'article 9 du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, les immigrés devraient en être bénéficiaires, clandestins ou réguliers. On ne donnera pas ici la liste complète des droits ainsi reconnus. On se contentera de rappeler qu'elle est très longue et que si ces textes étaient dotés d'effectivité, les immigrés clandestins bénéficieraient de très larges garanties judiciaires, de toutes les libertés civiles et politiques, du droit au travail, à la santé, à l'éducation, au logement, *etc.* Mais une immense distance sépare les affirmations de ces Pactes de la réalité des humains. Les raisons de cet écart sont multiples. Pour certains États, il s'agit d'impossibilité matérielle. Pour bien d'autres, c'est une volonté politique qui favorise la discrimination et fait en sorte d'utiliser le droit national pour considérer que l'absence de titre de séjour entraîne une cascade de privations de droits.

L'Assemblée générale de l'ONU, préoccupée de cette question dans le cas spécifique des travailleurs migrants qui constituent une population particulièrement vulnérable et de plus en plus nombreuse à l'échelle de l'humanité (estimée à 120 millions de personnes), adopta en 1990 une Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles. Le peu d'enthousiasme des États à se lier sur ce sujet explique qu'il fallut attendre le 1er juillet 2003 pour que les vingt ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur soient obtenues. Encore a-t-il fallu que la Commission des droits de l'homme insiste pour engager les États dans cette voie et que les principales ONG déclenchent une importante campagne mondiale pour que le nombre de ratifications nécessaire soit atteint. On notera toutefois, non sans inquiétude, que les États parties, et même ceux ayant déjà apposé leurs signatures et

dont on peut donc attendre une adhésion prochaine, sont des pays d'émigration. Les grands pays d'immigration, prioritairement concernés, rechignent pour le moment à tout engagement qui les obligerait à revoir sévèrement leurs politiques à l'égard de ces travailleurs.

Du point de vue du fond, cette convention a pour but de mettre les travailleurs migrants au niveau des normes communes en matière de droits de l'homme, notamment lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'un État dont la législation nationale est en dessous de l'ensemble des normes reconnues internationalement. Le travailleur migrant est défini, ainsi que des catégories spécifiques. Les familles sont prises en compte et le regroupement familial est central. Les droits fondamentaux de l'homme s'appliquent à tous qu'ils soient en situation régulière ou n'y soient pas. Et la convention vise à jouer un rôle dans la prévention et l'élimination de l'exploitation de tous les travailleurs migrants, notamment à travers les trafics à leur sujet. Les travailleurs migrants ne peuvent être empêchés de retourner dans leur pays s'ils le souhaitent et ne peuvent faire l'objet d'expulsions arbitraires ou collectives (8). La discrimination à leur égard est prohibée, ce qui veut dire notamment qu'ils doivent bénéficier des mêmes conditions de travail que les nationaux de l'État où ils se trouvent. On observera toutefois d'une part que cette convention est moins protectrice que la convention 143 de l'OIT pour les travailleurs étrangers et d'autre part qu'une ambiguïté regrettable est entretenue du point de vue de l'égalité des droits par le fait que le texte comporte une partie 4 qui développe les droits s'appliquant seulement à ceux qui sont pourvus de papiers. Devrait-on en déduire par *a contrario* que les «sans papiers» n'ont pas accès à ces droits? Il s'agit de la possibilité de circuler librement sur le territoire, de former des associations ou syndicats, de prendre part aux affaires publiques, d'avoir accès aux institutions d'éducation, de pouvoir transférer leurs gains ou économies dans leur État d'origine, de bénéficier des prestations de chômage ou de la protection contre le licenciement. La convention réserve expressément ces

(8) On comprend la réticence des pays développés, notamment européens, à s'engager sur ce texte lorsque l'on constate que les ministres de l'intérieur de cinq pays européens (France, Grande Bretagne, Italie, Espagne et Allemagne) réunis en juillet 2005 à Évian, ont décidé de pratiquer un système d'expulsions groupées (Voir : «L'Europe invente les charters groupés pour les sans papiers», *Libération*, 5 juillet 2005).

droits à ceux qui ont des titres de séjour. Mais l'interprétation selon laquelle, les personnes dépourvues de titre régulier se verraient exclues de ces droits se heurte au fait que ces mêmes droits sont garantis par la Déclaration universelle ou par les Pactes et qu'un texte particulier ne peut pas revenir sur la Charte des droits fondamentaux dont il est reconnu qu'elle a juridiquement le statut de droit impératif général. Ainsi les progrès engendrés par ce texte (à supposer qu'il gagne en universalité par un nombre significatif d'adhésions nouvelles), restent-ils encore limités ou ambigus.

Toutes les autorités publiques, comme les personnes impliquées dans l'étude des migrations, savent, comme cela a été rappelé plus haut, que celles-ci sont rarement le résultat d'une décision individuelle et spontanée, mais qu'elles sont activement encouragées par des réseaux organisés de nature criminelle qui agissent de manière illégale et à partir d'une corruption des agents publics. Chacun s'accorde à reconnaître que, compte tenu de la nature de ces réseaux, leur répression ne peut être efficace que dans le cadre d'une coopération internationale intensive. Les Nations Unies ont donc proposé à l'adhésion des États un ensemble d'accords qui comprennent la Convention contre la criminalité transnationale organisée et deux Protocoles, l'un visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, l'autre contre le trafic illicite de migrants par terre, air ou mer. La Convention entrée en vigueur le 29 septembre 2003 vise à permettre aux forces de l'ordre des différents pays de coopérer efficacement en matière de lutte contre la criminalité organisée en harmonisant la définition des infractions, en visant à protéger les victimes et les témoins. Le premier Protocole du 25 décembre 2003 sur la traite prévoit que les États adoptent des mesures pour poursuivre et punir les trafiquants, aider les victimes à retourner dans leur pays de manière sûre, informer et sensibiliser le public à ce problème. Le second du 28 janvier 2004 contre le trafic de migrants vise à criminaliser ce trafic et développer la coopération internationale dans ce but.

On ne saurait négliger l'importance de ces engagements internationaux. Toutefois, on ne peut manquer de signaler que l'application de ces textes dépend de la volonté politique des gouvernements. Or, trop souvent, les forces politiques au pouvoir, notamment dans les pays développés, entretiennent une grande complaisance vis-à-vis des réseaux liés au travail clandestin, en

complicité avec des forces économiques libérales ou même ultra-libérales qui se réjouissent de disposer de ce volant de main d'œuvre condamnée à être sans revendication parce que sans droits. Leur présence et leur mise en concurrence avec les travailleurs réguliers contribuent à la dégradation générale des droits sociaux.

Il apparaît ainsi à l'examen des textes internationaux censés protéger les migrants, y compris les migrants restés dans l'irrégularité, que la protection prévue à leur égard n'est pas sans faille, loin de là. Cela tient, entre autres raisons, à la nature structurelle du droit international lui-même. Établi entre entités souveraines, c'est-à-dire entre pouvoirs n'admettant aucune autorité qui leur soit supérieure, le droit international avait connu un tournant avec la Charte des Nations Unies. Il apparut alors, notamment avec l'interdiction du recours à la force et les mécanismes de sanctions prévus par les Nations Unies, que les souverainetés seraient soumises à un droit commun ordonnant la société mondiale. Mais ce processus patine depuis un demi-siècle. En effet, la Charte prétend s'imposer aux souverainetés, mais a mis la norme de la souveraineté en son centre. Il en résulte un droit d'essence contractuelle dont tout développement dépend du bon vouloir de chaque sujet étatique et où les normes sont à géométrie variable, car il y a les États qui ont accepté de s'y soumettre et ceux qui ne le font pas. La Convention sur les droits des migrants en est la parfaite illustration. On ne peut donc atteindre un régime juridique universel s'appliquant à tous avec un droit de cette nature. Les États jaugeront le droit international et chacune de ses normes à l'aune de leurs intérêts nationaux et y adhéreront ou pas sur ce critère. Les humains et leurs droits font les frais de cette situation. Dans ce contexte et relativement à la question du contrôle de l'immigration, les États feront prévaloir leur «sécurité» sur le respect universel des droits des travailleurs migrants. Mais il ne s'agira pas d'une sécurité évaluée à la mesure de menaces concrètes et vérifiables. Chaque État jouera sur une extrême politisation de l'immigration pour canaliser les peurs sur la figure de l'étranger et accréditer sans fondements réels la thèse du danger.

Les dispositions des grandes conventions relatives au droit de circuler ont tenté de tenir compte de l'argument de la sécurité de l'État, tout en empêchant la limitation abusive de l'immigration. Est alors prévue au bénéfice de l'État la possibilité de restreindre

les libertés énoncées, celle de circuler comme les autres. Toutefois, ces restrictions ne peuvent être arbitraires. Elles doivent correspondre à des situations précises. Dans la Déclaration Universelle, il s'agit de restrictions générales que la loi de chaque État peut apporter au nom des droits et libertés d'autrui, de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. Dans le Pacte (art. 12, §3), les États, plus attentifs aux formulations lorsqu'il s'agit d'un texte obligatoire, introduisirent la santé et surtout la sécurité nationale comme motifs de restrictions possibles. Tel est le cadre dans lequel doivent être interprétées les limitations que chaque législateur peut apporter aux libertés de circuler et de s'établir. Il justifie l'exigence légitime d'une motivation de tous les refus de visas et non de certains d'entre eux seulement comme cela est le cas dans la législation française actuelle. Et la notion de «sécurité nationale» introduite par le Pacte comme une des causes possibles de restriction de ce droit ne doit pas être la porte ouverte à l'arbitraire étatique car elle doit rester compatible avec la notion autrement positive de «bien-être général dans une société démocratique» introduite en 1948 par la Déclaration, ceci afin que les crispations nationales si dangereuses dans le moment présent ne puissent faire disparaître l'idée d'un bien public commun à l'échelle internationale, cadre indispensable des droits et de leurs modalités d'exercice.

Mais le débat sur l'interprétation de ces textes est largement dépassé depuis la séquence ouverte dans le monde entier par les attentats menés contre les États-Unis le 11 septembre 2001. Prévaut depuis cette date dans l'administration américaine la thèse selon laquelle la situation exceptionnelle alors créée autorisait une sorte de levée du droit international au profit de mesures sécuritaires. L'ensemble des droits et libertés s'en est trouvé affecté et au nom de la lutte contre le terrorisme, les États-Unis ont exigé des autres États une collaboration et un alignement sur les mesures qu'ils avaient prises. La tendance est à la mise à l'écart du droit international laborieusement construit au fil des années précédentes. Et la plupart des pays se sont engouffrés dans la brèche ainsi ouverte. Il apparaît alors que les récentes conventions sur la criminalité organisée et le trafic d'émigrants sont moins le fait d'un souci de protection des travailleurs qu'un outil de la répression à l'échelle internationale. Ainsi la Convention contre la criminalité transnatio-

nale organisée s'emploie-t-elle à définir les infractions, à établir une coopération aux fins de confiscation des produits de ces crimes, à organiser une entraide judiciaire. Elle en vient tardivement à l'assistance et à la protection des victimes (art. 25) et *in fine* (art. 31) à la prévention. Dans la mesure où il est prévu (art. 25, §2) que les victimes peuvent obtenir réparations, on est admis à se demander si les immigrants amenés par des réseaux puissamment organisés, auxquels bien souvent leurs passeports sont confisqués en attendant qu'ils remboursent les frais de leur «passage», bénéficieront de cette disposition. Cela contredirait heureusement les pratiques actuelles dans lesquelles le démantèlement d'un réseau s'accompagne du renvoi pur et simple des «clandestins» (9). Mais rien n'annonce une telle tendance.

Quant au Protocole relatif au trafic illicite des migrants, il se situe dans la logique que nous avons dénoncée, celle d'États libres de fixer leur réglementation en matière d'entrée et de séjour des étrangers de manière souveraine et préoccupés prioritairement par le contrôle des frontières. Selon ce Protocole, les migrants doivent être traités «humainement», les États doivent veiller à leur vie, leur sécurité, l'absence de violence à leur endroit. Mais les dispositions principales à leur encontre une fois un trafic dénoncé, sont bien relatives à leur retour (art. 18) et le souci des rédacteurs a été que les États d'origine collaborent pour délivrer les documents administratifs sans lesquels la réadmission sur le territoire d'origine n'est pas possible. Du droit de demeurer là où ces personnes ont été amenées par le fait de ces trafics, ou de celui d'obtenir des réparations pour cette instrumentalisation au profit de réseaux cupides, il n'est pas question.

III. – Des législations et pratiques administratives nationales (ou européenne) sécuritaires contraires au droit international et au prix du développement d'un «rebut» humain

Les dispositions du droit international sont loin d'assurer aux immigrants «clandestins» les garanties nécessaires. Et pourtant ces

(9) Voir : *Plein Droit – La revue du GISTI* (Groupe d'information et de soutien des immigrés), «Expulser», n° 62, octobre 2004.

dispositions telles qu'elles sont, se trouvent bien souvent rejetées, ignorées ou ouvertement violées par la plupart des États. Il est en effet, profondément ancré dans les cultures étatiques de considérer tout ce qui a trait à l'attribution de la nationalité ou à l'admission et au statut des étrangers comme des fonctions régaliennes pour lesquelles le pouvoir des États ne saurait subir d'entrave extérieure. On est dans le champ d'une compétence discrétionnaire où même les contrôles démocratiques internes ont bien du mal à s'exercer. Mais cette liberté de faire que se donnent les États aboutit à deux conséquences qu'il est nécessaire d'examiner. D'une part, la présence des immigrés clandestins n'est pas le résultat d'une pression souterraine qui s'exercerait sur une société et à laquelle celle-ci chercherait à résister, mais est «fabriquée» par le jeu combiné de législations répressives et de pratiques administratives abusives. On s'aperçoit alors que cette immigration irrégulière correspond à une politique d'État qui est devenue aussi la politique communautaire de l'Union Européenne. D'autre part, ces mécanismes produisant des personnes en situation d'irrégularité et les conditions qui leur sont faites alors, conduisent à une dégradation de la démocratie qui fait peser des dangers sur l'avenir des sociétés politiques concernées.

Ces deux éléments ont été repérables dans le mouvement qui s'est exprimé en France dans les années 1996/97 connu sous le nom d'Africains de Saint Bernard. Il s'agissait d'un groupe de personnes (300 environ) toutes placées en situation d'irrégularité par des processus administratifs complexes et peu rigoureux. Ces personnes ne voulaient pas se considérer elles-mêmes comme «clandestins» et se replier dans la peur. Elles décidèrent de s'afficher avec une grande visibilité, de rechercher des soutiens forts et de revendiquer une régularisation à laquelle elles prétendaient avoir droit. Malheureusement, leur mouvement, s'il contribua à une prise de conscience dans l'opinion publique de l'injustice faite aux étrangers, ne fut pas suivi de l'apaisement recherché sur cette question. Le gouvernement français d'Alain Juppé brisa le mouvement par la force avec la spectaculaire attaque au bélier du 23 août 1996 contre les portes de l'Église que les immigrés occupaient depuis plusieurs semaines avec l'accord du curé de la paroisse (10).

(10) Voir pour le récit de ces évènements, celui qu'en a fait la porte-parole du mouvement : Cissé. M., *Parole de sans-papiers*, Paris, La Dispute, 1999.

Sans entrer ici dans une analyse du contenu des législations nationales, on dira simplement en puisant essentiellement dans l'exemple français, que l'esprit en est orienté à la fermeture pour les nouveaux immigrants et au renvoi pour ceux déjà présents (11). Les gouvernements qui se sont succédés en France depuis un quart de siècle, en dépit de différences sensibles dans les mesures prises, se sont peu écartés de cette conception. Ils refusent de rendre compte des motivations des restrictions qu'ils mettent à l'entrée des étrangers. Il est ainsi impossible de considérer que les politiques d'immigration actuellement menées soient justifiées en termes de sécurité nationale ou en relation avec une saine politique de l'emploi. La loi «Sarkozy» du 27 novembre 2003 illustre les difficultés multipliées pour empêcher les immigrés d'obtenir la régularisation à laquelle ils aspirent. Alors que la loi française, depuis 1998, exigeait dix ans de présence en France prouvés pour que la situation administrative d'un étranger puisse être régularisée, cette loi de 2003 a ajouté que les années durant lesquelles l'étranger s'est prévalu de documents d'identité falsifiés ou d'une identité usurpée ne sont pas prises en compte. Or, si l'on admet qu'une personne ait pu se trouver dans le cas d'avoir vécu sans papiers pendant dix ans sur le territoire, il faut bien imaginer qu'elle ait du s'assurer de moyens de vivre. Cela n'est guère possible en dehors d'une fausse carte de séjour, seul moyen d'obtenir une fiche de salaire à son nom. Ainsi, l'on demande aux personnes concernées de prouver la durée continue de leur séjour, mais en même temps on les prive de la possibilité d'apporter la preuve demandée. Les feuilles de salaire qui sont dans la plupart des dossiers l'élément central établissant la présence sur le territoire doivent donc disparaître des dossiers, laissant ceux-ci vides ou quasi-vides et réduisant considérablement les possibilités de régularisation. Cette nouvelle loi contredite la jurisprudence du Conseil d'État rendue sur la base de la législation antérieure, par laquelle la présence exigée devait être appréciée seulement en fonction de la situation effective de l'intéressé, sans tenir compte du fait qu'il ait utilisé éventuellement un faux titre de séjour (12).

(11) Voir : CHEMILLIER-GENDREAU M., *L'injustifiable. Les politiques françaises de l'immigration*, Paris, Bayard, 1998.

(12) Conseil d'État, req. n° 262559, 16 juin 2004, disponible à l'adresse suivante : http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=223048&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1di.

L'Union européenne déploie collectivement une politique aussi restrictive en matière d'immigration que celle des États pris individuellement. Jusqu'au Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, l'asile et l'immigration faisaient partie des questions laissées en dehors du champ communautaire et ne pouvaient faire l'objet d'une politique collective que si les États s'engageaient par traités entre eux. C'est sur ces bases que furent négociées les accords de Dublin (1990) sur l'asile et de Schengen (1985) sur l'immigration et le contrôle des personnes aux frontières communes. Conditionnés par la volonté de chaque gouvernement, ces accords ne sont applicables que par les États les ayant signés et ne s'appliquent donc pas sur tout le territoire de l'Union. En revanche, avec le Traité d'Amsterdam, ces questions font désormais partie des questions communautaires et sont donc réglées à terme par des décisions prises à la majorité, mais s'appliquant à tous. L'Europe semble préoccupée davantage par le recul de l'immigration que par le respect de ses engagements à l'égard des populations *extra*-communautaires, bien qu'elle offre des possibilités de recours et de garanties qui peuvent à terme être des facteurs d'amélioration de la conditions des immigrants (13). Il reste que sur tout le territoire de l'Union, la confusion est entretenue à dessein entre immigration économique clandestine et demandeurs d'asile afin de justifier une dégradation continue de l'asile au profit des populations persécutées. Dans le domaine de l'emploi, on assiste à la mise en place d'une véritable préférence communautaire à l'embauche. Il y a ainsi, non pas une politique européenne de l'immigration, mais une police européenne des étrangers gouvernée par les impératifs du marché du travail (14).

Ces impératifs ont conduit dans les années 60 à un recrutement très actif d'étrangers pour accompagner le boom économique alors en cours en Europe. Pendant une première séquence qui a duré jusqu'au premier choc pétrolier en 1974, l'arrivée de travailleurs étrangers était encouragée et régulière. Tout va se durcir avec le tournant de la rigueur qui va de pair avec la montée en puissance de l'extrême droite. Alors, les étrangers dont on avait eu besoin apparaissent comme indésirables. Ceux qui avaient été en règle et,

(13) Ainsi pour défendre le droit au travail des demandeurs d'asile. Voir : « Étrangers en Europe. Étrangers à l'Europe », *Plein Droit – La revue du GISTI*, n° 65-66, juillet 2005.

(14) FAYOLLE J., « Les sciences sociales, l'économie et l'immigration », *Revue de l'OFCE* (Observatoire français des conjonctures économiques), n° 68, janvier 1999, pp. 193-217.

pour le cas de la France, avaient parfois même eu la nationalité française parce qu'appartenant aux anciennes «colonies», vont perdre peu à peu leurs droits. Il y aura un déplacement vers l'asile, cette solution étant aux yeux de ceux qui désirent migrer ou se maintenir en Europe, la seule solution. Les immigrés vont servir «d'amortisseur de crise», car ils peuvent être rejetés aussi vite qu'embauchés sans que les employeurs aient à s'embarrasser des procédures de garanties du droit du travail. Les secteurs de travail saisonnier seront les plus prompts à fonctionner avec des immigrés non régularisés. Le phénomène du travail illégal va alors se combiner avec celui du séjour clandestin, bien qu'il s'agisse de deux notions différentes (15).

Dans ce contexte, et venant en sorte en appui aux forces économiques qui sont favorables à un volant de main d'œuvre irrégulière, on s'aperçoit qu'il y a une véritable politique de production de l'irrégularité. En France, la loi est ainsi faite en effet, que l'étranger entré dans des conditions irrégulières aura très peu de chances de voir sa situation régularisée. Mais celui qui est arrivé avec un visa en règle pour un temps limité et qui souhaite prolonger son séjour, se heurtera à d'extrêmes difficultés, parmi lesquelles le refus de séjour parce qu'il y a eu refus d'autorisation de travail, même si le candidat à la régularisation avait une perspective d'emploi. L'application des conditions relatives à la vie familiale ne contribue pas à clarifier la situation car les étrangers admis d'après la loi à obtenir de plein droit une carte de résident (conjoints de français, enfants étrangers de ressortissants français, étrangers ayant le statut de réfugié politique ou présent bien qu'en situation irrégulière depuis plus de dix ans), doivent séjourner régulièrement en France au moment de leur demande. On exige même parfois qu'ils prouvent être entrés régulièrement sur le territoire. Quant au regroupement familial qui est de droit, il est entravé par l'exigence de preuves de ressources et de logement rarement possibles. Il faut ajouter à toutes ces entraves par l'interprétation de la réglementation, des pratiques administratives qui sont parfois de véritables résistances aux consignes ministérielles. Les pratiques préfectorales se nourrissent de la suspicion

(15) MORICE A., «L'utilitarisme migratoire en question», Conférence prononcée à Fribourg, 10 février 2002, diponible à : http ://ada.eu.org/cgi-bin/mailman/listinfo/zpajol, p. 7.

qui est exprimée par les autorités (16). Dans le débat français et européen actuellement en cours, les enjeux sont clairement posés à travers l'interrogation sur les quotas. L'actuel ministre français de l'Intérieur revendique très fermement le droit pour la France de choisir ses immigrés sur des critères d'âge, de niveau d'études ou de qualifications professionnelles. Ainsi affiché, le retournement est spectaculaire. Il consiste à accepter et même souhaiter une émigration de travail utilitaire pour le pays d'accueil et à tourner le dos à une émigration de droit basée sur des droits de l'homme universels.

Cette problématique qui gagne du terrain, même si elle n'est encore qu'à l'état de projet dans les pays tentés, conduit évidemment à une profonde renonciation à l'asile comme droit. Le Réseau d'alerte sur les inégalités publie des indicateurs sur la situation en France, parmi lesquels le taux de reconnaissance des demandes de statut de réfugiés (nombre de personnes s'étant vu accorder le statut de réfugié sur le nombre de cas examiné dans l'année (17). Ce taux était de 95 % en 1976 et est passé à 16,6 % en 2004. Cela signifie un taux de refus de 5 % en 1976 et de 83,4 % en 2004. Et dans les faits, la question de l'asile est certainement celle qui génère le plus d'irrégularités par la manière dont elle est traitée. Les procédures d'admission au statut de réfugié se durcissant partout, les demandeurs d'asile sont rejetés dans la clandestinité. Et de plus en plus de personnes sont empêchées de présenter une demande d'asile. L'accès au territoire incombe aux autorités de police qui en ont une approche fondée sur la répression de l'immigration clandestine, alors que la détermination du statut proprement dit dépend en France de l'OFPRA contrôlé par la Commission de recours des réfugiés. Et pour diminuer plus drastiquement encore le nombre des entrées, les États imaginent des camps dans les pays de transit (comme la Libye) afin de limiter l'entrée physique des étrangers sur leur territoire. D'abord rejetée, cette idée a été reprise en juin 2005 par les ministres de l'immigration des 25, désireux de faire prendre en charge par des pays tiers le contrôle des flux migratoires en

(16) Voir pour une analyse détaillée : FERRÉ N., «La production de l'irrégularité», *in* FASSIN D., MORICE A. et QUIMINAL C. (dir.), *Les lois de l'inhospitalité, Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans papiers*, Paris, La Découverte, 1997. Et pour des informations régulières voir : *Plein Droit – La Revue du GISTI*.

(17) Www.bip40.org/fr.

amont de leurs frontières. Les gouvernements arguent pour durcir leurs politiques, de l'augmentation des demandeurs (en France, la demande d'asile aurait triplé en trois ans). Ils pervertissent ainsi le concept même d'asile, feignant d'ignorer que si les conditions d'octroi du statut de réfugié sont réunies, celui-ci doit être accordé sans considération du nombre des personnes concernées. Il est significatif par exemple que l'exposé des motifs de la loi française sur l'asile de 2003 déplore que l'asile soit un vecteur d'immigration irrégulière. Cette loi a introduit de nouveaux motifs de refus d'admission au séjour des demandeurs d'asile, notamment si l'examen d'une demande relève d'un autre État, si le réfugié provient d'un pays pour lequel est admise la clause de cessation du statut de réfugié, ou encore d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr (18). Mais c'est oublier qu'en contradiction avec l'esprit et souvent la lettre des normes internationales, les gouvernements produisent les situations qu'ils prétendent ensuite combattre. Les stratégies internationales de réponse aux situations de crise qui engendrent les flux de personnes sont en contradiction avec les stratégies de protection produites par les craintes sécuritaires dans les pays d'accueil. Et «l'harmonisation européenne est devenue la force motrice des législations nationales sur l'asile au détriment des obligations internationales et constitutionnelles des États membres» (19). Les États vont jusqu'à anticiper le droit communautaire sans tenir compte des normes minimales proposées par la Commission. Mais celle-ci n'hésite pas à entrer en contradiction avec elle-même. Dix associations se sont émues de la politique italienne en la matière qui consiste à renvoyer les immigrants qui débarquent à Lampedusa après les avoir tenus au secret sans prise en compte de leur demande d'asile et sans considération sur les conditions qui leur seront faites dans le pays où elles sont renvoyées (en l'occurrence, la Libye). Cette politique étant menée en violation de conventions ratifiées par l'Italie et censées garantir les droits fondamentaux de la personne humaine, ces Organisations non gouvernementales ont demandé à la Commission européenne d'introduire une procédure en manquement devant la Cour de justice des Communautés européennes pour obtenir la sanction du gouvernement italien. La Commission a opposé une fin de

(18) Voir : CHETAIL V., «La réforme française de l'asile : prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés», *Journal du droit international*, 2004, pp. 824 et s.

(19) *Ibid.*, p. 863.

non-recevoir à cette demande, objectant qu'elle n'avait pas de compétence générale en matière de droits fondamentaux. Le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés) a déposé un recours devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes demandant l'annulation de la décision de la Commission (20).

Alors que la Convention de Genève sur les réfugiés prévoit à son article 31 une interdiction des sanctions pénales contre les demandeurs d'asile, la législation dans la plupart des pays criminalise les irrégularités de séjour sans qu'il soit possible de toujours distinguer si l'irrégularité ne provient pas d'un refus d'asile.

Il résulte des remarques précédentes que le système engendre des situations qu'il considère cependant comme à combattre et que ce faisant, il se place en contradiction avec les valeurs qu'il affirme pourtant être les siennes. En effet, que ce soit à l'échelon national ou à l'échelle européenne, partout l'on constate que des sociétés développées qui se targuent d'être à la pointe des progrès politiques, se sont dotées d'un droit de l'immigration qui est adapté à des injonctions sociales, économiques et idéologiques qui sont l'émanation des égoïsmes nationaux et qui ne sont pas compatibles avec la logique des droits humains pourtant hautement affirmés. Les pays développés sont ainsi confrontés à une minute de vérité éprouvante dont pour le moment, ils sortent très ébranlés. Ne sont-ils pas en effet, ceux qui au XVII^{e} siècle ont posé de part et d'autre de l'Atlantique, les fondements de la démocratie et les mots d'ordre d'égalité et de liberté ? Il est vrai que ces vertus proclamées étaient dans tous les cas démenties par des arrière-cours inavouables où l'on pratiquait l'exact inverse de ce qui était valorisé. Colonies pour les sociétés européennes, esclavage, puis discrimination raciale pour les États américains, faisaient mentir la qualification de démocratie pour ces sociétés. Le XX^{e} siècle et la Charte des Nations Unies et son cortège de textes sur les droits humains donnèrent l'impression qu'enfin les rivages d'un autre système étaient abordés. La politique d'immigration prouve qu'il n'en est rien. Un utilitarisme dominateur persiste, avec le même cynisme que dans les époques précédentes. Il s'agit toujours de la même conception selon laquelle il y aurait un ailleurs humain, peuplé d'hommes superflus n'ayant droit

(20) Voir pour plus d'informations : www.gisti.org.

à la survie que dans le service des sociétés développées. Aucune démocratie étatique ne peut se construire sur ces bases et encore moins la démocratie mondiale que l'ouverture du monde comme un village appelle en réponse. Les communautés politiques ne sauraient se fonder sur un principe d'exclusion. Lorsque celui-ci est maintenu, il n'y a pas de communauté politique et pas de démocratie. Il faut aller jusqu'au bout de cette difficulté et considérer dans l'universalisme d'aujourd'hui que les notions de national et d'étranger sont des constructions idéologiques arbitraires qui servent de curseur d'exclusion, donc de pouvoir et qui sont liées à la construction de ces abstractions que l'on nomme les États et qui sont aussi éphémères que toutes les aventures historiques.

THE INSECURITY OF TRAFFICKING IN INTERNATIONAL LAW

BY

GREGOR NOLL (1)

PLAN

I. – INTRODUCTION 343

II. – THE TRAFFICKING DEFINITION AND ITS ANTINOMIES 344

A. – *Exploitation* 347

B. – *Abuse of power or of a position of vulnerability* 349

C. – *Self-cancelling consent* 352

D. – *Selective human rights arguments* 353

E. – *The Victim as witness* 357

III. – CONCLUSION 361

I. – INTRODUCTION

The body of international legal norms on trafficking has experienced a considerable growth in the past year. There seems to be a consensus bridging the North-South divide in migration policies that there is a struggle to be fought against trafficking, and a framework of treaties and other instruments at universal and regional levels has been produced, aiming mainly at making trafficking into a crime in a large number of jurisdictions. There can hardly be any doubt that counter-trafficking initiatives form

(1) Professor of International Law, Faculty of Law, Lund University, Sweden.

The author would like to thank participants of the International Symposium on Globalisation, Migrations and Human Rights, held on 16 and 17 January 2006 in Geneva for their valuable comments and critique. Thanks are also due to Anna Kjaer, Isabelle Tschan, Linda Engvall and Ryan Wardle.

part of what has been described as the securitization of migration (2).

At the core of this work is the launch of a definition, which has been replicated from the international level into domestic jurisdictions. The present chapter is devoted to this definition (3). The concept of trafficking seems to offer a self-evident point of departure to broach inequality and migration in the international domain. It emphasises the inequality between trafficker and the trafficked person, and States task themselves to side with the latter – and weaker – party in that relationship. Other dimensions of inequality, as that between migrants and States, are removed from the limelight of trafficking language. Trafficking of human beings is distinct from human smuggling: while trafficking is about non-consensual and exploitative relations between the migrant and a trafficker, smuggling is based on a consensus amongst the parties involved in an illegal border transgression. The present chapter shall explore in greater detail how the concept of trafficking is constructed in instruments of international law. A particular focus will be on the use of human rights to legitimize the trafficking concept (4). In the following, I will try to show that this use is selective.

II. – The Trafficking Definition and its Antinomies

In the international discourse on trafficking, measures to prevent specific forms of migration are typically justified by a language of vulnerability. The tradition of invoking the vulnerability of women and children goes back to the earliest trafficking conventions on the

(2) This perspective profits from the extension of the security concept beyond traditional territorial defence to issues affecting «societal security» (such as migration and organised crime). The works of Barry Buzan and Ole Wæver in the 1990s were crucial for this extension, which has made its way into governmental and intergovernmental policies. See: Buzan B., Waever O. and de Wilde J., *Security. A New Framework for Analysis*, London, Lynne Rienner, 1998.

(3) The content of this chapter forms part of a larger research project, featuring an analysis of the discursive functions of trafficking, of its conceptualisation in international law and of the law and practice in domestic jurisdictions.

(4) The critique of counter-trafficking norms in this chapter should not be mistaken as a negation of the suffering of men, women and children migrating under forms usually described as trafficking. On the contrary, the question is whether such norms are a suitable tool to diminish suffering, or merely shift it to another arena.

"white slave trade" concluded in the early 20th century (5) – a time when women had not acquired the right to vote. Anchoring anti-trafficking legislation in the protection of women and children reflects that neither of the two groups can protect themselves, *e.g.* by participating in a democratic process. It also speaks to a popular lifeboat ethics of routinely protecting those presumed to be most vulnerable. The drafters of the 2001 UN Trafficking Protocol (6) kept up with this tradition. Its preamble states :

> "that effective action to prevent and combat trafficking in persons, especially women and children, requires a comprehensive international approach in the countries of origin, transit and destination that includes measures to prevent such trafficking, to punish the traffickers and to protect the victims of such trafficking, including by protecting their internationally recognized human rights".

Beyond another three references to women and children in the preamble, the protocol's operative articles emphasize the protective needs of "women and children" on four occasions (7). Both women and children are constructed as objects of benevolent care. Children can be adequately cast in these terms due to limitations in their legal and political capacity. However, the routine reference to the vulnerability of women is symptomatic for how little material change there has been over the past century, the extension of voting rights to women notwithstanding. With formal equality in the political domain, women should be as capable of protecting themselves from exploitative practices as men (8). Where this is not the

(5) See *e.g.* : 1904 International Agreement for the Suppression of White Slave Traffic, 24 *UKTS* 1; 1910 International Convention for the Suppression of White Slave Traffic, 20 *UKTS* 269; the 1921 International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children 9 *LNTS* 415 and the 1933 International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age, 150 *LNTS* 431.

(6) In conjunction with the UN Convention Against Transnational Organized Crime, 8 January 2001, UN Doc. A/RES/55/25, two protocols were adopted : the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children [hereinafter the Trafficking Protocol] and the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air [hereinafter the Smuggling Protocol].

(7) See Arts. 2 (a), 9 (1) (b), 9 (4), 9 (5) of the Trafficking Protocol.

(8) Trafficking of men exists, but is little mapped and researched. «In contrast to the response given to child trafficking, the reaction of those organisations actively involved in anti-trafficking responses to information about men trafficked for the purpose of labour exploitation has been overwhelmingly hesitant. Whereas an increasing amount of anecdotal information is becoming available suggesting that men are being trafficking in [South Eastern Europe] and that this could be a serious problem in the region (especially in Albania), there are still no comprehensive research initiatives, nor has any theoretical framework been developed to tackle this problem in a more in-depth manner. Is trafficking in men a marginal, newly emerging issue or has it been occurring, but is simply being ignored?», UNICEF/UNOHCHR/OSCE ODIHR, *Trafficking in Human Beings in South Eastern Europe*, Sarajevo and Warsaw, 2005, p. 63.

case, it is questionable whether the recasting of women as mere objects of security and protection in anti-trafficking legislation really offers a sustainable solution.

The definition of trafficking epitomizes this construction. The challenging question is whether or not a person can consent to being trafficked. If consent is accepted as a defence, the task of the prosecution will be more difficult. Also, a trafficker would expose clients to massive pressure in order to produce a statement of consent. However, where consent is rendered immaterial, the division between trafficking and smuggling is blurred, which raises issues under the maxim of *nullum crimen sine lege*.

The definition contained in the 1949 Trafficking Convention (9) squarely rendered consent immaterial (10). At first sight, the 2001 Trafficking and Smuggling Protocols seems to take a more differentiated stance on the issue. Voluntary transportations are apparently falling under the Smuggling Protocol, while coercion and deception seem to be captured by the Trafficking Protocol. A closer look at the definition in Article 3 of the Trafficking Protocol raises doubts whether the division is really that clear:

> "For the purposes of this Protocol:
>
> (a) 'Trafficking in persons' shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs;
>
> (b) The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used; [...]" (11).

---

(9) United Nations Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, G.A. Res. 317(IV), 2 December 1949. Entry into force: 25 July 1951.

(10) Its Art. 1 reads as follows: "The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another: (1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person; (2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person".

(11) A largely identical definition can be found in Article 1 (1) and 1 (2) of the binding Council framework decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings (2002/629/JHA), *Official Journal*, 2002, L 203, p. 1 [hereinafter EU Framework Decision on Trafficking].

When reading paragraphs (a) and (b) in conjunction, it emerges that consent is as immaterial as under the 1949 Trafficking Convention. To fall under the definition in Article 3 (a) of the Trafficking Protocol, an act must be combined with a means and a purpose. The purpose to be served is "exploitation", which is exemplified by a non-exhaustive list in the second sentence of the provision. Amongst the means listed in the first sentence, we find "the abuse of power or of a position of vulnerability". The concepts of "exploitation" and "abuse" suggest that some form of inequality is a pivotal element of the definition. However, as we shall see in the following, both concepts are empty of precise content.

A. – *Exploitation*

The meaning of "exploitation" is painfully unclear in the Protocol. International law holds no generally accepted definition of the term, and it is hardly helpful to consult Marxist theory (12) to make it operational in an international criminal law context. Resorting to the findings of ethics leaves us with an overbroad range of meanings (13). Furthermore, it is difficult, if not impossible, to derive abstract criteria from the enumeration of examples in the second sentence of Article 3 (a) of the Trafficking Protocol. Is it a quality of moral repugnancy which is at the heart of exploitation? The fact that the second sentence names "exploitation of the prostitution of others" and "other forms of sexual exploitation" might make us believe so. Yet the article's *travaux préparatoires* indicate that the Protocol addressed the exploitation of the prostitution of others and other forms of sexual exploitation only in the context of trafficking in persons. The terms "exploitation of the prostitution of others" or "other forms of sexual exploitation" are not defined in the Protocol, which is therefore without prejudice to how States Parties address prostitution in their respective domestic laws (14). This makes abundantly clear that there is

(12) In very general terms, Marxism holds that the capitalist class exploits the proletariat and attempts to measure exploitation through calculations of surplus value.

(13) For an overview, see : WERTHEIMER A., "Exploitation" *in Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, available at : http ://www.science.uva.nl/~seop/archives/win2001/entries/exploitation/ (last accessed on 16 May 2006).

(14) Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. Addendum. Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations

no self-evident referent community whose values can be drawn on when determining whether or not a particular form of migration is exploitative and should be criminalised. So it must be something else than a component of moral repugnancy in exploitation.

Could it be the unequal benefits derived from trafficking? This would seem a reasonable thought, leading us to exercises in comparison. What is to be compared? Most likely, the benefits of the trafficker with the benefits of the person to be trafficked. Here, the dimension of migration adds grave complications to the evaluation of benefits. What comparison will be constitutive for the benefit of the trafficked person (15)? Will we compare his or her benefit in the destination country to that derived by staying put in the country of origin? Or shall we compare to a person in a comparable situation in the country of destination? While a salary below the minimum wage of the destination country might make us associate it with exploitation, that salary may very well exceed the one realistically available to the trafficked person in the country of origin. Should the problem be solved mathematically, by resorting to an international average calculated on the basis of the expected benefits for the individual in each of the two countries involved? With benefits equal or above the average, there will be no question of exploitation, while sub-average benefits will be labelled as exploitative? Will the average prosecutor be in a position to make such calculations?

How about situations where the trafficked person is not worse off in terms of access to resources and exercise of autonomy, while the trafficker is better off? Take the example of a woman choosing between working in slave-like conditions in her country of origin and the services of a trafficker, leaving her in similarly deprived working conditions in the country of destination? The example need not be hypothetical, given the prevalence of working condi-

---

Convention *against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 3 November 2000, UN Doc. A/55/383/Add.1, §64, p. 12. See also : Council of Europe, *Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings. Explanatory report*, 3 May 2005, CM (2005) 32 Addendum 2 final, §88, which is phrased in analogous terms. There are good reasons for the agnosticism of the two instruments in this matter. Domestic legal orders offer quite different solutions in their approach to prostitution, ranging from acceptance over toleration to criminalisation. Criminalisation can target providers, clients and facilitators.

(15) When determining the benefits derived by the trafficker, other complications need to be taken into account. Should the trafficker's risks be factored in? If so, what taxonomy of risks should a judge resort to?

tions in violation of human rights standards in certain economies of the South, which are affecting women in a disproportional manner (16). Is that a case of exploitation, or is it rather an expression of the trafficked person's autonomy in choosing an arena of misery, which the legal system should respect? What, then, if the trafficked person is better off in terms of access to resources and exercise of autonomy after trafficking? Would that automatically cancel the possible reproach of exploitation? Or does it bring us back to the abstraction of moral repugnancy? But did not the prostitution example show that this is bound to fail as a stand-alone criterion? Does this mean that a judge would need to acquit a person from trafficking indictment where a benefit comparison has shown that the impugned act was pareto-optimal (leaving at least one person better off, while no one worse off)? To avoid misunderstanding, I am not suggesting a criterion of pareto-optimality to solve the riddle of exploitation. Rather, my intention is to show that the concept is with all likelihood inoperable in a criminal law context with its demands on predictability flowing form the maxim *nullum crimen sine lege*. The ambiguity of the exploitation concept ultimately dissolves the divide between trafficking and smuggling (17).

B. – *Abuse of power or of a position of vulnerability*

The comparative dimension coming with the term of "exploitation" is not the only stumbling block in the definition. Amongst the eight means listed in the definition of Article 3 (a) of the Trafficking protocol, two give rise to similar problems. The "abuse of

(16) Oxfam, the development NGO, has argued the linkage between the global trade regime and an increasing disempowerment of women in the labour markets of the South : "Globalisation has drawn millions of women into paid employment across the developing world. [...] At the end of their supply chains, the majority of workers – picking and packing fruit, sewing garments, cutting flowers – are women. Their work is fuelling valuable national export growth. And their jobs could be providing the income, security, and support needed to lift them and their families out of poverty. Instead, women workers are systematically being denied their fair share of the benefits brought by globalisation. Commonly hired on short-term contracts – or with no contract at all – women are working at high speed for low wages in unhealthy conditions. They are forced to put in long hours to earn enough to get by. Most have no sick leave or maternity leave, few are enrolled in health or unemployment schemes, and fewer still have savings for the future. Instead of supporting long-term development, trade is reinforcing insecurity and vulnerability for millions of women workers". Oxfam International, *Trading Away our Rights. Women Working in Global Supply Chains*, Oxford, 2004, p. 4.

(17) Article 3 of the Smuggling Protocol defines "smuggling of migrants" as "the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident".

power" (18) as well as the abuse "of a position of vulnerability" raises additional comparative issues. Both suggest that the power of the trafficker should be compared to that of the trafficked person. While the *travaux* are tacit on the abuse of power, they explain that "the reference to the abuse of a position of vulnerability is understood to refer to any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved" (19). The absence of alternatives must be something different from and additional to the threat or use of force or other forms of coercion, which are listed as separate means in Article 3 (a) of the Trafficking Protocol. This would suggest that we look further than the relationship between trafficker and trafficked person, which brings us once more to a comparison of the alternatives available in the country of origin to the trafficked person. In the final analysis, this suggests that the "means" and the "purpose" referred to in Article 3 (a) collapse into each other, rendering parts of the trafficking definition circular. An act is abusing vulnerability because it is exploitative, and it must be deemed exploitative, because it constitutes an abuse of vulnerability.

The Explanatory Report of the 2005 Trafficking Convention elaborated within the Council of Europe (20) reflects how difficult it is to give the concept of vulnerability a precise meaning. In the tradition of earlier instruments, the Memorandum States that "[b]y abuse of a position of vulnerability is meant abuse of any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative to submitting to the abuse". The Report continues its exploration as follows :

> "The vulnerability may be of any kind, whether physical, psychological, emotional, family-related, social or economic. The situation might, for example, involve insecurity or illegality of the victim's administrative status, economic dependence or fragile health. In short, the situation can be any state of hardship in which a human being is impelled to accept being exploited. Persons abusing

(18) Article 1 (1) (c) of the EU Framework Decision on Trafficking employs the term "abuse of authority" instead of "abuse of power".

(19) *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. Addendum, op. cit.*, §63, p. 12. Article 1 (1) (c) of the EU Framework Decision on Trafficking has included this specification into the definition of trafficking. The same applies to the 2005 Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings, Warsaw, 16 May 2005, CM (2005) 32 Addendum 1 final, 3 May 2005 [hereinafter 2005 Trafficking Convention].

(20) Council of Europe, *Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings. Explanatory report, op. cit.*

such a situation flagrantly infringe human rights and violate human dignity and integrity, which no one can validly renounce" (21).

This illustrates neatly how States use the inalienability of human rights to articulate the meaning of trafficking. At large, we are asked to accept a chain of single concepts, which all refer to each other. The incapacity of the individual to renounce his or her human rights renders consent void, and is linked backwards to the abuse and exploitation by the trafficker.

The language of "acceptable" alternatives used in the quoted *travaux* as well as in the EU Framework Decision on Trafficking begs the question of an adequate standard. Consider for a moment that human rights standards would be applied, and that any sub-standard alternative must be discarded as not acceptable to the person in question. This would greatly expand the number of cases covered by "abuse of a position of vulnerability". Take the situation of a person suffering human rights violations in the country of origin without a realistic remedy at hand, and who possesses sufficient financial resources to pay for a "travel agent" who organizes migration to another country. As such a person would lack an «acceptable» alternative, the facilitation of migration would constitute not smuggling, but trafficking (provided that the criterion of exploitation is fulfilled, which is not too difficult to imagine, given its fuzzy conceptualization in Article 3 (a). Such an interpretation would be fraught with problems, and undercut the distinction between smuggling and trafficking. However, in the purportedly universal setting of migration, what other standards severing acceptable from unacceptable alternatives do we have?

The reference to the «abuse of power» may be equally problematic. What about situations where the power of the trafficker derives from her or his access to the market of the destination country? When is the use of such power an expression of the rationality of an agent relating to a global market, and when is it abusive? Or, put otherwise, when is the inequality between two domestic markets attributable to the international system at large, and when is it attributable to an agent converting it into personal gain?

(21) Council of Europe, *Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings. Explanatory report*, *op. cit.*, §83.

C. – *Self-cancelling consent*

The silence of the Trafficking Protocol on the precise content of concepts as "exploitation" and "abuse" must be taken as a strategic one. It tones down international inequalities at the heart of migration, and emphasises single actors who derive benefits from it. To do so, it needs to deprive the trafficked person from any capacity to intervene into this setting. This brings us back to the elimination of consent by the trafficked person.

As noted earlier, Article 3 (b) of the Trafficking Protocol states that «[t]he consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used". Above, we have suggested that this makes consent immaterial at large, although the reference to intent and to means would seem to provide constraints on the scope of Article 3 (b). Given the emptiness of "exploitation" and "abuse", we now find that they provide no clawback to the scope of Article 3 (b).

What is the function of the reference to "intended exploitation", then (22)? Does it limit the number of cases where consent is immaterial? It might, if we interpret it to mean that cases of where exploitation not only was intended, but also has been realised. Those would indeed be open to the consent of the concerned person. But does such an interpretation make sense, which potentially hits harder at attempts of exploitation than at successful exploitation? That complication apart, consent to "intended exploitation" relates to a stage of the process where both parties involved know nothing about the actual outcomes (23). So what is it that the person to be trafficked consents to? It can, at best, be a projection of each party's outcomes which are so unequal that such an outcome should be termed as exploitation. This presupposes that the person concerned is correctly informed about outcome inequalities, which is quite unlikely. What then, if the migrant is correctly informed, yet considers that outcome inequality is not exploitative? We would have to conclude that it is for the migrant to determine where con-

(22) It should be observed that Art. 1 (1) (2) of the EU Framework Decision on Trafficking deviates from the definition in Article 3 (b) of the Trafficking Protocol. It renders consent to intended as well as to actual exploitation immaterial.

(23) This could be because the migratory process is only at its beginning, or because a law enforcement agent has intervened and stopped the process believed to constitute trafficking.

sent is immaterial and where it is not. If so, the rationale of Article 3 (b) would be eradicated altogether.

It is hardly probable that a prosecutor or a judge will always find the time to penetrate the antinomies of the construction of consent in the trafficking definition. Most likely, the practitioner's interpretation of Article 3 (b) of the Trafficking Protocol would be that consent is immaterial in the case which s/he is set to deal with. Through this shortcut, the agency of the migrant is reduced to nil, even when it comes to choosing between different forms of misery.

D. – *Selective human rights arguments*

The choice between different forms of misery raises the question what conditions make persons accept the offers of smugglers and traffickers. Those conditions could be described as violations of human rights, particularly in the economic and social domain. In such situations, individuals would be faced with the choice between two set-ups of human rights deprivations : that are caused directly and indirectly by trafficking, and that are caused by remaining in the country of origin.

However, the text of the Trafficking Protocol avoids the association of conditions promoting trafficking with human rights language. In Article 9, which deals with the prevention of trafficking in persons, it emerges that :

> "States Parties shall take or strengthen measures, including through bilateral or multilateral cooperation, to alleviate the *factors* that make persons, especially women and children, vulnerable to trafficking, such as poverty, underdevelopment and lack of equal opportunity" (24).

These "factors" may very well be human rights violations. By way of example, poverty makes individuals increasingly dependent on the provision of economic, social and cultural rights through the public sector, and the lack of equal opportunity might translate into discrimination proscribed under human rights instruments. Yet

(24) Art. 9 (4) of the Trafficking Protocol [emphasis added]. Principle 4 of the non-binding U.N. Recommended Principles on Human Rights and Human Trafficking is phrased in a similar manner : "States and intergovernmental organizations shall ensure that their interventions address the factors that increase vulnerability to trafficking, including inequality, poverty and all forms of discrimination". This is disappointingly weak, as the first Guideline formulated in the same document describes violations of human rights as "both a cause and a consequence of trafficking". UNHCHR, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, 20 May 2002,UN Doc. E/2002/68/Add.1.

the usage of human rights language is carefully avoided in the quoted provision as well as in other documents addressing the issue of trafficking (25). This colludes the legal obligations of the country of origin vis-à-vis its citizens.

We recall that the passage of the Trafficking Protocol's preamble quoted above expresses the desire "to protect the victims of such trafficking, including by protecting their internationally recognized human rights". The allusion to trafficking *victims* emphasises an *ex post facto* viewpoint, and limits the human rights perspective to that part of the process when an individual already has become the object of trafficking (26). The enumeration of purposes in Article 2 of the Trafficking Protocol confirms this limitation, yet it also features a slight, but important shift in emphasis :

> "The purposes of this Protocol are
>
> [...]
>
> b) to protect and assist the victims of such trafficking, with *full respect* for their human rights; [...]" (27).

The language of protection in the non-binding preamble has been swapped for a language of "full respect" in the operative article. Quite apparently, the drafters chose to focus on negative State obligations in protection and assistance, which provides a potent constraint on the scope of human rights in the Protocol's context. As we shall see in the non-committing formulation of provisions relating to the protection of victims, the language of respect was care-

(25) See, *e.g.*, European Parliament resolution on the Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament "For further actions in the fight against trafficking in women" (COM (1998) 726 – C5-0123/1999 – 1999/2125 (COS)), *Official Journal*, 2001, C 59, p. 307, §B, pointing out "that, as a rule, prostitution is not the result of a lifestyle choice, but is a phenomenon closely linked to the economic, social, political and cultural *possibilities* open to women in a given social environment and, in one way or another, is forced upon those who carry it out, and that sexual exploitation is a serious crime; points out that it is therefore necessary to focus greater efforts and resources on the fight against forced prostitution and trafficking in human beings, particularly women, aimed at sexual exploitation [...]" [emphasis added]. The resolution is not binding for the Member States, and is adduced here to illustrate that the avoidance of human rights language in the description the root causes of trafficking is not an exclusive feature of the UN Protocol.

(26) The third preambular paragraph of the EU Framework Decision on Trafficking contains the sole mention of human rights violations in the whole preamble of the Decision. As the 2001 Trafficking Protocol, it focuses on an *ex post facto* perspective when emphasising that "[t]rafficking in human beings comprises serious violations of fundamental human rights and human dignity".

(27) Emphasis added. The official interpretative notes do not contain any further explanation on the underlying rationale of Art. 2. None of the other two purposes enumerated in the same provision relate expressly to human rights.

fully chosen. It eliminates the role of positive human rights obligations both in the prevention and the protection dimensions of trafficking.

Let us take the limited human rights perspective suggested by the Trafficking Protocol for the sake of argument. Consider the situation of a person having being trafficked to a receiving State. What does it mean to protect that person with full respect for his or her human rights? It must be of considerable importance whether that person will remain in the receiving State or return to the country of origin. The level and effectiveness of human rights protection might diverge to an important degree, given differences in human rights obligations and resources to live up to them.

At face value, Section II of the Trafficking Protocol is tellingly agnostic on this issue, and avoids any reference to human rights obligations (28). However, a look at the type of obligations enshrined in the provisions of Section II suggests that there is an unambiguous preference for return to the country of origin – the only part of the Section which features hard obligations.

First, all States Parties are obliged to render assistance and protection under Article 6, which makes no difference between receiving States and countries of origin. The language used to formulate these obligations is weak, limiting States' commitment to "appropriate cases and to the extent possible under domestic law" (privacy protection of victims under Article 6 (1), asking States "to consider" implementing measures serving victims' recovery (Article 6 (3)) or to "endeavour" to provide for the physical safety of trafficking victims "while they are within its territory".

Second, Article 7 addresses the «status of victims of trafficking in persons in receiving States». Again, weak language is used. The provision's first paragraph enshrines a State obligation to "consider adopting legislative or other appropriate measures that permit victims of trafficking in persons to remain in its territory, temporarily or permanently, in appropriate cases". Its second paragraph adds: "In implementing paragraph 1 of this article, each State Party shall give appropriate consideration to humanitarian and compassionate

(28) The final Section IV of the Trafficking Protocol contains a general saving clause for humanitarian law, human rights law and refugee law in Article 14 (1), comprising *inter alia* the 1951 Refugee Convention and the 1967 New York Protocol with "the principle of non-refoulement contained therein".

factors". By emphasising such factors, receiving States' hard obligations under human rights and refugee law are removed from sight. The risk of persecution or inhuman treatment of a certain severity in the country of origin would render removal illegal under refugee law and human rights law respectively (29). Article 7 bypasses this issue, and thus fails to deliver on the protective assurances given in Article 2 (b). In a surreal fashion, the clawback clause of Article 8 (5) circumvents the naming of such international obligations and exclusively refers to domestic law, as if such matters were entirely at the disposal of the domestic legislature : "This article shall be without prejudice to any right afforded to victims of trafficking in persons by any domestic law of the receiving State". The savings clause in Article 8 (6) refers exclusively to bi- or multilateral readmission agreements, which typically regulate the interstate dimension of readmission without offering human rights safeguards to individuals subjected to readmission proceedings. The only reminder of this is the reference to "due regard for the safety of" the person returned.

Third, the repatriation dimension of protection is definitely cast in terms of hard obligations. Article 8 (1) prescribes that countries of origin "shall [...] accept" the return of their nationals or permanent residents. While return of trafficking victims "shall preferably be voluntary" under Article 8 (2), the *travaux* make clear that this phrase is "understood not to place any obligation on the State Party returning the victims" (30). Article 8 also contains unqualified duties on the country of origin to verify nationality or permanent residence entitlements, to issue necessary travel documents and authorisation.

Seen as a whole, the Trafficking Protocol articulates the response to the human rights dimension of trafficking in a peculiar manner. Hard human rights obligations owed by receiving States are entirely absent in the detailed provisions of Section II, and emerge only as a generally formulated saving clause in Section IV, holding final provisions. By contrast, readmission obligations incumbent on

(29) Relevant treaty provisions are, *inter alia* : Article 33 of the 1951 Refugee Convention, Article 3 of the 1984 Convention against Torture, Article 7 of the 1966 ICCPR and Article 3 of the 1950 ECHR.

(30) *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. Addendum, op. cit.*, §73, p. 14.

countries of origin are formulated in a mandatory way and regulated in detail. In all, the Trafficking Protocol will be read as a comprehensive multilateral readmission agreement, suggesting that return will be the standard response in handling trafficking victims. The proper place of the trafficked migrant is at home.

Beyond that, the Trafficking Protocol articulates human rights violations as those committed by traffickers against trafficked persons. Technically, it is odd to emphasise human rights in an area where their capacity to bind actors is at its weakest. After all, private actors have not ratified human rights treaties, but States have. And the extent to which States' positive human rights obligations to protect individuals from violations inflicted by third parties will be contested, and does certainly not comprise *any* violation.

From this perspective, it would have made more sense to employ human rights language to reiterate the human rights obligations incumbent on countries of origin, and related to the root causes of trafficking. Article 10 is careful not to do that. Moreover, the non-committal language of protection in Articles 6 and 7, setting out protective obligations of all States Parties and receiving States respectively, could have been swapped for a reiteration of obligations under human rights treaties relevant for the protection trafficked persons. The fact that reference to such hard obligations is avoided can only be read as an attempt to weaken them in the migratory context.

Where does this leave the migrant's agency? A person endowed with justiciable rights can choose to vindicate them, or to abstain from doing so. The absence of human rights language in Section II suggests that this choice is undesirable. Migrants are not to determine their own security – this remains a prerogative of States. It was undesirable to reiterate or elaborate on States' human rights obligations in the context of trafficking, as this might have cast trafficked migrants as autonomous agents rather than as victims.

E. – *The Victim as witness*

There is one area, however, where States are in need of the trafficked person as an autonomous agent. The successful prosecution of traffickers presupposes that trafficked persons are available and

prepared to witness. Yet the cooperation of the trafficked persons with State authorities is not without risks, and could expose him or her to retaliation by the trafficker. Witness protection is problematic already in a purely domestic setting, and authorities encounter considerable difficulties in the prevention of retaliation by indicted persons. Consider the case where a trafficked person testifies against members of a trafficking organisation in the receiving State, to then be returned to the country of origin, where that organisation is active and capable of retaliation. Effective protection demands considerable efforts by both States involved, and a high degree of information exchange and coordination. What if the country of origin is a developing country with an underfinanced law enforcement sector, unable to live up to its positive protection obligations? Would the trafficked person make a wise choice when being loyal to the receiving State and offering testimony?

Is the receiving State in a position to make such loyalty more attractive? A permanent residence permit, secure accommodation and other protective benefits would represent one end of the spectrum, reflecting a reciprocal loyalty in exchange for the risks taken by the victim delivering court testimony. However, this would run counter to the very rationale of preventing irregular migration.

The EU Framework Decision on Trafficking is entirely silent on the granting of residence permits, and seems to leave the issue to the discretion of EU Member States. However, the EU Council framework decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (31) is also applicable in trafficking cases. According to its Article 3, "Member State shall safeguard the possibility for victims to be heard during proceedings and to supply evidence". It could be argued that this provision entitles extra-communitarian victims to legal sojourn in the relevant Member State for a period necessary to employ the right under Article 3. Yet this would merely confer a conditional right of sojourn on victims: those cooperating with the prosecution may stay for the necessary period, those who do not cooperate may be deported immedi-

(31) Council framework decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA), *Official Journal*, 2002, L 82, p. 1.

ately (32). This bestows a very narrow and conditional agency on the trafficked person, which is tailor-made for the needs of prosecuting the trafficker and thereby to prevent further irregular migration.

It is unsurprising that States attempt to minimize any dependency on the victim's choices. Article 7 (1) of the EU Framework Decision on Trafficking prescribes that «Member States shall establish that investigations or prosecution of offences covered by this Framework Decision shall not be dependent on the report or accusation made by a person subjected to the offence, at least in cases where Article 6 (1) (a) applies» (the latter contains an obligation on Member States to establish jurisdiction where the offence is committed in whole or in part within its territory). This means that prosecution of trafficking in criminal proceedings is not dependent on the presence of the victim in a large fraction of cases, and further reduces the value of the right to be heard and to supply evidence as a means to secure legal sojourn.

In the recently concluded Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings (33), a different solution has been chosen. In the Convention, the linkage between victim's willingness and capacity to cooperate with residence entitlements is at least addressed. Its Article 13(1) reads as follows :

> "1. Each Party shall provide in its internal law a recovery and reflection period of at least 30 days, when there are reasonable grounds to believe that the person concerned is a victim. Such a period shall be sufficient for the person concerned to recover and escape the influence of traffickers and/or to take an informed decision on cooperating with the competent authorities. During this period it shall not be possible to enforce any expulsion order against him or her. This provision is without prejudice to the activities carried out by the competent authorities in all phases of the relevant national proceedings, and in particular when investigating

(32) "A problem arises when these criminal proceedings are terminated, for example, due to a lack of sufficient evidence, or completed as when traffickers are convicted or acquitted. Under these circumstances, Member States can withdraw all the support since they may come to a conclusion that these victims do not have further value from the criminal justice viewpoint. Another problem is that those who do not cooperate are most likely to face enforcement actions, resulting in deportation to their States of origin even when they are exploited and victimized to a great extent during the course of their journey. Viewed in these contexts, the Framework Decision can be used in a discriminatory manner so as to distinguish those who deserve protection from those who do not, and its fairness can be called into question". OBOKATA T., "EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings : A Critical Appraisal", *Common Market Law Review*, 2003, p. 931.

(33) Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings, Warsaw, 16 May 2005, CM(2005)32 Addendum 1 final, 3 May 2005. Not yet in force.

and prosecuting the offences concerned. During this period, the Parties shall authorise the persons concerned to stay in their territory.

2. During this period, the persons referred to in paragraph 1 of this Article shall be entitled to the measures contained in Article 12, paragraphs 1 and 2 [enumerating protective measures].

3. The Parties are not bound to observe this period if grounds of public order prevent it or if it is found that victim status is being claimed improperly".

This is certainly a more practicable solution than the one offered by the EU Framework Decision on Trafficking. Yet the solution is not exclusively inspired by compassion with the victim, but also emphasises the nexus between residence and loyalty to the receiving State. After all, the second purpose of the recovery and reflection period is "to take an informed decision on cooperating with the competent authorities". From the victim's perspective, it is still highly questionable that authorised presence during that period in conjunction with certain protective measures outweighs the risks of retaliatory action by trafficking organisations upon return to the country of origin. To that, the actual risks of being socially ostracised at home need to be added, the protective obligations of the country of origin notwithstanding. Very likely, the barter trade suggested by Article 13 will be perceived as unfair by many trafficking victims (34). Structurally, it will not alter the confinement of the trafficked person's agency to the capability of taking an "informed decision" on cooperating in criminal prosecution of the trafficker. More choices are not on offer, and the trafficked person is immediately deprived of her or his limited agency after his or her contribution to criminal proceedings.

In short, the trafficked migrant is used. By contrast to the relationship between trafficker and trafficked person, the relation between prosecuting State and trafficked witness is not articulated in terms of exploitation.

(34) An analysis of current trends in South Eastern Europe concluded that "[w]omen judged by the police to be victims of trafficking often refuse assistance, claiming that they are not victims of trafficking but prostitutes/entertainers/waitresses working voluntarily". UNICEF/UNOHCHR/OSCE ODIHR, *Trafficking in Human Beings in South Eastern Europe*, *op. cit.*, p. 50.

III. – Conclusion

The rule of international counter-trafficking law is insecure indeed: fraught with diffuse concepts, circular arguments, and human rights bias. The terms "exploitation" and "abuse of power" or of a position of vulnerability are self-referential and empty of precise content. This raises issues under the maxim *nullum crimen sine lege*. Given the emptiness of these terms, the consent of the migrant has in practice become immaterial, although the wording of the definition in the Trafficking Protocol would suggest otherwise.

The Trafficking Protocol and other international instruments following in its wake employ a selective and biased approach to human rights. A reference to human rights violations is absent when it comes to the description of factors making migrants turn to traffickers. Human rights violations are routinely cast as those of a private actor, that is, the trafficker. Moreover, the Trafficking Protocol offers a presumption of return as the standard solution, accompanied by hard obligations to readmit for the country of origin. From a human rights perspective, it is quite obvious that return may be far from the best solution for a trafficked person.

Yet the trafficked migrant possesses a limited agency in the international law framework: that of witnessing against the trafficker in court. It is yet another service requested from the trafficked migrant, the patron being the receiving State. Witnessing may entail great risks for the migrant at low or no returns. The rendering of this specific service is, however, not articulated in terms of exploitation.

LES TRAVAILLEURS CLANDESTINS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

PAR

MICHELANGELA SCALABRINO (1)

PLAN

I. – LES CLANDESTINS FACE AUX EXPULSIONS COLLECTIVES 364

II. – LES CLANDESTINS ET LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION 372

III. – LES CLANDESTINS ET L'APATRIDIE 389

CONCLUSION 395

La jurisprudence de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme (ci-après la Cour) est encore relativement peu connue en Europe, même s'il s'agit d'un *corpus* désormais riche de décisions (arrêts et ordonnances (2)) et d'avis consultatifs, touchant des aspects très importants de la protection internationale des droits fondamentaux, individuels et collectifs. Parmi ces aspects, l'on peut citer à juste titre la question des travailleurs clandestins, dont la Cour a été saisie tant dans l'exercice de sa fonction contentieuse que consultative. Trois affaires récentes méritent d'être examinées successivement. La première – qui date de l'an 2000 – est une (double) (3) ordonnance édictée sur une requête de mesures provisoires urgentes présentée par la Commission interaméricaine des droits de

(1) Professeur de droit international, Université Catholique de Milan.

(2) On signale en passant l'importance des articles 63(2) de la Convention américaine, 25(1) du Règlement de la Cour et 25 du Règlement de la Commission Interaméricaine, notamment par rapport à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et à la pratique de la Cour Européenne. Voir à ce propos : CANÇADO TRINDADE A.A., *Prólogo al Tomo III de de la Serie E sobre las Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000-2001)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2002.

(3) Au sens de l'article 24(4) du dernier règlement.

l'homme (ci-après la Commission), qui visait notamment à faire cesser les expulsions collectives d'haïtiens et de personnes d'origine haïtienne du territoire de la République dominicaine. Ensuite, le 17 septembre 2003, la Cour a émis l'avis consultatif 18/2003 sollicité par le Mexique et concernant les droits des travailleurs clandestins. Plus récemment encore, elle a tranché le 8 septembre 2005 l'affaire *Dilcia Yean et Violeta Bosico c. république Dominicaine* (4), portant sur les rapports clandestinité-apatridie.

I. – Les clandestins face aux expulsions collectives

Comme évoqué précédemment, le problème de l'expulsion collective des clandestins a été abordé par la Cour dans les ordonnances 18 août et 12 novembre 2000, suite à la requête de mesure provisoires urgentes déposée par la Commission vis-à-vis de la République dominicaine, à propos de l'expulsion en masse de travailleurs clandestins haïtiens et d'origine haïtienne (5). Selon les indications données par la Commission, environ 500000 à 1000000 de travailleurs haïtiens sans papiers demeurent en République dominicaine. Ils sont presque tous employés dans les plantations de canne à sucre. Dans de nombreux cas, il s'agit d'individus installés dans le pays depuis 20 ou 30 ans; de surcroît, plusieurs d'entre eux sont nés en territoire dominicain et certains ont épousé ou se sont unis à des femmes dominicaines d'ascendance

(4) Arrêt C 130.

(5) *Provisional Measures requested by the Inter American Commission on Human Rights in the matter of the Dominican Republic*, ordonnances 18 août et 12 novembre 2000. Au §2 de l'exposé de droit, la Commission résume les faits de la manière suivante : «a) the Commission received a complaint about massive expulsions of the alleged victims. The Commission issued a request for the adoption of a precautionary measure and requested that the Dominican Republic stop the massive expulsions and that, in the event that they would continue to be made, this be done satisfying the requirements of the due processe; b) the State rejected the precautionary measure... d) the expulsions are made through collective raids not subject to a legal procedure for identifying adequately the nationality of those expelled, their immigration status, or their family ties; they are simply drawn away from their homes without warning and without the possibility to carry their belongings with them. The immigration authorities select the persons to be deported by the color of their skin;... g) the practice of deportations and expulsions affects legal and non-documented Haitian workers, and legal and non-documented Haitian-origin Dominicans who live in the Dominican territory». Sur les mesures provisoires urgentes concernant les cas qui n'ont pas encore été portés devant la Cour, voir : Cadet Jean et Odimba-On Etamba-lako W., «Logros alcanzados y ajustes pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI, 2006, p. 718.

haïtienne, donnant ainsi naissance à des enfants qui sont, eux aussi, des irréguliers (6).

Seulement 5 % des haïtiens et des personnes d'origine haïtienne possède des pièces d'identité au sens stricte du terme (7). Le nom de tous les travailleurs figure en effet dans les registres de l'année pendant laquelle ils sont employés : certaines d'entre eux reçoivent alors une «carte temporaire», valable seulement à l'intérieur de la plantation et pour une seule récolte, soit six mois en moyenne. Á la fin de cette période, les travailleurs perdent leur statut légal et n'ont pas le droit de circuler dans le pays. Étant pourtant dans la nécessité de subvenir à leurs besoins, ils sont contraints de chercher du travail dans la même ou dans d'autres plantations et de rester par conséquent en République dominicaine, devenant ainsi des clandestins (8). Les haïtiens habitent des baraques où il n'y a ni eau potable ni électricité (9); ils ne jouissent d'aucne assistance médicale (10), ni de programmes d'éducation primaire (11). Quant aux femmes haïtiennes ou d'origine haïtienne, elles sont souvent victimes de discrimination salariale, et même d'abus sexuels par les chefs des camps ou par les policiers (12). Outre les conditions lamen-

(6) Voir *infra*, rapport 1999, §4.

(7) Voir le rapport de la Commission sur la République Dominicaine de 1999, chap. IX, §350 et le rapport du Comité des droits économiques et sociaux des Nations Unies sur la mission d'assistance technique en République dominicaine, Doc. E/C.12/1997/9 – 27 janvier 1998, p. 19.

(8) Voir : Ropesur-Preval-Fidamerica, «Proceso de Declaraciones Tardias en las Comunidades de los Bateyes 7, 8 y 9, en la Zona Cañarera de la Provincia de Independencia», *Neyba*, 2004, p. 7 et rapport 1999, *op. cit.*, §§332 et 350 : «in practice, the authorities only record Haitians as workers, but do not legalize their migratory status». *Ibidem*, §350, la Comission met en évidence que «many countries grant citizenship after lengthy periods of residency, while other countries recognize at least permanent resident status, yet this is not the case of the Haitians in the Dominican Republic. The situation of illegality is passed on to the children, even when they have been born in the Dominican epublic. The children do not have documents because their parents have none».

(9) Voir le rapport annuel de la Commission 2001, §84. Le rapport 1999 affirme au §343 que «the overcrowding, the lack of hygiene, of drinking water, and of latrines are all very serious problems. These shortcomings create conditions for diseases such as diarrhea, malaria, and tuberculosis».

(10) *Ibid.*, §344 : «there are no medical dispensaries. Several children have symptoms of malnutrition, and most do not go to school».

(11) Voir le rapport 1999, *op. cit.*, resumen ejecutivo, §§34-37; Banque Mondiale-Informe N° 21306-RD : República Dominicana – Informe sobre la Pobreza, 2002, anexo 2.2, pp. 49-51 et Doc. ONU E/CN.4/2003/52/Add. (1-16 janvier 2003), Rapport Lizin – mission en République dominicaine.

(12) Voir le rapport 1999, *op. cit.*, §§346-349 et Solain Pier, «Dominico-haitianas : Género, etnia y violencia», *ALAI – América Latina en Movimiento*, 1997, pp. 11-12.

tables de recrutement (13), le contrat de travail contient systématiquement une clause selon laquelle tout travailleur agricole est, et demeurera, lié à la terre où son travail va se dérouler (14).

Depuis 1998, suite à la privatisation de l'industrie sucrière (15) et à la chute du prix international du sucre (16), l'industrie nationale n'est apparemment plus à même de garder cette quantité d'haïtiens et/ou de personnes d'origine haïtienne, une partie au moins de cette main d'œuvre, bien que sous-payée (17), n'étant plus indispensable à l'économie de l'État/entrepreneur. C'est dans ce contexte qu'a été prise la décision (18) de procéder à des expulsions massives et som-

(13) La sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités (groupe de travail sur les formes contemporaines de l'esclavage, mai 1998) et le rapport de la Commission 1991, chap. V, §3, signalent que «workers for the sugar cane plantations are recruited by buscones, agents in the pay of the Consejo Estatal del Azucar who recruit them on both sides of the border and then sub contract them to the plantations. Buscones get 5000 dollars for every Haitian. There was also testimony from Haitians who were "kidnapped" near the Dominican border by Dominican soldiers». Dans un sens opposé, voir l'article 66 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille.

(14) Le document NU CCPR/C/79/Add.18 du 5 mai 1993, intitulé *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el artículo 40 del Pacto – observaciones finales del Comité de derechos humanos : República Dominicana* déplore les conditions de vie dégradantes des travailleurs haïtiens, les pratiques tolérées, qui restreignent leur liberté de circulation, l'exploitation dont ils sont l'objet, qui s'apparente à une forme d'esclavage. Dans le même sens, voir le *Rapport sur les droits de l'homme des migrants* présenté par la Rapporteure spéciale Mme Rodriguez Pizarro, Doc. NU A/59/377, §16. Voir également : BERNIER Barbara L., «Sugar Cane Slavery : Bateyes in the Dominican Republic», *New England Jn'l Int'l & Comparative Law*, 9, 2003, pp. 17 et s. et l'article 11 §1 de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

(15) JIMÉNEZ Faustino dans *Perspectiva de la Industria Azucarera en el Marco del CAFTA* (rapport présenté à la XXV[e] assemblée générale de l'Organisation Internationale du Sucre, Londres, 21-25 novembre 2005) signale que les plantations de l'État ont été réduites de moitié. D'après la Banque Mondiale (Voir rapport annuel de la Commission 2001, §§83-84) la privatisation du *Consejo Estatal del Azucar* a provoqué des conséquences dramatiques pour les travailleurs, «who are overwhelmingly poor».

(16) D'après JIMÉNEZ, *op. cit.*, le prix international du sucre, qui était de 018,9 dolars/libre au début des années 80, était de 04,09 dolars/libre déjà au début de 1985.

(17) Voir rapport 1999, *op. cit.*, §§315-316 et §§340-341 : «cane cutters continue being paid with vouchers, not with money. These vouchers are not accepted in places of commerce; they can only be used at the company store for a 70 % of their value. The wages are very low. The workers are paid 42.00 Dominican pesos (approximately US $ 3.00) per ton of sugar cut». Dans le même sens, voir le rapport RODRÍGUEZ PIZARRO, *op. cit.*, §16c. La sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités ajoute que «workers are not paid for the first three months of their contracts during which period they have to survive on savings (if any) and the small amounts of food they can grow on their own tiny plots of land. At the end of this period pay begins, but the back pay is withheld until the end of the contract and workers who leave early lose this money». Dans le sens opposé, voir les articles 22 §6 et 22 §9 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et leur famille.

(18) Fondée notamment sur le Decret-Loi 233, promulgué par le président Balaguer le 13 juin 1991. Dans son rapport de 1999, la Commission signale (§332) que «Decree 233 which authorized the expulsion of more than 35,000 Haitians in 1991, is still in force, and it poses a latent threat

maires des sans-papier agés de moins de 16 ans et de plus de 59 ans, engagés dans les plantations de l'État (19). Ces expulsions ont lieu pour la plupart au cœur de la nuit, sur la base de la couleur de la peau, sans ordre du juge ou de toute autre autorité (20), et sans que les expulsés aient la possibilité de démontrer leur statut légal (21) ou de communiquer avec leur famille (22); dans plusieurs cas, des familles ont été séparées, avec des conséquences néfastes pour les enfants (23).

La République dominicaine a expliqué et justifié cette politique affirmant devant la Cour :

i. que l'État rencontre des graves difficultés d'ordre économique, qui l'empêchent d'absorber une quantité constante et indéfinie de «réfugiés», le problème des clandestins haïtiens et d'origine haïtienne devant être résolu dans le cadre d'un contexte économique global (24);

---

to Haitian workers». D'après le Comité des Nations Unies (document NU CCPR/CO/71/DOM (2001), *Concluding Observations of the Human Rights Committee*, Dominican Republic, §4), ledit Decret-Loi a été abrogé en 2001. Voir cependant : Doc. NU E/CN.4/2006/73/Add.1 du 27 mars 2006, «In 2005, more than 3000 Haitians have been detained and over 1000 deported without consideration of their legal status in the country. Those with the legal right to remain and Dominicans of Haitian origin had their papers confiscated and have been deported along with undocumented migrants». Á cet égard, voir les articles 20 et 21 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

(19) Etaient aussi concernés des travailleurs réguliers. Voir l'exposé de droit, §b lettre d) et Cançado Trindade, Antônio A., «Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour Américaine des Droits de l'Homme», *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 3, 2004, pp. 89 et s.; Exumé Jean Joseph, «Le Pacte de San José et les Pays de la Région Caraïbe», *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 251 et s.; Harris, Terry J., «Inter-American Court of Human Rights – Resolutions Ordering Provisional Measures», *Human Rights Brief*, 8, 2, 2001, p. 25 et Rodríguez Calderón Mirta, «Un viejo problema de hoy – La expulsión de haitianos en República Dominicana», *ALAI – América Latina en Movimiento*, 29.9.1999.

(20) Voir article 22 §2 et §3 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et leur familles.

(21) Rapport 1999, *op. cit.*, §§326-327.

(22) Rapport 2001, *op. cit.*, §§85-89.

(23) Rapport 1999, *op. cit.*, §318. Voir également Batay Ouvrye 16 décembre 2005 et Doc. NU E/CN.4/2006/73/Add.1.

(24) Plaidoirie de l'État à l'audience, 18 août 2000, §14 h. Il est opportun de signaler (voir Ray Eric L., «Mexican Repatriation and the Possibility for a Federal Cause of Action : A Comparative Analysis on Reparations», *The University of Miami Inter-American Law Rev.*, 37, 2005, pp. 171 et 195), que les États Unis ont appliqué la même politique d'expulsion de masse à l'égard des immigrés mexicains au moment de la dépression économique de 1929 et dans les année suivantes. «The policy, authorized by President Hoover, was instituted as a means to free up jobs for Americans suffering financially during the Great Depression... On September 24, 2004, California Governor vetoed California Senate Bills 37 and 427, effectively ending any state cause of action for Mexican-Americans seeking financial reparations from the state of California for the injustices they sustained».

ii. que, par conséquent, il est obligé de maintenir une politique de refoulement et d'expulsions permanente (25);

iii. que la déportation des étrangers se trouvant illégalement dans le territoire du pays est un de droits souverains auxquels l'État ne peut pas abdiquer. L'État ne peut pas non plus négocier à cet égard, la matière étant réglée par ses lois, et celles-ci n'étant pas en conflit avec les conventions et traités internationaux ratifiés (26);

et

iv. que les problèmes socio-économiques auxquels Haïti se trouve confrontée depuis des décennies constituent un problème de la communauté internationale toute entière, notamment des pays les plus riches. La république Dominicaine se trouve dans une situation de pauvreté aiguë : partant, elle n'est pas à même de se charger, seule, des problèmes politiques, sociaux et autres du peuple haïtien (27).

Le raisonnement est axé – on le voit – sur les intérêts économiques nationaux, sans aucun souci des règles du droit international (28) et du droit international des droits de l'homme (29) en particulier. Or, s'il est clair que, aux termes de l'article 22 §6 de la Convention américaine des droits de l'homme, les immigrés légaux ne peuvent être expulsés, sauf par une décision fondée sur la loi (30) et dans le respect des garanties du procès équitable, il est également vrai que les décisions qui ont trait à la politique de l'immigration rentrent dans le domaine de la souveraineté de l'État (31) : la Commission et la Cour l'admettent.

(25) Plaidoirie *cit.*, §12c. D'ailleurs, ajouta l'agent de l'État, «the number of persons repatriated does not compensate even remotely for the number of persons who come into the country illegally».

(26) *Ibid.*, §14 b.

(27) *Ibid.*, §12 d.

(28) Le rapport 2001, *op. cit.*, §§85-89 signale en effet que «the expulsions are carried out in direct contravention of the guidelines set down in the Binational Agreement on Conditions of Deportation, adopted in December 1999». Batay Ouvrye 16 décembre 2005, *op. cit.*, ajoute qu'aucun gouvernement haïtien n'a jamais protesté.

(29) Voir par exemple la résolution 1993/77 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (§1); observations générales n° 4 (1991) et n° 7 (1997) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et observation générale n° 15 (1986) du Comité des droits de l'homme sur la situation des étrangers au regard du Pacte.

(30) Voir l'exposé de droit de la Commission, §11a, et le rapport sur les travailleurs migrants, *op. cit.*, chap. VI, §4 : «The meaning of law in art. 22 is not limited to acts of the legislative branch in a formal sense».

(31) Voir l'exposé de droit, §11a et l'ordonnance de la Cour, §4.

Elles soulignent néanmoins que cette compétence n'est pas sans limites. Conformément à l'article 22 §9 de la Convention américaine, les expulsions collectives sont interdites, que les étrangers se trouvent légalement ou non dans le pays. De même, les lois sur l'immigration doivent assurer en toute circonstance qu'une décision individuelle soit arrêtée à la suite d'un procès équitable (32); les droits à la vie et à l'intégrité physique et psychologique, à la résidence et à la liberté de circulation doivent être respectés, ainsi que les droits de la famille et le droit des enfants à disposer d'une protection spéciale (33). La mise en œuvre des politiques sur l'immigration ne doit pas aboutir à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ni à des discriminations fondées sur la race, la couleur, la religion ou le sexe (34). Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la pratique des expulsions, effectuées de manière arbitraire, sommaire et sans garantie d'aucune sorte, vise exclusivement les hommes de couleur. Parce qu'ils sont noirs, on les suspecte d'être haïtiens; on présume alors qu'ils se trouvent illégalement dans le pays et par conséquent on les expulse (35).

---

(32) Voir également les rapports individuels N° 89/00 et N° 37/01 de la Commission, affaires 11.529 et 11.455, 5 octobre 2000 et 22 février 2001, concernant des immigrants sans papiers provenant du Nicaragua et expulsés du Costa Rica.

(33) Voir l'exposé de droit, §11.d : «Neither the text nor the spirit of art. 63.2 of the American Convention establish an impossibility or restriction as to whether the irreparable damage should be against life, integrity or any other right. There is, therefore, the need to recognize that other rights protected by the Convention should be subject to a protection similar to the protection thus far afforded to life and personal integrity»; ordonnance 18 août, §9 et ordonnance 26 mai 2001, §3c. Voir également l'opinion concurrente Cançado Trindade, §15 : «This is the first time in its history that the Court proceeds in this way, aware of the necessity to develop, by its evolutive case-law, new means of protection inspired in the reality of the intensity of human suffering itself».

(34) Exposé de droit et avis consultatif 18-2003, §169 : «In the exercise of their power to establish migratory policies, it is licit for States to establish measures relating to the entry, residence or departure of migrants who will be engaged as workers in a specific productive sector of the State, provided this is in accordance with measures to protect the human rights of all persons and, in particular, the human rights of the workers. In order to comply with this requirement, States may take different measures, such as granting or denying general work permits or permits for certain specific work, but they must establish mechanisms to ensure that this is done without any discrimination». Voir également le rapport de la Commission sur les travailleurs migrants, *op. cit.*, chap. VI, §97.3.

(35) Exposé de droit, §14 b. En effet, même si l'article 22 §6 de la Convention américaine et l'article 13 du Pacte sur le droits civils et politiques visent l'expulsion des étrangers qui se trouvent légalement dans le territoire d'un État, l'observation générale n° 15 (1986) du Comité des droits de l'homme concernant la situation des étrangers au regard du Pacte précise (§§5-9) que, quand bien même l'article 13 ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer sur le territoire d'un État partie ou d'y séjourner, dans certaines situations un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte. Et ceci, même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour : tel est le cas si des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains et au respect de la vie familiale entrent en jeu. En outre, l'article 13 du Pacte est applicable à toutes les procédures tendant à contraindre un étranger à quitter un pays, quelle que soit la qualification

La Cour rappelle de manière générale que toute politique sur l'immigration doit être compatible avec le respect des droits de l'homme, tels qu'ils sont définis par la Convention américaine (36). Par conséquent, toute expulsion collective est *per se* incompatible avec l'article 1 de la Convention (37); elle ordonne à l'État de faire en sorte que les personnes identifiées ne soient pas expulsées et que leur droit à la vie et à l'intégrité physique soit préservé; elle ordonne aussi que les expulsés identifiés (38) soient mis en condition de rentrer au plus tôt et elle dispose enfin que les expulsés identifiés qui ont laissé des enfants derrière eux soient réadmis immédiatement dans le pays, à fin de pouvoir reconstituer leur famille (39).

L'opinion concurrente Cançado Trindade va bien au delà des particularités du cas d'espèce et aborde *de jure condendo* le problème de la protection internationale du déracinement (*uprootedness*) (40).

---

retenue par la législation nationale. Pour autant qu'il n'autorise que les mesures exécutées à la suite d'une décision prise conformément à la loi, l'objectif évident de l'article 13 du Pacte est d'éviter les expulsions arbitraires. Il reconnaît à chaque étranger le droit à une décision individuelle; il s'ensuit que les lois ou décisions qui prévoiraient des mesures d'expulsion collective ou massive ne répondraient pas aux dispositions de l'article 13. «Cette interprétation est confirmée par les dispositions qui prévoient le droit de faire valoir les raisons qui peuvent militer contre une mesure d'expulsion et de soumettre la décision à l'examen de l'autorité compétente ou d'une personne désignée par elle, en se faisant représenter à cette fin devant cette autorité ou cette personne. L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit». L'État dominicain fit valoir à l'audience que «the acceptance of this request would be like tying the hands of a State that has been trying to make headway in the field of human rights and concerning its immigration problem». Voir également les articles 16 §3 et 16 §4 de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

(36) Ordonnance 18 août 2000, §4.

(37) Voir l'article 22 §1 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. La Cour dit pourtant que dans le cas d'espèce elle n'est pas à même de décider si l'on est en présence d'un véritable phénomène d'expulsions collectives, la Commission n'ayant pas portés des preuves suffisamment claires à ce propos. Par conséquent, celle-ci est invitée à soumettre d'autres éléments, aptes à éclairer cet aspect de la requête.

(38) Sur le problème des expulsés non identifiés et de la *class action* devant la Cour, voir SCALABRINO Michelangela, «Vittime e risarcimento del danno : l'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo», *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto Internazionale e Straniero della Università di Milano*, XXII, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1058-1068 et SCALABRINO Michelangela, «Los Derechos Económicos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos : Resultados y Perspectivas», *Revista Jurídica del Perú*, 40, 2002, pp. 8-9.

(39) Ordonnance 12 novembre 2000. Dans le même sens, voir l'opinion concurrente de Cançado Trindade à l'avis consultatif 18/2003, §35. Voir également l'article 4 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

(40) Opinion concurrente, *op. cit.*, §§6-7 : «The problem of uprootedness ought to be considered in a framework of action oriented towards the erradication of social exclusion and extreme poverty, if one indeed wishes to reach its causes and not only to fight its symptoms. One ought to develop responses to the new needs of protection, even if they are not literally contemplated in the international instruments in force of protection of the human being.... The problem can

Une partie des difficultés que l'on rencontre dans le domaine de la protection internationale des déracinés – dit le juge – est due aux lacunes des normes qui les concernent. «Ainsi, par exemple, personne ne doute de l'existence d'un droit à émigrer, corollaire du droit à la liberté de mouvement. Cependant, les États n'ont pas encore accepté l'idée qu'il existe un droit d'immigrer et de rester là où l'on se trouve. Partant, le contrôle sur l'entrée des immigrants étrangers, aussi bien que le procédures de déportation et d'expulsion, sont et demeurent soumis aux critères dictés par leur décision souveraine : il n'y a pas de quoi s'étonner, si des incongruités ou des actes arbitraires en découlent» (traduction de l'auteur). Les normes sur les droits de l'homme continuent d'être insuffisantes, «en l'absence d'accord sur les bases d'une coopération internationale réelle relative à la protection de tous ceux qui sont déracinés» (41). De plus, la volonté d'appliquer les quelques dispositions existantes fait défaut. Le déracinement, «bien qu'il s'agisse d'un problème qui affecte la communauté internationale toute entière, continue d'être traité de manière atomisée par les États, suivant une logique purement inter-étatique (42), alors qu'il devrait être pris en considération non seulement du point de vue de la souveraineté des États, mais également et surtout en tant que problème de dimension planétaire, dont la solution requiert une entente au niveau global et la prise en compte des obligations de protection *erga omnes* (43). L'opi-

---

only be adequately confronted bearing in mind the indivisibility of all human rights (civil, political, economic, social and cultural)». Voir CANÇADO TRINDADE Antônio A., «Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal», *in* CANÇADO TRINDADE Antônio A. et RUIZ DE SANTIAGO Jaime, *La nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, ACNUR, San José, 2001, pp.17 et s. En effet, il faut tenir compte du fait que la plupart des expulsés ont perdu depuis longtemps tout contact avec Haïti et plusieurs ne parlent même plus le créole (ordonnance 14 août 2000, points 1, 11 et 13).

(41) *Ibid*, §§7-8 :«There persists a décalage between the demands of protection in a globalized world and the means of protection in an atomized world. The so-called globalization has not yet encompassed the means of protection of the human being».

(42) *Ibid.*, §§11 et 12 : «In spite of the uprootedness being a problem which affects the whole international community, it continues to be treated in an atomized way by the States, with the outlook of a legal order of a purely inter-State character, without apparently realizing that the Westphalian model of such international order is definitively exhausted. It is precisely for this reason that the States cannot exempt themselves from responsibility in view of the global character of the uprootedness, since they continue to apply to this latter their own criteria of domestic legal order. The State ought, thus, to respond for the consequences of the practical application of the norms and public policies that it adopts in the matter of migration, and in particular of the procedures of deportations and expulsions». Le rapport sur les droits de l'homme des migrants, *op. cit.*, §57, est du même avis : «l'expulsion, le rapatriement et le retour des migrants en situation irrégulière sont quelques-uns des domaines dans lesquels les États doivent impérativement collaborer».

(43) *Ibid.*, §§8-13. L'opinion «force» – pour ainsi dire – les limites objectives normalement acceptées en matière de mesures provisoires urgentes et affirme que «The indivisibility of all

nion concurrente note enfin «que le concept de 'projet de vie', récemment appliqué par la Cour en sa fonction contentieuse dans des décisions concernant à la fois le fond (44) et les réparations (45), est également appliqué au niveau des mesures provisoires urgentes de protection» (46) (traduction de l'auteur).

II. – Les clandestins et le principe de non-discrimination

L'avis consultatif 18/2003 (47) concerne, bien que de manière tacite, les immigrés mexicains en situation irrégulière aux États-

human rights is manifested in the phenomenon of uprootedness. It being so, there is, juridically and epistemologically, no impediment at all for provisional measures of protection, which so far have been applied by the Inter-American Court in relation to the fundamental rights to life and to personal integrity, to be also applied in relation to other rights protected by the American Convention. All those rights being interrelated, it is perfectly possible to order provisional measures of protection of each one of them, whenever are met the two requisites of the extreme gravity and urgency and of the prevention of irreparable damage to persons, set forth in Article 63(2) of the Convention». Voir aussi l'opinion concurrente Cançado Trindade à l'avis consultatif 18/2003, §§18-20. Cançado Trindade Antônio A., «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 593, souligne que «lo que urge, en nuestros días, es un mejor entendimiento de las obligaciones convencionales de protección, que abarcan todo y cualquier acto u omisión del Estado Parte, de cualquier de sus órganos o agentes, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo o del Judicial. Es este principio fundamental del derecho de la responsabilidad del estado que debe orientarnos, sin que se justifique el recurso a fantasías como la de las "generaciones de derechos" (a admitir derechos "no-justiciables")...».

(44) Voir par exemple l'affaire *«de los Niños de la Calle», Villagrán Morales y otros c. Guatemala*, arrêt C 77 du 19 novembre 1999, §§85 et 90, opinion concurrente Cançado Trindade, §§8-9, 15-16,21,34-35, 37-38. Voir également : Scalabrino, «Vittime e risarcimento del danno...», *op. cit.*, pp. 1040-1058,.

(45) Voir par exemple l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*, réparations, arrêt C 42 du 27 novembre 1998, §§123-124 et 148-151 et opinion concurrente Cançado Trindade et Abreu Burelli, §§8-17, mais aussi arrêt C 88 du 3 décembre 2001 dans l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou*, réparations, §§54, 58, et 60 et opinion concurrente Cançado Trindade, §§8-9.

(46) Opinion concurrente Cançado Trindade, §§15-16.

(47) Parmi les nombreux commentaires sur cette importante affaire, voir : Cavallaro James et Schaffer Emily J., «Less as More : Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas», *Hastings Law Jn'l*, 56, 2004, pp. 222 et s.; Cleveland Sarah H., «Legal Status and Rights of Undocumented Workers. Advisory Opinion OC-18/03», *AJIL*, 99, 2005, pp. 460 et s.; Cleveland Sarah H., Lyon Beth et Smith Rebecca, «Inter-American Court of Human Rights Amicus Curiae Brief : The United States Violates International Law When Labour Law Remedies Are Restricted Based on Workers' Migrant Status», *Seattle Jn'l for Social Justice*, 1, 2003, pp. 795 et s.; Editorial, «La igualdad y no discriminación en el sistema interamericano», *Cejil Gaceta*, 2005, n° 25; Grant Stefanie et Grant Harrison, *International Migration and Human Rights*, Commission Mondiale sur les Migrations Internationales, septembre 2005; Inter American Commission on Human Rights, *Joint General Interest Hearing regarding the Rights of Migrant Workers in the United States*, 122nd Period of Sessions; Lyon Beth, «The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers' Rights for the Hemisphere : a Comment on Advisory Opinion 18», *N.Y. University Rev. of Law & Social Change*, 28, 2004, pp. 574 et s.; Paoletti Sarah, «Human Rights For All Workers : The Emergence of Protections for Unauthorized Workers in the Interamerican Human Rights System», *Human Rights Brief*, 12, 1, 2004, pp. 5

Unis. Il s'agit d'environs 5 millions de travailleurs (48) qui, grâce à une demande très forte de main d'œuvre non spécialisée, ont appris depuis longtemps à se diriger vers des États de l'Union, autres (49) que ceux qui constituaient dans le passé le lieu de leur destination habituelle (50). La restauration, l'indutrie de l'habillement, les soins aux enfants et personnes agées, les travaux ménagers et surtout les travaux agricoles les plus lourds, sont leurs principaux domaines d'activité (51).

---

et s.; PASQUALUCCI Jo M., «Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights : Contributing to the Evolution of International Human Rights Law», *Stanford Jn'l of Int'l Law*, 38, 2002, pp. 241 et s.; PALACIOS ZULOAGA Patricia, *The Contribution made by Advisory Opinion 4 and Advisory Opinion 18 by the Inter-American Court of Human Rights to the Concept of Discrimination within the Inter-American System for the Protection of Human Rights*, Paper prepared for the Advanced Course on the International Protection of human rights organized by the Institute for Human Rights at Åbo Akademi University-Finland, 2004, pp. 13-21; PICADO Sonia «The evolution of Democracy and Human Rights in Latin America : a Ten Year Perspective», *Human Rights Brief*, 11, 3, 2004, pp. 28 et s.; SIVAKUMARAN Sandesh, «The Rights of Migrant Workers One Year on : Transformation or Consolidation?», *Georgetown Jn'l of Int'l Law*, 36, 2004, pp. 135 et s.; STAIBLE Patricia, EDISON Kristin et ROSENBLUM Lilah, «Updates from the Regional Human Rights Systems», *Human Rights Brief*, 11, 2, 2004, pp. 27 et s.

(48) Ce montant représente 57 % du total des immigrés clandestins aux États-Unis : données publiées par le *Migration Policy Institute* de Washington D.C. et confirmées par le rapport annuel 2004 de la Commission, chap. 6a, §44. SPOTTS Jo Ann, «US Immigration Policy on the Southwest Border from Reagan Through Clinton, 1981-2001», *Georgetown Immigration Law Jn'l*, 16, 2002, pp. 601 et s., précise que les immigrés clandestins aux États Unis se divisent en *EWIs* (*entrants without inspection*), qui traversent la frontière de manière illégale, et *overstayers*, c'est à dire ceux qui «enter legally with a valid visitor or student visa (non immigrant visa) and simply remain in the country for longer than the expiration date of the visa or, alternatively, by violating the terms of the visa». Voir également AGOSTO Jr. Benny et OSTROM Jason B., «Can the Injured Migrant Worker's Alien Status Be Introduced at Trial?», *Thurgood Marshall Law Rev.*, 30, 2005, p. 384; CAMMAROTA Steven A. et MCARDLE Nora, «Where Immigrants Live – An Examination of State Residency of the Foreign Born by Country of Origin in 1990 and 2000», *Backgrounder*, Centre for Immigration Studies, Washington, September 2003; DE LA VEGA Connie et LOZANO-BATISTA Concita, «Advocates Should Use Applicable International Standards to Address Violations of Undocumented Migrant Workers' Rights in the United States», *Hastings Race and Poverty Law Jn'l*, 3, 2005, p. 38; LOZANO-ASCENCIO Fernando, «La migración mexicana, su historia e impacto», *Las migraciones internacionales en América Latina y el Caribe*, edición n° 65, mai-août 2002, et doc. OEA/Ser.L/V/II.118-70, 29 décembre 2003, §106.

(49) «Iowa, Nebraska, or Kansas, where Mexicans work in meat packing plants or other manufacturing industries» : CONDON Bradly J. et MCBRIDE Brad J., «Do You Know the Way to San Jose? Resolving the Problem of Illegal Mexican Migration to the United States», *Georgetown Immigration Law Jn'l*, 17, 2003, p. 254.

(50) *Ibid.*, p. 258 : California, (48.2 % de tous les immigrés mexicains), Texas (18.5 %), Arizona et New Mexico (6 %). Voir aussi Cinquième rapport de la Commission sur les travailleurs migrants et leurs familles, Doc. OEA/Ser.L/V/II.118 –70-2 – 29 décembre 2003, §159.

(51) VARGAS Jorge A., «US Border Patrol Abuses, Undocumented Mexican Workers, and International Human Rights», *San Diego Int'l Law Jn'l*, 2, 2001, p. 3.

Si pendant longtemps les États Unis ne refoulaient pas de manière véritablement systématique les clandestins mexicains (52), la situation a radicalement changé depuis le 11 septembre 2001 : la demande économique n'a pas diminué et demeure très forte, mais la peur l'a emporté (53), du moins en partie. Les contrôles frontaliers sont devenus de plus en plus minutieux (54). Néanmoins, les entreprises privées continuent d'employer les clandestins mexicains qui ont réussi à entrer dans le pays, et peu importe que pour certains d'entre eux la tentative de s'assurer un niveau de vie plus décent échoue (55). Après tout, les sanctions prévues pour les riches qui engagent de la main d'œuvre sous-payée ne sont pas si graves! (56).

(52) Voir BAUER Lisa J., «The Effect of Post-9/11 Border Security Provisions on Mexicans Working in the United States : an End to Free Trade?», *Emory Int'l Law Rev.*, 18, 2004, p. 729 et VARGAS, *op. cit.*, pp. 31-37 et pp. 64-71. AGOSTO Jr. et OSTROM, *op. cit.*, p. 386, relatent que «recently, a group called the Minuteman Project was created, whereby private citizens patrol sections of the border between the US and Mexico. The Minuteman Project accuses the federal government of sleeping on the job and handing America to the law-breakers».

(53) Le rapport Rodríguez Pizarro, *op. cit.*, constate au §55 que «la question des migrations envisagée sous l'angle de la sécurité, à l'examen depuis le 11 septembre 2001, prime actuellement toutes les autres, y compris celle des droits de l'homme. La perte de droits qu'entraînent parfois les mesures antiterroristes touche particulièrement les migrants».

(54) Et ceci, bien que le *Homeland Security* ait statué que la procédure dite de *Expedited Removal*, aux termes de laquelle les immigrés clandestins surpris à moins de 100 milles de la frontière peuvent être rapatriés sans être portés devant un juge, ne s'applique pas aux immigrés mexicains : Voir docs. OEA http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/cap.6a.htm., §50 et OEA/Ser./L/V/II.114-5, avril 2002, §§130-131;134-135;138-144; BÓRQUEZ BUSTOS Rodolfo, «Mexique-États-Unis : l'asymétrie migratoire», *Bulletin de liaison de la Maison de l'Amérique latine*, 16, 22 janvier 2005; BOSWORTH Camille J., «Guest Worker Policy : A Critical Analysis of President Bush's Proposed Reform», *Hastings Law Jn'l*, 56, 2005, pp. 1095 et s.; EWING Walter A., «From Denial to Acceptance : Effectively Regulating Immigration to the United States», *Stanford Law & Policy Rev.*, 16, 2005, pp. 449 et s.; RUSS Brooke H., «Secrets on the Texas-Mexico Border : Leiva et Al. v. Ranch Rescue and Rodríguez et Al. v. Ranch Rescue and the Right of Undocumented Aliens to Bring Suit», *University of Miami Inter-American Law Rev.*, 35, 2004, pp. 405 et s. En vue de répondre à l'aggression terroriste du mois precedent, le Congrès américain a passé en octobre de 2001 le *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, mieux connu comme le *US Patriot Act* (Pub. L. N° 107-56, 115 Stat. 272) : d'après BAUER, *op. cit.*, pp. 728-729 et p. 740, «The Act attempts to curb terrorist efforts to enter the US by beefing up manpower along US border s».

(55) Suivant le US General Accounting Office, GAO-01-842, «INS' Southwest Border Strategy : Resource and Impact Issues Remain after Seven Years, Report to Congressional Committees 1 (2001)», http://www.gao.gov/new.items/d01_842.pdf., «In 2001, 391 migrant deaths were reported along the border; in 2002, 371 migrant deaths were reported; and in 2003, 422 migrant deaths were reported» : les décès sont dûs à la déshydratation, l'hypothérmie et l'infarctus provoqués par la chaleur (rapport annuel 2004 de la Commission, §52).

(56) ZOPOTH HUDSON Irene et SCHENCK Susan, «America : Land of Opportunity or Exploitation?», *Hofstra Labour & Employment Law Jn'l*, 19, 2002, p. 362, note 70 : «For the first offence, fines range from $250 to $2000 for each alien hired; for a second offence, fines are between $2000 and $5000 for each alien employed; and a third offence results in penalties of $3000 to $10000 for each alien hired. Employers are sanctioned with criminal penalties for repeated violations; criminal penalties are fines of up to $3000 for each unauthorized alien and/or six months imprisonment».

Touchant un salaire qui correspond en général à la moitié (souvent moins) des tarifs minima (57) et qui n'est parfois même pas payé (58), les clandestins mexicains vivent sans assistance médico-sociale (59), mais les taxes et les impôts locaux sont perçus de manière directe sur leur salaire : pour les États Unis, l'immigration clandestine est donc une affaire rentable à double titre (60). D'ailleurs, en l'an 2000, les mexicains ont contribué à l'économie américaine en raison d'environs 227 billions de dollars (61).

De surcroît, la jurisprudence étasunienne récente a prêté une aide considérable aux employeurs qui engagent des clandestins, après

(57) En violation du Fair Labour Standards Act, «the nation's primary federal labour statute which sets minimum standards for working conditions in the US» : STEVENS Alan A., «Give me your Tired, your Poor, your Destitute Labourers Ready to be Exploited : the Failure of Human Rights to Protect the Rights of Illegal Aliens in American Jurisprudence», *Emory Int'l Law Rev.*, 14, 2000, pp. 435-436. Voir également LEWINTER Andrew S., «Hoffman Plastics Compounds v. NLRB : an Invitation to Exploit», *Georgia State University Law Rev.*, 20, 2003, p. 525 et FRIEDMAN Neil A., «A Human Rights Approach to the Labour Rights of Undocumented Workers», *California Law Rev.*, 74, 1986, p. 344. L'envoi d'argent des États Unis au Mexique par le total des émigrés fut en 2003 de 13200 millons de dollars : http ://www.cidh.org/annualrep/2004sp/cap.6a.htm, *op. cit.*, §53.

(58) Voir BOWE John, «A Shameful Harvest», *The American Prospect*, July-August 2003, p. 38.

(59) Voir par exemple AGOSTO Jr. et OSTROM, *op. cit.*, p. 385 : «The average illegal immigrant family pays more than $ 4200 in annual federal taxes while earning less than the average annual salary of $ 3670000»; BOSWORTH, *cit.*, p. 1112 : «they pay money into a social security system which pays them nothing in return»; doc. OEA/Ser./L/V/II.11 4-5-16 avril 2002, §§95-96; MUNGER Frank W., «Social Citizen as "Guest Worker" : a Comment on Identities of Immigrants and the Working Poor», *New York Law School Law Rev.*, 49, 2004, pp. 665 et s.; Sixième rapport, *cit.*, §101; Rapport annuel 2002 de la Commission, §47; VIVERO NEILL Alexander, «Human Rights Don't Stop at the Border : Why Texas Should Provide Preventative Health Care for Undocumented Immigrants», *The Scholar : St.Mary's Law Rev. on Minority Issues*, 4, 2002, pp. 407 et 430 et WEBB BROOKS Cynthia, «Health care Reform, Immigration Laws, and Federally Mandated Medical Services : Impact of Illegal Immigration», *Houston Jn'l of Intn'l Law*, 17, 1994, pp. 141 et s.

(60) Ceci explique pourquoi le président Bush a annoncé en janvier 2004, au début de sa deuxième campagne présidentielle, un projet de loi intitulé *Fair and Secure Immigration Reform*, apte à lier de manière plus stable, mais aussi plus rentable, la main d'œuvre étrangère aux entrepreneurs américains. Un visa pour *temporary guest* à validité variable entre six mois et trois ans peut être accordé aux travailleurs qui démontrent avoir un emploi ou une offre d'emploi, mais ce visa ne comportera aucune facilitation par rapport à l'octroi de la résidence ni, *a fortiori*, du statut de citoyen. Le retour au pays d'origine sera obligé et toute forme d'amnistie exclue, aussi bien que toute prévision de *wage or labour protections*. De même, le silence est gardé par rapport aux sanctions qui devront être appliquées aux employeurs qui engagent des sans papiers. Voir FREI Ryan D., «Reforming US Immigration Policy in an Era of Latin American Immigration : the Logic Inherent in Accommodating the Inevitable», *University of Richmond Law Rev. Association*, 39, 2005, pp. 1374-1378 et pp. 1382-1383 et MORGAN Kristi L., «Evaluating Guest Worker Programs in the US : A Comparison of the Bracero Program and President Bush's Proposed Immigration Reform Plan», *Berkeley La Raza Law Jn'l*, 15, 2004, pp. 127-134. Ledit projet (Voir http ://www.whitehouse.gov/infocus/immigration/- 1er juin 2006) vient d'être passé au Sénat à la fin du mois de mai 2006.

(61) BOSWORTH, *op. cit.*, p. 1106 et EWING, *op. cit.*, p. 449 et p. 451.

que le *National Labour Relations Board*, institution chargée de veiller à l'application du *National Labour Relations Act* (62) et de résoudre par la voie administrative les plaintes que lui sont adressées par les travailleurs (63), ait été débouté devant la Cour suprême dans la célèbre affaire *Hoffman Plastic Compounds, Inc.* (64). Les

(62) 29 US.C. 151 (1937). Cette loi s'applique à plusieurs grandes entreprises et régit les rapports employeurs-employés.

(63) Voir LEWINTER, *op. cit.*, p. 525 et BORAK Jill, «A Wink and a Nod : The Hoffman Case and Its Effects on Freedom of Association for Undocumented Workers», *Human Rights Brief*, 10, 2003, 3, p. 20.

(64) Hoffman Plastics Compounds, Inc. v. National Labour Relations Board, 535 US 137, 140 (2002). Voir AGOSTO Jr. et OSTROM, *op. cit.*, pp. 399 et s.; ASH Lori A., «Protecting All California Workers», *McGeorge Law Rev.*, 34, 2003, pp. 437-438; BALDWIN Elizabeth R., «Damage Control : Staking Claim to Employment Law Remedies for Undocumented Immigrant Workers After Hoffman Plastic Compounds, Inc.v.NLRB», *Seattle University Law Rev.*, 27, 2003, pp. 233 et s.; BOLLERUP Sara R., «America's Scapegoats : the Undocumented Worker and Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labour Relations Board», *New England School of Law Rev.*, 38, 2003, pp. 1009 et s.; BRACKMAN, Cristopher «Hoffman v. NLRB, Creating More Harm than Good : Why the Supreme Court Should not Have Denied Illegal Workers a Backpay Remedy Under the National Labour Relations Act», *University of Missouri Law Rev.*, 71, 2003, pp. 717 et s.; CALDERON-BARRERA Dennise A., «Hoffman v. NLRB : Leaving Undocumented Workers Unprotected under United States Labour Laws?», *Harvard Latino Law Rev.*, 6, 2003, pp. 119 et s.; CORREALES Robert I., «Did Hoffman Plastic Compounds, Inc., Produce Disposable Workers?», *La Raza Law Jn'l*, 14, 2003, pp. 114-116; COX Timothy M., «A Call to Revisit Sure-Tan v. NLRB : Undocumented Workers and their Right to Back Pay», *Southwestern University School of Law Rev.*, 30, 2001, pp. 505 et s.; DEVELOPMENTS IN THE LAW, «Legal Protections for Illegal Workers», *Harvard Law Rev.*, 118, 2005, pp. 2224 et s.; GARCIA Ruben J., «Labour's Fragile Freedom of Association Post-9/11», *University of Pennsylvania Jn'l Labour & Employment Law*, 8, 2006, p. 333; HAQUE Shahid, «Beyond Hoffman Plastic : Reforming National Labour Relations Policy to Conform to the Immigration Reform and Control Act», *Chicago-Kent Law Rev.*, 79, 2004, pp. 1366-1372; HERNANDEZ Sthephen M., «Attempting to Find Some Common Ground for Illegal Aliens, and The Board's Ability to Award Back Pay : Hoffman Plastic Compounds, Inc.v.NLRB», *Jn'l of the National Association of Administrative Law Judges*, 23, 2003, pp.177 et s.; KEET Tommy, «Employment and Labour Law», *University of Arkansas Law Rev.*, 25, 2003, pp. 963-965; LEADING CASES, «National Labour Relations Act», *Harvard Law Rev.*, 116, 2002, pp. 392 et s.; LEWINTER, *op. cit.*, pp. 509 et s.; LYON, Beth «When More "Security" Equals Less Workplace Safety : Reconsidering US Laws that Disadvantage Unauthorized Workers», *University of Pennsylvania Jn'l of Labour & Employment Law*, 6, 2004, pp. 597-602; MARTINEZ Mariel, «The Hoffman Aftermath : Analysing the Plight of the Undocumented Worker Through a "Wider Lens"», *University of Pennsylvania Jn'l of Labour & Employment Law*, 7, 2005, pp. 671-674; LABOUR LAW-ILLEGAL IMMIGRANTS, «D.C. Circuit Allows Illegal Immigrant to Collect Backpay as a Remedy for Employer's Violation of the NLRA», *Harvard Law Rev.*, 115, 2002, pp. 915 et s.; MCINTYRE John R., «What Does "Lawfully Entitled to Be Present and Employed" Mean to You? : Undocumented Workers & Make-Whole Remedies Under the NLRA», *Hawaii Law Rev.*, 22, 2000, pp. 737 et s.; ONTIVEROS Maria L., «Immigrant Worker's Rights in a Post-Hoffman World – Organising Around the Thirteenth Amendment», *Georgetown Immigration Law Jn'l*, 18, 2004, pp. 652-657; ROBIN Gabriela, «Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labour Relations Board : a Step Backwards for All Workers in the United States», *New England Jn'l of Int'l and Comparative Law*, 9, 2003, pp. 679 et s.; RUIZ CAMERON Cristopher D., «Hoffman Plastic Compounds, the New Bracero Program, and the Supreme Court's Role in Making Federal Labour Policy», *UCLA Law Rev.*, 51, 2003, pp. 1 et s.; CONDON et MCBRIDE, *op. cit.*, pp. 283 et s.; SCHUMANN Jason, «Working in the Shadows : Illegal Aliens' Entitlement to State Workers' Compensation», *Iowa Law Rev.*, 89, 2004, pp. 714-718; SMITH Christine D., «Give Us your Tired, Your Poor : Hoffman and the Future of Immigrants' Workplace Rights», *University of Cincinnati Law Rev.*, 72, 2003, pp. 363 et s.; STANIUNAS Marianne,

faits sont simples : en 1988, six mois après les avoir employés, Hoffman a licencié quatre ouvriers qui s'étaient réunis en vue de créer une association syndicale à l'intérieur de la firme (65). Parmi eux, José Castro, sans papier mexicain, a porté plainte au Bureau National du travail. S'agissant d'une entreprise privée, la Loi nationale sur le travail garantissait le droit de s'associer librement ainsi que le droit d'adhérer aux syndicats nationaux (66). L'instance administrative déclara donc fondée la plainte portée par M. Castro et ses camarades pour «unfair labour practice» (67) et elle ordonna à Hoffman «to cease and desist and offer reinstatement and backpay». Au cours de l'audience visant à déterminer le montant dû au requérant, Hoffman affirma soudainement, par un véritable coup de théâtre, que M. Castro n'était pas un ressortissant américain, mais un mexicain qui n'avait jamais eu, ni acquis un titre légal pour demeurer et travailler aux États-Unis. Castro lui-même admit la circonstance et expliqua qu'il avait fait usage d'un faux certificat de naissance pour pouvoir trouver un emploi (68). Sur la base de de la Loi sur l'immigration et de la confession de M. Castro, la décision fut que ce dernier n'avait pas droit à recouvrir son poste (*reinstate-*

«All Employees Are Equal, but Some Employees Are More Equal than Others», *University of Pennsylvania Jn'l of Labour & Employment Law*, 6, 2004, pp. 399-400; STEVENS, *op. cit.*, pp. 436-437; WALSH Thomas J., «Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB : How the Supreme Court Eroded Labour Law and Workers Rights in the Name of Immigration Policy», *Law and Inequality*, 21, 2003, pp. 313 et s.; WEINER Michael, «Can the NLRB Deter Unfair Labour Practices? Reassessing the Punitive-Remedial Distinction in Labour Law Enforcement», *UCLA Law Rev.*, 52, 2005, pp. 1594 et s. et ZOPOTH HUDSON et SCHENCK, *op. cit.*, p. 365.

(65) Le rapport Rodríguez Pizarro, *op. cit.*, §16e, signale que le déni du droit d'association ou de réunion fait partie de la série de situations qui porte atteinte aux droits de l'homme des migrants en tant que travailleurs.

(66) «The NLRA guarantees the right of freedom of association, the right to bargain collectively, and the right to join trade unions to private sector employees. In addition to excluding pubic sector workers, the statute excludes agricultural and domestic workers, supervisors, and independant contractors» : International Confederation of Free Trade Unions, «Internationally Recognised Core Labour Standards in the United States», *Report for the WTO General Council Review of the Trade Policies of the United States*, Genève, 13-15 mars 2006, p. 3. Voir également THRONE, Beth L., «Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB : Empowering the Unscrupulous Employer and Stigmatising the Undocumented Worker», *Temple Int'l and Comparative Law Jn'l*, 17, 2003, pp. 595 et s.

(67) Voir opinion du judge Tatel du *District of Colombia Circuit* – 345 US App. D.C.1,237 F.3d 639, 2001 : «When the United Rubber, Cork, Linoleum, and Plastic Workers of America, began an organising drive at Hoffman's factory, Castro, along with several other employees, distributed union authorisation cards to coworkers. Following what the Board later described as "coercive and restraining" interrogation of union supporters, Hoffman laid off all employees who had engaged in organising activities, including Castro. Hoffman unlawfully responded to the union organising campaign by discriminatorily selecting Castro and three other employees for layoff in order to rid itself of known union supporters in violation of Sections 8.a (1) and (3) of the NLRA».

(68) Opinion Tatel, *op. cit.* et ROBIN, *op. cit.*, p. 682.

ment), mais qu'il avait cependant droit aux salaires impayés (69), «for the period running from the date of the illegal firing to the date Hoffman discovered that he was undocumented» (70). Hoffman répondit à cette solution équitable (71) en faisant appel devant la Cour suprême (72). A la majorité de cinq contre quatre, l'arrêt rendu en mars 2002 affirma que la violation de la Loi sur l'immigration devait primer sur la violation du droit du travail et que, par conséquent, M. Castro n'avait pas droit aux salaires impayés (73).

Il est évident que l'enjeu essentiel de l'affaire *Hoffman* ne se situait pas vraiment au niveau économique du droit au *backpay*, mais plutôt au niveau de la reconnaissance juridique des droits fondamentaux des sans papiers, que tout travailleur se voit accorder par le droit constitutionnel des pays occidentaux, du fait même qu'il est un travailleur (74). Or, la décision de la Cour suprême montre qu'actuellement aux États Unis, «the willing to recognize illegal immigrants as a class totally worthy of equal protection by allowing them to organize without fear of employer retribution» n'existe plus (75). L'arrêt *Hoffman* a constitué pour le Mexique le

(69) *NLRB*, pp. 685-686.

(70) ASH, *cit.*, p. 437.

(71) Voir RUIZ CAMERON, *op. cit.*, p. 33 et STANIUNAS, *op. cit.*, p. 398 : «The Board adopted a balance in Hoffman similar to those it had achieved in prior decisions : serving the public policy goals of both labor and immigration laws. In its balancing, the Board acknowledged the importance of reconciling immigration policies with the private rights guaranteed to all employees under federal employment laws».

(72) Hoffman Plastic Compound, Inc. v. NLRB, 2002 US *Certiorari* accordé le 25 septembre 2001, soit deux semaines après l'attentat de New York.

(73) RUIZ CAMERON, *op. cit.*, p. 33 et BORAK, *op. cit.*, pp. 22-23.

(74) Sur la valeur des principes généraux du droit dans les systèmes juridique nationaux et au sein du droit international, voir opinion concurrente Cançado Trindade jointe à l'avis consultatif 16/2003, §§44-47 et 51-58, soulignant entre autre que lesdits principes «reveal the values and ultimate ends of the international legal order, guide it and protect it against the incongruencies of the practice of States, and fulfill the necessities of the international community. Such principles, as expression of the "idea of justice", have a universal scope; they do not emanate from the "will" of the States, but are endowed with an objective character which impose them to the observance of all the States».

(75) Voir SEITZ Katherine E., «Enter at Your Own Risk : The Impact of Hoffman Plastic Compounds v. National Labour Relations Board on the Undocumented Worker», *North Carolina Law Rev*, 82, 2003, p. 388 : «From the employee perspective, Hoffman makes participation in organized labour a dangerous option for the undocumented worker, cripples the undocumented worker's incentive to collectively bargain for fair working conditions, and limits the effectiveness of a proactive bargaining tool for worker protections prior to injuries, accidents, or lawsuits. In addition, Hoffman increases the pull of illegal immigration across national borders by failing to protect immigrant workers equally, making them optimal employees for employers seeking to avoid the enforcement of labour laws». Voir également WISHNIE Michael J., «Emerging Issues for Undocumented Workers», *University of Pennsylvania Jn'l of Labour & Employment Law*, 6, 2004, pp. 514-515, qui signale des cas où les tribunaux ont décidé post-Hoffman que les sans papiers n'ont pas droit aux *wage-loss benefits* et aux *wage replacement benefits*.

point de départ de la demande d'avis consultatif auprès de la Cour interaméricaine.

La demande d'avis part du constat plus général que les travailleurs migrants et leur familles constituent partout dans le monde un groupe social vulnérable, et leur situation est encore plus grave pour les clandestins, qui se trouvent dans un état de «vulnérabilité structurelle *per se*» (76), notamment du point de vue juridique (77). Si ce simple constat a constitué le principal objet de la demande du Mexique (78), la Cour a toutefois tenu à préciser d'emblée que les conclusions énoncées par l'avis consultatif s'appliquent à tous les États membres de l'OEA, indépendamment du fait qu'ils aient ratifié ou non la Convention américaine et quelques uns de ses protocoles additionnels (79) : les droits de l'homme doivent être respectés par tous les États, car ainsi le veulent les instruments qui les consacrent, notamment l'article 1 §1 et 2 de la Convention américaine et l'article 2 du Pacte sur les droits civils et politiques (80). La Cour passe ensuite à la définition du principe d'égalité/non-discrimination, et souligne que la responsabilité internationale de l'État est mise en cause, si la violation du devoir général de

(76) Voir avis consultatif 18/2003, §32, en ligne avec l'opinion concurrente concernant les Haïtiens, §8. Voir également rapport de la Commission http://www.cidh.org/migrantes/cap.4.2002sp.htm, §66.

(77) Opinion concurrente Cançado Trindade, §15.

(78) Voir avis consultatif, §4. Au §2, l'État demandeur énonce ses considérations générales : «The vulnerability of migrant workers makes them an easy target for violations of their human rights, based, above all, on criteria of discrimination and, consequently, places them in a situation of inequality before the law as regards the effective enjoyment and exercise of these rights... The Government of Mexico is profoundly concerned by the incompatibility with the OAS human rights system of the interpretations, practices and enactment of laws by some States in the region...It considers that such interpretations, practices and laws imply the negation of labour rights based on discriminatory criteria derived from the migratory status of the undocumented workers, among other matters. This could encourage employers to use those laws or interpretations to justify a progressive loss of other labour rights; for example : payment of overtime, seniority, outstanding wages and maternity leave, thus abusing the vulnerable status of undocumented migrant workers». Les questions posées par le Mexique ont suscité l'intérêt, entre autres, des gouvernements du Canada, Costa Rica, El Salvador, Honduras et Nicaragua, qui ont formulé des observations écrites et orales. L'Argentine, le Brésil, la République dominicaine, le Panama, le Pérou et l'Uruguay ont soumis des observations orales, ainsi que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. La Rapporteure spéciale des Nations Unies pour les migrants était aussi présente, en qualité d'observateur. Par contre, les États Unis, qui avaient présenté leurs commentaires à l'occasion de l'avis consultatif concernant le droit à l'assistance consulaire, sont restés absents. Sur l'attitude des États Unis par rapport aux droits de l'homme, voir CASSEL Douglass, «The Globalization of Human Rights : Consciousness, Law and Reality», *Northwestern University Jn'l of Int'l Human Rights*, 2, 2004, pp. 6 et s.

(79) Avis consultatif, §§58-59.

(80) *Ibidem*, §§73-81 et point 1. Voir également opinion concurrente Cançado Trindade, §§69.

respecter et garantir les droits de l'homme (81) est due à un traitement discriminatoire (82).

Les prémisses nécessaires ayant ainsi été posées, la Cour se penche sur la question de savoir si le principe cité entre ou non dans le domaine du *jus cogens*. Pour la Cour, le *jus cogens*, concept lié à l'origine au droit des traités, n'est plus limité à ce chapitre du droit international :

> «Sa sphère d'application comprend aujourd'hui le droit international général et tous les actes juridiques, aussi bien que les principes fondamentaux du droit international (83). [...] Lorsqu'on se réfère à l'obligation de respecter et garantir les droits de l'homme, il est évident que tous les États, en tant que membres de la communauté internationale, sont tenus d'accomplir cette obligation sans discrimination. Cela est intrinsèquement lié au droit à une protection égale par la loi, qui à son tour est inséparable de la dignité de la personne humaine [...]. Puisque le principe de non discrimination s'applique à tous les États – qu'ils soient ou non parties d'un traité international déterminé –; puisqu'il imprègne tout système juridique; puisqu'il constitue un des piliers sur lequel repose la structure toute entière de l'ordre public national et international, et puisqu'il produit des effets aussi vis-à-vis des tiers (84), y compris les particuliers, il peut être considéré comme faisant partie des principes péremptoires du droit international général (85). [...] De nos jours on n'admet plus que n'importe quel acte juridique soit en conflit avec ledit principe, et on n'admet pas non plus des traitements discriminatoires susceptibles de nuire aux individus à cause de leur [...] origine natio-

(81) Voir §§85 et 87, où la Cour dit que le principe d'égalité et non-discrimination ne peut se concilier avec une situation où un groupe social déterminé se voit accorder des privilèges parce qu'il est considéré supérieur ou, à l'inverse, avec une situation où un groupe social déterminé est traité avec hostilité ou est soumis à discrimination dans la jouissance des droits qui sont reconnus aux autres, parce qu'il est considéré comme étant inférieur, §82 : «The element of equality is difficult to separate from non-discrimination. Indeed, when referring to equality before the law, Arts. 3.1 and 17 of the OAS Charter, Art. 24 of the American Convention, Art. 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Art.2.1 of the Universal Declaration, and Art. II of the American Declaration, indicate that this principle must be guaranteed with no discrimination».

(82) Voir §§90 et 91, où la Cour souligne que «not all differences in treatment are in themselves offensive to human dignity» et cite à son appui la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière.

(83) Voir opinion concurrente Cançado Trindade, §§65-68 et 70 : «the emergence and assertion of jus cogens in contemporary international Law fulfill the necessity of a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged [...]. Moreover, the *jus cogens* is an open category, which expands itself to the extent that the universal juridical conscience (material source of all Law) awakens for the necessity to protect the rights inherent to each human being in every and any situation».

(84) *Infra*, point e.

(85) Cela implique (§100) que «the State, both internationally and in its domestic legal system, and by means of the acts of any of its powers or of third parties who act under its tolerance, acquiescence or negligence, cannot behave in a way that is contrary to the principle of equality and non-discrimination, to the detriment of a determined group of persons».

nale, ethnique ou sociale, situation économique, fortune, naissance etc., ou pour toute autre cause» (traduction de l'auteur) (86).

En ce qui concerne les effets de la violation du principe de non-discrimination (87), la conclusion découle encore une fois *de plano :* les États doivent s'abstenir de mettre en œuvre des comportements dont le but direct ou indirect est de créer des discriminations *de jure* ou *de facto*. De même, la responsabilité aggravée de l'État (88) est en jeu au niveau international, si celui-ci s'abstient d'abroger toute disposition ou d'éliminer toute pratique interne susceptible d'engendrer des conséquences discriminatoires (89). De surcroît, l'État est obligé de prendre toutes les mesure positives aptes à renverser les situations de discrimination existantes au sein de la communauté (90) : les particuliers, y compris les immigrés clandestins, doivent disposer d'un recours effectif, simple et rapide afin de pouvoir redresser les comportements discriminatoires qui les affectent (91). Le principe d'égalité et de non-discrimination étant un principe de caractère général, qui doit être respecté et garanti aux ressortissants et à tout étranger relevant de la juridiction d'un État, la présence légale d'un individu dans le territoire de cet État n'est pas la condition nécessaire pour que ledit principe soit respecté (92). Certes, l'État peut traiter de manière différente les immi-

(86) Voir §§97-101; opinion concurrente Abreu Burelli, §1; opinion concurrente Salgado Pesantes, §16; opinion concurrente Cançado Trindade, §§59-60 et FITZPATRICK Joan, «The Human Rights of Migrants», *in* : ALEINIKOFF T.A. & CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, pp. 3 et s. et rapport de la Commission http ://www.cidh.org/migrantes/cap.4.2002sp.htm, *cit.*, §§70-92.

(87) Avis consultatif, §§102-110.

(88) *Ibidem*, §106.

(89) Voir point 2. Aux §§120-127, la Cour fait référence à son avis consultatif 16-1999 concernant le droit à l'assistence consulaire et au problème du procès équitable vis-à-vis des étrangers migrants.

(90) Avis consultatif, §§104 et 110 : «This implies that the State must exercise a special obligation to protect with regard to acts and practices of third parties who, with its tolerance or acquiescence, create, maintain or promote discriminatory situations...The obligation is imposed on States to benefit the persons under their respective jurisdictions, irrespective of the migratory status of the protected persons. This obligation encompasses all the rights included in the American Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights, including the right to judicial guarantees».

(91) Voir §§107-108 («The Inter-American Court has indicated that the absence of an effective remedy to violations of the rights recognized by the Convention is itself a violation of the Convention by the State Party in which the remedy is lacking. In that sense, it should be emphasized that, for such a remedy to exist, it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress»), §§122-124

(92) Voir §§105, 109 et 118 : «This does not mean that they cannot take any action against migrants who do not comply with national laws. However, it is important that, when taking the

grés clandestins par rapport aux ressortissants et aux autres immigrés; néanmoins, tout traitement différencié doit être raisonnable, objectif, proportionné et ne doit pas violer les droits de l'homme (93).

Les Nations Unies partagent le même point de vue : dans l'exercice du droit souverain de réglementer l'entrée, le séjour, la circulation et les politiques d'immigration, les États ne doivent pas perdre de vue les obligations qu'ils ont contractées à l'échelon international dans le domaine des droits de l'homme. En d'autres termes, tous les États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques doivent garantir à quiconque se trouve sur leur territoire et relève de leur juridiction les droits énoncés dans cet instrument, en vertu du principe d'égalité et de non-discrimination, qui constitue un principe général du droit international des droits de l'homme (94). De manière plus spécifique, l'observation générale n° 18 du Comité des droits de l'homme (95) relève que l'interdiction de la discrimination, énoncée aux articles 2 §1 et 26 du Pacte sur les droits civils et politiques, s'applique de la même manière par rapport aux ressortissants et aux étrangers (96). Les actes de *soft law* adoptés par d'autres Comités vont dans le même sens (97). Une différence existe pourtant entre les affirmations de principe des Nation Unies et ceux de la Cour interaméricaine : aux yeux de celle-

---

corresponding measures, States should respect human rights and ensure their exercise and enjoyment to all persons who are in their territory, without any discrimination owing to their regular or irregular residence, or their nationality, race, gender or any other reason», opinion concurrente Cançado Trindade, §64 et LYON, «The Inter-American Court ...», *op. cit.*, p. 547.

(93) Voir §§105 et 119.

(94) Voir doc. NU A/59/377, *op. cit.*, §31.

(95) *Ibid.*, §§1-2; 6-10 et 12-13.

(96) Voir §6 : «Le Comité note que le Pacte ne contient pas de définition du terme discrimination, et qu'il n'y est pas indiqué non plus ce qui constitue la discrimination. Toutefois, l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dispose que l'expression discrimination raciale vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique». Voir également observation générale n° 15 (1994) du même Comité, §§2 et 7-10.

(97) Ainsi, par exemple, la recommandation XXX du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale invite les États à adopter une série de mesures visant à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes dans l'exercice des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels par les non-ressortissants. Le Comité met également l'accent sur les mesures relatives aux droits des travailleurs et aux droits en matière d'emploi des travailleurs non ressortissants, ainsi que sur les garanties à accorder aux non ressortissants détenus ou emprisonnés.

ci, le principe de non-discrimination n'est pas seulement valable en soi, mais il est surtout le *fons et origo* du respect des droits de l'homme.

Parmi les droits fondamentaux qui doivent être garantis aux immigrés clandestins, le droit d'ester en justice et le droit à un procès équitable (98) constituent, aux yeux de la Cour, des garanties minimales (99) dont toute personne doit jouir, indépendamment de son statut juridique (100). La possibilité de défendre ses droits et intérêts de manière effective (101) et sur un pied d'égalité avec tout autre requérant, établi entre autres par l'article 14 du Pacte sur les droits civils et politiques, est un des droits fondamentaux les plus importants, qui est souvent violé, par exemple, parce qu'on risque d'être expulsé ou détenu si l'on saisit une instance judiciaire ou administrative, ou parce qu'on se voit nier toute forme de défense gratuite, ce qui empêche *de facto* l'accès à la justice. Elle supose

(98) Voir §§121-126. Au §122, la Cour statue que «The broad scope of the preservation of due process applies not only *ratione materiae* but also *ratione personae*, without any discrimination».

(99) Voir point 7, opinion concurrente Abreu Burelli, §1, opinion concurrente Salgado Pesantes, §12 et opinion concurrente Cançado Trindade, §§72 et 30 : «In its earlier Advisory Opinion n° 16 on The Rights to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, the Inter-American Court underlined the historical evolution of the due process of law in the sense of its expansion ratione materiae, whilst, in the present Advisory Opinion n° 18, it examines such expansion ratione personae, and determines that the right to the due process ought to be recognized in the framework of the minimal guarantees which ought to be granted to every migrant, irrespective of its migratory status. The correct conclusion of the Court, in the sense that the wide scope of the intangibility of the due process comprises all matters and all persons, without any discrimination, fulfills effectively the exigencies and the imperatives of the common good». Dans le même sens, Voir observation générale n° 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc. U.N. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), §5.

(100) Voir §109 : «This general obligation to respect and ensure the exercise of rights has an *erga omnes* character. The obligation is imposed on States to benefit the persons under their respective jurisdictions, irrespective of the migratory status of the protected persons. This obligation encompasses all the rights included in the American Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights, including the right to judicial guarantees. In this way, the right of access to justice for all persons is preserved, understood as the right to effective jurisdictional protection».

(101) L'accès à la justice doit être non seulement formel, mais aussi et surtout réel : la Cour insiste là-dessus au §108 : «The Inter-American Court has indicated that the absence of an effective remedy to violations of the rights recognized by the Convention is itself a violation of the Convention by the State Party in which the remedy is lacking. In that sense, it should be emphasized that, for such a remedy to exist, it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress. A remedy which proves illusory because of the general conditions prevailing in the country, or even in the particular circumstances of a given case, cannot be considered effective». Sur le droit à l'accès à la justice, le droit au Droit, en tant que principe de *jus cogens*, voir opinions Cançado Trindade jointes à l'arrêt rendu dans l'affaire *López Álvarez c. Honduras* (1er février 2006), §§50-55, à l'arrêt C 146 du 29 mars 2006 dans l'affaire *Comunidad indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, §23, et à l'arrêt C 147 du 6 avril 2006 dans l'affaire *Baldeón García c. Pérou*.

donc pour la Cour des mesures destinées à contrebalancer la vulnérabilité dans laquelle se trouve les immigrés en situation irrégulière (102).

La Cour ajoute que toute personne qui est sur le point d'être employée, est employée ou a été employée dans une activité rémunérée, acquiert immédiatement la qualité de travailleur et, par conséquent, les droits inhérents à cette condition. Appliqué au droit du travail, le principe d'égalité et non-discrimination – elle insiste délibérément sur ce point – fait en sorte qu'un individu qui entre dans un pays et y établit une relation de travail, acquiert les droits fondamentaux du travail de ce pays, indépendamment de son statut concernant l'immigration; car le respect de ces droits, qui ne découlent d'ailleurs pas du fait d'être immigrant, mais de celui d'être un travailleur, doit se faire sans aucune discrimination (103). Aux yeux de la Cour, cette conclusion mérite d'être spécialement soulignée, dans la mesure où l'un des problèmes majeurs auxquels sont confrontés les immigrés clandestins, tient au fait qu'ils sont employés en vue de leur imposer des conditions de travail défavorables, par rapport aux autres travailleurs, du fait même de leur situation irrégulière.

La Cour envisage alors le problème de la responsabilité internationale de l'État en cas de violations des droits fondamentaux des travailleurs clandestins par les entrepreneurs privés qui les emploient (104). Là encore, la conclusion est aisée : la *Drittwirkungstheorie* (105), confirmée dans la pratique du Comité des droits de

(102) «The presence of real disadvantages necessitates countervailing measures that help to reduce or eliminate the obstacles and deficiencies that impair or diminish an effective defence of one's interests. Absent those countervailing measures, widely recognized in various stages of the proceeding, one could hardly say that those who have the disadvantages enjoy a true opportunity for justice and the benefit of the due process of law equal to those who do not have those disadvantages» : §121.

(103) *Ibid.*, §133. Voir également §§134-136 et points 6 et 8. Les États et les particuliers n'ont aucun devoir d'offrir du travail aux immigrés clandestins; cependant, lorsqu'ils les emploient, ceux-ci deviennent immédiatement titulaires, comme tout autre travailleur, des droits qui découlent du fait qu'ils travaillent, sans qu'il existe aucune possibilité de les discriminer à cause de leur situation illégale.

(104) La Cour signale à ce propos (voir §155) que «labor rights are the rights recognized to workers by national and international legislation. In other words, the State of employment must respect and guarantee to every worker the rights embodied in the Constitution, labor legislation, collective agreements, agreements established by law, decrees and even specific and local practices, at the national level; and, at the international level, in any international treaty to which the State is a party».

(105) Voir opinion concurrente Salgado Pesantes, §§16-21 et avis consultatif §§141-145. La Cour souligne en effet que «As of the first contentious cases, the Inter-American Court has outlined the application of the effects of the American Convention in relation to third parties (*erga omnes*), having indicated that, in principle, any violation of rights recognized by the Convention carried out

l'homme, de la Cour européenne des droits de l'homme et d'autres Comités des Nation Unis (106), implique la responsabilité de l'État concerné. Le devoir de respecter et de garantir les droits de l'homme, qui rentre normalement dans le domaine des relations États-particuliers, projette ses effets aussi sur les relations entre particuliers (107). Par conséquent, dans les relations employeurs-employés, l'État ne saurait tolérer des situations discriminatoires qui soient en détriment de ces derniers (108). Les États – la Cour

by an act of public authority or by persons who use their position of authority is imputable to the State. However, this does not define all the circumstances in which a State is obligated to prevent, investigate and punish human rights violations, or all the cases in which the State might be found responsible for an infringement of those rights. An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention».

(106) Voir également Doc. NU A/59/377, *cit.*, §§43-44 : «D'après la Cour interaméricaine, le respect des droits des travailleurs est une obligation tant dans le domaine public que dans le domaine privé et l'État est responsable des ses propres actes lorsqu'il fait office d'employeur et de ceux de tiers qui agissent avec son indulgence, son assentiment ou grâce à sa négligence, ou qui sont soutenus par une directive ou politique gouvernementale favorisant la création ou le maintien de situations de discrimination, de sorte que les relations de travail entre les travailleurs migrants et des employeurs tiers peuvent engager la responsabilité internationale de l'État de diverses manières».

(107) Voir §§110 et 141 et opinion concurrente Cançado Trindade, §§74-85, soulignant entre autre la dimension horizontale et verticale des obligations *erga omnes*. «We can consider such obligations erga omnes from two dimensions, one horizontal and the other vertical, which complement each other. Thus, the obligations erga omnes of protection, in a horizontal dimension, are obligations pertaining to the protection of the human beings due to the international community as a whole In the framework of conventional international law, they bind all the States Parties to human rights treaties (obligations *erga omnes* partes), and, in the ambit of general international law, they bind all the States which compose the organized international community, whether or not they are Parties to those treaties (obligations *erga omnes lato sensu*). In a vertical dimension, the obligations erga omnes of protection bind both the organs and agents of (State) public power, and the individuals themselves (in the inter-individual relations)... A minimum of conventional protection can thereby be promptly secured, for example, to the undocumented migrant workers, in their relations not only with the public power but also with other individuals, in particular their employers. One can, thus, sustain that migrant workers, including the undocumented ones, are titulaires of fundamental rights erga omnes. Ultimately, the State has the obligation to take positive measures to impede the unscrupulous labour exploitation, and to put an end to it. The State has the duty to secure the prevalence of the fundamental principle of equality and non-discrimination, which is a principle of jus cogens. The State is bound by the corpus juris of the international protection of human rights, which protects every human person erga omnes, independently of her statute of citizenship, or of migration, or any other condition or circumstance. The fundamental rights of the migrant workers, including the undocumented ones, are oposable to the public power and likewise to the private persons or individuals (*e.g.*, employers), in the inter-individual relations. The State cannot prevail itself of the fact of not being a Party to a given treaty of human rights to evade the obligation to respect the fundamental principle of equality and non-discrimination, for being this latter a principle of general international law, and of *jus cogens*, which thus transcends the domain of the law of treaties».

(108) Voir §147 : «The obligation to respect and guarantee the human rights of third parties is also based on the fact that it is the State that determines the laws that regulate the relations between individuals and, thus, private law; hence, it must also ensure that human rights are respected in these private relationships between third parties; to the contrary, the State may be responsible for the violation of those rights».

insiste – ne doivent pas permettre que les employeurs violent impunément les droits des travailleurs, ni que le rapport contractuel viole les standards internationaux minima (109). Le cas échéant, ils ont le devoir d'enquêter et de punir les responsables (110). Ces devoirs (111) découlent aussi du fait que le but de toute législation du travail, censée régir les rapports juridiques entre des parties qui ne sont pas sur un pied d'égalité, est de protéger la partie la plus vulnérable (112). Partant, les États doivent promulguer des lois et arrêter toute disposition administrative ou autres, afin de mettre un terme aux pratiques discriminatoires perpétrées à l'encontre des immigrés clandestins par un employeur déterminé ou par des groupes d'employeurs.

La Cour identifie les différents droits du travail qui sont souvent l'objet de violations dans les relations entre employeurs et immigrés clandestins (113). Elle souligne avec force qu'il s'agit de droits très importants, puisqu'ils permettent d'aboutir à une existence digne : l'arrêt concernant les «enfants de la rue» (114) était bien présent à

(109) Voir §148 et point 9. Voir CONSTANCE Thomas «Information Sources and Measures of International Labour Standards on Employment Discrimination», *Comparative Labour Law & Policy Jn'l*, 24,2003, pp. 365 et s.

(110) D'après l'opinion du juge Cançado Trindade jointe à l'arrêt *Baldeón Garcia c. Pérou*, «l'obligation de l'État de prévenir, investiguer et sanctionner les responsables n'est pas une simple "obligation de moyens", mais une "obligation de résultat"».

(111) Voir §149.

(112) Les États doivent assurer l'observance stricte des dispositions du droit du travail prévoyant la protection *la plus étendue* pour les travailleurs. Dans le même sens, mais sous une optique différente, voir arrêt C 72 du 2 février 2001 dans l'affaire *Baena Ricardo y otros c. Panamà* et arrêt C 98 du 28 février 2003 dans l'affaire *Cinco Pensionistas c. Pérou*.

(113) *Cf* §§157-159 et points 1, 8 et 9 : «In the case of migrant workers, there are certain rights that assume a fundamental importance and yet are frequently violated, such as the prohibition of obligatory or forced labor; the prohibition and abolition of child labor; special care for women workers, and the rights corresponding to freedom of association and to organize and join a trade union, collective negotiation, fair wages for work performed, social security, judicial and administrative guarantees, a working day of reasonable length with adequate working conditions (safety and health), rest and compensation. On many occasions, undocumented migrant workers are not recognized the said labor rights. For example, many employers engage them to provide a specific service for less than the regular remuneration, dismiss them because they join unions, and threaten to deport them. Likewise, at times, undocumented migrant workers cannot even resort to the courts of justice to claim their rights owing to their irregular situation».

(114) Arrêt C 63 du 19 novembre 1999, sur le fond de l'affaire *Villagrán Morales y otros c. Guatemala*. Voir également l'art. 7a du Protocole de San Salvador, protocole aditionnel à la Convention Américaine concernant les droits de économiques, sociaux et culturels signé le 17 novembre 1988 et entré en vigueur le 16 novembre 1999, et les commentaires de CANÇADO TRINDADE Antônio A., «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *in* MÉNDEZ Jaime et COX Francisco, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, San José, 1998, pp. 576-577. Voir également FAÚNDEZ LEDESMA Hector, «El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales», *IIDH*, 1999, p. 212, URQUILLA BONILLA Carlos R., «Los

l'esprit de la Cour, ainsi que toute sa jurisprudence concernant les réparations (115).

La Rapporteure spéciale de l'ONU, Mme Rodríguez Pizarro (116), souscrit aux points ci-dessus, et notamment à la conclusion que le migrant, en assumant une relation de travail, acquiert en tant que travailleur les droits prévus par le droit interne et par le droit international : ces droits doivent lui être reconnus et garantis, que sa situation dans l'État d'emploi soit régulière ou irrégulière, puisqu'ils découlent du rapport de travail. La Rapporteure spéciale souscrit également à la conclusion que le statut de migrant d'une personne ne peut en aucun cas constituer une justification pour la priver de la jouissance ou de l'exercice de droits de l'homme, notamment de ceux concernant l'emploi.

Étant ainsi arrivée au point de répondre à la troisième question, la Cour se demande enfin de manière plus générale, si le fait de subordonner le respect des droits des travailleurs clandestins à la politique nationale d'immigration est compatible ou non avec le droit international des droits de l'homme, notamment à la lumière des obligations découlant du Pacte international sur les droits civils et politiques. La Cour précise à cet égard que la locution «politique de l'immigration» inclut tout acte institutionnel, toute mesure (lois, décrets, résolutions, directives, actes administratifs, etc.) et toute omission concernant l'entrée, le renvoi ou la résidence des étrangers dans un pays (117). Référence est faite à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et à l'article 2 de la Convention américaine pour en conclure que les buts de toute politique sur l'immigration, ainsi que toute application de ces politiques, doivent prendre en considération le devoir de respecter et garantir les droits de l'homme. Les distinctions établies par les États doivent être objectives, raisonnables et

derechos ecónomicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos», *Revista IIDH*, 2000, 30-31, pp. 259-281, et WILSON Robert et PERLIN Jan, «The Inter-American Human Rights System : Activities During 1999 through October 2000», *American University Int'l Rev.*, 2001, 16, p. 317

(115) SCALABRINO Michelangela, «I cammini silenzioni del diritto internazionale dei diritti dell'uomo : vittime e risarcimento del danno nelle ultime pronunce della Corte Interamericana (2001-2002)», *in Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Liber Amicorum Cançado Trindade, Tome VI, Fabris, Porto Alegre, 2005, pp. 11-70.

(116) Doc. NU A/59/377, *op. cit.*, §42.

(117) Voir §163. En ce qui concerne les politiques sur l'immigration, la Cour fait également référence à la Déclaration de Durban et à la résolution 2001/5 de la Commission sur le racisme, la discrimination ratiale et la xénophobie.

proportionnées (118). Partant, aux yeux de la Cour, il n'est pas admissible qu'un État d'immigration protège sa production économique dans un ou plusieurs secteurs en choisissant d'encourager ou de tolérer l'emploi de travailleurs clandestins dans le but de les exploiter et profiter ainsi de leur condition de vulnérabilité vis-à-vis des employés nationaux (119). De telles pratiques les amènent à nier ou limiter l'exercice d'un ou plusieurs droit du travail (120) et à entraver la possibilité d'ester en justice en vue de porter plainte contre la violation de leurs droits devant l'autorité compétente (121).

L'obligation des États de mettre leur politique migratoire en conformité avec les droits de l'homme – remarquent les juges à l'unanimité – s'étend à tous les instruments internationaux qui leur sont applicables (122). Encore une fois, l'accent est mis sur l'obligation positive de conformer l'ordre juridique interne aux préceptes du droit international des droits de l'homme : non seulement toute législation nationale, mais également toute pratique interne concernant l'application des lois nationales, doivent être adaptées aux conventions et traités et internationaux. En d'autres termes, il ne suffit pas que le droit interne soit formellement adapté au droit international, il faut aussi que les organes et fonctionnaires de l'État faisant partie de l'exécutif, du législatif ou du judiciaire exercent leur fonctions et émanent ou appliquent des actes, des résolutions et des jugements de manière ponctuellement conforme au droit international en vigueur (123).

(118) Voir §§166-168.

(119) Voir §170.

(120) Voir Protocole de San salvador, article 7 b-h, concernant les conditions justes et équitables de travail et articles 8, 9 et 10, concernant respectivement les droits syndicaux, le droit à la sécurité sociale et le droit à la santé dans le milieu du travail. Dans l'avis consultatif, la Cour mentionne la prohibition du travail forcé, la prohibition du travail des enfants, le droit de s'organiser librement et de faire partie d'associations syndicales, le droit à un salaire équitable par rapport au travail effectué, le droit à la sécurité sociale et le droit à des conditions adéquates du milieu de travail.

(121) Voir §170. Lyon B., «The Inter-American Court ...», *op. cit.*, p. 552, souligne que l'avis consultatif «is at present the most progressive binding international law statement on this issue, as well as an indirect step forward for the application of international economic, social and cultural rights in the Americas».

(122) Voir §§170-172 et point 11.

(123) Voir §171.

III. – Les clandestins et l'apatridie

Si quelques individus sont illégalement privés de leur statut de citoyen (124), il en existe d'autres, auxquels ledit statut n'a jamais été accordé, de sorte qu'ils sont apatrides dès la naissance. Tel a été le cas de Dilcia Yean et Violeta Bosico, enfants nées en République dominicaine de père haïtien et de mère dominicaine d'ascendance haïtienne. En dépit du principe du *jus soli* proclamé par la Constitution (125), elles se sont vues nier le statut de citoyen, puisque l'article 36 §8, alinéa 1 de la Loi générale sur la migration (126), les considérait – et les considère encore (127) – comme filles d'«étrangers en transit» aux termes de l'article 11 de la Constitution de 2002 (128). Elles ont été apatrides jusqu'au 25 septembre 2001, quelques semaines avant l'audience devant la Cour interaméricaine; entre-temps, elles furent contraintes à vivre dans une situation d'illégalité et de vulnérabilité sociale (129).

(124) Voir par exemple l'affaire *Ivcher Bronstein c. Pérou* – arrêt C 74 du 6 février 2001.

(125) Selon la Constitution, «sont dominicains ceux qui naissent dans le territoire de la république Dominicaine, à l'exception des fils des membres du corps diplomatique et des étrangers en transit». Par conséquent, les enfants d'ascendance haïtienne, estimés environ à 250000 personnes, sont et demeurent apatrides, avec toutes les conséquences économiques et sociales qu'elles impliquent. Voir arrêt C 130; opinion concurrente du juge Cançado Trindade; rapport de la Commission 1991, *op. cit.*, §3; rapport de la Commission intitulé *Situation of Haitian Migrant Workers and their Families in the Dominican Republic*, 1999, §§352-353 et rapport annuel 2001, chap. V, §74 et s.

(126) Promulguée le 15 août 2004 par le président Hipólito Mejía, aux termes de laquelle ceux qui ne sont pas résidents, sont considérés "personnes en transit" aux fins de l'application de l'article 11 de la Constitution.

(127) Le 27 juin 2005, plusieurs ONG ont déposé auprès de la Cour suprême un recours, visant à obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité, entre autres, des articles 28 et 38 de la Loi sur la migration. Par un arrêt en date du 15 décembre 2005, la Cour a rejeté ledit recours, statuant à l'unanimité que la nationalité entre dans le domaine réservé de la souveraineté de l'État aux termes de l'article 1 de la Convention de la Haye de 1930 et que les fils d'une mère étrangère se trouvant dans l'illégalité au moment de l'accouchement ne peuvent pas être, ni devenir dominicains.

(128) Le statut d'apatride s'applique à tout enfant né en république Dominicaine, issu de l'union entre un homme haïtien et une femme dominicaine d'ascendance haïtienne, du moment que leur mères ne pouvaient, et ne peuvent pas, acquérir la nationalité dominicaine. Voir arrêt, §109.10, Propesur-Preval-Fiadmerica, *op. cit.*, p. 8, Docs. ONU CCPR/CO/71/DOM (2001), §18 et CCPR/CO/71/DOM/Add.1 (2002), *Concluding Observations of the Human Rights Committee*, Dominican Republic, §56.

(129) Exposé des faits, §109.6 et s. Étant apatride, Violeta Bosico n'avait pas pu obtenir le diplôme d'école primaire. Dans le même sens, voir Propesur-Preval-Fiadmerica, *op. cit.*, p. 10 et *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, Dominican Republic, doc. UN CRC/C/15/Add.150 (2001), §26, où le Comité exprime ses préoccupations «about the situation of children of Haitian origin or belonging to Haitian migrant families whose right to birth registration has been denied in the State party. As a result of this policy, those children have not been able to enjoy fully their rights, such as to access to health care and education». Voir également l'article 30 de la Convention internationale sur la protection des droits de tout les travailleurs migrants et leur familles.

Un bref rappel des faits est nécessaire pour mieux comprendre l'affaire. Lorsque le moment d'accoucher fut venu, les mères de Dilcia Yean et Violeta Bosico ne s'adressèrent pas à un hôpital, et ceci, non seulement par manque des moyens nécessaires pour financer le voyage entre la plantation et la ville la plus proche, mais aussi et surtout parce qu'elles craignaient que les médecins ou les fonctionnaires de l'hôpital les dénoncent à la police, qui les aurait ensuite expulsées du territoire. Par conséquent, elles accouchèrent à la maison et ne se rendirent à la mairie, en vue d'obtenir l'inscription de leurs enfants dans les registres de l'état civil, que plus tard, en 1997. Consciente de l'ampleur de ce phénomène, la République dominicaine prévoit d'ailleurs une procédure spéciale d'enregistrement des nouveaux-nés, dite d'inscription tardive. Cette procédure, au demeurant assez coûteuse (130), n'est pas régie par la loi : elle est totalement confiée au règlement de chaque bureau de l'état civil, de sorte que les documents nécessaires peuvent varier suivant les lieux ou les officiers à qui on s'adresse (131). Puisque les mères de Dilcia Yean et de Violeta Bosico n'avaient pas été à même de soumettre la carte d'identité des pères de leurs enfants, ceux-ci étant des haïtiens clandestins, l'officier de l'état civil avait refusé d'effectuer l'inscription (132) et cette décision avait été confirmée ensuite par une ordonnance du procureur de la république (133).

Après avoir rappelé les faits, la Cour a déclaré la violation de l'article 20 §2 de la Convention américaine et de ses articles 3, 18, 19 et 24, *per se* et en rapport avec l'article 1 §1. La Cour s'est livrée à une assez longue analyse, car il s'agissait du premier cas dans lequel le problème de la nationalité jouait un rôle déterminant.

En ce qui concerne l'article 20, la nationalité – nous dit la Cour – est un état naturel (134) et un droit fondamental de tout être humain, consacré par la Convention américaine ainsi que par plusieurs autres instruments du droit international (135). De plus, aux

(130) Voir PROPESUR-PREVAL-FIADMERICA, *op. cit.*, p. 8.
(131) Voir arrêt, §16.
(132) *Ibidem*, §109.16.
(133) *Ibidem*, §132.
(134) Voir §138. Voir également opinion concurrente Cançado Trindade, §7.
(135) Voir entre autres : Pacte sur les droits civiles et politiques, artcile 24, §3; Convention sur les droits de l'enfant, article 7, §1; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille, article 29, Convention pour la réduction des cas d'apatridie, article 1, §1.

termes de l'article 27 de la Convention, il s'agit d'un droit auquel on ne peut pas déroger.

La conception classique, selon laquelle la nationalité est un état juridique qui dépend totalement de l'État, est en train d'évoluer, dans le sens que la nationalité est à la fois une compétence de l'État et un droit fondamental de l'individu (136). Partant, s'il est vrai que la détermination de ceux qui peuvent être – et sont – resortissants d'un État relève de la compétence de l'État, il n'est pas moins vrai que le pouvoir discrétionnaire dont celui-ci dispose se trouve confronté à un processus continu «de restriction et d'affaiblissement», qui s'inscrit dans le cadre de l'évolution plus générale du droit international (137) en vue d'une protection toujours plus grande de l'individu. En l'état actuel du développement des droits de l'homme, le pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière est limité, d'une part, par le devoir de fournir à tous les individus, sur un pied d'égalité, une protection juridique effective et sans discrimination, et, d'autre part, par le devoir de prévenir, éviter et réduire les cas d'apatridie (138). La République dominicaine ayant signé et ratifié la Convention internationale pour la réduction des cas d'apatridie (139), elle était obligée de reconnaître le statut de citoyen à Dilcia Yean et Violeta Bosico, du moment qu'elles étaient nées dans le pays et que l'une d'entre elles y résidait depuis plus de dix ans (140).

La Cour se penche ensuite, bien que brièvement, sur le droit interne pertinent. Elle note que l'article 11 de la Constitution proclame le principe du *jus soli*, à la seule exception des fils du personnel diplomatique et des fils «des étrangers en transit». En accord avec la Commission et dans le silence de l'État, la Cour statue comme ce suit : les pères des enfants ne peuvent pas être considérés

(136) Dans le même sens, voir opinion concurrente Cançado Trindade, §§3-4.

(137) Opinion concurrente Cançado Trindade, §7.

(138) Voir §140 et opinion concurrente Cançado Trindade, §5.

(139) Dont l'article 1 prévoit que «Tout État contractant accorde sa nationalité à l'individu né sur son territoire et qui, autrement, serait apatride. Cette nationalité sera accordée a) de plein droit, à la naissance ou b) sur demande souscrite, suivant les modalités prévues par la législation de l'État en cause, auprès de l'Autorité compétente par l'intéressé ou en son nom; sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, la demande ne peut être rejetée». Voir opinion concurrente Cançado Trindade, §§11-12.

(140) Dans le même sens, voir l'article 29 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et leurs familles.

comme des «étrangers en transit», du moment que leurs documents montrent qu'ils vivent dans le pays depuis bien d'années (141) :

> «Pour considérer une personne comme étant "en transit", l'État doit respecter une limite de temps raisonnable et reconnaître que lorsqu'un étranger établit des liens stables dans un territoire, il n'est plus une personne en transit. D'autre part, s'il est vrai que les pères des enfants vivent en situation d'illégalité, il n'est pas moins vrai que cette situation ne peut d'aucune manière affecter leurs enfants : celles-ci ont droit à la nationalité dominicaine du fait qu'elles sont nées en territoire dominicain et qu'elles peuvent démontrer que leurs pères ne sont pas "en transit" dans le pays. En aucune circonstance, l'État n'aurait dû appliquer aux enfants Yean et Bosico l'exception concernant les fils des personnes en transit, du moment que leurs mères sont dominicaines et qu'elles sont nées en République dominicaine, la dernière de ces circonstances étant la condition prévue par l'article 11 de la Constitution afin d'avoir la nationalité dominicaine» (traduction de l'auteur) (142).

En ce qui concerne l'article 24, les principes impératifs du droit à une protection juridique égale et effective et du droit à la non-discrimination, ainsi appliqués au domaine de la nationalité, font que les États, au moment où ils établissent les dispositions qui règlent l'octroi de la nationalité, doivent s'abstenir d'édicter des lois et des règlements discriminatoires ou qui sont susceptibles de produire des effets discriminatoires entre différents groupes de la population. Ils doivent combattre à tout niveau les pratiques discriminatoires et adopter les mesures positives nécessaires à assurer à tous une égalité effective devant la loi (143).

La Cour estime nécessaire de rappeler à cet égard que le devoir de garantir et respecter les principes d'égalité et de non-discrimination ne dépend pas du statut de l'immigré par rapport à un État considéré, tout État ayant le devoir de garantir lesdits principes à ses ressortissants et aux étrangers se trouvant sur son territoire. Ni le règlement d'application de la Loi sur la migration, ni le rapport élaboré en 1999 par la Commission sur la situation des droits de l'homme en République dominicaine – ajoute la Cour – prévoient que la situation de légalité soit une des conditions nécessaires pour avoir droit à la nationalité du lieu de sa naissance. Partant, à la lumière du droit à la nationalité des fils des personnes immigrées en

(141) Dans le même sens, voir rapport de la Commission sur la situation des travailleurs migrants, *op. cit.*, §360.

(142) Voir §§154 et 158.

(143) §§142-143. Par conséquent, les États ont le devoir de s'abstenir d'adopter des pratiques qui sont susceptibles d'augmenter le nombre des apatrides, comme le veut d'ailleurs la Convention internationale *ad hoc*.

République dominicaine, tel qu'établi par la disposition constitutionnelle pertinente, et à la lumière des principes du droit international concernant la protection des migrants, la Cour dit :

i) que la situation légale ou non d'un immigré ne peut pas constituer une des (ou la) condition(s) pour l'octroi de la nationalité de la part d'un État : la «qualité de la migration» ne peut en fait constituer, d'aucune manière, une justification pour priver un individu de son droit à une nationalité, ni de l'exercice des droits qui en découlent;

ii) que le statut illégal d'un immigré ne se transmet pas à ses enfants;

iii) que la naissance dans le territoire d'un État est la seule condition qui doit être démontrée pour en acquérir la nationalité, lorsqu'il s'agit d'individus qui n'ont droit à aucune autre nationalité (144).

Aux yeux de la Cour, en République dominicaine il n'existe pas de critères uniformes qui règlent l'inscription tardive des enfants agés de moins de treize ans dans les registres de l'état civil. Du moment que l'État avait recquis des documents supplémentaires pour octroyer la nationalité à Dilcia Yean et à Violeta Bosico, il est évident qu'il a agi de manière arbitraire, sans suivre des critères objectifs ou raisonnables, et de manière contraire aux intérêts fondamentaux des enfants. Cela constitue un traitement discriminatoire. La Cour estime, de surcroît, que la vulnérabilité découlant de leur situation d'apatridie a compromis le devéloppement de la personnalité des victimes, puisque l'exercice des droits dont chaque enfant est titulaire et la protection spéciale à laquelle elles avaient et ont droit, ont étés rendus impossibles (145).

---

(144) Voir §§155-156.

(145) Voir §§147, 166-167 et 168-174. Voir également le rapport du Comité des droits des enfants ONU et au doc. UN CRC/C/15/Add.150 (2001), *op. cit.*, §§22-23 et 26-27 : «The Committee is deeply concerned at the discrimination against children of Haitian origin born in the State party's territory or belonging to Haitian migrant families, especially their limited access to housing, education and health services, and notes in particular the lack of specifically targeted measures to address this problem. Furthermore, concern is expressed at the existing patterns of economic and social disparities, and at gender and racial discrimination. In the light of art. 2 and other related articles of the Convention, the Committee recommends that the State party take, as a matter of priority, effective measures to ensure that children of Haitian origin born in the State party's territory or belonging to Haitian migrant families have the same access to housing, education and health services as other children. The Committee remains concerned that a large percentage of children are not registered and are not provided with identity cards, thus preventing them from enjoying their rights fully. In the light of art. 7 of the Convention, the Committee

La situation de vulnérabilité, dans laquelle Dilcia Yean et Voleta Bosico ont vécu en raison de leur apatridie, a également eu des conséquences sur le droit à la reconnaissance de leur personnalité juridique et le droit au nom (146). Par définition, un apatride n'a pas de personnalité juridique reconnue, la nationalité étant une condition préalable. Dans le cas d'espèce, l'État a maintenu les enfants Dilcia Yean et Violeta Bosico dans une situation dans laquelle, leur «existence juridique» n'étant pas reconnue, elles n'avaient pas de personnalité juridique (147). Le droit au nom, conclut la Cour, consacré à l'article 18 de la Convention, est un élément indispensable et fondamental de l'identité de tout individu, sans quoi il ne peut pas être reconnu par la société ni enregistré par l'État. Ce droit a aussi été violé vis-à-vis des victimes (148).

Enfin, sous l'angle des articles 1 §1 et 2 de la Convention, la Cour conclut que :

> «La situation de vulnérabilité dans laquelle l'État a mis les enfants Yean et Bosico en leur niant le droit à la nationalité pour des raisons discriminatoires; l'impossibilité de celles-ci de recevoir la protection à laquelle elles avaient droit de la part de l'État et d'accéder aux bénéfices auxquels elles avaient droit, ainsi que le fait d'avoir vécu, non sans raison, dans la crainte d'être expulsées de l'État duquel elles étaient ressortissantes et d'être ainsi séparées de leur famille, le tout en raison de l'absence de certificat de naissance, montrent que la République dominicaine a violé son obligation de garantir aux victimes les droits consacrés dans la Convention américaine, aux termes de laquelle les États doivent non seulement respecter les droits y énoncés (obligation négative), mais également mettre en œuvre toutes les mesures appropriées pour en garantir la titularité et l'exercice (obligation positive) (149). Par conséquent, à la lumière des articles 1 §1 et 2 de la Convention, la République dominicaine doit

recommends that the State party strengthen and increase its measures to ensure the immediate registration of the birth of all children. Special emphasis should be placed on the registration of children belonging to the most vulnerable groups, including children of Haitian origin or belonging to Haitian migrant families».

(146) La violation de l'article 18 de la Convention a été prononcée par la Cour à la demande des victimes, la Commission n'ayant pas soulevé la question.

(147) Dans le même sens, voir article 24 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles. Voir également arrêt dans l'affaire *Comunidad indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, *op. cit.*, §§186-194; opinion concurrente Cançado Trindade, §§72-73 et opinion concurrente García Ramírez, §§24-28.

(148) Voir §§184-185. Les États ont non seulement le devoir de protéger le droit au nom, mais également de prendre toutes les mesures positives nécessaires pour faciliter la registration d'un individu immédiatement après sa naissance. De même, les États doivent garantir que l'individu soit enregistré avec le nom choisi par lui-même ou par ses parents, suivant le moment où la registration intervient, sans qu'aucune restriction soit exercée par rapport à ce droit et sans aucune interférence dans la décision du choix du nom. Le nom et le prénom sont essentiels pour établir, du point de vue formel, les liens existent entre les différents membres de la famille, la société et l'État, ce qui n'a pas été garanti aux enfants Yean et Bosico.

(149) Voir §173.

adopter dans un délais raisonnable les mesures législatives, administratives et de toute autre nature, nécessaires à réglementer la procédure et les conditions (150) qui permettent d'acquérir la nationalité dominicaine à la suite d'une déclaration tardive de naissance. Ladite procédure devra être simple, accessible et raisonnable, faute de quoi les demandeurs resteraient apatrides. De plus, un recours effectif devra être prévu, au cas où la demande serait rejetée. L'État doit également arrêter toute mesure nécessaire et permanente en vue de faciliter l'enregistrement des mineurs immédiatement après leur naissance, indépendamment de leur ascendance ou origine, à fin de réduire le nombre de ceux qui se voient contraint de faire appel à la procédure d'inscription tardive des naissances» (151) (traduction de l'auteur).

Les conclusions élaborées par la Cour ont été reprises par le Comité sur les droits de l'enfant des Nations Unies (152).

Conclusion

Le jour où Galilée expérimenta de manière définitive que tout objet de n'importe quel poids tombent sur terre suivant une règle précise, des millions d'êtres humains avaient déjà joué à la balle, et plusieurs avaient participé aux jeux olympiques, dans la compétition du lancer du disque. Tous s'étaient rendus compte que tout objet retombe au sol. Cependant, ce ne fut qu'au début du XVII^e^ siècle que la loi sur la gravité prit forme de manière scientifique, à la suite – selon la légende – de la chute malencontreuse d'une pomme sur la tête d'Isaac Newton au milieu d'un beau jardin anglais. Les devanciers de Galilée et de Newton, étaient-ils tous «aveugles» du point de vue intellectuel? Personne ne souscrirait à cette thèse, et pourtant... Les avancées de la science, mais aussi ceux de la pensée juridique, se font lentement, et parfois il arrive que quelqu'un élabore des concepts et des affirmations, qui *a posteriori* ne semblent que des vérités évidentes. Et pourtant il aurait fallu y penser avant, alors que personne n'y songeait.

(150) Les conditions requises ne devront pas constituer un obstacle à l'octroi de la nationalité : elles devront seulement établir que la naissance a eu lieu en République dominicaine. De même, toute condition devra être fixée de manière claire et uniforme, sans qu'il puisse y avoir aucune marge de discrétion de la part des fonctionnaires de l'État dans l'application de la loi. Ce n'est qu'en cette manière, en effet, qu'on pourra garantir aux demandeurs leur droit à la sécurité juridique, aussi bien que tous les autres droits prévus par la Convention américaine, aux termes de l'article 1, §1 de celle-ci.

(151) Voir §§239-241 et opinion concurrente Cançado Trindade, §§21-22. De même, la résolution de l'Assemblée générale 59/194 des NU, *op. cit.*, §8, demande à tous les États d'envisager d'examiner et, s'il y a lieu, de réviser leur politique d'immigration en vue d'éliminer toutes les pratiques discriminatoires à l'égard des migrants et des membres de leur famille.

(152) U.N. doc. CRC/C/15/Add.150 (2001).

Le principe posé par l'avis consultatif 18/2003, selon lequel les travailleurs étrangers en situation irrégulière ont les même droits que tout autre travailleur, ressortissant ou résident en situation régulière, parce que ces droits découlent de son statut de travailleur et non de son statut d'immigré, a constitué une «première fois» dans l'histoire du droit international des droits de l'homme. Conclusion tout à fait évidente, pourrait-on dire. Et pourtant... personne n'y avait songé avant.

Le silence de la doctrine en général et européenne en particulier par rapport à l'avis consultatif 18/2003 est-il une manifestation d'oubli ? Ou devrait-on dire plutôt que nous sommes accoutumés à des analyses juridiques raffinées et subtiles, et que – par conséquent – nous ne sommes pas attirés par des naïvetés telles que celle qui a été citée ?

Pourquoi avoir axé toute une série de décisions sur le principe de non-discrimination, ce grand inconnu du droit international des droits de l'homme ? Il s'agit, on le sait bien, d'un principe aux contours et au contenu insaisissable, esquissé par l'approche casuistique de la Cour européenne des droits de l'homme et partant difficile à définir. La Cour interaméricaine prétend l'appliquer au domaine des droits économiques et sociaux, à leur tour encore presque inconnus dans l'univers des droits de l'homme : est-on donc en présence d'une double naïveté ?

La Cour a fait une distinction très claire entre droits économiques et sociaux qui découlent des décisions étatiques relatives à la politique migratoire et droits économiques et sociaux qui découlent d'autres sources. Les droits économiques et sociaux des travailleurs clandestins ont été «inclus» dans la catégorie des droits fondamentaux justiciables et auxquels personne ne peut déroger, par le biais du principe de non discrimination : opération logique et audacieuse, dont le point de départ est incontestable. Les entrepreneurs n'ont aucune obligation d'offrir du travail aux immigrés; cependant, lorsqu'ils emploient des clandestins, ils doivent leur garantir les mêmes droits qu'ils reconnaissent aux autres travailleurs et les États doivent veiller à ce que non seulement les lois, mais également et surtout les pratiques internes, soient conformes à ce principe : les clandestins travaillent comme les autres, souvent même plus que les autres.

Mais la Cour cherchait surtout à trouver une voie appropriée pour surmonter l'attitude d'un interlocuteur absent et muet, dont les lois sont souvent appliquées de manière indulgente en dépit de leur texte, et dont les pratiques relèvent souvent du laisser-faire. Ce résultat ne pouvait pas être atteint par la voie des instruments internationaux relatifs aux droits économiques et sociaux en général, aucun d'entre eux n'ayant été signé par les États-Unis. Il fallait donc s'en tenir strictement au seul domaine reconnu par le «convive de pierre», à savoir celui des droits de l'homme – incarné par le Pacte sur les droits civils et politiques – et à ses principes fondamentaux.

D'ailleurs, les exemples portés devant les juges ne démontrent pas vraiment une «simple» discrimination. Ils sont plutôt la preuve d'un profit (au sens large du terme) injuste, fréquemment tiré de quelqu'un, dont l'état de faiblesse est double : d'abord parce qu'il ne peut exercer qu'un travail véritablement subordonné, ensuite parce qu'il vit constamment dans la peur d'être dénoncé, saisi et expulsé s'il revendique ce qui lui est dû, et voir ainsi son rêve brisée. «*Give me your tired, your poor, your huddled masses yearning to breathe free, the wretched refuse of your teeming shore; send these, the homeless, tempest-lost to me, I lift my lamp beside the golden Door!*» disent les vers qui figurent, gravés dans une plaque en bronze, sur le piédestal de la Statue de la Liberté (153) : toute «porte d'or» cache bien des problèmes, dont celui de ne pas être refoulé dans le lieu de misère d'où l'on vient est sans doute le plus grave.

S'agissant en plus d'un avis consultatif, voir d'un prononcé sans mécanisme de suivi, il fallait forcer, pour autant que possible, toute résistance et objection par des énoncés clairs, péremptoires et n'admettant aucune exception. C'est ce que la Cour a fait, le respect des droits de l'homme au sens strict du terme n'admettant pas d'exceptions. D'ailleurs, elle n'avait pas d'alternative.

Aussi a-t-elle considéré opportun et nécessaire de suivre le chemin ouvert par l'arrêt concernant les «enfants de la rue», là où elle avait statué que le droit à la vie signifie le droit à des conditions et des

(153) Il s'agit des vers du sonnet «*New Colossus*», écrit en 1883 par Emma LAZARUS (*The Oxford Dictionary of Quotations*, 413). Aux yeux des américains, ses mots expriment le message universel d'espoir et de liberté symbolisé par la statue.

standards minima de vie dignes. Elle avait par conséquent inclus dans le champ d'application du droit fondamental le plus important – le droit à la vie –, le droit à un logement minimal, à une nourriture suffisante, à une éducation scolaire apte à développer chaque enfant, et à la protection des familles les plus pauvres (154). Dans cet arrêt, la Cour s'était rangée du côté des «oubliés de ce monde» (155), des plus dépourvus : elle n'avait pas fait mystère de cela, le centre de sa construction des droits de l'homme étant d'ailleurs depuis toujours la victime et la souffrance humaine (156). Tel a été aussi le cas de l'avis consultatif.

D'ailleurs, la méthode d'interprétation que la Cour elle-même qualifie de «dynamique et évolutive», la seule susceptible de garantir l'«effet utile», lui était familière depuis longtemps. Ce procédé, à la fois explicite et silencieux, avait été largement expérimenté à l'occasion de l'avis consultatif 16/1999 portant sur le droit à l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable. Là encore, le principe de non-discrimination avait été utilisé en vue de surmonter les arguments invoqués par les États Unis, à savoir que la Convention de Vienne sur les relations consulaires ne régissant que les rapports entre États contractants (157), l'article 36 ne donne vie à aucun droit dans le chef des individus (158). Par le biais du principe de non discrimination, l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques sur le droit au procès équitable avait été interprété par la Cour de manière à «englober» le droit à ce que l'information concernant l'assistance consulaire soit observé, et qu'elle soit donnée aussitôt l'arrestation effectuée. L'accent avait été délibérément mis sur la situation d'inégalité dans laquelle tout étranger se trouve, et sur le devoir conséquent de l'État de prévoir

(154) Voir arrêt C 63 du 19 novembre 1999, *cit.*, §144.

(155) Voir opinion concurrente Cançado Trindade jointe à l'arrêt C 77 du 26 mai 2001 sur les réparations, §16.

(156) La Cour a souligné à maintes reprises la différence entre un tribunal des droits de l'homme et un tribunal pénal, celui-ci mettant le crime et l'accusé/coupable au centre de son attention, alors qu'un tribunal des droits de l'homme met la victime et ses souffrances au centre de son attention.

(157) OC-16/99, Estados Unidos – escrito de observaciones finales de 18 de mayo de 1999. Voir l'affaire *LaGrand*, Compte-rendu des audiences – plaidoirie Brown, §4.2 et plaidoirie Trechsel, §§6.1-6.5; 6.1-6.21. Voir dans le sens opposé, OC-16, §§77-84.

(158) Voir §§76 et 85-87. Dans le cas de son «Personnel diplomatique et consulaire à Tehéran» (Arrêts, *CIJ Recueil* 1980, pp. 3-42) les États Unis avaient pourtant soutenu la thèse opposée, c'est-à-dire que l'article 36 «establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State who are assured access to consular officers and through them to others».

et d'accorder des moyens de compensation, des «countervailing measures», sans quoi il serait difficile de dire qu'ils jouissent véritablement du droit à un procès équitable. L'article 36 §1 b) de la Convention de Vienne – la Cour avait conclu – ne peut donc pas être dissocié de nos jours des garanties du procès (159).

Dans cet avis consultatif, la tâche de la Cour avait été plus simple, celle-ci pouvant se servir, en tant que point de référence, de l'article 14 du Pacte sur les droits civils et politiques, ratifié par les États Unis. Dans l'avis consultatif 18/2003, par contre, la Cour n'avait aucun point de repère disponible, à l'exception des articles 2 §1 et 26 du même Pacte (par ailleurs pas cités), à savoir le principe de non discrimination. Elle a fait de cette tige la clé de voûte de sa construction. Elle a abouti, par cette voie et par l'affirmation réitérée de l'indivisibilité des droits de l'homme (160), à des résultats nouveaux qui ne sont pas dépourvus de logique.

Certes, cette logique n'est pas celle des bien portants, mais celle qui vise à surmonter la misère dans laquelle la «*codicia y avaricia humanas*» veulent garder ceux qui contribuent pourtant par leur fatigue à la croissance des capitaux et à l'enrichissement de ceux qui sont déjà riches.

Chacun fait ses choix et choisit sa logique, y compris les tribunaux des droits de l'homme. Selon leur logique, «les tribunaux des droits de l'homme ne peuvent jamais se permettre de baisser les paramètres et les standards de la protection internationale, notamment lorsqu'il s'agit de requérants qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité patente, sinon d'abandon, condamnés – plu-

(159) Opinion concurrente Cançado Trindade, §15 et avis consultatif, §§122 et 124: «The Court therefore believes that the individual right under analysis in this Advisory Opinion must be recognized and counted among the minimum guarantees essential to providing foreign nationals the opportunity to adequately prepare their defence and receive a fair trial. The inclusion of this right in the Vienna Convention on Consular Relations are evidence of a shared understanding that the right to information on consular assistance is a means for the defence of the accused that has repercussions – sometimes decisive repercussions – on enforcement of the accused' other procedural rights. In other words, the individual's right to information, conferred in Article 36.1.b of the Vienna Convention on Consular Relations, makes it possible for the right to the due process of law upheld in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to have practical effects in tangible cases; the minimum guarantees established in Article 14 of the International Covenant can be amplified in the light of other international instruments like the Vienna Convention on Consular Relations, which broadens the scope of the protection afforded to those accused».

(160) Voir Enríquez David, «El Derecho internacional económico, Apuntes para una crítica contemporanea», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI, 2006, pp. 269 et s.

sieurs d'entre eux dès la naissance – par leur semblables à la marginalisation sociale et à la pauvreté chronique, qui constitue la négation de tous les droits de l'homme» (161).

(161) Opinion concurrente Cançado Trindade jointe à l'arrêt de l'affaire *Comunidad indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, cit.*, §71 (traduction de l'auteur) : «no puede[n] jamás permitirse bajar los estándares internacionales de protección, aún más cuando los justiciables se encuentran en una posición de flagrante vulnerabilidad, si no de abandono, condenados – muchos desde su nacimiento – por sus semejantes a la marginación social y a la pobreza crónica, la cual constituye la denegación de la totalidad de los derechos humanos».

PARTIE III.

La protection internationale des travailleurs migrants et des réfugiés

The International Protection of Migrant Workers and Refugees

CLASHING WORLDS : IMPERATIVE FOR A RIGHTS-BASED APPROACH TO LABOUR MIGRATION IN THE AGE OF GLOBALIZATION

BY

PATRICK A. TARAN (1)

"[A]ll human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity" (2).

"A rights-based international regime for managing migration rests on a framework of principles of good governance developed and implemented by the international community that are acceptable to all and can serve as the basis for cooperative multilateral action. Existing international Conventions defining the rights of migrant workers provide many of the needed principles, but a sound framework would have to include principles on how to organize more orderly forms of migration that benefit all" (3).

PLAN

I. – ROLE OF MIGRANT LABOUR TODAY 405

II. – CHALLENGES OF GLOBALIZATION 406

(1) Patrick Taran is Senior Migration Specialist at the International Labour Office (ILO) in Geneva.

(2) Declaration of Philadelphia concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organization (ILO), 1944, Section II (a). The Declaration was adopted by the International Labour Conference in 1944 and incorporated as an annex into the revised ILO Constitution of 1946 (when the ILO also became the first specialized agency of the UN). For the Constitution and Declaration, see : http://www.ilo.org/public/english/about/iloconst.htm#pre.

(3) ILO, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy,* International Labour Conference 92nd Session June 2004. Report VI., available at : http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf.

III. – (Mis)treatment of migrants 409
A. – *Organization* 409
B. – *Discrimination* 409
C. – *Gender, migration and abuse* 410
IV. – Whose security? 411
A. – *Security versus Rights?* 414
B. – *Relativizing rights* 415
V. – A rights-based approach 417
VI. – Migrant specific instruments 420
VII. – Elements for a policy agenda 424
A. – *A standards-based foundation for comprehensive national migration policies and practices* 425
B. – *An informed and transparent migration policy and administration* ... 426
C. – *Institutional mechanisms for dialogue, consultation and cooperation* ... 426
D. – *Enforcement of minimum national employment conditions norms in all sectors of activity* 426
E. – *Gender sensitive migration measures* 427
F. – *A Plan of Action against discrimination and xenophobia* 427
G. – *Linking Migration and Development in Policy and Practice* 428
H. – *International Consultation and Cooperation* 428
VIII. – Call for action 428
IX. – Conclusion 433

Migration today, and the contention over recognition of migrants' rights, represent a cutting edge of contention between the economic logic of globalization and the moral values embodied in human rights concepts and law. This contention is marked by acrimonious policy debate in countries North and South and in international conferences. At the heart of these debates are often opposing views regarding the extent to which human rights protections apply to migrants – especially those in irregular situations – as opposed to both security and social considerations relativizing or simply excluding foreigners from protection under national law.

More broadly stated, the contention over what treatment for migrant workers and their families reflects a broader clash – cer-

tainly tension – between value systems for governance of society at national and supra-national levels. One pole can be characterized as a rights-based approach, with an implicit primacy of individual freedoms, equality of opportunity and concern for social welfare. In contrast, a contending approach argues for emphasis on corporate security, in particular that of often overlapping structures of economic and political authority, notably those of both States and business enterprises.

In day to day reality, this contention makes of migration a central and significant arena of dispute and redefinition in relations between labour and capital, in distribution of benefits deriving from economic activity, in the level of protection and regulation of conditions of employment and work, and in the extent working people – foreign workers in particular – and civil society can organize to articulate and defend their interests.

I. – Role of migrant labour today

In the economic realm, migrant labour has become a key feature in meeting economic, labour market and productivity challenges in a globalized economy. Migration today serves as an instrument to adjust the skills, age and sectoral composition of national and regional labour markets. Migration provides responses to fast-changing needs for skills and personnel resulting from technological advances, changes in market conditions and industrial transformations. In countries of aging populations, migration offers a potential to replenish declining work forces as well as to inject younger workers, potentially increasing dynamism, innovation and mobility in work forces.

It is a global phenomenon; no region and few countries are untouched. At the beginning of the 21st century, some 86.5 million foreigners were estimated to be economically active, that is to say employed, self-employed or otherwise active in remunerative activity, across the world (4). That is half of the total 175 million people living outside their country of birth or citizenship in the year 2000. 28.5 million are economically active in Europe. The foreign born

(4) ILO estimates, cited in ILO, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy. op. cit.*, p. 7.

commonly represent 10 % of the work force in Western European countries. Proportions in a number of countries in Africa, Asia and the Americas are today similar or higher and some countries in the Gulf rely on foreign workers for 50 to even 80 % of their work forces.

II. – Challenges of globalization

Growing economic interdependence of States has been a widely acknowledged component of globalization. The effects of globalization on international population movements are now becoming more evident. As a recent ILO study put it :

> "The evidence points to a likely worsening of migration pressures in many parts of the world [...] Processes integral to globalization have intensified the disruptive effects of modernization and capitalist development [...] Many developing countries face serious social and economic dislocation associated with persistent poverty, growing unemployment, loss of traditional trading patterns, and what has been termed a 'growing crisis of economic security'" (5)

Accelerated trade is replacing or undercutting domestic industrial and agricultural production with cheap imports, but at the expense of many jobs in those sectors. Meanwhile, data seems to indicate that job creation by private sector in many countries affected by Structural Adjustment Programs has not matched the numbers rendered unemployed by downsizing governments.

As the ILO Director General, Juan Somavia, put it : "if you look at globalization from the point of view of peoples' concerns, it single biggest failure is its inability to create jobs where people live". In sum, migration pressures on the "supply side" are increasing as possibilities for employment and economic survival at home disappear.

On the other side, demand for migrant labour is anything but declining. Rather, demographic trends and ageing work forces in many industrialized countries mean that immigration is becoming an increasingly important option to address changing labour force composition and needs and future economic and social security performance.

(5) Stalker P., *Workers without Frontiers – the impact of globalisation on international migration*, Geneva, ILO, 2000.

Growing competition for highly educated specialists in expanding service sectors has resulted in a significant rise in skilled labour migration. Simultaneously, the global effort to fill shunned "3-D jobs" and acquire economic competitiveness through high productivity produces a continuous demand for cheap and low-skilled migrant labour in many sectors of the world economy.

• *Stakes high for future cohesion, economic viability and social welfare*

ILO recently conducted a future simulation for Western Europe using its methodology to predict performance of social security systems, a method proven accurate over the last ten years. The findings? If current trends remain the same regarding population aging and decline, female participation in the work force, retirement age, low immigration, and modest advances in productivity, the standard of living in Western Europe measured by per capita income of gross domestic product will be 78 % of what it is today, 22 % lower (6).

While migration is not the silver bullet, it will clearly be one important element among several macro-policy responses required to achieve a more positive outcome than this simulation indicates. Migration will clearly have major impacts on and will provoke serious contention over economic relations and societal definitions of European – and other – countries.

Migrant labour in both developed and developing countries largely fills "three-D" jobs : dirty, dangerous and degrading. Efforts to fill 3-D jobs and to acquire economic competitiveness through high productivity at low cost produce a continuous demand for cheap and low-skilled migrant labour in numerous sectors of national economies. These sectors commonly include agriculture and food processing, construction, cleaning and maintenance, hotel and restaurant services, labour intensive assembly and manufacturing, the sex industry and others. Immigrant labour has long been utilized as a low cost means to sustain economic enterprises and sometimes, entire sectors of economic activity that are only marginally competitive.

(6) ILO, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy*, *op. cit.*, pp. 37-38.

Small and medium size companies and labour-intensive economic sectors do not have the option of relocating operations abroad. Responses include downgrading of manufacturing processes, deregulation, and flexibilization of employment, with increased emphasis on cost-cutting measures and subcontracting (7). In a number of countries, these measures are expanding the number of jobs at the bottom of the employment scale. Such employment needs are met only partially or not at all by available or unemployed national workers, for reasons of minimal pay, degrading and dangerous conditions, and/or low status in those jobs and sectors. As well, the unemployed in some countries have access to social welfare and unemployment insurance.

The resulting demand for migrant workers provides a significant impetus to labour flows and facilitates the incorporation of undocumented migrants (8). ILO research in Southern European countries demonstrates the extent to which "the migrants take jobs that the locals refuse. It's simply a matter of substitution" (9). A recent study noted, "We can conclude that migrants are in competition only with marginal sections of the national labour force [...] when they are not sufficiently sustained by welfare provisions, in specific sectors, and/or in the less-developed areas inside these countries" (10).

For the less qualified jobs, employers demand workers who will not exercise pressures on the salary structures. Given that, at least initially, immigrant workers won't challenge the relation between salary and the social status attached to specific occupations, contracting migrant workers avoids the economic risks – particularly structural inflation – that national workers induce when they demand salary increases.

(7) Lean Lim L., "Growing Economic Interdependence and its Implications for International Migration", *in United Nations : Population Distribution and Migration*, New York, 1998, p. 277.

(8) Escobar Latapí A., "Emigration Dynamics in Mexico, Central America and the Caribbean", 12th IOM Seminar on Migration, Managing International Migration in Developing Countries, Geneva, April 1997, p. 4.

(9) Reynieri E., "Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union", *International Migration Paper No. 41*, Geneva, ILO 2001.

(10) *Ibid.*

III. – (Mis)treatment of migrants

The corresponding treatment of migrant workers clearly contradicts internationally agreed human rights principles and specific international legal standards.

Treatment of migrants in general and migrant workers in particular is commonly characterized by abuse and violations of norms, both national where they apply to migrants, and international standards. As noted in the "Conclusions on Migrant Workers" of the 2004 International Labour Conference :

> "Despite the positive experiences of migrant workers, a significant number face undue hardships and abuse in the form of low wages, poor working conditions, virtual absence of social protection, denial of freedom of association and workers' rights, discrimination and xenophobia, as well as social exclusion. Gaps in working conditions, wages and treatment exist among migrant workers and between migrant and national workers. In a significant number of cases unemployment rates, job security and wages differ between regular migrant workers and national workers".

A. – *Organization*

The pressures of higher unemployment rates among immigrants and ethnic minorities make them less susceptible to unionisation, especially in sectors of precarious employment with strong threats of dismissal for either organizing or simply complaining about absences of occupation safety and health protections and "decent work" conditions. As the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU) highlights, organizing migrants and immigrants into unions or organizations to defend their interests and rights is often extremely difficult as it is easily intimidated and disrupted by the threat or actual practice of dismissal and deportation (11).

B. – *Discrimination*

Discrimination plays an important role in maintaining – and justifying – stratification and segmentation in the labour market. It contributes and mutually reinforces attitudes that relegate or constrain certain identifiable groups to certain roles and strata in the work force.

(11) See for example : Linard A., "Migration and Globalisation – the New Slaves", Brussels, ICFTU, July 1998.

There is considerable research documenting the impact of discrimination. Repeated, reinforced discrimination leads to depression, apathy, resignation, and marginalization. When people – and groups – are consistently denied employment opportunities, and when they are also confined to ghettoes, provided inferior education or training opportunities, perceive law enforcement as providing little protection, and face discrimination in other aspects of community life, the combination adds up to a powerful recipe for exclusion, the antithesis of inclusion that is the fundamental notion of integration.

Unequal starting points or disadvantages, together with discriminatory behaviour, are the key reasons why migrant and ethnic minority workers face greater obstacles than the majority population (12). In contrast to individual acts of discrimination, societal discrimination consists of arbitrary barriers against the advancement of minorities; the whole "system" disfavours individuals because they are members of a certain group.

Compounding the challenge of discrimination are underlying ideological precepts of the definitions and identities of most nation-States around the world. Historically, these identities have often been constructed around mono-racial, mono-cultural, monolingual, and sometimes mono-religious definitions of belonging in nation-States.

The reality is increasingly diverse, and will inevitably become more so. A more pronounced shift of paradigm regarding national identities is required, legitimising diversity while preserving the essence of identities that comprise that diversity, including those historical national identities.

C. – *Gender, migration and abuse*

A word on the gender dimensions is warranted. Women now comprise half of the total migrant worker population; that is as workers themselves, not dependents. Differential opportunities for legitimate employment affect men and women differently. Demand for migrant workers in receiving countries is defined by the labour mar-

(12) Additional explanations for the high under and unemployment of migrant and ethnic minority workers can be found in macro-economic developments, including the constant reduction of unskilled industrial manual labour. See : ABELLA M. I., *Sending Workers Abroad*, Geneva, International Labour Office, 1997, p. 9.

ket segmentation in these countries : opportunities are available for precisely these low-skilled jobs considered suitable for women. The feminisation of international labour migration, together with the fact that most job opportunities for women migrants are in unregulated sectors (agriculture, domestic work, sex industry) and the existence of sex-disaggregated labour markets contribute to the increase of discriminative labour markets in countries of destination. Female migrants are thus marginalized even further, they are more often left with no option but irregular migration, and exposed to worst forms of abuse.

IV. – Whose security ?

The contradictions outlined above give rise to contradictions in the rhetoric and practice of States. In a number of countries, migration is being simultaneously encouraged and combated. Distance between policy pronouncements and *de facto* arrangements reflects a major contemporary contradiction in States' practice. Despite all the political rhetoric about illegal migration, governments informally tolerate irregular migration while they officially reinforce controls against "illegal" migrant workers. The effects are, on the one hand, a continued supply of cheap labour, while on the other hand, "illegal" migrants unable to organize in the workplace to defend their dignity and decent work conditions, stigmatized and isolated as well from allies and support.

With few options available for legal migration in the face of strong pull-push pressures, irregular migration channels have become the only alternative, one which presents lucrative "business" opportunities for helping people arrange travel, obtain documents, cross borders and find jobs in destination countries. The flow of low-skilled migrants to more developed regions is channelled by clandestine means precisely because of the non-existence of legal migration categories that would allow for their legal entry in destination countries. Once they are in host countries, they remain confined to jobs in unstructured or informal sectors, in irregular work and under exploitative conditions of employment (13). In contrast,

(13) Abella M. I., "Mondialisation, marchés du travail et mobilité", *Migrations et avenir*, CIEMI, Paris, January-February 2002.

ILO research underlines that legal labour migration channels contribute to both reducing trafficking in children and women and the smuggling of migrants.

Tolerance of restrictions on freedom of movement, long working hours, poor or non-existent health and safety protections, non-payment of wages, substandard housing, *etc.* all contribute to expanding a market for trafficked migrants who have no choice but to labour in conditions simply intolerable and unacceptable for legal employment. The absence of worksite monitoring, particularly in sectors such as agriculture, construction, domestic service, sex-work and others where migrants are concentrated further expands the space and opportunities in which forced or compulsory labour can thrive.

At the level of domestic politics and national government administration, promoting an agenda of migration control has become a viable vehicle to capture political attention and budgetary resources. Pursued to the detriment of other considerations, that focus has subordinated fundamental humanitarian and human rights considerations as well as economic and developmental factors to secondary roles.

In a still growing number of countries, migration management responsibilities have been shifted from labour ministries to interior or home affairs ministries, thus transforming contexts for policy elaboration and implementation from that of labour market regulation to that of policing and national security. Despite the vast extent that migration is about work, this shift separates administration of an increasingly sizable portion of the work force from the institution of the State most directly concerned with labour market regulation, conditions of work and other fundamental areas of its competence.

Reference to social dialogue – consultation with social partners – is absent in many national as well as international migration policy initiatives. "Management" of an increasingly large and important sector of the working class outside normative protections, outside social dialogue and outside labour market institutions contributes to accelerated deregulation of labour markets as well as to deterioration of labour-employer-State relations overall.

The policy dilemmas in the economic and administrative realm are reinforced in the political discourse and ideological frameworks

advanced in host States regarding irregular migrants. The utility of their presence – in irregular and exploited situations – represents a challenge to normative and ideological values of most industrialized countries inasmuch as these persons are denied legal and social protection. A predominant response is banal association of irregular migration with crime, arms, drug trafficking and terrorism, and discussion of draconian measures to "combat illegal migration". Social stigmatisation and outright violence is encouraged by the language of illegality and by military terms – as if "illegal migrants" were an enemy in warlike confrontation.

The terminology of *illegal migrant* or *illegal alien* explicitly associates migration with crime, as does placing immigration control in the same category as crime, arms and drug control. While the term "illegal migration" is more ambiguous, the ease by which language of illegal migration is transposed to "illegal migrants" and the manifest association of both these terms with criminality make these terms vehicles to convey – indeed encourage – the antithesis of acceptance and respect. Language conveys values, explicitly and implicitly. The generalized rise of hostility and violence against non-nationals – migrants, refugees, immigrants, even sometimes students and tourists – is not simply coincidental to the generalized use of these terms.

Legally and semantically, the term *illegal migrant* is an oxymoron – a contradiction – from any reading of human rights values. It contradicts the spirit, if not directly violates the letter, of the Universal Declaration of Human Rights, which clearly establishes in Article Six that every *person* has the right to recognition before the law, and in Article 7, that every person has the right to due process.

Contradictions pitting an amalgam of restriction and control measures against a rights-based approach to regulating migration are further reflected in international political developments. A new international legal framework addressing migration in the context of crime suppression, prevention and punishment was recently established with the adoption and growing number of ratifications of the International Convention against Transnational Organized Crime and its two Protocols, one on combating trafficking in persons, the other to suppress smuggling of migrants. Both of these protocols focus on suppression and prevention measures to confront irregular migration; human rights protections are subordinate

aspects, and essential only provide certain protection for victims of trafficking.

A. – *Security versus Rights?*

A growing assault on the universality of international principles of human rights has evolved over the last decade; it is now particularly focused on migration and the treatment of non-nationals.

Widespread reductions in allocations of resources to meet human needs and to uphold human rights in countries worldwide are associated with arguments that relativize such rights, particularly economic, social and cultural rights. In 1993, the positions taken by a number of governments at the World Conference on Human Rights signaled a strong and explicit challenge to the universality and inalienability of human rights. At that time, the most prominent basis cited for these challenges was cultural, historical and regional relativity of human rights; those critiques asserted that human rights notions apply differently and to different degrees in different cultural and regional contexts; they are not fully "global".

Arguments are being put forth that human rights are not indivisible, rather that civil and political rights should be differentiated from economic, social and cultural rights. This discourse asserts that the latter, in contrast to the former, can only be considered as ideals because they are both too costly and impractical to implement throughout the world. Furthermore, measures to extend and assure such rights require costly and extensive systems, such as welfare, food subsidies, extensive health, education and social service systems, jobs programs, effective judicial systems, *etc.* Due to society-wide and large-scale needs, these systems generally require large tax revenues and management by the State. However, taxation today is often stridently characterized as an impediment to private investment, development and economic growth, both in industrialized and developing countries.

Newly articulated ideological and political arguments specifically challenge the applicability of human rights law and principles to migrants and other non-nationals. On the one hand, post-September 11 doctrines advance the notion that the extent and nature of threats to national and State security posed by "international terrorism" justify – even require – restrictions on human, civil and

judicial rights of migrants in Western democracies as well as elsewhere.

The criminalization of migrants and the securitization of States conveniently dehumanises foreigners, removing the imperative of recognizing and protecting their human rights and precluding solidarity and equality of treatment. Doing so ensures that a significant portion of workforces remain in docile, unprotected and inferior status.

Securitization of States also seems to be effective in justifying and mobilizing at least a sector of public support for generally repressive measures impeding in particular access of foreign workers and their families to legal defence, social services and ability to organize to defend their interests and participation in host societies.

B. – *Relativizing rights*

Meanwhile, new proposals relativizing human and labour rights are emerging specifically in the arena of international migration. A "utilitarian consequentialist" approach argues for an explicit trade-off of lowered application of rights and unequal treatment for non-national workers in exchange for increased opportunities for employment in potential host countries (14). Rights are commodified as negotiable bundles that may be traded, sold or renounced in exchange for economic benefits in form of access to foreign labour markets. This approach is explicitly based on the premise that certain bundles of rights that can be forfeited or traded to "earn" access in temporary and otherwise limited circumstances to employment in developed country labour markets; it also suggests that trade-offs can be negotiated with organizations representing native workers to address their economic and political concerns.

These arguments coincide with continuing calls and initiatives to determine "minimum" or "core" rights applying to migrants. Such initiatives have been articulated in recent years in a draft resolution circulated (but not adopted) at the UN Commission on Human Rights in 1997, in proposals emanating from senior officials of IOM, from EU and Council of Europe forums, in academic circles, and in proposals to revise ILO Conventions. Proposals for delineation of

(14) An elaboration of this approach appears in RUHS M. and CHANG H.-J., "The Ethics of Labour Immigration Policy", *International Organization*, February 2004.

"minimum rights" appeared to have intensified with increased ratifications and entry into force of the 1990 International Convention on protection of migrants' rights. A clear risk in this approach is establishment of a set of guidelines or principles that are far more general, vague and unenforceable in contrast to the explicit standards and supervisory mechanisms of both the ILO and 1990 Conventions on migrant workers.

In any case, opposition to wider ratification of the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (outlined below) has become more explicit. Over the last five years, this author heard comments both in formal statements in international and national meetings and in informal discussions by officials and diplomats representing European and other Western governments that the 1990 Convention was :

- impractical and unrealizable as an international standards in part because it is "too ambitious" and doesn't distinguish between "illegal" migrants and "legal" migrants;
- irrelevant because no host States have expressed willingness to adopt it;
- essentially "dead" as a relevant standard because too few States have ratified it.

Discreet diplomatic pressure was reportedly exercised by some European governments on European Union member States to dissuade any formal consideration of ratification of the 1990 Convention (15). In an oral statement to the UN General Assembly in December 2000 during the discussion of a resolution on migrants' human rights, a US delegate suggested that the lack of progress on ratification made unjustifiable any further expenditure by the UN on publicity or promotion (16). Later, with entry into force imminent, delegates representing Australia, Canada, the European Union block and the USA argued strongly during the 2003 session of the UN Commission on Human Rights that language for the relevant resolution should not "celebrate" or "welcome" entry into force, but

(15) Interview with Anne-Marie Dupré, Director of Refugee and Migrant Services of the Italian Federation of Protestant Churches, March 2000.

(16) Reported orally to the author by staff of an international agency observer mission to the UN General Assembly (2000).

at best only "take note". The US delegate further indicated that no funds should be allocated for the costs of setting up the treaty supervisory body for this Convention since the minimal number of ratifications to date made such expense unjustified (17).

V. – A RIGHTS-BASED APPROACH

The central notion of human rights is "the implicit assertion that certain principles are true and valid for all peoples, in all societies, under all conditions of economic, political, ethnic and cultural life". Human rights are *universal* – they apply everywhere –, *indivisible* – in the sense that political and civil rights cannot be separated from social and cultural rights- and, *inalienable* – they cannot be denied to any human being. This is the basis of the concept of "human rights for all" articulated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which codified in a single instrument, norms common to major religious and historical traditions worldwide.

A corollary notion is that universal principles of human rights implemented in the rule of law provide the foundation for governance – governance of nations, of community relations, and of international migration. This notion reflects historical experience that social cohesion and social peace can only be sustained under conditions of democratic rule, which in turn requires the accountability, the credibility and the enforceability provided under rule of law.

Elaboration in normative instruments of "universal" human rights represents the evolution and legal codification of moral values generally common to world's major religious systems, themselves developed over thousands of years.

These values are increasingly reflected and codified in development of law as nation States emerged and were consolidated as primary political-territorial entities over last two centuries. Declarations of US independence and elaborations of constitutions in both Europe and "New World" made explicit values-based foundation of emerging modern States.

(17) Oral comments heard by the author who attended relevant meetings of the 2003 Commission session.

Reflection of values-based norms in international treaties emerged with development of the Red Cross and its codes of humanitarian principles applicable to armed conflict in the mid-19th century – codes intended to influence behaviour and legal mechanisms of individual States.

International instruments explicitly establishing principles and defining norms for protection of human and labour rights emerged at the beginning of the 20th century. Among the most notable were principles incorporated in the Treaty of Versailles concluding World War I and establishing the International Labour Organization.

A series of complementary leaps forward occurred during and in the aftermath of World War II with the adoption of the Declaration of Philadelphia in the context of the International Labour Organization in 1944, the foundation of the United Nations System in 1945 and the immediately subsequent elaboration of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the UN General Assembly in 1948.

The Declaration of Philadelphia was elaborated around the fundamental notion that :

> "[A]ll human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity" (18).

While not a binding legal instrument in itself, the UDHR has subsequently been adopted or formally endorsed by nearly all the World's nation-States. It has acquired the legal status of customary international law – generally universally applicable as legal norm.

Two major International Covenants elaborated the principles of the Universal Declaration into binding normative standards on political and civil rights, and economic, social and cultural rights in the 1960s (19). These Covenants, together with the UDHR, are often referred to as the *International Bill of Human Rights*, and generally considered applicable to all human beings. The extension of application of these universal human rights to vulnerable groups has been a long and difficult process.

---

(18) Declaration of Philadelphia concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organization (ILO), 1944, Section II (a).

(19) International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

While the two Covenants were widely ratified, in practice it became evident that the norms of these instruments were not applied to a number of important groups. Despite the premise of the universality of the *International Bill of Right,* practice demonstrated that applicability to groups commonly marginalized in national political and juridical concepts needed to be articulated explicitly to ensure that indeed groups at risk of denial and violations of their rights actually were protected in national law and practice.

As a result, specific conventions explicitly extending the "universal" rights to victims of racial discrimination, women, children, and migrants were elaborated over the three decades from 1960 to 1990 : Convention for the Elimination of Racism and Racial Discrimination (CERD), Convention Against Torture (CAT), Convention for the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), the Convention on the Rights of the Child (CRC), and the 1990 Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMR) (20).

These seven instruments – the two Covenants plus the five Conventions cited above – have been characterized as the seven fundamental human rights instruments that define basic, universal human rights and ensure their explicit extension to vulnerable groups world-wide (21).

In the field of those rights applying specifically to workers and work-places, the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work of 1998 was another step in the direction of insisting that there are certain – values-based – principles and specific norms that apply to all States, whether or not they have ratified the specific Conventions. The Declaration establishes respect – and reporting on compliance – regarding these principles and specific normative instruments as a function of membership in the organization which counts 178 Member States, nearly the entire UN Membership.

(20) Texts and status of ratifications of these conventions are available on the website of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, at : www.unhchr.ch.

(21) Noted in the Report of the (UN) Secretary General on the Status of the UN Convention on migrants rights for the 55th Session of the UN General Assembly, UN Doc. A/55/205. July 2000.

A rights-based approach to migration is placement of universal human rights norms defined by the relevant international instruments as central premises of national migration legislation, policy and practice founded on the rule of law. Application of these norms is conditioned by historical, economic, social and cultural factors.

VI. – Migrant specific instruments

Three fundamental notions characterize the protections in existing international law for migrant workers and members of their families.

1. Equality of treatment between regular migrant/immigrant workers and nationals in the realm of employment and work.
2. Core universal human rights apply to all migrants, regardless of status. This was established implicitly and unrestrictedly in ILO Convention (No.143) on Migration for Employment (supplemental provisions) of 1975 and later delineated explicitly in the 1990 International Convention on the Protection of Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.
3. The broad array of international standards providing protection in treatment and conditions at work – safety, health, maximum hours, minimum remuneration, non-discrimination, freedom of association, maternity, *etc.* – apply to all workers. This notion was most recently upheld in a recent Opinion issued by the Inter-American Court (22).

Elaboration of specific international normative instruments on migrant workers actually dates to the 1920s. A first international treaty addressing treatment of foreign workers was established under ILO auspices in 1937. However, the economic and political turmoil that built up into World War II precluded promotion and adoption by more than a handful of States.

(22) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinion Consultativa OC-18/03, 17 Septiembre 2003, solicitada por los Estados Unidos de Mexico. In its conclusions : "The Court decides unanimously, that [...] the migrant quality of a person cannot constitute justification to deprive him of the enjoyment and exercise of his human rights, among them those of labor character. A migrant, by taking up a work relation, acquires rights by being a worker, that must be recognized and guaranteed, independent of his regular or irregular situation en the State of employment. These rights are a consequence of the labor relationship".

In 1949, the year after adoption of the Universal Declaration of Human Rights and two years before establishment of the 1951 International Convention on the Status of Refugees, the first widely implemented instrument on migrant workers was adopted by the ILO, and subsequently ratified by an important number of both host and home States of migrants in the 1950s and 1960s.

The ILO Migration for Employment Convention of 1949 (No. 97) established equal treatment between nationals and regular migrants in areas such as recruitment procedures, living and working conditions, access to justice, tax and social security regulations. The ILO Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention of 1975 (No. 143) took law on international migration further by establishing norms to reduce exploitation and trafficking of migrants while insuring protections for irregular migrants, and to facilitate integration of regular migrants in host societies.

The content of ILO Conventions 97 and 143 formed the basis for drafting the 1990 International Convention on migrant workers, which expanded and extended recognition of economic, social, cultural and civil rights of migrant workers rights (23).

The necessary framework for national law on migration in all countries is amply laid out by these three complementary instruments. Together, the two ILO conventions on migration and the 1990 International Convention comprise an *international charter on migration* providing a broad normative framework covering treatment of migrants and inter-State cooperation on regulating migration.

Eight points describe the importance of these three Conventions :

1. They establish comprehensive "values-based" definitions and legal bases for national policy and practice regarding non-national migrant workers and their family members. They thus serve as tools to encourage States to establish or improve national legislation in harmony with international standards.
2. They lay out a comprehensive agenda for national policy and for consultation and cooperation among States on labour migration policy formulation, exchange of information, providing information to migrants, orderly return and reintegration, *etc.*

(23) Texts and related information available respectively at : www.ilo.org/ilolex and www.unhchr.ch.

3. The 1990 International Convention further establishes that migrant workers are more than labourers or economic entities; they are social entities with families and accordingly have rights. It reinforces the principles in ILO migrant worker Conventions on equality of treatment with nationals of States of employment in a number of legal, political, economic, social and cultural areas.
4. ILO Convention 143 and the 1990 Convention include provisions intended to prevent and eliminate exploitation of migrants, thus reinforcing the "decent work" agenda defined by International Labour Standards, nearly all of which apply explicitly or implicitly to all migrant workers.
5. ILO Convention 143 and the 1990 Convention explicitly address unauthorized or clandestine movements of migrant workers, and call for resolving irregular or undocumented situations, in particular through international cooperation.
6. These Conventions also resolve the lacuna of protection for non-national migrant workers and members of their families in irregular status and in informal work by providing norms for national legislation of receiving States and their own States of origin, including minimum protections for undocumented or unauthorized migrant workers.
7. While the three Conventions address migrant workers, implementation of their provisions would provide a significant measure of protection for other migrants in vulnerable situations, such as victims of trafficking.
8. The extensive, detailed and complementary text contained in these instruments provides specific normative language that can be incorporated directly into national legislation, reducing ambiguities in interpretation and implementation across diverse political, legal and cultural contexts.

For the record, a total of 76 different States have ratified one or more of these three complementary standards as of May 1 2006 (24); 11 member States of the European Union have ratified

(24) The ILO Migration for Employment Convention No. 97 of 1949 is ratified by 46 countries, the ILO Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention No. 143 of 1975 is ratified by 19 countries; and the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families ratified by 34 countries and signed by 16 others. A number of States have ratified both of the ILO Conventions; several have ratified one or both ILO Conventions plus the 1990 International Convention.

one or both ILO conventions (25). With 16 additional signatories to the UN Convention (signing is a preliminary step to ratification), it can be anticipated that some 90 States will have adopted some level of international standards as the basis of national law and policy within the next two to three years.

Entry into force in 2003 of the 1990 Convention allowed it to be cited as an authoritative standard, and thus may exercise strong persuasive power over non-party States as well, even though they have not agreed to be bound by its standards. While most States Party to this Convention are primarily countries of origin of migrants, several ratifying States have large migrant and immigrant populations on their territories, meaning substantial responsibilities for domestic implementation. Other States have utilized provisions in the 1990 Convention as a guide to elaborating national migration laws. A notable example is Italy, which based much of its comprehensive national migration law adopted in March 1998 on the provisions and standards of the 1990 Convention. A recent legal study concluded that Belgian law is almost entirely in conformity with the main provisions of the 1990 Convention, meaning few legal hurdles to ratification (26). Indeed, Belgium, along with Italy, Spain and Portugal are among a number of countries which ratified years ago both ILO migrant worker Conventions.

Nonetheless, the slow progress in ratifications of the 1990 International Convention on migrants' rights and the absence of new ratifications of the ILO Conventions in the last decade symbolize a broader political resistance to recognition of application of human rights standards to migrants, particularly undocumented migrants.

Rights and social protection carry costs, an implication which confronts the logic of globalized economic competition. Opposition to wider ratification of this Convention reflects pressures to restrict rights and corresponding labour costs of a now internationalised reserve army of labour in order to ensure that it remains cheap, docile, temporary and easily removable when not needed.

---

(25) Belgium, France, Germany, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Slovenia, Spain, Sweden, and the United Kingdom.

(26) Foblets M.-C., Vanheule D. and Loones S., *De Internationale VN – Conventie van 1990, Rechtsevolgen van een Belgische ratificatie; een verkennende studie*. K. U. Leuven and University of Antwerp, 2003. Only in Dutch; .available online at : www.december18.net/web/general/d-VNconventiestudie.PDF.

The absence of protection of human rights and the denial of social protection for a part of society carries potentially enormous costs for economic progress and social cohesion for societies as a whole – whether individual nation States or wider in the context of wider international relations today.

As the ILO put it :

> "A rights-based international regime for managing migration rests on a framework of principles of good governance developed and implemented by the international community that are acceptable to all and can serve as the basis for cooperative multilateral action. Existing international Conventions defining the rights of migrant workers provide many of the needed principles, but a sound framework would have to include principles on how to organize more orderly forms of migration that benefit all" (27).

VII. – Elements for a policy agenda

It has become evident that providing protection for migrants is bound up in the challenges of ensuring that migration benefits both home and host countries as well as migrants themselves.

A basic foundation of regulation is required to manage capital-labour relations in general and specific features such as labour migration. *Ad hoc*, market and individual State measures simply don't provide adequate, workable regulation of what is by definition a complex, international phenomenon highly subject to exploitation and conflict.

Governance, policies and administration of phenomena that affect economic performance, industrial relations and social cohesion require a foundation in the rule of law to ensure credibility, accountability and enforceability. Nonetheless, international legal standards provide only a basic grounding for policy and practical measures necessary both to protect migrants and regulate migration.

International dialogue on migration has increasingly focused in recent years in identifying common approaches among States in regulating what is by definition a phenomenon requiring international cooperation. A decade ago, delegates of some 160 countries agreed upon a comprehensive common agenda in the chapter on

(27) ILO, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy*, *op. cit.*

migration of the Plan of Action adopted by the 1994 International Conference on Population and Development (ICPD) in Cairo. More recently, regional migration dialogues, the Berne Initiative's International Agenda for Migration Management (IAMM), and the Global Commission on International Migration (28) have continued discussions and elaborated common approaches.

A vital contribution was adoption of Conclusions and a *Plan of Action on migrant workers* at the 2004 International Labour Conference in Geneva (29). Those Conclusions outline a comprehensive approach to regulating labour migration from a rights-based approach in the context of labour market and employment considerations. Especially significant was their adoption unanimously by ministerial level government representatives and leadership of trade union and employer federations from the 177 ILO member countries. Equally important is that there are a normative system, institutional structure, organizational competence and constituent engagement behind this Plan of Action to see to its effective implementation. Following this Plan of Action, ILO has subsequently elaborated a comprehensive Multi-lateral policy Framework for Labour Migration from a rights-based approach that takes into account labour market concerns and sovereignty of States (30).

Summarizing this framework and provisions of the complementary ICPD and Berne Initiative outcomes, echoed by the recent Global Commission on International Migration report, I highlight eight main components of the migration policy agenda required to ensure that migration benefits host and home countries and the migrants themselves :

A. – *A standards-based foundation for comprehensive national migration policies and practices*

Migration policy and practice can only be viable and effective when they are based on a firm foundation of legal norms, and thus operate under the rule of law.

(28) See final report of the GCIM at : www.gcim.org/en/finalreport.html.

(29) ILO, *Resolution and Conclusions on Migrant Workers.* International Labour Conference, 92nd Session, Geneva, 2004. Available on line at : www.ilo.org/migrant/download/ilcmig_reseng.pdf.

(30) ILO, *Multi-lateral policy Framework for Labour Migration,* Geneva, ILO, 2006. Available on line at : www.ilo.org/migrant/download/tmmflm-en.pdf.

As noted above, the three instruments comprising an *international charter on migration* provide the normative framework and specific model legislative language required to establish a basis for national policy. A major point of establishing legal rights and legislative policy standards is to ensure social legitimacy and accountability, only guaranteed by a policy foundation in the rule of law.

B. – *An informed and transparent migration policy and administration*

Immigration practice must respond to measured, legitimate needs, taking into account domestic labour concerns as well. Such a system must rely on regular *labour market assessments* to identify and respond to current and emerging needs for workers, high and low skilled. Policy and practice will need to address such areas as awareness raising, supervision of recruitment, administration of admissions, training of public service and law enforcement officials, recognition of educational equivalencies, provision of social and health services, labour inspection, rights restoration and recovery for victims of trafficking, and other areas.

C. – *Institutional mechanisms for dialogue, consultation and cooperation*

Migration policy can only be credible, viable and sustainable to the extent it takes into account the interests, concerns and experience of the most-directly affected stakeholders. Key stakeholders are the social partners : the employers and businesses that provide employment and the trade unions – worker organizations – representing the interests of workers, both migrants and nationals. Labour ministries need to have a key role. Of course, consultation and policy-making must also take into account the multiple concerned ministries and agencies within government as well as concerned civil society bodies and certainly migrants themselves.

D. – *Enforcement of minimum national employment conditions norms in all sectors of activity*

Preventing exploitation of migrants, criminalizing abuse of persons that facilitates trafficking, and discouraging irregular employment requires enforcement of clear national minimum standards for

protection of workers, national and migrant, in employment. ILO Conventions on occupational safety and health, against forced labour, and on discrimination provide minimum international norms for national legislation. A necessary complement is *monitoring and inspection* in such areas as agriculture, construction, domestic work, the sex industry and other sectors of "irregular" employment, to prevent exploitation, to detect forced labour, and to ensure minimal *decent work* conditions for all.

E. – *Gender sensitive migration measures*

The feminization of migration and the predominance of abuse of women migrants require recognizing gender equality as integral to the process of policy-making, planning and programme delivery at all levels.

F. – *A Plan of Action against discrimination and xenophobia*

Discrimination and xenophobic hostility against migrants are serious challenges to governance and social cohesion in every region of the world. ILO research has found discrimination rates of 35 % against regular immigrant workers- unlawful discrimination- across Western Europe (31). The 2001 World Conference in Durban articulated a major component of national policy on migration by defining a comprehensive and viable model plan of action specifically to combat discrimination and xenophobia against migrants at national, regional and global levels, based on common experience from different regions (32).

(31) See : BOVENKERK F., GRAS M. and RAMSOEDH D., *Discrimination against migrant workers and ethnic minorities in access to employment in the Netherlands*, Geneva, ILO, 1995; GOLDBERG A. and MOURINHO D., *Labour market discrimination against foreign workers in Germany*, Geneva, ILO, 1996; Colectivo IOE, *Labour market discrimination against migrant workers in Spain*, Geneva, ILO, 1996; BENDICK M. Jr, *Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States : Empirical findings from situation testing*, Geneva, ILO, 1997; SMEESTERS B. and NAYER A. (eds.), *Approche juridique de la discrimination à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère*, Geneva, ILO, 1999.

(32) Main elements were established in the *Declaration and Program of Action* adopted at the World Conference Against Racism and Xenophobia (WCAR) in Durban in 2001, which included 40 paragraphs on treatment of migrant workers, refugees and other non- nationals. The full text is available at : www.unhchr.ch/pdf/Durban.pdf See also for related documents and links : www.unhchr.ch/html/racism/00-migra.html.

G. – *Linking Migration and Development in Policy and Practice*

Migration has long been and continues to generate significant contributions to both development and social progress and welfare in home and host countries alike. However, such contributions will certainly be enhanced by a broad array of policy measures ranging from reducing costs and constraints on transfer of migrant remittances to providing accessible mechanisms for regular migration and recognition of employment contributions of all labour migrants.

H. – *International Consultation and Cooperation*

Formalized mechanisms of regular dialogue and cooperation among States – including participation of concerned stakeholders – are essential in all regions. Of particular note are expanding legal and operational regimes for freer circulation of labour/persons across regional economic integration initiatives in several world regions, including the Andean Community, Mercosur, and the East Africa Community as well as the European Union.

VIII. – Call for action

In the experience of the author, who served from 1998 to 2002 as Coordinator of the Global Campaign for Entry into Force of the 1990 Convention, the most salient obstacle to wider ratification of the three migrant workers Conventions remains a lack of political will by States to extend basic human and labour rights protections to foreign workers. However, efforts to promote awareness and ratification of this and the complementary ILO Conventions have also been minimal.

It is clear that, given enormous economic and political interest in inaction, change in policy will only come about when significant political and social pressure is generated for adoption of a 'rights-based approach' by governments.

Despite the imperative deriving from human rights norms and organizational commitments, work on migrants' rights – particularly related to irregular migration – has generally been marginal and institutionally unsupported in major International Organiza-

tions (IGOs). The International Labour Organization (ILO) conducted little promotion of ratification of its own migrant worker Conventions from the early 1980s until very recently. Its migration branch progressively lost staff and resources over two decades; it was in fact discontinued altogether in 1997. The branch was restored with minimal staff and resources in 2000.

Until the appointment of the UN Special Rapporteur on migrants, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) had no staff-person with an explicit mandate to address migrants' rights issues or to promote the 1990 Convention. The UN did not even publish the text of the 1990 Convention until 1996! However, the UN Special Rapporteur on Human Rights of Migrants has given considerable visibility to the Convention since 1998, despite having only part- time staff assistance.

The International Organization for Migration (IOM) had no mandate or activity on the subject until the late 1990s. When staff first proposed including such concerns as program priorities reformulated in 1997-98, delegates of a number of countries expressly discouraged any reference to IOM activity on migrants' *rights*. However, more recently, IOM has established a department on "International Migration Law", included attention to training and awareness-raising about relevant UN conventions in its activities, and has increasingly referred to importance of protection of migrants in official discourse and documents.

Lest full responsibility for this lacuna be ascribed to these institutions and their leadership, the record will show that demands for inaction were expressed by powerful member governments, in the IOM governing Council, at the UN Commission on Human Rights and in other forums.

The record of civil society organizations (CSOs) is not much more advanced. Efforts defending human rights of migrants and promoting the relevant international standards remain scattered, fragmented and limited in impact. Most CSOs concerned with migration issues are nationally based and focused; regional formations have emerged modestly in Asia, Central America and Europe. Only in the last five years have major international human rights monitoring organizations – Human Rights Watch, Amnesty International, *etc.* – given substantial attention to migrants' rights. With the notable exception of the concerted effort around the Durban World

Conference Against Racism and Xenophobia (WCAR) and some campaigning for the 1990 Convention, the centre of gravity of CSO discourse remains denunciation of conditions and government action or inaction that characterize lack of protection of human rights of migrants (33).

At the global level, no international organization – neither UN nor NGO – has full-time staff and corresponding resources allocated to promoting either the 1990 Convention and/or the ILO Conventions. Inter-regional CSO dialogue and cooperation remain confined to very specific, time-bound initiatives such as joint caucusing and advocacy around international conferences. A strong organizational ethos remains common to many national and local CSOs, privileging localism and expressing distrust of international initiatives.

In a sad parallel to the resource starvation by governments for migrants human rights work by IGOs, little funding has been made available from any public or private source for international CSO initiatives to provide staff, fund publications and communications, networking, and advocacy activities specifically addressing human rights of migrants. Since the mid-1990s, the few organizations that sought funding from donor bases or from foundations in Western countries were consistently informed that human rights of migrants is not a priority. Reasons for this appear to be complex, and not solely based on the political sensitivities raised by the topic of migrants' rights. Many private foundations and other non-State donor agencies in industrialized countries have concentrated funding on regional and local based initiatives, often within a select number of specific countries.

Nonetheless, despite resource starvation, the substantial progress in achieving ratifications of the 1990 Convention appears to be directly and largely tied to the CSO-led promotional efforts of the last seven years, particularly since articulation of a "global campaign" effort involving church, human rights, trade union, and other CSOs together with several IGOs. Since 1998, an international Steering Committee has sought to enhance visibility and orientation; much effort has been sustained by national organiza-

(33) For ample information on evolving civil society activity worldwide on migrants rights and around International Migrants Day, see December 18 network website at: www.december18.net.

tions and sometimes coordinated advocacy in numerous countries (34).

A shift of major importance is the evolution of trade union attitudes from ignoring migration – or expressing hostility towards irregular migrants – to taking stands of solidarity with migrant workers regardless of status (35). Major policy shifts followed by extensive organizing drives among migrant workers have taken place over the last decade by mainstream trade unions and national confederations across Europe as well as in Africa, the Americas and Asia. National labour confederations and/or sectoral unions in Argentina, Belgium, Canada, France, Germany, Ireland, Italy, Korea, Mauritius, Mexico, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, South Africa, the UK and the USA – among others – have full-time national staff for migrant worker organizing and anti-discrimination issues; all are active in policy advocacy for improved protection of rights and decent work conditions for migrants. The main global and regional trade union confederations and a number of national federations have issued calls for ratification of the 1990 Convention and the ILO conventions on migrant workers (36).

The Conclusions of the 2004 International Labour Conference highlight that ILO, its constituent labour ministries and social partner organizations, and civil society organizations have fundamental roles to play in providing moral, political, and practical leadership in assuring a rights-based approach to international migration.

This role is necessarily expressed through a profile of solidarity and advocacy built on work with migrants and their concerns in explicit association with promotion of international standards and the values they embody. Social partner organizations and CSOs have critical roles to play in convincing governments to do 'the right thing' for all migrants. Work in local communities is undeniably the necessary operational focus for constituent-based organizations.

(34) See Global Campaign website at : www.migrantsrights.org.

(35) For a global overview of trade union views and activities, see : ILO, "Migrant Workers", Labour Education 2002/4. No. 129. Available in English, French and Spanish at : www.ilo.org/actrav/.

(36) See website of International Confederation of Free Trade Unions at : www.icftu.org. Some 200 articles and items posted relate to trade unions and migrant workers; search by key word *migrants*.

However, the lack of international coordination and "concertation" today in defence of migrants denies civil society efforts the visibility and effectiveness required to assert political and organizational initiative in national and international policy and legislative processes. This initiative is imperative if protection of migrants is to be given priority when confronted with assertions that decent treatment for all migrants presents unacceptable economic costs and political constraints.

Much more than dispersed campaigns will be necessary to defend and advance protection of rights and dignity of migrants – non-nationals – in the context of today's globalized world, with its polarized accumulation of wealth and power and increasing exclusions. Common approaches, strategies, coordination, and the ability to mobilize human resources are needed. All this is required to generate alternative solutions, influence the course of events, contribute to the elaboration of national policies, and so on. And it won't happen spontaneously.

This author proposes an agenda of several "next steps" required to build an agenda of solidarity with migrants in a globalized world. These steps may also describe areas for dialogue and cooperation between ILO, its tripartite constituents and civil society partners, as well as other concerned institutions :

1. Jointly promote ratification and application of the ILO and UN Conventions on protection of rights of migrant workers in all world regions.
2. Facilitate cooperation between concerned civil society organizations, and social partners – trade unions in particular – in promotion of migrant worker standards country by country.
3. Strengthen common approaches and common actions between social partners, CSOs and the key standards-based International Organizations : OHCHR, ILO and UNHCR globally and the African Union, the Council of Europe, the European Union and the Organization of American States in these regions.
4. Contribute experience and examples of "good practices" towards elaboration of an international policy framework on labour migration.

IX. – Conclusion

Today, in the context of an apparent rise in inequalities in distribution of wealth and exclusion of entire populations from the benefits and social welfare promised by globalization, it is clear that greater emphasis is needed on advancing rights-based approaches. These are arguably fundamental to ensuring the primacy of the rule of law, extension and consolidation of democracy, and a corollary greater equity in the distribution of material well-being and social welfare.

To the extent that migration is a central arena for expression of values in law, policy and practice, advancing a rights-based framework for protection of migrants and regulation of migration is imperative. This requires advocacy and action – hard work – in an integrated promotion of human rights law, of international labour standards, of humanitarian principles and respect for diversity – the guarantors of democracy and social peace.

The primary step is obtaining States' adherence to relevant international human rights standards, particularly the two ILO migrant worker Conventions and the 1990 International Convention on migrants rights. Complementing this is promotion of efforts to address labour market needs and composition, ensure *decent work* opportunities for all, combat discrimination and promote integration, and implement accompanying practical measures.

Promotion of the rule of law and of respect for diversity as guarantors of democracy and social peace are shared responsibilities among all stakeholders : government, employers, trade unions, civil society and migrants themselves. Social partners, together with civil society organizations and international organizations – in concert with migrant associations – have key moral and political leadership roles to play in mobilizing societies and governments to ensure implementation of a rights-based framework for international migration.

Recent progress is encouraging, but the challenge is huge.

FILLING THE GAP OF SOCIAL SECURITY FOR MIGRANT WORKERS : ILO'S STRATEGY

BY

URSULA KULKE (1)

PLAN

I. – INTRODUCTION 436

II. – SOCIAL SECURITY AS A BASIC HUMAN RIGHT 438

A. – *The origins of social security* 438

B. – *Social Security in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights* ... 439

C. – *Social Security in ILO Standards* 440

III. – RESTRICTIONS TO MIGRANT WORKERS' SOCIAL SECURITY RIGHTS UNDER NATIONAL LEGISLATION 442

A. – *Restrictions to social security rights due to the principle of territoriality* 442

B. – *Restrictions to social security rights due to the principle of nationality* 443

C. – *Restrictions to social security rights due to the lack of conclusion of bilateral or multilateral agreements* 443

IV. – ILO STANDARDS FOR THE PROTECTION OF MIGRANT WORKERS' SOCIAL SECURITY RIGHTS 444

A. – *Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention, 1925 (No. 19)* 446

B. – *Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118)* . 446

C. – *Maintenance of Social Security Rights Convention, 1982, (No. 157) and Maintenance of Social Security Rights Recommendation, 1983 (No. 167)* 448

D. – *Social security protection of irregular migrant workers in ILO instruments* 450

(1) Coordinator for Standards and Legislation, Social Security Department, International Labour Office, Geneva.

The author would like to thank John Woodall and Emmanuelle Saint-Pierre Guilbault, both from Social Security Department, International Labour Office, Geneva, for their valuable contribution.

V. – Regional Coordination Instruments 450
A. – *Coordination of social security rights in the European Economic Community* 451
B. – *Coordination of social security rights in the context of the Council of Europe* 453
C. – *Other social security agreements in Europe* 453
D. – *Social security agreements in Africa* 454
E. – *Social security agreement of the Caribbean Community Countries (CARICOM Agreement on Social Security)* 455
VI. – Application of social security protection of migrant workers in practice 456
VII. – Protecting social security rights : Unilateral measures 462
VIII. – The way forward 465

I. – Introduction

Social security is of utmost importance for the well-being of workers, their families and communities as a whole. It is a basic human right and a fundamental means for the creation of social cohesion, thereby contributing to social peace and social inclusion. In addition, social security is an indispensable part of government social policy and an important tool for the prevention and alleviation of poverty. By the same token, it can, through national solidarity and fair burden sharing, contribute to human dignity, equity and social justice. It is also an important factor in political inclusion, empowerment and the development of democracy. Studies have shown that social security, if properly managed, enhances productivity by providing health care, income security and social services. In conjunction with a growing economy and active labour market policies, it can be an important instrument for sustainable social and economic development. In light of these remarks, it may be argued that the expansion of globalisation and structural adjustment policies over the last decades has made social security more necessary than ever (2).

(2) See : International Labour Conference, 89th Session, *Conclusions concerning social security*, Geneva, ILO, 2001.

In addition, the necessity of ensuring social security protection to migrant workers specifically has become increasingly important in the light of the new models of economic integration, which have emerged in several parts of the world over the last decades. The portability of social security rights undoubtedly facilitates the free movement of labour within economic zones and thus contributes to guaranteeing the proper functioning of these integrated labour markets. Also, the fact that social security benefits can form an important part of the remittances which are sent to migrant workers' countries of origin and which have been recognised by the world community as significant tools for development emphasises the significance of social security rights for migrant workers from an economic perspective.

Social security is usually established by national legislation and is related to periods of employment or contributions or residence. Hence, the amounts and range of benefits, conditions of entitlement and the duration of payment within social security schemes are set out by national legislation. These schemes are administered by national bodies and governed by national rules and regulations. National courts and tribunals resolve individual disputes relating to benefit entitlement. The scope of social security schemes is therefore traditionally confined to the territory of a particular State.

Due to the territorial nature of social security and the diversity of the systems in terms of programmes and their conditions to the entitlement to benefits, specific difficulties relating to social security protection may arise when workers migrate from one country to another. While migrant workers run the risk of losing entitlements to social security benefits in their country of origin because of their absence, they may at the same time, in their country of employment, encounter exclusion from social security coverage as non-nationals or a denial of any right to benefits due to lengthy qualifying periods. The more a worker moves from one country of employment to another, the more he/she becomes vulnerable in this respect. While the personal situation and experience of these workers may vary substantially one to another, there are specific means by which these difficulties can be overcome. These means are laid down in a number of ILO Conventions and implemented in many countries through bilateral and multilateral agreements. However, ILO Conventions dealing with the social security protec-

tion of migrant workers have only been ratified by a limited number of countries. Furthermore, the network of bilateral and multilateral agreements still contains many loopholes. In the absence of ratification of ILO Conventions and social security agreements and in order to guarantee at least some kind of social security protection in case of major contingencies (*e.g.* invalidity) to their nationals who are working abroad, some labour-exporting countries have thus adopted, on a unilateral basis, their own measures of protection.

The present study discusses the practical problems linked to the extension to migrant workers and their families of social security coverage and entitlements. It further examines the strengths and weaknesses of international conventions and social security agreements concluded for such purposes in recent years, and suggests ways and means by which better protection of migrant workers and their families can be achieved, particularly in the absence of ratification of relevant Conventions or conclusion of social security agreements by migrant-sending and by migrant-receiving countries.

As social security benefits are usually granted on the basis of periods of employment, economic activity or residence, registration either with the statutory national social security scheme or other relevant national authority is required before social security rights are acquired. Registration tends to be available, if at all, to "regular" migrants (*i.e.* here, those migrants with formal and legal contracts), not those described as "irregular". Therefore, this study will focus more closely on the right of regular migrant workers to social security, than the needs, which are nevertheless important, of "irregular" migrant workers.

II. – Social security as a basic human right

A. – *The origins of social security*

Human beings have engaged from earliest times in the search for protection for themselves and their dependents. As a corollary, ensuring one's security has always been placed at the centre of peoples' priorities and has guided their choices and decisions. As communities emerged as the dominant social structure, the principle of mutual solidarity started to develop. Accordingly, systems were designed, which enabled societies to cope with various forms of

hardship confronting everyday life. These perceived needs are at the origin of social security, which is considered as one of the main pillars on which overall security rests (3) and, given its very nature, recognised worldwide as a basic human right, part of the broader family of economic, social and cultural rights.

Social security can be understood as :

> "the protection which society provides for its members, through a series of measures, against the economic and social distress that otherwise would be caused by the stoppage or substantial reduction of earnings resulting from sickness, maternity, employment injury, unemployment, invalidity, old age and death; the provision of medical care; and the provision of subsidies for children" (4).

B. – *Social Security in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*

From a global legal perspective, the recognition of the right to social security has been developed through universally negotiated instruments that describe social security as a fundamental societal right and that grant this right to every human being, as laid down in Article 22 of the Universal Declaration of Human Rights adopted in 1948 (5), and in Article 9 of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (6) adopted in 1966. Although the Universal Declaration of Human Rights, adopted as a United Nations General Assembly Resolution creates no binding obligations for States *per se*, it is widely held that some of its provisions have become part of customary international law, due to the widespread acceptance of its authority and the strong moral force it carries (7). As for the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, it establishes under Article 2 the obligation of

(3) International Labour Office, *Social Security Principles*, Geneva, 1998, p. 1.

(4) International Labour Office, *Introduction to social security*, Geneva, 1989, p. 3.

(5) Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly Resolution No. 217A (III) on 10 December 1948, Article 22 :

"Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality".

(6) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by General Assembly Resolution No. 2200A on 16 December 1966 (entry into force 3 January 1976), Article 9 : "The State Parties to the present Covenant recognise the right of everyone to social security including social insurance".

(7) See, for instance : JENNINGS R. and WATTS A. (eds), *Oppenheim's International Law* (9th ed.), Volume 1, Parts 2-4, Longman, New York and London, 1996, p. 1004.

State Parties to take steps, to the maximum of their available resources, with a view to progressively achieving the full realisation of the rights recognised by the Covenant, by all appropriate means, including the adoption of legislative measures, and guarantees the exercise of the rights without discrimination. Ratified as of January 2006 by 152 countries, its implementation is monitored by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (8). A more recent human rights instrument, The International Convention on the Protection on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (9), was adopted in 1990 setting out standards as regards the protection of migrant workers' rights, including the right to equality of treatment regarding social security.

C. – *Social Security in ILO Standards*

More detailed and comprehensive than the instruments described above are the Conventions and Recommendations adopted under the auspices of the ILO in the field of social security, which are not limited to declaring the existence of a right, but which also develop content and corollary obligations for the ratifying state, giving more practical significance to the right set out.

Setting international standards in the field of social security has been and is still one of the core activities of the ILO. As early as 1919, the preamble of the International Labour Organisation Constitution set forth the following goals in this field : the "[...] prevention of unemployment [...]" the "[...] protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment, the protection of children, young persons and women, provision for old-age and injury [...]" and "[...] protection of the interests of workers when employed in countries other than their own [...]". Underlying these objectives were "[...] sentiments of justice and humanity [...]", as well as a desire to secure the permanent peace of the world.

(8) The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has examined reports of States Parties dealing with the right to social security on some occasions, but only indirectly. Most of the concluding observations of the Committee referred to discrimination in administrative decisions regarding entitlement to social security benefits, on the basis, *inter alia*, of gender, occupation and marital status.

(9) The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted by the UN General Assembly Resolution No. 45/158 of 18 December of 1990.

In 1944, the General Conference of the International Labour Organisation recognised the "solemn obligation" of the International Labour Organization to further encourage among the nations of the world programmes which would achieve, *inter alia*, the extension of social security measures "[...] to provide a basic income to all in need of such protection and medical care [...]", as well as "[...] provision for child welfare and maternity protection [...]" (Declaration of Philadelphia, 1944) (10).

Hence, establishing social security as a basic right for all workers and promoting its respect and application by Member States is part of the ILO's mandate. Since its first session in 1919, the International Labour Conference has adopted 186 Conventions, out of which 31 specifically concern social security. Out of the 194 Recommendations adopted before 2006, 23 specifically deal with social security. The ILO Governing Body reviewed these Conventions and Recommendations relating to social security in 2002 in the light of the current needs of the international community, and confirmed that it regards 8 of these Conventions (11) and 7 of these Recommendations (12) as being up-to-date.

The Convention on Social Security (Minimum Standards), No.102, is the flagship of ILO social security conventions as it is the only international instrument that sets worldwide-agreed minimum standards for all nine branches (13) of social security. As such, it is recognised as an instrument which has had substantial influence in the development of social security in national systems in various

(10) Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organization (Declaration of Philadelphia), adopted by the International Labour Conference on 10 May 1944, Article III (f).

(11) These are: Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102); Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118); Employment Injury Benefits Convention, 1964 (No. 121); Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention, 1967 (No. 128); Medical and Sickness Benefits Convention, 1969 (No. 130); Maintenance of Social Security Rights Convention, 1982 (No. 157); Employment Promotion and Protection Against Unemployment Convention, 1988 (No. 168); and Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183).

(12) These are: Income Security Recommendation, 1944 (No. 67); Employment Injury Benefits Recommendation, 1964 (No. 121); Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Recommendation, 1967 (No. 131); Medical and Sickness Benefits Recommendation, 1969 (No. 134); Maintenance of Social Security Rights Recommendation, 1983 (No. 167), Employment Promotion and Protection Against Unemployment Recommendation, 1988 (No. 176); and Maternity Protection Recommendation 2000 (No. 191).

(13) The nine classical branches of social security are understood, under international social security law, as comprising: medical benefit; sickness benefit; unemployment benefit; injury benefit; old-age benefit; invalidity benefit; family benefit; maternity protection; and survivor's benefit.

regions of the world, and which, therefore, is deemed to embody an internationally accepted definition of social security (14). Such influence has also been felt at the regional level, where, for instance, Convention No. 102 was used as the blueprint for regional instruments such as the European Code of Social Security. Its principles are reflected in other regional instruments such as the European Social Charter, the Treaty of Amsterdam of the European Union and those developed in Africa and Latin America.

III. – Restrictions to migrant workers' social security rights under national legislation

Migrant workers often face difficulties with regard to social security coverage and entitlement to benefits that national workers and those who have lived and completed their whole working life in one country do not face. These difficulties are mainly due to the fact that social security systems are established under national legislation and are either linked to periods of employment, economic activity, or residence. Thus, national social security laws often contain features that are to the disadvantage of workers who migrate from one country of employment to another as compared with nationals who only work in their country of origin.

A. – *Restrictions to social security rights due to the principle of territoriality*

Several ways in which migrant workers tend to suffer disadvantage regarding social security stem from the *principle of territoriality*. The incorporation of this principle in national legislation has the effect of limiting the scope of application of social security legislation to the territory of the country in which it has been enacted. This principle is not only a reflection of the sovereignty of a state, but also a result of the technical impossibility of enforcing mandatory legislation in another country. Two major problems, which arise from the implementation of this principle, are: the loss of coverage, and the limitation on the "export" of benefits abroad.

(14) International Labour Conference, 91st Session, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (IA), Geneva, ILO, 2003, p. 20, §53.

By virtue of this principle, workers who are leaving their country of origin to work abroad may lose coverage under their national social security system and thus run the risk of having no social security coverage, either in their country of origin, or in their country of employment.

It may also happen that, as a result of applying this principle, beneficiaries residing abroad are debarred from "exporting" their benefits to be paid in their country of residence, or the export of benefits abroad may be made conditional on the conclusion of bilateral or multilateral social security agreements with the country of residence. Thus, migrant workers who return to their country of origin may be totally deprived of their social security benefits, or deprived of the benefit if their country of origin did not conclude any social security agreement with the country of employment. Such limitations may be due to monetary restrictions or to administrative problems (*e.g.* benefits in kind such as medical services cannot be provided directly by the competent social security institution outside of its area of competence), but may also be based on the underlying idea that a State is, in the first place, responsible for the people living within its borders.

B. – *Restrictions to social security rights due to the principle of nationality*

Migrant workers' social security rights may also be affected by the *principle of nationality.* The inclusion of this principle in national social security legislation may result in the exclusion of foreign workers from social security coverage under the national schemes. While such discriminatory rules can be found in some countries, few go as far as to entirely deny social security coverage to foreigners, although some foreign workers are denied access to specific social security benefits.

C. – *Restrictions to social security rights due to the lack of conclusion of bilateral or multilateral agreements*

In addition, migrant workers face the risk of losing their social security rights when they are successively or alternately covered by the schemes of two or more countries. In almost all countries, the

payment of benefits, with the exception of employment injury benefits, is conditional upon a qualifying period of contributions or employment or residence. While such a qualifying period tends to be relatively short for short-term benefits, including sickness benefit, maternity benefit or unemployment benefit, it can be up to 15 years and more for old-age, invalidity and survivors' pensions. Due to these long qualifying periods, migrant workers may risk losing entitlement to benefits if different periods of service in each country are not accumulated, with the result that qualification is disallowed for benefits in any of the respective countries. In this respect, bilateral and multilateral social security agreements ensure that where the right to benefit is conditional upon the completion of a qualifying period, account is taken of the periods served by the migrant worker in each signatory country.

Multilateral agreements, in comparison to bilateral agreements, have the advantage of generating common standards and regulations and so avoiding discrimination among migrants from various sending countries who might otherwise be granted different rights and entitlements through different bilateral agreements. In addition, a multilateral approach eases the bureaucratic procedures by setting common standards for administrative rules implementing the agreement.

IV. – ILO STANDARDS FOR THE PROTECTION OF MIGRANT WORKERS' SOCIAL SECURITY RIGHTS

The need for the protection of migrant workers' social security rights was already recognized at the beginning of the 20th century when the first bilateral agreements were concluded in Europe. These early agreements were aimed especially at equality of treatment and also, in the case of compensation for employment injuries, at the payment of pensions to the injured persons and to their dependents resident abroad (15). In the following decades, coordinated efforts at the international and regional level led to the adoption of several instruments which aim at guaranteeing migrant wor-

(15) The earliest Convention concerning compensation for employment injury was concluded on 15 April 1904 between France and Italy. For more detailed information see : ILO, *Social Security For Migrant Workers*, Geneva, 1977, pp. 1-7.

kers complete and continuous social security protection on the basis of equality of treatment with national workers.

From ILO's early years, the International Labour Conference has inserted clauses on equality of treatment between national and non-national workers into its social security Conventions. In addition to the general social security Convention which set minimum standards, the International Labour Conference has adopted several instruments which specifically lay down provisions for the protection of migrant workers' social security rights, namely the Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention, 1925 (No. 19), the Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118) and the Maintenance of Social Security Rights Convention, 1982 (No. 157), together with its supplementary Maintenance of Social Security Rights Recommendation, 1983 (No. 167).

Before describing these Conventions in detail, mention should be made of the five basic principles established through the Conventions, that are part of all bilateral and multilateral agreements on social security, namely :

- *Equality of treatment*, which means that an immigrant worker should have, as far as possible, the same rights and obligations as regular residents.
- *Determination of the applicable legislation* to ensure, by establishing the rules for determining the applicable legislation, that the social security protection of a migrant worker is governed at any one time by the legislation of one country only.
- *Maintenance of acquired rights and provision of benefits abroad*, which means that any acquired right, or right in course of acquisition, should be guaranteed to the migrant worker in one territory, even if it has been acquired in another, and that there should be no restriction on the payment, in any of the countries concerned, of benefits for which the migrant has qualified in any of the others.
- *Maintenance of rights in course of acquisition*, which means that where a right is conditional upon the completion of a qualifying period, account should be taken of periods served by the migrant worker in each country.
- *Reciprocity,* which is an underlying principle of all these Conventions. By its application, equal treatment is to be granted only to

nationals from countries, which, by ratifying the relevant instruments, have agreed to apply the same rules. A country, which refuses equal treatment to workers from another country, cannot expect that the other country will in return grant equal treatment to its own workers. This feature of reciprocity is almost unique to this subject of labour migration.

A. – *Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention, 1925 (No. 19)*

The scope of this Convention centres on compensation resulting from industrial accidents. Under its provisions, each ratifying State undertakes to grant nationals of any other Contracting Party and their dependants the same treatment in respect of accident compensation as it grants to its own nationals. Thus, foreign workers have to be included in the national scheme. There is no obligation to pay benefits abroad, but if benefits are paid to nationals living abroad, the same should be applied to foreign workers. Equality of treatment must also be guaranteed without any condition of residence in the territory of the State in question. Convention No. 19 is directly applicable without necessitating the conclusion of any bilateral or multilateral agreement between the States concerned; however, the measures for payment of benefit abroad may be determined if necessary between the States concerned.

B. – *Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118)*

To be able to ratify this Convention, a State must have social security legislation in effective operation within its territory, covering its own nationals for one or more branches of social security corresponding to those defined by the Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102). In ratifying this Convention, States are free to choose the branch or branches to which its provisions would apply. There is no need for social insurance schemes to provide periodical benefits; state run schemes, a provident fund or even a scheme based on direct employers' liability could do so. The purpose of this Convention being merely co-ordination of national codes of social security legislation, it does not even require a minimum development of these legislations.

According to Article 3, paragraph 1, the Convention grants the benefit of equality of treatment to nationals of other State Parties to the Convention (global reciprocity). Equality of treatment, however, should also be provided to refugees and stateless persons without any condition of reciprocity (Article 10).

Equality of treatment shall apply not only in the territory of the State concerned, but also without any condition of residence when workers reside abroad. This means that if nationals (including members of their family or survivors) are granted social security benefits when they are residing abroad, they shall be provided, likewise, in the same circumstances, to the nationals of any other State in which the Convention is in force. In this regard, the Convention provides for a global reciprocity : equality of treatment applies irrespective of the branches of social security for which a ratifying State has accepted the obligations of the Convention, even if the other State in question has no legislation at all on the same benefit. However, a ratifying State does not need to apply the principle of equality of treatment to nationals of another State regarding a specific branch, if that State does not grant equality of treatment with regard to the specific branch even though it has enacted legislation relative to that branch (16).

Convention No. 118 requires State Parties to it to endeavour to participate in schemes for the maintenance of acquired rights and rights in course of acquisition in favour of nationals of other State Parties to the Convention, and for each branch accepted by these States (Article 7). Such a scheme should, in particular, provide for the totalization of periods of insurance, employment or residence and of assimilated periods for the acquisition, maintenance or recovery of rights and for the calculation of benefits (17).

Article 5 of the Convention lays down the principle of the provision of benefits abroad with respect to invalidity benefits, old-age and survivors' benefits, employment injury benefits and death grants. This obligation is limited to the nationals of the State concerned and to those of other States, which have accepted the obligations of the Convention for the same branch (reciprocity branch by branch). However, the payment abroad of so-called "non-contri-

(16) Article 3(3) of the Convention in comment.
(17) ILO, GB.283/LILS/WP/PRS/3, 283rd Session, Geneva, March 2002, p. 14.

butory benefits" may be made subject to the participation of the Member State concerned in bilateral or multilateral social security agreements.

As for the maintenance of the acquired rights to short-term benefits, there is an obligation for the ratifying States to endeavour to negotiate in good faith the conclusion of bilateral or multilateral instruments. These agreements must provide for the maintenance of rights in course of acquisition to short-term as well as long-term benefits, irrespective of whether the entitlement to the benefit is subject to a qualifying period.

Finally, the Convention requires State Parties to it to afford each other administrative assistance free of charge in order to facilitate the implementation of its provision and of their respective legislation (Article 11).

C. – *Maintenance of Social Security Rights Convention, 1982, (No. 157) and Maintenance of Social Security Rights Recommendation, 1983 (No. 167)*

Convention No. 157 supplements Convention No. 118 as it provides for the maintenance of migrant workers' social security rights and the maintenance of these rights in course of acquisition. Convention No. 157 applies to each of the nine branches of social security for which a State Party has legislation in force (Article 2), unlike Convention No. 118, which allows State Parties to choose just one or more out of the nine branches. Unlike Convention No. 118, it contains no provisions requiring State Parties to accord within their territory equality of treatment between nationals and non-nationals. Instead, it deals with two issues not addressed in Convention No. 118 : determination of the applicable legislation in accordance with rules set by the Convention in order to avoid conflicts of laws (Article 5) and administrative assistance and assistance to persons (Part V), which require State Parties to the Convention to promote the development of social services to assist persons concerned in their dealings with the authorities, institutions and jurisdictions, particularly with respect to the award and receipt of benefits to which they are entitled and the exercise of their right of appeal (Article 14).

Every State Party must endeavour to participate with every other State Party concerned in schemes for the maintenance of

rights in course of acquisition in respect of each branch of social security for which every one of them has legislation in force (Part III). Such schemes must provide for the adding together of periods of insurance, employment, occupational activity or residence with a view to the acquisition, maintenance or recovery of rights and the calculation of benefits. The schemes must also determine the formula for awarding benefits as well as for the apportionment of the costs involved. The Convention further requires State Parties to it to endeavour to participate in schemes for the maintenance of rights acquired under their legislation as regards each branch of social security for which each of them has legislation in force (Part IV).

The Convention also provides for the provision of benefits abroad (Article 9). For long-term contributory benefits, such provision is a direct obligation deriving from the right acquired under the legislation of the State Party. The obligation covers beneficiaries who are nationals of a State Party or refugees or stateless persons, irrespective of their place of residence. In the case of non-contributory benefits, the conditions for the provision abroad are determined by mutual agreement between the States concerned. The Convention further establishes specific rules for the payment of short-term benefits to beneficiaries residing abroad (Article 10).

Convention No. 157 is supplemented by the Maintenance of Social Security Rights Recommendation, 1983 (No. 167), which contains comprehensive model provisions for the implementation of the Convention (see Annex II of the Recommendation). Annex I of the Recommendation contains model provisions for the conclusion of bilateral or multilateral social security agreements. They cover all nine branches of social security as defined by ILO Conventions and consider all different kinds of schemes. In addition, the model provisions contain the common definitions, the rules on the applicable legislation, rules on alternative methods of maintaining rights in course of acquisition for different kinds of benefits, different alternatives for the maintenance of acquired rights and provision of benefits abroad, and miscellaneous provisions on mutual assistance between different national institutions.

D. – *Social security protection of irregular migrant workers in ILO instruments*

As regards social security benefits, the relevant ILO social security instruments make no reference to the protection of migrant workers in an irregular situation. The same applies with respect to other international instruments that deal with migrant workers in an irregular situation and with social security. One exception, however, can be found in the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143), which stipulates that migrant workers in an irregular situation shall have the same rights as regular migrant workers concerning social security rights arising out of past employment. This provision must in particular be understood for the purpose of acquiring rights to long-term benefits. Within this context, it appears from the *General Survey on migrant workers* that the wording "past employment" refers to past periods of both legal and illegal employment. Paragraph 34 (1) (b) of the Migrant Workers Recommendation, 1975 (No. 151), which accompanies Convention No. 143, recommends that migrant workers, irrespective of their legal status, who leave the country of employment should be entitled to benefits which may be due in respect of any employment injury suffered (18).

V. – Regional Coordination Instruments

Multilateral coordination of social security legislation has developed not only at the international, but also at the regional level. The first instance of this trend dates to a convention concerning reciprocity with regard to employment injuries concluded by the Scandinavian countries (Denmark, Norway, Sweden) in 1919. Since the Second World War, this regional movement has undergone a remarkable expansion under the influence of economic integration. In that connection, the coordination of social security legislation was very soon seen to be an ingredient of the liberalization of the movements of manpower and of the free movement of workers that was needed in order to remove the obstacles due to the restrictions and

(18) International Labour Conference 87th Session, *Migrant Workers*, Report III (Part B), Geneva, ILO, 1999, sections 307 and 308, pp. 111-112.

losses of rights resulting from the separate application of different social security legislation.

Having regard to the new responsibilities, presented by the above evolving situation, the regional organizations concerned generally turned – for technical collaboration in the design of multilateral agreements – to the ILO due to its long experience and extensive qualifications in the field of international co-ordination. The ILO has thus been associated with the preparation and, when appropriate, the application of most of the regional instruments of social security adopted after the Second World War. These include European organizations (especially the Central Commission for Rhine Navigation); Caribbean organizations (such as the Caribbean Community Countries (CARICOM)); in Africa, the Common African and Mauritanian Organization and the Economic Community of West African States; in Europe, the Council of Europe, the East European Economic Community; in the Americas, the Organization of Central American States and the Countries of the Andean Group. Due to these various involvements, the ILO was able to contribute to the protection of migrant workers' rights not only at the international level, but could at the same time ensure a measure of concerted action at the regional level.

A. – *Coordination of social security rights in the European Economic Community*

The European Economic Community (EEC) was founded in 1957 by the EEC Treaty (19) to establish a common market between its Member States (20). As a consequence of the progressive economic integration established under the Treaty, the need for coordinating the social security legislation of Member States very soon became apparent as did the importance of regulating intra-regional migratory flows and the treatment of non-national workers. In this respect, EC Regulation No. 1408/71 on the application of social security schemes of employed persons and their families moving within

(19) Treaty establishing the European Economic Community (EEC), adopted on 25 March 1957.

(20) The ECC founding countries are: Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and The Netherlands, following which 19 additional countries joined. As of February 2006, there are 25 Member states: Austria, Belgium, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, The Netherlands, Poland, Portugal, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom.

the Community was adopted in 1971. Rules for its administrative execution were then adopted in 1972 in EC Regulations. Its application was subsequently extended to self-employed persons and members of their families (21), students (22) and nationals of third countries (23). It should be noted, however, that Regulation 1408/71, does not yet cover supplementary social security schemes.

Regulation 1408/71 is applied between EU countries. Its personal scope has been extended by Association Agreements concluded between EU and Maghreb countries (Algeria, Morocco and Tunisia). It also applies to the countries of the European Free Trade Association (EFTA) (Iceland, Liechtenstein and Norway, with the exception of Switzerland) by virtue of the EC-EFTA European Economic Space Treaty. An extension of the scope of these Regulations to cover all workers in the EU irrespective of their nationality is under consideration.

The personal scope of the Regulation includes employees or self-employed persons and their survivors, as well as civil servants or persons treated as such. The material scope of the Regulation covers sickness, maternity, unemployment and family benefits and death grants, as well as invalidity, old-age, survivors' benefits and employment injury benefits, as provided in the national legislation of Member States. Social assistance and medical assistance are excluded from the scope of the Regulation.

The Regulation also states the general principle according to which the categories of persons covered by the Regulation are exclusively subject to the legislation of the State where the activity is exercised. However, the Regulation provides for exceptional cases where either the *legislation of the State of residence* of the employee or the *legislation of the State of residence of the employer* are applicable.

Special rules are provided for the conditions of entitlement to benefits, its calculation, and payment of these benefits. These envisage the *aggregation of insurance periods* completed under the legislation of several Member States is envisaged with regard to the

(21) Council Regulation (ECC) No. 1390/81, 12 May 1981, *Official Journal*, 1981, L 143, p. 1.
(22) Council Regulation (EC) No. 307/1999, 8 February 1999, *Official Journal*, 1999, L 38, p. 1.
(23) Council Regulation (EC) No. 0859/2003, 14 May 2003, *Official Journal*, 2003, L 124, p. 1.

completion of the qualifying period and the calculation of the benefits.

B. – *Coordination of social security rights in the context of the Council of Europe*

Other than in the European Union context, multilateral agreements have been concluded under the auspices of the Council of Europe in order to apply the *Principle of equality of treatment* in the field of social security to nationals of Member States (24).

The European Interim Agreements on Social Security Schemes of 1953 set out the right to equality of treatment for nationals of Contracting Parties with regard to social security schemes and, in addition, extend to nationals of all parties the advantages of bilateral and multilateral agreements concluded between them. The first of such agreements concerns old-age, invalidity and death benefits, whereas the second includes the other branches of social security. The European Convention on Social Security (25), which entered into force in 1972, mainly reflects the principles and substantial provisions encompassed in EU Council Regulation 1408/71.

C. – *Other social security agreements in Europe*

When the European Convention on Social Security (26) entered into force in 1972, most of the multilateral social security conventions adopted previously by European countries became outdated, due to their replacement by relevant provisions of the Convention or by new multilateral agreements concluded in application of certain provisions of the Convention (27). The Convention, however, specifically provided for the remaining in force of three of the existing agreements, together with any legislative instruments which would codify, amend, supplement, or bring these agreements into force (28). Those were : the Agreement concerning the social security of Rhine Boatmen of 1950, revised in 1961 to ensure confor-

(24) The Council of Europe groups together 46 countries of Central, Eastern and Western Europe.

(25) European Convention on Social Security, adopted on 16 April 1964 is available on the Council of Europe website : http ://conventions.coe.int

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*, Article 5.

(28) *Ibid.*, Article 6(3), in conjunction with Annex III (I) to the Convention on Social Security.

mity with EEC Regulations Nos. 3 and 4; the Convention on social security concluded on 5 September 1955 between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden, as modified by subsequent Agreements and Protocols, as well as the Supplementary Agreements to that convention; and the European Convention of 9 July 1956 on Social Security for International Transport Workers.

D. – *Social security agreements in Africa*

In 1993, the Economic Community of West African States (ECOWAS) (29) adopted the General Convention on Social Security to ensure the equality of treatment of treatment for cross-border workers and the preservation of their social security rights when living abroad. Elaborated with the assistance of the ILO, this multilateral agreement constitutes a synthesis of Member States' social security systems and replaces all previous social security agreements concluded between ECOWAS Member States. The agreement guarantees equality of treatment between national and non-national workers under national social security legislation. Furthermore, it contains provisions for the determination of applicable legislation. The personal scope of the agreement covers all workers and their families who qualify for social security benefits, while the material scope covers invalidity, old-age and survivors' benefits, benefits in respect of occupational injuries and diseases, family and maternity benefits and sickness benefits. A Committee of Experts was established under the agreement. It is not only entrusted with the fostering of cooperation between Member States in the field of social security, but also with the provision of direct assistance to migrants themselves, in particular regarding the legal protections available to them in the host country (30).

Within the context of the Economic Community of the Countries of the Great Lakes (CEPGL) (31), a general social security convention was adopted in 1978 and came into force in 1980. It is modelled on international instruments, with the sole difference being that

(29) ECOWAS is composed of Benin, Burkina Faso, Cape Verde, Ivory Coast, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea- Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leone and Togo.

(30) For more information see: ROBERT R., *The social dimension of regional integration in ECOWAS*, Working Paper No. 49, Policy Integration Department, ILO, Geneva, 2004.

(31) The CEPGL is comprised of Burundi, the Democratic Republic of the Congo and Rwanda.

it does not extend its scope of application to family and maternity benefits.

As of March 2006, no social security agreement had been concluded by the Southern African Development Community (SADC) countries (32). With regard to the East African Community (EAC) countries (33) no agreement had been concluded, but it should be noted that discussions on the adoption of an EAC social security agreement were under way.

E. – *Social security agreement of the Caribbean Community Countries (CARICOM Agreement on Social Security)*

The CARICOM Agreement on Social Security has been signed within the perspective of harmonizing the social security legislation of Member States (34). It explicitly refers to ILO Conventions in its preamble and is based on the three fundamental principles stated therein : equality of treatment for residents of the Contracting Parties under their social security legislation; maintenance of rights acquired, or in course of acquisition; protection of and maintenance of such rights notwithstanding the changes of residence among their respective territories. The provisions of the Agreement are largely based on the model provisions for the conclusion of bilateral or multilateral social security instruments set out in ILO Recommendation No. 167 of 1963. The Agreement entered into force in 1997. As of March 2006, thirteen Member States had so far signed and ratified the Agreement, and twelve Member States had enacted domestic legislation to give legal effect to it.

The personal scope of the Agreement includes insured persons who are or have been subject to the applicable legislation of one or more Contracting Parties as well as to their dependants and survivors, irrespective of nationality. Its material scope applies to long-term benefits, namely invalidity, old-age and survivors' pensions, disablement pensions and death benefits.

(32) The SADC is comprised of Angola, Botswana, Democratic Republic of Congo, Lesotho, Madagascar (membership pending), Malawi, Mauritius, Mozambique, Namibia, Seychelles, South Africa, Swaziland, Tanzania, Zambia and Zimbabwe.

(33) The EAC is comprised Kenya, Tanzania (and Zanzibar) and Uganda.

(34) The following countries constitute the CARICOM membership : Antigua & Barbuda, The Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Montserrat, St. Kitts & Nevis, Saint Lucia, St. Vincent & The Grenadines, Suriname, and Trinidad & Tobago.

The insured persons are subject exclusively to the legislation of one Contracting Party (generally, the legislation of the state where they are employed), even if they are resident in the territory of another Contracting Party. Specific exceptions to this rule are provided for several categories of workers as, for instance, employees of transnational enterprises.

VI. – Application of social security protection of migrant workers in practice

Today, of the 86 million estimated migrant workers, only a small fraction is likely to enjoy social security benefits. Most of the workers who do enjoy some degree of social security protection come from OECD countries. Considering that in most cases migrant workers move from less developed to more developed countries, the question arises as to the underlying causes of such a low level of coverage both in terms of access and entitlement to benefits. To address this question, it is necessary at the outset to look at the legislation and practice of the States most concerned by labour migration.

An examination of the situation shows that all of the twelve main migrant receiving countries (35) in the world have social security schemes in place, mainly social insurance and social assistance schemes, universal benefits schemes, as well as schemes sponsored by employers (36). However, only a few countries guarantee comprehensive social security protection to migrant workers under the national social security system in the form of access to social security coverage, entitlement to benefits and the right to receive the benefit without any condition of residence and irrespective of the conclusion of social security agreements. France and Poland are among these countries in which migrant workers have the same rights to social security benefits as national workers and which guarantee the export of benefits to migrant workers' home countries, irrespective of the conclusion of bilateral or multilateral agreements with these countries.

(35) According to size : United States, Russian Federation, Germany, Ukraine, France, India, Canada, Saudi Arabia, Australia, Pakistan, United Kingdom, The People's Republic of China.

(36) See : International Labour Office, *ILO Migration Survey 2003 : Country summaries*, ILO, Geneva, 2004.

ILO Conventions for the protection of migrant workers' social security rights and their ratifications clearly illustrate the current situation of migrant workers. A close look at the situation shows that the Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention, 1925 (No. 19), which requires equality of treatment between national and non-national workers for employment injuries, is ratified by 120 ILO Member States (37), nine of which belong to the twelve main migrant sending countries (see Annex) and seven belong to the twelve main migrant receiving countries (see Annex). The Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118) which provides for, *inter alia*, equality of treatment between national and non-national workers, the export of certain benefits abroad, and which encourages State Parties to participate in social security agreements, is ratified by 38 ILO Member States (38). Seven (39) of these ratifying countries belong to the twelve main migrant sending countries but only four (40) of them belong to the twelve main migrant receiving countries. Moreover, only one (41) of the twelve main migrant sending and none of the twelve main migrant receiving countries has ratified the Maintenance of Social Security Rights Convention, 1982 (No. 157) which provides for the maintenance of migrant workers' acquired social security rights and rights in course of acquisition and which received three ratifications in total.

The above does not mean, however, that countries that have not yet ratified the three noted Conventions do not apply the *Principle of equality of treatment*. Almost all of the main migrant receiving countries make no distinction between nationals and non-nationals in their social security legislation and practice. For instance, the United States, which is the biggest migrant receiving country of the world and which has established social insurance and social assistance schemes as well as schemes sponsored by employers (42), treats legal migrant workers under these schemes in the same way as national workers. Worldwide, equality of treatment between

(37) See : www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm

(38) *Ibid.*

(39) These ratifying countries are : Bangladesh, India, Italy, Mexico, Pakistan, Philippines and Turkey.

(40) These ratifying countries are : France, Germany, India and Pakistan.

(41) See : www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm

(42) *ILO Migration Survey 2003 : Country summaries, op. cit.*, pp. 421-422.

national and non-national workers prevails in most social security legislation. This state practice is also reflected in the twelve main migrant receiving countries: in addition to the United States, Canada, China, France, Germany, India, and the United Kingdom (43) also grant equality of treatment regarding social security coverage without any restrictions as to nationality. Further, Pakistan, by virtue of its ratification of Convention No. 118, grants equality of treatment to nationals of those countries which are also legally bound by the Convention.

Some countries, however, discriminate against migrant workers under their national legislation by excluding all of them, or specific categories of them, from coverage or entitlement to certain benefits, or grant them less favourable treatment. In Australia, a major migrant receiving country, migrant workers only have the same access to social security cash benefits as Australian nationals, if they are holders of permanent resident visas and if these holders of permanent resident visas satisfy residential requirements. Holders of a temporary visa do not have access to social security benefits. Some countries even go as far as excluding migrant workers from total or partial social security coverage on the basis of the *Principle of nationality*. An example is Saudi Arabia, the eighth biggest migrant receiving country of the world, where foreign workers have been excluded since 1987 from coverage under the statutory old-age, invalidity and survivors' benefits schemes. They are only covered against the risk of employment injury, and in the case of permanent disability, migrant workers only receive a lump-sum payment while national workers are entitled to a pension (44). Hungary, Kuwait, the Republic of Moldova and Qatar have also excluded foreign workers from coverage under their national insurance scheme for old-age, invalidity and survivors' pensions.

As regards payment of benefits abroad, discrimination is much more widespread. A number of countries suspend the payment of benefits to migrant workers who reside abroad, while they export the benefits to their own nationals who reside abroad. Others go as

(43) *Ibid.*, pp. 110, 183, 192, 255 and 416.

(44) *Social Security Programs Throughout the World – Asia and the Pacific, 2004.* Joint publication by the International Social Security Association, Geneva, and the Social Security Administration, Office of Policy, Office of Research, Evaluation and Statistics, Washington, March 2005, pp. 163-164.

far as to completely restrict the export of benefits, while some countries make the payment of benefits abroad conditional on the conclusion of reciprocal social security agreements with the countries of residence. Some others provide for a lump-sum benefit instead of a pension if the insured person leaves the country. Apart from these inequalities, non-national workers run the risk of losing their rights when they are successively or alternatively covered by the schemes of two or more countries.

The restriction of payment of benefits to migrant workers abroad while no such restriction applies to national workers is illustrated in the Indian legislation, which provides for the export of certain benefits (employment injury benefit, family benefit, maternity benefit, invalidity benefit and survivor's benefit) to its own nationals, but not to migrant workers. Kazakhstan, a major migrant receiving country, which has a social protection system comprised of a provident fund and social assistance, does not allow the export of any benefit for migrant workers abroad, while nationals are entitled to receive their pensions as well as short-term benefits such as medical care, sickness benefit, maternity benefit and family benefit when residing abroad (45). The same situation applies to Malaysia (46), which allows the export of employment injury, invalidity and survivors' benefits to Malaysian nationals only. Similarly, the South African legislation provides for the export of medical care, maternity, invalidity, survivors' and employment injury benefits to nationals while non-nationals are only entitled to receive employment injury benefits abroad.

Among those countries which restrict completely the payment of benefits abroad are China and the United Arab Emirates, which both belong to the twelve major migrant receiving countries of the world. Some other countries, as Belgium and the Netherlands do not allow the export of non-contributory benefits, while others, like Sweden, allow the export of universal non-contributory benefits only within the European Union.

Most countries, however, make the export of benefits abroad dependent on the ratification of international conventions or the conclusion of social security agreements with the countries of resi-

(45) *ILO Migration Survey 2003 : Country summaries, op. cit.*, p. 230.
(46) *Ibid.*, p. 255.

dence in order to control the ongoing entitlement to benefits of insured persons. In addition, many countries allow the accumulation of social security rights only when either bilateral or multilateral social security agreements have been concluded. Australia, Canada, Germany, Japan, United Kingdom and the United States, amongst the twelve main migrant receiving countries, allow the export of benefits and the accumulation of acquired rights or rights in course of acquisition only in case of the conclusion of bilateral or multilateral social security agreements or the ratification of international social security conventions.

The network of social security agreements is particularly dense among industrialized countries (see the EU Regulation No. 1408/71 which superseded the previous network of bilateral and multilateral instruments of European countries) and other OECD countries. In addition, many agreements have been concluded between European countries and their former "colonies". Several multilateral instruments adopting the European model have also been concluded among developing countries belonging to economic communities, as is the general Convention on Social Security, adopted by ECOWAS.

However, there still exist significant areas within Africa and Asia without any kind of social security conventions or agreements, which is often due to the fact that social security systems of migrant sending countries are insufficiently developed. This often impedes migrant sending countries from the conclusion of social security agreements with migrant receiving countries. Also the widespread use of provident fund schemes, particularly in former British colonies such as Kenya and Uganda, inhibits these countries from concluding such agreements. In addition, migrant sending countries often do not have the administrative capacity to implement such agreements and to assume the responsibility of distributing social security benefits. Thus, there are only a few developing countries, usually migrant sending countries, which have concluded bilateral agreements with migrant receiving countries.

The table "Bilateral social security agreements among the top 12 migrant sending/receiving countries" displayed in the Annex to this report shows that, out of 20 social security agreements concluded between the twelve major migrant sending and migrant receiving countries, fifteen of these agreements were concluded between developed countries while only five agreements were concluded between

developing and developed countries. In addition, as already mentioned, only four out of the 12 most important migrant receiving countries and only 7 out of the 12 major migrant sending countries have ratified Convention No. 118, which, amongst other provisions, ensures the export of social security benefits abroad.

A closer look at the network of bilateral and multilateral agreements reveals that few only of these agreements have been concluded between migrant sending and migrant receiving countries.

For example, the United States, which is the main migrant receiving country in the world, has concluded social security bilateral agreements with only 20 countries (47). All of these would be considered as developed countries, with only two exceptions, which may be considered as less than fully developed (48). China and Australia, which belong to the most important migrant receiving countries, have concluded agreements with only few countries, none of which belongs to the developing countries. Neither South Africa, the main migrant receiving country in Africa, nor Ethiopia, the third biggest migrant receiving country in Africa, are bound by any social security agreement (49).

The situation is similar with regard to major migrant sending countries. For example, Nigeria, the main migrant sending country in Africa, has concluded only two social security agreements; India, a major migrant sending country has concluded agreements with only two countries, neither of which belongs to the group of major migrant receiving countries. Mexico, the second major migrant sending country in the world, has concluded only five bilateral agreements, but has no such agreement in force with the United States, which is the major receiving country for its migrant workers.

In summary, it appears that almost all countries grant equality of treatment between national and non-national workers regarding social security coverage. The majority of migrant receiving countries throughout the world, however, make the maintenance of migrant workers' social security rights and their rights in the course of acquisition dependent on the conclusion of social security agreements or treaties signed with migrant sending countries. In prac-

(47) *Ibid.*, p. 255.
(48) *Ibid.*, p. 255.
(49) *Ibid.*, pp.168-169.

tice, it is clear that few migrant sending countries, which are usually developing countries, have concluded such agreements or are bound by social security conventions. In the absence of social security agreements or ratification of the relevant ILO social security Conventions, it is only a small minority of migrant workers who, on returning to their country of origin, are able to realize their entitlements to social security benefits.

VII. – Protecting social security rights : Unilateral measures

Failing the ratification of ILO social security Conventions for migrant workers and social security agreements, a number of protective measures for migrant workers can nevertheless be taken by either the country of employment or the country of origin.

Obviously, the *country of employment* can take the most effective measures for migrant workers. First of all, the national legislation could provide equality of treatment between nationals and non-nationals not only for social security coverage, but also for the payment of benefits abroad, in order to protect family members left behind in the country of origin and to ensure the export of benefits from country of employment when migrant workers return home. In principle, long-term benefits can easily be transferred, but the fact that the national currency of the countries concerned may not be convertible or suffers severe devaluation can be a serious obstacle to the export of cash benefits. Exporting short-term benefits is possible but is subject to an agreement, since, for example, the medical verification of the beneficiary's condition is required in the case of medical care and sickness benefits. Similar problems arise for unemployment benefits, which are conditional upon the person being registered with an employment agency. Some national legislation provides for full or partial reimbursement of contributions in cases where a migrant worker leaves the country of employment. This is unlikely, however, to be regarded as an ideal solution, and does not properly replace social security cash benefits which would be paid periodically and only in the case of the occurrence of the contingency.

For the *labour-exporting country,* it is more difficult to protect the social security rights of migrant workers, but it usually assumes the

responsibility for providing at least some protection for its nationals working abroad, when labour-receiving countries are neither in a position to provide it nor willing to negotiate a social security agreement. Social security coverage can usually only be extended outside the usual territorial scope of national legislation for migrant workers abroad who still have a link with the State concerned. For example, in case where the employer is based in the labour-sending country (*e.g. collective contract migration,* a type of migration where national companies export service comprising both labour and entrepreneurial components, as in the field of construction), national legislation can impose on the employer the obligation to provide social security protection under the national scheme. Some countries have also used *recruitment agencies* as a lever to ensure that their migrant workers continue to be given some social security protection by imposing on these agencies a liability to pay contributions (see, for instance, the agencies for the recruitment of seamen in the Philippines).

Another possibility for migrant sending countries to grant social security protection to their returning migrant workers is by offering them coverage under *voluntary insurance* and allowing them to cover retroactively the periods when they were employed abroad. The latter option may be particularly attractive where workers receive a lump-sum settlement of their social security rights accrued in the country of employment (such as under provident fund schemes). The possibility of *voluntary insurance* may be in the form of optional insurance without or after a previous period of mandatory coverage. It must be admitted, however, that the current affiliation to these schemes is often very low.

Since a mandatory extension of national insurance schemes is possible only in exceptional cases, the only feasible alternative in order to protect migrant workers seems to be the *voluntary insurance*. In this regard, the Jordanian national social security system, administered by the Social Security Corporation (SSC), provides an excellent example of the establishment of voluntary social security insurance for national workers abroad (50). This scheme is open to Jordanians nationals working abroad and it provides old-age, disa-

(50) The official website of the Social Security Corporation of the Hashemite Kingdom of Jordan, "Expatriate voluntary contribution", http ://www.ssc.gov.jo/uploads/expatriateVoluntaryContribution.pdf (March 6, 2006).

bility and death benefits. Due to the large number of Jordanian labourers working in Saudi Arabia and the United Arab Emirates without social security coverage, the SSC has established two liaison offices in those countries (51).

Another best practice example is provided by the Philippines. If a Filipino migrant worker has no social security coverage under the laws of the country of employment, coverage is provided instead through one of the schemes comprising the Social Security System of the Philippines (SSS) (52). These schemes are: the voluntary social insurance system regulated by the Republic Act No. 1161 (Social Security Law) (53); the Medical Care Program for Overseas Filipino Workers (54), the Philhealth Overseas Workers' Program, and the supplementary pension fund and savings account (known as SSS Flexi-Fund) (55).

The Government of Pakistan, who protects their migrant workers through a group insurance concluded between the Bureau of Emigration of Overseas Employment and the State Life Insurance Corporation, is another example of good practice. This group insurance is financed by a premium paid by applicants on registration with the Bureau and provides benefits in form of a lump sum in the event of disability and death for a period of two years.

A further measure for protecting the social security rights of national labourers working abroad is the provision of waiving the long qualifying periods in favour of migrant workers or the crediting of periods of insurance completed in the countries of employment in order to give migrant workers immediate access to benefits.

In addition, labour-exporting countries could establish universal health care and family benefit schemes covering all residents, thus covering family members of migrant workers left behind in the country of origin, and migrants who return to their home country.

---

(51) The Social Security Corporation http://www.ssc.gov.jo/english/ (March 6, 2006).

(52) The Social Security System of the Philippines, "News and updates. Taking care of our modern day heroes", http://www.sss.gov. ph/news/feat0484.htm (March 1, 2006).

(53) *NATLEX*, Presidential Decree No. 735, further amending certain sections of Republic Act No. 1161 as amended, otherwise known as the "Social Security Law".

(54) Government of the Republic of the Philippines, Executive Order No. 195 of August 13, 1994.

(55) The official website of the Government of the Republic of the Philippines, "Frequently asked questions. Overseas Filipino Workers' Benefit", http://www.gov.ph/faqs/ofw_sss.asp (March 1, 2006).

These schemes, however, are rather exceptional in developing countries, the origin of most migrant workers.

Failing the provision of true social security to migrant workers, some limited facilities on a "last-resort" basis might be provided through the establishment of *government-sponsored foundations*, which would offer a range of services (such as the maintenance of cultural and religious ties with the home country and the provision of information on employment conditions in the country of employment). Foundations can sometimes provide financial assistance to migrant workers otherwise not entitled to social security benefits from other sources, but this assistance is generally only granted in emergency situations at the discretion of the institution and therefore not on a regular basis.

VIII. – The way forward

We have reviewed the application of legislative codes of social security protection for migrant workers around the world and found that almost all provide in principle for equality of treatment between national and non-national workers. However, in practice only a very few migrant workers enjoy comprehensive social security protection. This results mainly from the failure of migrant sending and receiving countries either to conclude social security agreements, on a bilateral or multilateral basis, or to ratify the relevant Conventions.

In order to guarantee that social security, as a basic human right, is granted to migrant workers, countries should be encouraged to ratify the ILO social security Conventions relating to migrant workers and implement them through bilateral or multilateral social security agreements, following the model provisions laid down in Recommendation No. 167 on the maintenance of social security rights. The ILO is certainly ready to provide assistance to its Member States in this respect.

By ratifying a Convention, not only does a country generally demonstrate publicly its adherence to the principles contained therein, but it also pledges to apply these principles in national law and practice. This is particularly important in situations where an international element is involved as it is the case for the internatio-

nal migration of labour. The ratification of the relevant Conventions ensures the application of common rules by the different States which are then dissuaded from unilaterally deviating from them.

The ratification of Convention Nos. 19, 118 and 157 gives in fact an immediate advantage to the migrant workers of the ratifying country. The Conventions guarantee directly to the migrant workers of ratifying States equality of treatment with the nationals of the receiving countries which are also bound by the Convention and provide for the payment of accrued benefits, when they return to their home country. Furthermore, any ratification strengthens the position of the government in negotiations with other countries equally bound by these Conventions, as they contain an obligation to endeavour to conclude bilateral or multilateral agreements. The aim of the Conventions is to establish a reciprocal set of direct and indirect obligations, which broaden in line with the increase in the number of ratifications.

However, in the absence either of ratification of these Conventions, or of the conclusion of bilateral and multilateral social security agreements, both migrant sending and migrant receiving countries should be encouraged to adopt unilateral measures for the protection of migrant workers' social security rights, which should provide for:

- *Equality of treatment between national and migrant workers* in national legislation for the coverage of and entitlement to social security benefits;
- *Imposing on recruitment agencies* of migrant sending countries an obligation to *ensure social security protection* for their recruits, as, for example, provided for in the Philippines for the recruitment of Filipino seafarers working on foreign ships;
- Possibility of *voluntary social security coverage* for nationals *while working abroad*, as, for example, is arranged by Jordan, Pakistan and the Philippines;
- Possibility of *voluntary social security coverage* for returning migrant workers by authorizing *retroactive payment of contributions* for the periods during which they worked abroad;
- *Waiving of long qualifying periods* in favour of migrant workers, or crediting of periods of insurance completed in another country in order to give migrant workers immediate access to benefits.

Providing social security protection to migrant workers has become one of the most important social challenges facing the international community. As labour migration has grown over the years, affecting an increasing number of countries and workers, there is an urgent need for the reinforcement of existing measures and the adoption of new ones, at the international, regional and national levels.

In this respect, the ILO has initiated with its constituents and in partnership with other relevant international organizations, a plan of action for migrant workers, which includes a non-binding multilateral framework for a rights-based approach to labour migration. With regard to social security, this ILO Multilateral Framework on Labour Migration, which was received by the ILO Governing Body in March 2006 (56) for submission to the Director General of the ILO for publication, strongly encourages ILO Member States to base their relevant national laws and policies on the relevant ILO social security Conventions and Recommendations and promotes the conclusion of bilateral, regional and multilateral social security agreements to guarantee social security coverage and benefits, in addition to portability of social security entitlements to migrant workers.

It is hoped that the publication of the ILO Multilateral Framework on Labour Migration will provide the necessary tools for governments to adopt national strategies and action plans and will foster co-operation between States, as well as regional and international actors so as to strengthen the rights of migrant workers, within which social security represents a vital component.

(56) ILO, *Draft ILO Multilateral Framework on Labour Migration*, Doc. TMMFLM/2005/D.9, Geneva 2005.

ANNEX (57)

Main migrant sending and receiving countries (58)

According to the UN International Migration Report 2002, the main migrant receiving country in Africa is Ivory Coast (2'336,000 persons), followed by South Africa (1'303,000) and Burkina Faso (1'124,000) (59). For the same year, the OECD reported that the three main migrant sending countries are Nigeria (2'115,000 nationals abroad), Egypt (1'293,000) and Morocco (1'255,000) (60).

The largest migrant receiving countries from the Arab States region are Saudi Arabia (5'255,000 migrant residents), the United Arab Emirates (1'922,000), and the Kingdom of Jordan (1'945,000) (61). As for the emigration flow, there is not available date from the 1999-2005 period.

From the East Asia subregion, the largest migrant receiving countries are the People's Republic of China (3'508,000 foreigns) (62) and Japan (1'620,000) (63), while the main migrant sending countries are, again, the People's Republic of China (2'540,000 nationals residing abroad), Thailand (1'607,000), Viet Nam (1'457,000) and the Republic of Korea (1'450,000) (64).

India is, at the same time, the largest migrant sending/receiving country in South Asia. By 2000, its migrant stock reached 6'271,000 persons, while 7'164,00 nationals resided abroad (65). In terms of inflows of immigrants, India is followed by Pakistan (4'243,000) and Iran (2'321,000) (66). The second and third largest migrant sending countries are Pakistan (3'765,000 expatriates), and Bangladesh (3'342,000) (67).

From the South-Asia and the Pacific subregion, the state with the largest migrant stock is Australia (4'705,000 persons) (68), and the two countries with the biggest

---

(57) The Annex was prepared by Ana Teresa CARRION, Intern of the Social Security Department, ILO Geneva

(58) All the figures are based on 2000 surveys and the numbers do not necessarily add to totals because of rounding.

(59) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*. New York, 2002. Note of the author : the year indicates the date of publication. Most statistics correspond to the year 2000.

(60) Organisation for Economic Co-operation and Development. *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), prepared by Anne HARRISON, assisted by Tolani BRITTON and Annika SWANSON, Paris, 2003, revised on September 2004.

(61) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(62) According to the UN, the migrant stock of Mainland China is of 513,000 persons, 2'701,000 for Hong Kong and 294,000 for Macau.

(63) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(64) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

(65) *Ibid.*

(66) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(67) *Ibid.*

(68) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

number of nationals living abroad are Philippines (4'086,000 expatriates) and Indonesia (2'428,000) (69).

The third ILO's geographical region, Europe and Central Asia, is further divided into three subregions: Western Europe, Central and Eastern Europe, and Eastern Europe and Central Asia.

The 6 countries with the largest migrant stock in Western Europe are Germany (7'349,000 foreign residents), France (6'277,000), the United Kingdom (4'029,000), Israel (2'256,000), Switzerland (1,801,000) and Italy (1'634,000) (70), while the main migrant sending countries are the UK (3'398,000 people), Italy (3,045,000) and Turkey (2,789,000), Portugal (1'761,000) and Germany (1'498,000) (71).

In terms of immigration flows, Ukraine is the most important country in the Central and Eastern Europe subregion. By the end of the year 2000, it was estimated that 6'947,000 (72) foreigners lived in this country, while 4'713,000 Ukrainians resided abroad (73). The second largest migrant receiving country is Poland, with 2'088,000 foreign residents (74).

The main migrant sending and receiving country from Eastern Europe and Central Asia is the Russian Federation, with 13'259,000 non-national residents (75) and 10'191,000 nationals living abroad (76). The second largest migrant sending country is Kazakhstan, with 3'028,000 expatriates (77)

The U.S. is the country with the largest migrant stock (34,988 thousand) (78) and the largest number of non-nationals living outside its territory (1'392,000) in America (79). The Canadian migrant stock is of 5,826 thousand (80). In terms of emigration, Mexico is the most important country in the continent with approximately 7,898,000 nationals abroad (81).

---

(69) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

(70) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(71) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

(72) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(73) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

(74) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(75) *Ibid.*

(76) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

(77) *Ibid.*

(78) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(79) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

(80) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration Report 2002*, *op. cit.*

(81) OECD, *Working Abroad – the benefits flowing from nationals working in other economies* (Annex, table 3), *op. cit.*

COMPARATIVE TABLE

Main receiving countries[a]

Country	*Migrant stock*[b]	*Employed (contract) immigrants*[c]	*Source*
United States	34'988,000	56,800	UN 2002 (see footnote 21), OECD (see footnote 22) and the International Labour Migration Database (year 1999)
Russian Federation	13'259,000	211,361	UN 2002, OECD and the Federal Migration Service of Russia (1999)
Germany	7'349,000	N/A	UN 2002
Ukraine	6'947,000	N/A	UN 2002
France	6'277,000	N/A	UN 2002
India	6'271,000	N/A	UN 2002.
Canada	5'826,000	94,893	UN 2002 and the International Labour Migration Database (2000)
Saudi Arabia	5'255,000	N/A	UN 2002
Australia	4'705,000	135,368	UN 2002 and the International Labour Migration Database (1999)
Pakistan	4'243,000	N/A	UN 2002
United Kingdom	4'029,000	N/A	UN 2002
The People's Republic of China	3'508,000	N/A	UN 2002
Kazakhstan	3'028,000	N/A	UN 2002
Côte d'Ivoire	2'336,000	N/A	UN 2002
Iran	2'321,000	N/A	UN 2002
Israel	2'256,000	51,000	UN 2002 and the International Labour Migration Database (2000)
Poland	2'088,000	N/A	UN 2002
Jordan	1'945,000	N/A	UN 2002
United Arab Emirates	1'922,000	N/A	UN 2002
Switzerland	1'801,000	N/A	UN 2002
Italy	1'634,000	N/A	UN 2002

COMPARATIVE TABLE

Main receiving countries[a]

Japan	1'620,000	129,868	UN 2002 and the International Labour Migration Database (2000)
South Africa	1'303,000	N/A	UN 2002
Burkina Faso	1'124,000	N/A	UN 2002.

a. Countries are arranged in descending order, according to the numbers of the second column.
b. The number of migrants residing in a country at a particular point in time.
c. Non-national workers who are employed under a legal contract and have the authorization documents for the employment in the host country.

COMPARATIVE TABLE :

Main sending countries[a]

Country	*Nationals abroad*	*Outflows of contract migrant workers*[b]	*Source*
Russian Federation	10'191,000	450,000	UN 2002 (see footnote 21), OECD (see footnote 22) and the Federal Migration Service of Russia
Mexico	7'898,000	2'608,386	UN 2002 and the International Labour Migration Database (2002).
India	7'164,000	243,182	UN 2002, OECD and the International Labour Migration Database (2000).
Ukraine	4'713,000	N/A	UN 2002
Philippines	4'086,000	841,628	OECD and Philippines Overseas Employment Administration (2000)
Pakistan	3'765,000	110,136	OECD and the International Labour Migration Database (2000)
United Kingdom	3'398,000	N/A	OECD

COMPARATIVE TABLE:

Main sending countries[a]

Bangladesh	3'342,000	268,182	OECD and the International Labour Migration Database (1999)
Italy	3'045,000	N/A	OECD
Turkey	2'789,000	1'182,697	OECD and the International Labour Database (2000)
The People's Republic of China	2'540,000	N/A	UN 2002 and OECD
Indonesia	2'428,000	435,219	OECD and the International Labour Migration Database (2000).
Nigeria	2'115,000	N/A	UN 2002
Portugal	1'761,000	26,025	UN 2002 and the International Labour Migration Database (2000)
Thailand	1'607,000	N/A	OECD
Germany	1'498,000	N/A	OECD
Viet Nam	1'457,000	N/A	OECD
The Republic of Korea	1'450,000	N/A	OECD
United States	1'392,000	N/A	UN 2002.
Egypt[c]	1'293,000	1'900,000	OECD and the International Labour Migration Database (2000)
Morocco	1'255,000	N/A	UN 2002

a. Countries are arranged in descending order, according to the numbers of the second column.

b. According to the United Nations "contract migrant workers are persons working in a country other than their own under contractual arrangements that set limits on the period of employment and on the specific job held by the migrant (that is to say, contract migrant workers cannot change jobs without permission granted by the authorities of the receiving state".

c. The authors acknowledge the inconsistency in the figures related to this country.

Bilateral social security agreements among the top 12 migrant sending/receiving countries

Sending \ *Receiving*		*United States*	*Russian Federation*	*Germany*	*Ukraine*	*France*	*India*[a]	*Canada*	*Saudi Arabia*	*Australia*	*Pakistan*	*United Kingdom*	*The People's Republic of China*[a]
Sending		*2 out of 20*	*0 out of 9*	*4 out of 16 (outside the EU)*	*1 out of 14*	*4 out of 29 (besides the EU)*	*0 out of N/A*	*5 out of 47*	*0 out of 5*	*1 out of 13*	*0 out of 2*	*3 out of 23 (outside the EU)*	*0 out of N/A*
Russian Federation	1 out of 9		⊠		■								
Mexico	1 out of 5						⊠	■					
India[a]	0 out of N/A												
Ukraine	0 out of 14												
Philippines	3 out of 10					■		■				■	
Pakistan	0 out of 2										⊠		
United Kingdom	4 out of 23	■		■		■		■				⊠	
Bangladesh[a]	0 out of N/A												
Italy	6 out of 22 (outside the EU)	■		■		■		■		■		■	
Turkey[a]	4 out of 20			■		■		■				■	
The People's Republic of China[a]	1 out of N/A			■									⊠
Indonesia[a]	0 out of N/A												

a. Information not available on bilateral social security agreements.

⊠ Bilateral Social Security Agreements do not apply

■ Existence of ratified Bilateral Social Security Agreements

FREEDOM FROM FEAR : REFUGEES, THE BROADER FORCED DISPLACEMENT CONTEXT AND THE UNDERLYING INTERNATIONAL PROTECTION REGIME

BY

VOLKER TÜRK (1)

PLAN

I. – BACKGROUND 476

II. – UNHCR'S MANDATE 479

A. – *UNHCR's legal basis* 479

B. – *UNHCR's personal scope of competence* 481

1. Refugees, asylum-seekers and the question of migrants 482

2. Returnees 484

3. Stateless persons 485

4. The internally displaced 486

5. Persons threatened with displacement or otherwise at risk 488

C. – *UNHCR's material scope of competence* 489

D. – *UNHCR's supervisory role* 490

III. – CONCEPT OF INTERNATIONAL PROTECTION 492

IV. – RESPONSIBILITY FOR INTERNATIONAL PROTECTION 495

V. – THE INTERNATIONAL REFUGEE PROTECTION REGIME 496

VI. – LEGAL TOOLS OF INTERNATIONAL PROTECTION 497

A. – *UNHCR's Statute and principles of international law* 497

B. – *1951 Convention/1967 Protocol relating to the Status of Refugees* 498

C. – *Regional refugee instruments* 503

(1) Currently the Representative of the UN High Commissioner for Refugees in Malaysia, formerly UNHCR's Chief of the Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, UNHCR Geneva. The views expressed are the personal views of the author and may not necessarily be shared by the United Nations or by UNHCR.

D. – *Other international refugee protection standards* 505
E. – *International human rights law* 506
VII. – Progressive development of international refugee protection : UNHCR's Global Consultations, the Agenda for Protection and Convention Plus 507
VIII. – Any international refugee protection gaps ? 510
A. – *Complementary forms of protection* 512
B. – *Temporary protection* 514
IX. – The solution-orientation of international protection 514
A. – *Introduction* 514
B. – *Legal background* 515
C. – *Voluntary repatriation and its availability* 516
D. – *Prospects for local integration* 518
E. – *Resettlement* 519
X. – Outlook and challenges 520

I. – Background

Refugee protection today has become infinitely more complex and difficult as compared to the Cold War period. Fundamental humanitarian values, which were so painstakingly translated into clear legal commitments in the aftermath of the Second World War, have come under attack in ways not experienced since 1945. The reasons behind this are multifaceted and manifold. There is, for instance, a tendency by an increasing number of states to look at trans-national phenomena predominantly from a national security perspective, not least in the post-September 11 context (2). This has led in some instances to the creation of a culture of fear and insecurity. Despite fast globalization, it is also possible to discern in effect an overall stagnation, if not regression, in internationalism and multilateralism, with the result that major global issues are not tackled adequately or effectively. These range from climate change, nuclear non-proliferation and eradication of poverty to the curbing of illicit trading in small arms and diamonds. Instead, uni- or bilat-

(2) See, for instance : Evans G., "No Simple Solutions for Extremists", *The Australian*, 27 September 2005, also available at http ://www.crisisgroup.org/home/index.cfm ?id = 3706.

eral solutions are preferred, often at the expense of hitherto generally accepted international norms of conduct. All of this has also had its impact on humanitarian action, at times politicizing it unnecessarily. And, sadly, sheer ignorance, fueled by media and political manipulation, a dwindling sense of empathy and solidarity, as well as irrational fears of the "other" have often complicated a reasonable dialogue on complex humanitarian issues in the forced displacement area, notably in the more affluent parts of the world.

Yet, the refugee phenomenon, including the response of the international community to it, is a microcosm of the current state of affairs in the world. Violent conflicts, mostly in a non-international context, continue to beleaguer many countries. A key feature of these conflicts is the widespread abuse of human rights and international humanitarian law. Civilians are targeted, whole populations terrorized into fleeing and refugees attacked either during flight or in countries of presumed safety. Women and children in particular are at the mercy of soldiers or rogue elements and face serious threats, including rape, sexual exploitation or forcible recruitment. Serious human rights violations continue also to take place outside the context of armed conflict, when opposition parties are silenced, minority groups repressed and individuals persecuted because of race, religion, political views or their gender roles. At the same time, composite migratory flows, increased migration pressures – particularly from zones of unrest, instability and poverty – congested asylum systems, barriers to admission, ranging from interception at the point of departure or during travel to actual refusal of admission to the country of asylum, as well as irregular movements are all part of the overall picture of forced displacement and migration today.

In the developed world concerns over irregular migration, smuggling and trafficking, misuse of asylum procedures, as well as difficulties in dealing with rejected cases have increasingly dominated the debate. Yet, populations in the industrialized world are shrinking, which in turn affects specific labour needs and the funding of welfare systems, as well as creating a need to rejuvenate economic, social and cultural structures. There has been a growing realization that immigration is essential for maintaining the economic, social and cultural order of both the north and the south, and it remains a fiction that the new economy does not need low-skilled type of

work/migration (3). Even in Europe where there was less policy focus on immigration in the past, a number of countries have passed legislation promoting immigration and/or easing naturalization. It is therefore important to situate the issue of forced displacement in the wider context of migration and derive from such a broadened focus a more realistic examination of those issues where forced displacement and voluntary migration intersect. By contrast, in the developing world, protracted refugee situations, massive refugee outflows, a lack of viable durable solutions and of genuine will to engage in burden-sharing have frustrated many countries. Security preoccupations, including from an anti-terrorism angle, are shared by countries both in the developed as well as in the developing world. Against this background, a number of states have relied primarily on migration control concepts and security considerations when tackling forced displacement issues. Others have de-emphasized the role of a structured international legal framework and even openly questioned the continued relevance of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (4).

The main challenge faced today in the international refugee protection domain can be conceptualized most clearly when seen in the context of the erosion of the rule of law, both at the national and international level, a phenomenon which permeates all stages of the displacement cycle. Non-respect for human rights and international humanitarian law is a major cause of refugee flows. Non-respect for international refugee law standards is a major cause for the onward movement of refugees, often in an irregular manner. And, non-respect for painstakingly achieved fundamental legal guarantees in asylum procedures and decision-making is a major cause why many refugees are not able to access and enjoy the protection they deserve. There is therefore a need, also in the forced displacement area, to reinvigorate the rule of law dimension, and in particular its international foundations.

(3) See for an in-depth analysis of international migration : the *2004 World Economic and Social Survey* issued by the UN Department of Economic and Social Affairs, UN Doc. E/2004/75/Rev.1/Add.1 (ST/ESA/291/Add.1). See also : UN Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Replacement Migration : Is it a Solution to Declining and Ageing Populations?*, UN Doc. ESA/P/WP.160, 21 March 2000, available at : http ://www.un.org/esa/population/migration.htm. See also : *The Economist*, 31 March 2001, pp. 11-12, 47-48 and 67-68.

(4) Hereafter the 1951 Convention (this also includes its 1967 Protocol).

Why is the rule of law essential? Put simply, and in the form of a metaphor, it regulates the traffic on the road. Were there no traffic rules, driving a car would be a dangerous undertaking. The rule of law separates justice, stability and foreseeability from chaos, anarchy and arbitrariness. It is built on fundamental values, an international discourse and predictable responses. In today's complex, globalizing and highly inter-dependent world, the concept of national sovereignty is increasingly circumscribed by the necessity to reach multilateral understandings and agreements – all the more so for matters that are international by their very nature. The refugee phenomenon has been characterized as such as early as in 1946 by the General Assembly of the United Nations (5). Indeed, its trans-boundary impact and reach are undeniable. Yet, the trend is towards more unilateralism, a narrow focus on purely domestic interests and disregard for the broader picture. It is therefore crucial to reaffirm the humanitarian value of the international refugee protection regime, which constitutes an intricate web of international practice and precepts drawn from refugee law, human rights law and general principles of international law. The 1951 Convention and its 1967 Protocol are the cornerstone of this system whereas UNHCR, through its international protection mandate and its supervisory role in relation to international refugee instruments, is the central institution of this regime.

II. – UNHCR'S MANDATE

At the end of 2004, the total number of persons of concern to UNHCR amounted to some 19.2 million people. This includes approximately 10 million refugees and asylum-seekers, 1.5 million returnees, over 2 million stateless, as well as 5.5 million internally displaced (6).

A. – *UNHCR's legal basis*

UNHCR is institutionally at the centre of the international protection regime. It is a multilateral, intergovernmental organization,

(5) See: GA res. A/45, 12 February 1946.

(6) See: UNHCR, *UNHCR by numbers 2005*, available at: http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/basics/opendoc.htm?tbl=BASICS&id=3b028097c.

created by the United Nations General Assembly as its subsidiary organ (7) through resolution 319 A (IV) of 3 December 1949, and provided with its Statute in resolution 428 (V) of 14 December 1950 (Annex) (8). The UNHCR Statute is, however, not the only source of law of UNHCR's constitutional underpinning. In fact, the Statute contains provisions which have allowed a further evolution of UNHCR's functions and activities (9). It is the General Assembly and, to some extent, the Economic and Social Council (ECOSOC) which can further develop the mandate, and this has occurred since the inception of UNHCR's work. Other sources are the Office's organizational practice and corresponding acquiescence by states, as well as implied powers. UNHCR therefore has a highly dynamic and fragmented "constitutional" basis. Its legal basis goes beyond the original Statute of 1950 and it is more appropriately this Statute in its broad sense, which constitutes UNHCR's current mandate. Consequently, UNHCR does not have a straightforward and easily retrievable statement of its responsibilities. In line with paragraph 2 of the UNHCR Statute, the organization is non-political (that is, impartial), humanitarian and social in character, and in effect an operational human rights agency for specific categories of people.

In accordance with paragraph 11 of the UNHCR Statute and General Assembly resolution A/RES/58/153, UNHCR reports annually through ECOSOC to the General Assembly while its budget and operational activities are guided by a smaller intergovernmental body, the Executive Committee of the High Commissioner's Programme. As regards international protection, however, the role of the Executive Committee is merely to advise UNHCR at its request (10). In response to UNHCR's reporting, two different sets of General Assembly resolutions are adopted annually as a result :

(7) See : Article 22 of the Charter of the United Nations.

(8) The competence of the United Nations to deal with refugees is implicitly contained in Articles 1, 13, 55 and 60 of the UN Charter. These provisions, in conjunction with Articles 7 (2) and 22 of the Charter, form the constitutional basis of the UNHCR Statute. For a more detailed analysis of UNHCR's mandate, see : TÜRK V., *Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR)*, Berlin, 1992.

(9) Paragraph 9 of the UNHCR Statute stipulates that the High Commissioner should engage in such additional activities as the General Assembly may determine. Furthermore, the High Commissioner is required to follow policy directives given to him by the General Assembly or the Economic and Social Council, pursuant to paragraph 3 of the Statute.

(10) As for the role of the Executive Committee, see : GA res. 1166 XII and ECOSOC res. 672 (XXV).

1) so-called "omnibus" resolutions referring to UNHCR in general, to its reports and to broader, global developments in the area of forced displacement; and 2) "situational" resolutions which are country or region-specific. An analysis of the latter resolutions leads to the conclusion that activities (originally outside UNHCR's core mandate) are often integrated into subsequent omnibus resolutions. The repeated requirement or subsequent endorsement by the General Assembly that UNHCR undertake certain responsibilities for protecting and assisting specific categories of persons confirms the Office's overall mandate covering such persons. Repeated General Assembly resolutions and the acquiescence of states, therefore, lay down provisions of a "constitutional" nature for UNHCR.

Compared to other UN organizations, UNHCR is unique in that it is institutionally linked to international treaties regarding refugees and stateless persons. UNHCR's legal foundation, therefore, transcends the immediate framework of UN internal law and has also some basis in international refugee and human rights treaty law (directly, for example, in Articles 35 and 36 of the 1951 Convention, indirectly, for example, in Articles 22 and 45 of the 1989 Convention on the Rights of the Child or Article 11 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness). This specific legal foundation of UNHCR operations has given the Office its special and unique identity and considerable independence.

B. – *UNHCR's personal scope of competence*

UNHCR's competence *ratione personae* (that is, persons in relation to whom the term "persons of concern" could accurately be used) extends to the following categories: i) refugees and asylum-seekers; ii) returnees; iii) stateless persons; iv) the internally displaced; v) persons threatened with displacement or otherwise at risk. The latter two categories do not fall under the general mandate of the Office. However, there is a selective and limited mandate to provide protection and humanitarian assistance and to seek solutions for these categories under certain conditions. The legal basis of this competence is based on UNHCR's Statute, subsequent General Assembly and ECOSOC resolutions, as well as state and organizational practice.

1. *Refugees, asylum-seekers and the question of migrants*

With regard to the refugee definition and its subsequent evolution, it was assumed by the drafters of UNHCR's mandate that the refugee concept was adequate to cover all those in need of international protection owing to a rupture with their country of origin. Also from a historical perspective, the definition was meant to distinguish persons who could not safely return to or obtain the protection of their country – refugees – from others who did not require international protection. There is no indication of any intention to single out a special class of refugees as more deserving of international protection than others. The so-called "broad" definition adopted, for instance, in some regional instruments was understood to cover "all legitimate refugees" of concern to UNHCR. For UNHCR mandate purposes, it has therefore always been understood that the refugee definition was meant to have an inclusive meaning, in accordance with the fundamental objective of providing international protection to all who need it (11).

The term "refugees of concern to UNHCR" therefore departs from the idea of a single refugee concept, covering all persons outside their country of origin for reasons of feared persecution, generalized violence, or other circumstances which have seriously disturbed public order and who, as a result, require international protection (12).

The refugee definition contained in the 1951 Convention is equally rooted in the same single refugee concept. An appropriate interpretation of the 1951 Convention criteria would mean that a large number of persons falling within UNHCR's competence could – and indeed should – be considered Convention refugees (13). For instance, those who fear gender-related persecution or those who flee persecution in areas of ongoing conflict may not, in some states, be recognized as refugees. They would, however, meet the 1951 Convention criteria and it is important to recognize them as such. There may indeed, however, also be those who might not meet the Convention criteria, for instance, because they flee the indiscrimi-

(11) See in particular: UN Doc. A/AC.96/830,7 September 1994, §§24 and 25 of, as well as Jackson I. C., *The Refugee Concept in Group Situations*, The Hague, Martinius Nijhoff, 1999.
(12) See: UN Doc. A/AC.96/830, §§8, 10-11, 31-32.
(13) See: UN Doc. A/AC.96/830, §§20-28.

nate effects of generalized violence or of public disorder. In such cases, if they are not covered by regional refugee instruments, granting complementary forms of protection is indeed a pragmatic way of responding to identified international protection needs. For those who are not necessarily covered by the 1951 Convention, Article 35 of the 1951 Convention, which obliges States to cooperate with UNHCR in the exercise of its functions, forms some legal basis for contexts in which a need for international protection exists.

Asylum-seekers fall within UNHCR's competence *ratione personae*, not least because the General Assembly has adopted the term in resolutions relating to UNHCR since 1981. It can either refer to an individual whose refugee status has not yet been determined by the authorities but whose claim to international protection entitles him or her to a certain protective status on the basis that he or she could be a refugee (14), or to persons forming part of large-scale influxes (15) of mixed groups in a situation where individual refugee status determination is impractical.

Clearly, UNHCR's mandate responsibilities for refugees and other persons of concern do not extend to migrants generally. "Migrants" (16) are generally understood to be individuals moving to another country of their own free will in order to improve their material or social conditions and enhance prospects for themselves or their family. Meanwhile, it is equally clear that there are individuals within the broader mixed migratory flows, namely asylum-seekers and refugees, who are in dire need and have the right to obtain a status that will offer them protection. Certain migratory movements are difficult to dissect into their different components. Population flows are not homogenous but mixed and composite. As it becomes virtually impossible for refugees and asylum-seekers to reach asylum countries or to effect family reunion through legal

(14) See, for example: Executive Committee Conclusions No. 29, (j) and No. 57, (a).

(15) This concept is related to Executive Committee Conclusion No. 22, which was endorsed by GA res. 36/125.

(16) A uniform legal definition of the term "migrant" does not exist at the international level. The 1990 UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families defines the term "migrant worker". See also: Article 11 of the 1975 ILO Convention Concerning Migrations in Abusive Conditions and the Protection of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers (No. 143) and of the 1979 ILO Migration for Employment Convention (No. 97); as well as Article 1 of the 1977 European Convention on the Legal Status of Migrant Workers.

means, many have turned to smugglers (17). Others, among them often the most destitute, are stranded in countries, where the asylum systems are not yet sufficiently developed and where they are often unable to legalize their stay. It has become all the more important for states to ensure that adequate international protection safeguards are properly included in whatever measures states take or envisage in the broad area of freedom of movement.

Apart from the international refugee protection perspective, there is a broader political and human rights dimension to the asylum/migration debate. It is clear that a better understanding of the overall migration context will help address more effectively issues that cut across both migration and forced displacement. One such issue is related to easing migratory pressures through the development and implementation of processes more adequately equipped to respond to them. There remains, for instance, a grey area where the predicament of the individual is such that the urge to move is more compelled by abject poverty or miserable economic and social conditions than persecution or armed conflict. Such conditions often engender extreme uncertainty about the future or produce social disparities and often even the continued marginalization of certain groups. Underlying social tensions or environmental degradation resulting in impoverishment are additional reasons for people to leave. Often the causes are multi-faceted, not far removed from forced displacement, albeit not necessarily for reasons of persecution or armed conflict. Poverty eradication, development cooperation (including allowing migrants to work in the North) and protection of the environment are some of the crucial factors which come into play when attempting to address migratory pressures over and above the forced displacement context (18).

2. *Returnees*

Returnees are refugees who have returned to their country of origin spontaneously or in an organized fashion but are yet to be fully integrated. Such return would normally only take place in conditions of safety and dignity, when circumstances which caused them

(17) Strict exit control measures have sometimes made it impossible for refugees even to leave their countries of origin without the help of smugglers.

(18) See for more details : TÜRK V., "Current Migration Flows : The Task of Protection", *Refugee Survey Quarterly*, 2001, pp. 88-96.

to flee no longer exist. UNHCR is responsible for returnees as former refugees and in the context of its mandate to find permanent solutions for the problem of refugees. Paragraph 1) of Executive Committee Conclusion No. 40 (19) sets out in more detail UNHCR's role on their behalf in connection with voluntary repatriation operations while recognizing UNHCR's legitimate concern for the consequences of the return of refugees to their home country. It is interesting to note that UNHCR's mandate in this area has been refined and extended, from an initial premise that UNHCR's responsibility ended when refugees crossed the border into their country of origin, to a substantive involvement in securing protection and providing assistance to returnees, as well as monitoring their treatment in the country of origin (20).

3. *Stateless persons*

UNHCR has obvious responsibilities for refugees who are stateless, pursuant to paragraph 6 (A) (II) of the UNHCR Statute and Article 1 (A) (2) of the 1951 Convention, both of which specifically refer to stateless persons who meet the refugee criteria. Moreover, in accordance with General Assembly resolutions 3274 XXIX and 31/36, UNHCR has been designated by the General Assembly, pursuant to Articles 11 and 20 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, as the body to which a person claiming the benefits of this Convention may apply for the examination of his or her claim and for assistance in presenting it to the appropriate authorities.

In this context, UNHCR acts as the intermediary "protection" agency between stateless persons and states, *inter alia*, by providing special expertise in the area of nationality legislation to states and other international organizations (such as the Council of Europe) and using as a yardstick the principles contained in the 1961 Convention for the determination of nationality status in relation to

(19) Endorsed by GA res. 40/118 para. 7.

(20) See: UNHCR, *UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection*, Geneva, 1996, and Executive Committee Conclusions No. 18, 40, and 74 and 101. UNHCR's role has also been strengthened by the 1995 General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, which, in Annex 7, designated UNHCR as the lead agency for the organized voluntary return of refugees and displaced persons to and in the Former Yugoslavia, and thus sets an important precedent. Similarly, in the context of Kosovo, UNHCR's overall lead role in the humanitarian area (which includes return) was set out in Security Council resolution 1244 (1999).

persons who would otherwise be stateless. Furthermore, broader preventive action in the area of statelessness, for instance in the wake of the dissolution of states (21), as well as the protection of stateless persons, in particular under the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, are important factors for the prevention of situations leading to involuntary displacement.

In 1995, the Executive Committee adopted a comprehensive Conclusion on the Prevention and Reduction of Statelessness and the Protection of Stateless Persons (22), which clarified UNHCR's mandate in this area and recognized explicitly in paragraph (a) that UNHCR's activities on behalf of stateless persons are part of its "statutory function of providing international protection and of seeking preventive action". The Conclusion requested UNHCR, *inter alia*, actively to promote accession to the international statelessness instruments and to provide technical and advisory services pertaining to the preparation and implementation of nationality legislation (23). Subsequent Executive Committee and General Assembly resolutions have further developed and refined UNHCR's mandate in respect of stateless persons, including by exploring resettlement as a possible solution for stateless persons (24).

4. *The internally displaced*

UNHCR does not have a general mandate for internally displaced people but has been authorized by the General Assembly to be involved under certain circumstances in enhancing protection and providing humanitarian assistance to internally displaced persons through special operations (25). UNHCR's engagement with the internally displaced has traditionally been related to situations where there is a strong link with refugee outflows (for instance, in Colombia, Angola or Sudan) or in the context of refugee return, such as in Bosnia and Herzegovina and in Kosovo. The General

(21) UNHCR was actively engaged in discussing and resolving statelessness and nationality issues following the break-up of the Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia.

(22) See : Executive Committee Conclusion No. 78, endorsed by GA res. 50/152, §§14-16.

(23) See in particular : BATCHELOR C. A., "UNHCR and Issues Related to Nationality", *Refugee Survey Quarterly*, 1995, pp. 91-112.

(24) See : Executive Conclusion No. 95, (v).

(25) For example in Laos, Viet Nam, Cyprus and Bangladesh. The activities of UNHCR were subsequently endorsed by the GA; see : UNHCR, *UNHCR's Operational Experience with Internally Displaced Persons*, Geneva, 1994, pp. 3-11.

Assembly referred for the first time in 1972 to internally displaced persons in connection with UNHCR operational activities in Sudan (26). In 1992, the General Assembly, for the first time in an omnibus resolution, acknowledged UNHCR activities in favour of internally displaced persons (27). In 1993, the General Assembly clarified UNHCR's role by way of setting out the formal criteria for UNHCR's involvement (28).

The requirements for UNHCR activities in favour of internally displaced persons are : a specific request/authorization from the Secretary-General or a competent principal organ of the United Nations; the consent of the state or other entities concerned; assurance of access to the internally displaced; availability of adequate resources and the Office's particular expertise and experience; complementarity with other agencies; and adequate staff safety of UNHCR and implementing partners (29). Since UNHCR's principal mandate and expertise lie in the area of protection and solutions, the Office is required to act in pursuit of these basic objectives when it is requested or allowed to become involved with the internally displaced. Overall, the Office's involvement will also need to be seen as part of the collaborative United Nations approach to the problem of internal displacement, which has been developed in the Inter-Agency Standing Committee under the leadership of the Emergency Relief Coordinator. In this connection, it was agreed in mid-2005 that UNHCR will assume sector leadership for those displaced internally by conflict in the area of protection (including return), camp coordination and emergency shelter, while other agencies and actors have agreed to take the lead in other sector "clusters" from nutrition (UNICEF) to early recovery (UNDP). Any involvement of UNHCR in situations of internal displacement should never have an adverse effect on the need to ensure that the affected populations preserve their right to seek and enjoy asylum.

(26) See : GA res. 2958 XXVII.

(27) See : GA res. 47/105, §14. See also UN doc. EC/50/SC/INF.2.

(28) See : GA res. 48/116 para. 12, as well as for more details UNHCR's policy paper on *Internally Displaced Persons : The Role of the United Nations High Commissioner for Refugees*, UN Doc. EC/50/SC/INF.2, which was issued in March 2000 and presented to the Standing Committee.

(29) See : GA res. 48/116, §12 and GA res. 49/169, §10. See also Executive Committee Conclusions No. 75 and No. 87, (t).

It should also be noted that there is no generally accepted definition of an internally displaced person, although the 1995 Report of the Representative of the Secretary-General on Internally Displaced Persons (30) proposes a working definition which reads as follows : "Persons or groups of persons who have been forced to flee their homes or places of habitual residence suddenly or unexpectedly as a result of armed conflict, internal strife, systematic violations of human rights or natural or man-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized State border". UNHCR's operational definition of an internally displaced person refers to someone who, had he/she managed to cross an international boundary, would have fallen within the refugee definition (31).

5. *Persons threatened with displacement or otherwise at risk*

UNHCR has on occasions been involved with local residents, war-affected civilians or besieged populations, especially in circumstances where it was neither feasible nor reasonable to treat them differently from other categories of concern to UNHCR (particularly in the context of voluntary repatriation or special humanitarian coordination functions for internally displaced populations). Such operational involvement has primarily been of a humanitarian or preventive character and has largely meant exercising a "good offices" function or a special humanitarian coordination responsibility to channel international assistance and provide protection. Humanitarian assistance through airlifts was, for instance, provided to the besieged local population in Sarajevo during the armed conflict in Bosnia and Herzegovina. Another notable example of in-country protection activities was UNHCR's engagement with minority groups at risk in Kosovo which took place in an inter-agency collaborative framework and involved operational activities, such as bus-shuttle programmes, the setting up of a humanitarian assistance network and the installation of a telephone hotline in the

(30) See : UN Doc. E/CN.411995/50.

(31) See : UNHCR, *UNHCR's Operational Experience with Internally Displaced Persons*, *op. cit.*, p. 76.

case of security threats (32). At the end of December 2004, UNHCR, upon the request of the Secretary-General, provided humanitarian disaster relief to victims affected by the tsunami disaster in Sri Lanka and the Indonesian province of Aceh. This unprecedented move to assist victims of a natural disaster was justified by UNHCR's heavy operational presence on the ground, the massive scale of the disaster and the tremendous and immediate humanitarian needs for action.

C. – *UNHCR's material scope of competence*

The activities which UNHCR is required, or is authorized to carry out, for the aforementioned categories of persons are set out both in the Statute (in particular paragraphs 1, 8, 9, 10) and in subsequent General Assembly and ECOSOC resolutions. UNHCR is primarily mandated to provide international protection and humanitarian assistance and to seek permanent solutions for persons within its competence. The functions of UNHCR have also expanded considerably over time. Mandated activities include preventive action and participation "at the invitation of the Secretary-General, in those humanitarian endeavours of the United Nations for which the Office has particular expertise and experience" (33). In addition, the institution of "good offices" and the right to humanitarian initiative remain useful tools for situations outside mandated activities. Other functions would, for instance, include relief distribution, emergency preparedness, special humanitarian activities, broader development work (34), and issuance of documentation for persons falling under the mandate.

A more detailed analysis of the concept of international protection, including as understood within the context of UNHCR's mandate, as well as its linkage to durable solutions follow further below.

(32) See also : the joint UNHCR/OSCE assessment reports on the situation of ethnic minorities in Kosovo (for a summary of this type of activities see UNHCR Humanitarian Issues Working Group, UNHCR Doc. HIWG/02/2 of 1 June 2002).

(33) See : GA res. 2956, §2; see also §9 of the UNHCR Statute.

(34) See, for instance : UNHCR, *Putting Refugees on the Development Agenda : How Refugees and Returnees can Contribute to Achieving the Millennium Development Goals*, Geneva, UNHCR Doc. FORUM/2005/4 of 18 May 2005.

D. – *UNHCR's supervisory role*

UNHCR's supervisory role is an integral and inherent part of its international protection mandate that is directly linked to ensuring a principled application of the international refugee protection regime. The rationale behind this role is that strengthened supervision by an international organization is indispensable for a functioning, predictable and credible framework of international cooperation and to ensure the proper functioning of such a system.

UNHCR's supervisory responsibility is laid down explicitly in paragraph 8 (a) of the UNHCR Statute. The wording of this paragraph is open and flexible and does not restrict the scope of applicability of UNHCR's supervisory function to one or other specific international refugee convention. UNHCR is therefore competent *qua* its Statute to supervise all conventions relevant to refugee protection, and has in fact done so in practice. Moreover, most international refugee conventions explicitly establish a link to UNHCR's supervisory function as regards the application of their provisions. In terms of corresponding state obligations, they are, for instance, contained in Articles 35 and 36 of the 1951 Convention, Article II of its 1967 Protocol, and Article VIII of the 1969 Organization of African Unity (now African Union) Convention governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. In essence, states parties to these international refugee instruments undertake to cooperate with UNHCR in the exercise of its functions, and in particular to facilitate its duty of supervising the application of the provisions of these instruments (35).

Compared to other international involvement in national legal and administrative systems, the exercise of UNHCR's supervisory role is unique in many respects. In fact, UNHCR may be the only UN organization that is directly involved in national law-making, national procedures and national decision-making. This is not to say that such involvement does not have its own sets of difficulties (for instance, lack of access to refugees or inadequate consultations by governments with UNHCR), but these are of a practical nature

(35) For detailed information on UNHCR's supervisory role, see : TÜRK V., "UNHCR's Supervisory Responsibility", *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, pp. 135-158; and KÄLIN W., "Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees : Article 35 and Beyond", *in* FELLER E., TÜRK V., NICHOLSON F. (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 613-666.

that would need to be addressed at the practical, operational level. It would be wrong to deduce from these problems a need to change the supervisory system as a whole. It is therefore crucial to acknowledge the achievements that have been made by involving an international institution in domestic legal and administrative contexts and to build any strengthening of UNHCR's role around these achievements. For instance, UNHCR has worked closely with the judiciary by providing *amicus curiae* briefs on leading cases to set out the Office's perspective and legal position. Over recent years, however, there has been a noticeable trend of an increasing tension between the judicial and executive branches of governance, which are particularly prevalent in the human rights and refugee law area. The judiciary has an important role to play not only in protecting the individual but also in clarifying the complex legal issues that arise when interpreting legal norms.

A direct emanation of UNHCR's supervisory responsibility is, *inter alia*, that UNHCR be given prompt and unhindered access to asylum-seekers and refugees, wherever they are (36), and be allowed to supervise their well-being (37). In line with Article 35 of the 1951 Convention and Article II of the 1967 Protocol, states are obliged to cooperate with UNHCR, for instance, by providing verifiable information on issues/persons of concern to the Office and/or granting access to people who may be of concern. Another method of implementation of UNHCR's supervisory role is the issuance by the Office of UNHCR Guidelines on International Protection (38). These Guidelines follow in a way the model of the General Comments issued by the human rights treaty monitoring bodies. They are meant to update and complement the understandings in UNHCR's Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status. Since UNHCR is, arguably, the "treaty monitoring body" of the 1951 Convention, not least because of its supervisory responsibility but also pursuant to Article 35 of the 1951 Convention, the Office needs to interpret the different norms of the 1951

(36) See also : Executive Committee Conclusions No. 22 (III), 33 (h), 72 (b), 73 (b) (iii), 77 (q), 79 (p).

(37) See : Executive Committee Conclusions No. 22 (III), 48 (4) (d).

(38) These Guidelines are available on : www.unhcr.org. Hathaway appears to have somewhat misunderstood the exercise of UNHCR's supervisory role through the issuance of these Guidelines, see : HATHAWAY J. C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 112-118.

Convention and 1967 Protocol. It would otherwise be impossible to monitor state practice. These Guidelines are meant to set out UNHCR's authoritative legal position on the various interpretative issues that arise and to provide legal guidance to governments and practitioners. The issuance of the Guidelines is preceded by an analysis of state practice (including jurisprudence) and an examination of the applicable international legal framework.

III. – Concept of international protection

Every state has the sovereign power to regulate the admission and stay of non-citizens within its own territory and a valid interest in resisting irregular migration, as well as combating smuggling and trafficking. Like any other state powers, however, these must be exercised in accordance with international law, including international human rights law, as well as norms that protect the rights of asylum-seekers and refugees. Although the majority of international human rights norms are also applicable to non-citizens, there is a need, in addition, for a specific international legal framework for refugees. The special legal regime protecting the rights of this particular class of non-citizens is referred to as "international protection". The rationale behind the need for a special regime lies in the fact that refugees are people in a very specific predicament which calls for additional safeguards. This becomes apparent in the analysis of international human rights law. The international human rights instruments were, in their whole outlook and direction, drafted for the norm, that is, a world of citizens in nation states that provide or fail to provide national protection and are the primary guarantors of such protection. That norm does not apply in the case of an asylum-seeker or refugee because there has been a rupture between the individual and the state. For them there is no longer any state to which they can automatically turn for protection. Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights asserts the right of everyone to seek and enjoy asylum. No clear content was, however, given to the notion of asylum at the international level until the 1951 Convention was adopted and UNHCR was tasked to supervise its implementation.

In accordance with paragraphs 1 and 8 of the UNHCR Statute, providing international protection to refugees and other persons of concern to UNHCR, and seeking durable solutions to their problems is UNHCR's primary function under its Statute. The Statute does not define in legal terms the concept of international protection, but provides in its paragraph 8 and in subsequent General Assembly resolutions a list of activities through which UNHCR can discharge international protection. International protection emanates essentially from UNHCR's organizational practice, as well as state practice. At the same time, the international protection regime has historical antecedents which are based on the various legal and institutional arrangements for refugees in the inter-war period, preceding the creation of UNHCR and the adoption of the 1951 Convention. This specific legal and policy regime relies on different sources of international law. It was originally rooted in the idea of international protection as a surrogate for consular and diplomatic protection, thus filling a protection vacuum for a special class of vulnerable people in response to whom a specific regime of rights needed to be created. In the current understanding of international law, the institution of international refugee protection, whilst unique, is embedded in the broader international human rights protection regime (39) and also more generally linked to effective forms of international cooperation.

Over time, the conceptual understanding of international protection has evolved and been described by leading authors in the following terms :

> "[...] de sauvegarder les droits et les intérêts des réfugiés, d'améliorer leur statut juridique de manière à les mettre autant que possible sur un pied d'égalité avec les ressortissants du pays où ils demeurent et, chose plus importante encore, les aider à cesser d'être des réfugiés" (40).

> "The function of international protection can best be described as the task of safeguarding the rights and legitimate interests of refugees and of seeking to overcome any disabilities arising from their position as refugees" (41).

---

(39) The latest (1993) World Conference on Human Rights has acknowledged this link in paragraph 23 of the Vienna Declaration and Programme of Action.

(40) See : SCHNYDER F., "Les aspects juridiques actuels des problèmes des réfugiés", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1965, p. 346. See also : LINDT A. R., "Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés et son œuvre", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1959, pp. 439-442.

(41) See : WEIS P., "The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and Human Rights", *Human Rights Journal*, 1968, p. 249. More generally, see : WEIS P., "The International Protection of Refugees", *American Journal of International Law*, 1954, p. 193.

"The word protection denotes measures of some kind or other taken by a subject of international law in order to safeguard or promote the integrity, rights, or interests of an individual. Protection may take many shapes" (42).

"[...] basée sur des instruments juridiques, mais une function complexe, administrative, diplomatique et qui comprend, si elle est conçue dans toute son ampleur, des activités de recherché et de diffusion" (43).

"[...] first and foremost, action to secure human rights, with the objective of re-establishment within a community" (44).

UNHCR itself has described the international protection function in more detail in the 1994 UNHCR Note on International Protection (45), as well as in the 2000 Note on International Protection, which focused in particular on how UNHCR has "operationalized" its international protection mandate (46). It is clear from these descriptions that international protection is not only a legal concept but also a highly operational function covering the gamut of activities through which the rights of refugees and asylum-seekers are assured, including securing admission and asylum, respect for basic human rights and an appropriate standard of treatment, as well as achieving a durable solution through restoration of national protection either in the country of origin, the host country or another country. In terms of operational protection activities, notably in the area of national capacity-building, UNHCR has traditionally supported states in their efforts to establish national authorities for refugee and asylum issues; to implement fair and efficient refugee status determination procedures (including by training border guards and other officials dealing with irregular migration issues); to receive, care for and where necessary integrate refugees into their societies; and to draft equitable laws and develop policies on broader migration issues.

The nature of protection activities in relation to internally displaced persons is based on a different legal framework from refugee protection (47). In legal terms, the responsibility for refugees

(42) See : GRAHL-MADSEN A., *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, AW Sijthoff, vol. 1 (1966), p. 381.

(43) See : JAEGER G., "Les Nations Unies et les Réfugiés", *Revue belge de droit international*, 1989, p. 58.

(44) See : GOODWIN-GILL, "Refugees in the World : The European Community's Response", *Netherlands Institute of Human Rights*, 1989, p. 1.

(45) See : UN Doc. A/AC.96/830.

(46) See : UN Doc. A/AC.96/930.

(47) See : KÄLIN W., *Guiding Principles on Internal Displacement : Annotations*, The American Society of International Law : Studies in Transnational Legal Policy No. 32, Washington, 2000.

invokes fundamentally an international dimension and guarantor whereas for the internally displaced this is national. It is therefore different insofar as the national authorities have clear and full responsibility for protecting all citizens, irrespective of whether or not they are in a situation of displacement. UNHCR assists the authorities in meeting their national protection obligations and does so against the background of the similar and often indistinguishable protection needs of returning refugees and internally displaced persons. In many operations UNHCR's protection role is to monitor the safety and appropriate treatment of internally displaced people and make representations with state and non-state actors to ensure they respect international human rights and international humanitarian law. In-country protection activities for the internally displaced are therefore often constrained legally and operationally by national sovereignty considerations, insecurity, limited access to people in need and lack of funds. Pertinent examples are UNHCR's operations in the Caucasus and in Angola.

IV. – Responsibility for international protection

The main responsibility for safeguarding the rights of refugees lies with states, not least because of the fundamental responsibility of states to guarantee the human rights of everyone (including non-citizens) subject to their jurisdiction and within their territory, irrespective even of accession to the international refugee instruments. Given the international dimension of the refugee issue, UNHCR's international protection function also comes into play, which is the reason why the refugee protection responsibility is considered a shared one. The role of UNHCR is to ensure that governments take the necessary action to protect refugees within their territory or seeking to enter their territory. This encompasses, *inter alia*, admission, respect for the principle of *non-refoulement* and basic human rights, an adequate standard of treatment, as well as the realization of durable solutions. For the internally displaced and returnees, however, the protection responsibility lies squarely with the state.

Especially in situations of large-scale influx and in countries with limited resources, support and assistance by the international community, including through UNHCR, to particularly affected states

has become an important factor to ensure the effectiveness of refugee protection in practice (48). In some situations, particularly in Africa, the Middle East and certain parts of Asia, the capacity of the authorities to maintain law and order in refugee camps and settlements is often weak or even non-existent. As a result, UNHCR (albeit beyond its scope of mandate and expertise) and the international community have had to support governments in the area of physical protection of refugees (for instance, by creating the "ladder of options" and "security packages" in Tanzania) (49).

Other partners of protection have increasingly emerged – non-governmental organizations (NGOs) in particular but also other UN agencies and intergovernmental organizations. In this connection it is important that broader protection partnership arrangements for refugees and other persons of concern are based on a common, consistent framework of principles and coordinated by UNHCR (for example, through UNHCR's Reach Out process with NGOs and protection training of NGOs) (50).

V. – The international refugee protection regime

To exercise its international protection function *vis-à-vis* states, UNHCR relies on its Statute, including the development of its competence through subsequent General Assembly and ECOSOC resolutions, and on the whole body of universal and regional refugee law and standards, complemented by relevant international human rights and humanitarian law instruments, as well as relevant national legislation and key jurisprudence. This body of law and standards constitutes the international refugee protection regime at the core of which is the UNHCR Statute and the 1951 Convention/1967 Protocol. It is a dynamic set of explicit and implicit rules.

(48) See in particular : UNHCR background papers on the first theme of the "third track" of the Global Consultations on International Protection on the protection of refugees in situations of mass influx, available on www.unhcr.org. See also : Executive Committee Conclusion No. 100.

(49) For more background information, see : the UNHCR background paper on the civilian character of asylum, which was prepared in the context of the Global Consultations on International Protection, 19 February 2001, UN Doc. EC/GC/01/5. See also : Executive Committee Conclusion No. 94, as well as : Da Costa R., "Maintaining the Civilian and Humanitarian Character of Asylum", *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series*, Geneva, 2004, available on : www.unhcr.org.

(50) See : UNHCR, *Protecting Refugees : A Field Guide for NGOs*, Geneva, 1998.

Inherent in this regime is also a certain legal authority that states have vested in UNHCR's international protection function not least *qua* its supervisory role.

As mentioned earlier, international protection is, however, not an abstract, legal concept, it is an action-oriented function that covers a wide array of activities ranging from advocacy, policy and standard-setting to operational activities. The implementation of the international refugee protection regime, while firmly anchored in law, is based on different tools and methods of protection. These tools can be diplomatic, operational and practical-material and be applied over the short term or a long time. A combination of different tools is normally used. Their application is complex, fraught with dilemmas and described in some detail in UNHCR's annual Notes on International Protection, especially to the extent of which this regime has been operationalized (51). This article focuses on the legal dimension of the regime, given its overall relevance to any protection activity.

VI. – Legal tools of international protection

A. – *UNHCR's Statute and principles of international law*

In countries that have not acceded to any international refugee instrument, the legal basis of international refugee protection is at the very least UNHCR's Statute in the way it has developed over time. The General Assembly entrusted UNHCR with providing international protection to, and seeking durable solutions for, all refugees, whether formally recognized or not, who fall within the Office's mandate, and this mandate is not restricted by international obligations assumed by a particular state. More broadly, the UN Charter sets out international obligations for the Member States to cooperate with the United Nations in a broad array of issues and themes. The UNHCR Statute and its subsequent evolution embody the cooperative framework for Member States in the forced displacement area. Another source of law is the norms and

(51) The UNHCR Notes on International Protection are available on : www.unhcr.org.

principles of international law applicable to refugees that apply to all states, regardless of accession to international instruments. These would, for instance, include norms of customary international law relating to the direct protection of refugees, such as the principle of *non-refoulement* (52), an adequate standard for their treatment, as well as cooperation with UNHCR.

B. – *1951 Convention/1967 Protocol relating to the Status of Refugees*

Within the international refugee protection regime, there is no doubt about the centrality of the 1951 Convention and its 1967 Protocol. They set forth a universal refugee definition and incorporate the basic rights and obligations of refugees, which are as relevant in the contemporary context as they were in 1951. The provisions of the Convention remain the primary international standard against which any measures for the protection and treatment of refugees are judged. Its most important provision, the principle of *non-refoulement* contained in Article 33, is the bedrock of the regime. This framework of rights and understandings is a necessary clarification of and addition to the general human rights instruments, if refugees are to have genuine and meaningful access to international protection in the context of a system of sovereign nation states where the individual who has severed the links with his or her own state is seen as the aberration. The landmark character of these instruments was solemnly reaffirmed in the form of a Declaration by the first meeting of states parties to these instruments, held in Geneva in December 2001, on the occasion of the fiftieth anniversary of the 1951 Convention. The Declaration not only manifests state practice and is therefore of important legal value but also constitutes a strong statement of political commitment to upholding the values and principles of the Convention, and to implementing its provisions fully. At the same time, this Declaration also recognizes that international protection today demands at the same time progressive development of the law and additional strategies.

(52) See : BETHLEHEM D., and LAUTERPACHT E., "The Scope and Content of the Principle of *Non-refoulement : Opinion*", *in* FELLER E., TÜRK V., NICHOLSON F. (eds.), *Refugee Protection in International Law, op. cit.*, pp. 87-177.

In international legal terms, the 1951 Convention is a multilateral standard-setting instrument of almost universal application, creating a special international legal regime for persons in need of international protection. It is an instrument of a general character that, by its very nature, requires the application of its provisions by all the contracting parties. This is, in fact, an essential condition of the consent of each party to be bound by the treaty. As a consequence, one could even argue that the 1951 Convention has an almost "constitutional" character. It lays down rules of objective validity with inseparable obligations (53).

Formalizing an international refugee protection regime under international law that was universal in its applicability and non-discriminatory in its application was in fact the main object and purpose of the 1951 Convention along with its 1967 Protocol (54). It is also indicative of the object and purpose of this regime that the 1967 Protocol was adopted to remove the temporal and (optional) geographical limitations to the refugee definition (as were originally contained in the 1951 Convention).

As evidenced by its drafting history, as well as the actual text reflecting its character, the 1951 Convention is a hybrid construct that responds to and accommodates different (even competing) needs, interests and perspectives. Historically, the Convention has its antecedents and can be conceived as a measure "to extend the scope of and the protection accorded by" previous international agreements concerning refugees. The Convention is also clearly a human rights instrument. It is specifically premised on "the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination" and the concern of the international community "to assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms" (55). It preceded the drafting of the major general international human rights instruments, and its oversight system was vested in UNHCR, albeit that it did not clarify in detail how states were supposed to cooperate with UNHCR in

(53) As regards the underlying values of the Convention, See: §§4-7 of the 2001 Note on International Protection (UN Doc. A/AC.96/951, 13 September 2001).

(54) See in this connection: preamble: §1 of the 1951 Convention (enjoyment of rights without discrimination), preamble, §2 (assuring refugees the "widest possible exercise" of these rights), preamble, §4 (international scope of the refugee problem and need for international cooperation) and Article 3.

(55) See: preamble, §§1, 2 and 3.

the exercise of its supervisory role. While being essentially of a human rights character, the 1951 Convention is also embedded in a framework of multilateral cooperation and global governance, which regulates the conduct between and among states. These instruments are not only the clearest expression of international solidarity for the protection of refugees but also imply a fundamentally humanitarian, impartial and non-political character. International refugee protection is therefore to be considered a peaceful and humanitarian act that shall not be regarded as unfriendly or hostile by other states. Regrettably, there are still too many instances, particularly in South-East Asia, where the grant of even temporary refuge is highly politicized, often creating bilateral tensions at the expense of vulnerable individuals directly affected by the displacement.

The 1951 Convention is, however, not comprehensive in terms of covering all areas of the international protection regime. It does not, for instance, contain either provisions or detailed regulations in a number of areas, such as procedural requirements (including on cancellation of refugee status), voluntary repatriation, the special needs of refugee women and children, responsibility sharing, or the mechanics of international cooperation. Where issues arise that do not strictly fall within the Convention's textual scope or are not adequately covered by it, its objects and purposes act as reliable guides for interpretation or further, progressive development of the law and standards. The Convention's objects and purposes are therefore important in ensuring that states' approaches to issues on the periphery of refugee protection, such as for instance irregular migration, are consistent with their Convention obligations.

The 1951 Convention also takes into account legitimate security concerns of states, including those that have arisen in the post-September 11 context (56). Certain acts are so grave that they render their perpetrators undeserving of international protection and the refugee framework does not stand in the way of such persons facing justice. The refugee definition is so framed as to exclude from the ambit of the Convention persons who have committed certain seri-

(56) See : TÜRK V., "Forced Migration and Security", *International Journal of Refugee Law*, 2003, pp. 113-125.

ous offences or heinous acts (57). If properly applied, the 1951 Convention does therefore not offer safe haven to serious criminals. While recognizing that the rigorous application of the exclusion clauses is basic to the integrity of international protection regime, it is nevertheless important to promote a sensitive application that takes into account developments in international law, notably in the fields of international criminal law, human rights and international humanitarian law. There was considerable debate in the context of its drafting around the interpretation of Article 1 F (b), serious non-political crimes, whereby a "serious" offence was understood to be one that would need to be judged against international standards. Factors, such as the nature of the act, actual harm inflicted, form of criminal procedures used, nature of the penalty and whether most jurisdictions would consider the act in question as a serious crime, are the ones that would need to be taken into account. Its interpretation was also seen to be linked to the principle of proportionality, the question being whether the consequences (being eventual return to persecution) are proportionate to the type of crime that was committed. In UNHCR's updated guidelines on the exclusion clauses, a serious crime refers to a capital crime or a very grave punishable act. This would include homicide, rape, arson and armed robbery (58). In relation to the meaning of "non-political", the "predominance" test is used in many jurisdictions to help determine the nature of the crime in question, that is, whether the offence could be considered to have a predominantly political character. The motivation, context, methods and proportionality of a crime to its objectives are overall important factors in evaluating its political nature.

In terms of implementing the international refugee instruments, fair and efficient procedures for the determination of refugee status are an essential element in their full and effective application since

(57) The so-called "exclusion clauses" contained in Article 1 F of the 1951 Convention provide for the denial of international refugee protection to persons with regard to whom there are serious reasons for considering that they have committed (a) crimes against peace, war crimes or crimes against humanity; (b) serious non-political crimes outside the country of refuge prior to admission to that country as a refugee; (c) acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. For further guidance on the interpretation and application of Article 1 F, see : UNHCR, *Guidelines on the Application of the Exclusion Clauses : Article 1 F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003 and the accompanying *Background Note*, available at : www.unhcr.org.

(58) See : *Background Note*, *ibid.*, §40.

they enable states to identify those who should benefit from international protection, as well as provide an important guarantee that refugees will not be forcibly returned and will receive the treatment due under relevant international refugee law. States have acknowledged their importance by recognizing the need for all asylum-seekers to have access to them (59). At all stages of an asylum procedure, including at the admissibility stage, asylum-seekers should receive guidance and advice on the procedure and have access to appropriate counsel. Through denial of access to procedures, the object and purpose of the 1951 Convention/1967 Protocol would be frustrated and the obligation of states parties to fulfill in good faith the obligations stemming from international treaties may well thereby be breached.

An asylum-seeker may be refused access to the substantive part of the asylum procedure in the country where the application has been made,

i) following a determination that the applicant has already found effective protection in another country (a first country of asylum), or

ii) if responsibility for assessing the particular asylum application in substance is assumed by a third country, provided there is no risk there of persecution, and provided that there are sufficient guarantees in the individual case that the asylum-seeker will be admitted to that country, be protected effectively from *refoulement*, have the possibility to have his/her protection needs fairly assessed through an effective national procedure, and be treated throughout in accordance with accepted international standards, which includes enjoying protection through asylum or through an alternative durable solution to which the individual has real access (60).

Since this issue has gained some prominence recently in a number of different situations, particularly in the context of the European harmonization process but also in the whole discussion surrounding "extraterritorial" processing (61), the principle is that the country in which an

(59) See : Executive Committee Conclusions No. 81 (h); 82 (d)(iii); 85 (q). In mass influx situations, access to individual procedures may not, however, prove practicable.

(60) For further details See : the UNHCR Global Consultations paper on asylum processes, UN Doc. EC/GC/01/12, 31 May 2001.

(61) See generally : Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, "Towards more accessible, equitable and managed asylum systems", COM (2003) 315 final, 3 June 2003; UK House of Lords, European Union Committee, "Handling EU asylum claims : new approaches examined", 11th Report of Session 2003–04, House of Lords Paper 74, 30 April 2004, available at : http ://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldeucom/74/74.pdf.

asylum application is lodged is and remains ultimately responsible for ensuring respect for the principle of *non-refoulement*, even if that country transfers the person to a third country. It cannot escape that duty by delegating it, if proper safeguards are not in place. The principle of *non-refoulement* precludes the removal of a refugee or asylum-seeker to a third state where there is a risk that he or she might be sent from there to a territory where his or her life or freedom would be threatened (so-called indirect *refoulement*). It is therefore necessary that a state proposing to remove a refugee or asylum-seeker to a third country undertake a proper assessment in the individual case as to whether that country is indeed safe for the particular individual.

The object and purpose of the 1951 Convention regime could effectively be rendered meaningless, were other states parties to send asylum-seekers and refugees back to states where the status and standard of treatment accorded to refugees under the Convention was not respected. The international protection regime in its entirety is predicated on states fulfilling their responsibilities. These responsibilities can also not be devolved to a third party, such as UNHCR. Determination of refugee status by UNHCR under its mandate should be approached as a measure of last resort, absent another possibility of protection.

C. – *Regional refugee instruments*

When juxtaposed with UNHCR's mandate refugee definition as regards corresponding state obligations, regional refugee instruments in both Africa and Latin America have provided comprehensive coverage of all persons in need of international protection. In the case of the 1969 OAU Refugee Convention, this wide coverage of international protection needs has even been formalized through binding international treaty law (62). Despite its non-binding character, the 1984 Cartagena Declaration on Refugees has consolidated the emergence of regional customary law for the protection of refugees fleeing armed conflict situations in Latin America (63). In

(62) For more information on the OAU Refugee Convention, see : Weis P., "The Convention of the Organisation of African Unity Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", *Human Rights Journal*, 1970, p. 449. See also : the Special Edition of the *Refugee Survey Quarterly*, 2001, Vol. 20, No. 1.

(63) The Declaration's enduring relevance was, for instance, recognized by 18 Latin and Central American government representatives at the 20th anniversary commemoration in Mexico City in November 2004.

regions with no regional refugee instrument, many countries have resorted to providing complementary forms of protection, the scope and content of which vary. In doing so, states recognize that an international protection need exists but they are unwilling, for a variety of reasons, to extend the 1951 Convention regime to certain groups. This may be justified in some instances but not in others. Where it is justified, there seems to be growing awareness that some form of a harmonized regional approach is required (as for instance in the European Union (EU) context). At the global level, too there is growing recognition of the need to have consensus on the nature and content of such protection and the standard of treatment that should be foreseen in such cases (64).

Regional refugee instruments have great value in defining standards for the treatment of refugees, taking into account the specificities of the various regions, thus complementing the global refugee instruments (65). The 1969 OAU Refugee Convention has placed the international protection of refugees, in the broad sense, on a firm legal basis in Africa. The EU harmonization process is of particular relevance as well, not least in view of the fact that asylum law and policy have been harmonized and essentially brought into binding European law in 2004. The EU also adopted The Hague Programme in November 2004, with a view to establishing a common European asylum system by 2010. In the context of the Asian-African Legal Consultative Organization, the adoption of a revised consolidated text of the Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees in New Delhi on 24 June 2001 is an important step forward in reaching a common understanding of refugee protection in parts of the world where accession by important host countries has not been forthcoming.

Most regional instruments either refer to the 1951 Convention and 1967 Protocol or contain an explicit provision according to which the regional agreements apply without prejudice to them (66). They also establish a link to UNHCR's supervisory role.

(64) For further discussion of this issue see text at footnote 84 below.

(65) See : Executive Committee Conclusions No. 41 (i), 42 (h), 52 (1).

(66) For instance, both Article 28 of the Schengen Implementation Convention and Article 2 of the Dublin Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member States of the Community reaffirm the commitment of the Contracting Parties to cooperate with UNHCR in the implementation of the international refugee instruments, which extends to UNHCR's supervisory role.

For instance, the various resolutions and directives harmonizing asylum policy and practice within the European Union explicitly foresee some form of consultative role for UNHCR, which is in recognition of UNHCR's supervisory function (67).

D. – *Other international refugee protection standards*

International standards concerning the protection of refugees are adopted annually by the Executive Committee, the General Assembly or by regional organizations, such as the Council of Europe. In this connection, it is useful to note that Executive Committee Conclusions are indicators of consensus, including an expression of legal opinion, by states in certain areas and fulfil an important standard-setting function. These standards often constitute guidelines or even "implementing tools" of the underlying refugee instruments, as well as the broader regime. They do not have the same legal value as international treaties, but they are nevertheless important tools in the appraisal of how the protection regime is being applied. UNHCR's supervisory role necessarily also extends to these standards.

Apart from these so-called soft law standards, a number of international treaties contain provisions that are also relevant to refugees, albeit their primary purpose is not to regulate forced displacement issues. These either clarify their inter-relationship to refugee matters or ensure that international refugee protection obligations are not subordinated to their regulatory framework. This is particularly the case in international extradition law (68) or in areas covering, for instance, transnational organized crime. By way of example, Article 16 (1) of the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air obliges states to take "all appropriate measures [...] to preserve and protect the rights of persons" who

(67) See, for instance : Declaration No. 17 annexed to the Treaty of Amsterdam on Article 63 of the Treaty Establishing the European Community; Council Resolution on Minimum Guarantees for Asylum Procedures, 20 June 1995, §31; Directive on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons, June 2001, §11; Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted April 2004, preambular, §15.

(68) See : KAPFERER S., "The Interface between Extradition and Asylum", *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series*, 2003, available on www.unhcr.org.

have been the object of smuggling, "in particular the right to life and the right not to be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment". In addition, according to Article 16 (3), states should "afford appropriate assistance to migrants whose lives and safety are endangered" by reason of being smuggled. In applying the provisions of this Article, Article 16 (4) requires states to take into account the special needs of women and children. Therefore, the fact that the asylum-seekers were smuggled does not, in itself alone, deprive them of their rights as regards access to protection and assistance measures. It is the smugglers who acted in a criminal manner and should be prosecuted in accordance with applicable provisions of national and international law, including as foreseen by the Smuggling Protocol. As for the victims, indeed, the Smuggling Protocol contains a general saving clause in its Article 19 which states that :

> "nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law, and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of *non-refoulement* as contained therein".

Similar saving clauses can also be found in a number of other international instruments, such as in readmission agreements, criminal law enforcement instruments, international maritime law or international aviation law. The immediate effect of these norms relate to access and admission to territory, as well as the proper identification through screening of those who are in need of international protection.

E. – *International human rights law*

An increasingly important tool of international refugee protection is international human rights law. This can be seen in Europe, particularly when analysing the relevance of Article 3 of the 1950 European Human Rights Convention to refugee protection. UNHCR, in the exercise of its supervisory role, may also have recourse to provisions in human rights treaties that refer either explicitly to refugees (for example, Article 22 of the 1989 Convention on the Rights of the Child) (69) or apply to them implicitly.

(69) See also : Article 45 of this Convention, which provides that UN organs may be represented and may provide expert advice on the Convention's implementation in areas falling

While, clearly, the respective treaty monitoring bodies have the primary competence to supervise, UNHCR may, arguably, fulfill a subsidiary function regarding the application of these provisions as long as treaty monitoring by the competent bodies has not been activated (70). More generally, UNHCR has undertaken a number of activities to identify and strengthen the linkages between international refugee law and international human rights law so that each can be better used for the protection of refugees (71). In this sense, UNHCR has, for instance, followed closely the work of the six human rights treaty monitoring bodies and regional human rights institutions, such as the European Court of Human Rights or the Inter-American Commission and Court of Human Rights, to reinforce the understanding and coverage of refugee protection issues in these fora.

VII. – Progressive development of international refugee protection : UNHCR's Global Consultations, the Agenda for Protection and Convention Plus

As can be seen from the preceding paragraphs, over the past few decades, international refugee law has evolved not through hard law instruments but more through so-called soft law, primarily Executive Committee Conclusions and the results of regional harmonization efforts. This is in stark contrast to the progressive development of international human rights law where, for instance in the area of child rights, two Optional Protocols to the Convention on the Rights of the Child were adopted by the General Assembly on 25 May 2000.

In the past, various aspects of the refugee protection system have been examined in isolation but there was no attempt to consolidate

---

within the scope of their respective mandates, when implementation of the Convention on the Rights of the Child is considered. The Article also states that the Committee shall transmit to competent bodies reports from states parties that contain a request, or indicate a need, for technical advice or assistance.

(70) See, for instance : UNHCR's submission to the Supreme Court of Canada in *Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration*, S.C.C. No. 27790, 11 January 2002. This case raises some important issues of international refugee law and international human rights law, particularly the relationship between Article 33 of the 1951 Convention and Articles 3 and 16 of the 1984 UN Convention Against Torture.

(71) See : UN Doc. A/AC.96/898, 3 July 1998.

these developments and to look at all issues in a cohesive and coherent manner (72). In addition, while harmonized regional approaches, such as in the EU context, are useful, they cannot necessarily serve as a blueprint for global action.

Not least in response to the need to develop the international refugee protection regime further forward, UNHCR conceived the Global Consultations on International Protection in 2000 as a two-year multilateral process. UNHCR's approach was based on the understanding that refugee protection is first and foremost about ensuring respect for the rights of individuals who are in need of international protection. At the same time it was recognized that these rights must be accommodated within a framework of sometimes competing interests of other stakeholders, which include states, host communities and the international community generally. Its "three-track" process had the aim of reaffirming the fundamental components of international refugee protection, clarifying disputed notions, and developing further operational approaches to address current challenges. The process also provided a forum for open and global debate, which was intended to be interactive and involve all the stakeholders, including for the first time at the global level in such a context refugees themselves. There was also strong recognition of the role played by NGOs and the judiciary.

The so-called first track focussed on the 50th anniversary of the 1951 Convention itself and the recognition by states of its continued relevance, as well as the need to ensure its full and effective implementation. It culminated in the first ever Ministerial Meeting of states parties in Geneva on 12 and 13 December 2001 which UNHCR co-hosted with the Swiss Government. On this occasion, a Declaration (73) – the first ever by states parties – was adopted.

(72) See : the Working Group on Solutions and Protection (beginning of the 1990s); Informal Consultations on Measures to Ensure International Protection to All Who Need It (1995-1997). Between 1997 and 1999, UNHCR organized a series of regional seminars to explore the areas of tension between states' interests and their international refugee protection responsibilities, see : *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1999.

(73) The Declaration built upon widespread endorsement of the 1951 Convention and of strengthened implementation in many fora throughout the anniversary year, including by the Inter-parliamentary Union Council in Havana, the OAU Heads of States and Government Summit in Lusaka, the Organization of American States General Assembly in Costa Rica, the EU by Declaration issued in Brussels, and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in Strasbourg. For more details, see : the Special Issue of the *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 20, No. 3, 2001.

The Declaration is also the precursor to the Programme of Action within the Agenda for Protection (74).

The second track was dedicated to analyzing diverging interpretations of certain aspects of the 1951 Convention, including selected areas of the refugee definition (75). In the course of 2001, UNHCR organized four expert roundtables, with broad participation by governments, the International Association of Refugee Law Judges, other legal practitioners, NGOs and academia. These seminars were built around background studies commissioned from experts, taking stock of the state of law and practice in these areas. Their purpose was to consolidate the various positions taken and to develop more consistent understandings of these various interpretative issues, which were issued as summary conclusions. In terms of outcomes, UNHCR published the background papers and the conclusions of the roundtables in a book (76) and started issuing UNHCR Guidelines on International Protection on a number of these issues.

The third track related to areas that are not adequately covered by the 1951 Convention. In this context, UNHCR worked with states to supplement the Convention regime with new approaches. This process took place within the Executive Committee, albeit with a more flexible and more interactive formula, including a broad geographical representation of delegates from capitals. The third track aimed at gaining a better understanding of various state interests and accommodating them within a strengthened international protection regime (77). This process culminated in the adoption of an Agenda for Protection as a framework of action for states, UNHCR, NGOs and other partners in the years to come.

---

(74) See : UN Doc. A/AC.96/965/Add. I, 25 June 2002, endorsed by the Executive Committee in October 2002 and welcomed by the General Assembly in GA res. A/RES/57/187.

(75) Nine topics were identified for discussion : i) cessation (Article 1 C); ii) exclusion (Article 1 F); iii) supervision of the 1951 Convention (Article 35); iv) the scope and the content of the principle of *non-refoulement* (Article 33); v) gender-related persecution; vi) internal protection/relocation/flight alternative as an aspect of refugee status determination; vii) membership of a particular social group; viii) family unity; and ix) non-penalization, detention and prosecution (Article 31).

(76) See : Feller E., Türk V., Nicholson F. (eds.), *Refugee Protection in International Law*, *op. cit.*

(77) The third track of the Global Consultations was designed, firstly, to foster a common understanding of the protection challenges and enhanced cooperation to address them; secondly, to identify and promote practical responses to protection problems; and thirdly, to lead to the development of new approaches, tools, and standards to strengthen protection in areas not adequately covered by the 1951 Convention. For more details and all the documentation see : *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 22, No. 2/3, 2003.

The Agenda for Protection consists of the Declaration and a Programme of Action (78). Looking at the Agenda, it is possible to discern the following areas of action : i) Executive Committee Conclusions (*e.g.* on registration, reception standards, civilian character of asylum); ii) state action (*e.g.* accession to international instruments, adoption and implementation of national legislation); iii) coordination mechanisms (*e.g.* AGAMI, which is a UNHCR/IOM Working Group); iv) protection policy/operational guidelines and their implementation; v) and further expert consultations (*e.g.* rescue-at-sea; security in camps).

Another offspring of the Agenda for Protection is the "Convention Plus" initiative, which was launched by the High Commissioner in 2002 in an attempt to create new tools and mechanisms to address today's challenges more effectively. The idea behind it is that a process of discussion and negotiation with states and other partners in the context of the High Commissioner's Forum would lead to firmer commitments in the area of resettlement, development assistance, irregular secondary movements and the crafting of comprehensive action plans to resolve particular refugee situations (79).

VIII. – Any international refugee protection gaps ?

One of the major issues faced in providing international protection is the question of the adequacy of the legal tools that are available to accomplish the task. To what extent are there discrepancies between the coverage of international instruments and the categories of people actually in need of international protection ? To the extent that there are gaps, what should, and what can, be done to fill them ? An interesting point of departure for discussing this issue

(78) Its six main goals are : i) strengthened implementation of the 1951 Convention and 1967 Protocol; ii) protecting refugees within broader migration movements; iii) sharing of burdens and responsibilities more equitably and building of capacities to protect and receive refugees; iv) addressing security-related concerns more effectively; v) redoubling the search for durable solutions; and vi) meeting the protection needs of refugee women and refugee children.

(79) See, for instance : *Multilateral Framework of Understandings on Resettlement*, UNHCR Doc. FORUM/2004/6 of 16 September 2004 and the *Statement of Good Practice on Targeting Development Assistance for Durable Solutions to Forced Displacement*, UNHCR Doc. FORUM/2005/3 of 2 May 2005, available on : www.unhcr.org.

is the scope of responsibility that the international community has conferred on UNHCR itself. How does this broad responsibility match with state obligations and what are the measures states have taken to ensure international protection to all who need it?

As the 1994 UNHCR Note on International Protection (80) observes:

> "The discrepancies between refugees recognized under the 1951 Convention and the wider group of persons in need of international protection arise in part from the way in which the definition of "refugee" in the 1951 Convention has been interpreted by some States, in part from the way the Convention together with the 1967 Protocol has been applied, and in part from limitations inherent in the instruments themselves. A further limitation to the effective coverage of the Refugee Convention and Protocol results from the fact that some States, including some major countries of asylum, have not so far acceded to them, or continue to maintain the geographical limitation to refugees from Europe".

With larger numbers of arrivals, particularly in the 1990s, costly procedures, and misuse of the asylum procedure by would-be migrants, the tendency to interpret the 1951 Convention more restrictively grew in some quarters so as to exclude many who should be protected by international refugee law. Some countries have, for instance, applied a narrower refugee definition, thus reducing the ambit of the 1951 Convention. And yet, some important clarifications on the scope of coverage of the refugee definition have been obtained over the last few years, which augurs well that this downward trend has somewhat been halted, if not reversed. Analysing the origins and evolution of the refugee concept, as well as contemporary state practice, there is no doubt that the 1951 Convention applies to refugees fleeing civil war situations, not least because civilians embroiled in such situations today have indeed valid reasons to fear risks because of their religious or ethnic background, their imputed political opinion or, simply, because they are civilians. The "singling-out" criterion that some countries resorted to for the analysis of this type of situations is not foreseen in the refugee definition of the 1951 Convention and because of its restricting effect is therefore incompatible with the Convention. It is hoped that it will increasingly lose support, not least because the very same states using it also recognize the international protection needs of groups fleeing such circumstances and usually grant alter-

(80) See: UN Doc. A/AC.96/830, 7 September 1994, §21.

native forms of protection. With the adoption of the European Union Qualification Directive (81), there is also now global consensus that persecution within the meaning of the 1951 Convention may emanate not only from the state but also from *de facto* authorities or from groups, even individuals, in situations where the authorities are either unwilling or unable in practice to provide the individuals concerned with the protection that would enable them to remain safely within, or to return to, their country (82). This being said, there are also areas in which existing international refugee instruments may not adequately cover everyone who is in need of international protection.

The above background is important when discussing complementary forms of protection or the concept of temporary protection, both of which have often been considered "gap-fillers" in this debate.

A. – *Complementary forms of protection*

The subject of complementary forms of protection is highly complex, with no easy or ready-made solutions. State practice varies significantly in this area, with the emphasis clearly placed on discretionary approaches in practice. Individual responses by states have led to a plethora of statuses granted to a wide range of persons for various reasons. Disagreement on the legal basis for such protection seems to have dominated the debate, rather than a much needed common understanding of the nature and substance of this type of protection. The European Union Qualification Directive (83) is in fact the first attempt, albeit with its own shortcomings, to find a binding common understanding among all 25 EU Member States. This topic was also part of the agenda of the Global Consultations

(81) See above footnote 66.

(82) See : TÜRK V., "Non-State Agents of Persecution", *in* CHETAIL V. and GOWLLAND-DEBBAS V. (eds.), *Switzerland and the International Protection of Refugees*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 95-109.

(83) See in this connection for a critical appraisal of this Directive : MCADAM J., "The European Union Qualification Directive : The Creation of a Subsidiary Protection Regime", *International Journal of Refugee Law*, 2005, pp. 461-516, as well as KLUG A., "Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System", *German Yearbook of International Law*, 2004, pp. 594-628.

on International Protection, and the Council of Europe adopted a recommendation on subsidiary protection in November 2001 (84).

Obviously, in the context of international refugee protection, it is important to identify those that are related to refugee or *quasi*-refugee protection needs. Two categories, which have given rise to some debate in this regard, can be discerned in this connection :

First, there are those who meet the 1951 Convention criteria but who, because of varying interpretations by states, may not be recognized as refugees under the 1951 Convention. For instance, those who fear gender-related persecution or persecution by non-state agents or those who flee persecution in areas of on-going conflict may not, in some states, be recognized as refugees. A proper application of the 1951 Convention is itself a key element in securing international protection to these categories of persons. Limiting access to international protection for such persons to complementary forms of protection would not be appropriate from an international law perspective.

Second, there are those who might not meet the Convention criteria because they, for instance, flee the indiscriminate effects of violence or of public disorder, with no political or other Convention-relevant background. In such cases, and in the absence of regional refugee instruments, complementary forms of protection are indeed a pragmatic way of responding to identified protection needs, based in part on human rights law and humanitarian considerations. For those who need some form of protection on humanitarian grounds but where it is agreed that the 1951 Convention may not apply, the harmonization of standards of treatment would clearly be desirable, and indeed a first step towards filling an important protection gap. In this context, from an overall procedural viewpoint, it has turned out to be most effective to examine all international protection needs, irrespective of their coverage by the 1951 Convention, in a single comprehensive procedure. In an effort to advance the debate and fill important protection gaps, UNHCR has made available, in the context of the Global Consultations, three papers that describe

(84) See : Recommendation (2001) 18 of the Committee of Ministers to member states on subsidiary protection. See also more generally : MANDAL R., "Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ('Complementary Protection')", *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series*, June 2005.

the most important elements on which harmonized standards of treatment for complementary forms of protection would need to be based (85).

B. – *Temporary protection*

The concept of temporary protection has evolved in Europe and other regions as a provisional protection response to situations of large-scale influx. In UNHCR's understanding, which is shared in essence by the European Union, as manifested by the Council Directive on the subject (86), temporary protection is an emergency device to respond to a situation of mass influx, generated by compelling reasons, including or akin to those in the refugee definition. It is exceptional in that the overwhelming nature of the influx makes an individual determination of refugee status impracticable. It needs to be distinguished clearly from complementary protection which is a legal status offered after recognition of individual protection needs. Temporary protection does not replace the 1951 Convention nor is it outside its remit. The Convention framework must always retain its proper place when temporary protection is activated in response to a specific situation.

IX. – The solution-orientation of international protection

A. – *Introduction*

The ultimate goal of international protection is to achieve a satisfactory and durable solution for refugees. This can only be achieved when the need for international protection ceases to be necessary and national protection – be it by the country of origin or by another country – is fully effective and sustainable. If the solution of voluntary repatriation, which is in fact preferred by the vast majority of refugees, is not feasible, the other durable solutions

(85) See : UN Docs. EC/GC/01/18, 4 September 2001 and EC/50/SC/CRP.18, 9 June 2000, as well as EC/55/SC/CRP.16, 2 June 2005 which takes the debate on this topic further forward, and Executive Committee Conclusion No. 103.

(86) See : Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, *Official Journal*, 2001, L 212, p.12.

of local integration or resettlement are pursued (87). Until such time that a durable solution can in fact materialize, an environment allowing refugees in the meantime to become self-reliant has turned out to be an effective way of reducing the costs of hosting refugees, as well as of ensuring that refugees are able to get on with their lives and are better prepared for an eventual durable solution. In this connection, it is also important to bear in mind that UNHCR is only one of several actors in the process leading to lasting solutions to problems of forced displacement.

B. – *Legal background*

According to paragraphs 1 and 9 of the UNHCR Statute, as well as subsequent General Assembly resolutions, UNHCR shall assume the function of providing international protection to refugees and of seeking permanent solutions for their problems. Voluntary repatriation and assimilation within new national communities are specifically mentioned in the Statute. It is only in the context of the UNHCR Statute and the General Assembly that the term of permanent or durable solutions has emerged as a concept. The 1951 Convention does not use the same terminology but deals with solutions implicitly when setting out the cessation clauses, outlining the basic standard of treatment for refugees and providing for facilitated naturalization. The status and standard of treatment foreseen by the 1951 Convention, as complemented by international human rights law, is therefore an important yardstick in the context of defining durable solutions.

Resettlement countries are often confronted with the question of what constitutes a durable solution since the criteria of some of their programmes foresee that resettlement is only offered to refugees for whom no other durable solution is available. In another context, similar questions are raised when potential asylum countries examine whether an asylum-seeker has, or could have, found protection elsewhere. The concept of durable solutions has therefore also found its way into national legislation, state practice and the organizational practice of UNHCR.

(87) See also : §12 of A/AC.96/830 and §6 of A/AC.96/750.

C. – *Voluntary repatriation and its availability*

Voluntary repatriation has evolved both conceptually and operationally over the last fifteen years. If anything, there is clear recognition today that its implementation poses particular challenges. There is also recognition that there is no hierarchy of solutions but that voluntary repatriation is often the solution desired by a majority of refugees in many situations.

At the core of voluntary repatriation is the creation of a space which allows refugees to take a free and informed choice as to whether or not they wish to return home. This process is usually preceded by measures establishing conditions that will eventually permit refugees to return safely to their homes. Such measures have entailed the identification of a number of actions required to ensure sustainable return, based on a thorough knowledge of the communities, their leaders, political processes underlying eventual movements and the legal and administrative obstacles that hinder their return (88). Creating actual conditions for return, however, remains fundamentally a political process which needs to be addressed at that level and should not be confused with humanitarian action (89).

Sometimes expectations of voluntary repatriation are too high but at others they are not high enough. A realistic assessment of what it can, and cannot, achieve is therefore key to its successful realization. Put in other words, the fundamental right to return should not, in effect, be turned into an obligation to return or serve objectives extraneous to the individual decisions of refugees.

In some situations it was, for instance, thought that return could undo or reverse the ethnic displacement caused by protracted armed conflict. It was seen as the sole vehicle to effect reconciliation among bitterly divided communities. In other situations, return was conceived as a logistical exercise. It was measured in numbers while ignoring the reasons behind flight as well as the continuing obstacles to return that had not disappeared. In yet other

(88) See also : Executive Committee Conclusion No. 101.

(89) For an in-depth analysis of the dilemmas confronting humanitarian action in such contexts, see : OGATA S., *The Turbulent Decade : Confronting the Refugee Crises of the 1990s*, New York, WW Norton and Company, 2005.

situations return took place in dangerous circumstances, in the absence of a free choice and owing to dismal and unsafe living conditions in the host country. Seen from that angle, the fact that people did not return in large numbers or were displaced again soon after return was obviously then considered a failure. The lack of progress with return reflected, however, the fact that the basic prerequisite for return – that is, significant and lasting changes in the circumstances leading to flight – had not yet taken place.

When, however, return was understood as creating conditions favourable to return, it became clear that it was mobilization of political will in support of the right to return that was required to bring about change in the circumstances. The primary responsibility of achieving returns lies clearly with the authorities of the country of origin. The commitment and engagement of the local authorities are nowhere more acutely required than in removing the obstacles to return and in enabling the reintegration of refugees. Often the international community also needs to show political will and support to bring about change. Coherence of action and long-term engagement are key ingredients of a successful approach. Clearly, successful return hinges, therefore, on a number of actors and actions, going well beyond the role and capacity of UNHCR.

This said, UNHCR has, over the years, played a leading role *qua* its mandate in coordinating the voluntary repatriation of millions of refugees, including through support for national protection and the provision of assistance to returnees during the process of reintegration. Secure and unhindered access by UNHCR to returnees has been crucial in the implementation of voluntary repatriation programmes. UNHCR's standard practice in voluntary repatriation operations can be summarized as follows: i) concluding voluntary repatriation agreements; ii) establishing a presence in the country of origin; iii) monitoring the treatment of returnees (90); iv) assisting returnees, and in particular women and children; v) ensuring the sustainability of return.

(90) This includes assessing the needs of communities; identifying a range of actions required to enable sustainable return; identifying patterns of return; facilitating dialogue between community leaders and local authorities; organizing assessment visits; designing innovative confidence-building measures (bus lines, women's initiatives, legal aid centres, awareness and capacity building); negotiating with local authorities in order to create a more favourable climate for return; fostering ties between communities; and intervening in favour of a legal, administrative and social framework conducive to return.

When trying to ascertain the potential of voluntary repatriation as a durable solution, it is important to identify the indicators, which may determine that it could be an option in the near or foreseeable future. The selection of the indicators hinges, to a large extent, on the actual causes of forced displacement. Return to a situation where genocide or egregious human rights violations occurred may never be an option for severely traumatized individuals in any foreseeable future. Return may, however, be a strong possibility for political opponents of a regime that has fallen. Depending on the root causes of the displacement, possible indicators include : international engagement to address the causes of displacement and its effectiveness; peace talks and their likelihood of succeeding; number, pace and composition of self-organized return movements; increased safety in prospective areas of return; willingness on the part of the authorities to remove obstacles to return.

D. – *Prospects for local integration*

In some refugee situations, return home may not be a feasible option in any foreseeable future. While efforts would need to continue to promote return opportunities for those wishing to return, local settlement in one form or another would be the only realistic solution for those, who, for valid protection reasons, including severe trauma or because of long-term stay in host countries, are unable or unwilling to return. In certain parts of the world, particularly in Asia, local integration, although effected in practice in a number of situations, is not a solution envisaged or promoted by host countries. Paradoxically, even in Europe with dwindling populations and a great need for the intake of migrants, the permanency of this solution has also increasingly been questioned by a number of states. UNHCR's activities in this area have included advocacy for the granting of permanent stay (and even citizenship in situations of statelessness), as well as small-scale integration assistance, such as housing, education, health care and employment packages (91).

Obviously, the granting of citizenship, as implied by the drafters of Article 34 of the 1951 Convention, is the most permanent solu-

(91) For more information on UNHCR's position and role, see : UN Doc. EC/55/SC/CRP.15, 2 June 2005. See also : Executive Committee Conclusion No. 104.

tion for a person wishing to integrate locally and end his or her refugee status. If for one reason or another the granting of citizenship by the host country is excluded, some type of legal residency status and related rights, including eligibility to apply for naturalization, is a key to determining the potential for a durable solution. Apart from a secure legal status, the right to work and prospects for employment, access to housing, education, medical care, to national assistance and welfare schemes, as well as the possibility of family reunification are important indicators to assess the potential for local integration in a specific country. Depending on the national legal system, a secure and durable residency status providing for access to the aforementioned rights will in most cases be sufficient to enable local integration. Apart from the legal framework, socio-economic factors, including demographic considerations, as well as the ethnic or political background of the specific individual case may be other aspects that would need to be examined to evaluate the possibility of successful integration in a specific country.

E. – *Resettlement*

It is today clearly recognized that resettlement in a third country, apart from being a protection tool, is also a durable solution, as well as an instrument of responsibility-sharing. Resettlement is increasingly considered a strategic tool in the pursuit of a comprehensive durable solutions strategy. The traditional resettlement countries continue each year to provide international resettlement opportunities to over 30,000 UNHCR-referred refugees throughout the world. This is an important contribution to strengthening effective protection in difficult host county situations particularly affected by refugee movements and to resolving long-standing refugee problems.

Resettlement is often set against the other two solutions, with a view to determining at what point in time it would come into play as a meaningful durable solution. In this connection, a number of resettlement countries have asked the following question, which is particularly relevant from an international protection point of view : What constitutes a reasonable period of time for someone to wait for voluntary repatriation or a meaningful integration prospect in the country of asylum ? It is not easy to provide an answer that is applicable in each and every situation and across the board. The

interpretation of human rights law provisions, in the context of acquired rights or in relation to considering when a foreign country becomes your own country in the sense of Article 12 (4) of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, would lead to a timeframe of around five years. In the context of the discussion within the European Union, however, temporary protection must end after a period of two years. It was felt that keeping people in suspense for more than two years was inhumane and not in the interest of stability and the necessary predictability of status. On the other hand, in countries hosting large numbers of refugees, situations exist where refugees have in effect lived in limbo for the past twenty years, or where, after a protracted period of *de facto* asylum, screening has become the only response to avert forcible deportations. Numbers, as well as the future prospects of individuals in a given situation, therefore seem to be other determining factors. The selection criteria for resettlement will need to be tailored accordingly in such situations.

In summary, the question of what constitutes a durable solution for refugees is complex. Determining its availability or rather non-availability in the context of voluntary repatriation requires a blend of political analysis and in-depth knowledge of countries of origin and regional contexts. To assess local integration prospects, the analysis required must encompass the legal regime applicable and as applied to the individual concerned, as well as the social, economic, ethnic and overall political context. Establishing rigid checklists or inflexible criteria may not do justice to the specific circumstances of the individual case or to the reality of a rapidly changing environment, especially in those regions of the world from which the majority of refugees originate. A flexible approach which would involve UNHCR's overall expertise and its specific knowledge of the situation on the ground is likely to succeed in identifying those most in need and deserving of a durable solution elsewhere.

X. – Outlook and challenges

The international refugee protection regime is a dynamic body of law and practice, founded upon the UNHCR Statute (as it has evolved) and the 1951 Convention/1967 Protocol and informed by

developments in related areas of international law, such as human rights law. Upholding and developing it further is not only crucial to improve the plight of all those who require international protection but also to ensure a structured and predictable multilateral approach among states in an effort to tackle a major global issue.

It seems to me that the most important challenges revolve around the following key questions:

(i) How to improve/secure access to safety and international protection both in the North and in the South, particularly in the current security-conscious environment and against the backdrop of complex migratory flows of a composite nature? Real or legal barriers keeping asylum-seekers and refugees out are part of the current climate. There is often a perception that refugees are a costly burden, as well as a threat. However, the solution is not the erection of barriers to keep people out, but rather the development of mechanisms that respond to migratory flows, including forced displacement, in a way that respects human rights whilst addressing the legitimate concerns of states.

(ii) How to change the increasingly hostile environment towards asylum-seekers and refugees, which is often nourished by irrational fears about floods of foreigners, xenophobia, intolerance and racism? The fundamental values underlying refugee protection are in urgent need of revitalization.

(iii) How to improve the deteriorating standard of treatment for asylum-seekers and refugees? Increasingly, for instance, states resort to arbitrary detention and restrict family reunification possibilities. Another example is the often precarious security situation in and around refugee camps.

(iv) How to depoliticize the current discussion on international refugee protection and counter the stigmatization of refugees as criminals trying to circumvent the law?

(v) In this environment, how can we rejuvenate/revitalize a human rights/justice-based approach to refugee protection? This takes place against the background of increasing attacks against the legal foundations of international refugee law, including the 1951 Convention.

(vi) How to ensure a protection-based approach in the search for durable solutions?

At the moment, these are, in my view, the main challenges in the international protection of refugees. They are linked to much broader issues, which, one would hope, could still be resolved in our lifetime. In this connection, it is fitting to end with the UN vision for the future (92). United Nations Secretary-General Kofi Annan started his compelling plea for a visionary change of direction in our world as follows :

> "Five years into the millennium, we have it in our power to pass on to our children a brighter inheritance than that bequeathed to any previous generation. We can halve global poverty and halt the spread of major known diseases in the next 10 years. We can reduce the prevalence of violent conflict and terrorism. We can increase respect for human dignity in every land. And we can forge a set of updated international institutions to help humanity achieve these noble goals. If we act boldly – and if we act together – we can make people everywhere more secure, more prosperous and better able to enjoy their fundamental human rights".

In response, the Member States of the United Nations have adopted an Outcome Document (93) at the 2005 UN World Summit that unambiguously acknowledges that human rights are one of the three pillars of the United Nations, along with development and peace and security, recognizing that all three are interlinked and mutually reinforcing. Refugees and forced displacement issues more generally which cut across all three pillars are a stark reminder that indeed a lot more needs to be done in the areas of development, security and human rights to achieve peace, prosperity and freedom of life in dignity. Only when this vision becomes reality will it no longer be necessary to include a chapter on refugee protection in a book about migration and human rights.

(92) See : *In Larger Freedom : Towards Development, Security and Human Rights for All*, UN Doc. A/59/2005, 21 March 2005, §1.

(93) See : UN Doc. A/60/L.1, 15 September 2005. This document also includes one point (§133) on refugee protection and assistance.

LE RÉGIME EUROPÉEN DE L'ASILE

PAR

FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE (1)

PLAN

I. – DES CONDITIONS RIGOUREUSES D'OBTENTION DE L'ASILE 528

A. – *L'exclusion des ressortissants des États membres : le «protocole Aznar»* 528

1. Le principe 529

2. Les exceptions 530

B. – *Le mécanisme de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile* 531

1. Les critères de détermination de l'État responsable 532

2. La procédure de détermination de l'État responsable 536

3. Appréciation du «système Dublin» 538

C. – *Les normes minimales de procédure d'examen des demandes d'asile* ... 540

1. L'accès à la procédure 541

a) La notion de demande d'asile 541

b) Le dépôt de la demande d'asile 542

c) La notion de «pays sûr» 543

2. Les garanties de procédure 545

a) Règles de délais et de compétence 545

b) L'entretien individuel 546

c) Le cas des mineurs non accompagnés 546

3. Les divers types de procédure et les voies de recours 549

a) Procédure normale et procédure accélérée 549

b) Les voies de recours 551

(1) Professeur à l'Université Paris-Sud (Institut d'études de droit public), Professeur invité à l'Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México (ITESM-CEM).

II. – Des différences de traitement, sans rapport avec les besoins de protection 554
A. – *La distinction des concepts : réfugié et bénéficiaire de la protection subsidiaire* 554
1. Le principe de la distinction 554
a) Les raisons de la distinction 554
b) Critique de la distinction 555
2. La mise en œuvre de la distinction 556
a) Les notions de réfugié et de bénéficiaire de la protection subsidiaire 556
b) Différence de statut et principe d'égalité 557
B. – *Le contenu des statuts* 558
1. Le droit au séjour 558
2. Le droit au travail 559
3. Le droit au regroupement familial 560
C. – *La protection temporaire* 562
1. La notion de protection temporaire 562
2. Le contenu de la protection temporaire 563
a) Le droit au séjour et à l'emploi 563
b) Le droit au regroupement familial 564
Conclusion : Les perspectives d'évolution et leurs dangers 565

L'idée d'un «régime européen d'asile» – ou, plus exactement, d'un «régime d'asile commun européen» – a été lancée, semble-t-il, lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, sur la base du titre IV du Traité instituant la Communauté européenne (2) modifié par le Traité d'Amsterdam et intitulé «Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes».

Cela ne signifie pas que les États membres de la Communauté puis de l'Union européenne ont attendu 1999 pour avoir une approche commune de l'asile. Dès 1990, les Conventions de Schengen (3) et de Dublin (4) ont été les premières manifestations concrètes de la

(2) Ce traité sera désigné ci-après «Traité CE».

(3) Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990.

(4) Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990, entrée en vigueur le 1er septembre 1997.

volonté des États de ne plus traiter de cette matière chacun isolément des autres et sans réelle concertation entre eux. Vingt mois plus tard, le Traité de Maastricht (5) emploie pour la première fois, dans son article K 1, l'expression «politique d'asile» qu'il qualifie, comme d'ailleurs la politique d'immigration, de «question d'intérêt commun» pour le traitement de laquelle peuvent être adoptées des «positions communes», des «actions communes» et des «conventions» selon la méthode classique de la coopération intergouvernementale, les dispositions dont il s'agit se trouvant dans le «troisième pilier», non communautaire, du traité.

Concrètement, les premières mesures ne furent pas prises sur le fondement du traité de Maastricht mais hors de tout cadre juridique défini. Il s'agit des «résolutions» et «conclusions» «sur les demandes d'asile manifestement infondées», «sur une approche harmonisée des questions relatives au pays tiers (6) d'accueil sûr» et «sur les pays où, en règle général, il n'existe pas de risque sérieux de persécution», arrêtées par les ministres chargés des questions d'immigration à Londres les 30 novembre et 1er décembre 1992 (7).

Une nouvelle étape fut franchie par le Traité d'Amsterdam (8), conclu le 18 juin 1997, qui entame la communautarisation de la politique d'asile en l'incluant dans le nouveau titre IV dont l'objectif est la mise en place progressive d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice» (9). L'article 63 du traité CE consolidé assigne au Conseil la mission d'arrêter

> «dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (10), des mesures relatives à l'asile, conformes à la convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents dans les domaines suivants :

(5) Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, entré en vigueur le 1er novembre 1993, *JOCE*, C 191, p. 1.

(6) La terminologie juridique de la Communauté et de l'Union européennes distingue les «États membres» et les «pays tiers». On s'explique mal que ces derniers ne soient pas qualifiés «États», au même titre que ceux-là, d'autant que le terme «pays» ne recouvre aucune réalité juridique.

(7) Cette date explique que les résolutions et conclusions de Londres, bien que postérieures à la signature du Traité de Maastricht, ne soient pas prises en application de son article K 1, le traité n'étant entré en vigueur que le 1er novembre 1993.

(8) Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997 et entrée en vigueur le 1er mai 1999, *JOCE*, C 340, p. 1.

(9) Traité CE consolidé, article 61.

(10) Soit avant le 1er mai 2004.

- critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (11);
- normes minimales régissant l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres;
- normes minimales concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié;
- normes minimales concernant la procédure d'octroi ou de retrait du statut de réfugié dans les États membres».

C'est pour la mise en œuvre de ce programme que le Conseil de Tampere a défini un certains nombre de priorités destinées à poser les premières pierres du «régime d'asile européen commun» voulu par les auteurs du Traité d'Amsterdam (12). Les mesures que le Conseil entendait voir prendre dans les cinq ans étaient divisées en deux catégories selon l'ordre d'urgence fixé.

D'abord, «à court terme»:

- «une méthode claire et opérationnelle pour déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile», c'est-à-dire une refonte du système de Dublin»;
- «des normes communes pour une procédure d'asile équitable et efficace»;
- «des conditions communes minimales d'accueil des demandeurs d'asile»;
- «le rapprochement des règles sur la reconnaissance et le contenu du statut de réfugié [...] complété par des mesures relatives à des formes subsidiaires de protection offrant un statut approprié à toute personne nécessitant une telle protection».

Toutes ces mesures doivent être précédées de la consultation «du HCR et d'autres organisations internationales».

Ensuite, «à terme»:

- «une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile»;
- «un accord sur la question de la protection temporaire des personnes déplacées, qui repose sur la solidarité entre les États

(11) Il s'agissait donc de réviser le système institué par la Convention de Dublin de 1990.

(12) Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, disponible sur internet: à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_fr.htm, §§13 à 17.

membres» et la constitution d'une «réserve financière destinée à la protection temporaire en cas d'afflux massifs de réfugiés»;
- enfin, l'achèvement rapide des «travaux relatifs au système d'identification des demandeurs d'asile (Eurodac)».

Le Conseil de Tampere, reprenant l'exigence posée par le traité d'Amsterdam, précise que ce «régime d'asile européen commun» doit être fondé sur le «respect absolu du droit de demander l'asile» et «sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève [afin] d'assurer ainsi que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement». Il en déduit logiquement qu'avant d'arrêter les mesures à prendre «il importe de consulter le HCR et d'autres organisations internationales» (13).

Ces vœux, exprimés sous forme de directive à l'intention de la Commission et du Conseil, n'ont été que très partiellement exaucés. Non seulement le plan de travail défini à Tampere n'a pas été entièrement achevé à l'échéance fixée, mais ni le HCR ni aucune autre organisation internationale – intergouvernementale ou non – n'ont été systématiquement consultés lors de la mise en œuvre du programme de Tampere. Enfin, et surtout, l'engagement d'appliquer «intégralement et globalement» la Convention de Genève et d'empêcher que nul ne soit renvoyé vers un pays où il court des risques de persécutions n'a guère été respecté (14). Si, dans l'ensemble, la Commission a présenté des propositions plutôt respectueuses des droits des demandeurs d'asile, les directives finalement adoptées, ou en voie de l'être, ont souvent été modifiées par les représentants des États membres dans un sens qui permet de douter de leur réelle volonté de se conformer aux stipulations de la Convention de Genève et, plus spécialement, aux devoirs qu'implique le principe de non-refoulement.

La confusion, souvent entretenue dans le discours politique, entre les demandeurs d'asile et les «clandestins», les immigrants

(13) Cette dernière formulation est quelque peu énigmatique, le Conseil ne précisant pas s'il s'agit d'organisations intergouvernementales ou non-gouvernementales tels, d'une part, le Conseil de l'Europe et le Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies et, de l'autre, Amnesty international et le Conseil européen pour les réfugiés et les exilés (ECRE).

(14) La référence à la Convention de Genève et l'affirmation de la conformité des initiatives et des décisions des organes de l'Union européenne sont récurrentes dans les traités et les déclarations politiques en matière d'asile. On peut toutefois se demander si elles traduisent une véritable volonté politique ou si elles ne constituent qu'un rite incantatoire dissimulant les entorses commises à la Convention de Genève.

«irréguliers» et les «sans papiers», a conduit les États membres de l'Union européenne à appréhender le problème de l'asile de façon biaisée, sans le distinguer suffisamment de l'immigration (15). Dès lors que la «politique d'immigration» repose sur le principe de la fermeture des frontières à la «primo-immigration» (16), qui conduit à un renforcement des moyens de contrôle des flux migratoires (tels que le durcissement des conditions d'entrée et des mesures d'éloignement, les prises d'empreintes des demandeurs de visas et des demandeurs d'asile, *etc.*), le droit d'asile est devenu, avec le regroupement familial, la seule voie d'entrée légale ouvrant la perspective de pouvoir y rester durablement. C'est ce qui a fait regarder les demandeurs d'asile comme potentiellement suspects de vouloir déjouer les règles de l'entrée et du séjour des étrangers, invoquant à des fins économiques un besoin de protection.

Il en résulte que la politique d'asile de l'Union européenne est marquée par une nette tendance restrictive qui se traduit à la fois par la rigueur des conditions d'obtention de l'asile et par la diversité des statuts des bénéficiaires de l'asile.

I. – Des conditions rigoureuses d'obtention de l'asile

Pour obtenir l'asile de l'un des État membres de l'Union européenne, il faut, d'abord, être ressortissant d'un pays tiers; il faut, ensuite, pouvoir pénétrer sur le territoire d'un État membre; il faut encore se plier aux méandres de la procédure.

A. – *L'exclusion des ressortissants des États membres : le «protocole Aznar»*

À la suite de l'admission, par la Belgique, de la recevabilité des demandes d'asile présentées par plusieurs Basques espagnols, José María Aznar, alors président du gouvernement espagnol, a pris l'ini-

(15) Ainsi les Conclusions de la présidence du Conseil de Tampere affirment-elles (§10) : «Il faut, *pour les domaines distincts, mais étroitement liés, de l'asile et des migrations* (souligné par nous), élaborer une politique européenne commune [...]».

(16) Le «primo-immigrant» est l'étranger qui s'établit, la plupart du temps à des fins économiques, dans un pays où il n'a pas encore séjourné. Ne sont pas inclus dans cette catégorie ni les membres de la famille qui rejoignent l'étranger déjà installé (regroupement familial), ni les étudiants, ni les demandeurs d'asile.

tiative de proposer d'annexer au traité d'Amsterdam, alors en voie d'élaboration, un protocole «sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne» – couramment appelé «protocole Aznar» – destiné à éviter le renouvellement d'un tel incident. De cette réaction purement conjoncturelle est donc issu un principe maintenant introduit dans le traité instituant la Communauté européenne (17).

1. *Le principe*

Le protocole Aznar est une application, généralisée à l'ensemble des États membres de la Communauté et de l'Union, de la règle du «pays d'origine sûr», selon laquelle la demande d'asile émanant d'un étranger ayant la nationalité d'un pays considéré comme respectueux des droits de l'homme et insusceptible d'exercer ou de laisser exercer des persécutions est présumée «manifestement mal fondée» (18).

Ainsi le préambule énonce-t-il que le Protocole Aznar a été adopté pour les raisons suivantes :

«Considérant que, conformément aux dispositions de l'article F, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne (19), l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950;

Gardant à l'esprit que l'article 236 du traité instituant la Communauté européenne crée un mécanisme de suspension de certains droits en cas de violation grave et persistante de ces principes par un État membre; [...]

Souhaitant empêcher que l'asile en tant qu'institution soit utilisé à des fins autres que celles auxquelles il est destiné».

Et l'article unique du protocole commence par ces mots :

«Vu le niveau de protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les États membres de l'Union européenne, ceux-ci sont considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile».

En conséquence, le protocole pose le principe que «toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre ne peut

(17) Ce protocole est officiellement intitulé : Protocole (n° 29) sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne»

(18) Sur les notions de «pays d'origine sûr» et de «demande manifestement mal fondée», voir *infra*.

(19) Art. 6, §2, de la version consolidée.

être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction par un autre État membre».

2. *Les exceptions*

Quatre exceptions au principe sont prévues par le protocole lui-même :

a) «si l'État dont le demandeur [d'asile] est ressortissant, invoquant l'article 15 de la convention de Rome sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (20), prend [...] des mesures dérogeant, sur son territoire, à ses obligations au titre de cette convention»;

b) «si la procédure prévue à l'article F1, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne (21) a été déclenchée et jusqu'à ce que le Conseil prenne une décision à ce sujet» (22);

c) «si le Conseil, statuant sur la base de l'article F1, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, a constaté, à l'égard de l'État membre dont le demandeur est ressortissant, l'existence d'une violation grave et persistante par cet État membre de principes énoncés à l'article F, paragraphe 1»;

d) enfin, «si un État membre [en décide] ainsi unilatéralement en ce qui concerne la demande d'un ressortissant d'un autre État membre; dans ce cas, le Conseil est immédiatement informé [et] la demande est traitée sur la base de la présomption qu'elle est manifestement non fondée sans que, quel que soit le cas, le pouvoir de décision de l'État membre ne soit affecté d'aucune manière».

Bien que cette dernière stipulation laisse ouverte aux États membres la possibilité d'examiner la demande d'asile d'un ressortissant d'un autre État membre, elle institue une présomption selon laquelle une telle demande est «manifestement non fondée» et doit

(20) Cet article autorise les États parties, «en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation [à] prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la [...] convention, dans la stricte mesure où la situation l'oblige».

(21) Art. 7, §1, de la version consolidée.

(22) L'article 7, §1, prévoit que le Conseil, «statuant à l'unanimité [...] et après avis conforme du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, après avoir invité le gouvernement de cet État membre à présenter toute observation en la matière».

donc être traitée au moyen d'une procédure accélérée ou simplifiée (23).

La conformité de ce protocole à la Convention de Genève est plus que douteuse. En effet, bien que son préambule affirme qu'il «respecte la finalité et les objectifs de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés», on ne peut manquer de constater une certaine contradiction entre son contenu et l'article 1er de la Convention qui impose aux «États contractants [d'appliquer] les dispositions de cette convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine». Etablir une différence, dans le traitement de la demande visant à être reconnu réfugié, sur le fondement de la nationalité de l'auteur de la demande – selon qu'il est ou non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne – constitue, sans conteste, une «discrimination quant au pays d'origine» interdite par l'article 1er de la Convention de Genève (24).

B. – *Le mécanisme de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile*

Deux problèmes, qui ont revêtu une acuité particulière à la fin des années quatre vingt, ont conduit les États membres de la Communauté puis de l'Union européenne à échafauder un mécanisme de détermination de l'État membre responsable du traitement d'une demande d'asile déposée auprès de l'un d'eux :

(i) d'une part, le phénomène dit improprement des «réfugiés en orbite», que constituaient les demandeurs d'asile ballottés d'un pays à un autre parce qu'aucun aucun État ne voulait leur demande, notamment sous prétexte qu'ils étaient passés, entre leur pays d'origine et celui à qui ils demandaient l'asile, par un «pays tiers d'accueil» auquel ils auraient pu présenter leur demande,

(23) Sur les procédures d'examen des demandes d'asile, voir *infra*. Il n'est pas inintéressant d'observer que le Protocole Aznar s'intitule «sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne» alors qu'il a pour objet d'empêcher les ressortissants des États membres d'obtenir l'asile.

(24) C'est ce qui a conduit la Belgique à formuler la déclaration suivante relative au protocole Aznar : «En approuvant le protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne, la Belgique déclare que, conformément à ses obligations au titre de la Convention de Genève de 1951 [...], elle effectuera, conformément à la disposition énoncée à l'article unique, point d), de ce protocole, un examen individuel de toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un autre État membre».

(ii) d'autre part, le nombre croissant des «demandes multiples» présentées par un même étranger dans plusieurs États membres, soit sous une même identité, soit sous des identités différentes, pensant ainsi augmenter les chances d'obtenir l'asile.

C'est la Convention d'application de l'accord de Schengen, entrée en vigueur le 23 mars 1995, qui a, la première, institué un tel système. Ses stipulations sur ce point ont été remplacées, à compter du 1er décembre 1977, par la Convention de Dublin, laquelle a cédé la place, à son tour, au règlement communautaire du 18 février 2003, dit «Dublin II» (25), intervenu en application de l'article 63 du Traité CE prévoyant que le Conseil arrêterait, dans les cinq ans, les «critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers», et de la conclusion du Conseil européen de Tampere intégrant, dans les mesures à prendre à court terme, la définition d'une «méthode claire et opérationnelle pour déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile».

Cette succession, en huit ans, de trois instruments portant sur le même sujet, montre que les difficultés auxquelles les États membres entendaient faire face n'étaient pas faciles à surmonter. Il n'est pas sûr que le règlement Dublin II soit parvenu à satisfaire aux attentes des États tout en respectant les droits des demandeurs d'asile.

1. *Les critères de détermination de l'État responsable*

Ils peuvent être regroupés autour de deux grands axes : assurer l'unité de la famille des demandeurs d'asile; tenir compte de leurs conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire de l'Union européenne.

a) Les critères tirés de l'unité de la famille sont les premiers qu'énonce le règlement Dublin II, ce qui signifie que cet objectif doit être prioritaire pour les États.

(25) *JOCE*, 2003, L 50, p. 1. La Convention de Dublin demeure cependant en vigueur dans les relations entre le Danemark, qui ne participe pas au règlement, et les autres États membres. Par ailleurs, la Communauté a signé, le 19 janvier 2001, un accord avec la Norvège et l'Irlande aux termes duquel la Convention de Dublin est applicable dans les relations mutuelles de l'Islande et de la Norvège et dans leurs relations avec les États membres.

Aux termes de l'article 6 du règlement, «si le demandeur d'asile est un mineur non accompagné, l'État responsable de l'examen de sa demande est celui dans lequel un membre de sa famille se trouve légalement, pour autant que ce soit dans l'intérêt du mineur» et, «en l'absence d'un membre de la famille, l'État responsable de l'examen de la demande est celui dans lequel le mineur a introduit sa demande d'asile».

L'article 2 du règlement, entend par «membres de la famille» :

> «i) le conjoint du demandeur d'asile, ou son ou sa partenaire non marié(e) engagé(e) dans une relation stable [...]; ii) les enfants mineurs des couples au sens du point i) ou du demandeur, à condition qu'ils soient non mariés et à sa charge [...]; iii) le père, la mère ou le tuteur lorsque le demandeur ou le réfugié est mineur et non marié».

Il s'agit donc d'une conception éminemment nucléaire de la famille, envisagée uniquement comme comprenant les parents et les enfants mineurs, sans tenir aucun compte des relations qui peuvent exister entre collatéraux – mineur(e) et frère ou sœur majeur; neveu et oncle, nièce et tante, *etc.* –, voire entre grands-parents et petits-enfants, ce qui est d'autant plus inadapté à la situation des demandeurs d'asile qu'ils ne sont pas toujours en mesure de quitter leur pays d'origine dans des conditions qui leur permettent de constituer une «famille» au sens du règlement Dublin II. A cet égard, la conception de la famille qui se dégage de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg garantit beaucoup plus le «droit au respect de la vie familiale», proclamé à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : pour la CEDH, la famille est constituée de toutes les personnes qui ont un lien de parenté et une relation effective : frères et sœurs (26), oncles et tantes (27), grands-parents (28), dès lors qu'existe entre eux un lien réel, affectif ou économique.

On voit, évidemment, le bénéfice que le mineur peut tirer de la première hypothèse visée par l'article 6 du règlement Dublin II, mais on peut aussi se demander qui, pour refuser d'appliquer le principe de l'unité de la famille, apprécie l'intérêt de l'enfant, sur quelles bases et quelles sont les voies de recours ouvertes – et à qui, puisque le mineur n'a pas la capacité juridique et ne peut donc agir

(26) CEDH, *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-II.
(27) CEDH, *Boyle c. Royaume-Uni*, 8 février 1994.
(28) CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Série A, n° 31.

en justice – contre la décision refusant l'attribution de responsabilité de l'examen de sa demande à l'État dans lequel se trouve un membre de sa famille.

(i) Si le demandeur d'asile est majeur et si «un membre de [sa] famille [...] a été admis à résider en tant que réfugié dans un État membre», ou s'il «a, dans un État membre, un membre de sa famille dont la demande n'a pas encore fait l'objet d'une première décision sur le fond» c'est, dans l'un comme dans l'autre cas, «cet État membre [qui] est responsable de l'examen de la demande d'asile, à condition que les intéressés le souhaitent» (29).

(ii) Si plusieurs membres d'une même famille introduisent simultanément ou dans un laps de temps suffisamment court pour que leurs demandes soient examinées conjointement, «est responsable de l'examen des demandes d'asile de l'ensemble des membres de la famille, l'État membre que les critères [précédents] désignent comme responsable de la prise en charge du plus grand nombre d'entre eux» ou, à défaut, «du plus âgé d'entre eux» (30).

b) Les conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire de l'Union européenne ne sont prises en compte que si aucun des critères familiaux ne peut être appliqué : c'est le principe du caractère alternatif et hiérarchisé des critères posés par le règlement.

(i) Si le demandeur d'asile est titulaire d'un titre de séjour ou d'un visa cours de validité, l'État responsable de l'examen de sa demande est celui qui a délivré le titre de séjour ou le visa. En cas de pluralité de titres de séjour ou de visas, l'État responsable est celui qui a délivré «le titre de séjour qui confère le droit de séjour le plus long» ou le document «dont l'échéance est la plus lointaine». Si le titre de séjour est périmé depuis moins de deux ans ou le visa depuis moins de six mois, les mêmes règles sont applicables (31).

(ii) Si le demandeur d'asile «a franchi irrégulièrement la frontière d'un État membre dans lequel il est entré en venant d'un pays tiers», c'est cet État membre qui est responsable de l'examen de sa demande, cette responsabilité prenant fin «douze mois après la date du franchissement irrégulier de la frontière» (32).

(29) Règlement «Dublin II», Art. 7 et 8.
(30) *Ibid.*, art. 14.
(31) *Ibid.*, art. 9.
(32) *Ibid.*, art. 10.

Pour des raisons faciles à comprendre, ce critère est le plus fréquemment utilisé. En effet, les demandeurs d'asile sont souvent dépourvus des documents exigés pour une entrée régulière – généralement, au minimum un passeport revêtu d'un visa –, si bien qu'ils entrent sur le territoire de l'Union européenne sans se soumettre aux contrôles de la police aux frontières, ce qui a pour conséquence que leur point d'entrée ne peut être connu avec certitude et que, finalement, c'est l'État dans lequel ils ont pénétré irrégulièrement et à qui ils ont présenté leur demande d'asile qui est, le plus souvent, responsable de l'examen de cette demande, dès lors que la recherche d'un État responsable sur la base des autres critères sera restée vaine. La complexité du mécanisme de détermination d'un État responsable s'avère donc, dans la plupart des cas, inutile et, en fin de compte, c'est la légitimité de toute la construction du règlement qui est ainsi remise en cause.

c) Le règlement contient en outre deux clauses dérogatoires :

(i) La clause dite «de souveraineté», aux termes de laquelle «chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés [par le] règlement». Cet État devient alors «l'État membre responsable [...] et assume les obligations qui sont liées à cette responsabilité» (33). Cet État doit alors informer de sa décision «l'État membre antérieurement responsable, celui qui conduit une procédure de détermination de l'État membre responsable ou celui qui a été requis aux fins de prise en charge ou de reprise en charge», afin que ce dernier n'ait plus à assumer de responsabilité, mette fin à la procédure engagée ou ne donne pas suite à la réquisition aux fins de prise en charge.

(ii) La clause dite «humanitaire», qui autorise «tout État membre peut, même s'il n'est pas responsable en application des critères définis par le [...] règlement», à examiner une demande d'asile afin de «rapprocher des membres d'une même famille, ainsi que d'autres parents à charge pour des raisons humanitaires fondées, notamment, sur des motifs familiaux ou culturels», à la condition que «les personnes concernées» y consentent (34). Il ne s'agit pas là d'un critère de compétence proprement dit, mais plutôt d'une faculté don-

(33) *Ibid.*, art. 3.
(34) *Ibid.*, art. 15.

née à tout État membre de prendre en charge l'examen d'une demande dont l'application des critères du règlement Dublin II ne lui attribue pas la responsabilité. Constituant une charge supplémentaire pour l'État qui en ferait usage, cette clause est rarement mise en œuvre.

Pour clore cette étude des critères de responsabilité de l'examen des demandes d'asile, on observera que, compte tenu des difficultés que soulève leur application – qui suppose établis le lien de parenté entre des personnes se disant membres de la même famille, la régularité de l'entrée ou du séjour du demandeur d'asile, son itinéraire et spécialement son point d'entrée – le règlement Dublin II subordonne cette application à des «preuves ou indices», dont la liste est donnée en annexe au règlement du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement Dublin II (35). Sont considérés comme preuves : la confirmation écrite des informations par l'autre État membre; les extrait de registres; les visas, titres de séjour ou autorisations provisoires de séjour délivrés à l'intéressé ou à un membre de sa famille; les documents prouvant le lien de parenté ou, à défaut et si nécessaire, un test ADN ou sanguin, le consentement des intéressés, *etc.* Constituent des indices : les indications vérifiables du demandeur d'asile; les déclarations circonstanciées et vérifiables de l'intéressé ou des membres de sa famille concernés ou des compagnons de voyage; la confirmation des informations par une organisation internationale, comme par exemple, le HCR; les empreintes digitales; les billets de transport, notes d'hôtel, carte d'accès à des institutions publiques ou privées des États membres, carte de rendez-vous chez un médecin, dentiste, *etc.*, données attestant que le demandeur d'asile a eu recours aux services d'une agence de voyages et autres indices de même nature, *etc.*

2. *La procédure de détermination de l'État responsable*

a) L'État membre auprès duquel a été déposée une demande d'asile et qui estime que celle-ci relève de la responsabilité d'un autre État membre «peut requérir ce dernier aux fins de prise en charge». Cette requête, doit être adressée «dans les plus brefs délais

(35) Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JOCE*, 2003, L 222, p. 3.

et, en tout état de cause, dans un délai de trois mois après l'introduction de la demande d'asile» (36), à défaut de quoi il ne peut plus décliner sa responsabilité (37). La requête est établie sur un formulaire type dont le modèle est donné en annexe au règlement d'application du règlement Dublin II (38) et contient les informations, preuves ou indices permettant à l'État saisi de «procéder aux vérifications nécessaires». La transmission de la requête, et tout échange de documents ou d'informations entre l'État requérant et l'État requis, s'effectuent au moyen de «DubliNet», réseau de communications informatiques sécurisé créé par le règlement d'application du règlement Dublin II (39).

L'État saisi de la requête doit y répondre dans un délai de deux mois (40), pouvant être ramené à une semaine seulement si l'État requérant a demandé une réponse «en urgence» (41), celle-ci étant constituée quand «la demande d'asile a été introduite à la suite d'un refus d'entrée ou de séjour, d'une arrestation pour séjour irrégulier ou de la signification ou de l'exécution d'une mesure d'éloignement et/ou dans le cas où le demandeur d'asile est maintenu en détention» : on constate que l'urgence répond à une préoccupation de l'État requérant et non à l'intérêt du demandeur d'asile.

L'État requis peut rejeter la requête et, partant, refuser sa responsabilité, s'il «estime que les éléments soumis ne permettent pas de conclure à sa responsabilité». Sa réponse négative doit être «pleinement motivée et expliquer en détail les raisons du refus» (42).

Si l'État requérant «estime que le refus qui lui est opposé repose sur une erreur d'appréciation ou lorsqu'il dispose d'éléments complémentaires à faire valoir», il peut, «dans les trois semaines qui suivent la réception de la réponse négative, [...] solliciter un réexamen de sa requête» auquel l'État requis doit s'efforce de procéder «dans les deux semaines».

(36) Règlement «Dublin II», art. 17, §1.
(37) *Ibid.*, §2.
(38) *JOCE*, 2003, L 222, p. 10.
(39) Règlement (CE) n° 1560/2003 du 2 septembre 2003, précité, Articles 18 à 21.
(40) *Ibid.*, art. 18, §1.
(41) *Ibid.*, art. 17, §2. La demande de réponse en urgence doit être motivée et indiquer «le délai dans lequel une réponse est attendue». Toutefois ce délai ne s'impose pas à l'État saisi qui peut répondre dans le mois suivant la réception de la requête.
(42) Règlement (CE) n° 1560/2003 du 2 septembre 2003, précité, Article 5.

Le rejet de la demande de prise en charge de l'examen de la demande d'asile a pour conséquence que cette dernière devra être examinée par l'État auprès duquel elle a été présentée.

b) Si l'État requis accepte sa responsabilité par une décision expresse ou s'il n'a pas répondu à la requête ans les deux mois – ou dans le mois en cas d'urgence (43) –, «l'État membre dans lequel la demande d'asile a été introduite notifie au demandeur la décision de ne pas examiner la demande, ainsi que l'obligation de le transférer vers l'État membre responsable» (44). Cette décision, qui doit être motivée et préciser les modalités du transfert de l'intéressé, notamment les lieu et date auxquels il devra se présenter à l'autorité compétente, «est susceptible d'un recours ou d'une révision» (c'est-à-dire soit d'un recours contentieux devant une juridiction, soit d'un recours administratif devant l'auteur de la décision ou une autre autorité administrative), qui n'a pas d'effet suspensif sur l'exécution du transfert, sauf «lorsque les tribunaux ou les instances compétentes le décident, au cas par cas» (45).

Le transfert, qui s'effectue conformément au droit national de l'État auprès duquel la demande d'asile avait été présentée, doit être réalisé «dès qu'il est matériellement possible et, au plus tard, dans un délai de six mois à compter de l'acceptation de la demande de prise en charge ou de la décision sur le recours ou la révision en cas d'effet suspensif» (46). A défaut, l'État membre auprès duquel la demande d'asile a été introduite redevient responsable de son examen (47).

3. *Appréciation du «système Dublin»*

Le «Système Dublin», dans ses trois versions successives (Convention de Schengen, Convention de Dublin et règlement Dublin II) constitue une véritable «usine à gaz» dont l'efficacité semble réduite.

---

(43) L'article 18, §7 du règlement Dublin II dispose que «l'absence de réponse à l'expiration du délai [imparti] équivaut à l'acceptation de la requête et entraîne l'obligation de prendre en charge la personne concernée».

(44) Règlement «Dublin II», art. 19, §1, e.

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*, §2. La même disposition ajoute que «ce délai peut être porté à un an au maximum s'il n'a pas pu être procédé au transfert en raison d'un emprisonnement du demandeur d'asile ou à dix-huit mois au maximum si le demandeur d'asile prend la fuite».

(47) *Ibid.*

Les critères de détermination de l'État responsable ont évolué, au cours des dix années écoulées, pour prendre davantage en compte l'intérêt des demandeurs d'asile et non plus seulement celui des États : la priorité donnée aux critères liés à l'unité familiale est, à cet égard un réel progrès. Il n'en demeure pas moins que, quel que soit le critère applicable, ce n'est jamais le demandeur d'asile qui choisit le pays qui va examiner sa demande ni, par voie de conséquence quasi automatique, celui qui lui accordera l'asile et le droit au séjour. Tout juste est-il consulté avant l'application de certains critères, ceux qui lui sont favorables parce que allant dans le sens du respect de l'unité familiale, mais il ne l'est pas quand le critère applicable lui est défavorable – désignation «mécanique» de l'État responsable en fonction du lieu d'entrée sur le territoire commun ou de la délivrance d'un visa, par exemple – ou quand le critère favorable ne lui est pas appliqué. On voit là poindre la méfiance des autorités des États membres pour lesquelles les demandeurs d'asile, dès lors qu'ils ont besoin de protection, doivent accepter celle qui leur est offerte (48).

De plus, bien que le mécanisme de détermination de l'État responsable repose sur le double principe que «les États membres examinent toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers à l'un quelconque d'entre eux» et que «la demande d'asile est examinée par un seul État membre», le règlement Dublin II n'assure pas à tout demandeur que sa demande sera effectivement examinée, ni par l'un des États membres, ni par un État tiers. En effet, aux termes de l'article 3 du règlement, «tout État membre conserve la possibilité, en application de son droit national, d'envoyer un demandeur d'asile vers un État tiers». Il est certes précisé que ce renvoi doit être exécuté «dans le respect des dispositions de la Convention de Genève», mais cela implique seulement que l'intéressé ne peut être renvoyé vers un pays où il est exposé à des persécutions et non que le pays de renvoi examinera nécessairement sa demande.

(48) C'est ce qu'exprimait le ministre français de l'intérieur, dans sa circulaire du 21 mars 1995 relative aux modalités d'application de la Convention de Schengen concernant le traitement des demandes d'asile, qui considérait que le fait, pour un demandeur d'asile, de choisir l'État auquel il présente sa demande n'est pas compatible avec la nature du droit d'asile.

C. – *Les normes minimales de procédure d'examen des demandes d'asile*

Ce fut pendant longtemps l'un des sujets d'achoppement de la «politique européenne d'asile». Dès septembre 2000, la Commission a présenté une proposition de directive sur cette question (49), comme le prévoyait le programme défini par le Conseil de Tampere (50). Ce texte a suscité la réticence des États qui l'ont estimé trop détaillé, donc trop contraignant, et ont demandé à la Commission de le modifier. Une version modifiée fut, en conséquence, remise en juillet 2002 (51), sur laquelle le Conseil JAI du 29 avril 2004 a «dégagé une orientation générale» et décidé de consulter le Parlement européen (52). Le calendrier fixé par le Traité d'Amsterdam prévoyait que cette «mesure» serait adoptée dans les cinq ans suivant son entrée en vigueur, soit au plus tard le 31 mai 2004. L'une des explications de cet important retard est l'absence d'accord entre les États membres sur l'établissement de la liste des «pays tiers sûrs» vers lesquels le renvoi des demandeurs d'asile est autorisé, afin que leur demande y soit traitée. Ce n'est finalement que le 1er décembre 2005 que le Conseil a adopté la directive relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la qualité de réfugiés dans les États membres (53).

(49) Proposition de directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, COM (2000) 578 final, *JOCE*, 2001, C 62 E, p. 231.

(50) Le paragraphe 14 des conclusions de la présidence du Conseil de Tampere prévoyait que le régime d'asile européen commun «devrait comporter, à court terme, [...] des normes communes pour une procédure d'asile équitable et efficace»; à cette fin, «le Conseil [était] instamment invité à adopter, sur la base de propositions de la Commission, les décisions nécessaires conformément au calendrier fixé par le traité d'Amsterdam». Et le point 15 ajoutait que, «à terme, les règles communautaires devraient déboucher sur une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile» et que «la Commission [était] invitée à élaborer une communication dans ce domaine dans un délai d'un an».

(51) COM (2002) 326 final, *JOCE*, 2002, C 291, p. 143.

(52) Résultats du Conseil JAI du 29 avril 2004, Doc. n° 8871/04.

(53) Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *JOCE*, 2005, L 326, p. 13. La date limite de transposition est fixée au 1er décembre 2007 (article 43).

1. *L'accès à la procédure*

a) *La notion de demande d'asile*

La directive définit son champ d'application comme concernant «toutes les demandes d'asile introduites sur le territoire des États membres, y compris à la frontière ou dans une zone de transit, ainsi [que le] retrait du statut de réfugié» (54), l'article 2 définissant la «demande d'asile» comme «la demande introduite par un ressortissant d'un pays tiers (55) ou un apatride auprès d'un État membre et pouvant être considérée comme une demande de protection internationale en vertu de la Convention de Genève». Ce qui laisse, en principe, «hors champ» les demandes de protection subsidiaire, présentées sur le fondement ou en application de la directive du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, dite couramment «directive qualification», ou les demandes qui, n'ayant pas abouti à la reconnaissance de la qualité de réfugié, pourraient donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire. Il est regrettable que les États membres n'aient pas estimé opportun d'établir les mêmes «normes minimales» de procédure pour les deux types de protection, alors pourtant que les demandes sont, la plupart du temps, très semblables, posent des problèmes de fait comparables et, eu égard à leur objet, justifient des garanties équivalentes.

Certes, l'article 3 de la directive tempère cette dichotomie. D'une part, le paragraphe 3 prévoit en effet que «lorsque les États membres utilisent ou instaurent une procédure dans le cadre de laquelle les demandes d'asile sont examinées en tant que demandes fondées sur la Convention de Genève, et en tant que demandes des autres types de protection internationale accordée dans les circonstances précisées à l'article 15 de la directive 2004/83/CE», c'est-à-dire de protection subsidiaire, «ils appliquent la présente directive pendant toute leur procédure»; d'autre part, le paragraphe 4 ajoute que «les États membres peuvent décider d'appliquer la présente directive

(54) Art. 3.

(55) Cette précision renvoit évidemment au «Protocole Aznar» (voir *supra*, A).

aux procédures de traitement des demandes visant tout type de protection internationale». Il n'en demeure pas moins que, quand la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié et la procédure d'octroi de la protection subsidiaire sont distinctes, les normes minimales définies par la proposition de directive ne s'imposent que pour celle-ci. C'est le premier aspect de l'une des caractéristiques du régime européen d'asile commun sur lequel on aura l'occasion de revenir plus loin : l'inégalité des droits des réfugiés selon la Convention de Genève et des bénéficiaires de la protection subsidiaire aux dépens de ces derniers.

Les principales dispositions de la directive concernent tant le déroulement de la procédure que les garanties dont doivent disposer les demandeurs d'asile pendant toute la durée de la procédure.

b) *Le dépôt de la demande d'asile*

L'article 6, §2 de la directive pose le principe que «les États membres font en sorte que toute personne majeure jouissant de la capacité civile ait le droit de déposer une demande d'asile en son nom» et le paragraphe 3 qu'ils «peuvent prévoir qu'une demande puisse être déposée par un demandeur pour le compte des personnes à sa charge». La première formule ne manque pas d'ambiguïté puisqu'elle revient à imposer aux États, non une obligation de résultat – il faudrait pour cela que soit reconnu de droit absolu pour tout ressortissant d'un pays tiers de déposer une demande d'asile –, mais une simple obligation de moyen. Est ainsi ouverte aux États la possibilité de refuser le dépôt même d'une demande d'asile, donc l'accès à toute procédure d'examen, ce qui ne semble guère conforme à la Convention de Genève et aux obligations qui en découlent pour les États.

Cette appréhension est confirmée par l'article 25, paragraphe 1er, aux termes duquel «les États membres ne sont pas tenus de vérifier si le demandeur remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié», donc d'examiner la demande d'asile, quand un État non membre est considéré soit «comme le premier pays d'asile du demandeur», soit «comme un pays tiers sûr pour le demandeur». Et, selon l'article 26, «un pays peut être considéré comme le premier pays d'asile d'un demandeur d'asile particulier, si le demandeur y jouit, à un autre titre, d'une protection suffisante [...], y compris du bénéfice du principe de non-refoulement»; ce qui revient à affirmer que le respect du principe de non-refoulement suffit à protéger la

personne qui revendique le statut de réfugié ou, en d'autres termes, que le statut de réfugié se résume au non-refoulement.

c) *La notion de «pays sûr»*

Quant à la notion de pays tiers sûr, elle est définie à l'article 27, paragraphe 1er, comme pouvant s'appliquer à tout «pays tiers» dans lequel, d'une part, «les demandeurs d'asile n'ont à craindre ni pour leur vie ni pour leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques», d'autre part, «le principe de non refoulement est respecté conformément à la Convention de Genève», en troisième part, «l'interdiction, prévue par le droit international, de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, est respectée» et, enfin, «la possibilité existe de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la Convention de Genève». En outre, aux termes de l'article 27, paragraphe 2, «l'application de la notion de pays tiers sûr est subordonnée» à l'existence d'un «lien de connexion [...] entre le demandeur d'asile et le pays tiers concerné, sur la base duquel il serait raisonnable que le demandeur se rende dans ce pays», même s'il a aussi un «lien de connexion» avec l'État membre auquel il a présenté sa demande d'asile. Il est surprenant de constater que, contrairement à ce qui était prévu dans la première version de la proposition de directive, il n'est pas exigé, dans la directive elle-même, que le demandeur d'asile ait séjourné ou transité par le «pays tiers sûr». Il n'est plus exigé, non plus, que le «pays tiers sûr» se soit engagé à admettre le demandeur d'asile sur son territoire, mais seulement que, «lorsque le pays tiers ne permet pas au demandeur d'asile d'entrer sur son territoire, les États membres veillent à ce que cette personne puisse engager une procédure» (56). Cette disposition risque donc de provoquer de nouveaux cas de «réfugiés en orbite» que le règlement Dublin II a pour objet de faire disparaître (57).

(56) L'article 27 ajoute que, «lorsqu'ils exécutent une décision uniquement fondée sur le présent article, les États membres [...] en informent le demandeur et [...] lui fournissent un document informant les autorités de ce pays que la demande n'a pas été examinée quant au fond», mais l'obligation de lui ouvrir une voie de recours n'est pas prévue.

(57) Sur le règlement Dublin II, voir *supra*, B.

Enfin, l'article 36, qui ne figurait pas dans la première version de la proposition, institue ce qu'Amnesty international a qualifié de «pays européens *super sûrs* [...], permettant aux États membres de ne procéder à «aucun examen ou aucun examen complet» des demandes d'asile» (58). En effet, les États membres peuvent «prévoir qu'aucun examen, ou aucun examen complet, de la demande d'asile et de la sécurité du demandeur dans son cas particulier [...] n'a lieu» quand l'auteur de la demande provient d'un pays qui «a ratifié la Convention de Genève sans aucune limitation géographique et [...] en respecte les dispositions», qui «dispose d'une procédure d'asile prévue par la loi», qui «a ratifié la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et [...] en respecte les dispositions, notamment les normes relatives aux recours effectifs» et qui, enfin, «a été désigné comme tel par le Conseil» (59), ces quatre conditions étant cumulatives. Il est clair que l'appréciation portée sur les garanties qu'offre le pays tiers en cause et sa désignation par le Conseil risquent de reposer plus sur des considérations politiques que sur une analyse objective : les nécesités de la conduite des relations diplomatiques, les intérêts politiques et économiques ne manqueront pas de peser.

L'accès à la procédure d'asile est très fortement limité, sans pour autant qu'il existe la certitude que l'examen refusé en application de la directive sera effectué dans un État tiers. La directive ne permet donc pas de répondre systématiquement au besoin de protection exprimé par les demandeurs d'asile et, contrairement à ce qu'affirmaient les conclusions de la présidence du Conseil de Tampere, elle ne garantit pas une «application intégrale et globale de la Convention de Genève» ni que «nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté» (60). En outre, la compatibilité avec la Convention de Genève de ces restrictions d'accès à la procédure d'asile est pour le moins douteuse. La Convention, en effet, définit le réfugié comme «toute personne qui [craint] avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politi-

(58) Amnesty international, «Proposition de directive sur les procédures d'asile – Evolution et quelques points déterminants», Document SF05R08, mars 2005.

(59) A cet effet, l'article 27, §3, dispose que «le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen, adopte ou modifie une liste commune de pays tiers considérés comme des pays tiers sûrs».

(60) Conclusions de la présidence du Conseil de Tampere, §13.

ques [...]», ce qui implique que toute personne répondant à cette définition doit pouvoir être reconnue réfugié et, partant, avoir accès à une procédure permettant cette reconnaissance.

2. *Les garanties de procédure*

a) *Règles de délais et de compétence*

La directive n'impose pas de délai pour le dépôt d'une demande d'asile et son article 8 précise même que «les États membres veillent à ce que l'examen d'une demande d'asile ne soit pas refusé ni exclu au seul motif que la demande n'a pas été introduite dans les plus brefs délais» (61). On peut toutefois s'étonner de cette formule qui ne paraît guère contraignante pour les États; il eût été plus clair – et préférable pour les demandeurs d'asile – qu'interdiction fût faite aux États de refuser l'examen d'une demande d'asile au seul motif de sa tardiveté. Les termes «les États membres veillent à [...]» sont employés à de très nombreuses reprises dans la directive et contribuent à en obscurcir le sens et la portée.

Les États membres doivent également «veiller» à ce que l'examen des demandes d'asile soit effectué «par l'autorité responsable de la détermination» de la qualité de réfugié – dont il est demandé qu'elle ait «une connaissance appropriée des normes applicables en matière d'asile et de droit des réfugiés» – «à l'issue d'un examen approprié», et notamment à ce que «les demandes soient examinées et les décisions soient prises individuellement, objectivement et impartialement», si besoin après recueil d'informations «auprès de différentes sources, telles que le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés» (62).

Les États membres doivent encore veiller à ce que le demandeur soit «informé, dans une langue dont il est raisonnable qu'il la comprend, de la procédure à suivre, de ses droits et de ses obligations au cours de la procédure», à ce qu'il bénéficie, «en tant que de besoin, des services d'un interprète» et puisse «communiquer avec le HCR ou autre organisation agissant au nom du HCR» (63).

(61) Art. 8, §1.
(62) *Ibid.*, §2.
(63) Art. 10, §1.

b) *L'entretien individuel*

Au cours de la procédure d'examen, et «avant que l'autorité responsable de la détermination ne se prononce, la possibilité est donnée au demandeur d'asile d'avoir un entretien personnel sur sa demande avec une personne compétente en vertu du droit national pour mener cet entretien» qui fait l'objet d'un procès verbal, dont le contenu pourra être soumis à l'approbation du demandeur (64). Toutefois, «l'entretien peut ne pas avoir lieu lorsque l'autorité responsable de la détermination est en mesure de prendre une décision positive sur la base des éléments de preuve disponibles», lorsqu'elle «a déjà eu une réunion avec le demandeur afin de l'aider à remplir sa demande et à fournir les informations essentielles concernant ladite demande», lorsque, «sur la base d'un examen exhaustif des informations fournies par le demandeur, [elle] considère la demande comme infondée», ou enfin «lorsqu'elle estime que le demandeur n'est pas en état ou en mesure d'être interrogé en raison de circonstances durables indépendantes de sa volonté» (65). Ces trois dernières hypothèses – qui ménagent une large liberté d'appréciation à l'autorité compétente – permettent de rejeter une demande d'asile sans entretien, privant ainsi le principe du droit à celui-ci d'une grande partie de sa portée.

Pendant la durée de la procédure d'examen, le demandeur peut être placé en rétention, sous réserve toutefois que celle-ci ne soit pas uniquement motivée par le fait «qu'[il) demande l'asile» (66). En cas de placement en rétention «les États membres veillent à prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide» (67).

c) *Le cas des mineurs non accompagnés*

Des garanties supplémentaires sont prévues, par l'article 17 de la directive, pour les mineurs non accompagnés, mais qui paraissent très insuffisantes : un représentant légal ou un conseil juridique, désigné dès que possible, pourra préparer avec eux l'entretien personnel qui, s'il a lieu – ni l'article 17, ni l'article 12 n'en fait une

(64) Art. 12, §1.
(65) *Ibid.*, §2.
(66) Art. 18, §1.
(67) *Ibid.*, §2.

obligation (68) – devra être conduit par un agent spécialement formé à cet effet, et pourra assister à cet entretien; l'entretien pourra se tenir en l'absence du mineur et en la seule présence de son représentant ou conseil (69), comme il pourra, à l'inverse, se tenir en la seule présence du mineur, mais sans celle de son représentant ou conseil.

On constate, pour le regretter, que le mineur ne fera pas l'objet, dans le cadre de l'examen de sa demande d'asile, d'une véritable procédure dérogatoire, mais seulement de quelques mesures de protection renforcée par rapport au demandeur majeur. Il est, en particulier, difficile d'admettre que la demande d'asile d'un mineur non accompagné puisse être examinée – et rejetée – sans que le mineur ait été entendu, dès lors que le droit national de l'État membre à qui la demande a été adressée peut déterminer dans quels cas l'entretien a lieu et, *a contrario*, dans quels cas il n'y a pas entretien. Il est aussi extrêmement contestable que la directive n'érige pas en obligation la double présence à l'entretien – quand il a lieu – du mineur et de son représentant légal ou de son conseil juridique (70).

La directive permet par ailleurs aux États membres de «s'abstenir de désigner un représentant» dans quatre hypothèses : «lorsque le mineur non accompagné atteindra selon toute vraisemblance sa majorité avant qu'une décision ne soit prise en premier ressort», quand il «peut avoir recours gratuitement aux services d'un conseil juridique reconnu en tant que tel en vertu du droit national, pour accomplir les missions assignées [...] au représentant», quand il «est marié ou l'a été», ou «conformément aux dispositions législatives et réglementations en vigueur au moment de l'adoption de la présente directive, également s'abstenir

(68) Article 12, §1, al. 3 : «Les États membres peuvent déterminer dans leur droit national dans quels cas un mineur se verra offrir la possibilité d'un entretien personnel». Si le droit national ne détermine pas ces «cas», le mineur n'a pas droit à l'entretien; s'ils les déterminent, le «droit» du mineur à l'entretien n'est pas systématique.

(69) Art. 17, §1, b.

(70) Art. 17, §2 : «[...] Les États membres : a) prennent, dès que possible, des mesures pour veiller à ce qu'une personne représente et/ou assiste le mineur non accompagné dans le cadre de l'examen de sa demande [...]; b) veillent à ce que le représentant ait la possibilité d'informer le mineur non accompagné du sens et des éventuelles conséquences de l'entretien personnel et, le cas échéant, de lui indiquer comment se préparer à celui-ci. Les États membres autorisent le représentant à assister à cet entretien personnel et a poser des questions ou formuler des observations dans le cadre fixe par la personne chargée de mener l'entretien [...]. Les États membres peuvent exiger que le mineur non accompagné soit présent lors de l'entretien personnel même si le représentant est présent». Si les États «peuvent» formuler une telle exigence, c'est aussi qu'ils peuvent s'en dispenser.

de désigner un représentant lorsque le mineur non accompagné est âgé de 16 ans ou plus» (71). Aucune de ces quatre «dispenses» n'est justifiable :

(i) L'approche de la date de la majorité – *a fortiori* quand elle n'est que «vraisemblable» – pose le problème de la détermination de l'âge de l'intéressé, pour laquelle la proposition suggère aux États de recourir à des «examens médicaux» (72), malgré le caractère très contestable, parce que aléatoire, de telles méthodes; mais en plus la référence, pour apprécier s'il y a lieu de désigner un représentant, est celle de la date de la décision rendue en première instance, de sorte que l'instruction de la demande d'asile peut se dérouler pendant la minorité de l'intéressé sans que celui-ci n'ait été représenté; en somme, il y a anticipation sur sa prochaine majorité, alors que, dans le droit commun, on est mineur ou majeur, mais on ne passe pas progressivement de la minorité à la majorité.

(ii) La possibilité d'avoir recours gratuitement aux services d'un conseil juridique ne devrait pas être assimilée à la représentation par un «tuteur légal» : le conseil juridique assiste, il ne représente pas; c'est donc, dans ce cas, le mineur qui accomplit en son nom propre les actes de procédure, alors qu'il en est, en principe, incapable du fait de sa minorité; ici encore, la dérogation au droit commun se comprend mal.

(iii) La circonstance que le mineur soit marié ou l'ait été ne justifie pas non plus l'absence de représentant légal puisque, par hypothèse, l'intéressé n'est pas accompagné et doit donc présenter et soutenir seul sa demande d'asile, sans le soutien ou l'assistance de son conjoint ou ex-conjoint (qui, au demeurant, peut aussi être mineur...); certes, dans le droit national de la plupart des États membres, le mariage d'un mineur emporte son émancipation (73), mais l'émancipation ne s'identifie pas à la majorité, elle n'a d'effet que sur «les actes de la vie civile» (74). Or, selon la jurisprudence nationale, comme celle des organes de Stras-

(71) Art. 17, §§2 et 3.

(72) Art. 15, §5 : «Les États membres peuvent procéder à des examens médicaux afin de déterminer l'age d'un mineur non accompagné dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile».

(73) Voir par exemple le code civil français, art. 476 : «Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage».

(74) *Ibid.*, art. 481 : «Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile».

bourg, la décision d'accorder ou de refuser l'asile ne concerne pas «des droits [ou] obligations de caractère civil» au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme; les actes de la procédure d'asile ne devraient donc pas être considérés comme des «actes de la vie civile» et la circonstance que le mineur demandeur d'asile est ou a été marié – circonstance, de surcroît, totalement sans aucun lien avec la procédure d'asile – ne devrait avoir aucune incidence sur ses droits en la matière.

(iv) Enfin, la clause de *stand by* qui dispense l'État membre de désigner un représentant légal à un mineur non accompagné, âgé de 16 ans ou plus, quand une telle dispense est instituée par sa législation ou sa réglementation «en vigueur au moment de l'adoption de la [...] directive» le lui permet, incite les États membres à modifier leur droit national – d'autant que l'extrême lenteur de la procédure d'adoption de la directive leur en aura donné tout loisir – dans le sens le moins favorable aux mineurs non accompagnés; cette disposition illustre les effets négatifs, pour ne pas dire pervers, de cette technique de *stand by* qui nivelle les garanties par le bas et institue des disparités entre les États membres, propices à l'*asylum shopping* contre lequel, par ailleurs, les États et les instances communautaires prétendent lutter.

Dans ces conditions, le paragraphe 6 de l'article 17, selon lequel «l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour les États membres lors de la mise en œuvre du présent article» relève soit de la clause de style, soit d'un mauvais cynisme.

3. *Les divers types de procédure et les voies de recours*

a) *Procédure normale et procédure accélérée*

La directive (75) prévoit deux types de procédures: une «normale» et une «prioritaire ou accélérée», cette dernière pouvant être appliquée dans de très nombreuses hypothèses qui risquent d'en faire la procédure la plus courante et qui mêlent les motifs de procédure et de fond, les cas dans lesquels le demandeur d'asile ne répond pas aux conditions posées par la directive «qualification» et ceux où il est de mauvaise foi. Un tel amalgame traduit une cer-

(75) Art. 23, §4.

taine déconsidération à l'égard des demandeurs d'asile peu en rapport avec les réels besoins de protection qu'ils doivent être présumés éprouver. Sans être exhaustif, on citera quelques unes de ces hypothèses de procédure accélérée :

(i) «le demandeur n'a soulevé [...] que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié» ou «ne remplit manifestement pas les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié dans un État membre»;

(ii) «la demande d'asile est considérée comme infondée», soit «parce que le demandeur provient d'un pays d'origine sûr», soit parce qu'il a transité par un État membre «considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur»;

(iii) «le demandeur a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité et/ou sa nationalité et/ou l'authenticité de ses documents», ou «n'a produit aucune information permettant d'établir, avec une certitude suffisante, son identité ou sa nationalité» ou «a procédé à la destruction ou s'est défait de pièces d'identité ou de titres de voyage qui auraient aidé à établir son identité ou sa nationalité»;

(iv) il «a introduit une autre demande d'asile mentionnant d'autres données personnelles»;

(v) sa demande «est manifestement peu convaincante en raison des déclarations incohérentes, contradictoires, peu plausibles ou insuffisantes qu'il a faites sur les persécutions dont il prétend avoir fait l'objet» (76);

(vi) «le demandeur n'a pas introduit plus tôt sa demande, sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire» ou «ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son expulsion»;

(vii) il «représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'État membre» ou «a fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire pour des motifs graves de sécurité

(76) On note que la directive ne prend ici en compte que les persécutions subies et non celles que le demandeur déclare craindre de subir; celles-ci seraient-elles aussi, *a fortiori*, motif à procédure accélérée?

nationale ou d'ordre public au regard du droit national» ou «refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales conformément a la législation communautaire et/ou nationale pertinente».

Les procédures accélérées doivent respecter «les principes de base et les garanties fondamentales» analysés plus haut, mais dans le cadre d'un examen plus superficiel, puisque plus rapide, ce qui limite encore la portée de ces garanties.

L'un, au moins, des motifs de recours aux procédures accélérées paraît peu conforme à la Convention de Genève. En effet, la prise en compte de la considération «le demandeur provient d'un pays d'origine sûr» revient à établir une différence de traitement fondée sur la nationalité de l'auteur de la demande : si ce dernier est originaire d'un pays considéré comme «sûr», il n'aura droit qu'à un examen rapide et superficiel. Une telle disposition semble donc constituer une «discrimination quant au pays d'origine» au sens l'article 1er de la convention de Genève. Elle souffre du même vice que le Protocole Aznar (77).

b) *Les voies de recours*

La directive institue, enfin, ce qu'elle appelle un «droit à un recours effectif», qui doit pouvoir être exercé «devant une juridiction» contre les décisions suivantes (78) :

(i) toutes celles qui concernent la demande d'asile, y compris «les décisions d'irrecevabilité [...], les décisions prises à la frontière ou dans les zones de transit [et] les décisions de ne pas procéder à un examen»;

(ii) «le refus de rouvrir l'examen d'une demande après que cet examen a été clos»;

(iii)«une décision de refuser l'entrée»;

(iv)«une décision de retirer le statut de réfugié».

Mais la directive laisse chaque État décider, d'une part des délais de recours (79) et, d'autre part, des «règles découlant de leurs obligations internationales» quant au caractère suspensif ou non des

(77) Voir *supra*, A.
(78) Art. 39.
(79) *Ibid.*, §4.

recours (80). Sur ce point, elle est moins exigeante que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui, par une application combinée des articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (81), a considéré que le recours contre la mesure d'éloignement d'un demandeur d'asile vers son pays d'origine n'est «effectif» et, partant, conforme aux exigences conventionnelles, que s'il permet de suspendre l'application de la mesure contestée (82).

Par ailleurs, elle prévoit une exception au «droit au recours» : quand le demandeur d'asile a obtenu «un statut qui offre les mêmes droits et avantages au titre du droit national et du droit communautaire que le statut de réfugié en vertu de la directive [qualification], il est possible de considérer que le demandeur dispose d'un recours effectif lorsqu'une juridiction décide que le recours visé au paragraphe 1 est irrecevable ou peu susceptible d'aboutir en raison de l'intérêt insuffisant du demandeur a ce que la procédure soit poursuivie» (83). Cette disposition paraît viser le cas où il est accordé au demandeur non le statut de réfugié, mais la protection subsidiaire. L'absence de recours contre une telle décision serait éminemment discutable car, contrairement à l'hypothèse visée par la disposition en cause, les deux statuts n'offrent pas «les mêmes droits et avantages», ainsi qu'on va le voir maintenant, celui résultant de la protection subsidiaire étant moins protecteur que le statut de réfugié. Si bien que l'absence de recours contre une telle décision peut inciter les autorités compétentes des États membres à vider de son contenu la Convention de Genève en accordant un sous-statut, sans risque de contestation de la part du demandeur d'asile. Aussi le demandeur a-t-il intérêt à demander en justice que le statut de réfugié, auquel il prétendait lui soit reconnu, plutôt que la protection subsidiaire. Sur ce point encore, la directive offre une option minimale des droits auxquels les demandeurs d'asile seraient en droit de bénéficier pour une garantie efficace de leurs droits, en rapport avec l'importance de l'enjeu de la matière.

Au total, la directive n'impose aux États membres que des «normes minimales» de procédure, ce qui peut présenter un double inconvénient :

(80) *Ibid.*, §3.

(81) L'article 3 porte interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants; l'article 13 est relatif au droit à un recours effectif.

(82) CEDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-I.

(83) *Ibid.*, §5.

(i) les États dont la législation sera, à la date d'adoption définitive du texte, ou était, avant la conclusion des négociations, plus favorable aux droits des demandeurs d'asile que la directive, ont toute latitude et peuvent s'estimer incités à modifier leurs règles nationales pour s'aligner sur le «minimum» qui constitue le plus petit commun dénominateur entre tous les États membres;

(ii) les États pouvant, selon les termes mêmes de l'article 4 de la directive, «adopter ou maintenir des normes plus favorables en ce qui concerne les procédures d'octroi et de retrait du statut de réfugié, pour autant que ces normes soient compatibles avec la présente directive», le risque subsiste que les procédures en vigueur dans certains États soient plus protectrices, donc plus attractives, que dans d'autres, que la directive ne conduisent qu'à une harmonisation très partielle et, partant, ne remplisse pas réellement l'objectif qu'elle est censée poursuivre.

Il en va d'autant plus ainsi que la directive contient un nombre non négligeable de «clauses facultatives» qui constituent autant d'autorisations données aux États de déroger aux règles qu'elle pose (84). Ce qui conduit à s'interroger sur la réalité «du mécanisme d'harmonisation, dont il ne faut pas oublier qu'il ne s'arrête pas après l'accord du Conseil, mais plutôt qu'il commence à ce moment là, quand il vit dans les législations et réglementations des États membres» (85). On en arrive à ce que M. Robert Del Picchia, sénateur français, a qualifié, dans une communication consacrée à «l'harmonisation européenne des procédures d'asile», d'«harmonisation en trompe l'œil» (86).

Enfin, la directive est affectée de certaines lacunes. Ainsi, les articles 23 et 24 relatifs à la procédure d'examen en premier ressort ne fixent aucun délai de réponse des autorités compétentes à la demande d'asile, que la procédure suivie soit la procédure de droit commun, une procédure prioritaire ou une procédure spéciale, l'article 23, paragraphe 2, se contentant de demander aux États membres qu'ils «veillent à ce que les procédures de cette nature

(84) Sur les techniques des «normes minimales», des «dérogations»et des «clauses facultatives», voir: ELKAÏM G., «Quelques remarques, du point de vue du négociateur», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE Fr. et LABAYLE H. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Cet auteur a dénombré une cinquantaine de ces clauses dans la proposition de directive «procédures».

(85) Gilbert ELKAÏM, *op. cit.*

(86) Sénat français, réunion du 8 octobre 2003, Textes E 1611 et E 2192.

soient menées à terme dans les meilleurs délais, sans préjudice d'un examen approprié et exhaustif», ce qui n'impose aucune contrainte réelle.

II. – Des différences de traitement, sans rapport avec les besoins de protection

Les textes de droit communautaire – et les textes intergouvernementaux élaborés dans le cadre du Traité sur l'Union européenne dans les matières qui n'ont pas encore été versées au «premier pilier» du Traité de Rome – proclament tous l'attachement des États membres à la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié et leur engagement à l'exécuter pleinement (87). On ne s'étonnera donc pas que, quand il s'est agi de définir le statut des personnes auxquelles une protection était accordée, un traitement privilégié ait été réservé à celles à qui est reconnue la qualité de réfugié en application de la convention par rapport à celles à qui n'est «accordée» que la protection subsidiaire.

A. – *La distinction des concepts : réfugié et bénéficiaire de la protection subsidiaire*

1. *Le principe de la distinction*

Le principe même de l'instauration de deux régimes de protection pour les étrangers ayant besoin d'une protection contre les risques qu'ils courent dans leur pays d'origine ne relève pas de l'évidence.

a) *Les raisons de la distinction*

Selon la Convention de Genève de 1951 le terme «réfugié» désigne :

> «toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays» (88).

(87) Voir ci-dessus, note 13.
(88) Convention de Genève, art. 1er, A, 2°.

L'interprétation de cette définition, par les instances administratives et juridictionnelles des divers États membres de l'Union européenne n'a jamais été uniforme. Dans certains d'entre eux, les persécutions subies ou craintes n'ouvrent vocation au statut de réfugié que si elles émanent des autorités publiques ou, au moins, sont tolérées par elles; de même, la qualité de réfugié n'est pas reconnue si l'intéressé a eu, avant d'entrer sur le territoire d'un État membre, la possibilité d'obtenir l'asile dans un autre pays, même s'il ne s'y est pas établi mais a seulement transité par lui; enfin, les causes des persécutions susceptibles d'être prises en compte sont interprétées de façon plus ou moins strictes : ainsi en va-t-il, notamment, de la notion de «groupe social» dont le concept est très variable d'un État membre à un autre.

Pour tenter d'unifier la doctrine des divers États membres, l'article 63 du Traité CE a chargé le Conseil d'arrêter «les normes minimales concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié», tandis que le Conseil de Tampere, trois ans plus tard, entendait réaliser à court terme «le rapprochement des règles sur la reconnaissance et le contenu du statut de réfugié [...] complété par des mesures relatives à des formes subsidiaires de protection offrant un statut approprié à toute personne nécessitant une telle protection». C'est donc à Tampere qu'est née l'idée d'un dédoublement du régime d'asile : statut de réfugié, d'une part; protection subsidiaire, de l'autre. Et c'est pour mettre en œuvre ce dédoublement que la directive dite «qualification» (89) a défini les conditions requises pour bénéficier de l'une ou de l'autre protection.

b) *Critique de la distinction*

Cette solution n'allait pas de soi. La démarche aurait pu être toute différente, inspirée de celle suivie par l'Organisation de l'Unité africaine qui, dans la Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, du 10 septembre 1969, a

(89) Le titre officiel de cette directive est : Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. *JOCE*, 2004, L 304, p. 12.

«complété» la définition du réfugié, telle que la donne la convention de Genève, en énonçant que :

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

Dès lors que la directive «qualification» se livrait à une redéfinition du réfugié, rien ne s'opposait à ce qu'elle l'élargisse, comme l'OUA, pour faire bénéficier du même statut les personnes «pouvant prétendre au statut de réfugié» et celles «qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale».

Au lieu de quoi la directive distingue les concepts de réfugié et de bénéficiaire de la protection subsidiaire et définit deux régimes de protection différents, la protection subsidiaire offrant moins de garanties que le statut de réfugié.

2. *La mise en œuvre de la distinction*

a) *Les notions de réfugié et de bénéficiaire de la protection subsidiaire*

La directive «qualification» définit le réfugié comme :

> «[t]out ressortissant d'un pays tiers qui, parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays».

Hormis l'exclusion des ressortissants des États membres, dans la ligne du Protocole Aznar et l'inversion opérée, pour des raisons obscures, entre les opinions politiques et l'appartenance à un certain groupe social dans l'énumération des motifs de persécutions, cette définition est la même que celle de la convention. Toutefois, la précision que ne peuvent être considérés comme réfugiés que des ressortissants de pays tiers n'est pas neutre : elle signifie implicitement que les États membres de l'Union ne sont pas susceptibles de générer des réfugiés. De plus, comme le Protocole Aznar et les hypothèses de «procédure accélérée», elle est difficilement conciliable avec

l'interdiction de toute «discrimination quant [...] au pays d'origine» posée par l'article 3 de la Convention de Genève (90).

Quant à la protection subsidiaire, elle est définie comme celle dont bénéficie «tout ressortissant d'un pays tiers [...] qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine [...], courrait un risque réel de subir les atteintes graves», ces dernières étant, aux termes de l'article 15 :

> «la peine de mort ou l'exécution, la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international».

b) *Différence de statut et principe d'égalité*

Comme on peut le constater, la distinction entre le réfugié et le bénéficiaire de la protection subsidiaire ne tient pas à la gravité des «persécutions» (pour le réfugié) ou des «atteintes» (pour la protection subsidiaire) – y a-t-il «atteinte» plus grave que la peine de mort ou l'exécution, comprises parmi les motifs d'attribution de la protection subsidiaire? –; pourtant, le statut de la protection subsidiaire est moins protecteur et plus précaire que celui de réfugié. Il y a là une rupture du principe d'égalité qui confine à la discrimination.

Certes, le principe d'égalité n'est pas un principe absolu et ne s'applique qu'à situations égales; il n'est pas absolu mais relatif. Il n'interdit pas que soient traitées différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. Mais la différence de traitement doit être en rapport avec la différence de situations. Or, quant à son besoin de protection, le bénéficiaire de la protection subsidiaire est dans une situation comparable à celle du réfugié. Ils ont tous deux besoin d'une protection; ce besoin n'est pas nécessairement plus intense pour le réfugié que pour le bénéficiaire de la protection subsidiaire, et cette protection n'a, ni dans un cas ni dans l'autre, vocation à durer indéfiniment : d'ailleurs, les clauses de cessation sont les mêmes pour l'un et pour l'autre. Seul diffère

(90) Sur les problèmes de conformité du Protocole Aznar à la Convention de Genève, voir *supra* I, A; sur les mêmes problèmes en ce qui concerne les procédures accélérées, voir *supra* I, C, 3.

le fondement juridique : Convention de Genève pour le statut de réfugié; article 3 de la Convention européenne pour la protection subsidiaire. La distinction de ces deux fondements juridiques ne justifie pas, au regard du principe d'égalité, que les bénéficiaires de la protection subsidiaire soient moins bien traités que les bénéficiaires du statut de réfugié, car la différence du degré de protection ne correspond pas à une différence du degré de besoin de protection. En d'autres termes, la différence de traitement est sans rapport avec la différence de situation des intéressés.

B. – *Le contenu des statuts*

On n'en étudiera ici que quelques aspects, caractéristiques des inégalités de traitement et des moindres garanties offertes aux bénéficiaires de la protection subsidiaire par rapport aux réfugiés.

1. *Le droit au séjour*

Alors que les réfugiés et les membres de leur famille qui les accompagnent reçoivent un permis de séjour «valable pendant une période d'au moins trois ans et renouvelable» (91), les bénéficiaires de la protection subsidiaire n'ont droit qu'à un titre de séjour «valable pendant une période d'au moins un an et renouvelable» (92), sous réserve, dans les deux cas, de «raisons impérieuses liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public» et, dans le second cas, de l'application des clauses de cessation, analysées plus loin.

La durée de validité du titre de séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire est plus courte que celle du titre de séjour du réfugié et son renouvellement est lié au maintien du besoin de protection, alors que le réfugié a droit au séjour pour une durée indéterminée – donc après qu'a cessé le besoin de protection de l'intéressé –, puisque le renouvellement de son titre de séjour n'est soumis à aucune condition : le réfugié a vocation à être un résident permanent tandis que le bénéficiaire de la protection subsidiaire n'est en principe qu'un résident temporaire, l'article 3 de la directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée excluant de son champ d'application les «ressortissants

(91) Directive «qualification», du 29 avril 2004, art. 24, §2.
(92) *Ibid.*, art. 21, §2.

de pays tiers [...] autorisés à séjourner dans un État membre en vertu d'une forme subsidiaire de protection» (93).

Ainsi, le réfugié a immédiatement droit au séjour permanent – ce qui prive d'ailleurs, en ce qui le concerne, le statut de résident de longue durée de son intérêt – tandis que le bénéficiaire de la protection subsidiaire n'a vocation qu'à un séjour temporaire, quelle que soit, pour l'un comme pour l'autre, la durée du besoin de protection.

2. *Le droit au travail*

Une différence de traitement comparable, entre réfugiés et bénéficiaires de la protection subsidiaire, existe pour l'exercice d'une activité professionnelle, salariée ou non. Certes, les uns et les autres sont autorisés «à exercer une activité salariée ou non salariée, sous réserve des règles généralement applicables dans le secteur d'activité concerné et dans les services publics, immédiatement après que le statut [de réfugié ou de la protection subsidiaire] a été octroyé» (94), mais «la situation du marché du travail» n'est opposable qu'aux bénéficiaires de la protection subsidiaire et non aux réfugiés et les États membres peuvent également opposer aux bénéficiaires de la protection temporaire, mais non aux réfugiés, «des priorités d'accès à l'emploi pour une période de temps limitée, à déterminer conformément à la législation nationale» (95), ce qui revient à autoriser que le droit d'accès au marché du travail ne soit accordé qu'après un certain délai à compter de l'octroi de la protection subsidiaire.

Le bénéficiaire de la protection subsidiaire est donc soumis à une condition – voire à deux – qui ne sont pas imposées au réfugié, alors pourtant que la nature et l'objet de la protection accordée à l'un comme à l'autre ne justifient nullement ce traitement moins favorable.

(93) Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JOCE*, 2003, L 16, p. 44, art. 3, §2, c.

(94) Directive «qualification», du 29 avril 2004, art. 26.

(95) *Ibid.*, art. 26, §3.

3. *Le droit au regroupement familial*

La directive qualification énonce, dans la droite ligne de la Convention de Genève de 1951, le principe selon lequel «les États membres veillent à ce que l'unité familiale puisse être maintenue» (96). A cet effet, elle dispose qu'«il pourra être délivré aux membres de la famille des bénéficiaires du statut de réfugié un titre de séjour valable pendant une période de moins de trois ans et renouvelable» (97) tandis que, pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire, il est seulement prévu que «les États membres veillent à ce que les membres de [leur] famille [...] qui, individuellement, ne remplissent pas les conditions nécessaires pour obtenir ce statut puissent prétendre aux avantages visés aux articles 24 à 34 (98), conformément aux procédures nationales et dans la mesure où cela est compatible avec le statut juridique personnel du membre de la famille». Et la directive sur le regroupement familial (99) précise clairement qu'elle ne s'applique ni au «ressortissant de pays tiers [...] qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié et dont la demande n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive», ni à celui qui est «autorisé à séjourner dans un État membre en vertu de formes subsidiaires de protection» (100), mais elle consacre un chapitre entier au «regroupement familial des réfugiés» (101).

Le commissaire Antonio Vittorino a justifié l'exclusion des bénéficiaires de la protection subsidiaire du droit au regroupement familial devant le Parlement européen, le 6 septembre 2000, par les considérations suivantes :

> «[...] J'admets qu'il est nécessaire d'exclurer bénéficiaires de la protection temporaire ou de la protection subsidiaire. Il ne s'agit pas d'une modification de la question de principe. Je suis convaincu que certains bénéficiaires de la protection

(96) *Ibid.*, art. 23, §1.

(97) *Ibid.*, art. 24, §1, al. 2.

(98) Ces articles sont relatifs aux titres de séjour délivrés aux réfugiés et aux bénéficiaires de la protection subsidiaire, aux documents de voyage, à l'accès à l'emploi, à l'éducation, à la protection sociale, aux soins de santé, aux mineurs non accompagnés, au logement, à la liberté de circulation, aux dispositifs d'intégration et au rapatriement.

(99) Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOCE*, 2003, L 251, p. 12.

(100) Directive relative au droit au regroupement familial, art. 3.

(101) *Ibid.*, art. 9 à 12 Pour une analyse critique des conditions du regroupement familial posées par cette directive, voir : URBANO DE SOUSA C., «Le regroupement familial au regard des standards internationaux», *in* JULIEN-LAFERRIÈRE F. et LABAYLE H., (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, *op. cit.*, p. 127.

temporaire ou de la protection subsidiaire devront avoir également droit au regroupement familial. Mais je reconnais que l'absence d'harmonisation du concept au niveau européen et, surtout, l'intention de la Commission de présenter au Parlement et au Conseil une directive sur la protection temporaire et subsidiaire l'année prochaine, permettra de traiter très prochainement le droit au regroupement familial dans cette directive. C'est pourquoi nous avons accepté d'amender la proposition en vue d'exclure les bénéficiaires de la protection temporaire ou subsidiaire» (102).

Mais, depuis cette déclaration, «l'absence d'harmonisation du concept au niveau européen» n'a pas disparu et, contrairement au pronostic de M. Vittorino, la directive qualification ne contient aucune disposition relative au regroupement familial.

Les bénéficiaires de la protection subsidiaire sont donc les seuls ressortissants de pays tiers, jouissant d'une protection internationale, privés du droit au regroupement familial. En toute hypothèse, alors même qu'ils ne seraient pas, par principe exclus du champ de la directive sur le regroupement familial, ils ne pourraient que difficilement exercer ce droit, l'article 3, §1 de cette directive précisant qu'elle s'applique «quand le regroupant [a] une perspective fondée d'obtenir un droit au séjour durable», ce qui est rarement le cas puisque le titre de séjour du bénéficiaire de la protection subsidiaire n'est valable qu'un an et que, comme on l'a vu plus haut, il n'a pas vocation à un titre d'une validité supérieure.

Cet aspect de la directive pose problème au regard de sa compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au «droit au respect de la vie privée et familiale».

Ainsi se trouve concrétisée l'affirmation de l'exposé des motifs de la directive qualification, selon laquelle «le régime de la protection subsidiaire part du principe que le besoin d'une telle protection est temporaire par nature», bien qu'il soit aussitôt ajouté que, «en réalité, il s'avère souvent plus durable par la suite», ce qui traduit que l'idée sous-tendant ce régime est erronée. Il semble ainsi que, pour la Commission, auteur de la proposition de directive, et pour les gouvernements des États membres, qui l'ont adoptée, «les bénéficiaires d'une protection subsidiaire [...] 'méritent' [...] moins de protection que les réfugiés» (103). Il est permis de ne pas partager ce point de vue.

(102) Débats du Parlement européen, séance du mercredi 6 septembre 2002.
(103) Exposé des motifs de la directive qualification.

C. – *La protection temporaire*

Outre ces deux statuts – de réfugié et de protection subsidiaire –, les instances communautaires ont, dans la ligne du programme établi par le Conseil de Tampere, élaboré et adopté une directive relative à «la protection temporaire des personnes déplacées» (104), destinée à fixer «les normes minimales» applicables par les États membres afin d'accorder une protection provisoire «en cas d'afflux massif de personnes déplacées».

1. *La notion de protection temporaire*

L'idée qui sous-tend cette directive est qu'en pareil cas – il est expressément fait mention, dans les considérants de la directive, de la crise du Kosovo de 1992 – les instances nationales de détermination du statut de réfugié ou d'examen des demandes d'asile ne sont pas en mesure de procéder, dans des délais raisonnables, à un examen individualisé de la situation de chaque demandeur et qu'il est donc nécessaire de pallier cette incapacité de faire face aux circonstances par l'attribution d'une «protection immédiate et de caractère temporaire» (105), dans l'attente d'une possibilité de retour des personnes déplacées dans leur pays d'origine ou d'un examen individuel des demandes de protection à plus long terme.

La protection temporaire a donc un double caractère, à la fois exceptionnel et provisoire, et débouche soit sur une réinstallation dans le pays de provenance, soit sur la reconnaissance de la qualité de réfugié ou l'attribution de la protection subsidiaire. Cette possibilité d'une prolongation de la protection temporaire par une protection plus durable, fondée sur la Convention de Genève ou sur la directive «qualification» montre, s'il en était besoin, que les trois types de protection s'adressent, en réalité aux mêmes personnes. La seule différence qui existe entre le statut de réfugié et la protection subsidiaire, d'une part, et la protection temporaire, d'autre part, vient de ce que cette dernière est mise en œuvre en cas d' «afflux» de personnes en recherche de protection. Aussi est-il pour le moins contestable que la protection temporaire ne donne pas lieu aux

(104) Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *JOCE*, 2001, L 212, p. 12.

(105) Directive sur la protection temporaire, 2e considérant.

mêmes garanties que le statut de réfugié et qu'elle puisse placer les intéressés dans une situation précaire pour une période pouvant atteindre trois ans, comme on le verra plus loin.

La protection temporaire est déclenchée par une décision collective prise par le Conseil, sur proposition de la Commission, soit à l'initiative de celle-ci, soit sur la saisine d'un État membre «visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil» (106) qui précise à quels groupes de personnes elle s'appliquera, le nombre de personnes déplacées attendues et la date de sa mise en œuvre (107).

2. *Le contenu de la protection temporaire*

a) *Le droit au séjour et à l'emploi*

Dès l'entrée en vigueur de la protection temporaire, les États membres doivent munir les bénéficiaires de titres de séjour valables pour la durée de la protection (108), laquelle consiste donc principalement, comme toute protection contre les risques courus dans le pays d'origine, à accorder le droit au séjour.

En principe, la protection temporaire est accordée pour un an, mais cette durée peut être prolongée, dans un premier temps «automatiquement par périodes de six mois pour une durée maximale d'un an» (109) puis, «s'il subsiste des raisons de maintenir la protection temporaire, [...] pour une [nouvelle] période maximale d'un an» (110). La protection temporaire peut donc durer jusqu'à trois ans.

On peut s'en étonner. En effet, cette protection est censée n'être que «temporaire» et répondre à une situation d'urgence à laquelle les procédures d'asile ne peuvent faire face. Elle ne devrait donc pas atteindre trois ans. Si le besoin de protection est susceptible de durer trois ans, les États doivent faire prendre les mesures qui permettent d'accorder la protection dans un délai «raisonnable»; celui de trois ans ne l'est pas (111). La protection temporaire risque donc

(106) *Ibid.*, art. 5, §1.
(107) *Ibid.*, art. 5, §2.
(108) *Ibid.*, art. 8, §1.
(109) *Ibid.*, art. 4, §1.
(110) *Ibid.*, art. 4, §2. Cette dernière prorogation d'un an est décidée par le Conseil, sur proposition de la Commission.
(111) Dans son arrêt précité *Conka c. Belgique*, du 5 février 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé, s'agissant de la procédure devant le Conseil d'État belge: «Quant

de devenir un «sous-statut» pour les personnes déplacées auxquels les États ne veulent pas accorder le statut de réfugié ou la protection subsidiaire mais qu'ils n'osent pas renvoyer dans leur pays, ce qui la détournerait de sa finalité et ne respecterait pas les obligations imposées aux États membres par la Convention de Genève.

Les bénéficiaires de la protection temporaire ne peuvent se déplacer librement d'un État membre à un autre; ils doivent rester sur le territoire de l'État d'accueil, lequel s'engage à reprendre tout bénéficiaire de la protection temporaire qui entre ou séjourne irrégulièrement sur le territoire d'un autre État membre (112).

Les bénéficiaires de la protection temporaire peuvent exercer une activité salariée ou non salariée (113), mais les États membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'Union et des États membres de l'Espace économique européen, et aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier qui bénéficient d'allocations de chômage (114). Sur ce point, les intéressés sont moins bien traités que les réfugiés, mais sensiblement comme les bénéficiaires de la protection subsidiaire.

b) *Le droit au regroupement familial*

Les bénéficiaires de la protection temporaire peuvent, au titre du regroupement familial, se faire rejoindre par «[leur] conjoint ou [leur] partenaire non marié engagé dans une relation stable, [leurs] enfants mineurs célibataires ou [ceux] de [leur] conjoint» – mais non ceux de leur partenaire, puisque la directive ne le précise pas –, à la condition que ces membres de sa famille «nécessitent une protection» (115). Ce droit peut être étendu à «d'autres parents proches qui vivaient au sein de l'unité familiale au moment des événements qui ont entraîné l'afflux massif, [...] qui étaient alors entiè-

à l'engorgement du rôle du Conseil d'Etat et aux risques d'abus, la Cour estime que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition». Cette observation doit aussi valoir pour les procédures d'asile, même s'il ne s'agit pas d'une obligation découlant explicitement de la Convention de Genève ou d'un autre instrument international puisque l'article 6 de la CEDH n'est pas applicable à la procédure de détermination de la qualité de réfugié ni, *a fortiori*, de toute autre procédure d'asile.

(112) *Ibid.*, art. 11.

(113) *Ibid.*, art. 15.

(114) *Ibid.*, art. 12. L'Espace économique européen (EEE) comprend les États membres de l'Union européenne ainsi que l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.

(115) *Ibid.*, art. 15.

rement ou principalement à la charge du requérant» et qui rencontreraient «des difficultés extrêmes si le regroupement ne se réalisait pas». Les membres de la famille bénéficiant du regroupement familial reçoivent un titre de séjour «au titre de la protection temporaire», ce qui implique qu'il a la même durée que le titre de séjour du bénéficiaire principal de la protection.

En cette matière, on constate que la protection temporaire donne plus de droits que la protection subsidiaire, qui ne permet pas de bénéficier du regroupement familial. Cette différence de traitement, difficilement compréhensible compte tenu du caractère éminemment provisoire de la protection temporaire, constitue une sorte de discrimination défavorable au détriment des bénéficiaires de la protection subsidiaire, comme d'autres qui ont été analysées plus haut à propos de la comparaison entre le statut de réfugié et celui de la protection subsidiaire (116).

Conclusion : Les perspectives d'évolution et leurs dangers

La politique d'asile de l'Union européenne est encore en pleine phase de définition. Certes, des instruments existent déjà et d'autres doivent encore intervenir dans les mois et les années qui viennent.

Il s'agit d'aller toujours dans le sens d'une plus grande harmonisation des politiques nationales, afin de créer un «espace commun» dont on peut craindre qu'il ne se construise pas au bénéfice des personnes ayant besoin d'une protection contre les risques qu'elles courent dans leur pays. En effet, en couplant systématiquement les politiques d'asile et d'immigration et en considérant que l'immigration constitue un danger et non une chance pour l'Europe et ses États membres, les institutions communautaires – qui sont, en cette matière comme dans beaucoup d'autres les porte-parole des États membres et de leurs différences – sont conduites à avoir une approche éminemment restrictive de l'asile.

(116) Pour une comparaison entre les trois statuts (réfugié, protection subsidiaire et protection temporaire), voir : Julien-Laferrière F., «Le statut des personnes protégées», *in* De Bruycker Ph. et Urbano de Sousa C. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 195.

Ce droit – qui constitue le dernier recours ouvert aux victimes de persécutions ou de violations des droits de l'homme – n'est plus vraiment considéré comme tel. Le droit d'asile est emporté par la tourmente de la fermeture des frontières européennes à l'immigration économique, voire familiale. Ce qu'exprime la formule dont le ministre français de l'intérieur, Nicolas Sarkozy, revendique la paternité : une «immigration choisie» et non une «immigration subie». Car les demandeurs d'asile ne sont pas choisis; leurs demandes sont subies et, partant, elles doivent être examinées non à l'aune du besoin de protection du demandeur, mais à celle du besoin de main d'œuvre des États européens. Ce qui légitime les mesures restrictives, dont la présente étude n'a donné qu'une vision rapide et incomplète. Ce qui justifie, aussi, l'assimilation de la politique d'asile à la politique d'immigration, bien que les deux problématiques soient de nature différente. L'immigration est le fait de personnes qui, quelle que soit leur situation matérielle, peuvent toujours se réclamer de leur pays d'origine et souhaitent – la plupart du temps sans succès – trouver en Europe des conditions de vie plus favorables ou plus dignes. Les demandeurs d'asile, quant à eux, se trouvent en danger immédiat pour leur vie ou leur liberté et ne peuvent plus se placer, pour faire valoir leurs droits, sous la protection de leur pays d'origine. Ils doivent, pour survivre, obtenir une protection de substitution. Or, précisément, la politique d'asile que définit l'Union européenne, depuis moins d'une décennie, ne permet pas de répondre à ce besoin de protection ou, du moins, pas dans son intégralité. De plus, certaines mesures, telles que le recours à la notion de «pays tiers sûr», tendent à faire prendre en charge les demandes adressées aux États européens par les États tiers, plus proche des pays d'origine et, dans la très grande majorité des cas, plus pauvres que les pays européens.

La manifestation la plus éclatante de cette «politique de non-asile» consiste en ce qu'il est convenu d'appeler l'«externalisation» de la politique européenne d'asile. Lancée en 2003 par le premier ministre britannique, Tony Blair, qui proposait d'installer hors d'Europe des centres de transit pour y renvoyer tous les demandeurs d'asile arrivant sur le territoire d'un État membre, l'idée a été officiellement reprise l'année suivante au sommet de La Haye (117)

(117) Communication de la Commission du 14 juin 2004, «Améliorer l'accès à des solutions durables», COM (2004) 410.

et a commencé à recevoir un début d'application, au début de juin 2005, avec la décision des instances de l'Union européenne, d'instaurer «un dialogue et une coopération avec la Libye sur les questions d'immigration» (118).

Concrètement, les étrangers qui parviendraient sur le territoire de l'Union et y formuleraient une demande d'asile seraient transférés sur le territoire d'un pays tiers – en l'occurrence, la Libye, mais il peut aussi s'agir du Maroc, de la Tunisie ou de tout autre pays de «transit» courant – en attendant que leur demande soit examinée par les instances compétentes des États membres. Ce qui, en cas de rejet, permettrait de les renvoyer plus facilement vers leur pays d'origine, déchargerait les États membres du poids de l'exécution des mesures d'éloignement et aurait donc, suppose-t-on, un «effet dissuasif». En somme, les pays extérieurs à l'Union européenne, par lesquels les demandeurs d'asile parviennent jusqu'au territoire européen, joueraient le rôle de «zones d'attente» et d'exécutants des décisions prises par les États membres.

Les tragiques événements de septembre 2005, aux frontières entre l'Union européenne et le Maroc dans les villes-enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla (119), et la découverte, en mars 2006, d'une nouvelle voie d'accès à l'Union, au large des îles Canaries depuis les côtes mauritaniennes, montrent les dangers que comporterait la réalisation d'un tel projet.

Il serait temps que les autorités communautaires et nationales abordent la question de l'asile, non plus sous un angle restrictif et de police, mais dans une optique d'ouverture et de respect des droits de l'homme. Il ne suffit pas de proclamer que l'on applique les instruments relatifs aux droits de l'homme pour que cela devienne une réalité. L'Europe n'a rien à gagner à rejeter à la mer – au sens propre comme au sens figuré – ceux qui frappent à sa porte pour lui demander protection. C'est le respect des droits de l'homme qui a fait sa grandeur; c'est l'apport de cultures et de civilisations

(118) Voir : FERRÉ N., «La Libye pour «externaliser» le droit d'asile de l'UE?», *Le Monde*, 20 juillet 2005.

(119) Sur ces événements et leurs conséquences sur l'exercice du droit d'asile, voir notamment l'excellente note d'Amnesty International – Section française, du 7 octobre 2005, *Les États membres de l'Union européenne menacent l'intégrité du dispositif international de protection des réfugiés*, AISF, *Bulletin d'information*, XXX 00/000/2005.

étrangères qui a fait sa richesse. Sa fermeture sur elle-même et son approche purement utilitariste du phénomène des migrations ne pourront que conduire à son affaiblissement et à la perte de son rayonnement dans le monde.

PARTIE IV

Détention, renvoi et droits fondamentaux des migrants

Detention, Removal and Human Rights of Migrants

LA DÉTENTION DES ÉTRANGERS ET LES DROITS DE L'HOMME

PAR

CATHERINE TEITGEN-COLLY (1)

PLAN

I. – LA DÉTENTION DES ÉTRANGERS : UN RÉGIME D'EXCEPTION LÉGAL FONDÉ SUR LE PRINCIPE DE SOUVERAINETÉ NATIONALE 574

A. – *La mise en détention des étrangers : un régime d'exception* 575

1. La banalisation de la privation de liberté 576

2. La notion de privation de liberté 580

B. – *La détention des étrangers : une exception légale fondée sur le principe de souveraineté nationale* 585

1. Le principe de souveraineté nationale 585

2. Les situations protégées 587

II. – LA DÉTENTION DES ÉTRANGERS : UN RÉGIME DE DROIT DICTÉ PAR LE PRINCIPE D'UNIVERSALITÉ DES DROITS DE L'HOMME 593

A. – *Les conditions de fond de la mise en détention* 594

1. Condition de légalité 594

2. Condition de régularité 598

a) Les motifs de privation de liberté 598

b) La durée de la privation de liberté 603

B. – *Les garanties de l'étranger détenu* 607

1. Les garanties de procédure 607

a) Le droit à l'information 608

b) Le droit à la protection juridictionnelle 609

c) Le droit à réparation 613

2. L'encadrement des conditions de la détention 614

(1) Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

Lampedusa, Guantanamo, Abou Ghraib, plates-formes aériennes de la CIA..., autant de lieux de détention qui, pour le premier, stigmatise les graves dérives du contrôle migratoire et les atteintes portées au droit d'asile, tandis que les autres renvoient à une barbarie et un déni d'humanité qui désormais se donnent à voir dans toute leur cruauté – noms que l'histoire gardera en mémoire sans doute comme l'une des plus graves défaites morales des démocraties. Malgré tout ce qui les distingue – motifs et modes d'enfermement, personnes visées (migrants, prisonniers de guerre...) – ces lieux de détention ont en commun de concerner les étrangers, soit qu'il s'agisse de lieux institués spécialement dans le cadre du contrôle migratoire (comme les centres de rétention dont Lampedusa n'est qu'un exemple), soit qu'il s'agisse de lieux de détention les regroupant à titre principal dans un contexte de guerre (base américaine de Guantanamo où furent transférés par les États-Unis leurs prisonniers de la guerre d'Afghanistan, prison d'Abou Ghraib lors de la guerre en Irak), guerres opposant à titre principal – même si l'on a compté des ressortissants américains à Guantanamo – une puissance étrangère à d'autres États. Ces détentions poursuivent en outre la même finalité préventive. La capture d'un prisonnier vise en effet non pas à sanctionner la commission d'une infraction (sauf cas particulier de crime de guerre ou autres), mais à empêcher celui qui combat de prendre part de nouveau aux hostilités. De même, la détention des étrangers dans le cadre de la politique migratoire tend à prévenir une entrée ou un séjour irrégulier ou une menace de trouble à l'ordre public.

Qu'elle s'inscrive dans un contexte de paix ou de guerre, la détention soulève pour tout État démocratique la question du respect des droits de l'homme en raison de l'atteinte qu'elle pose dans son principe même à la liberté individuelle, liberté de caractère fondamental. Son principe cependant n'est contesté ni en temps de guerre, car la guerre du moins traditionnelle postule et implique des prisonniers de guerre, ni en temps de paix, la détention restant le moyen le plus commun de sanctionner des infractions d'une certaine gravité en l'absence de réflexion vraiment aboutie sur le sens de la peine. Pour autant la détention ne saurait dans un État de droit être synonyme d'arbitraire.

Le droit international humanitaire le premier s'est attaché à la question du traitement des prisonniers de guerre et a fourni, avec

la troisième Convention de Genève du 12 août 1949 et le Protocole I de 1977, le cadre juridique actuel de leur détention en offrant un statut protecteur aux prisonniers de guerre. Plus tardivement, le droit international des droits de l'homme s'est préoccupé de la question de la détention ordinaire et s'est attaché à proscrire l'arbitraire par la définition des cas de mise en détention et par l'énoncé de garanties, dont des droits indérogeables comme l'interdiction de la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, à travers des instruments généraux à portée universelle comme le Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 (PIDCP), ou à portée régionale comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 (CEDH), la Convention américaine des droits de l'homme (CAD), la Charte africaine des droits de l'homme (CADH) ou encore par des instruments spécifiques comme la Convention des Nations unies contre la torture, la Convention européenne de prévention de la torture, la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés, la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)... Corpus de droits à la définition duquel contribuent par leurs décisions, résolutions, recommandations toute une série d'instances internationales et nationales, juridictionnelles ou non juridictionnelles, autorités publiques ou instances de protection de caractère associatif.

Dans des formulations diverses, les États parties à ces instruments ont consacré le principe d'universalité de ces droits, tantôt comme dans la CEDH en reconnaissant «à toute personne relevant de leur juridiction» (art. 1) les droits et libertés qu'elle définit, tantôt comme dans le PIDCP mais dont le champ d'application est circonscrit au territoire des États parties en s'engageant à «respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits» qu'il reconnaît «sans distinction aucune notamment de race, de couleur, de sexe ou de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune ou de naissance ou de toute autre situation» (art. 2), tantôt comme dans les Conventions de Genève de 1949 au «combattant» ou au «prisonnier de guerre», tantôt comme dans le droit interne en désignant par une formulation impersonnelle – «tout homme» ou «nul» – le titulaire des droits énoncés.

Souverains sur leur territoire, les États n'ont cependant pas entendu, en se liant internationalement ou régionalement, renoncer

à leurs prérogatives en matière de contrôle et de maîtrise de l'entrée et de séjour des étrangers sur leur territoire. Au demeurant aucun de ces instruments internationaux ne reconnaît à l'étranger un droit d'entrée et de séjour sur le territoire d'un État – même pas aux réfugiés puisque la Convention de Genève n'impose aux États parties qu'une obligation de non refoulement à leurs égards (art. 33). Dès lors, dans un contexte marqué à la fois par une volonté de meilleure maîtrise des flux migratoires et par l'exacerbation des impératifs sécuritaires du fait notamment de la montée en puissance du terrorisme international depuis le 11 septembre 2001, les États ont tous durci leurs politiques migratoires et portent un intérêt de plus en plus marqué pour un contrôle au plus près que seul un enfermement est à même à leurs yeux de garantir. La détention des étrangers est ainsi apparue comme un instrument parmi d'autres du contrôle migratoire. Si l'affirmation des souverainetés nationales conduit ainsi à un régime d'exception légal en permettant qu'il soit porté atteinte à la liberté individuelle des étrangers sur le seul fondement de leur qualité d'étranger (I), pour autant leur détention ne se situe pas en dehors du droit car le principe d'universalité des droits de l'homme soumet toute détention au respect d'un certain nombre de principes visant à exclure l'arbitraire (II). A cet égard, la détention des étrangers illustre parfaitement la contradiction intrinsèque entre le principe de souveraineté nationale et le principe d'universalité des droits, qu'Hanna Arendt a particulièrement mise en lumière (2).

I. – La détention des étrangers : un Régime d'exception légal fondé sur le principe de souveraineté nationale

La détention d'un combattant ennemi n'appelle, du moins dans son principe, pas de commentaire ainsi qu'en témoigne le droit de la guerre qui focalise son attention sur les seules conditions de détention des prisonniers de guerre, celle d'un étranger dans le cadre du contrôle migratoire, même subordonnée à certaines conditions, constitue une exception au droit commun (A) qui illustre la force et la résistance du principe de souveraineté (B).

(2) Arendt H., *L'impérialisme – Les origines du totalitarisme*, Paris, Fayard, 1982.

A. – *La mise en détention des étrangers : un régime d'exception*

La place première donnée à la liberté individuelle caractérise les régimes démocratiques. Ainsi l'article 3 de la DUDH dispose que «tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne»; formule reprise et développée par l'article 9 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 (PIDCP) : «Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévue par la loi». Les instruments régionaux de protection des droits de l'homme réaffirment ce principe de liberté, telle la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) de 1950 qui stipule dans son article 5 «Droit à la liberté et à la sûreté» que : «1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales», la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH) de 1969 dans son article 7 «Droit à la liberté de la personne» que : «1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. 2. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et dans des conditions déterminées à l'avance par les constitutions des États parties ou par les lois promulguées conformément à celles-ci. 3. Nul ne peut faire l'objet d'une détention ou d'une arrestation arbitraires», ou encore la Charte africaine des droits de l'homme dont l'article 6 stipule que : «Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement». Au-delà de la souscription des États à ces instruments internationaux, leur attachement à cette liberté est attesté par sa consécration dans la plupart de leur Constitution. Ainsi tandis que la Constitution française affirme à son article 66 que : «Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi», la Constitution des États-Unis dispose dans son 5° amendement que : «no person shall be [...] deprived of life, liberty or property without due process of law». La liberté est donc la règle et la détention, l'exception.

En dépit de la généralité des termes ici employés qui révèlent l'universalité de cette liberté, s'est développée une exception – l'enfermement des étrangers. De plus en plus fréquent et systématique, cet enfermement devient un mode de gestion des flux migratoires. Les organes chargés de veiller à l'application du droit international ou interne des droits de l'homme s'attachent cependant à définir ces «maintiens», «placements», et autres «rétentions» pour ce qu'ils sont – des privations de liberté.

1. *La banalisation de la privation de liberté*

Elle s'opère de deux manières différentes. De la façon la plus classique, elle prend une forme pénale et sanctionne des infractions propres aux étrangers car liées à leur qualité même d'étrangers. Tel est le cas de la violation des règles relatives à l'entrée et séjour sur le territoire (3). Fondée sur la commission d'infractions de nature différente de celles fondant l'incarcération ordinaire, cette répression pénale, d'une part, favorise la construction d'une représentation délinquante et stigmatisante de l'étranger (4), d'autre part, – et c'est là une question au cœur du débat sur la double peine – méconnaît le sens même de la peine lorsque elle précède une mesure d'éloignement, puisque l'une des finalités de la peine est de permettre la réinsertion du condamné dans la société.

Nul doute cependant qu'au-delà de ce régime répressif, la privation de liberté la plus préoccupante car la plus nouvelle est celle qui

(3) La législation française sur les étrangers incrimine d'autres actes, comme par exemple l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier qui, si elle n'est pas nécessairement le fait d'étrangers peut l'être et donne lieu à des sanction pénales (emprisonnement d'une durée de cinq ans qui peut être aggravé jusqu'à dix ans dans un certain nombre de circonstances en vertu de l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

(4) En France, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a à cet égard invité le gouvernement à la suite d'une étude sur les étrangers en prison à améliorer la connaissance de la population pénale étrangère pour combattre le préjugé répandu et entretenu d'une population étrangère plus délinquante que la population nationale en se fondant notamment sur le fait que les étrangers commettent les mêmes infractions de droit commun que les français et dans les mêmes proportions (sauf en matière de circulation routière caractérisée par des infractions qui sont essentiellement le fait des français et en sens inverse en matière d'infractions à la législation sur les étrangers). La surreprésentation des étrangers en prison, qui ne peut être niée (ils représentaient au 1er janvier 2004, 22 % de la population carcérale, avec des pointes dans certains établissements, notamment à la Maison d'arrêt de la Santé avec une proportion de 50 % d'étrangers) et qui est en augmentation, tient à la fois à une législation sur les étrangers de plus en plus pénalisante, mais aussi au recours plus fréquent à ce type de sanction que pour les nationaux pour les mêmes infractions, ainsi qu'aux difficultés d'accès au bénéfice des alternatives à l'incarcération par aménagement des peines... «Etude sur les étrangers détenus du 18 novembre 2004», *Rapport d'activité de la CNCDH*, 2004, pp. 71-170.

s'exerce sous des dénominations diverses sur un mode administratif préventif. Cet instrument de police administrative, puisque utilisé par des autorités administratives ou policières dans un but de contrôle migratoire, s'est particulièrement développé pour devenir un instrument normal de contrôle des flux migratoires. Tandis que les motifs de détention connaissent un constant élargissement au gré d'un contrôle migratoire en expansion, les lieux où elle s'opère se diversifient et prolifèrent; de même s'allonge le temps de détention. En un mot, la détention se banalise. Le fait que cette détention ne soit pas présentée comme telle dans le cadre du contrôle des flux migratoires contribue à sa banalisation. Les mots d'enfermement, d'emprisonnement, de détention, mots qui diraient la réalité de cette privation de liberté, de la mise à l'écart encore renforcée par l'externalisation du contrôle au-delà des frontières nationales (transfert de migrants à un État tiers comme celui qu'organise l'Italie avec la Libye à partir de l'île de Lampedusa) sont écartés au profit de ceux en apparence moins contraignants de *rétention administrative*, de *placement* ou de *maintien*. De même est préféré au terme sujet à polémique de «camp» (5), ceux plus neutres de *centres de transit, points de contrôle...* soit tout un vocabulaire spécifique qui tend à l'euphémisation de la privation de liberté et occulte la réalité de ce qui reste un enfermement, lequel contribue à la représentation d'une figure particulière de l'étranger, celle d'un clandestin, d'un fraudeur («les faux demandeurs d'asile», «les faux réfugiés»), d'un délinquant, d'un terroriste (6). Tout un processus conduisant par amalgame à leur lente stigmatisation et criminalisation; représentation que nourrit une hyper médiatisation de faits souvent non mis en perspective et qui est dépourvue d'interrogation quant à la pertinence d'un régime qui reste d'exception.

A leur entrée sur le territoire, les étrangers peuvent être placés en France dans une *zone d'attente* portuaire, aéroportuaire ou ferroviaire (art. L221-1 CESEDA), en Grande-Bretagne dans un *holding centre,* en Italie dans des *centri di identificazione...*, placement visant à contrôler la régularité de leur entrée sur le territoire ou s'ils demandent d'asile – laquelle dispense d'une entrée régulière – son

(5) Voir sur ce point : RODIER C., «Derrière le mot camp», *Migreurop*, 16 novembre 2004, en ligne à : http :/terra.rezo.net; BIETLOT M., «L'Europe des camps», *Cultures et conflits*, avril 2005; «L'Europe enferme les nouveaux boat people», *Plein Droit*, n° 62 : «Expulser», octobre 2004.

(6) Sur ces confusions, voir : COLVILLE R., «Des mots et des images», *Réfugiés*, 2006.

caractère non manifestement infondé. Les étrangers séjournant sur le territoire peuvent également être privés de liberté en cas de reconduite à la frontière notamment pour entrée ou séjour irrégulier ou en cas d'expulsion pour menace grave à l'ordre public quand ils ne peuvent quitter immédiatement le territoire (art. L.551-1 CESEDA). Des centres spécifiques ont été ouverts à cette fin : centres de rétention administrative en France, centre de détention en Allemagne, centres fermés en Belgique...

Aux États-Unis, la mise en détention des étrangers s'est radicalement transformée en vingt ans, notamment du fait de *l'Immigration Reform and Immigrant Responsability Act (IIRIRA)* [Pub. L. N° 104-208, 110 Stat. 3009 (1996)] qui a réformé en 1996 l'*Immigration and Nationality Act (INA)* [(1997)8 USC (1998)] et étendu les cas de détention. L'entrée sans papier constitue le premier motif de détention et concerne même les demandeurs d'asile, le Service d'immigration et de naturalisation (*Immigration and Naturalization Service – INS*) considérant la détention nécessaire à l'endiguement des flux d'immigrants. Le second motif tient à la commission d'infractions dont la liste a été élargie en 1996 à des crimes non violents, crimes commis dans un temps éloigné ou pour lesquels aucun jugement n'a été rendu et qui lorsqu'elles sont le fait d'étrangers fondent leur détention. La détention peut durer plusieurs mois ou plusieurs années dans l'attente de la détermination d'un statut ou de leur renvoi, voire, jusqu'à une décision récente de la Cour suprême (*infra*), de manière illimitée. En novembre 2000, 20000 étrangers étaient ainsi détenus (pour 8200, trois ans plus tôt) dans trois types de lieux : les *government-owners Service Processing Centers (SPC)* gérés par l'INS, des lieux privés de détention, enfin les prisons nationales, locales ou de comté dans lesquelles l'INS réserve des places au gré des besoins, prisons où les étrangers ne sont pas mieux traités que les prisonniers ordinaires, voire même plus rigoureusement car fréquemment l'objet de fouilles corporelles et de mise à l'isolement prolongé pour des infractions mineures à des règles ignorées.

Un pays d'immigration comme l'Australie a de même institué depuis 1994 un système de détention qui s'est constamment renforcé en même temps qu'il se privatisait fin 1997 (7). Ceux qui arri-

(7) Le Pallec E., «La criminalisation des réfugiés en Australie», *Plein Droit*, décembre 2003. Un rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire de la Commission des droits de

vent sans visa préalable et demandent un permis de séjour (pour la majorité une demande d'asile) sont directement placés en centre de détention pour une durée illimitée jusqu'au traitement de leur demande de visa (procédures d'appel comprises). En novembre 2001, 2098 personnes, dont 400 enfants, étaient détenues dans des centres éloignés et 486, dont 153 enfants, en centres urbains, pour une durée pouvant varier de six mois à plus de deux ans. Le gouvernement a en outre cherché à mettre à distance les migrants même demandeurs d'asile par une politique d'externalisation nommée *Pacific Solution* reposant sur des accords avec les gouvernements de Républiques appauvries du Pacifique, l'île de Nauru et la Papouasie Nouvelle-Guinée, au terme desquels en échange de rétributions financières, des centres de détention ont été ouverts sur leur territoire pour y maintenir les migrants désireux de solliciter le séjour en Australie (8). Les critiques formulées notamment par le HCR ont toutefois conduit à une légère amélioration du système.

La pratique des camps de rétention s'est également développée dans des États qui jusque là restaient à l'écart des mouvements migratoires. L'exemple de Malte, confronté depuis cinq ans à une augmentation spectaculaire du nombre des migrants et tenu en application du Règlement Dublin II de traiter les dossiers de ceux qui parmi eux sont demandeurs d'asile est particulièrement significatif (9). Mettant en avant ce contexte migratoire, la spécificité du pays (petite taille, situation géographique) mais aussi les nécessités de l'ordre public (10), le gouvernement maltais a également mis en place une politique systématique d'enfermement illimité puisque

---

l'homme des Nations Unies dénonce le traitement des demandeurs d'asile dans les camps australiens, 24 octobre 2002. Gérés par une compagnie de services pénitentiaires privée, l'*Australasian Correctional Management (ACM)*, filiale d'une compagnie américaine, les centres ont été installés à l'écart de toute vie urbaine – celui de Woomera, construit en 1999, désormais vide, est situé en plein désert, à 595 km au nord d'Adélaïde.

(8) Après l'affaire du Tampa en 2001, navire que l'Australie refusa de laisser accoster pour débarquer les 433 personnes à bord, la plupart originaires d'Afghanistan, qu'il avait sauvé du naufrage et qui furent finalement transférées vers l'île de Nauru pour y être détenues en attendant le traitement de leur demande d'asile.

(9) RODIER C. et TEULE C., «L'enfermement des étrangers : l'Europe sous la menace du syndrome maltais», *Cultures et conflits : «l'Europe des camps»*, avril 2005.

(10) En réponse aux critiques formulées par M. Alvaro Gil Roblés, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans son rapport rédigé à l'issue de sa visite à Malte en 2004, le gouvernement maltais observait que «si les 2000 personnes entrées irrégulièrement à Malte au cours des deux dernières années avaient été immédiatement relâchées, elles auraient causé des perturbations sur le marché du travail et des problèmes importants quant à leur hébergement», cité par RODIER C. et TEULE C., «L'enfermement des étrangers : l'Europe sous la menace du syndrome maltais», *op. cit.*

non encadrée par un texte et qui concerne sans distinction le migrants et les demandeurs d'asile. Y sont même maintenues dans l'attente d'un lieu d'hébergement qui puisse les accueillir des personnes dont la demande d'asile a été acceptée et qui ont obtenu un statut de réfugié ou le plus souvent un statut humanitaire. Répondant à une situation conjoncturelle, cette politique de détention poursuit aussi une finalité dissuasive.

2. *La notion de privation de liberté*

Si il est ignoré de la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'homme et des Constitutions des États, l'internement des étrangers constitue une hypothèse de privation de liberté expressément envisagée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) puisque parmi les six cas de privation de liberté qu'elle retient à l'article 5-1, al. a) à f) figure : «l'arrestation ou la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours» (art. 5-1, f). Ce particularisme explique qu'alors que les instances chargées de veiller au respect des divers instruments internationaux se bornent à n'y opposer aucune objection de principe, la Cour européenne a été conduite à préciser ce qu'il fallait entendre par «privation de liberté». Les premières décisions l'amenant à expliciter le sens de cette notion et à la distinguer de simples restrictions à la liberté d'aller et venir ne concernaient cependant pas des mesures d'éloignement des étrangers. Ainsi dans la décision *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980 relative à une assignation à résidence pendant un an et demi dans une île au large de la Sardaigne de «mafiosi présumés», la Cour juge qu'entre la privation de liberté qui relève de l'article 5 de la Convention et les restrictions de liberté qui obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4, il existe «une différence de *degré* et d'*intensité* et non de *nature* ou d'*essence*». Il faut en conséquence pour déterminer si une personne est privée de liberté au sens de l'article 5 analyser «la situation concrète» en prenant en compte «un ensemble d'éléments tels que *la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée*» (11). En l'espèce, elle conclut à la privation de liberté au

(11) CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1989, Série A, n° 39.

vu d'«éléments combinés et cumulés», comme le faible espace de liberté consenti (une petite fraction d'une île malaisée pour les déplacements), l'absence de contacts sociaux autres qu'avec les autres personnes assignées et leurs gardiens, le contrôle strict des déplacements et communications téléphoniques et la durée de l'assignation à résidence. De même elle a analysé le voyage sous escorte policière d'un étranger expulsé comme une détention au sens de l'article 1-5 f) (12); en revanche elle a jugé que l'assignation à résidence à Stockholm d'un étranger obligé de se présenter trois fois par semaine aux services de police et soumis à autorisation pour tout changement de résidence ou de travail ne comportait pas des restriction d'une gravité suffisante pour constituer une privation de liberté (13).

L'affaire *Amuur c. France* a fourni à la Cour la première occasion de se prononcer sur la détention aux fins de contrôle migratoire, précisément sur le maintien pendant vingt jours dans la zone de transit de l'aéroport d'Orly de vingt-deux Somaliens dont onze enfants en provenance de Syrie ou d'Egypte et demandeurs d'asile. Alors que saisi d'une requête en référé, le Tribunal de grande instance de Créteil avait conclu à «une privation arbitraire de liberté constitutive d'une voie de fait» – le maintien à l'époque ne faisait l'objet d'aucune réglementation réelle – et ordonné en conséquence leur élargissement, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, sensible aux arguments du gouvernement français relatifs aux «conditions matérielles satisfaisantes du séjour dans la zone», à son «caractère ouvert vers l'extérieur laissant toute liberté de la quitter», enfin au fait que selon la jurisprudence de la Cour *Kolompar c. Belgique* du 24 septembre 1992 (14), les requérants étaient mal fondés à «se plaindre valablement» d'une situation qu'ils avaient provoqué par leur obstination à pénétrer sur le territoire français malgré le refus opposé par le gouvernement, devait conclure que «si compte tenu de sa durée, le maintien ne se différenciait pas d'une détention, en revanche le degré de contrainte exigé pour qualifier la mesure comme une privation de liberté faisait défaut» (15). Après avoir souligné qu' «assurément» un tel maintien

(12) ComEDH, *X et Y c. Suède*, 7 octobre 1976, *Décisions et Rapports*, n° 7, p. 123.
(13) ComEDH, *Nezmi Aygün c. Suède*, 9 octobre 1989, *Décisions et Rapports*, n° 63, p. 195.
(14) CEDH, *Kolompar c. Belgique*, 24 septembre 1992, Série A, n° 235.
(15) ComEDH, n° 19776/92, 18 octobre 1993, Rapport du 10 janvier 1995.

«comporte une restriction à la liberté, mais ne saurait être assimilé en tous points à celle subie dans les centres de rétention d'étrangers en attente d'expulsion ou de reconduite à la frontière» (§43), la Cour à l'unanimité fut d'avis contraire et jugea, après avoir écarté l'argument d'extraterritorialité de la zone internationale et retenu l'application du droit français (§53) que le maintien des intéressés dans cette zone «en raison des restrictions subies équivalait à une privation de liberté» (16).

Pour ce faire, elle a examiné conformément à sa jurisprudence *Guzzardi* les conditions concrètes du maintien, et précisément trois éléments : *la durée de ce maintien, le contrôle du juge judiciaire* et *l'absence d'assistance juridique et sociale*. La durée du maintien est le premier élément pris en compte car si il «se prolonge d'une manière excessive, [il] risquerait de transformer une simple restriction à la liberté en privation de liberté». La Cour cependant ne détermine pas cette durée mais souligne qu'«il faut tenir compte, à cet égard, du fait qu'une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays» et relève qu'en l'espèce le maintien a duré vingt jours, soit une durée égale à celle ayant conduit le Conseil constitutionnel français à censurer l'atteinte portée à la liberté individuelle par une loi visant à l'époque des faits à réglementer le maintien dans de telles zones. Le deuxième élément a trait au contrôle du juge. Si la Cour note à cet égard que si la décision de maintien «incombe par la force des choses aux autorités administratives ou policières, la prolongation de celui-ci nécessite le contrôle non tardif du juge, gardien traditionnel des libertés individuelles». Or en l'espèce, ni la durée ni la nécessité du maintien ne firent avant [dix sept jours] l'objet d'un contrôle judicaire. Enfin, et c'est là le troisième élément, elle relève l'absence totale d'assistance juridique et sociale. S'agissant de demandeurs d'asile, «avant tout et surtout un tel maintien ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination de la qualité de réfugié»; or en l'espèce les demandeurs furent renvoyés en Syrie aussitôt après la décision leur refusant l'admission sur le territoire sans qu'ils aient pu saisir l'autorité

(16) CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, p. 848; KAZATCHKINE N., «Observations», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, p. 655.

compétente pour se prononcer sur leur qualité de réfugié. Plus largement, elle souligne la surveillance policière stricte et constante dont ils ont fait l'objet tout au long de ce maintien et l'absence de toute assistance pour accomplir les formalités de demande du statut de réfugié politique – une association humanitaire les a mis en contact avec un avocat seulement au bout de quinze jours. Enfin, la Cour rejette comme non pertinent l'argument selon lequel l'ouverture de la zone vers l'extérieur interdirait de conclure à la privation de liberté dans la mesure où une telle «faculté» de quitter la zone d'une part, «ne saurait en elle même «exclure une atteinte à la liberté», d'autre part, n'est que l'expression du droit pour toute personne de quitter tout pays, enfin revêt un «caractère théorique», dans la mesure où elle est tributaire de l'acceptation de l'étranger par un autre État. Sans doute la Cour n'a pas été insensible dans cette décision à l'évolution ultérieure de la législation française qui s'était efforcée depuis de réglementer le maintien conformément aux exigences de l'article 5 puisqu'elle fait état «des progrès du droit français depuis l'époque des faits». L'on relèvera que par cette jurisprudence, la Cour se fonde sur le régime juridique de l'enfermement – l'absence de garanties – pour conclure à l'existence d'une privation de liberté. *A contrario* un enfermement assorti de telles garanties ne serait pas paradoxalement constitutif d'une privation de liberté au sens de la convention ce qui témoigne somme toute d'une conception peu exigeante de la liberté individuelle. Une autre affaire montre cependant plus de réalisme mais aussi de rigueur de la part de la Cour. Elle juge en effet que le maintien par la police des frontières de deux ressortissants libyens dans la zone internationale de l'aéroport de Varsovie constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 en se fondant d'une part sur la durée du maintien – «un séjour effectif de quatorze jours» dans la zone, d'autre part, la présence d'une surveillance permanente des gardes frontières – les requérants «n'étant pas libres de leurs mouvements et devant rester à la disposition des autorités polonaises» (17).

L'interprétation de la notion de privation de liberté retenue par la Cour européenne dans l'arrêt *Amuur* rejoint celle donnée de la liberté individuelle par le Conseil constitutionnel français en février 1992 précisément à propos de la loi française qui s'efforçait alors

(17) CEDH, *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et 45357/99 (Sect. 3), 27 novembre 2003.

d'institutionnaliser le maintien des étrangers dans la zone internationale des aéroports jusque là réalisé en dehors du droit. La Cour se réfère d'ailleurs expressément dans sa décision *Amuur* à cette décision par laquelle le Conseil, qui n'est pas juge de la conventionalité de la loi (18), ne se prononce donc pas sur sa conventionalité par rapport à l'article 5 de la CEDH, mais sur sa seule conformité à l'article 66 de la Constitution qui a le même objet : la protection de la liberté individuelle. Considérant que le principe de liberté individuelle affirmé par cet article n'empêche pas le législateur de «fixer des modalités d'intervention de l'autorité judicaire différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle» et qu' en particulier «il a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et de venir et une décision qui a seulement pour effet d'entraver sensiblement cette liberté» (19), le Conseil juge alors, comme la Cour en 1996, qu'*a priori* le maintien en zone d'attente doit être distingué de la rétention administrative car «il ne revêt pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention» et considère qu'au regard des conditions du maintien – maintien sur décision administrative pendant vingt jours avec prolongation possible pendant dix jours supplémentaires sur décision du juge administratif – ce maintien «en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution». La liberté individuelle se définit par ces deux critères que la Cour européenne met davantage en exergue dans sa décision précitée *Shamsa c. Pologne* de 2003 que *Amuur c. France* de 1996; critères qui témoignent, au-delà de l'identité conceptuelle des deux cours suprêmes, du jeu de miroir désormais classique qui s'opère entre elles.

(18) Conseil constitutionnel, Décision n° 74-75 DC du 15 janvier 1975, IVG, *Recueil* 19.
(19) Conseil constitutionnel, Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Recueil* 46.

B. – *La détention des étrangers : une exception légale fondée sur le principe de souveraineté nationale*

1. *Le principe de souveraineté nationale*

La faculté largement admise d'enfermement des étrangers pour le seul motif qu'ils sont étrangers trouve son fondement dans le principe de souveraineté nationale. Les instances nationales et internationales l'indiquent plus ou moins nettement. Ainsi la Cour suprême des États-Unis a dès la fin du XIX^e^ siècle jugé sur le fondement de l'article 1 de la Constitution qui donne au Congrès la compétence pour établir une règle uniforme en matière de naturalisation qu'il appartenait à celui-ci ainsi qu'à l'Exécutif de fixer les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire; cette compétence pour refuser l'entrée de certains étrangers constituant «un acte fondamental de souveraineté» (20) et étant inhérent à la doctrine des pleins pouvoirs. Quant à leur détention dans le cadre de ces lois sur l'immigration, elle était analysée comme le prolongement de cette compétence en matière migratoire, et partant comme «un attribut fondamental de souveraineté du gouvernement» conduisant la Cour à ne pas émettre d'opposition à l'allongement de la durée de la détention au-delà des quatre-vingt-dix jours légaux, sans garantie d'être entendu, sur simple décision de l'*Attorney General* (*Shaughnessy v. United States*, 345 US, 1953), ni même, à sa non limitation dans le temps (jusqu'à une date récente, *infra*), la Cour jugeant les garanties prévues par les 5° et 6° amendements applicables seulement à une procédure pénale et non à des mesures civiles comme celles prises dans le cadre de la politique de l'immigration (21).

De son côté le Conseil constitutionnel français, alors qu'il affirmait le principe d'universalité des droits de l'homme en évoquant en 1990 les droits fondamentaux «reconnus à tous ceux qui résident

(20) US Supreme Court (SC), *Chae Chan Ping v. United States*, 130 US, (1889). Voir sur cette question : Cook Capitaine V., «Life In Prison Without a Trial : The Indefinite Detention of Immigrants In the United States», *Texas Law Review*, février 2001; Makki B., «The United Supreme Court Holds Indefinite Detention of Deportable Aliens to be unconstitutional : Where Do They Go from Here?», *University Detroit Mercy Law Review*, Spring 2002.

(21) US Supreme Court, *Fong Yue Ting v. United States*, 149 US 698, 730 (1893), jurisprudence constante, voir : SC, *Browning-Ferris Ind. of Vt. Inc. v. Kelco-Disposal Inc.*, 492 US 257, 263 (1989).

sur le territoire de la République» (33° cons.) (22), formule mettant sur un pied d'égalité le national et l'étranger sur le territoire, a rapidement limité la portée d'une telle assertion, d'abord en relevant en 1992 à propos de la loi légalisant le maintien en zone d'attente des étrangers que «l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle; qu'au nombre de ces derniers figurent aussi bien le droit d'asile que la liberté individuelle» (8° cons.); puis, en marquant le caractère déterminant de la distinction du national et de l'étranger pour juger en 1993 qu'«aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national» (2° cons.) et reconnaître compétence au législateur «s'agissant des mesures applicables à l'entrée des étrangers» pour «décider que les modalités de mise en œuvre des objectifs qu'il s'assigne notamment en matière d'ordre public, reposeront soit sur des règles de police spécifiques aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit sur une combinaison de ces deux régimes» (4° cons.) (23). Comme l'observe D. Lochak, «le vieux principe de la souveraineté étatique demeuré intact vient relativiser les droits et libertés dont peuvent se réclamer les étrangers sur le territoire d'un État qui n'est pas le leur» (24).

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme, qui il est vrai y était invitée par la formulation claire de l'article 5-1 f), a affirmé clairement dans ses décisions «le droit indéniable» des États de «contrôler souverainement l'entrée et le séjour sur leur territoire» et rattache comme le prévoit l'article 5-1 f) la détention des étrangers à ce pouvoir souverain des États en matière migratoire. Ainsi dans sa très importante décision *Chahal c. Royaume-Uni* où était en jeu la sécurité nationale, elle considère la détention en vue d'expulsion comme un mode normal du contrôle migratoire lorsqu'elle précise que :

> «la disposition de l'article 5-1 f) n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement

(22) Décision n° 89-269 du 22 janvier 1990.

(23) Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *Recueil* 24.

(24) Lochak D., «L'étranger et les droits de l'homme», *Mélanges Charlier : Service public et Libertés*, Ed. de l'Université et de l'enseignement des temps modernes, Paris, p. 626.

nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir [...] à cet égard, cet article 5-1 f) ne prévoit pas la même protection que l'article 5-1 c) [relatif à la détention provisoire dans le cadre d'une d'infraction pénale]» (25).

De même, elle observe à propos du maintien en zone internationale que : «assorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet, un tel maintien n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux» et relève «le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration» (26). En dépit du silence du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) sur la détention des étrangers, le Comité des droits de l'homme a également admis la privation de liberté en étendant l'application de l'article 9 relatif à la liberté individuelle aux affaires relatives au contrôle de l'immigration.

2. *Les situations protégées*

La force du principe de souveraineté est telle qu'aucune des situations pourtant protégées, comme celles de demandeur d'asile ou de mineur, ne constitue un obstacle de principe à leur mise en détention. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de *réfugié* prenant acte de la difficulté pour ceux qui fuient leur pays du fait de la persécution d'être pourvus des documents nécessaires à l'entrée sur le territoire d'un autre pays a institué une immunité pénale en leur faveur en stipulant à son article 31, al. 1 que :

«les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales du fait de leur entrée ou séjour irrégulier aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie était menacée [...] entrent ou se trouvent sur le territoire sans autorisation sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière».

Si elle limite la souveraineté pénale des États, cette immunité n'affecte en revanche pas leur souveraineté territoriale puisqu'elle ne confère pas un droit d'entrée à ces réfugiés ceux-ci bénéficiant seulement du principe de non refoulement inscrit à l'article 33. La

(25) CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni,* 15 novembre1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, fasc. 22.

(26) CEDH, *Vilvarajah c. Royaume-Uni,* 30 octobre 1991, Série A, n° 215, p. 34, §102, également CEDH, *Amuur c. France,* 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions,* 1996-III.

délicate conciliation qu'opère la convention de Genève entre le respect de la souveraineté des États et les exigences de protection des demandeurs d'asile – car même si elle ne vise que les réfugiés, ces dispositions sous peine d'être privées de sens visent évidemment les demandeurs d'asile – est confirmée par la disposition relative à leur liberté de circuler. L'article 31, al. 2 stipulant que :

> «les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut des réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé et qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays».

Si s'appuyant sur cet article 31 et sur l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme selon lequel le droit de chercher asile est un droit de l'homme, le comité exécutif du Haut commissariat de Nations Unies pour les réfugiés (COMEX) a, dans les *Lignes directrices sur les critères applicables à la détention des demandeurs d'asile* adoptées en 1999, posé le principe que les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus, il a consacré sa Conclusion n° 44 à leur éventuelle détention en soulignant qu'elle peut être qualifiée de «restriction nécessaire» au sens de l'article 31, al. 2 le temps de la détermination de l'identité du demandeur (mais en aucun cas tout au long de la procédure de détermination) ou pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public (lorsque un demandeur a des antécédents criminels ou lorsque, d'évidence, son admission sur le territoire est susceptible de poser un problème au regard de l'une ou l'autre) (27). La conclusion précise cependant qu'elle ne doit pas être automatique, et qu'en outre une politique de détention visant à dissuader de futurs demandeurs d'asile ou à inciter des demandeurs à retirer leur requête n'entre pas dans le champ des «restrictions nécessaires», pas plus que l'invocation de l'urgence liée à l'arrivée massive de demandeurs ne saurait justifier leur placement dans des camps fermés, du moins – et la nuance n'est pas négligeable – s'il ne s'accompagne pas d'une recherche immédiate de solutions.

Les autres instances internationales ou régionales n'ont pas non plus trouvé dans la Convention de Genève matière à s'opposer à tout maintien en détention des demandeurs d'asile à l'entrée sur le territoire et précisément pour s'assurer du caractère non manifeste-

(27) Conclusion n° 44 (XXXVII) COMEX du HCR relative à la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés (1986).

ment infondée de leur demande. Ainsi le Comité des droits de l'homme, saisi d'un contentieux concernant au premier chef l'application de l'article 9 du PIDCP par l'Australie en raison de l'extrême sévérité de sa politique en matière d'asile, rejette l'idée que la détention d'un demandeur d'asile serait en soi arbitraire ou qu'il existerait une règle de droit international coutumier qui rendrait toute détention de ce type arbitraire (28). En Europe, au-delà des recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relatives aux *Lignes directrices devant inspirer la pratiquer des États à l'égard de des demandeurs d'asile dans les aéroports européens* en vertu desquelles «la demande doit être examinée avec toute la diligence requise pour ne pas prolonger le maintien du requérant à l'aéroport au-delà du temps strictement nécessaire au traitement d'une telle demande» (29) et le rappel ultérieur des limites du recours à la détention (30), ou encore de celle de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe *sur l'arrivée des demandeurs d'aile dans les aéroports européens* qui préconise de meilleures conditions d'accueil et invite à définir notamment la durée maximale du maintien (31), la Cour européenne des droits de l'homme n'en conteste pas davantage le principe ainsi qu'en témoigne sa décision précitée *Amuur c. France*. Ce sont en effet alors les modalités du maintien dans la zone de transit de l'aéroport d'Orly qui fondent sa censure et non son principe; elle confirme d'ailleurs son absence d'objection de principe à un tel maintien par le brevet de conventionalité qu'elle donne à la loi française adoptée en juillet 1992, soit postérieurement à sa saisine. De son côté, l'Union européenne a adopté une directive le 1er décembre 2005 dite *procédure de demande d'asile* (32) qui comporte un article 18 intitulé de façon significative «Placement en rétention» qui certes énonce un principe de non rétention des demandeurs d'asile en disposant dans son alinéa 1er que «les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile», mais qui en réalité

(28) CDH, *A c. Australie*, Comm. n° 560/1993, 30 avril 1997, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, point 9.4, à propos d'un ressortissant cambodgien arrivé avec vingt-cinq autres ressortissants à bord d'un bateau pour demander l'asile en Australie où il a été détenu pendant quatre ans.

(29) Recommandation R (94) 5 du 21 juin 1994.

(30) R (98)15 du 15 décembre 1998.

(31) Recommandation 1475 (2000).

(32) Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi ou de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *JOCE*, 2005, L 326, p. 13.

l'autorise *a contrario* pour tout autre motif, hypothèse que confirme l'alinéa 2 qui s'attache aux conditions d'une telle rétention pour préciser alors simplement que «lorsqu'un demandeur est placé en rétention, les États membres veillent à prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide».

La situation n'est guère différente ailleurs. Confronté en 1992 à la question de la constitutionnalité de la loi autorisant le maintien en zone d'attente de l'étranger «pendant le temps strictement nécessaire son départ et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée», le Conseil constitutionnel, rappelant que le droit des États de définir les conditions d'admission sur son territoire s'exerce «sous réserve des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle» au nombre desquels «figurent aussi bien le droit d'asile que la liberté individuelle», a au nom du premier assorti d'une réserve d'interprétation la disposition législative précitée concernant le maintien en zone d'attente des demandeurs d'asile et censuré au nom de la seconde les modalités de ce maintien (*infra*). S'appuyant sur l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame le droit d'asile ainsi que sur les lois et conventions internationales assurant sa mise en œuvre, au premier chef la convention de Genève «dont les stipulations font obstacle à ce que les documents [relatifs à l'objet et aux conditions du séjour] puissent être exigées des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugié politique», le Conseil a en l'espèce déduit qu'«un étranger qui sollicite son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates que s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée» (33). Cependant l'essor des flux migratoires et la crainte récurrente de «faux demandeurs d'asile» a conduit à une pratique ne prenant pas en compte cette réserve et qui, s'en tenant au texte même de la loi, maintient les demandeurs d'asile en zone d'attente non pas parce que leur demande est manifestement infondée, mais le temps de procéder à son examen pour savoir si elle est ou non manifestement infondée.

(33) Conseil constitutionnel, Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Recueil* 46.

Aux États-Unis (34), à partir des années 1980, la détention des demandeurs d'asile jusque là exceptionnelle puisque ne concernant que ceux susceptibles de se soustraire à la justice et ceux dont la liberté de circuler pouvait être contraire à la sécurité nationale, est devenue, avec l'afflux massif et soudain de demandeurs d'asile cubains (125000 en quelques mois) et haïtiens, le principe pour tout étranger dépourvu de titre pour entrer. Pour la première fois dans l'histoire des États-Unis, la mise en détention s'est ainsi généralisée avec l'administration Reagan pour devenir un instrument de lutte contre l'immigration illégale, les autorités américaines espérant que cette mise en détention quasi systématique dissuaderait les immigrants de venir en les empêchant du fait de leur détention d'exercer un emploi. La loi IIRIRA de 1996 a cependant modifié cette situation par une réforme des procédures visant à filtrer les arrivées le plus en amont possible en permettant aux inspecteurs de l'immigration à l'issue d'un examen lors du débarquement de décider du renvoi immédiat de ceux sans documents et qui ne demandent pas l'asile, soit 4000 personnes par mois, ce qui a pour effet de limiter la mise en détention. Ceux qui demandent l'asile – environ 200 par mois – sont alors placés en détention et doivent à l'issue d'un second entretien avec un officier de l'asile établir des craintes réelles de persécution, 20 % n'y parviennent pas. Le temps de l'examen de ces demandes accru par d'éventuels recours juridictionnels peut toutefois conduire à une durée de détention de plusieurs mois. L'Australie a de même systématisé à des fins volontairement dissuasives la pratique de la détention des demandeurs d'asile et obtenu le résultat escompté puisque ce ne sont plus 12400 demandeurs d'asile qui sont venus y chercher asile comme en 2001, mais en 2005 «un filet d'eau» de 3200 personnes (35). Les conditions de ces détentions dénoncées devant le Comité des droits de l'homme ont nourri une très grande part du contentieux onusien lequel a forcé à des évolutions. Ainsi en juin 2005 les familles avec enfants ont été admises à vivre hors des camps de détention et en mars 2006 une enquête sénatoriale sur la gestion et la mise en œuvre de la loi sur l'immigration a également recommandé l'adoption d'une série de mesures pour améliorer le système en vigueur et notamment la limitation de

(34) PISTONE M.R., «Justice Delayed Is Justice Denied : A Proposal for Ending the Unnecessary Detention of Asylum Seekers», *Harvard Human Rights Journal*, Spring 1999.

(35) COLVILLE R., «Des mots et des images», *op. cit.*

la période obligatoire de détention des demandeurs d'asile à quatre-vingt-dix jours.

La qualité de *mineur* ne protége pas non plus d'une mise en rétention. Ainsi la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) stipule dans son article 3 que :

> «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

Mais elle n'en exclut pas la possibilité puisqu'elle stipule dans son article 37 que :

> «Les États parties veillent à ce que [...] nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire; l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible».

De son côté, le Comité des droits de l'homme n'y voit pas un motif de violation du Pacte sur les droits civils et politiques dès lors que la détention est conforme à la législation du pays dit d'accueil et satisfait aux conditions posés par l'article 9 (*infra*). Ainsi à propos de la mise en rétention au Pays-Bas pendant onze mois dans un établissement ouvert d'un mineur ivoirien, de surcroît demandeur d'asile, le Comité, après avoir relevé que «la mise en rétention de mineurs ne constitue pas en soi une violation du Pacte», qu'elle est expressément prévue par la législation néerlandaise laquelle exige qu'elle soit *nécessaire*, *utile* et *raisonnable*, enfin qu'elle est «appliquée de manière très restreinte» aux Pays-Bas, s'attache aux faits de l'espèce et conclut à la non violation du Pacte (36). La plupart des États ont ainsi déterminé par la loi les conditions de mise en détention des mineurs et y recourent de manière courante. A titre d'exemple, en 2005, 401 mineurs dont 259 isolés ont été maintenus en France dans la zone d'attente de l'aéroport de Roissy qui draine la quasi totalité des arrivées sur le territoire, chiffre qui traduit pour les mineurs isolés une augmentation de 17 % par rapport à 2004. 55 % des mineurs ont été finalement refoulés. On relèvera qu'un certain nombre d'acteurs institutionnels et associatifs se sont prononcés pour l'entrée immédiate des mineurs isolés demandeurs d'asile et leur non détention pour

(36) CDH, *Jalloh c. Pays Bas*, Comm. n° 794/1998, 15 avril 2002, UN Doc. CCPR/C/74/D/794/1998.

cause d'immigration (37). La directive de l'Union européenne relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile écarte implicitement cette idée en définissant dans son article 19 les modalités de placement des mineurs non accompagnés à leur arrivée à la frontière (38).

Si les exigences de souveraineté fondent ainsi un régime spécifique de détention des étrangers reposant sur leur seule qualité d'étrangers, le principe d'universalité des droits commande en revanche que leur détention obéisse à un certain nombre de règles communes à l'étranger et au national. Pour être ainsi spécifique dans son principe et banalisée dans sa pratique, la détention des étrangers reste donc encadrée par le droit

II. – La détention des étrangers : un régime de droit dicté par le principe d'universalité des droits de l'homme

Visant «tout individu» ou «toute personne», sans distinction par conséquent selon l'origine nationale, les articles 9 du PIDCP et 5 de la CEDH mais aussi ceux des droits nationaux relatifs à la liberté individuelle commandent que le national comme l'étranger soient protégés des arrestations et détentions arbitraires, c'est-à-dire que leur soit garanti le droit à la sûreté. Au regard du champ d'application presque universel du PIDCP, les décisions du Comité des droits de l'homme qui veille à son application revêtent un intérêt majeur; mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'ayant un champ d'application plus retreint mérite aussi une attention particulière pour sa richesse et l'autorité juridictionnelle qui s'attache à ses décisions. Les instances nationales, notamment les cours constitutionnelles ont développé également des jurisprudences convergentes de sorte que l'on assiste sinon à l'émergence d'un droit commun, du moins à l'affirmation de principes

(37) Déclaration de bonnes pratiques établie dans le cadre du Programme en faveur des enfants séparés en Europe par le HCR et l'organisation internationale Save the Children, Avis de la CNCDH 21 septembre 2000, 24 avril 2003, 29 juin 2006 (§56) et «Etude sur l'exercice du droit d'asile en France», CNCDH, juillet 2006.

(38) Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *JOCE*, 2003, L 31, p. 18.

communs gouvernant la détention des étrangers révélatrice de leur circularité entre ces diverses instances.

Attachant un prix particulier à la sûreté, les instruments tant internationaux que nationaux de protection des droits de l'homme subordonnent toute décision de privation de liberté à des conditions de fond pour empêcher l'arbitraire dans la mise en détention (A), ils offrent par ailleurs des garanties à l'étranger placé en détention (B).

A. – *Les conditions de fond de la mise en détention*

Au terme de l'article 9-1 du PIDCP, la détention d'une part, ne doit pas être «arbitraire», d'autre part, elle ne peut être intervenir que «pour des motifs, et conformément à la procédure prévue par la loi»; de son côté l'article 5-1 de la CEDH stipule que la privation de liberté ne peut intervenir «sauf dans les cas suivants et selon les voies légales», et précise pour chacun des cas qu'elle énonce que la détention doit être «régulière». En dépit de leur formulation différente, cette double condition de légalité et de régularité fait l'objet d'interprétations convergentes des organes de contrôle de ces instruments.

1. *Condition de légalité*

La condition de légalité de la détention impose qu'elle repose sur une base légale en droit interne. Pour la Cour européenne il s'agit là d'une exigence de conformité aux normes nationales tant de fond que de procédure (39); en conséquence le contrôle de la privation de liberté «incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux». Cependant le droit interne doit lui même «être conforme à la Convention, y compris aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle», aussi dans la mesure où «la méconnaissance du droit entraîne celle de la convention [...], la Cour peut et doit exercer un certain contrôle». Dans la mesure où la Convention est le seul instrument qui énonce des cas de privation de liberté, la Cour s'assure en particulier que la mise en détention entre bien dans l'un des six cas visés à l'article 5-1 – cette liste étant une «liste limitative [...] d'exceptions appelant une interprétation étroite» (40). Si le PIDCP ne précise pas les cas ou motifs de priva-

(39) CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, Série A, n° 33.
(40) *Ibid.*

tion de liberté, le Comité des droits de l'homme, qui admet la détention des étrangers à des fins de contrôle migratoire, exige conformément à l'article 9 du Pacte qu'elle ne soit pas arbitraire, ce qui implique qu'elle repose en droit interne sur une base légale – ainsi il relève que la mise en rétention au Pays-Bas d'un mineur ivoirien demandeur d'asile est conforme à la loi néerlandaise sur les étrangers qui permet la détention des immigrés en situation illégale et expressément celle des mineurs (41).

L'expression «selon les voies légales» n'est pas comprise par la Cour européenne comme l'exigence d'une loi formelle autorisant la privation de liberté; il suffit d'un texte quelconque – décret ou même simple circulaire – analyse que ne partagent pas la plupart des droits nationaux. Ainsi en France, le Conseil constitutionnel en vertu de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 66 de la Constitution juge que la rétention administrative des étrangers «ne peut intervenir que dans les cas et sous des formes et conditions strictement définies par le législateur» (42) et lui impose d'exercer sa compétence, sans y renoncer ni expressément, ni implicitement «par voie de dispositions trop générales ou imprécises» La souplesse de la Cour européenne en matière de légalité formelle est néanmoins compensée par des exigences sur le plan de la légalité matérielle. Les respect des «voies légales» suppose aussi «la qualité de la loi», ce qui signifie pour la Cour que la loi doit être «compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention» (43). A la base de cette expression se trouve «la notion de procès équitable et adéquate, l'idée que toute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire» (44).

Cette qualité de la loi s'apprécie concrètement du triple point de vue de son accessibilité, de sa précision et de sa prévisibilité (45), ce

(41) CDH, *Jalloh c. Pays Bas,* Comm. n° 794/1998, 15 avril 2002, UN Doc. CCPR/C/74/D/794/1998.

(42) Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration, Recueil* 24.

(43) CEDH, *Amuur c. France,* 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions,* 1996-III.

(44) CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas,* 24 octobre 1979, Série A, n° 33.

(45) CEDH, *Malone c. RU,* 2 août 1984, Série A, n° 82. Egalement : CEDH, *Amuur c. France,* 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions,* 1996-III où la Cour note que pareille qualité implique que la loi nationale autorisant la privation de liberté soit «suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire».

qui a conduit la Cour à juger dans l'arrêt *Amuur c. France* que le maintien de demandeurs d'asile somaliens dans la zone de transit de l'aéroport de Paris Orly n'était pas conforme à l'article 5 de la Convention. Le décret et la circulaire qui l'autorisaient ne constituaient pas à ses yeux «une loi» d'une «qualité suffisante» car elle :

> «ne permettait pas au juge judiciaire de contrôler les conditions de séjour des étrangers, ni, au besoin, d'imposer à l'administration une limite à la durée du maintien litigieux, et ne prévoyait un accompagnement juridique humanitaire et social ni ne fixait les modalités et les délais d'accès à une telle assistance afin que soient assurés les démarches des demandeurs d'asile» (46).

Parce que le juge judicaire n'est intervenu qu'au bout de dix-huit jours de maintien, que ce maintien a duré vingt jours et qu'un avocat n'est entré en contact avec les intéressés pourtant demandeurs d'asile qu'au seizième jour de leur maintien dans la zone de sorte qu'ils n'ont pas bénéficié d'un véritable accompagnement, la Cour conclut à la violation de l'article 5. Elle a de même conclu que le maintien dans la zone de transit de l'aéroport de Varsovie de ressortissants libyens n'était pas, faute de base légale suffisante, conforme à l'article 5 en raison de sa durée – au delà des quatre-vingt-dix jours prévus par la législation polonaise – cette durée étant de surcroît indéterminée et imprévisible, et de l'absence de toute autorisation de l'autorité judiciaire (47). Ainsi trois conditions sont exigées pour qu'une détention ne soit pas arbitraire : un contrôle de l'autorité judicaire, une limitation de la durée de la détention, l'existence d'un accompagnement juridique, humanitaire et social. On relèvera la place faite à la garantie judiciaire au sein de la condition légale; une garantie judiciaire généralement exigée par les droits nationaux.

Ainsi en France, le caractère non arbitraire de la privation de liberté d'un étranger est subordonné par le Conseil constitutionnel (48), en vertu de l'article 66 de la Constitution, à un contrôle du juge judiciaire dont les modalités peuvent varier «selon la nature et la portée des mesures» en cause, mais qui doivent être «appropriées», c'est-à-dire permettre au juge judiciaire «d'exercer la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent», notamment le pouvoir «d'apprécier de façon concrète la nécessité de la

(46) CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-III, §53.
(47) CEDH, *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et 45357/99 (Sect. 3), 27 novembre 2003.
(48) Conseil constitutionnel, Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Recueil* 46.

mesure». Ce contrôle du juge judiciaire qui doit être «effectif» doit intervenir aussi «dans le plus court délai possible». Tel n'est pas le cas d'un contrôle au bout de vingt jours de placement en zone d'attente, mais tel est le cas d'un contrôle au bout de 48 heures d'un tel placement (49) ou d'une décision de rétention administrative liée à une mesure d'éloignement (50).

En concluant dans la précédente décision *Amuur* que «le système juridique français à l'époque des faits n'a pas garanti de manière suffisante le droit des requérants à leur liberté», la Cour indique l'exacte dimension du contrôle qu'elle opère : d'une part c'est du système français de demande d'asile à la frontière dont elle se fait juge et dont elle entend fixer les contours afin d'assurer un exercice effectif du droit d'asile, d'autre part, c'est un contrôle de proportionnalité auquel elle se livre puisque seules des garanties «suffisantes» peuvent justifier les atteintes qu'un État peut, au nom de sa lutte contre l'immigration clandestine, porter à la liberté individuelle. Elle relève en effet à cet égard «l'importance fondamentale» que revêt l'exigence de qualité de la loi autorisant la privation de liberté «dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique d'immigration des États» (§50). Cette condition de proportionnalité entre l'atteinte portée à la liberté individuelle et le but poursuivi, à savoir ici le contrôle de l'immigration clandestine, d'autant plus important en l'espèce qu'est en cause le droit d'asile, révèle un certain chevauchement de la condition de légalité et celle de régularité dans le contentieux européen. Chevauchement que confirme, en même temps que l'extrême assouplissement de la condition légale lorsque des impératifs d'ordre éminemment politique sont en cause, le constat que «la livraison d'un fugitif résultant d'une coopération entre États ne constitue pas en tant que telle, une atteinte à la légalité d'une l'arrestation» dès lors que dans le cadre de cette coopération, l'État territorial a donné son accord et que l'État partie à la convention a respecté son droit interne (51).

(49) Conseil constitutionnel, Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Recueil* 42.

(50) Conseil constitutionnel, Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Recueil* 45.

(51) CEDH, *Ocalan c. Turquie,* n° 46221/99, 12 mars 2003, à propos de l'arrestation du chef du PKK de Turquie par des agents turcs au Kenya; également le cas de «Carlos», CEDH, *Illich Sanchez Ramirez c. France,* 24 juin 1996, n° 28780/95.

2. *Condition de régularité*

La condition de régularité de la privation de liberté est exigée tant par la Cour européenne sur le fondement de l'article 5 – elle s'assure à ce titre de la «conformité de la privation au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire» (52) – que par le Comité des droits de l'homme qui s'est attaché à définir la notion d'arbitraire ou encore par les instances nationales, notamment les cours constitutionnelles. Les motifs et la durée de la détention sont ici essentiels.

a) *Les motifs de privation de liberté.*

La régularité implique d'abord pour la Cour européenne que la détention entre dans l'un des six motifs énoncés à l'article 5. Parce que l'article 5-1 f) vise les procédures «en cours», la privation de liberté peut intervenir dès qu'une procédure d'éloignement est en cours sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'édiction de la mesure d'éloignement (53). En outre, le retrait ou l'annulation de la mesure d'éloignement ne prive pas rétroactivement cette privation de liberté de base légale (54), sauf «si les autorités avaient dès le départ conscience de transgresser la législation en vigueur et en particulier si leur décision initiale se trouvait entachée de détournement de pouvoir» (55) car le motif de la détention doit effectivement être en adéquation avec le motif légal invoqué. Ainsi, la détention par la France d'un ressortissant italien pendant une nuit pour l'expulser vers un pays tiers l'envoyant ensuite dans son pays d'origine où il est recherché, ce afin de surmonter l'échec d'une procédure d'extradition lié à l'avis défavorable de la Chambre d'accusation, constitue un détournement de procédure et une violation de l'article 5 qui a valu à la France sa première condamnation par la Cour de Strasbourg (56). Il en va de même de l'arrestation par la police belge et

(52) CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, CEDH 2002-I.

(53) ComEDH, *Lynas c. Suisse*, 6 octobre 1976, *Décisions et Rapports*, n° 6, p. 141 ; ComEDH, *Caprino c. Italie*, 3 mars 1978, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 225.

(54) *Ibid.* et CEDH, *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, Série A, n° 111.

(55) CEDH, *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, Série A, n° 111.

(56) *Ibid.* Cette analyse avait été partagée par les juges français. Sur cette jurisprudence, voir notre étude : «L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme», *in* FULCHIRON H., *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999.

la détention dans un centre de transit fermé de plusieurs dizaines de familles slovaques d'origine tzigane qui avaient répondu à une convocation que leur avaient adressée les autorités de police afin de compléter leur demande d'asile. Pour la Cour, si la police peut légitimement user de stratagèmes afin par exemple de mieux déjouer des activités criminelles, elle ne peut donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter, puis de les expulser. Jugeant que la rédaction de la convocation n'étant pas le résultat d'une inadvertance, mais voulue comme telle pour assurer la réussite d'un rapatriement collectif que les d'autorités avaient décidé d'organiser et que la fiabilité des documents remis par l'administration s'impose en toute hypothèse, que le séjour soit légal ou non, elle conclut :

> «Il n'est pas compatible avec l'article 5 que dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté» (57).

Au-delà de l'existence effective du motif légal invoqué pour fonder la mesure de détention, la Cour s'assure de la nécessité de la privation de liberté, c'est-à-dire recherche si les circonstances sont bien de nature à fonder tant la privation de liberté que ses modalités – en particulier sa durée et le lieu de détention. Ainsi elle a jugé à propos de la privation de liberté imposée aux étrangers dans le cadre d'une procédure d'éloignement que «si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise ou si le maintien en détention résulte de quelques abus de pouvoir, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5-1 f)» (58). Les organes de la Convention exercent un contrôle *in concreto* de la durée en prenant en considération en particulier la responsabilité qu'ont pu avoir les autorités étatiques et l'intéressé, la difficulté de l'affaire, voire «les circonstances exceptionnelles» (59). Cette analyse conduit à des solutions contrastées. Ainsi une durée de détention de deux ans et demi en vue d'une expulsion de ressortissants indiens condamnés à vingt-et-un mois d'emprisonnement et à une interdiction de territoire d'une

(57) CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, CEDH 2002-I.

(58) Circonstances tenant ici aux exigences de la sécurité nationale, le gouvernement britannique voulant expulser le requérant, ressortissant indien d'origine sikh en raison de ses activités terroristes notamment au Pendjab, CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, fasc. 22; voir également : CEDH [GC], *Slivenko c. Lettonie*, 9 octobre 2003, CEDH 2003-XI.

(59) CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, fasc. 22.

durée indéterminée pour avoir aidé d'autres personnes à passer illégalement la frontière tchèque a été considérée à la lumière des circonstances de l'espèce comme ne pouvant passer pour raisonnable au regard de l'article 5-1 f), les autorités nationales n'ayant pas fait preuve de la diligence requise dans la conduite de l'opération d'expulsion en cause (60). En revanche, «eu égard aux circonstances exceptionnelles et à la nécessité de procéder à l'examen minutieux des griefs du requérant» ainsi qu'à «l'importante garantie contre l'arbitraire» résultant de l'examen par un comité de hauts magistrats du risque sérieux présenté par le requérant pour la sécurité nationale, la détention au Royaume-Uni, pendant six ans, d'un ressortissant indien séparatiste sikh – détention qui était intervenue dans le cadre d'une procédure d'expulsion pour des motifs de sécurité nationale (aide apportée aux terroristes du Pendjab, organisation d'attentats terroristes en Inde et au Royaume-Uni, pressions exercées sur la communauté sikh) – n'a pas été jugée excessive, toutefois d'autres violations de la Convention ont été retenues par la Cour (*infra*) (61).

Si comme la Cour européenne, le Comité des droits de l'homme n'entend pas l'interdiction de la détention *arbitraire* énoncée à l'article 9 du Pacte comme une interdiction seulement de celle qui serait «contraire à la loi», il semble cependant plus restrictif quant aux motifs de mise en détention en interprétant *arbitraire* comme visant «notamment ce qui est inapproprié et injuste» (62), ou encore une détention «qui ne serait pas nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves», là où la Cour européenne estime sur le fondement de l'article 5-1 f) que toute mesure d'éloignement est de nature à fonder la mise en détention d'un étranger (63). Ainsi, le comité relève, à propos de la détention au Canada pendant neuf ans d'un ressortissant iranien qui y avait été reconnu réfugié en 1992 mais avait fait l'objet un an plus tard d'une décision d'expulsion au vu de ren-

(60) CEDH, *Singh c. République tchèque*, n° 60538/00, 25 janvier 2005.

(61) CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, fasc. 22 : violation des articles 5-4 (droit à un tribunal) et 13 (droit à un recours effectif) au vu de la composition du comité de hauts magistrats paradoxalement considérée précédemment comme une «importante garantie».

(62) CDH, *Van Alphen c. Pays Bas*, Comm. n° 305/1988, 23 juillet 1990, point 5.8.

(63) Dans la décision *Chahal c. RU* précitée, la Cour européenne estime qu'une mesure d'éloignement d'un étranger constitue un motif suffisant pour décider de sa mise en détention (*supra*).

seignements des services secrets révélant son activité terroriste, qu'un placement en détention pour des motifs liés à la sécurité nationale – dont la réalité avait été attestée par deux ministres – ne constitue pas *ipso facto* une détention arbitraire incompatible avec l'article 9, §1 (64). De même n'est pas jugée arbitraire car répondant à la condition de nécessité, la mise en rétention dans un établissement ouvert, d'un mineur ivoirien demandeur d'asile au Pays-Bas pendant une période de temps limitée à onze mois jusqu'à l'issue de la procédure administrative le concernant au motif qu'il s'était soustrait à l'exécution de la mesure d'expulsion prise à son encontre, qu'il y avait une incertitude sur son identité et que l'on pouvait «raisonnablement» penser qu'il serait expulsé puisque l'enquête visant à établir son identité se poursuivait, enfin la rétention des étrangers est placée au Pays-Bas sous le contrôle de tribunaux qui sont habilités à revoir la mesure dans l'intérêt de l'étranger, tribunaux dont il note qu'ils exercent en pratique ce contrôle (65). De même ne présente pas de caractère arbitraire la détention en Australie d'une durée de sept mois d'un ressortissant afghan dont l'identité avait été estimée non claire, qui a finalement obtenu un visa de protection «même si elle a peut-être effectivement duré plus qu'il n'était souhaitable» (66). Par ailleurs, si certains facteurs comme le risque de fuite et le manque de coopération peuvent à ses yeux justifier la détention pendant une période donnée en cas d'entrée illégale, il note qu'«en l'absence de tels facteurs, la détention peut être considérée comme arbitraire, même en cas d'entrée illégale» (67). Enfin dans le cas d'une détention provisoire liée à une infraction pénale (art. 9-3), le Comité des droits de l'homme a rappelé que «la détention avant jugement doit être l'exception et que la libération sous caution doit être accordée sauf dans le cas où le suspect risque de se cacher ou de détruire les preuves, de faire pression sur les témoins ou de quitter le territoire de l'État partie» et précisé que «le simple fait que le suspect soit étranger ne suffit pas

(64) Toutefois il conclut à la violation des articles 9, §4 et 13 lu conjointement avec l'article 7, CDH, *Mansour Ahani c. Canada*, Comm. n° 1051/20002, 14 juin 2004, UN Doc. CCPR/C/80.D/1051/2002.

(65) Le placement était pour le CDH d'autant moins *déraisonnable* qu'il y a été mis un terme lorsque la probabilité de l'expulser a disparu : CDH, *Jalloh c. Pays Bas*, Comm. n° 794/1998, 15 avril 2002, UN Doc. CCPR/C/74/D/794/1998, point 8.2.

(66) CDH, *Bakhtiyari c. Australie*, Comm. n° 1069/2002, 6 novembre 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2003.

(67) CDH, Comm. n° 692/1996, *Australie*, 11 août 1997, UN Doc. CCPR/C/60/D/692/1996.

à le maintenir en détention avant jugement»; aussi «la seule conjecture d'un État partie qui suppose qu'un étranger risque de se soustraire à sa juridiction s'il est libéré sous caution ne justifie pas de faire exception à la règle énoncé au §3 de l'article 9» (68).

Cette conception plus stricte des motifs de détention va dans le sens de la Résolution 200/21 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies sur la détention des demandeurs d'asile qui encourage les États «à adopter d'autres modalités que la détention» pour ces demandeurs ou encore de la Convention internationale des droits de l'enfant qui stipule dans son article 37, b) que la détention d'un enfant doit «n'être qu'une mesure en dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible» tandis que le Pacte sur les droits civils et politiques fait par son article 24 obligation aux États parties de prendre les mesures de protection qu'exige la condition du mineur. Ainsi le Comité des droits de l'homme, à propos du placement en rétention d'un ivoirien demandeur d'asile, a pris note de l'explication des Pays-Bas selon laquelle la mise en rétention des mineurs y est appliquée de manière très restreinte et conclu que l'État n'avait pas failli à son devoir d'assurer les mesures de protection exigées par la condition de mineur au vu des circonstances particulières de l'espèce, à savoir l'incertitude pesant sur son identité, sa tentative de se soustraire à une mesure d'expulsion, la probabilité d'une nouvelle expulsion, enfin la poursuite de l'enquête visant à établir son identité (69). En revanche, le maintien pendant deux ans et huit mois dans un centre de détention pour immigrants afin d'expulser cinq enfants nés entre 1989 et 1998 et leur mère, qui se disait ressortissante afghane, maintien jusqu'à ce que le tribunal aux affaires familiales siégeant en formation plénière juge en juin 2003 qu'il était compétent pour prendre des décisions sur les questions relatives aux bien-être des enfants et ordonne leur remise en liberté à titre provisoire, n'ayant «pas été guidé par l'intérêt supérieur des enfants» constitue une vio-

(68) CDH, *M et B. Hill c. Espagne*, Comm. n° 526/1993, 23 juin 1997, UN Doc. CCPR/C/59/D/526/1993, violation en l'espèce de l'article 9, §3 pour l'arrestation en Espagne de deux britanniques soupçonnés d'avoir lancé un projectile incendiaire dans un bar espagnol, l'État n'ayant pas indiqué le moindre élément étayant cette crainte, ni les raisons pour lesquelles le risque de les voir quitter le territoire ne pouvait être écarté en fixant une somme appropriée pour la caution et en imposant d'autres conditions à sa libération.

(69) CDH, *Jalloh c. Pays Bas*, Comm. n° 794/1998, 15 avril 2002, UN Doc. CCPR/C/74/D/794/1998.

lation par l'Australie de l'article 24, §1 du Pacte (70). Le CDH ajoute par ailleurs que si «il ne peut conclure que l'État partie a agi de façon arbitraire quand il a considéré qu'il n'y avait pas lieu de réunir la famille» au stade où l'État partie l'a décidé, il relève en revanche à propos du maintien de la décision de l'expulser avec ses enfants alors qu'il n'était pas prévu d'expulser son époux qui avait engagé des actions devant les tribunaux nationaux, que :

> «compte tenu des circonstances particulières de l'espèce à savoir le nombre et l'âge des enfants, notamment d'un nouveau né, de l'expérience traumatisante vécues par madame B et ses enfants pendant une longue période dans une centre de détention pour immigrants en violation de l'article 9 du Pacte, les difficultés auxquelles Mme B et ses enfants devraient faire face s'ils étaient renvoyés au Pakistan [en réalité leur pays d'origine] sans M. B. et le fait que l'État partie n'invoque aucun argument pour justifier une expulsion dans ces circonstances[...]expulser Mme B et ses enfants sans attendre que les actions engagées par M. B. aient fait l'objet d'une décision définitive constituerait une immixtion arbitraire dans la famille des auteurs en violation de l'article 17 et du §1 de l'article 23 du Pacte».

b) *La durée de la privation de liberté*

La nécessité de la détention s'apprécie aussi dans la durée. Le groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire estime pour sa part qu'«un délai maximum doit être prévue par la loi, la rétention administrative ne pouvant en aucun cas être illimitée ou d'une durée excessive» (71). Pour ne pas être qualifiée d'arbitraire, la détention ne doit pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle l'État peut fournir une justification appropriée. Ainsi le Comité des droits de l'homme a jugé à propos du maintien en détention par l'Australie pendant quatre ans d'un ressortissant cambodgien arrivé avec vingt-cinq compatriotes à bord d'un bateau pour y demander l'asile, que :

> «toute décision de maintenir une personne en détention devrait être réexaminée périodiquement de manière à pouvoir évaluer les motifs justifiant la détention et qu'en tout état de cause, celle-ci ne devrait pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle l'État peut fournir une justification appropriée» (72).

---

(70) CDH, *Bakhtiyari c. Australie*, Comm. n° 1069/2002, 6 novembre 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2003.

(71) Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, *Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, annexe II b, délibération n° 5 sur la situation des immigrants et des demandeurs d'asile*, 28 décembre 1999, p. 29.

(72) CDH, *A c. Australie*, Comm. n° 560/1993, 30 avril 1997, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993.

En l'espèce la violation de l'article 9 était établie, l'Australie n'ayant invoqué aucun motif propre au requérant pouvant justifier ces quatre ans de détention au cours desquels il avait été transféré à plusieurs reprises d'un centre de détention à l'autre. De même en va-t-il d'une détention pendant près de deux ans dans un centre de détention pour immigrés d'un requérant kurde de nationalité iraquienne et de son fils, tous deux demandeurs d'asile, l'État partie n'ayant pas démontré que compte tenu du temps écoulé et des considérations telles que les affres d'une détention prolongée pour un fils ou le fait que durant la période considérée l'Australie n'avait apparemment pas renvoyé d'Iraquiens (73). De même, compte tenu du temps écoulé et des faits intervenus (difficultés d'ordre psychiatrique causées directement selon les experts psychiatres par la détention), les raisons données par l'Australie pour justifier la détention pendant deux ans d'un ressortissant iranien, chrétien assyrien, demandeur d'asile ayant finalement obtenu à sa seconde demande le statut de réfugié, ne constituent pas des justifications d'un tel maintien en détention.

En l'espèce, le Comité précise l'étendue de son contrôle en indiquant que l'État partie :

> «n'a pas prouvé que, compte tenu des circonstances particulières de l'auteur, il n'existait pas de moyens moins contraignants de réaliser les mêmes objectifs, c'est-à-dire le respect de la politique d'immigration de l'État partie, en lui imposant par exemple l'obligation de se présenter aux autorités, le dépôt d'une caution ou d'autres condition, qui tiendraient compte de la détérioration de son état de santé».

Il conclut que :

> «dans ces circonstances, quelles qu'aient été les raisons de la détention initiale, la prolongation de la détention aux fins d'immigration pendant plus de deux ans sans justification individuelle et sans aucune possibilité de réexamen judiciaire est arbitraire et constitue une violation de l'article 9, §1» (74).

De même observe-t-il que l'État partie n'a pas montré que :

> «dans les circonstances particulières, il n'existait pas de moyen moins invasif de parvenir aux mêmes fins, à savoir respecter les politiques de l'État relatives à l'immigration, par exemple en imposant une obligation de se présenter aux autorités, en exigeant des garanties ou par d'autres mesures» (75).

---

(73) CDH, *Baban c. Australie*, Comm. n° 1014/2001, 18 septembre 2003, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001.

(74) CDH, *MC c. Australie*, Comm. n° 900/1999, 13 novembre 2002, UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999.

(75) CDH, *Baban c. Australie*, Comm. n° 1014/2001, 18 septembre 2003, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001.

Ou encore, à propos de la rétention dans un centre de détention pour immigrants pendant deux ans et dix mois d'une mère et pendant deux ans et huit mois de ses cinq enfants jusqu'à leur remise en liberté sur ordre provisoire du juge aux affaires familiales il juge que :

> «quelque soit le motif qui a pu justifier le placement en détention – vérification d'identité et autres – l'État partie n'a pas montré que la détention se justifiait pour une aussi longue période; ni que compte tenu en particulier de la composition de la famille, il n'existait pas d'autres moyens moins contraignants d'obtenir le même résultat, c'est-à-dire le respect de sa politique d'immigration en lui imposant par exemple de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une caution ou d'autres conditions, qui auraient tenu compte des circonstances particulières de la famille» (76).

En bref, le Comité apprécie, au terme d'un contrôle *in concreto,* la *proportionnalité* de la mesure.

Cette analyse est également partagée par un certain nombre d'instances nationales. Ainsi le caractère non arbitraire de la rétention administrative des étrangers résulte pour le Conseil constitutionnel français dès sa première décision relative à la police des étrangers en 1980 du fait qu'elle ne peut intervenir, selon la loi qui l'institue alors pour la première fois, qu'«en cas de nécessité» (77). Se livrant ensuite à «un contrôle strict de proportionnalité» (78), il censure en 1986 la prolongation décidée par le législateur de la durée de la rétention administrative de trois jours supplémentaires, prolongation touchant «indistinctement tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière» au motif que «une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public sans porter atteinte à la liberté individuelle» (79). Confirmant une nouvelle fois cette condition de nécessité de la rétention, c'est à nouveau une censure qu'il prononce en 1993 dans les mêmes termes et pour les mêmes motifs à propos de la prolongation de la rétention administrative que la nouvelle loi avait tenté de réinstituer, sans s'arrêter au fait qu'elle en réduisait le champ d'applica-

(76) CDH, *Mansour Ahani c. Canada*, Comm. n° 1051/20002, 14 juin 2004, UN Doc. CCPR/C/80.D/1051/2002.

(77) Conseil constitutionnel, Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Recueil* 42.

(78) Genevois B., «L'entrée de étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles», *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 195.

(79) Conseil constitutionnel, Décision n° 86-213 DC du 3 sept. 1986, *Recueil* 135.

tion puisqu'elle ne devait concerner que les étrangers n'ayant pas présenté de documents de voyage (80). En revanche, il ferme les yeux sur l'abandon par la loi nouvelle de la condition antérieurement posée d'un *titre exceptionnel* pour justifier la prolongation ainsi que sur la substitution à la condition de *nécessité absolue* jusque là exigée pour toute rétention administrative une simple *nécessité.* Sans doute non insensible à la durée de la rétention administrative dans les autres États européens, il a manifesté une tolérance encore plus grande en ne censurant pas l'allongement considérable de la durée de la rétention – 32 jours maximum – par la loi du 20 novembre 2003 au vu des garanties l'assortissant et au prix d'une réserve d'interprétation selon laquelle «l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient» (81).

De son côté, mettant fin à plus d'un siècle d'une jurisprudence extrêmement restrictive au terme de laquelle un certain nombre de protections constitutionnelles, notamment le *judicial review* ou le *due process* ne s'appliquaient pas aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et placés en détention au motif que cette matière était civile et non pénale (*supra*), la Cour suprême américaine a du évoluer du fait de la ratification par les États-Unis du PIDCP en 1992 condamnant la détention arbitraire et imposant le *judicial review* à toute détention, mais aussi parce que la dynamique des droits de l'homme à l'œuvre imposait une interprétation plus conforme à la lettre des 5° et 14° amendements lesquels prévoient des garanties notamment le *due process of law* pour tout type de détention et sans distinction selon les personnes détenues. Ainsi a-t-elle a censuré le caractère indéterminé de la durée d'une détention décidée dans l'attente de l'exécution d'une mesure d'éloignement et considérée que si une loi permettait une détention indéterminée dans sa durée, une telle mesure poserait un sérieux problème de constitutionnalité (82). Cependant le *Patriotic Act* a autorisé

(80) Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration, Recueil* 24.

(81) Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003.

(82) US Supreme Court, *Zadvydas v. Davis*, 533 US (2001). Voir : MAKKI B., «The United Supreme Court Holds Indefinite Detention of Deportable Aliens to be unconstitutional : Where Do They Go from Here?», *op. cit.*

après les événements du 11 septembre 2001, l'*Attorney General* à placer en détention pour une durée indéterminée tout étranger, objet d'une mesure d'éloignement non encore exécutée ou non exécutable (en l'absence de pays d'accueil), lui paraissant constituer une menace pour la sécurité nationale, la sûreté de la communauté ou de toute personne, sous réserve d'un réexamen tous les six mois de sa situation.

De même la Commission des Communautés européennes s'interrogeant à l'issue des événements du 11 septembre sur «la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection» faisait état d'un projet de loi envisageant une détention administrative illimitée des étrangers dont la présence constitue un risque pour la sécurité nationale et qui sont soupçonnés d'être des terroristes internationaux mais qui sont en vertu de l'article 3 de la CEDH interdits d'expulsion vers des pays à risque. Consciente toutefois de la violation de l'article 5 qui en résulterait car on ne pourrait dire alors qu'une telle mesure est prise en vue d'une expulsion, elle suggérait de faire jouer le droit de dérogation reconnu par l'article 15 de cette convention, non sans en rappeler les conditions (83).

B. – *Les garanties de l'étranger détenu*

Au-delà de ces conditions de fond visant à empêcher une privation de liberté qui serait arbitraire, des garanties processuelles sont données à celui qui est placé en détention et ses conditions de détention sont encadrées par le droit.

1. *Les garanties de procédure*

Les organes d'application des instruments internationaux ou nationaux ont précisé que le champ des *garanties processuelles* s'étendait plus largement que l'emploi d'un vocabulaire pénal pour définir leur champ («arrestation», «accusation») le laissait à penser et qu'elles s'appliquaient, à toute privation de liberté. Ils en ont aussi précisé le contenu.

(83) Document de travail de la Commission, COM (2001) 743 final, 5 décembre 2001.

a) *Le droit à l'information*

L'étranger privé de liberté a d'abord le droit d'être informé dans le plus court délai des raisons de sa détention (art. 9-2 PIDCP, art. 5-2 CEDH, art. 7-4 CADH). Cette information doit être complète et être donnée, ainsi que le précise la CEDH, dans une langue que la personne comprend. La Cour européenne a précisé ces exigences qu'elle a estimé satisfaites dans l'affaire précitée *Conka c. Belgique*, notamment parce que la décision prescrivant l'arrestation des demandeurs d'asile slovaques d'origine tzigane indiquait qu'elle était ordonnée en application de la loi sur les étrangers et eu égard au risque de les voir se soustraire à leur éloignement du territoire et précisait en note l'existence du recours disponible contre cette privation de liberté; en outre un interprète maîtrisant la langue slovaque était présent au commissariat de police pour donner les informations sur l'acte d'arrestation et les aider à communiquer oralement et par écrit (84). En revanche, elle a jugé excessif un délai de quatre jours après placement sous écrou extraditionnel de deux ressortissants russes d'origine tchétchène dont l'extradition était demandée à la Géorgie pour répondre de diverses infractions dont l'une était passible de la peine de mort; elle a également conclu à leur défaut d'information sur les raisons factuelles et juridiques de la détention, car même si les renseignements donnés peuvent être moins complets en cas de placement sous écrou extraditionnel (85), ceux dont avaient pu disposer les requérants résultaient de la rumeur et de la médiatisation de leur affaire et non des autorités géorgiennes qui s'étaient abstenues de leur dire qu'ils étaient détenus dans le cadre d'une procédure d'extradition, et n'avaient pas permis à leurs avocats d'avoir accès à leur dossiers d'extradition (86). Le Comité des droits de l'homme a également précisé le contenu de cette obligation en censurant la non information au moment de l'arrestation sur les raisons la motivant, le défaut d'information rapide sur les charges, l'arrestation sans mandat, et le défaut de présentation rapide à un juge après arrestation (87).

(84) CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, CEDH 2002-I.

(85) CEDH, *Bordovkiy c. Russie*, n° 49491/99, 8 février 2005.

(86) CEDH, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, 12 avril 2005.

(87) CDH, *Wilson c. Philippines*, Comm. n° 868/1999, 11 novembre 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/868/1999 : Violation des art. 9-1, 9-2 et 9-3 du PIDCP pour non information au moment de l'arrestation des raisons la motivant, défaut d'information rapide sur les charges, arrestation sans mandat, défaut de présentation rapide à un juge après arrestation.

b) *Le droit à la protection juridictionnelle*

Le droit à la protection juridictionnelle qui constitue la seconde garantie énoncée – et sans doute la principale – est consacré en des termes quasiment identiques par le PIDCP (art. 9-4) et la CEDH (art. 5-3 et 5-4). Nourrissant un abondant contentieux, ce droit est un droit de saisir un tribunal qui doit statuer sans délai sur la légalité de la détention mais doit aussi disposer du pouvoir d'ordonner la libération du détenu si la détention est illégale. Il s'agit donc d'une procédure d'*habeas corpus*. L'absence d'un tel recours constitue toujours une violation de la CEDH comme du PIDCP qui ne peut notamment pas trouver de justification dans les exigences de la sécurité nationale ou de la lutte contre le terrorisme (88). Cela dit, la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme ont été appelés à aller au-delà et à préciser les conditions de ce recours.

S'agissant en premier lieu de l'organe de recours, si le Comité des droits de l'homme exige qu'il s'agisse d'un *véritable tribunal* (89), la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve de moins de formalisme en développant une *conception autonome de la notion de tribunal* et n'exige pas que le recours soit porté devant une véritable instance juridictionnelle. Plus que la qualité de juridiction, importent les qualités de l'organisme qui statue : il doit s'agir d'un organe indépendant et impartial (90), statuant en droit dans le respect d'un certain nombre de garanties procédurales qu'elle se refuse toutefois à énumérer en considérant qu'«elles ne doivent pas nécessairement être identiques dans chaque cas» et que «pour trancher la question de savoir si une procédure offre des garanties suffisantes, il faut avoir égard à la nature particulière des circonstances dans lesquelles elle se déroule» (91). Elle indique toutefois que l'article 5-4 «commande d'une manière ou d'une autre le bénéfice d'une procédure contradictoire» (92) comprenant le droit d'être entendu par «le tribunal» ou au besoin de bénéficier devant lui

(88) CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, fasc. 22; CEDH, *Al Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, 20 juin 2002.

(89) CDH, *Bautista de Arellena c. Colombie*, Comm. n° 563/1993, 27 octobre 1995, UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993.

(90) CEDH, *Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, 20 juin 2002, où la Cour rappelle que cette condition revêt une importance fondamentale au regard du but de l'article 5 : protéger la personne contre l'arbitraire.

(91) CEDH, *de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, Série A, n° 12.

(92) CEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 octobre 1986, Série A, n° 107.

d'une certaine forme de représentation (93). Ainsi conclut-elle à la violation de l'article 5-4 dans sa décision *Chahal c. Royaume-Uni* relative à la détention pendant plus de six ans en vue de son expulsion d'un ressortissant indien de confession sikh, au motif notamment que le comité consultatif chargé de donner un avis sur les charges pesant sur lui dans le domaine de la sécurité nationale, organe d'appel de la décision d'expulsion du ministre de l'intérieur «ne peut passer pour un tribunal» du fait que le requérant n'a pu s'y faire représenter, qu'il a seulement reçu un exposé sommaire des motifs de son expulsion, que le comité n'avait pas de pouvoir de décision et que son avis n'a pas été rendu public (94).

Le recours doit par ailleurs être *accessible*, ce qui suppose que les circonstances créées par les autorités nationales ne soient pas telles qu'elles privent l'étranger d'une possibilité réaliste de l'intenter. Tel est le cas lorsque les recours disponibles figurent dans le document remis lors de leur arrestation, mais en petits caractères et dans une langue que les requérants ne comprennent pas, un seul interprète est présent pour une vingtaine de familles et seulement au commissariat non au centre de transit, aucune assistance juridique n'est prévue, ce qui a rendu vain le recours possible car il aurait été statué après l'expulsion définitive des requérants (95). On relèvera aussi que pour le comité des droits de l'homme, la garantie juridictionnelle de l'article 9, §4 implique que l'accès aux tribunaux soit permis par une assistance juridique; condition qu'il estime satisfaite dans le cas du ressortissant cambodgien précédemment évoqué détenu quatre ans à son arrivée, avec vingt-cinq autres ressortissants, à bord d'un bateau pour demander l'asile en Australie qui aurait eu droit au service de conseillers juridiques dès le jour où il a demandé l'asile s'il en avait fait la demande puisqu'il en avait été informé dans sa langue par un interprète assermenté, et qui a obtenu par la suite l'assistance d'un conseil chaque fois qu'il l'a demandé, sans, estime le Comité, que l'on puisse retenir les difficultés pratiques de l'accès à des conseils juridiques du fait de transferts répétés d'un centre de détention à l'autre obligeant le requérant à changer chaque fois de représentant (96).

(93) CEDH, *Al Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, 20 juin 2002.

(94) CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, fasc. 22.

(95) CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, CEDH 2002-I.

(96) CDH, *A c. Australie*, Comm. n° 560/1993, 30 avril 1997, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993.

Par ailleurs, si ni le PIDCP ni la CEDH ne précisent quand doit s'exercer cette garantie juridictionnelle, le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne convergent dans leur exigence d'un recours qui doit pouvoir être exercé «sans délai» (PIDCP) ou «dans un bref délai» (CEDH) (97) et d'un délai qui n'a pas à être fixé abstraitement mais s'apprécie de façon concrète «à la lumière des circonstances» (98) en prenant en compte notamment les responsabilités de chacun dans les retards pris. Sont ainsi jugés excessifs par la Cour européenne des délais successifs de trente et un jours, puis de quarante-six jours pour traiter de deux recours contre une détention en vue d'une extradition (99), *a fortiori* un délai de dix-neuf mois pour statuer sur deux demandes successives d'élargissement (100). Mais un délai trop bref peut priver le recours de toute efficacité – ainsi une ordonnance d'*exequatur* ne comportant aucune information sur les recours disponibles et qui ne pouvait être frappée d'appel que dans un délai de 24 heures (101). De son côté le comité des droits de l'homme a décidé qu'une procédure de cinq ans et deux mois et demi pour statuer sur la détention qui a duré neuf ans d'un ressortissant iranien expulsé du Canada où il avait été reconnu réfugié viole l'article 9-4 qui exige qu'il soit statué «sans délai» sur la légalité de la détention, quand bien même cette durée est en grande partie imputable au requérant qui a d'abord contesté la constitutionalité de l'attestation en cause au lieu de demander d'être entendu dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable de l'attestation fondant son expulsion selon laquelle il présenterait un danger pour la sécurité. En revanche, la possibilité de déposer une demande de remise en liberté après cent vingt jours de détention à l'issue d'une décision d'expulsion est jugée comme suffisamment immédiate pour pouvoir être considérée comme ayant été autorisée par un tribunal, il n'y a donc pas de violation sur ce point de l'article 9-4 (102). Lorsque la détention est liée à la commission

(97) Le groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire estime également que «tout demandeur d'asile ou immigrant mis en rétention doit être présenté à bref délai à une autorité judicaire ou autre», *op. cit.*

(98) CEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 octobre 1986, Série A, n° 107.

(99) *Ibid.*

(100) CEDH, *Singh c. République tchèque*, n° 60538/00, 25 janvier 2005.

(101) ComEDH, *Farmakopoulos c. Belgique*, 4 décembre 1990.

(102) CDH, *Mansour Ahani c. Canada*, Comm. n° 1051/20002, 14 juin 2004, UN Doc. CCPR/C/80.D/1051/2002.

d'une infraction pénale – hypothèse visée à l'article 5-1 c) CEDH et 9-3 du PIDCP qui est distincte du cas de détention afin d'éloignement – les textes sont plus précis quand à la mise en œuvre de la protection juridictionnelle qui doit intervenir dans *«le plus court délai»* (art. 9-3 PIDCP) (103) ou *«un délai raisonnable»* (art. 5-3 CEDH), lequel est analysé par la Cour européenne comme une obligation de présentation *«aussitôt devant un juge»*. Le délai de garde à vue doit donc être limité, et ce même pour des infractions terroristes (104).

Enfin le recours juridictionnel doit permettre au «tribunal» de *contrôler la légalité* de la privation de liberté, la légalité étant entendue au sens formel comme englobant les règles de procédure mais aussi matériel, à savoir le respect des règles de fond; la légalité s'appréciant à la fois par rapport au droit national et par rapport aux dispositions du droit international qui y ont été incorporés et donc notamment à celles du PIDCP ou/et de la CEDH. Pour le Comité des droits de l'homme :

> «les méthodes visant à assurer le contrôle par les tribunaux des décisions de détention peuvent certes différer d'un système juridique à l'autre mais ce qui est déterminant aux fins du §4 de l'article, c'est que, du point de vue de ses effets, un tel contrôle ne soit pas de pure forme. En stipulant que les tribunaux doivent être habilités à ordonner la libération d'une personne 'si la détention est illégale', le §4 de l'article 9 requiert que les tribunaux soient habilités à prendre une telle décision si la détention est incompatible avec les dispositions du §1 de l'article 9 ou de toute autre disposition du Pacte» (105).

Dès lors que l'examen judiciaire de la détention en Australie pendant quatre ans d'un ressortissant cambodgien, se limite à déterminer d'une manière formelle l'appartenance du requérant, par ailleurs de façon tout à fait évidente, à la catégorie des «personnes désignées» qui au titre de la loi sur les migrations peuvent être détenues, le Comité conclut à la violation de l'article 9-4. De même en va-t-il, en l'absence de toute possibilité de contestation devant les tribunaux de sa détention pendant deux ans d'un ressortissant iranien, chrétien assyrien, demandeur d'asile ayant finalement obtenu le statut de réfugié, le recours juridictionnel dis-

(103) Pour une application, voir : CDH, *Trinité et Tobago*, Comm. n° 938/2000, 19 août 2004, UN Doc. CCPR/C/81/D /938/2000.

(104) CEDH, *Brogan c.* Royaume-Uni, 29 novembre 1988, Série A, n° 145-B, délai excessif de détention de quatre jours et six heures sans intervention d'un juge.

(105) CDH, *A c. Australie*, Comm. n° 560/1993, 30 avril 1997, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993.

ponible étant limité à une simple évaluation de pure forme de la question de savoir s'il était un «non-citoyen» sans visa d'entrée (106). En revanche, la tenue, rapidement après le placement en détention d'un ressortissant iranien expulsé du Canada où il avait été reconnu réfugié, d'une audience de la Cour fédérale du Canada tendant à établir le caractère «raisonnable» de l'attestation de danger pour la sécurité fondant son expulsion répond à l'exigence de contrôle judiciaire de la légalité de sa détention (107). Enfin, conformément au texte tant de l'article 9-4 du PIDCP que 5-4 de la CEDH, le juge ne doit pas simplement apprécier la légalité de la détention mais doit pouvoir ordonner la libération de l'étranger si celle ci s'avère illégale (108).

c) *Le droit à réparation*

La privation de liberté irrégulière ouvre enfin un droit à réparation expressément prévu par la CEDH (art. 5-5) et le PIDCP (art. 9-5). La détention aux Philippines pendant quarante mois d'un ressortissant britannique, dont la condamnation à mort pour viol avait été finalement annulée par la Cour suprême de ce pays, a fourni l'occasion au Comité des droits de l'homme d'en rappeler les composantes et de souligner la spécificité de l'exercice de ce droit pour des étrangers détenus, la détention en cause s'inscrivant toutefois ici dans un contexte de droit commun et non dans le cadre du contrôle migratoire (109). En l'espèce, bien que du fait de son acquittement l'interdiction de sortir du territoire du requérant ait

(106) CDH, *MC c. Australie*, Comm. n° 900/1999, 13 novembre 2002, UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999. Le comité note qu'«aucun tribunal n'était libre comme la chambre plénière elle même l'avait reconnu dans son arrêt du 15 juin 1994 de réexaminer la rétention de l'auteur quant au fond pour savoir si sa prolongation était justifiée». Voir également : CDH, *Baban c. Australie*, Comm. n° 1014/2001, 18 septembre 2003, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, à propos de la détention d'un requérant kurde de nationalité iraquienne et de son fils sans justification spécifique pendant près de deux ans dans un centre de détention pour immigrés en Australie, le Comité condamne la violation du Pacte car en toute hypothèse un contrôle judiciaire de la détention se serait limité à une simple évaluation de pure forme de la question de savoir si l'intéressé était un non- citoyen sans titre d'entrée valide et les tribunaux compétents n'auraient pas été en mesure d'examiner les arguments relatifs à l'illégalité de cette détention. Voir également : CDH, *Bakhtiyari c. Australie*, Comm. n° 1069/2002, 6 novembre 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2003.

(107) CDH, *Mansour Ahani c. Canada*, Comm. n° 1051/20002, 14 juin 2004, UN Doc. CCPR/C/80.D/1051/2002. Mais le comité juge la durée de la procédure excessive.

(108) Parmi d'autres, voir : CDH, *Baban c. Australie*, Comm. n° 1014/2001, 18 septembre 2003, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001.

(109) CDH, *Wilson c. Philippines*, Comm. n° 868/1999, 11 novembre 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/868/1999 : le remboursement de ces taxes fait partie de l'indemnisation due.

été levée, son bénéfice avait été subordonnée au paiement des taxes et amendes pour séjour irrégulier aux Philippines lié à l'expiration de son visa de touriste pendant sa détention. En outre, ayant été maintenu sur la liste des étrangers indésirables, il se voyait empêché d'y entrer pour faire valoir ses droits notamment à réparation et était donc privé du droit à un recours utile inscrit à l'art. 2, §3 en cas de violation d'un droit prévu par le Pacte. Le Comité indique alors que l'indemnité due doit tenir compte à la fois de la gravité des violations et du préjudice causé, qu'elle est due même si le droit interne de l'État partie ne vise pas le type de violations subies en détention, qu'elle doit être versée selon la volonté du requérant au lieu de son choix, soit sur le territoire de l'État partie, soit à l'étranger. Le Comité rappelle à cette occasion le devoir qui incombe à l'État partie de tirer les conséquences pénales et disciplinaires qui s'imposent pour les personnes qui en seront jugées responsables, ainsi que financières.

2. *L'encadrement des conditions de la détention*

Le droit de la guerre, qui on l'a dit ne s'arrête pas au principe de privation de liberté d'un combattant ennemi, énonce en revanche certains principes et donne un statut particulièrement précis et protecteur aux prisonniers de guerre. La Convention (III) de Genève de 1949 pose d'abord le principe d'un traitement humain (art. 13) et du respect de leur personne (art. 14). Elle met ensuite à la charge des États parties un certain nombre d'obligations négatives comme l'interdiction de tout acte ou omission illicite entraînant la mort ou mettant gravement en danger la santé d'un prisonnier de guerre, l'interdiction des mutilations physiques et toute expérience médicale ou scientifique, l'interdiction des mesures de représailles, l'interdiction de toute torture physique ou morale et de toute contrainte lors d'un interrogatoire pour obtenir des aveux, interdiction d'utiliser les prisonniers comme boucliers humains... ; mais aussi des obligations positives, comme la protection contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique, le respect de leur personne et de leur honneur, le traitement non discriminatoire des femmes, l'obligation d'entretien et de soins médicaux, de favoriser l'information par le prisonnier de sa situation auprès de sa famille, la communication lors des interrogatoires dans une langue comprise par le prisonnier, l'obligation de permettre

l'exercice de leur religion et de mise à disposition de locaux réservés aux offices...

Le droit de la paix – précisément les textes internationaux et nationaux de protection des droits de l'homme (110) – n'évoque pas les conditions de détention. Néanmoins celles-ci sont largement déterminées par les droits que ces textes consacrent et qui s'appliquent sans distinction à tout homme, libre ou détenu, au national comme à l'étranger et, s'agissant des droits indérogeables, en toutes circonstances. Il met donc aussi des obligations à la charge des États, à la fois négatives et positives, de fond et de procédure (111).

Ainsi le droit substantiel indérogeable qu'est le droit à la vie (art. 6 PIDCP et art. 2 de la CEDH) fonde notamment pour la Cour européenne l'interdiction de l'usage de la force physique sur une personne en situation d'infériorité car privée de liberté car le minimum de gravité exigé par l'article 3 est alors toujours atteint et les allégations du détenu sont jugées établies sauf preuve contraire de l'État, il y a donc renversement de la charge de la preuve, soit une double présomption en faveur du détenu de gravité et de causalité (112). Pèsent aussi sur les États des obligations positives comme celle de protéger la vie des détenus qui se décline en des obligations de soins médicaux, de prévention du suicide, de protection des plus vulnérables (les enfants notamment) et leur responsabilité est engagée en cas de mort inexpliquée (113). De même l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 7 PIDCP et art. 3 CEDH) autre droit substantiel indérogeable s'oppose pour la Cour européenne à ce que les détenus soient soumis «à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérente à la détention» (114), ce qui l'a conduite à proscrire l'isolement absolu, les fouilles corporelles à finalité humiliante, l'insalubrité des cellules ou des modalités d'enfermement (tels que l'enfermement dans une cage avec présen-

(110) En revanche, les instances internationales ont adopté un certain nombre de recommandations, résolutions, conclusions, lignes directrices et décisions juridictionnelles visant à protéger la situation du détenu.

(111) SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 7e éd., 2005, pp. 292 et s.

(112) CEDH [GC], *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, CEDH 1999-V.

(113) CEDH, *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, CEDH 2004-IX, à propos du décès d'un étranger dans un centre de rétention administrative.

(114) CEDH [GC], *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, CEDH 2000-XI.

tation à la presse qu'on pensait d'un autre âge si l'actualité de Guantanamo ne l'avait démenti (115)).

De ces droits substantiels découlent des obligations processuelles comme l'interdiction de retenir comme preuve des aveux sous la torture ou en cas d'atteinte à la vie ou de tortures ou traitements inhumains et dégradants, l'obligation d'enquête officielle, menée d'office, associant les proches de la victime, efficace, complète, impartiale, adéquate et transparente et permettant d'identifier et punir les coupables (116).

Ces conditions de détention doivent être respectées quel que soit le lieu de la détention. A cet égard, le Comité des droits de l'homme a souligné que «l'État Partie n'est pas dégagé de ses obligations en vertu du Pacte lorsque certaines de ses fonctions sont déléguées à des organes autonomes» (117). Celles-ci s'appliquent en conséquence aux établissements pénitentiaires administrés par des sociétés privées de la même façon qu'elles s'appliquent à des établissements administrés par l'États (118).

Incontestablement l'énoncé des principes et surtout leur concrétisation au contentieux confirment l'extraordinaire dynamique de droits de l'homme qui a marqué la seconde moitié du XX^{e} siècle. Mais rendre compte de cette protection, qui est évidemment subordonnée à la ratification par les États des conventions internationales qui la consacre, c'est aussi prendre acte de l'écart entre principe et pratiques. Un écart dont le contentieux ne rend qu'en partie compte en raison des difficultés propres aux étrangers détenus, qui conjuguant extranéité et absence de liberté, ne disposent ni toujours en droit – car les droits nationaux ne respectent pas toujours les dispositions internationales en la matière –, ni *a fortiori* en fait de l'assistance juridique indispensable pour accéder effectivement aux voies de droit ouvertes pour y obtenir la protection escomptée – les ONG ou la société civile ne pouvant malgré leurs efforts combler

(115) CDH, *Polay Campos c. Pérou*, Comm. n° 577/1994, 6 novembre 1997, UN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994.

(116) CEDH, *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, CEDH 2004-IX; CDH, *Wilson c. Philippines*, Comm. n° 868/1999, 11 novembre 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/868/1999.

(117) CDH, *B. d. B. c. Pays-Bas*, Comm. n° 273/88, 30 mars 1989; CDH, *Lindgren et consorts c. Suède*, Comm. n° 298-299/88, 9 novembre 1990.

(118) CDH, *Carlos Cabal et Maerco Pasini Bertran c. Australie*, Comm. n° 1020/2001, 19 septembre 2003, UN Doc. CCPR/C/78/D/1020/2001, point 7.2, responsabilité de l'Australie engagée pour le traitement réservé aux détenus de la prison de Port-Philip établissement pénitentiaire privé.

cette carence. En outre certaines voies de droit restent fermées, on songe ici au prétoire du juge communautaire dont a témoigné le refus du TPICE d'accueillir le recours des associations de soutien aux étrangers détenus sur l'île de Lampedusa (119). La communautarisation des questions d'asile et d'immigration impose désormais une ouverture que le traité établissant une Constitution pour l'Europe s'était d'ailleurs attaché à favoriser.

Mais la source principale d'inquiétude est sans doute ailleurs. Elle tient à la mise en cause de plus en plus nettement affirmée des standards internationaux du droit des droits de l'homme et du droit international humanitaire; une mise en cause revendiquée et qui prend la forme d'une renonciation, d'une dénonciation ou d'un détournement plus subtil mais néanmoins grossier des instruments internationaux assurant à l'étranger détenu la protection du droit.

A la tentative ponctuelle de renoncement de tel ou tel État à des obligations internationales devenues encombrantes (120), s'ajoute la dénonciation par d'autres d'obligations devenues trop pesantes. Ainsi aux lendemains du 11 septembre, la Commission européenne des droits de l'homme a estimé qu'il fallait s'interroger sur l'un des droits les plus fondamentaux de la CEDH et pour cette raison indérogeable – l'article 3 qui prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants – ainsi que sur la reconnaissance de la qualité de réfugié pour prendre davantage en compte les exigences de la sécurité nationale (121), tandis que les États durcissaient leur législation sur l'immigration et sur l'asile.

(119) TPICE, *GISTI c. Commission*, 6 septembre 2005. Le tribunal a déclaré «manifestement irrecevable» la requête du GISTI tendant à l'annulation de la décision d'incompétence de la Commission pour ouvrir une procédure en manquement contre l'Italie lors de l'afflux de *boat people* sur l'île sicilienne pour violation des directives communautaires relatives à l'accueil des demandeurs d'asile n° 2003/9/CE et de qualification n° 2004/83/CE ainsi que des droits fondamentaux résultant des principes généraux du droit communautaire et des traditions constitutionnelles des États membres.

(120) Tel l'État de Trinité et Tobago qui, à la suite de la communication du Comité des droits de l'homme sur les violations commises lors d'une détention de ressortissants guyanais condamnés à mort, dénonce le 16 mai 1998 le Protocole facultatif relatif à la compétence du CDH entré en vigueur en 1981 pour y adhérer le même jour, mais assorti d'une réserve limitant la compétence du Comité s'agissant des détenus condamnés à mort, réserve que le Comité a toutefois jugée non valable car incompatible avec l'objet et le but du Protocole : CHD, *Trinité et Tobago*, Comm. n° 938/2000, 19 août 2004, UN Doc. CCPR/C/81/D /938/2000.

(121) Ce qu'a effectivement fait de manière subreptice la directive dite de qualification n° 2004/83 du 29 avril 2004 du 30 septembre 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statut, *JOCE*, 2004, L 304, p. 12.

La Grande-Bretagne a ainsi institué une nouvelle législation anti-terroriste particulièrement attentatoire à la liberté individuelle et discriminatoire puisque visant les seuls étrangers. Si la Chambre des Lords a rappelé alors à l'ordre le pays de l'*habeas corpus* (122), le ministre de l'Intérieur britannique a au contraire mis en cause devant le Conseil de l'Europe la pertinence de cet article 3 au regard de la lutte contre le terrorisme international (123). Enfin, le gouvernement des États-Unis s'est attaché à externaliser territorialement la détention (base américaine de Guantanamo à Cuba, prisons secrètes de la CIA sur le sol européen ou ailleurs...) pour échapper aux obligations engendrées par le PIDCP sur son territoire en même temps qu'il s'opposait à la reconnaissance de la qualité de prisonnier de guerre aux détenus de Guantanamo pour échapper à celles résultant de la Convention III de Genève. Plus pernicieuses, ces tentatives d'externalisation qui permettent à un État de traiter hors de son territoire ou de sa juridiction, ou de sous-traiter à un État tiers des questions qu'il souhaite pouvoir régler sans contraintes, sont – même si elles sont dénoncées et ont été contestées parfois avec succès (124) – particulièrement alarmantes tant elles paraissent prospérer à la fois pour ceux qui en sont les tragiques victimes et pour l'avenir du système de protection internationale des droits de l'homme.

(122) Décision du 16 décembre 2004 jugeant contraire aux articles 5 et 14 de la convention l'*Anti Terrorism, Crime ans Security Act* qui permettait la détention sur décision du ministre de l'intérieur sans inculpation, ni procès pour une durée illimitée des seuls étrangers soupçonnés de terrorisme : House of Lords, *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, 16 décembre 2004, [2004] UKHL 56.

(123) Déclarations du 5 septembre 2005 devant l'Assemblée parlementaire préconisant de revoir certaines dispositions de la convention européenne jugées trop contraignantes au vu des exigences de la lutte contre le terrorisme.

(124) Voir la décision précitée de la Chambre des Lords, et pour Guantanamo, la décision de la Cour suprême *Rasul c. Bush* du 28 juin 2004 concluant à la compétence des cours fédérales pour juger de la légalité de la détention des ressortissants étrangers de Guantanamo, suivie de celle de cours fédérales comme celle de Washington qui en novembre 2004 concluait à l'application de la Convention III de Genève. Cette compétence des cours fédérales leur a été toutefois retirée fin décembre 2005 par la loi *Detainee Treatment Act*.

CONTRÔLER ET FILTRER : LES CAMPS AU SERVICE DES POLITIQUES MIGRATOIRES DE L'EUROPE

PAR

CLAIRE RODIER

ET

ISABELLE SAINT-SAËNS (1)

PLAN

I. – INTRODUCTION PEUT-ON PARLER D'UNE «EUROPE DES CAMPS»? 620

II. – LES CAMPS DE L'EUROPE 621

A. – *Déni de droits* 624

B. – *Les fonctions du camp* 626

C. – *A Malte, les camps comme outils de dissuasion et de chantage* 627

D. – *Italie : fermeté affichée et rentabilité économique* 630

E. – *Les camps et le droit : illégitimité de l'enfermement* 633

III. – LES CAMPS HORS D'EUROPE 638

A. – *La proposition britannique de «transit processing centers»* 640

B. – *Le soutien du HCR* 642

C. – *La Commission européenne : euphémisation et abstraction* 645

D. – *Des camps pour l'asile ailleurs à ceux de «l'immigration choisie»* 647

E. – *Florilège sémantique : des «points d'accueil» aux «zones régionales de protection»* 649

F. – *Quelles implications juridiques de l'externalisation?* 652

1. Violation du principe de non-refoulement 652

2. Risques de traitements inhumains et dégradants 655

(1) Claire Rodier et Isabelle Saint-Saëns sont membres du Gisti (Groupe d'information et de soutien des immigrés, www.gisti.org), et du réseau européen Migreurop (www.migreurop.org).

G. – *Externalisation : quel droit applicable ?* 656

ANNEXE 662

I. – INTRODUCTION
PEUT-ON PARLER D'UNE «EUROPE DES CAMPS» ?

Réunis à la fin du mois de janvier 2005, les vingt-cinq ministres de l'intérieur et des affaires étrangères de l'Union européenne ont, si l'on en croit les dépêches officielles, «renoncé à créer des camps en Afrique du nord ou dans les zones de conflits aux portes de l'Europe pour y traiter les demandes d'asile ou de protection internationale». Faut-il voir dans cette déclaration l'épilogue d'une discussion qui avait pris naissance deux ans plus tôt, lorsque le premier ministre britannique avait proposé à ses partenaires européens, à titre de procédure alternative pour le traitement des demandes d'asile présentées dans les États membres, la mise en place de «*transit processing centers*» dans des pays tiers pour y envoyer les requérants et y instruire leur demande ? Rien n'est moins sûr. Même si le terme de «camp» (2) n'est jamais utilisé dans les textes officiels, même si la politique mise en œuvre par l'Union européenne depuis la fin des années 90 en matière d'asile et d'immigration n'inclut pas explicitement cette donnée, tout porte à croire que l'enfermement des migrants est en train de devenir une pièce maîtresse de la gestion des flux migratoires, non seulement sur le territoire européen, mais aussi hors des frontières de l'Union européenne. Qu'il s'agisse de camps «sas» pour filtrer les étrangers à l'entrée d'un pays, de poches de rétention pour rassembler ceux qu'on veut expulser, de centres dits «d'accueil» où sont assignés et triés les demandeurs d'asile ou de vraies prisons pour sanctionner le séjour illégal, les camps d'étrangers, quels que soient leurs contours physiques, s'inscrivent dans une logique de mise à l'écart des indésirables dont l'exilé est aujourd'hui la figure emblématique.

Les camps ne sont pas le seul signe de cette mise à l'écart. Dans sa version européenne, la frontière virtuelle qui sépare les pays industrialisés des autres peut prendre bien des formes, notamment

(2) Sur l'utilisation du terme «camp» pour désigner les lieux de détention d'étrangers, voir «Derrière le mot camp» du réseau Migreurop, novembre 2004, en Annexe et à : http://www.migreurop.org/article880.html.

la politique des visas, destinée à fermer la porte aux étrangers présentant des «risques migratoires» (3) ou, plus visibles, les remparts construits autour des enclaves espagnoles au Maroc de Ceuta et Melilla pour empêcher que ces anachroniques confettis d'Europe en terre africaine ne soient assaillis par les exilés à la recherche de leur part de sécurité et de mieux-être (4). A ces pratiques, un point commun : elles concrétisent la tendance de l'Union européenne à externaliser sa politique d'asile et d'immigration, c'est-à-dire à s'organiser pour que les procédures qui en découlent s'effectuent le moins possible sur son territoire, mais plutôt loin de ses frontières, dans des pays tiers auxquels cette collaboration est, bon gré mal gré, imposée.

On se propose, dans une première partie, de recenser les modèles de camps qui existent déjà en s'arrêtant sur deux exemples, Malte et l'Italie, caractéristiques des dérives qu'entraîne inévitablement le recours à la pratique de la détention administrative d'étrangers, et d'en examiner la légitimité au regard des principes qui régissent, au plan international, les droits de l'homme et les droits des réfugiés. Dans une seconde partie, on s'intéressera aux projets de camps *offshore* discutés dans les enceintes européennes depuis la «proposition Blair» de mars 2003, en les replaçant dans le contexte de la politique communautaire mise en œuvre depuis le traité d'Amsterdam de 1997, puis en essayant d'analyser les implications juridiques de l'externalisation des procédures d'asile et d'immigration.

II. – Les camps de l'Europe

Les tentatives de recensement de cette forme moderne de camps dont l'Europe est en train de consteller son territoire et ses alentours ont amené à en identifier une grande diversité de formes (5), comme les zones d'attente françaises, les *reception centers* maltais, les *centri di permanenza temporanea e assistenza* italiens, les *detention centers* britanniques, les *centros de internamiento de extranjeros*

(3) Voir : «La mise à l'écart des étrangers : la logique du visa Schengen», *Cultures & Conflits*, n° 49-50, 2003 : http://www.conflits.org/sommaire32.html.

(4) Voir : http://www.migreurop.org/rubrique177.html.

(5) Cette partie concernant la typologie des camps se réfère pour beaucoup aux travaux du réseau Migreurop, notamment : La carte des camps en Europe, réalisée par Olivier Clochard et de nombreux articles signés de membres du réseau.

espagnols, les *Ausreizencentrum* allemands et les centres fermés belges, pour ne prendre que ces exemples dans quelques États membres. Car les camps existent partout : centres «d'accueil», de transit ou d'hébergement ouverts ou semi-ouverts, dans lesquels les étrangers soit sont assignés à résidence soit n'ont d'autre choix que d'y rester cantonnés (comme le «centre d'accueil et d'hébergement» de Sangatte dans le nord de la France, qui a fonctionné pendant trois ans pour abriter les centaines d'exilés qui attendaient de pouvoir traverser la Manche pour rejoindre l'Angleterre); regroupements informels, dans les forêts de Bel Younes ou de Gourougou au Maroc, où des milliers de migrants sont contraints de demeurer de longs mois dans la plus totale précarité dans l'espoir de trouver l'opportunité de gagner les côtes espagnoles (6); centres fermés, publics ou privatisés, juridiquement encadrés ou non, conçus pour accueillir des populations spécifiques (étrangers qui se présentent à la frontière, sans papiers en attente d'expulsion ou de refoulement, demandeurs d'asile, familles...), ou centres mixtes où toutes les situations peuvent être rencontrées; locaux *ad hoc*, prévus pour l'internement administratif des étrangers, ou au contraire bâtiments anciens réaffectés à cette fin ou réquisitionnés en urgence pour faire face à une crise. Les modèles sont multiples, comme sont différents les régimes en vigueur dans ces lieux, la durée moyenne du maintien, le statut des étrangers qui y sont placés (7).

Si l'on retient la seule catégorie des camps fermés (8), le statut juridique de ceux qui y sont internés – ou à défaut les circonstances dans lesquelles ils y sont placés – permet d'en distinguer au moins deux types, selon qu'ils servent à accueillir les étrangers qui se présentent aux frontières, ou, à l'autre bout de la chaîne, ceux qui sont sur le point d'être expulsés.

(6) *Enfermement des étrangers et renvois collectifs : la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile en danger*, Rapport Cimade/Afvic, 19 octobre 2005 : http://www.migreurop.org/IMG/pdf/Maroc-rapport-19102005.pdf. Ces camps ont été presque totalement démantelés fin 2005 par la police et l'armée marocaines, après les tentatives de passage à Ceuta et Melilla.

(7) Sur la diversité des régimes d'enfermement, voir : Intrand C. et Perrouty P.-A., «La diversité des camps d'étrangers en Europe», L'Europe des camps, *Cultures et Conflits*, n° 57, 2005 : http://www.conflits.org/document1727.html.

(8) La carte des camps en Europe, élaborée par le réseau Migreurop est consacrée au recensement des centres fermés. Voir : http://www.migreurop.org/rubrique45.html (en français et en anglais).

• *L'enfermement à l'arrivée, ou pour l'identification :*

Les centres de ce type sont le plus souvent situés à proximité immédiate des frontières. Y sont placés les étrangers qui attendent que les autorités aient procédé à leur identification ou aient pris une décision sur leur sort si leur droit à pénétrer sur le territoire est contesté ou s'ils sont demandeurs d'asile. Les zones d'attente françaises, les *holding centers* britanniques ou les *centri di identificazione* italiens relèvent de cette catégorie, parfois caractérisée par une double fiction juridique. Première fiction : les étrangers non encore admis sur le territoire seraient dans une sorte de phase intermédiaire où les règles de droit commun ne s'appliqueraient pas. C'est ainsi que la loi française organise, pour le traitement des demandes d'asile présentées par les étrangers dans les zones d'attente, un régime spécifique qui déroge aux règles en vigueur sur le territoire. Il consiste en une pré-détermination sommaire des demandes, au terme de laquelle, si la requête est considérée comme «manifestement infondée», l'étranger est refoulé sans qu'il y ait eu d'examen au fond, ce qui est *a priori* contraire à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés. Deuxième fiction : les étrangers ainsi retenus près des zones frontières ne seraient pas «internés», puisque «libres» à tout moment de quitter le centre vers le pays de leur choix à condition d'y être admis : c'est l'hypocrite théorie défendue par exemple par les autorités belges, qui leur permet de contourner les obligations légales et les garanties en matière de détention.

• *L'enfermement avant départ :*

Des modèles caractéristiques de ces centres existent en France (centres de rétention administrative), en Belgique (centres fermés), en Allemagne (centres de détention), qui sont destinés à retenir les étrangers le temps de procéder à leur expulsion. Leur existence, et leur multiplication, s'articulent avec la rationalisation des modalités d'éloignement des étrangers aux niveaux national et européen, qui implique l'installation des camps à proximité de tous les grands aéroports et ports internationaux (comme Le Mesnil-Amelot près de Roissy, ou Arenc dans le port de Marseille). La mise en place, dans le cadre de la coopération européenne, de «vols groupés» pour expulser collectivement des étrangers d'une même nationalité est un facteur supplémentaire de cette rationalisation. Car pour remplir un

«charter» il est nécessaire de rassembler préalablement, dans un même lieu et de façon coordonnée, ceux auxquels il est destiné : les camps répondent à ce souci.

Cette catégorisation ne recouvre toutefois pas toute la réalité de l'enfermement des étrangers : dans la plupart des pays les camps sont polyvalents et remplissent les deux fonctions qu'on vient d'identifier. Pour être complet il faut ajouter à la typologie les lieux fermés initialement conçus à d'autres fins que la gestion des étrangers, comme les prisons et les établissements pénitentiaires où sont détenus un grand nombre, parfois une majorité, d'étrangers dont souvent le seul délit est d'avoir enfreint la législation relative au séjour ou à l'entrée. Liée à la criminalisation du séjour irrégulier, mais aussi à d'autres facteurs, notamment socio-économiques (9), cette sur-représentation des non nationaux en prison entretient le sentiment de «dangerosité» qu'inspirent les migrants (v. ci-après, *B. Les fonctions du camp*).

A. – *Déni de droits*

Au-delà de la diversité des formats, des traits communs viennent de façon récurrente caractériser les camps d'étrangers. La *dépersonnification* en est un. De même qu'est niée, avec l'expression «flux migratoires», l'individualité des parcours, les étrangers maintenus dans les camps n'existent guère en tant que personnes : ils sont au mieux identifiés comme des catégories administratives (célibataire, mineur, femme) ou juridiques (demandeur d'asile, débouté, sans-papiers, ressortissant de telle ou telle nationalité), au pire fondus dans le terme générique de «clandestins» ou «illégaux». La déshumanisation prend parfois des formes très concrètes : utilisation de numéros matricules plutôt que de noms, «marquage» des détenus à l'encre indélébile pour les distinguer les uns des autres par exemple.

Mais c'est surtout le *déni de droits* qui constitue une constante de ces camps dont l'existence semble incompatible avec le respect d'un certain nombre de droits fondamentaux : dans la plupart des cas la liberté d'aller et venir, mais aussi le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit d'asile, le droit de ne pas être soumis à des trai-

(9) Tsoukala A., «La criminalisation des immigrés en Europe», *in* Sainati G., Bonelli L. (dir.), *La machine à punir : Pratiques et discours sécuritaires*, L'esprit frappeur, Paris, nouvelle édition 2004, pp. 235-293.

tements inhumains et dégradants, les droits spécifiques dus aux personnes vulnérables ou aux mineurs. On a vu (voir ci-dessus *L'enfermement à l'arrivée*) par quels artifices la loi sur l'asile est, en France, considérée comme non applicable aux demandeurs qui sont placés en zone d'attente. Cette mise à l'écart du droit n'est pas toujours aussi juridiquement construite, mais résulte le plus souvent d'une pratique née de l'urgence ou de l'improvisation, et justifiée par l'obligation de gérer des situations exceptionnelles. L'existence du camp de Sangatte, qui a fonctionné dans le nord de la France entre 1999 et 2002 pour abriter les centaines d'exilés qui traversaient parfois toute l'Europe avant de se heurter à la frontière maritime entre les côtes françaises et le Royaume-Uni, est caractéristique de ce non-droit, puisque les étrangers qui s'y trouvaient n'avaient aucun statut et que dans la majorité des cas il leur était impossible de déposer une demande d'asile (10).

Lorsque sur le plan formel des droits *minima* sont prévus, tels le droit de visite et de communiquer avec l'extérieur, le droit à un interprète, à un médecin, à une assistance juridique, dans la pratique leur exercice est souvent limité. Ceci est régulièrement démontré par les rapports des quelques rares institutions et ONG qui effectuent des visites dans ces lieux (et dont les dénonciations sont aussi récurrentes que sans effet), comme le groupe de travail sur la détention arbitraire du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ou, au niveau du Conseil de l'Europe, le Comité de prévention contre la torture et le Commissaire aux Droits de l'Homme, qui se rendent régulièrement dans les lieux d'enfermement d'étrangers. Les comptes rendus de visites d'ONG nationales ou internationales font aussi état des violations des droits commises dans les camps d'étrangers : ainsi MSF Italie, qui s'est fait interdire par le gouvernement italien l'accès aux centres de rétention après un rapport de mission où, en 2004, l'association dénonçait les graves insuffisances sur le plan de l'hygiène et de l'accès aux droits et aux soins médicaux (11). Ainsi encore Human Rights Watch, qui estime que les conditions de détention dans les centres fermés espagnols des îles Canaries sont très en dessous des normes fixées en la matière par la loi espagnole et le droit international, au point que les médecins

(10) Voir le dossier Sangatte : http://www.gisti.org/dossiers/sangatte/.

(11) MSF Italie, *Rapporto sui centri di permanenza temporeana e assistenza*, janvier 2004 : http://www.meltingpot.org/articolo1939.html.

bénévoles qui y interviennent ont un temps cessé de s'y rendre afin d'attirer l'attention sur une situation sanitaire jugée très préoccupante (12). Il faut également citer les nombreux rapports de l'Anafé (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers), qui apporte aux personnes maintenues en zone d'attente en France un soutien et une assistance juridique, et se rend régulièrement sur les lieux : qu'il s'agisse des violences policières, des entraves au droit d'asile, des violations des droits de l'enfant ou du simple manquement aux règles fixées par l'administration pour le respect des personnes (intrusion de policiers dans les chambres individuelles, appels tonitruants lancés par haut-parleur en pleine nuit *etc.*), les informations recueillies par cette association témoignent de l'impossibilité de garantir, aux étrangers enfermés à leur arrivée en France en attendant d'en être probablement refoulés, le respect de leurs droits fondamentaux (13).

B. – *Les fonctions du camp*

Sans doute cette vulnérabilité des droits s'inscrit-elle parmi les fonctions assignées aux camps modernes. Sans doute s'agit-il, consciemment ou non, de placer les étrangers dans une situation de précarité et d'incertitude quant à leur devenir immédiat, situation qu'alimentent l'obstacle de la langue et l'insécurité juridique et temporelle : il est bien rare qu'ils sachent pour combien de temps ils sont internés ou même les motifs exacts de la détention. Si les camps sont là pour trier (entre ceux qui pourront entrer et ceux qu'on refoulera, entre ceux qui seront reconnus réfugiés et ceux qui seront rejetés) ou pour préparer l'expulsion, ce n'est pas leur seul objet. A l'égard des migrants ils sont aussi instruments de dissuasion – il faut que, dans les pays d'origine, on sache qu'on passe par la case prison avant d'arriver éventuellement en Europe – et de mise au pas – dans les camps s'apprennent les codes non écrits de l'existence sans papiers, à laquelle sont promis ceux qui réussiront à passer. Les camps sont aussi des messages à l'opinion européenne que la «gouvernementalité par l'inquiétude», comme la nomme

(12) Human Rights Watch, *L'autre visage des îles Canaries – violations des droits des migrants et des demandeurs d'asile*, 2002 : http://hrw.org/french/docs/2002/02/21/spain7241.htm.

(13) Les nombreux rapports de l'Anafé sont en ligne sur son site : http://www.anafe.org/.

Didier Bigo (14), a nourrie d'une idéologie de la peur, et qu'on rassure en donnant l'impression, par l'enfermement de ceux qu'on lui a désignés comme ennemis, qu'on tient les choses en main. Ce faisant on entretient les craintes, on encourage la perception négative de l'étranger et, en pratiquant l'amalgame «migrant en détention = migrant délinquant», on justifie, dans un cycle sans cesse renouvelé, le durcissement des mesures de lutte contre l'immigration clandestine, comme la criminalisation de l'irrégularité du séjour et le renforcement des contrôles aux frontières. Les objectifs affichés – trier et expulser – ne seraient par conséquent pas forcément les principaux, et pourraient même, dans certains cas, n'être que des leurres derrière lesquels se cacherait la véritable fonction des camps, purement idéologique et symbolique. C'est l'analyse que fait Mathieu Bietlot du dispositif belge de rétention, «inefficace fermeture, effrayante fermeté» (15), en démontrant que plus de la moitié des étrangers détenus en centres fermés le sont inutilement (parce qu'on ne réussit pas à les éloigner), ou abusivement (parce que la détention est jugée illégale). Dans les deux cas ils finiront par être remis en liberté – mais on ne les munit pas pour autant d'autorisations de séjour. D'où un coût financier et humain considérable pour un résultat qui va à l'encontre des buts prétendument poursuivis.

Les exemples choisis dans deux pays du sud de l'Europe, l'Italie et Malte, semblablement exposés aux arrivées régulières de migrants et demandeurs d'asile par voie maritime, illustrent deux formes différentes de ces dérives induites par l'utilisation de la détention comme mode de gestion de l'immigration.

C. – *A Malte, les camps comme outils de dissuasion et de chantage*

Ce petit pays, situé entre les côtes libyennes et italiennes, placé sur le chemin des routes migratoires entre l'Afrique et l'Europe, est devenu depuis son adhésion à l'UE en 2004 la base avancée de l'Union européenne en Méditerranée. Malte combine une tradition de mise en détention systématique des étrangers en situation irrégulière (au nom de l'ordre public) avec les conséquences de la

(14) Voir : «Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ?», *Cultures & Conflits*, n° 31-32, 1998 : http://www.libertysecurity.org/article103.html.

(15) Bietlot M., «Le camp, révélateur d'une logique inquiétante de l'étranger», *Cultures et Conflits*, 2005 : http://www.conflits.org/document1763.html.

«solidarité» communautaire en matière de politique d'asile, qui l'oblige à réadmettre tous les requérants d'asile qui seraient passés par son sol avant de se rendre ailleurs dans l'UE (16). De fait à Malte la confusion entre «migrants» et «demandeurs d'asile» est totale, les autorités utilisant indistinctement les deux termes, auxquels ils substituent volontiers celui de «*illegals*» pour désigner les occupants des quelque cinq ou six «*reception centers*» dans lesquels ils sont détenus (17).

Dans ce contexte, l'enfermement répond à un double objectif : à l'égard des migrants et des demandeurs d'asile, c'est un outil de dissuasion, théoriquement destiné à décourager leurs ambitions continentales, et à écarter l'étape maltaise des circuits migratoires. Les camps de demandeurs d'asile constituent en même temps la réponse et, comme on va le voir, un avertissement de Malte face aux exigences de l'UE. Bien que la pratique soit manifestement non conforme aux principes qui encadrent le droit des réfugiés (en application de la Convention de Genève, l'enfermement des demandeurs d'asile ne peut être admis que dans des circonstances exceptionnelles), l'Union s'en est accommodée, préférant cette entorse aux droits fondamentaux à un aménagement pourtant indispensable des règles communautaires, qui permettrait par exemple aux demandeurs de faire examiner leur requête dans un autre pays.

La gestion des migrants et demandeurs d'asile s'inscrit donc dans une politique revendiquée et assumée d'enfermement qui, quoique généralisé, n'est pas suffisamment encadré sur le plan juridique, et partant source de toutes les dérives. Dans le rapport d'une mission effectuée en février 2004, la Fédération internationale des droits de l'homme fait état, outre des conditions très précaires d'accueil (mauvaise isolation thermique et phonique, promiscuité, difficultés d'accès aux soins, *etc.*), d'un grand nombre de troubles psychologiques parmi les occupants des camps maltais, probable résultat d'un état d'anxiété exacerbée dû à l'attente indéfinie, l'inactivité, l'absence de contacts avec l'extérieur, l'incertitude sur l'avenir, autant de facteurs qui contribuent «à faire régner un sentiment

(16) Le règlement Dublin II du 1er septembre 2003, qui remplace la Convention de Dublin du 15 juin 1990, détermine l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile (premier État européen d'arrivée).

(17) Blanchard E. et Rodier C., «Malte, un laboratoire pour enterrer le droit d'asile», *Plein Droit*, juillet 2005.

récurrent d'abandon, d'insécurité et de détresse, perceptibles lors des entretiens avec les personnes concernées» (18). Nul doute que ce climat délétère a la dissuasion pour fonction, de même que son prolongement, lorsque les migrants, une fois mis en liberté par les autorités maltaises mais privés de toute opportunité d'intégration sociale sont abandonnés à eux-mêmes avec le gîte – dans des locaux fort semblables aux centres fermés dont ils sont sortis – et le couvert – «les mêmes repas qu'à l'intérieur du camp», ont rapporté des ex-détenus à la FIDH – comme seul viatique.

La situation maltaise révèle toute l'hypocrisie d'une politique européenne qui se satisfait des apparences de la légalité au lieu de chercher des solutions adaptées au contexte. Car, d'évidence, ce pays n'est pas en mesure d'accueillir les milliers de migrants et demandeurs d'asile qui transitent par son sol, et seule une solution européenne est à même de leur assurer protection ou moyens de subsistance, selon les cas. A exiger de Malte qu'elle serve de rempart à ses partenaires des Vingt-Cinq en retenant les exilés qui échouent sur ses côtes, l'Union européenne joue avec le feu, en l'incitant à jouer la dissuasion à toutes les étapes. Un montage dont le prix, en termes de respect des droits fondamentaux, est lourd à payer. Les migrants en ont fait les frais avec un durcissement croissant des conditions de détention entre 2004 (date d'entrée de Malte dans l'UE) et 2005, et la multiplication des incidents parfois très graves entre les détenus et leurs gardiens, militaires ou policiers. Cette situation est exacerbée par un discours politique xénophobe, adressé tout autant à l'opinion nationale, dont il exploite et encourage les réactions hostiles aux étrangers, qu'à l'Union européenne invitée, au moyen d'arguments de plus en plus menaçants, à prendre des dispositions pour aider les pays européens qui subissent le plus les conséquences de l'immigration clandestine. Le ministre de l'Intérieur maltais a ainsi annoncé, au cours de l'été 2005, son intention de proposer une réduction drastique de la zone d'intervention en mer de Malte pour les recherches et le secours de naufragés, arguant que le sauvetage d'embarcations de migrants clandestins représentait une charge disproportionnée pour son petit pays (19). Un autre

(18) FIDH, mission internationale d'enquête, *Enfermer les étrangers, dissuader les réfugiés : le contrôle des flux migratoires à Malte*, septembre 2004 : http://www.migreurop.org/article859.html.

(19) Sur la situation à Malte au regard de l'enfermement des migrants, voir : http://www.migreurop.org/rubrique69.html.

volet du chantage consiste, pour Malte, à se retourner de l'autre côté de la Méditerranée, en cherchant des alliés chez ses voisins par lesquels transitent les migrants. A l'image de l'Italie, Malte cherche ainsi à passer des accords avec l'Égypte et avec la Libye pour pouvoir y renvoyer sans difficultés ceux qu'elle juge indésirables. Là encore, les risques sont lourds pour ceux qui sont l'objet de ces tractations. Ce fut le cas en 2002, lorsque les autorités maltaises ont renvoyé en Libye un groupe d'Érythréens qui, bien que menacés de persécutions dans leur pays d'origine, y auraient été refoulés par la police libyenne sans l'intervention des ONG internationales et du HCR. Ces méthodes pour faire monter la pression peuvent, à force, se révéler payantes : au mois d'octobre 2005 la Commission européenne, reprenant la proposition du gouvernement maltais, proposait la création d'un fonds d'urgence de 20 millions d'euros pour venir en aide aux pays de l'UE qui font face à l'afflux croissant d'immigrants illégaux sur leur sol.

D. – *Italie : fermeté affichée et rentabilité économique*

Contrairement à la situation maltaise, la loi italienne – qui distingue les centres d'arrivée (CDI) et les camps de départ (CPT), voir ci-dessus – ne prévoit pas l'enfermement systématique des étrangers en situation irrégulière de séjour. Celui-ci est pourtant, de fait, le principal mode «d'accueil» des migrants qui arrivent sur les côtes italiennes par la mer ce qui, du fait de l'importance des frontières maritimes du pays, en constitue une bonne proportion. Le régime des CDI (*centri di identificazione*) où sont placés les arrivants est variable selon la situation juridique de ceux-ci : de façon générale, la loi prévoit qu'ils «peuvent» être privés de liberté le temps de la vérification de leur identité. Les demandeurs d'asile y jouissent en principe d'une semi-liberté, puisqu'ils peuvent théoriquement quitter le centre pendant la journée, mais ils sont considérés comme ayant renoncé à leur procédure d'asile (et deviennent alors sans-papiers) s'ils enfreignent cette règle. Ce régime d'assignation à résidence ne s'applique cependant qu'à condition qu'ils n'aient pas présenté leur demande d'asile après avoir été arrêtés pour franchissement ou tentative de franchissement illégal de la frontière, car dans ce cas la détention est obligatoire. Dans la mesure où l'immense majorité des requérants d'asile en Italie arrive illégalement, autant

dire que la détention est l'ordinaire et la liberté l'exception. Dans les CPT (*centri di permanenza temporanea e assistenza)*, où la durée maximale de la détention a été portée par une loi de 2002 à soixante jours, sont placés les étrangers frappés d'une mesure d'expulsion en attendant sa mise à exécution. Les CPT italiens font, depuis leur création, l'objet de critiques répétées de la part des ONG, qui en dénoncent l'absence de transparence, l'impossibilité d'accès des associations, le difficile exercice du droit de visite, la privation de soins élémentaires, l'administration de psychotropes aux détenus et de façon générale les mauvais traitements infligés aux étrangers (20). Un procès spectaculaire a eu lieu en 2004 pour juger Don Cesare Lodeserto, prêtre et directeur du CPT Regina Pacis à San Foca, dans les Pouilles, accusé avec six de ses collaborateurs, onze carabiniers et deux médecins, d'avoir exercé au mois de décembre 2002 des violences physiques et morales contre dix-sept migrants (il a été condamné en mai 2005 à 8 mois de prison) (21).

«Rouage indispensable» (22) du dispositif de contrôle des flux migratoires mis en place par la loi Bossi-Fini de 2002 – qui ne les a pas inventés : les CPT ont été créés en 1998 sous un gouvernement de gauche par la loi Turco-Napolitano –, les camps italiens ne sont pourtant pas une garantie de son efficacité au regard des objectifs mis en avant lors de son adoption : d'une part un meilleur filtrage entre les «vrais demandeurs d'asile» et ceux qui, désignés comme «migrants économiques», sont soupçonnés de détourner les procédures d'asile, d'autre part l'effectivité de l'éloignement des étrangers qui ne répondent pas aux critères d'obtention d'un droit au séjour. En recoupant les données officielles (selon le ministère de l'Intérieur 40 % des étrangers seraient expulsés à l'issue de leurs soixante jours de détention en CPT) et les informations recueillies auprès des ONG et des organisations syndicales actives dans ce secteur, il semble que non seulement ces objectifs ne sont pas atteints mais qu'ils ne sont pas forcément recherchés. Des rumeurs persistantes attestent qu'il serait facile de «s'évader» de certains camps italiens, avec une régularité et dans des proportions telles qu'on peut imaginer que le laxisme des gardiens pourrait être fonctionnel et s'exercer au gré

(20) Voir notamment le rapport de MSF Italie cité note 10.

(21) Voir : http://www.meltingpot.org/archivio193.html.

(22) FIDH, mission internationale d'enquête, *Droit d'asile en Italie : l'accès aux procédures et le traitement des demandeurs*, juin 2005 : http://www.fidh.org/article.php3 ?id_article = 2474.

des impératifs du moment. Du même ordre de raisonnement relève le témoignage accablant d'un journaliste qui, se faisant passer pour un migrant kurde, s'est fait enfermer au camp de l'île de Lampedusa au mois de septembre 2005 (23). Fabrizio Gatti raconte qu'après une semaine de détention dans des conditions très éprouvantes (tant sur le plan physique que moral), ses compagnons d'infortune et lui ont été libérés sans qu'aucune explication soit donnée par la police, et avec pour seule consigne de disparaître au plus vite dans la nature.

Certains facteurs confirment que l'éloignement des étrangers, dont les camps sont supposés garantir le succès, n'est pas le but premier des autorités italiennes. D'une part, l'économie italienne repose, dans certains secteurs, pour une large part sur l'apport d'une main-d'œuvre d'étrangers en situation irrégulière, donc sous-payée. C'est notamment le cas dans le sud du pays et en Sicile, dont il est probable que l'agriculture serait sinistrée sans les sans-papiers. D'autre part, contrairement à certains de ses partenaires de l'Union européenne, l'Italie, dont le taux de natalité n'assure pas le renouvellement des générations, n'a jamais fermé ses portes à l'immigration de travail, qu'elle intègre sous forme de quotas annuels d'admission. Son marché du travail, notamment dans les emplois de service et sous-qualifiés, peut par conséquent largement absorber les migrants qui arrivent sur son sol illégalement, en dépit des gesticulations spectaculaires de ses dirigeants qui crient à l'invasion tout en organisant à intervalles réguliers des régularisations massives de sans-papiers. Enfin il est notoire qu'un grand nombre des migrants qui arrivent en Italie n'y sont qu'en transit, et continuent leur route vers d'autres destinations européennes : une donnée que ne peuvent ignorer les autorités italiennes.

Quels sont donc les ressorts du recours à l'enfermement des étrangers en Italie ? La gestion erratique qui le caractérise obéit à différentes logiques, non exclusives les unes des autres. S'il n'est pas le principal, le facteur économique ne doit pas être négligé : une analyse détaillée du fonctionnement des centres (en 2005, 15 CPT, 7 CDI et plusieurs centres de premiers accueil), à peine ébauchée dans le rapport 2003 de la Cour des comptes italienne, révélerait sans

(23) Le journal de F. GATTI peut être consulté sur le site du magazine *L'Espresso* : http://www.espressonline.it/eol/free/jsp/detail.jsp?idCategory=4821&idContent=1129502&m2s=a.

doute qu'il peut parfois s'agir d'entreprises rentables pour les associations qui s'en sont vu confier la gestion, avec des prix de journée *per capita* pouvant atteindre jusqu'à 100 euros (à titre de comparaison, l'allocation versée en Italie aux demandeurs d'asile qui doivent subvenir à leurs besoins est de 17 euros par jour). Une autre raison est la position que veut tenir l'Italie au sein de l'Union européenne. Longtemps critiquée pour son laxisme à l'égard de l'immigration clandestine et son incapacité à surveiller ses frontières (le pays a dû, pour cette raison, patienter longtemps avant d'être admis au «club Schengen»), l'Italie a cherché à rendre tangibles ses efforts dans le domaine afin d'acquérir une crédibilité : les camps contribuent à cette stratégie d'affichage de la fermeté, au même titre que les expulsions collectives organisées sous le regard de l'opinion européenne depuis l'île de Lampedusa vers la Libye, en octobre 2004 et mars 2005 (24). Cet affichage sert aussi les rapports que l'Italie veut instaurer avec les pays d'origine des migrants qui viennent sur son sol. En rendant visible outre Méditerranée le sort promis à ceux de leurs ressortissants qui utilisent la voie de la migration «illégale», le gouvernement italien fait pression sur ses partenaires pour négocier des accords bilatéraux en matière de contrôle des migrations. Les quotas annuels de travailleurs tunisiens admis en Italie peuvent ainsi être révisés à la baisse si un trop grand nombre de «clandestins» tunisiens passent par les CPT.

E. – *Les camps et le droit : illégitimité de l'enfermement*

On a vu plus haut que, même lorsque le principe en est validé par la loi, comme c'est le cas dans la plupart des États membres de l'Union européenne, l'internement des étrangers induit de façon quasi inévitable des violations des droits de la personne, qu'on pourrait assimiler à des effets pervers si leur récurrence ne trahissait leur caractère fonctionnel (voir ci-dessus, A. Déni de droits). Au-delà, la mise en perspective des prescriptions du droit international en matière d'enfermement, avec sa systématisation en Europe comme mode courant d'administration de la question migratoire,

(24) Sur les refoulements de migrants organisée par l'Italie vers la Libye en 2004 et 2005 : *Expulsions de masse vers la Libye, oct 2004 :* http://www.migreurop.org/rubrique164.html et *Mars 2005 : Lampedusa, les expulsions s'amplifient* : http://www.migreurop.org/rubrique173.html.

laisse, au vu de la pratique actuelle dont témoignent les exemples maltais et italien, peser les plus grandes inquiétudes.

S'agissant des migrants en général, c'est le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui, en référence au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, encadre, dans une série d'observations générales, les modalités de détention et plus généralement de privation de liberté (25). Selon ce Comité, pour lequel les droits énoncés dans le Pacte s'appliquent à toute personne, sans condition de réciprocité, «quelle que soit sa nationalité et même si elle est apatride», «traiter toutes les personnes privées de leur liberté avec humanité et en respectant leur dignité est une règle fondamentale d'application universelle qui ne peut dépendre entièrement des ressources matérielles disponibles. [Si] les modalités et les conditions de détention varient nécessairement selon les ressources disponibles, elles doivent toujours être appliquées sans distinction, comme l'exige le paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte selon lequel 'les États parties s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte (...)'» (26). Il ajoute que le droit d'être traité avec humanité, prévu à l'article 10 du Pacte, «s'applique à toute personne privée de sa liberté en vertu des lois et de l'autorité de l'État et qui est détenue dans une prison, un hôpital – un hôpital psychiatrique en particulier –, un camp de détention, un centre de redressement ou un autre lieu», et qu'en conséquence les États «doivent veiller à ce que le principe énoncé dans cette disposition soit respecté dans toutes les institutions et tous les établissements placés sous leur juridiction et où des personnes sont retenues». Le Comité renvoie également à l'article 7 du Pacte («nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants») pour rappeler que les personnes privées de leur liberté non seulement ne peuvent être soumises à un traitement contraire cette disposition, mais encore «ne doivent pas subir de privation ou de contrainte autre que celles qui sont inhérentes à la privation de liberté; le respect de leur dignité

(25) Nations Unies, *Récapitulation des observations ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 mai 2004 : http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ca12c3a4ea8d6c53c1256d500056e56f/$FILE/G0441302.pdf.

(26) Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale n° 9 sur le traitement des personnes privées de leur liberté* (1982).

doit être garanti à ces personnes de la même manière qu'aux personnes libres». Il précise que «les personnes privées de leur liberté jouissent de tous les droits énoncés dans le Pacte, sous réserve des restrictions inhérentes à un milieu fermé» (27).

S'agissant des demandeurs d'asile, qui, compte tenu des normes de plus en plus strictes en matière de franchissement des frontières et de la criminalisation de l'irrégularité du séjour, constituent aujourd'hui une proportion importante de la population victime de mesures de détention, les réserves sont encore bien plus importantes. Tout au plus l'enfermement peut-il être admis pour une très courte durée à l'arrivée du demandeur sur le territoire d'un pays, à des fins d'identification s'il s'y est présenté sans document de voyage, jusqu'à ce qu'il ait formulé sa demande. Le fait qu'une loi nationale permette la détention des étrangers qui sont entrés ou séjournent irrégulièrement sur le territoire ne suffit pas à justifier son application à l'égard des demandeurs d'asile. C'est ce qui se dégage de l'interprétation qui a été donnée des principaux textes pertinents des Nations Unies et du Conseil de l'Europe en la matière par les instances *ad hoc.*

Le Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), s'appuyant sur l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme selon lequel le droit de chercher asile est un droit de l'Homme, pose comme principe, dans ses Lignes directrices sur les critères applicables à la détention des demandeurs d'asile (1999), que les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus. Seules des exceptions strictement encadrées peuvent être admises. En tout état de cause, il ne suffit pas que la détention appliquée aux demandeurs d'asile soit prévue par la législation nationale des États pour être dénuée d'arbitraire. Elle doit aussi être conforme à l'article 31 de la Convention de Genève de 1951 relative aux réfugiés, selon lequel les États d'accueil ne peuvent ni sanctionner les réfugiés pour entrée ou séjour irrégulier, ni imposer à leurs déplacements d'autres restrictions que celles qui sont «nécessaires». Dans sa Conclusion 44 (28), le Comité exécutif du HCR indique dans quelles circonstances la détention, qui ne doit

(27) Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale n° 21 sur le droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité* (1992).

(28) Comité Exécutif du HCR *Conclusion n° 44 (XXXVII) relative à la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés* (1986).

jamais revêtir un caractère automatique, peut être qualifiée de «restriction nécessaire» :

- le temps de la détermination de l'identité du demandeur;
- dans le cadre d'une interview préliminaire, pour identifier le fondement de la demande d'asile (mais en aucun cas pour toute la durée de la procédure de détermination);
- dans le cas où le demandeur a volontairement cherché à soustraire ses documents de voyage ou son identité, dans l'intention de ne pas coopérer avec les autorités;
- pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public (ce cas se réfère aux circonstances où le demandeur d'asile a des antécédents criminels ou lorsque, d'évidence, son admission sur le territoire serait susceptible de poser un problème pour la sécurité nationale ou l'ordre public).

Cette conclusion précise que n'entre pas dans le champ des «restrictions nécessaires» une politique de détention visant à dissuader de futurs demandeurs d'asile, ou à inciter des demandeurs d'asile à retirer leur requête. L'invocation d'une urgence, par exemple en cas d'arrivée simultanée d'un très grand nombre de demandeurs d'asile, ne peut non plus justifier leur placement dans des «camps fermés» si ce placement n'est pas accompagné d'une recherche immédiate de solutions.

La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme des Nations Unies, dans sa Résolution 2000/21 sur la détention des demandeurs d'asile (2000), met en garde contre certaines pratiques et politiques de détention susceptibles de contrevenir aux principes, normes et règles internationaux relatifs aux droits de l'Homme ou de dissuader des personnes de chercher refuge contre la persécution, «prie instamment les États de respecter leurs obligations internationales respectives s'agissant des pratiques et politiques de détention à l'égard des demandeurs d'asile» et les «encourage à adopter d'autres modalités que la détention» (29).

Le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire estime pour sa part que «tout demandeur d'asile ou immi-

(29) Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme des Nations Unies, *Résolution 2000/21 sur la détention des demandeurs d'asile* (2000), UN Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/2000/21 : http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/9caadb0110b4f920c1256976004abad1?Opendocument.

grant mis en rétention doit être présenté à bref délai à une autorité judiciaire ou autre», et qu'«un délai maximum doit être prévu par la loi, la rétention ne pouvant en aucun cas être illimitée ou d'une durée excessive» (30).

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe se réfère, dans sa Recommandation sur les mesures de détention des demandeurs d'asile (31), à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950 pour formuler un certain nombre de principes en vue d'encadrer strictement les conditions dans lesquelles un demandeur d'asile peut être placé en détention. Ces principes stipulent que, lorsqu'une personne est régulièrement arrêtée ou détenue «pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours», elle doit être «informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation», et qu'elle a «le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si le délai sur la légalité de détention est illégale» (32).

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite, dans sa Recommandation 1327 relative à la protection et au renforcement des droits de l'Homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe (33), les États membres à recourir en priorité à des méthodes non privatives de liberté, comme les systèmes de surveillance, l'obligation de se présenter régulièrement devant une autorité, la liberté sous caution ou d'autres systèmes de garantie; à élaborer et diffuser des critères précis pour déterminer quels demandeurs d'asile doivent être détenus; et à introduire dans leur législation sur l'asile

(30) Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, *Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, annexe II b, délibération n°5 sur la situation des immigrants et des demandeurs d'asile*, 28 décembre 1999, p. 29 : http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/89364b1bc64c34a08025689000432f28?Opendocument.

(31) Conseil de l'Europe, *Recommandation Rec (2003)5 du Comité des Ministres aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile* 16 avril 2003 : https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2107&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.

(32) Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, *ETS*, 5, et : http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/005.htm.

(33) Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe* : http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta97/frec1327.htm.

des règles fixant la durée maximale de détention des demandeurs d'asile.

Enfin la plupart des textes ici mentionnés excluent *a priori* la détention des demandeurs d'asile mineurs d'âge, notamment lorsqu'ils sont non-accompagnés. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1990, qui invite les États signataires à un traitement particulier des enfants demandeurs d'asile ou réfugiés pour le respect des principes qu'elle énonce, leur demande dans l'article 37.b de veiller à ce que «nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale et arbitraire». Elle précise que «l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure en dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible» (34).

Le décalage entre la réalité des camps de migrants dans les pays où elle a été étudiée et les principes qu'on vient de rappeler met en évidence l'impossibilité de fonder une politique migratoire sur l'enfermement sans porter gravement atteinte aux droits fondamentaux. Pourtant, loin de reconnaître l'illégitimité des camps qu'elle installe sur son territoire, l'Union européenne s'emploie à en exporter le modèle. Engagée dans une réflexion sur «la dimension externe de sa politique d'asile et d'immigration», elle monnaye l'aide au développement et le financement de la coopération contre une collaboration active des pays d'origine et de transit des migrants à la protection de ses frontières et assigne à ses voisins proches (en Afrique du Nord, aux frontières orientales) le rôle de retenir les migrants et des demandeurs d'asile dont elle ne veut pas.

III. – Les camps hors d'Europe

La banalisation, sur le territoire européen, de l'enfermement comme mode de gestion de la migration et de l'asile est probablement un des facteurs qui ont contribué à ce que revienne de façon récurrente sur le devant de l'actualité, depuis le début des années 2000, l'idée d'externaliser le concept en installant hors des frontières de l'Union européenne des «centres de transit» pour gérer à distance la question migratoire et la demande d'asile. Qu'elle soit apparue

(34) Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1991, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 *UNTS* 3, et : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/k2crc_fr.htm.

sous la forme d'un projet britannique au début de l'année 2003 n'est pas surprenant. Quelques semaines avant, Tony Blair avait fait savoir de façon provocatrice que, pour faire face aux migrations de masse venant de l'est de l'Europe et au-delà, il était prêt à intervenir au niveau international de manière radicale, y compris par la révision de la Convention européenne des droits de l'homme, présentée comme un instrument dépassé (35). La méthode lui a permis d'imposer le sujet à l'agenda communautaire et à l'ordre du jour des discussions des Quinze au sein d'un Conseil européen la même année. Dans la foulée, le projet de camps hors d'Europe a été intégré dans le programme de travail de la Commission européenne, pour y être remodelé et progressivement reconverti en outil de protection, avec le concours du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), comme on va le voir ci-après. A nouveau brandi par les ministres de l'Intérieur allemand et italien au cours de l'été 2004, il a, malgré les démentis, fait son entrée dans le plan d'action quinquennal de l'UE pour les politiques de Liberté, Sécurité et Justice, dit «programme de La Haye», adopté par les chefs d'État et de gouvernement au mois de novembre 2004 (36). Il n'est bien sûr quasiment jamais fait usage, par ces différents acteurs de l'externalisation, du terme de «camp». On va voir que chacun, à sa façon, s'est pourtant employé à en dresser les clôtures.

L'idée n'est au demeurant pas nouvelle : dès 1986 le gouvernement danois proposait un système de gestion des demandes d'asile dans des centres de traitement régionaux, administrés par les Nations Unies, dans lesquels auraient été systématiquement placés les requérants d'asile ayant illégalement franchi la frontière. Quelques années plus tard, les Pays-Bas inscrivaient à l'agenda de la conférence intergouvernementale de l'UE ouverte en 1994 un projet de centres d'accueil et de traitement pour demandeurs d'asile, situés dans les régions d'origine, à proximité des pays de départ (37). Les Pays-Bas et le Danemark ont d'ailleurs été de fervents soutiens du Royaume-Uni dans les discussions à quinze engendrées par la pro-

(35) Voir le communiqué de presse de Downing Street du 27 janvier 2003 : http://www.pm.gov.uk/output/page1321.asp.

(36) Conseil européen, Bruxelles, 4 et 5 novembre 2004, conclusions de la présidence : http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/82540.pdf.

(37) Noll G., «Visions of the exceptional : legal and theorical issues raised by transit processing centres and protection zones», *European Journal of Migration and Law*, 2003, disponible à : http://www.opendemocracy.net/content/articles/PDF/1322.pdf.

position britannique. Pratiquée depuis longtemps ailleurs qu'en Europe, la méthode n'est pas non plus originale. Aux États-Unis, c'est sur la base navale américaine de Guantanamo (sur l'île de Cuba), ou à bord d'un bâtiment de la Marine mouillant à proximité des côtes jamaïcaines, qu'ont été retenus, de 1991 à 1995, des *boat people* haïtiens interceptés en mer, afin de soumettre leurs demandes d'asile à un pré-examen avant d'éventuellement les admettre sur le sol américain ou, plus souvent, de les refouler (38). Plus récemment a été ouvert au Mexique, avec le soutien américain, un «centre pour migrants» proche de la frontière, destiné à aider les Mexicains «qui souhaitent remplir les conditions nécessaires pour entrer sur le territoire américain» (39). Quant à l'Australie, elle a inventé en 2001 la *Pacific solution* : la gestion matérielle de l'accueil des candidats à l'asile est sous-traitée à des micro-États relevant de son aire d'influence géopolitique, qui installent sur leur territoire des camps où interviennent l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) et le HCR (40).

A. – *La proposition britannique de «transit processing centers»*

La proposition britannique, inscrite à la dernière minute à l'ordre du jour d'une réunion informelle des ministres de l'intérieur et des affaires étrangères de l'UE en mars 2003, sous le titre «New international approaches to asylum processing and protection» (41) se réfère d'ailleurs explicitement au système australien. Elle part du postulat selon lequel le système d'asile est en crise, en raison de l'utilisation abusive du canal de l'asile par de «faux» réfugiés qui cherchent à contourner les règles de l'immigration économique, menaçant de ce fait la viabilité du régime de protection internationale. Elle comprend deux volets : 1) création de zones sécurisées sous contrôle d'organisations internationales dans des États d'accueil, les «zones de protection régionales», vers lesquelles pourraient être renvoyés les demandeurs

(38) Danroc G., «États-Unis : le retour des refoulés», *Plein Droit*, octobre 1992 : http://www.gisti.org/doc/plein-droit/18-19/etats-unis.html.

(39) Dispositif annoncé par Luis Ernesto Derbez, ministre mexicain des Affaires Étrangères, dépêche AP du 17 février 2005.

(40) Voir : Amnesty International, *Australia-Pacific. Offending human dignity : the «Pacific Solution»*, 25 août 2002 : http://web.amnesty.org/library/index/ENGASA120092002.

(41) Lettre de Tony Blair à Costas Simitis, alors président en titre de l'Union européenne, 10 mars 2003 : http://www.statewatch.org/news/2003/apr/blair-simitis-asile.pdf; synthèse en français : http://www.migreurop.org/IMG/rtf/dearcostas-trad.rtf.

d'asile dont la requête aurait été rejetée en Europe mais qui ne pourraient rentrer immédiatement dans leur pays d'origine 2) mise en place de centres de transit et de traitement (*transit processing centers, TPC*) dans les régions traversées par les demandeurs d'asile en route vers l'Europe, où ces derniers seraient renvoyés dès leur tentative de passage d'une frontière européenne, afin qu'il soit procédé à l'examen de leur demande. L'articulation entre le système actuel d'asile (traitement des demandes dans les pays de l'UE dont leur examen relève, en application de la loi nationale de ces pays (42)) et les deux volets de la proposition britannique est la suivante : les demandeurs d'asile arrivant dans l'UE seraient envoyés dans un TPC dans des pays tels que l'Albanie, la Bulgarie ou la Roumanie. Ceux qui seraient reconnus réfugiés seraient réinstallés dans un des pays de l'UE, éventuellement sur la base de quotas correspondant aux capacités et aux besoins des États d'accueil, les autres étant renvoyés dans leur pays d'origine, ou dans des pays relevant de la zone de protection de leur région d'origine. Le projet, qui évoque la Turquie, l'Iran, le Kurdistan irakien, le nord de la Somalie ou encore le Maroc comme possibles zones de protection, sera finalement écarté au sommet de Thessalonique de juin 2003 faute de recueillir l'assentiment de certains États membres (notamment la Suède et l'Allemagne). Mais il est loin d'être enterré. La Grande-Bretagne est même invitée à se livrer à des «expérimentations à petite échelle» avec l'aide de certains pays, dont l'Australie. Dans les conclusions du sommet, le Conseil européen «invite la Commission à explorer tous les paramètres permettant d'assurer que l'entrée dans l'UE des personnes qui ont besoin d'une protection internationale se fasse d'une manière plus ordonnée et mieux gérée, et à examiner comment les régions d'origine pourraient mieux assurer la protection de ces personnes» et note «qu'un certain nombre d'États membres envisagent d'étudier des moyens d'améliorer la protection des réfugiés dans leur région d'origine, en liaison avec le HCR» (43). Explicitement interpellés par le Conseil, le HCR et la Commission européenne sont en effet au cœur du débat.

(42) La détermination du pays de l'UE responsable de l'examen d'une demande d'asile est organisée par le règlement dit «Dublin II», voir note 15.

(43) Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, conclusions de la présidence : http://www.migreurop.org/article42.html.

B. – *Le soutien du HCR*

La célébration de son cinquantième anniversaire, en 2001, est l'occasion pour le HCR de mener une vaste réflexion autour des nouvelles formes que pourrait prendre la protection internationale dans le cadre d'une campagne de consultations internationales. Partant du postulat que la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, dont il reste le gardien, n'est plus adaptée aux configurations actuelles des déplacements de populations, l'axe principal de cette réflexion est la nécessité «d'assurer une plus grande équité dans le partage des responsabilités et du fardeau». Le Haut-Commissaire de l'époque, Ruud Lubbers, explicite la formule lorsque, s'adressant aux représentants des gouvernements des quinze États membres de l'UE en 2002 (44), il annonce le lancement d'un processus baptisé «Convention plus» (45) destiné à répondre à «l'une des grandes préoccupations actuelles» à savoir «les mouvements secondaires de réfugiés» (l'expression désigne les déplacements des réfugiés depuis le premier État par lequel ils sont passés vers un État d'installation). Parmi les solutions proposées par «Convention plus» figurent des accords définissant le rôle et les responsabilités respectifs des pays de destination, de transit et d'origine (!) des exilés, ainsi qu'un «système international et fonctionnel de partage des responsabilités qui permettrait aux réfugiés d'obtenir protection et assistance aussi près que possible de leur région d'origine». Ce que l'on peut traduire par la recherche de moyens pour fixer les réfugiés dans les premiers pays par lesquels ils passent sur la route de l'exil, afin d'éviter qu'ils n'arrivent jusqu'en Europe. Dans un contexte de baisse aussi régulière que spectaculaire de la demande d'asile dans l'Union européenne (46), l'objectif et les solutions proposées ne laissent pas d'inquiéter, tant ils semblent viser moins la protection des réfugiés que celles des frontières des États occidentaux. Ce que conforte Ruud Lubbers lorsqu'il précise aux ministres européens qu'«en met-

(44) Déclaration de Ruud Lubbers devant les ministres chargés de l'immigration de l'UE réunis à l'occasion du Conseil informel «Justice et Affaires intérieures» à Copenhague le 13 septembre 2002 : http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/admin/opendoc.htm ?tbl = ADMIN&id = 3d92deeb6.

(45) Voir : http://www.migreurop.org/rubrique50.html.

(46) Les statistiques du HCR révèlent une «chute spectaculaire des demandes d'asile dans les pays industrialisés», particulièrement sensible depuis 2001. En 2004, le nombre de demandeurs d'asile enregistrés dans l'Union européenne avait diminué de 19 % par rapport à l'année précédente, qui avait déjà été marquée par une baisse importante. Communiqué du HCR, 1er mars 2005 : http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.html ?tbl = NEWS&page = news&id = 4224411d16.

tant davantage l'accent sur la recherche de solutions durables dans les régions d'origine, le nombre de candidats à l'installation dans les pays diminuera et il sera plus facile d'expliquer à vos concitoyens le besoin de les intégrer dans vos sociétés» (47).

On ne peut s'empêcher de penser que le chemin de la proposition britannique était déjà tracé par la «Convention plus» du HCR, dont on peut résumer la rhétorique par la formule «accueillir ailleurs pour protéger mieux». De fait, l'une et l'autre semblent, au cours du mois de mars 2003, se répondre. A Tony Blair dénonçant le fait que la plupart des demandes d'asile émanent de «faux réfugiés» alors que les «véritables réfugiés» restent dans les régions d'origine, et plaidant auprès de ses homologues l'intérêt d'un plan conçu «pour une meilleure gestion internationale des réfugiés et des demandeurs d'asile», font écho les déclarations de Ruud Lubbers qui, au même moment, déplore devant les ministres chargés de l'immigration des Quinze que le système d'asile soit perverti par l'utilisation abusive des procédures de la part des «faux demandeurs» (48). A la proposition anglaise d'installer hors d'Europe des camps de transit pour l'instruction des requêtes répondent les offres de service du HCR, prêt à aider les États membres à identifier les personnes n'ayant pas besoin de protection internationale, et à mettre en place un système commun – et allégé – d'accueil et d'examen de leur demande d'asile, afin de les traiter rapidement et de désengorger les systèmes nationaux. Pour Ruud Lubbers ce système commun consisterait à détenir ces personnes dans des centres fermés, éventuellement sur le territoire de certains des futurs États membres, ceux qui vont entrer dans l'UE avec l'élargissement de 2004 et qui forment la frontière extérieure de l'Union à l'est (49). Certes les projets du HCR ne visent que la demande d'asile dite «abusive», celle dont il a été décrété qu'elle était «manifestement infondée» selon la formule consacrée, alors que la proposition britannique envisage le transfert de *tous* les demandeurs d'asile dans des camps externalisés. Il reste qu'en validant d'une part le principe de l'asile ailleurs, d'autre part le recours à la détention des demandeurs d'asile, le HCR a apporté

(47) Déclaration de Ruud Lubbers devant les ministres des Quinze chargés de l'immigration, réunis à l'occasion du conseil informel «Justice et Affaires intérieures» de Veria le 28 mars 2003 : http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.htm ?tbl = ADMIN&id = 3e8480244&page = ADMIN.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

une contribution fondamentale à la légitimation du camp comme outil de gestion de l'asile par l'Europe.

La position du HCR est confirmée dans le volet européen de «Convention plus», rendu public en juin 2003 (50), qui, bien que présenté comme une contre-proposition au projet britannique, en reprend en fait l'essentiel de l'architecture, à l'exception du caractère externe de l'implantation des centres fermés. Quelques mois plus tard, alors que la Commission européenne cherche, comme on va le voir, à temporiser, c'est encore le HCR qui relance l'idée d'une gestion centralisée de l'asile dans des «centres de traitement européens» pour les présumés «faux» demandeurs d'asile, et vante les avantages d'une gestion collective des déboutés incluant éventuellement la détention, notamment parce qu'elle facilite leur expulsion («rejected asylum-seekers from the same country of origin can be held together and if likely to abscond, detained before deportation and returned more easily as a group») (51).

Le 22 janvier 2004, s'adressant au Conseil Justice et Affaires Intérieures de Dublin, le Haut-Commissaire Lubbers, pour pallier le risque d'engorgement des procédures d'asile, préconise à nouveau l'établissement «de centres de réception européens, où les dossiers de certaines catégories de demandeurs d'asile pourront être étudiés par des équipes d'assesseurs et d'interprètes de toute l'Union» et surtout «d'un système collectif de renvoi rapide des personnes, parmi les demandeurs d'asile, dont on établit qu'elles ne sont pas des réfugiés et qu'elles n'ont besoin d'aucune autre forme de protection internationale. Ce système se baserait sur des accords de réadmission négociés collectivement par l'UE avec les pays d'origine» (52). Le programme de La Haye, adopté au Conseil Européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004, associe le HCR aux programmes d'externalisation :

> «Une autre étude, qui devrait être menée en étroite consultation avec le HCR, devrait évaluer le bien-fondé, le caractère opportun et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors du territoire de l'UE. [...] Le Con-

(50) UNHCR Working Paper, *UNHCR's three-pronged proposal*, Geneva, juin 2003 : http://www.statewatch.org/news/2003/jul/unhcr2.pdf.

(51) UNHCR Working Paper, *A revised «EU prong» proposal*, Geneva, 22 décembre 2003 : http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.pdf?tbl = RSDLEGAL&id = 400e85b84.

(52) Communiqué de presse du HCR, 22 janvier 2004, *Le HCR anticipe des problèmes possibles dans le système d'asile européen et propose des solutions* : http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.html?tbl = NEWS&page = news&id = 400fc2a64.

seil Européen [...] invite la Commission à mobiliser des fonds communautaires existants pour aider les États membres à traiter les demandes» (53).

Ces recommandations avaient été concrétisées par anticipation un mois auparavant lorsqu'un million d'euros, co-financés à 80 % par la Commission et à 20 % par les Pays-Bas, sont débloqués pour des «projets-pilotes» en partenariat avec le HCR afin d'aider la Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie et la Libye à développer «un système d'asile national». Si le vocabulaire change, s'il n'est plus question de «camps» (54), on reste dans la même logique.

C. – *La Commission européenne : euphémisation et abstraction*

Si la proposition britannique a bousculé la Commission européenne en l'obligeant à prendre part au débat sur les camps dans une période où elle tentait péniblement d'achever le programme de communautarisation des normes relatives à l'asile (55), la dimension externe de la politique d'immigration et d'asile est toutefois loin d'être une nouveauté. Il en était déjà question dans le programme mis en place au sommet de Tampere en 1999, avec une approche globale prévoyant un volet consacré aux relations avec les pays tiers d'origine et de transit, en complément du «volet interne» supposé mettre en place un régime équilibré de la gestion des frontières et de l'accueil des migrants et des réfugiés en Europe. Rapidement cependant, c'est le volet externe qui s'est imposé dans les priorités de travail, évolution notamment due à l'incapacité des États membres de s'accorder sur une politique d'asile commune. Les «relations avec les pays tiers» de l'UE se sont ainsi progressivement transformées en exportation vers ces pays de la gestion de la politique migratoire, et en transfert de responsabilités en matière d'asile. Dans une communication de décembre 2002, la Commission européenne proposait d'«intégrer les questions liées aux migrations dans la politique extérieure de l'Union» (56) et inscrivait à l'exercice bud-

(53) Conseil Européen de Bruxelles, 4 et 5 novembre 2004, Conclusions de la Présidence, 14292/04, pp. 17-18 : http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/82540.pdf.

(54) Voir ci-dessous : E. Florilège sémantique : des «points d'accueil» aux «zones régionales de protection».

(55) Prévu pour être achevé le 1er mai 2004, ce programme ne sera finalement bouclé que le 1er décembre 2005, avec l'adoption tardive d'une directive très controversée sur les procédures applicables aux demandeurs d'asile.

(56) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'UE avec les pays tiers», COM (2002) 703

gétaire 2003 de l'Union, au chapitre «capacités de protection effective dans les pays tiers», le financement d'une «analyse des questions juridiques, financières et pratiques que soulèvent [...] les centres de traitement de transit des pays tiers» (destinés, on le suppose, à accueillir des demandeurs d'asile), en vue de «faire reculer les mouvements secondaires vers les États membres de l'UE» et de créer et consolider la capacité de traitement, d'accueil et de protection «y compris en ce qui concerne les personnes renvoyées du territoire de l'UE» (57). Même si la formule est moins directe que celle de la proposition britannique, on comprend sans peine, derrière l'euphémisme, que l'Union est prête à investir dans l'installation, hors de ses frontières, de camps pour les étrangers qu'elle ne veut pas voir arriver sur son sol ou dont elle veut se débarrasser. Le terrain était donc prêt lorsque la Commission, pour répondre à la «crise du système d'asile» en Europe, invite en mars 2003, dans la foulée de la proposition Blair, à rechercher de nouvelles voies, parmi lesquelles une «véritable politique partenariale avec les pays tiers et les organisations internationales» et préconise «une implication beaucoup plus forte des pays tiers de premier accueil et de transit» pour une «protection dans les régions d'origine». Ce programme doit conduire à la «consolidation de l'offre de protection dans la région d'origine» (des éventuels réfugiés) avec un «traitement des demandes de protection au plus près des besoins», autrement dit à la mise en place de dispositifs dissuasifs, faisant appel à la «coopération» d'États tiers à qui il est demandé de retenir les candidats réfugiés pour les empêcher de gagner l'Europe (58).

Voilà l'externalisation de la politique européenne de gestion des frontières et les camps de demandeurs d'asile parés, grâce à la Commission européenne et au HCR, des atours de la protection. Telle sera désormais la partition jouée par l'UE, au travers de deux communications de la Commission qui définissent, au nom de la mise en

final, 3 décembre 2002 : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do ?uri = COM : 2002 :0703 :FIN :FR :PDF.

(57) Commission européenne, DG JAI, *Appel à proposition 2003*, ligne budgétaire «Coopération avec les pays tiers dans le domaine de la migration», B7-667.

(58) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection», COM (2003) 0152 final, 26 mars 2003 : http:// europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do ?uri = COM :2003 :0152 :FIN :FR :PDF.

place de régimes d'asile plus accessibles et équitables (59), le «renforcement des capacités de protection des régions d'origine» afin d'«améliorer l'accès à des solutions durables» (60).

D. – *Des camps pour l'asile ailleurs à ceux de «l'immigration choisie»*

On retrouve le même ton dans le programme pluriannuel pour les politiques d'asile et d'immigration adopté en novembre 2004 à La Haye par les chefs d'État et de gouvernement des Vingt-Cinq (61), qui étend la référence à l'externalisation au-delà du seul domaine de l'asile. Peu concret sur les mesures à adopter au plan interne, ce plan d'action quinquennal consacre une large place à «la dimension extérieure de l'asile et de l'immigration», déclinée en plusieurs volets. L'accent est mis sur la nécessité pour l'Union européenne de soutenir les pays tiers dans le cadre d'un partenariat avancé pour améliorer leur capacité à gérer les migrations, à protéger les réfugiés et à prévenir et combattre l'immigration clandestine. Dans cette perspective, il est souligné que «les politiques qui concernent à la fois l'immigration, la coopération au développement et l'aide humanitaire [doivent être] cohérentes». Concernant l'asile, une étude va évaluer «le bien-fondé, le caractère opportun et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors de l'UE». Il est également prévu d'intensifier la coopération aux frontières méridionales et orientales de l'UE afin de permettre aux pays limitrophes d'offrir une protection adéquate aux réfugiés et de mieux gérer l'immigration.

Si la justification de l'installation par l'Europe de camps hors de ses frontières avait jusqu'ici principalement porté sur l'argument de la protection (dissuader les «faux» réfugiés, éviter aux «vrais» les écueils et les dangers sur les routes de l'exil), le programme de La Haye, en introduisant la dimension migratoire dans le débat,

(59) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés», COM (2003) 315 final, 3 juin 2003 : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0315:FIN:FR:PDF.

(60) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Sur la gestion de l'entrée gérée dans l'UE de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine», COM (2004) 410 final, 4 juin 2004 : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0410:FIN:FR:PDF.

(61) Voir note 35.

répond à une apparente contradiction entre des préoccupations exprimées par la Commission depuis longtemps – l'économie européenne a besoin de main-d'œuvre étrangère – et la surenchère sécuritaire affichée par les États membres en matière de contrôle des frontières. Dès la fin des années 90, la Commission plaidait pour la reprise de l'appel à l'immigration de travail, à condition toutefois qu'elle soit parfaitement adaptée aux besoins du marché de l'emploi des États membres. Un retour à l'«utilitarisme migratoire» crûment résumé par Romani Prodi, qui présidait alors la Commission : «nous avons besoin des immigrés, mais ils devront être choisis, contrôlés et placés au bon endroit» (*scelti, controllati e collocati*) (62). Le même discours sera repris trois ans plus tard par la Commission, avec cette précision que le recours à l'immigration de main-d'œuvre suppose qu'en même temps l'on dissuade à la source les migrations non désirées par une coopération financière et policière avec les pays d'origine et de transit (63). Le renforcement des obstacles à la migration et l'externalisation de sa gestion ne sont donc pas incompatibles avec l'ouverture sélective des frontières, dont les camps peuvent se révéler un outil de choix. L'idée a d'ailleurs été explicitement émise par l'Italie et l'Allemagne en août 2004, en réponse à plusieurs vagues d'arrivées massives de migrants par bateau sur les côtes siciliennes. Au prétexte d'éviter les drames qui surviennent lors des tentatives clandestines d'entrée en Europe et de réduire l'activité criminelle des passeurs, il s'agit de mettre en place des centres servant «à la fois de soutien humanitaire» et de «fournir des informations afin que les candidats à l'immigration puissent entrer en contact avec le monde du travail et obtenir des renseignements sur les qualifications requises», selon l'ancien ministre italien aux Affaires européennes (64). Le projet, resté flou quant aux moyens de sa réalisation, a fait couler beaucoup d'encre au moment où il a été

(62) Cité par MORICE A. dans «Choisis, contrôlés, placés. Renouveau de l'utilitarisme migratoire», *Vacarme*, hiver 2001 : http://vacarme.eu.org/article68.html.

(63) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Communication sur l'immigration, l'intégration et l'emploi», COM (2003) 336 final, 3 juin 2003 : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0336:FIN:FR:PDF.

(64) RICARD P., «Rome et Berlin veulent créer des centres d'accueil hors de l'Union pour les candidats à l'immigration», *Le Monde*, 3 septembre 2004.

discuté par les ministres chargés de l'immigration des Vingt-Cinq à la fin du mois de septembre 2004 (65).

E. – *Florilège sémantique : des «points d'accueil» aux «zones régionales de protection»*

Si le terme de «camp» est désormais banni («nous avons décidé de ne plus jamais employer ce mot», déclare au mois d'octobre 2004 le commissaire européen chargé de la Justice et des Affaires intérieures (66)) au profit d'un florilège de substituts politiquement corrects, le concept est abondamment décliné, même s'il reste très imprécis, mêlant alternativement les questions d'asile et d'immigration. Le ministre allemand de l'Intérieur envisage d'installer dans les pays riverains de la Méditerranée, ainsi qu'en Ukraine, des «centres d'accueil» où serait examinée à la lumière des textes européens non pas le droit d'asile mais la pertinence d'en solliciter le bénéfice. «Grâce à l'aide financière et logistique de l'Europe, les personnes rejetées pourraient être immédiatement renvoyées dans leur pays d'origine» (67). La France est réputée hostile à l'idée. «Les camps de transit, c'est une fausse bonne idée», selon le ministre de l'Intérieur Dominique de Villepin. Mais le même suggère «d'aider ponctuellement les pays d'Afrique du Nord en créant des 'points d'accueil'» (68) où migrants et demandeurs d'asile seraient rassemblés pour une courte période et qui permettraient de gérer le retour vers le pays d'origine des «faux» demandeurs d'asile «à peu de frais, puisqu'il se ferait en autocar, et non par avion» (69). De leur côté, Italiens et Allemands relancent leur proposition de «guichets européens de l'immigration» pour regrouper hors des frontières les candidats à l'immigration, en l'inscrivant dans un plan global de lutte contre l'immigration clandestine, d'aide au développement des pays

(65) Sur la période qui vient d'être évoquée, on trouvera une «chronique européenne des camps» dans l'article de VALLUY J. «La nouvelle Europe politique des camps d'exilés : genèse d'une source élitaire de phobie et de répression des étrangers», *Cultures & Conflits*, printemps 2005 : http://conflits.org/document1726.html

(66) Antonio Vittorino, cité par BOUILHET A., «L'Europe financera des 'centres' de réfugiés à l'extérieur de l'Europe», *Le Figaro*, 2 octobre 2004.

(67) MARION G., «En Allemagne, le projet du ministre de l'intérieur est critiqué», *Le Monde*, 30 septembre 2004.

(68) BOUILHET A., «L'Europe financera des 'centres' de réfugiés à l'extérieur de l'Europe», *Le Figaro*, 2 octobre 2004.

(69) «Débat confus sur la politique d'asile européenne», *Le Monde*, 1er octobre 2004.

«source» d'Afrique sud-saharienne et de traitement «plus humain» de l'asile dans les pays de transit (70).

Si nul ne sort vainqueur de cette querelle sémantique, les migrants sont les grands perdants de ce débat. Car, pendant que les discussions de l'automne 2004 se poursuivent au niveau de l'Union, les camps se rapprochent. L'Italie, qui a plaidé auprès de ses partenaires de l'Union pour obtenir la levée de l'embargo sur les armes qui pesait sur la Libye, négocie désormais ouvertement des accords bilatéraux de coopération technique qui lui permettent de financer l'installation dans ce pays de camps pour retenir les migrants en route vers ses côtes (71). Pour sa part, la Commission européenne décide fin 2004 de financer un projet pilote destiné à évaluer la faisabilité de l'externalisation des procédures dans les pays du Maghreb, en Libye et en Mauritanie. Puis, au début de l'année 2005, d'affecter d'importants fonds européens pour «financer le renforcement de capacité de protection et d'accueil sur place, qui semble moins coûteux que l'accueil dans les centres de réfugiés installés dans des pays membres de l'UE». Après l'Afrique du Nord, elle envisage de développer cette activité avec l'Afrique des grands lacs et à la frontière orientale de l'UE, notamment en Ukraine, en Moldavie et en Biélorussie. L'idée, officiellement présentée au début du mois de septembre 2005, est d'articuler la mise en place de «zones régionales de protection» à proximité des pays d'où partent les exilés pour qu'ils y trouvent un premier asile, avec des programmes de réinstallation destinés à faire venir, dans un second temps, des contingents négociés de ces réfugiés depuis ces pays de premier accueil vers des pays de l'UE (72). Une façon, grâce à un dispositif de filtrage dont les camps seront très probablement une des clefs de voûte, d'adapter les exigences de la convention de Genève sur les réfugiés aux besoins migratoires de l'Europe.

Dans le cadre de ce nouveau partenariat, les pays ciblés pour faire office de zones d'attente avant le visa pour l'UE sont pourtant loin d'être «sûrs» au regard des besoins de protection auxquels ils

(70) Bouilhet A., «Désaccord européen sur les camps pour immigrés», *Le Figaro*, 18 octobre 2004.

(71) Rodier C., «L'Europe et l'externalisation. La Libye en première ligne», *in Politiques migratoires – grandes et petites manœuvres* (ouvrage collectif), éd. Carobella ex-natura, 2005.

(72) Commission européenne, «Communication relative aux programmes de protection régionaux», COM (2005) 388 final, 1er septembre 2005 : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0388:FIN:FR:PDF.

sont censés répondre. Selon l'ONG Human Rights Watch, les autorités ukrainiennes soumettent les demandeurs d'asile et les migrants à des traitements inacceptables et à de nombreuses maltraitances : détention prolongée, violences physiques et verbales et dans certains cas retour forcé dans le pays d'origine, où ils risquent tortures et persécutions (73). Quant à la Biélorussie, c'est l'Union européenne elle-même qui, régulièrement, exprime sa préoccupation à propos des violations répétées des droits de l'homme qui y sont pratiquées (74). Au demeurant, à supposer même ces pays considérés comme sûrs, ce qui n'est évidemment pas le cas, le concept de zone régionale de protection est en tant que tel sujet à caution, dans la mesure où bien souvent les demandeurs d'asile fuient des pays dont les frontières ne sont pas étanches : ils restent par conséquent en danger non seulement dans leur pays d'origine, mais aussi dans les États limitrophes et plus largement dans une l'aire géographique d'influence du pays qu'ils ont quitté (75).

Il serait naïf de voir une contradiction entre ces avertissements inquiétants et les projets de coopération envisagée par l'UE avec ces pays, tant il est vrai que ceux-ci n'ont pas été choisis, contrairement à ce qui est prétendu, en fonction de leur aptitude à «permettre l'accès à la protection» des réfugiés, mais à cause de leur position géographique, et partant de leur capacité à jouer le rôle de tampon pour protéger l'Europe des indésirables. Un objectif qui fait passer les droits dits «fondamentaux» au second plan, comme c'est de plus en plus souvent le cas lorsqu'ils concernent des étrangers. S'effaçant devant les logiques policières, les droits humains deviennent *accessoires* (76). Cette tendance, déjà largement engagée à travers la politique migratoire mise en œuvre par les États européens depuis la fin des années 80, risque d'être définitivement consacrée avec l'externalisation des procédures appliquées aux migrants et

(73) Human Rights Watch, «Ukraine : des migrants et des demandeurs d'asile régulièrement maltraités», communiqué de presse, 30 novembre 2005 : http://hrw.org/french/docs/2005/11/29/ukrain12106.htm.

(74) Déclaration de la présidence au nom de l'Union européenne concernant la «loi anti-révolutionnaire» en Biélorussie, communiqué de presse, 2 décembre 2005 : http://www.eu2005.gov.uk/servlet/Front?pagename=OpenMarket/Xcelerate/ShowPage&c=Page&cid=1115146984844&a=KArticle&aid=1132599456999&date=2005-12-02.

(75) LOESCHER G. et MILNER J., «The missing link : the need for comprehensive engagement in regions of refugee origin», *International Affairs*, 2003, pp. 583-617 : http://www.ecre.org/eu_developments/debates/missinglink.pdf.

(76) «Des droits fondamentaux bien encombrants», éditorial de *Plein Droit*, avril 2005 : http://www.gisti.org/doc/plein-droit/64/edito.html.

aux réfugiés, et la multiplication des camps d'étrangers au delà des frontières.

Pourtant, si l'opportunité d'installer des camps d'étrangers hors d'Europe a été source de débats nourris chez les dirigeants européens, les règles de droit applicables dans cette hypothèse et la compatibilité de cette délocalisation avec les standards européens des droits de l'homme reste peu questionnée. On s'efforcera d'explorer ici quelques unes des implications du processus d'externalisation dans des États tiers de la gestion de ses frontières par l'Europe.

F. – *Quelles implications juridiques de l'externalisation ?*

La proposition de Tony Blair de 2003, visant à installer dans des camps situés hors du territoire de l'Union européenne tous les demandeurs d'asile se présentant aux frontières d'un des États membres, pose d'emblée deux types de questions : d'abord celle de sa validité au regard du principes posés notamment par la Convention de Genève sur les réfugiés et la Convention européenne des droits de l'homme, ensuite celle du statut de tels lieux, outils de la politique européenne en territoire extra-européen. Cette deuxième question renvoie, au-delà du projet anglais non abouti de *transit processing centers* (TPC), à un débat plus général sur la part de responsabilité des États membres et des instances de l'Union européenne dans la gestion à distance du contrôle des flux migratoires.

1. *Violation du principe de non-refoulement*

Le projet britannique de 2003 supposait la mise en place hors d'Europe, mais sous la responsabilité des États membres de l'UE, de centres de traitement des demandes formées par des requérants d'asile devant les autorités de ces États. Le montage est-il compatible avec les règles du droit international de l'asile ? S'il repose sur le transfert automatique des demandeurs d'asile vers les pays tiers où seraient installés les TPC, décrits comme des centres fermés, il y a lieu de penser que non. D'abord en raison du caractère systématique de la détention, contraire à l'esprit de l'article 31 de la Convention de Genève qui prescrit de limiter les entraves à la liberté de circulation des demandeurs d'asile. Ensuite parce que la combinaison entre l'article 14-1 de la Déclaration universelle des droits de

l'homme, qui prévoit que «[...] toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays» et de l'article 33 de la Convention de Genève sur les réfugiés de 1951 qui interdit l'expulsion et le refoulement de réfugiés sur la frontière de territoires où leur vie ou leur liberté seraient menacées, si elle n'ouvre pas un droit à l'asile pour les requérants, impose aux États auxquels s'adressent ces derniers l'obligation, sinon de les admettre sur leur territoire, au moins de s'assurer que le pays vers lequel est envisagé un transfert est «sûr» au regard du besoin de protection qu'ils ont exprimé. La notion de pays «sûr» est depuis longtemps admise entre États de l'UE, et consacrée par le règlement communautaire dit «Dublin» de 2003, qui prévoit qu'un seul État de l'Union est responsable du traitement d'une demande d'asile quel que soit le pays où elle est présentée. On rappelle que cette solution, destinée à éviter l'*asylum shopping* (77), autorise le transfert des demandeurs d'asile depuis l'État où ils ont déposé leur requête vers celui considéré comme «responsable» de son traitement en fonction des critères fixés par le règlement Dublin. La transposition du principe de Dublin hors Union européenne n'est en revanche pas aussi formellement inscrite dans les textes. Certes, plusieurs États membres de l'UE ont intégré dans leur législation sur l'asile le concept de «pays d'origine sûr», qui leur permet de traiter en procédure accélérée les demandes émanant de personnes considérées comme ne justifiant *a priori* pas d'un besoin de protection. Certes, le Conseil de l'UE a adopté le 1er décembre 2005 une directive communautaire relative aux procédures d'asile (78) qui officialise la notion de pays d'origine sûr, mais aussi de «pays tiers sûr» vers lesquels pourraient être renvoyés les demandeurs avant même l'examen de leur demande s'ils y ont transité avant d'arriver sur le territoire d'un des États membres. Mais il y a lieu de penser que cette directive n'est elle-même pas conforme au droit international des réfugiés; elle a d'ailleurs été vivement critiquée par le Parlement européen, par de nombreuses ONG et par le HCR, qui s'est dit «particulièrement préoccupé par

(77) Ce concept de la novlangue européenne stigmatise le fait, pour un demandeur d'asile, de choisir son pays d'accueil et de déposer une deuxième demande après un premier rejet dans un pays de l'UE.

(78) Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *JOCE*, 2005, L 326, p.13 : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:FR:PDF.

certaines règles permettant aux États de désigner des «pays tiers sûrs» en dehors de l'Union européenne, dans lesquels les demandeurs d'asile pourront être renvoyés, sans même que leur demande d'asile soit traitée dans un pays membre de l'Union européenne» (79).

En tout état de cause, la référence à cette directive, même avec les réserves qu'on vient d'indiquer, ne permettrait pas la mise en place du mécanisme prévu par le projet britannique de TPC. D'une part parce que son application suppose un examen individuel même minimal de la situation de chaque requérant avant renvoi, ce qui ne correspond pas à l'objectif de refoulement de tous les demandeurs d'asile qui présenteraient leur requête aux frontières d'un État membre. D'autre part en raison du choix des pays évoqués par le projet Blair. La simple énumération des pays cités (80) met en lumière les difficultés inhérentes à l'exercice qui consiste à arrêter de façon certaine une liste de pays qu'on peut à coup sûr considérer comme des «pays tiers sûrs». En témoigne l'impossibilité dans laquelle se sont d'ailleurs trouvés les États membres de l'UE à se mettre d'accord sur une liste commune, au point que la directive relative aux procédures a été adoptée sans que cette liste y soit annexée. S'agissant des pays ciblés par le projet anglais, on ne relèvera que parmi eux figurent l'Ukraine, dont la capacité à respecter les droits des demandeurs d'asile est plus que sujette à caution (voir ci-dessus, II. E.) et le Maroc, qui s'est illustré à l'automne 2005 pour avoir ouvertement violé la Convention de Genève sur les réfugiés en détruisant des documents délivrés par le HCR et en refoulant des demandeurs d'asile en cours de procédure et des réfugiés reconnus (81). Dès l'annonce par le gouvernement britannique de son projet de TPC, l'obstacle concernant les pays tiers d'installation

(79) UNHCR, communiqué du 2 décembre 2005 : http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/news/opendoc.htm ?tbl = NEWS&id = 4390253a4.

(80) Il avait été fait allusion à l'Albanie, à la Bulgarie, à la Croatie, à l'Iran, au Maroc, à la Roumanie, à la Russie, à l'Ukraine, au nord de la Somalie, *etc* Voir ci-dessus : II. A. La proposition britannique de «transit processing centers».

(81) *Enfermement des étrangers et renvois collectifs : la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile en danger,* Rapport Cimade/Afvic, 19 octobre 2005 : http://www.migreurop.org/IMG/pdf/Maroc-rapport-19102005.pdf.

des camps avait d'ailleurs été soulevé par les ONG, notamment Amnesty International (82) et Human Rights Watch (83).

2. *Risques de traitements inhumains et dégradants*

Étroitement liée aux incertitudes sur la capacité des pays «d'accueil» des TPC britanniques à traiter correctement les demandeurs d'asile, la conformité du dispositif à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 3 interdit aux États signataires de soumettre les personnes relevant de leur juridiction à des traitements inhumains et dégradants, est particulièrement douteuse. Au vu des dérives et bavures régulièrement constatées dans les centres de rétention, zones d'attente et autres lieux d'enfermement d'étrangers situés dans les pays membres de l'UE (voir ci-dessus, I), on peut nourrir les plus vives inquiétudes quant au traitement des migrants qui pourraient être envoyés dans des pays tiers, loin du regard des observateurs impartiaux, sous le contrôle sinon l'autorité juridique d'agents privés ou publics non formés à cette tâche, dans un contexte de délégation de pouvoirs peu propice à une prise en compte attentive des besoins spécifiques des demandeurs d'asile. Du registre des traitements inhumains et dégradants relèvent également les répercussions mentales et psychologiques susceptibles d'être subies par les demandeurs d'asile renvoyés, et les difficultés prévisibles pour entrer en contact avec des membres de la famille éventuellement résidents de l'État de l'UE d'où le transfert vers un TPC aurait eu lieu (84).

A supposer que ces craintes quant aux risques de traitements inhumains et dégradants ne soient pas vérifiées, le projet de TPC paraît en tout état de cause peu compatible avec une autre directive européenne, adoptée en 2003, qui traite des conditions d'accueil des

(82) Amnesty International, «UK/EU/UNHCR : Unlawful and Unworkable – Amnesty International's views on proposals for extraterritorial processing of asylum claims», 18 juin 2003 : http://web.amnesty.org/library/pdf/IOR610042003ENGLISH/$File/IOR6100403.pdf.

(83) Human Rights Watch, «An Unjust «Vision» for Europe's Refugees», 17 juin 2003 : http://hrw.org/backgrounder/eca/refugees0603/refugees061803.pdf.

(84) Mac Donald I. et Finch N., «Opinion in the matter of the proposal by the UK to establish transit processing centres in third countries and the compatibility of this proposal with the UK obligations under the 1951 Refugee Convention and the European Convention on Human Rights», 22 juin 2003 : http://www.justice.org.uk/images/pdfs/asylumprocessingopinion.pdf.

demandeurs d'asile (85). Celle-ci fixe un certain nombre de normes minimales dans les domaines des conditions matérielles d'accueil et d'accès aux soins, à des conseils juridiques, à la formation professionnelle, *etc.*, dont on voit mal comment le contrôle du respect pourrait être assuré dans des camps externalisés.

G. – *Externalisation : quel droit applicable ?*

Le refus, par le Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, d'entériner la proposition de Tony Blair en s'engageant officiellement dans la mise en place de *transit processing centers* hors de l'Union européenne, est loin de faire perdre leur pertinence aux observations qui précèdent. A ceci plusieurs raisons : la première, c'est que le processus a effectivement commencé, dans un cadre bilatéral ou multilatéral, plus ou moins formel selon les cas, entre des États membres de l'UE et des pays tiers, comme on l'a vu plus haut pour l'Italie et la Libye; la seconde, parce que le programme d'externalisation de la politique européenne d'asile et d'immigration, décidé au sommet de la Haye de 2004 et progressivement mis en place par la Commission européenne, place le volet «migrations» de la politique de voisinage de l'UE et les projets de «zones de protection régionale» dans l'exact sillage des TPC de Blair. Et, qu'elle prenne ou non la forme de lieux d'enfermement pour étrangers et demandeurs d'asile, la délocalisation des contrôles aux frontières pose le problème de la responsabilité juridique des actes et procédures qui en découlent. Les solutions sont loin d'être simples. Certes, pour certains observateurs, le rôle joué par l'UE pour contraindre ses voisins à collaborer à sa politique migratoire engage sa responsabilité à l'égard des personnes éventuellement victimes de la mise en œuvre de cette politique (86). Mais aucune procédure n'est à ce jour venue valider cette hypothèse, et les voies d'intervention sont étroites et hasardeuses. Deux mécanismes juridiques pourraient être mobilisés : celui qui donne compétence à la Cour de jus-

(85) Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *JOCE*, 2003, L 31, p. 18 : http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/dynadoc/jo/jai/FR/ST015398_02ORIFR.pdf.

(86) Voir par exemple le communiqué du réseau Migreurop lorsqu'à l'automne 2005 des militaires marocains ont violemment réprimé les «assauts» de migrants subsahariens contre les grillages des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla, causant au moins quinze morts et de nombreux blessés : «Ceuta et Melilla : l'Union européenne déclare la guerre aux migrants et aux réfugiés», 12 octobre 2005 : http://www.migreurop.org/article887.html.

tice des Communautés Européennes (CJCE) pour juger des violations du droit communautaire commises par les États membres ou les instances de l'Union, et celui qui permet à toute personne relevant de la juridiction d'un des États membres du Conseil de l'Europe de saisir la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) pour faire sanctionner le non-respect d'une des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant du droit de l'Union européenne, on peut douter des chances d'aboutissement d'une plainte conduite sur son fondement par la victime étrangère des agissements «par ricochet» d'un État membre ou de l'UE elle-même, en cas de violation des droits fondamentaux commise à son encontre sur le territoire d'un État tiers. D'abord parce que ces droits ne font que de façon très indirecte partie du corpus juridique de la CJCE. Si la Charte des droits fondamentaux de l'Union peut dans une certaine mesure influencer les décisions de la Cour, elle n'a pas force juridique contraignante (87). Quant aux outils communautaires contraignants, comme les directives adoptées entre 2000 et 2005 dans le domaine de l'asile, il est peu probable qu'ils soient considérés comme applicables dès lors que les agents responsables de leur éventuel non-respect ne relèveraient pas directement de l'autorité d'un des États membres. Telle est la perversité de l'externalisation des procédures d'asile et d'immigration lorsque, comme c'est le cas entre l'UE et ses voisins, elle est pratiquée via la coopération avec des pays tiers. Car, reposant sur la déresponsabilisation de l'Europe au détriment d'États tiers qu'elle met au service de sa stratégie, elle lui permet d'échapper aux conséquences juridiques de ses desseins, y compris lorsqu'ils impliquent la violation des principes qu'elle revendique comme les siens (88). Des plaintes devant la CJCE pour mettre en cause la responsabilité d'États membres de l'UE auraient-elles la moindre chance d'être entendues, si elles sont déposées par des Subsahariens

(87) La Charte des droits fondamentaux est intégrée au projet de Traité constitutionnel européen dont elle constitue le second chapitre. Elle acquerrait force contraignante en cas d'adoption du Traité, hypothèse fortement compromise depuis le vote négatif par lequel se sont soldés les referendums organisés en France et aux Pays-Bas en 2005.

(88) Voir par exemple LAVENEX S., «Europeanization and Asylum Policy», communication à la 2ème Conférence ECPR, Marburg, septembre 2003, pp. 18-21 : http://www.essex.ac.uk/ECPR/events/generalconference/marburg/papers/symposia/2/Lavenex.pdf.

molestés par la police au Maroc en essayant de se rendre en Espagne, ou maltraités par des gardiens de camps libyens après avoir été expulsés par l'Italie ?

La Convention européenne des droits de l'homme, et la Cour qui en sanctionne les violations, offrent probablement des pistes plus sérieuses (89). Instrument du Conseil de l'Europe, la CEDH prévoit plusieurs types de protection, dont le champ d'application dépasse le territoire des États signataires. Ainsi, en application de son article 3 qui prohibe «les tortures et les peines ou traitements inhumains ou dégradants», un État signataire ne peut-il renvoyer une personne vers un pays où elle serait susceptible de subir de tels traitements, y compris si les responsables en sont des agents non étatiques (90). L'encadrement que donne son article 5, §1 de la notion de «privation de liberté», et la jurisprudence qu'il a engendrée (91), fournissent des éléments relativement précis qui pourraient permettre de mettre en cause les conditions dans lesquelles sont souvent détenus des migrants dans les camps en Europe et à ses frontières. De même l'interdiction des «expulsions collectives» d'étrangers, prévue par l'article 4 du protocole 4 de la Convention, contraint en principe les États signataires à appliquer des procédures individualisées aux migrants qu'ils veulent éloigner de force (92). L'application de la CEDH au bénéfice des victimes de l'externalisation des contrôles aux frontières se heurte toutefois à un obstacle de taille : si toute personne, indépendamment de sa nationalité ou de son statut, peut se prévaloir de la Convention, encore faut-il qu'elle relève de la juridiction d'un État signataire, au sens qu'en donne son article 1. Élargie par la jurisprudence, la notion de «juridiction» n'est pas limitée au seul territoire des États parties, elle s'étend aux territoires sur lesquels il est démontré qu'elles exercent leur autorité (93). Sur cette base, la responsabilité extra-territoriale de pays signataires de la Convention a pu être établie dans plusieurs cas, notamment lorsque a été mise en évidence la collaboration apportée

(89) Ce développement concernant les perspectives ouvertes par la CEDH face à l'externalisation des procédures doit beaucoup aux travaux d'Adrien Abecassis, voir : «La délocalisation du traitement de l'asile et les centres d'accueil de réfugiés hors de l'UE», juillet 2005 : http://www.migreurop.org/article903.html.

(90) CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 Série A, n° 161, p. 34. ; CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

(91) CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III.

(92) CEDH, *Conka c. Belgique*, 2 février 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-I.

(93) CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI.

par les autorités d'un pays non signataire à un système mis en place par un État partie. Il s'agissait en l'occurrence d'actes commis par l'administration locale de Transnistrie, pays dont la Cour a considéré qu'il est sous l'influence décisive de la Fédération de Russie et survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique de celle-ci (94). Un mécanisme qu'on serait tenté de transposer aux circonstances qui peuvent amener des fonctionnaires de pays voisins de l'Europe, engagés moyennant contreparties financières sous forme d'aides à la coopération et au développement (pays du Maghreb, certains pays aux frontières orientales de l'UE) ou politico-diplomatiques (Libye), à commettre des violations de la CEDH à l'encontre de migrants ou de demandeurs d'asile lorsqu'ils agissent en «service commandé» pour les empêcher de gagner le territoire de l'UE. Il est à craindre cependant que là encore, telle qu'elle est pratiquée, la stratégie d'externalisation de l'Union ne lui permette de contourner les obligations qui pèsent sur ses membres, tous parties à la CEDH. D'une part parce que l'Union en tant que telle n'en est pas signataire (95) et ne peut par conséquent pas être directement mise en cause. La seule responsabilité qui pourrait être engagée serait donc celle d'un – ou plusieurs – des Vingt-Cinq États membres de l'UE, dont il faudrait démontrer l'implication «par délégation» dans la commission de violations de la Convention hors de son territoire (96). D'autre part, et surtout, parce que le lien de subordination exigé par la jurisprudence de la Cour, et la notion «d'influence décisive» qu'elle a dégagée pour apprécier que ce lien était établi dans l'affaire Ilascu (voir ci-dessus), seraient probablement très difficiles à démontrer, notamment pour des raisons d'ordre diplomatique.

En janvier 2005, 10 ONG européennes ont demandé à la Commission européenne d'introduire, en sa qualité de gardienne des traités, une procédure en manquement devant la Cour de Justice des Communautés Européennes afin de lui de faire sanctionner l'attitude du gouvernement italien lors des expulsions collectives de migrants (au moins 1500) qu'elle avait organisées au mois d'octobre 2004 depuis

(94) CEDH, [GC], *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-VII.

(95) Le projet de Traité constitutionnel de l'UE prévoit l'adhésion de l'UE à la CEDH.

(96) La Cour reconnaît que les États parties à la Convention peuvent être tenus pour responsables des actions commises par les institutions de l'UE : CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I.

l'île de Lampedusa vers la Libye (97). Sans contester la réalité des faits allégués, mais estimant qu'elle n'a «pas de compétence générale en ce qui concerne les droits fondamentaux», la Commission européenne opposait une fin de non-recevoir à cette plainte, reconnaissant ainsi, d'une certaine façon, que les droits fondamentaux ne sont pas un socle commun de l'Union Européenne. En juin 2005, le GISTI demandait l'annulation de la décision de la Commission devant le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, en s'appuyant sur la résolution du Parlement Européen du 14 avril 2005 invitant «la Commission, gardienne des traités, à veiller au respect du droit d'asile dans l'Union européenne, conformément aux articles 6 du traité UE et 63 du traité CE, à faire cesser les expulsions collectives et à exiger de l'Italie ainsi que des autres États membres qu'ils respectent leurs obligations en vertu du droit de l'Union» (98). Rejetée en première instance pour des motifs de recevabilité, la requête était, au début de l'année 2006, pendante devant la CJCE saisie en cassation.

Sans doute, malgré ces perspectives peu encourageantes, les voies juridiques ne doivent-elles pas être écartées. Elles ne sauraient cependant rester que des outils complémentaires de la lutte à mener contre l'Europe des camps. Car le seul rappel au respect des droits de l'homme, s'il demeure un préalable, ne suffit pas. On l'a vu, les camps d'étrangers ne sont qu'une des facettes d'un projet global de division du monde entre les «circulants» et les autres, dont la politique d'externalisation imposée par l'Union européenne à ses voisins constitue un volet régional. Cette politique doit être combattue dans toutes ses formes : généralisation des visas, militarisation des frontières, remise en cause du droit d'asile (99), y compris lorsqu'elle avance masquée, à travers le discours lénifiant des institutions européennes qui tendent à faire croire, avec la caution d'organismes comme le HCR, que ce qui est bon pour la sécurité de l'Europe est forcément bon pour celle des migrants et des réfugiés. C'est ainsi que sont légitimés, sous couvert de la lutte contre les trafics et les passeurs, les crimes perpétrés contre ceux qui, par nécessité, tentent

(97) Voir : http://www.migreurop.org/rubrique164.html.

(98) Voir : http://www.migreurop.org/rubrique185.html.

(99) Rodier C., «L'externalisation des procédures d'asile et d'immigration : des 'zones de protection régionale' aux camps *offshore*», Actes du colloque *Esternalizzazione dei controlli di frontiera, accordi di riammissione e diritti fondamentali dei migranti*, Palerme, 11-12 mars 2005, à paraître en 2006.

de franchir les frontières qui leur sont interdites; c'est encore ainsi qu'avec les «zones régionales de protection» les réfugiés vont, au nom d'une meilleure administration du droit d'asile, être tenus à distance et cantonnés dans des lieux où leurs persécuteurs pourront les retrouver.

Lancé à l'initiative du réseau Migreurop, un «Appel contre les camps aux frontières de l'Europe» a rassemblé, au mois d'octobre 2004, plusieurs centaines de signatures de parlementaires européens et nationaux et d'ONG dans toute l'Europe (100). Il dénonce les ressorts de l'externalisation des procédures d'asile et d'immigration et cherche à alerter sur les dangers des projets européens d'installation de camps d'étrangers hors frontières :

> «régression sans précédent dans la façon dont l'Europe entend assumer ses responsabilités à l'égard des populations fuyant les conflits, les violations des droits de l'homme et la misère, [...] prolongement d'une logique cynique, qui, loin de prendre en compte les causes de ces migrations pour y apporter des réponses, ne cherche depuis dix ans qu'à protéger l'Europe des victimes des désordres mondiaux, au risque de voir ressurgir comme dans les années 30 ou pendant la guerre de Bosnie des camps de réfugiés de sinistre mémoire.»

Instruments de communication, les camps servent aussi à masquer l'absurdité de plusieurs décennies d'une politique européenne de contrôle des frontières qui, sans qu'aient jamais été remis en cause les présupposés sur lesquels elle est fondée, tend vers une répression toujours croissante. Il est temps d'admettre que, dans un monde inégalitaire et déchiré par les conflits, les motivations au départ seront toujours supérieures aux freins à l'arrivée. Ignorer cette évidence conduirait l'ensemble des pays d'Europe dans une impasse dont les camps d'étrangers ne sont qu'un sinistre symptôme.

(100) http://no-camps.org/fr.htm.

ANNEXE

Derrière le mot «camp»
Réseau migreurop, novembre 2004

L'usage du terme «camp» continue de faire débat pour désigner les formes contemporaines d'enfermement et d'exclusion des étrangers (101). Il permet pourtant de conjuguer rigueur sémantique, analytique et dénonciation militante.

Avec les déclarations d'Otto Schily et Giuseppe Pisanu, ministres allemand et italien de l'Intérieur, qui, le 12 août 2004, ont appelé à la création de «portails» en Afrique du nord pour les migrants souhaitant atteindre les rivages de l'Europe, la question des camps d'étrangers a fait de nouveau irruption dans les préoccupations de tous ceux qui à titre divers (fonctionnaires et élus européens, dirigeants nationaux, associations, ONG, activistes...) s'intéressent à la politique communautaire d'asile et d'immigration (102). Alors que le programme adopté en la matière par les chefs d'État et de gouvernement pour les cinq prochaines années (dit «programme de La Haye») est potentiellement porteur de régressions inquiétantes pour les demandeurs d'asile et d'une vision sécuritaire et utilitariste pour l'ensemble des migrants, une querelle sémantique fondée sur un différend éthique menace l'indispensable front commun de tous ceux qui défendent les droits des étrangers. Cette querelle porte sur l'usage, notamment par le réseau Migreurop, du terme «camp», suspecté de véhiculer de douteux amalgames.

Pourtant, jamais dans les écrits ni les prises de paroles des membres du réseau Migreurop qui est à l'origine de l'«Appel européen contre les camps» (103), il n'est fait de parallèle entre les desseins actuels de l'Union européenne, c'est-à-dire l'enfermement contemporain des étrangers sur le territoire et aux marges de l'UE, et les camps d'extermination de la Seconde guerre mondiale. Cet amalgame empêcherait toute compréhension de la nature des camps contemporains. Il ne s'agit pas pour autant de s'interdire le recours aux comparaisons historiques : les mécanismes à l'oeuvre dans les camps d'aujourd'hui étaient, par exemple, déjà au principe des «camps de la plage» que la France réserva en 1936 aux républicains espagnols.

Si, avec d'autres, nous avons choisi, depuis la dénonciation des dénis de droit (et notamment celui de demander l'asile) et des conditions d'existence des réfugiés de Sangatte d'utiliser le mot *camp*, c'est pour une double raison :

---

(101) Dans l'éditorial de sa livraison d'octobre 2004, le journal de l'association française *Forum Réfugiés* regrette que «Les mots et les notions circulent sans précaution et perdent leur sens [...] on mélange allègrement les centres d'accueil et les 'camps', en oubliant de manière scandaleuse qu'on n'y pratique pas 'la porte d'entrée' de la même manière, et en insultant tous les morts de l'extermination». De la part d'une association qui se dit fermement opposée aux projets dénoncés par l'«Appel européen contre la création de camps aux frontières de l'Europe» et à la politique d'externalisation de la procédure de demande d'asile, fondement des projets communautaires en matière d'asile, un tel rappel à l'ordre lexical et une telle instrumentalisation de la mémoire des morts de la Shoah étonnent. Le texte complet de l'éditorial est disponible à : http://www.forumrefugies.org/pdf/soutien/journal/journal28_oct2004.pdf.

(102) Rappel des chronologies de cette initiative et de l'initiative anglaise de 2003, ainsi que des différentes réactions, à : http://www.migreurop.org/rubrique43.html.

(103) «Appel européen contre la création de camps aux frontières de l'Europe», 12 octobre 2004 : http://no-camps.org/fr.htm.

(i) L'utilisation euphémisée de termes tel celui de «centre» ne permet pas de rendre compte de la réalité de rassemblements humains qui ne doivent rien à la volonté des exilés mais beaucoup plus à une politique systématique d'empêchement de la circulation et de l'installation de personnes fuyant la guerre, les persécutions ou la misère. Le mot camp est utilisé pour rendre compte, dans des périodes qui peuvent être antérieures aux expériences totalitaires, de l'assignation de fait à résidence (et donc de la privation de droits) de populations pour des motifs politiques. Cette acception du mot camp explique pourquoi il n'est jamais venu à l'idée de personne de prétendre que le HCR, avec ses camps de réfugiés, insulterait la mémoire des victimes de la Shoah. Pour décrire les situations et projets actuels, la presse s'est d'ailleurs emparée du concept, rapportant, pour s'en réjouir ou s'en inquiéter, les projets de création de camps (sans guillemets alors qu'elle les utilise pour pointer l'hypocrisie des expressions officielles qui parlent de «points de contact» ou de «centres de transit»). Au point que le commissaire européen chargé des questions d'immigration, Antonio Vitorino, a cru devoir faire un rappel à l'ordre lexical, le terme «camps», trop explicite, étant jugé politiquement incorrect (104).

(ii) Migreurop se sent d'autant plus légitime à lancer le concept de «camp» dans le débat public que, depuis de longues années, la recherche sur ce thème est un domaine très fécond de l'historiographie contemporaine (105). Si les controverses ont parfois été très rudes quant à la caractérisation des spécificités du régime nazi et de ses camps d'extermination, il n'est venu à l'idée de personne que le mot «camp» devrait être réservé aux études sur le phénomène concentrationnaire sous le nazisme. De même c'est aujourd'hui un acquis non contesté des recherches en histoire contemporaine que le recours à l'utilisation de camps n'est pas l'apanage des régimes totalitaires, ni même dictatoriaux, mais est fréquent dans de démocraties se croyant la cible d'un danger extérieur (106).

C'est pourquoi, en utilisant le terme de «camp», nous pensons non seulement faire oeuvre de dénonciation militante mais aussi de rigueur lexicale. Là n'est pourtant pas notre principal objectif : quand Migreurop publie une Carte des camps d'étrangers en Europe et aux frontières de l'UE, c'est pour démontrer que les projets qu'il dénonce avec les cosignataires de l'Appel européen contre les camps aux frontières de l'Europe ne sont ni le futur, ni le passé, mais le présent d'une Union européenne qui place l'enfermement des étrangers au coeur de ses projets en matière d'asile et d'immigration.

---

(104) Sur le sujet voir notamment : «L'Europe financera des «centres» de réfugiés en Afrique du Nord», *Le Figaro*, 2 octobre 2004.

(105) Pour une synthèse sur le sujet voir : WIEVIORKA A., «L'expression «camp de concentration» au XX^e siècle», *Vingtième Siècle*, avril 1997, pp. 4-12.

(106) On peut évidemment penser aux États-Unis actuels (*cf* sur Guantanamo, BUTLER J., «Détention illimitée», *Vacarme*, n° 29, automne 2004 : http://vacarme.eu.org/article458.html) ou de la Deuxième guerre mondiale (enfermement des ressortissants japonais) mais si l'on se réfère à la seule France, l'historiographie est riche, des camps de la 1ère guerre mondiale à ceux de la guerre d'Algérie, en passant par l'enfermement des réfugiés espagnols à la fin des années 30 : PESCHANSKI D., *La France des camps. L'internement 1938-1946*, Gallimard, 2002 ; FARCY J.-C., *Les camps de concentration français de la Première guerre mondiale (1914-1920)*, Anthropos, 1995 ; THÉNAULT S., «Interner en République : le cas de la France en guerre d'Algérie», *Amnis*, 2003, http://www.univ-brest.fr/amnis/documents/Thenault2003.pdf.

LES ACCORDS DE RÉADMISSION

PAR

MADJID BENCHIKH (1)

PLAN

INTRODUCTION 665

I. – LES OBJECTIFS DES ACCORDS DE RÉADMISSION 667

A. – *Les objectifs des promoteurs des accords de réadmission* 667

B. – *Les objectifs des pays requis pour la réadmission* 671

II. – LES RÈGLES ET PROCÉDURES DE RÉADMISSION 674

A. – *La réadmission et le droit international* 675

B. – *Le lien de nationalité et l'extension de l'obligation de réadmission* 678

1. Preuves et indices relatifs au lien de nationalité 678

2. L'extension de l'obligation de réadmission aux États, autres que l'État national 680

3. Le respect des droits de l'homme 681

CONCLUSION 686

INTRODUCTION

Les accords de réadmission sont des conventions internationales conclues entre États ou avec des organisations internationales en vue de fixer les conditions dans lesquelles doit être réalisé le retour vers des pays contractants des populations étrangères dont le séjour n'est pas ou n'est plus autorisé sur le territoire de l'autre Partie.

Sur le plan juridique, ces conventions sont destinées à préciser la règle coutumière de droit international qui définit l'obligation des

(1) Professeur à la Faculté de droit de l'université de Cergy Pontoise (Paris – Val d'Oise), ancien doyen de la Faculté de droit d'Alger.

États de réadmettre sur leur territoire leurs ressortissants nationaux. Mais les accords de réadmission comportent souvent aussi quelques obligations dont l'origine coutumière n'a jamais pu être établie, en organisant selon le cas la réadmission ou le transit sur les territoires des États tiers.

La conclusion de telles conventions est une pratique à laquelle les États ont recouru depuis très longtemps. Ces conventions sont aussi vieilles que la volonté des États de maîtriser les flux des migrations étrangères sur leur territoire, même si comme on le verra, elles prennent une signification et une place particulière depuis une quinzaine d'années, notamment au fur et à mesure de l'accroissement de l'inégalité de développement entre les pays développés et les pays en développement et les échecs politiques et économiques de ces derniers.

Quelle que soit l'ancienneté de la règle de la réadmission, on note cependant une multiplication des accords qui l'établissent au cours de ces dernières années. Il convient de préciser les raisons qui expliquent pourquoi les États y recourent. La première question qu'il convient de clarifier est donc celle des objectifs poursuivis par la conclusion des accords de réadmission.

Les accords de réadmission sont conclus par des États très divers, développés ou en développement, grands ou petits, voisins ou très éloignés. Ce n'est donc pas en envisageant ces accords à partir des caractéristiques des États qui les concluent que l'observateur peut appréhender leurs éléments essentiels.

On peut cependant souligner que tous les accords n'ont pas les mêmes objectifs selon qu'il s'agit notamment de pays «exportateurs» de main d'œuvre ou de pays d'immigration. C'est dire que la symétrie que semble établir les accords de réadmission entre les Parties contractantes risque de ne pas résister à l'analyse.

En réalité, même si ces accords sont conclus par des États divers, leur objectif est toujours de lutter contre l'immigration illégale de populations qui cherchent un travail ou une résidence à l'étranger. Or, ces populations sont principalement en provenance des pays en développement. Les populations visées par les accords de réadmission sont de ce point de vue très semblables. L'objectif est très largement de lutter contre les flux migratoires en provenance du Sud ou partiellement de l'Europe de l'Est.

Pour examiner les problèmes posés par les politiques de réadmission, nous examinerons donc d'abord les objectifs de ces accords (I). Les Parties tentent d'atteindre l'objectif visé en définissant les règles et les procédures susceptibles de permettre et de faciliter la réadmission ou le transit sur les territoires des Parties. Il est nécessaire de relever en quoi consistent ces procédures avant d'analyser leur conformité avec le droit international particulièrement la protection internationale des droits de l'homme (II) et d'examiner leur efficacité dans les relations internationales actuelles.

I. – Les objectifs des accords de réadmission

Les accords de réadmission sont, comme leur nom l'indique, destinés à organiser le retour des populations dont le séjour n'est pas ou n'est plus autorisé dans un pays, vers les pays d'origine, de résidence ou de provenance. Les Parties contractantes sont donc, d'une part, des pays où séjournent les populations visées et d'autre part, les pays dont ils sont originaires dans lesquels ils ont résidé ou par lesquels ils ont transité avant d'entrer dans le pays où ils cherchent à s'établir. On pourrait s'attendre, dès lors, à ce que chacune des Parties inscrive dans les accords tout ou partie de ses propres objectifs.

A. – *Les objectifs des promoteurs des accords de réadmission*

Les accords de réadmission visent d'abord à mettre un terme à un séjour illégal. Ce faisant ils sont un instrument pour réaliser l'objectif poursuivi par la ou les Parties qui cherchent, grâce à ces accords, à lutter contre une immigration qu'elles ne souhaitent pas. Les accords de réadmission sont entièrement articulés autour des conditions dans lesquelles doit être organisé le retour dans les pays requis des populations non autorisées à séjourner dans le pays requérant.

L'objectif principal des accords de réadmission est donc l'objectif des Parties d'accueil qui requièrent les autres Parties contractantes, pays d'origine ou de provenance, d'admettre des populations qui n'ont plus ou n'ont pas un titre légal de séjour. En fait ce sont toujours des États d'accueil ou parfois de transit des populations

migrantes qui cherchent à obtenir leur réadmission sur les territoires des États de provenance, quels qu'ils soient.

L'objectif énoncé est toujours et même exclusivement la lutte contre le séjour illégal. La première étape est donc de définir le séjour illégal. Les accords de réadmission définissent le séjour illégal comme l'absence de titre de séjour soit par suite d'une entrée illégale donc non autorisée, soit par ce que le titre de séjour obtenu a vu sa période de validité expirée sans que l'immigré ou le visiteur ne mette un terme volontairement à son séjour.

Les titres de séjour sont évidemment délivrés par les États d'accueil dans le cadre des politiques qu'ils définissent à l'égard de l'immigration. Les politiques de délivrance des titres de séjour sont plus ou moins libérales ou restrictives selon la stratégie des États et leur appréciation de la conjoncture économique et sociale. C'est pourquoi les États européens en particulier, et les pays développés en général, ont du mal à définir des politiques communes et que seuls quelques uns d'entre eux procèdent à de larges régularisations de la situation des populations immigrées sans papiers (*Cf.* les exemples de l'Italie puis en 2005 de l'Espagne qui ont procédé chacune à plus de 500000 régularisations de séjour).

Le point de départ des négociations des accords de réadmission est donc la situation créée sur la base des lois et règlements élaborés pour mettre en œuvre les politiques des États demandeurs du retour. L'objectif des promoteurs des accords de réadmission, de ce point de vue, est d'amener les autres États à coopérer pour mettre en œuvre les politiques qu'ils ont eux-mêmes définies en fonction de leurs besoins.

Il en résulte que la notion de présence ou séjour illégal sur le territoire de l'État requérant n'est pas en débat au moment des négociations. Du coup, aucune disposition des accords de réadmission n'entreprend d'écarter telle ou telle catégorie d'illégalité du séjour. C'est ce qui explique que le retour demandé, au titre des accords de réadmission, concerne aussi bien les demandeurs d'asile dont les demandes ont été rejetées que des populations aussi diverses que les touristes dont le titre de séjour a expiré, les malades dont les périodes de soin sont dépassées, les travailleurs en quête d'un emploi, les trafiquants de drogue ou d'êtres humains. Les accords de réadmission ne citent aucune de ces catégories. Il suffit que ces populations très diverses n'aient aucun titre de séjour en cours de validité.

L'objectif de ces accords de réadmission dans ces conditions ne peut pas être de trouver une solution à toutes ces populations ni même à une partie d'entre elles. L'objectif poursuivi est en réalité plus simple. Il s'agit de rejeter sur d'autres ou plus exactement de déplacer le «fardeau» que constituent désormais ces populations, compte tenu de la situation économique et sociale des pays promoteurs. L'Union européenne et ses États membres avancent dans ce contexte la notion de pays tiers «sûrs» et stables sur les territoires desquels les populations refoulées ne risquent pas, d'après eux, la mort ou la torture.

En fait, pendant longtemps, le besoin de main d'œuvre des pays industrialisés au cours des deux ou trois décennies qui ont suivi la décolonisation permettait d'accueillir des millions de travailleurs immigrés en Europe de l'Ouest et en Amérique du Nord, le monde développé, en période de croissance, étant alors demandeur de main-d'œuvre.

Les transformations structurelles et les innovations technologiques réalisées au cours de la période post-coloniale conduisent au développement d'activités moins consommatrices de main-d'œuvre. Elles conduisent aussi à une sorte de chômage structurel qui fait croire aux populations de ces pays que les populations étrangères «mangent leur pain» et sont la cause de leurs malheurs. Les causes extérieures, telles que l'augmentation des prix des matières premières et particulièrement du pétrole et les flux migratoires, sont surévaluées pour expliquer des aspects aussi divers que les difficultés économiques des pays développés ou l'augmentation de la délinquance ou parfois pour couvrir les erreurs politiques prévisionnelles des gouvernants.

Cette situation est utilisée par certaines forces politiques pour exiger le refoulement des populations étrangères et la fermeture des frontières tout au moins à leur égard. Les gouvernements, par conviction ou calcul, tiennent compte de cette situation économique et sociale dans l'élaboration de leurs politiques relatives au contrôle des flux migratoires. Ils intègrent dans ces politiques des mesures relatives au retour ou refoulement des populations étrangères dont ils espèrent tirer divers avantages électoraux en abondant dans le sens des partis nationalistes. Implicitement, et pour certains responsables politiques explicitement, ils donnent crédit aux explications qui font croire que la réduction du nombre des populations étran-

gères sur leur territoire constitue une solution pour lutter contre le chômage, le trafic, la délinquance ou le terrorisme.

Les accords de réadmission s'inscrivent dans le cadre de ces politiques. Ils épousent au moins en partie les arguments selon lesquels la lutte contre les flux migratoires permettra de réduire le chômage des nationaux. Ils oublient ainsi ou gomment la réalité qui indique que les emplois occupés par une écrasante majorité des étrangers sont ceux que les nationaux refusent d'occuper alors même qu'ils sont nécessaires à leur confort. Mais les accords de réadmission risquent de rater leur objectif dans la mesure où, comme on l'a indiqué plus haut, le chômage dans les pays du Nord s'inscrit dans la structure et les formes de développement économique et n'est donc pas dû fondamentalement à l'afflux de populations étrangères. De surcroît, les pays développés ne reçoivent pas beaucoup plus d'immigrés aujourd'hui qu'il y a une vingtaine d'années si l'on tient compte de l'augmentation de la population des pays d'accueil.

Les promoteurs des accords de réadmission croient pouvoir en même temps lutter contre la délinquance ou le terrorisme en se «débarrassant» des populations considérées comme des terreaux de cette violence. Mais là aussi, les accords de réadmission risquent de rater leur objectif. La théorie selon laquelle les populations étrangères dans les pays développés constituent des terreaux où se développe la violence procède de la même logique que celle qui explique le chômage des nationaux par l'afflux d'immigrés. Comme elle, elle résulte d'une approximation qui gomme les véritables raisons liées aux structures, aux formes et aux politiques de développement des gouvernements successifs, d'autant que les statistiques ne corroborent pas l'affirmation selon laquelle la violence est majoritairement le fait des étrangers. La violence trouve son terreau dans le chômage, l'exclusion et les mauvaises conditions de vie. Ces recrues sont aussi bien les populations immigrées que les populations autochtones.

Si les objectifs des pays promoteurs des accords de réadmission sont soit explicitement affirmés, soit faciles à découvrir derrière les politiques des gouvernements, les objectifs des pays requis sont si difficiles à découvrir que l'on peut se demander s'ils existent.

B. – *Les objectifs des pays requis pour la réadmission*

Les pays requis ne sont pas toujours des pays en développement. Certains accords de réadmission sont en effet souscrits entre des pays développés par exemple entre la Suisse, la France, l'Italie et l'Allemagne.

Les pays membres de l'Union européenne malgré les inégalités de développement qui les caractérisent peuvent être considérés comme des pays développés qui souscrivent aux objectifs essentiels inscrits dans les accords de réadmission. La construction d'un espace économique commun, des politiques économiques assez semblables, l'affrontement de difficultés économiques et sociales comparables conduisent la plupart des États membres de l'Union européenne à souscrire aux objectifs des accords de réadmission. Les accords de Schengen du 14 juin 1985 sur la libre circulation des personnes constituent un aiguillon pour élaborer des politiques communes de contrôle de l'immigration.

On comprend dans ces conditions l'élaboration par la Commission européenne d'un accord de réadmission qui devait servir de cadre à la négociation d'accords de réadmission soit entre l'Union européenne et un État tiers, soit entre un État membres et un État tiers. A titre d'exemple, en Europe des accords de réadmission notamment l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 et la Convention complémentaire du 19 juin 1990 ont été négociés et signés par des pays développés de l'Europe de l'Ouest.

Dans ces cas, compte tenu de la liberté de circulation des citoyen des États membres sur les territoires de l'Union, la réadmission concerne essentiellement les ressortissants d'États tiers que l'État membre requis a autorisés à franchir ou n'a pas empêchés de franchir la frontière par manque de surveillance ou de vigilance. L'État requis doit alors supporter en quelque sorte les conséquences de ses défaillances. Dans cette situation, on voit bien que si ce sont des États développés qui concluent des accords de réadmission, les populations visées sont dans la plupart des cas et pour l'essentiel celles des pays en développement.

On peut donc bien affirmer que requis ou requérants, les pays développés poursuivent des objectifs assez semblables par ce qu'ils sont à peu près dans des situations semblables en ce qui concerne les flux migratoires extérieurs dans les périodes de difficultés écono-

miques. C'est ce qui explique que l'on parle souvent de la forteresse Europe qui tente d'ériger des barrières infranchissables devant les populations des pays en développement qui cherchent à s'y établir pour des raisons politiques ou économiques. Il convient donc surtout d'essayer de découvrir les objectifs des pays en développement lorsqu'ils négocient ou signent les accords de réadmission.

Les seuls objectifs énoncés sont ceux, très généraux, de coopération internationale et de respect des conventions internationales notamment celles relatives aux droits de l'homme. Or, la coopération internationale peut être évoquée dans tous les domaines. La référence faite souvent à ces termes, notamment dans les préambules des accords, ne permet pas d'y mettre un contenu. On peut penser que les États requis en développement attendent, en contrepartie de la réadmission de leurs ressortissants, une aide économique et financière qui permettrait de créer des emplois et de réduire les difficultés de réinsertion des personnes refoulées. Mais rien n'est prévu dans les accords de réadmission ou dans l'accord type de réadmission de l'Union européenne qui permettrait de considérer qu'un tel objectif des pays en développement est pris en charge dans le dispositif juridique de ces accords.

Il n'y a pas de dispositions juridiques qui obligent les États requérants à participer à la réalisation des investissements nécessaires à l'accueil des populations réadmises. Rien n'est prévu par les accords de réadmission pour créer des emplois, pour construire des écoles, des centres de formation, de santé et des logements pour que la réadmission soit un levier pour amorcer des politiques de développement. Parfois, les populations immigrées sont individuellement encouragées au retour avec l'octroi de quelques milliers d'euros pour financer leur réinsertion. Il s'agit alors de politiques nationales des pays développés qui le plus souvent n'ont pas besoin de l'accord du pays d'origine. Ces politiques ne concernent pas non plus le séjour illégal. Elles ne constituent donc pas un chapitre des accords de réadmission. Il s'agit des politiques qui incitent au retour volontaire des individus et qui n'ont du reste jamais pris une grande ampleur.

On peut alors penser que la référence à la coopération internationale dans les accords de réadmission signifie simplement que les Parties contractantes coopèrent dans les diverses opérations nécessaires à la concrétisation du retour, c'est-à-dire à l'application des

règles et procédures que nous analyserons dans la deuxième partie de cette étude.

Cette absence de prise en considération des objectifs des pays en développement dans les accords de réadmission est évidemment très significative de la nature politique de ces accords et de l'absence de prédispositions des pays développés à tenir compte des besoins des pays en développement pour amorcer des politiques de développement susceptibles de fixer les populations migrantes ou en tout cas d'engager un processus dans cette direction.

L'absence des objectifs des pays en développement dans les accords de réadmission s'explique aussi par l'incapacité actuelle de leurs États à créer des conditions favorables de négociation et à relier le dossier des migrations aux problèmes économiques et sociaux à l'échelle nationale et internationale.

De fait, les pays en développement connaissent depuis plus de deux décennies, une forte érosion de leur capacité de négociation individuelle ou collective. Leurs échecs politiques et économiques les incitent à agir sans stratégie autonome et sans véritable prise en considération des aspirations des populations les plus démunies. Miné par l'autoritarisme, par l'absence de représentativité sociale et par la corruption, l'État sous développé doit être mis en cause. Mais l'absence de prise en compte des objectifs de développement conduit à une autre appréciation de l'efficacité des accords de réadmission et partant sur les chances de réalisation des objectifs des Parties développées elles-mêmes.

En effet, l'absence de mesures concrètes en faveur de politiques de développement à l'occasion des accords de réadmission a une conséquence évidente et immédiate. Lorsqu'un État accepte le retour de ces nationaux ou résidents, on assiste dans le meilleur des cas à quelques discours pour les accueillir. Aucun programme de réinsertion, national ou international, n'est sérieusement envisagé. Le retour ne peut dès lors être vécu par les refoulés ou les réadmis que comme une phase de préparation d'un nouveau départ.

A supposer que ces refoulés là ne reviennent pas dans les pays requérants ou voisins, d'autres qui leur ressemblent comme des frères les remplacent pour alimenter les flux migratoires. Ces populations cherchant des pays pour travailler et pour survivre, refoulés d'un pays vers un autre, se trouvent ainsi placées malgré elles sur une sorte d'orbite chaotique, autour de pays développés qui se déro-

bent (2). Dans ce domaine, les mêmes causes produisent les mêmes effets.

Enfin, l'absence de prise en considération de la situation des pays en développement montre bien que, au niveau des États, les pays développés n'envisagent les accords de réadmission que comme une réponse limitée, ponctuelle et très nationale au problème des flux migratoires en provenance du Sud. L'émergence d'une politique commune européenne équitable dans le contrôle des flux migratoires est encore à ses débuts.

Malgré l'adoption par la Commission européenne d'un accord type de réadmission, il n'est pas évident que les États membres abandonneront leur pouvoir de négocier individuellement des accords relatifs au séjour et à l'emploi avec les pays en développement avec lesquels ils ont des liens et des intérêts importants. Au cours de l'année 2005, plusieurs États membres ont pris des mesures très différentes, voire opposées, pour régulariser ou au contraire pourchasser des populations immigrées. L'absence de prise en considération des objectifs des pays pourvoyeurs de main d'œuvre explique également les réticences des États en développement à souscrire à de tels accords, tout au moins lorsqu'ils ont les moyens de les refuser.

Les règles et procédures des accords de réadmission sont précisément destinées à mettre en place des instruments qui permettront, au moins au cas par cas, de réaliser l'objectif du retour.

II. – Les règles et procédures de réadmission

Les règles et procédures de réadmission sont déterminées dans les accords conclus entre les États ou entre des organisations internationales, comme le Benelux et l'Union européenne, et un État. Les règles de réadmission peuvent aussi être stipulées plus sommairement dans des accords dits d'association, qui sont en réalité des accords de coopération, comme c'est le cas entre l'Union européenne et l'Algérie, le Maroc, la Tunisie ou d'autres.

(2) Voir : Bouteillet-Paquet D., *L'Europe et le droit d'asile*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 294.

Cette diversité des instruments juridiques pour concrétiser les politiques de réadmission des populations migrantes montre assez bien la détermination des pays consommateurs de main d'œuvre de mettre en place un système d'obligations conventionnelles pour atteindre l'objectif de contrôle des flux migratoires. Mais avant de voir le contenu des procédures envisagées par les accords de réadmission, il convient d'examiner l'état du droit international sur cette question pour mieux comprendre l'apport éventuel de tels accords.

A. – *La réadmission et le droit international*

Depuis très longtemps, la pratique internationale a établi l'obligation des États de réadmettre leurs ressortissants sur le territoire national. L'obligation de réadmission des nationaux est une règle coutumière de droit international (3). Cette règle est en réalité étroitement liée aux compétences de l'État souverain sur ses ressortissants à l'étranger.

Parmi ses compétences, l'État dispose notamment de la protection diplomatique, règle coutumière, elle aussi depuis longtemps établie, qui montre que les États se reconnaissent un pouvoir de contrôle et de protection sur leurs ressortissants à l'étranger. Mais l'État ne peut pas à la fois revendiquer ses compétences et refuser le retour de ses ressortissants lorsqu'ils sont indésirables à l'étranger. D'autant que, pour le droit international, l'État détermine sur son territoire les conditions de séjour des étrangers. Il peut ainsi, conformément à ses lois et aux conventions internationales, décider le départ des populations dont le séjour est contraire à ses lois. C'est donc dans cet ensemble complexe de pouvoirs des États que prennent place la définition du séjour illégal par les uns et l'obligation de réadmission par les autres.

Faut-il également faire découler l'obligation de réadmission du droit, généralement reconnu, de quitter le pays et d'y retourner ?

Le droit de retour d'un ressortissant conduit à l'obligation de réadmission qui pèse sur l'État national. Même s'il s'agit de ques-

(3) Voir : HAILBRONNER K, «Readmission Agreement and the Obligation of States under Public International Law to Reamit their Own and Foreign Nationals», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1997. Voir cependant : NOLL G., «Return of Persons to States of Origin and Thirds States», *in* ALEINIKOFF A.T. & CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, TMC Asser, 2003, pp. 61-74.

tions différentes, la réponse est plus complexe qu'il n'y paraît à première vue et exige des clarifications.

Le droit de retour est d'abord un droit des individus qui a été établi comme un droit de l'homme. C'est un droit étroitement lié au droit de sortir de son pays d'origine et de résidence en concrétisant ainsi la liberté et l'épanouissement des individus et en luttant du même coup contre l'oppression ou la répression de l'État.

Le droit de sortir du territoire national comme le droit d'y retourner ne peuvent s'exercer qu'avec l'accord de l'État national. Si l'État national refuse la sortie, ce droit se trouve bafoué. C'est aujourd'hui encore la situation d'un grand nombre d'États autoritaires qui exigent de leurs nationaux un visa ou une autorisation spéciale pour quitter le territoire. D'autre part, la plupart des États d'accueil, même non autoritaires, exigent un visa dont ils déterminent les conditions d'obtention pour les étrangers.

Le droit de sortir du territoire national et d'y retourner est aujourd'hui reconnu comme un droit de l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 13 décembre 1948 (art. 13) et le Pacte international pour les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 12) sont très explicites à ce sujet.

L'article 13-2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme proclame : «Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays» (4). L'article 12-2 du Pacte international pour les droits civils et politiques précise à peu près dans les mêmes termes que, «Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien» et l'article 12-4 que «Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays».

Dans les discussions relatives à la réadmission des populations immigrées, l'obligation de réadmission qui pèse sur l'État d'origine est parfois justifiée par l'existence du droit au retour. Il convient donc d'examiner la pertinence de cet argument.

Il est bien clair que, comme on vient de le voir, le droit au retour est un droit de l'homme dont l'effectivité cependant est souvent compromise par les compétences respectives des États d'origine ou

(4) Voir sur ce point : CHETAIL V., «Freedom of Movement and Transnational Migrations : A Human Rights Perspective», *in* ALEINIKOFF T.A. & CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, *op. cit.*, pp. 47-60.

d'accueil. Mais il faut surtout souligner qu'il s'agit d'un droit de l'homme et non d'un droit de l'État. Or, l'obligation de réadmission est une obligation qui concerne l'État. C'est à l'État d'origine ou de provenance que l'État de séjour illégal s'adresse pour reprendre ses ressortissants. Il s'ensuit que l'obligation de réadmission concerne des situations différentes de celles dans lesquelles les personnes concernées peuvent invoquer le droit au retour. En tout état de cause, l'obligation de réadmission ne vise pas le retour volontaire de populations immigrées alors que le droit au retour est d'abord un droit volontairement exercé.

Certes, on peut toujours affirmer que le résultat serait le même puisque le droit au retour et l'obligation de réadmission aboutissent à rapatrier les personnes intéressées. Mais on ne peut pas nier que le rapprochement ou la comparaison de ces deux notions aboutisse à instaurer une confusion. Le droit au retour repose sur la volonté de l'individu. Il s'impose aux États et particulièrement à l'État national qui pourrait être tenté de se débarrasser de certains de ses ressortissants pour des raisons politiques ou d'ordre public.

Les accords de réadmission établissent quand à eux des obligations dont l'objectif essentiel est de vaincre les résistances qui peuvent empêcher la volonté de l'État d'accueil requérant de se débarrasser des populations.

En somme, les deux notions ont en commun le retour. Mais leur origine, les conditions dans lesquelles elles s'appliquent sont différentes et permettent de conclure qu'il s'agit de notions différentes.

Pour bien comprendre les politiques portées par les accords de réadmission, il est donc utile et nécessaire de bien distinguer le droit de l'homme, ici le droit au retour, et l'obligation de réadmission qui est une obligation des États. Celle-ci est une obligation du droit international coutumier confirmée et surtout précisée par un accord international. La plupart des dispositions de cet accord sont destinées à permettre la mise en œuvre d'une obligation dont l'origine est coutumière mais dont la mise en œuvre rencontre de nombreuses difficultés.

Mais ces accords ne consistent pas seulement à mettre en place les procédures nécessaires à la mise en œuvre d'une obligation coutumière. On verra que tant en ce qui concerne les populations visées que les procédures nécessaires, les accords de réadmission dépassent largement le droit international coutumier.

B. – *Le lien de nationalité et l'extension de l'obligation de réadmission*

L'obligation coutumière de réadmission concerne on l'a vu, les ressortissants ayant la nationalité de l'État requis. Le lien de nationalité, qui relie l'État requis et les populations dont le séjour illégal est allégué, est évidemment la base essentielle de l'obligation.

Le lien de nationalité joue le même rôle ici que pour la mise en œuvre de la protection diplomatique mais dans des conditions différentes. Le pouvoir de l'État est discrétionnaire pour décider la mise en œuvre de la protection diplomatique en faveur de ses nationaux. Dans le cas de la réadmission, le lien de nationalité est toujours central mais l'État requis est soumis à une obligation à laquelle il peut difficilement échapper, d'autant que les accords tissent un réseau de procédures, comme une toile que l'on voudrait sans faille.

Dans les accords de réadmission, l'État requérant doit fournir les éléments ou indices montrant le lien de nationalité entre les populations visées et l'État requis.

1. *Preuves et indices relatifs au lien de nationalité*

Plusieurs clauses précisent les preuves et présomptions qui permettent, aux termes des accords de réadmission, d'établir ou de présumer un lien de nationalité. En général, un article des accords de réadmission dispose que :

> «Chaque Partie contractante réadmet sur son territoire, à la demande de l'autre Partie contractante, toute personne qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour applicables sur le territoire de la Partie requérante s'il est établi ou présume qu'elle possède la nationalité de la Partie contractante requise» (5).

Cette formulation est donc très répandue. Il en résulte que les accords de réadmission adoptent une conception très large du lien de nationalité et surtout de la notion de preuve. Il suffit en effet que le lien de nationalité soit présumé. Or, la présomption ne constitue pas une preuve mais au mieux un indice ou un début de

(5) Voir : article 1er de l'accord relatif à la réadmission entre le Conseil fédéral Suisse et le gouvernement de la République d'Albanie, article 2 de l'accord relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière. L'article 1er de l'accord type bilatéral de réadmission entre un État membre et un pays tiers adopte également cette formulation. Voir : Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994.

preuve. La notion de présomption de preuve du lien de nationalité permet d'attribuer la nationalité *prima facie* aux populations dont on souhaite le retour dans les pays auxquels «elles semblent ressortir».

Les éléments et indices retenus par les accords de réadmission pour établir ou présumer le lien de nationalité sont en conséquence très nombreux. Parfois, il s'agit de véritables preuves comme le certificat de nationalité, le passeport et la carte d'identité non falsifiés, le livret militaire. Mais parfois, il s'agit aussi comme le mentionnent la plupart des accords de réadmission (à titre d'exemple, l'accord entre la France et la Suisse précité) :

- des documents émanant des autorités officielles de la Partie requise et faisant état de l'identité de l'intéressé, permis de conduire, carnet de marin, livret militaire, *etc.*;
- d'une carte d'immatriculation consulaire ou document d'état civil, titre de séjour ou autorisation de résidence périmés;
- d'une photocopie des documents précités, déclarations de l'intéressé dûment recueillies par les autorités administratives ou judiciaires de la Partie requérante;
- de dépositions de témoins de bonne foi consignées dans un procès-verbal.

Comme on peut le voir, la nationalité peut être présumée de manière très large et l'on peut voir ainsi combien les accords de réadmission s'éloignent de la notion de nationalité effective, définie par le fameux arrêt *Notteböhm* de la Cour Internationale de Justice en 1955. On voit alors l'intérêt pour les États requérants de multiplier les accords de réadmission. L'obligation coutumière de réadmission exigerait pour être applicable, une nationalité effective dûment prouvée par des liens économiques sociaux et de vie, conformément à la jurisprudence *Notteböhm* de la Cour Internationale de Justice (6).

La doctrine internationaliste reprend généralement l'analyse de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Notteböhm* : «la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement une solidarité effective». Mais l'apport des accords de réadmis-

(6) CIJ, *Notteböhm*, (arrêt), 6 avril 1955, *Recueil*, 1955, p. 4. Voir sur ce point : DAILLIER P. et PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 494 et s.

sion ne touche pas la seule notion de lien de nationalité. Ces accords vont plus loin que le droit international coutumier en étendant l'obligation de réadmission à des États tiers. Autrement dit, les accords de réadmission ne se contentent pas de promouvoir une notion très lâche du lien de nationalité. Ils impliquent dans l'obligation de réadmission des États tiers.

2. *L'extension de l'obligation de réadmission aux États, autres que l'État national*

Les accords de réadmission font peser l'obligation du retour non seulement sur les États dont les immigrés en séjour illégal sont des ressortissants, mais également, sur divers États tiers. L'accord type publié par le Conseil de l'Union européenne le 30 novembre 1994 énonce une obligation de réadmission de ressortissants des pays tiers à l'égard des Parties contractantes.

En effet, aux termes de l'article 2, intitulé «réadmission de ressortissants de pays tiers franchissant la frontière extérieure» :

> «La Partie contractante dont il est établi ou valablement présumé qu'une personne ne remplissant pas les conditions d'entrée ou de séjour en vigueur a franchi la frontière extérieure pour entrer sur le territoire de la Partie contractante requérante réadmet cette personne sans formalités à la demande de la Partie contractante requérante».

Il suffit donc que l'immigré en séjour illégal ait traversé le territoire de la Partie contractante requise pour pénétrer sur le territoire de la Partie contractante requérante pour que pèse sur la Partie requise une obligation de réadmission sans formalité. Dans cette hypothèse, il est fréquent qu'aucun lien juridique ne relie l'immigré au pays traversé, notamment lorsque les autorités de ce pays n'ont fourni aucune autorisation ni aucun travail aux personnes dont il s'agit. Nous sommes alors, comme on le voit, dans une situation très éloignée de celle envisagée par la CIJ dans l'affaire *Notteböhm* en 1955.

L'article 2 précité doit être complété par l'article 3, intitulé «réadmission de ressortissants de pays tiers par la Partie contractante responsable de l'entrée» :

> «Si une personne, arrivée sur le territoire de la Partie contractante requérante, ne remplit pas les conditions d'entrée ou de séjour en vigueur et si cette personne dispose d'un visa en cours de validité délivré par l'autre Partie contractante ou d'un titre de séjour en cours de validité délivré par la Partie requise, cette der-

nière réadmet cette personne sans formalité à la demande de la Partie contractante requérante».

L'article 3 précise que cette disposition ne s'applique pas à la délivrance d'un visa de transit. En cas de délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour par les deux Parties contractantes, l'obligation de réadmission pèse sur la Partie dont le visa ou le titre de séjour délivré «expire en dernier lieu».

Ces articles ne sont pas repris totalement par tous les accords de réadmission en ce qui concerne les ressortissants des États tiers. Par exemple, l'accord entre la Suisse et la Bosnie-Herzégovine n'envisage pas cette question. Mais à l'inverse, l'accord entre la France et la Suisse consacre plusieurs dispositions à la réadmission des ressortissants des États tiers (art. 6 à 9) et au transit de ces ressortissants sur le territoire de la Partie contractante requise (art. 10 à 21), adoptant les mêmes solutions que celles que nous pouvons noter dans l'accord type de l'Union européenne de 1994. Même s'il y a encore des réticences et quelques refus de la part de certains petits États ou en développement d'accepter l'extension de l'obligation de réadmission aux ressortissants d'États tiers, la tendance générale recherchée par l'Union européenne est bien celle que traduit l'accord type de l'Union européenne en faveur de l'extension de l'obligation de réadmission. Ces accords visent ainsi à accroître et améliorer ce que les pays développés croient être des instruments de maîtrise des flux migratoires en fonction de leurs besoins de main-d'œuvre étrangère.

3. *Le respect des droits de l'homme*

Les accords de réadmission comportent généralement l'expression de la volonté des Parties de respecter les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'article 11 de l'accord type de réadmission de 1994 donne une bonne idée de la position des États membres de l'Union européenne en ce qui concerne l'application des conventions relatives aux droits de l'homme. Lorsqu'il s'agit de la réadmission, l'article 11 de cet accord type est un énoncé très succinct et très évasif de quelques conventions internationales dont l'accord de réadmission «n'affecte pas les obligations des Parties contractantes».

Les conventions visées par l'accord type sont la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugiés modifiée par le proto-

cole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés, des traités internationaux relatifs à l'extradition et au transit, la Convention du 4 novembre 1950 relative à la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les conventions internationales en matière d'asile notamment la Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres de la Communauté européenne et les conventions et accords internationaux relatifs à la réadmission des ressortissants étrangers. On peut évidemment se demander pourquoi. Cette liste de conventions relatives aux droits de l'homme ne mentionne donc pas plusieurs grandes conventions internationales comme les deux Pactes des Nations Unies du 16 décembre 1966 ni la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Il eut été significatif que certaines conventions fussent visées, comme par exemple la Convention internationale sur toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 sans oublier certaines déclarations de l'Assemblée générale des Nations Unies particulièrement pertinentes comme celle relative aux garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort du 25 mai 1984.

Certes, il n'est pas possible de citer toutes les conventions et déclarations internationales applicables dans les accords de réadmission. Mais dans ce cas, il convenait plutôt d'adopter une formulation générale qui vise tous les textes internationaux pertinents applicables, au lieu de n'en citer que quelques uns ouvrant ainsi la voie aux soupçons de vouloir éliminer les autres. C'est du reste cette voie qui a été utilisée dans l'accord de réadmission entre la France et la Suisse dont l'article 25 stipule que :

> «Le présent accord n'affecte pas les obligations des Parties contractantes découlant :
>
> — d'autres accords internationaux d'admission, de réadmission ou de transit des ressortissants étrangers,
>
> — de l'application des dispositions de la convention de Genève du 28/07/1951 relative au statut des réfugiés telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967,

– de l'application des dispositions des accords souscrits par les Parties dans le domaine de la protection des droits de l'homme».

Cette dernière formulation permet de viser tous les accords applicables relatifs aux droits de l'homme, étant entendu que la mention de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, du 13 décembre 1985, doit être considérée comme essentielle. Bien sûr, l'article 2 de cette déclaration indique :

«Rien dans la Déclaration ne doit s'entendre comme légitimant l'entrée et la présence illégales d'un étranger dans un État ou comme restreignant le droit de tout État d'édicter des lois et règlements concernant l'entrée des étrangers ainsi que les termes et les conditions de leur séjour ou d'établir des distinction entre ses ressortissants et les étrangers».

Mais le même article rappelle que :

«Ces lois et règlement ne doivent toutefois pas être incompatibles avec les obligations juridiques internationales de l'État concerné, y compris celles relatives aux droits de l'homme».

Dans tous les cas, l'énoncé des conventions relatives aux droits de l'homme indique théoriquement la volonté des États de respecter les droits des populations immigrées, mais cette volonté doit être confrontée à la réalité des conditions de refoulement tant sur les territoires des États requérants que sur ceux des États requis. Comme on le verra, les accords de réadmission sont très précis en ce qui concerne les procédures devant inexorablement mener au retour obligatoire. Mais ces accords sont évasifs en ce qui concerne les droits de l'homme dont les procédures de retour doivent être entourées.

On peut notamment constater l'absence dans les accords de réadmission de procédures qui permettraient aux résidents illégaux d'exercer leurs droits grâce aux contacts avec les familles, les avocats spécialisés et les organisations non gouvernementales, notamment les organisations de défense des droits de l'homme. Tout comme on peut relever l'absence de dispositions qui indiqueraient clairement et préciseraient les procédures qui permettraient aux résidents illégaux de faire valoir leurs droits en rappelant les droits de l'homme en question et en obligeant les États à les respecter, tant sur les territoires de l'État de séjour que sur ceux des États de retour. On peut cependant noter l'article 20 de l'accord entre la France et la Suisse qui stipule que le transit peut être refusé par

l'État contractant si l'État de destination présente des risques de persécution en raison de la race, de la religion, des opinions politiques, *etc.*

Ces préoccupations sont plus que jamais à l'ordre du jour avec la déclaration des 25 membres de l'Union européenne de réaliser un accord de réadmission avec la Libye et le projet d'organiser une coopération multiforme avec ce pays et d'autres, pour faire d'eux des sortes de parking pour immigrés illégaux (7). Ces projets qui consistent à refouler vers la Libye les immigrants illégaux de toute l'Union européenne, ont été adoptés le 4 juin 2005 après le Conseil des ministres de l'intérieur à Luxembourg.

Les accords de réadmission consacrent presque tous au moins une disposition relative à la protection des données. Cette protection doit évidemment être considérée comme un droit de l'homme. Comme pour la référence aux conventions internationales de droits de l'homme, il est utile que cette protection soit mentionnée. Mais comme pour les conventions précitées, on doit relever les insuffisances et des dangers que révèle la rédaction des dispositions. On comprend bien que des données à caractère personnel doivent circuler entre les États intéressés pour mener à bien le retour. Pour apprécier ce dont il s'agit, on peut prendre pour base l'article 8 de l'accord type de l'Union européenne relatif à la protection des données personnelles.

Les données telles que celles figurant sur les passeports et toutes pièces d'identité, les autorisations de séjour et de visa sont nécessairement transmises. Mais celles relatives aux demandes d'asile doivent être traitées avec une plus grande circonspection par ce qu'elles mettent en jeu la sécurité des demandeurs sur le territoire de l'État requis. La communication des données relatives aux demandeurs d'asile montre assez que les accords de réadmission se préoccupent peu de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs à l'asile et encore moins des recommandations du HCR ou des ONG de défense des droits de l'homme comme Amnesty international (8).

(7) Voir sur ce point : *Le Monde*, 5-6 juin 2005, p. 3.

(8) Voir : CHETAIL V. (ed.), *Voluntary Repatriation : Achievements and Prospects*, Oxford University Press, Refugee Survey Quarterly, 2004. Voir aussi : CHETAIL V., «Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international», *in* CHETAIL V. & FLAUSS J.-F. (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 3-61.

Enfin, l'article 8, §1 de l'accord type ouvre une large porte à la communication «des données personnelles des personnes à remettre et, le cas échéant, de leurs proches». S'agit-il des données relatives à l'identité? Mais dans ce cas, l'article 8, §1 serait redondant avec les §2, 3 et 4.

La logique qui se dégage de la structure de l'article 8 permet peut-être de conclure que l'énoncé très général du §1 autorise la communication de données plus larges que celles que permettent de manière précise les autres paragraphes de l'article. Si cette conclusion se vérifie, la transmission sans contrôle «des données personnelles» dans le contexte de marginalisation des droits de l'homme que nous avons soulignée peut alimenter diverses dérives, surtout si la lutte contre l'immigration illégale est instrumentalisée par la lutte contre le terrorisme.

Les dispositions relatives aux opérations de retour sont généralement plus précises. Dans ce domaine, les États visent l'efficacité et cherchent donc l'établissement de mesures opérationnelles.

L'article 1, §2 de l'accord type préconisé par l'Union européenne et tous les autres accords bilatéraux de réadmission disposent que «à la demande de la Partie contractante requérante, la Partie requise établit sans tarder les documents de voyage nécessaires à la reconduite des personnes à réadmettre». Certains accords, comme l'article 6 de l'accord entre la France et la Suisse, précisent que la réadmission doit s'effectuer «sans formalités», ce qui signifie qu'il suffit de vérifier les documents exigés par l'accord. Les délais de réponse de la Partie requise sont parfois précisés (15 jours dans le cas de l'accord type). Les modalités de transfert, de voyage, de transit, les responsabilités et la charge des frais engagés sont précisées par les accords.

D'une manière générale, la Partie requérante semble accepter de prendre en charge tous les frais engagés par les opérations de réadmission du point de départ jusqu'à l'arrivée dans le pays de destination finale. En fait, les charges financières de ces opérations paraissent peu de chose à la Partie requérante en considération de l'importance des accords de réadmission pour l'efficacité des politiques de contrôle des flux migratoires. Les précisions des dispositions, les délais très courts impartis, sont destinés à éviter les blocages et à garantir l'efficacité des accords pour la réalisation des objectifs : décourager les flux migratoires supposés contraires aux

politiques économiques et sociales des pays requérants, amener les pays requis à adopter des politiques de contrôle sévères, non seulement de leurs ressortissants mais, également de leurs frontières et à défaut, leur imputer la responsabilité des flux migratoires non souhaités, y compris en aidant à la création de zones de reflux des migrations illégales dans les pays en développement.

Conclusion

Les accords de réadmission ne sont pas seulement des efforts pour concrétiser l'obligation coutumière qui pèse sur l'État de réadmettre ses ressortissants.

L'analyse juridique montre bien que les accords de réadmission tentent d'aller bien plus loin en créant d'autres obligations non seulement en élargissant les preuves du lien national ou de séjour mais en impliquant les États tiers. Les pays développés semblent prêts à profiter de leur position dominante pour faire des pays en développement les complices de leur politique répressive de contrôle de l'immigration. Ils cherchent et parfois trouvent des États en développement qui acceptent de réadmettre non seulement leurs ressortissants nationaux mais également les ressortissants des États tiers que leur livrent les pays développés, notamment l'Europe.

Cette politique de fermeture des frontières parait d'une efficacité incertaine. D'après les États qui la prônent, elle permet de mieux lutter contre le chômage et la délinquance, reprenant ainsi sans l'avouer les arguments des courants nationalistes ou xénophobes en semblant ignorer que le chômage a des raisons largement liées aux politiques économiques menées, aux transformations structurelles et aux innovations technologiques.

De nombreux États en développement acceptent de se soumettre aux politiques portées par les accords de réadmission. Plusieurs raisons sont à l'origine de cette situation. L'emprise des principales puissances développées et les échecs des pays en développement, tant en ce qui concerne le développement économique que la construction de l'État, se conjuguent pour aboutir à la situation actuelle. Dans cette situation, les pays en développement craignent que leur rejet des politiques de contrôle et de répression des immigrations décidées par les pays d'accueil développés ne compromette

la coopération avec les grandes puissances et contribue à aggraver leur affaiblissement économique et leur marginalisation sur le plan international. Il en résulte que les causes réelles du séjour illégal ne sont pas prises en compte, faisant ainsi des accords de réadmission des instruments juridiques peu efficaces. Mais il en résulte aussi que ces accords laissent, comme on l'a vu, dans l'ombre l'application effective des droits de l'homme apparaissant alors comme des instruments des politiques de répression établies pour donner satisfaction à certaines parties xénophobes de la population.

MIGRATION AND THE RIGHT TO FAMILY AND PRIVATE LIFE

BY

JENS VEDSTED-HANSEN (1)

PLAN

INTRODUCTORY REMARKS 690

I. – FAMILY AND PRIVATE LIFE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 693

A. – *The Migration Control Aspects of ECHR Article 8* 693

B. – *Family or Private Life as the Protected Sphere?* 695

C. – *Balancing Expulsion Orders* 697

D. – *Family Reunification – a Positive Obligation?* 701

II. – PROTECTION OF FAMILY LIFE IN UN TREATIES 707

A. – *The Human Rights Covenants* 707

B. – *The Convention on the Rights of the Child* 711

C. – *The Convention on Migrant Workers* 712

III. – ADDITIONAL TREATIES WITHIN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM 713

IV. – THE SPECIAL PROTECTION OF INVOLUNTARY MIGRANTS' FAMILY LIFE. 715

V. – EU HARMONISATION OF THE RIGHT TO FAMILY REUNIFICATION 718

VI. – PRIMARY MIGRATION AS THE DETERMINANT OF FAMILY UNITY STANDARDS 720

(1) Professor, LL.D, University of Aarhus Law School, Denmark. I wish to thank Ryszard Cholewinski, Stéphanie Lagoutte and Vincent Chetail for their most helpful comments. All omissions and errors remain my own.

Introductory Remarks

In the context of international migration, issues pertaining to family unity and family reunification have often been treated in a rather convoluted manner by law- and policy-makers, and to some extent also by international law itself. The reason for this is obviously the location of these controversial issues in the partly indefinable zone between State sovereignty and the protection of individual human rights. The principle of sovereignty undoubtedly encompasses the right of States to control migration, and to exclude non-citizens from their territory, whereas international human rights norms protecting the right to family and private life (2) may effectively confine States' exercise of this sovereign right to control.

Already the 1975 Helsinki Final Act and subsequent Human Dimension decisions within the CSCE process reflected the cautious, implicit-right approach to family aspects of migration (3). That also seems to be a feature, although obviously for different reasons, of the recent Report of the Global Commission on International Migration (4). As an observer noted, the GCIM Report said «something about almost everything», but «oddly little about family reunification, which is the dynamic that brings the most migrants to most industrialized countries» (5). This may be explained by the fact that the Global Commission, in line with its overall mandate, primarily focused on economic migration, thereby excluding issues related to forced migration from its scope of analysis. As this can be seen as based on the assumption that certain types of migration are generally «good» for economy and society, it has been

(2) In addition to family life, the right to respect for private life may be affected by migration control measures, see Section I.B. Unless otherwise indicated, the following discussion of family life refers to private life as well.

(3) See : Plender R., *International Migration Law*, Second Edition, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, p. 365, and more generally : Bloed A., *The Conference on Security and Cooperation in Europe. Analysis and Basic Documents*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

(4) Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world : New directions for action*, Geneva, 2005. See Chapter V on laws, norms and human rights, where family unity is dealt with only in §14, p. 56. In the underlying Thematic Study No. 6 : «International migration and human rights» (by Grant S.) family life is discussed briefly at pp. 23-24, No. 7 : «The legal and normative framework of international migration» (by Martin S.) discusses family unity at pp. 28-30. All documents accessible at : http ://www.gcim.org.

(5) Newland K., «Migration's Unrealized Potential : The Report of the Global Commission on International Migration», *Migration Information Source*, 1 November 2005. www.migrationinformation.org, accessed 3 November 2005.

suggested that this approach might by contrast exclude those types of migration that are considered inherently «bad», most notably asylum seekers and migrants who arrive to join their families (6). Hence, although migration affects family life, and the two phenomena are inextricably linked, the place of family life in the migration context is defined by a particular logic which is not necessarily in accordance with the primary determinants of migratory movements and policies (7).

This chapter will examine the human rights norms underlying the apparent dilemma of international law and policy, aiming to clarify the extent to which, and the manner in which, such norms curtail the exercise of State sovereignty in connection with immigration control. It sets out depicting the legal framework under international human rights treaties, adopted within the UN and the Council of Europe. In particular, the right to private and family life according to Article 8 of the European Convention on Human Rights (8) will be analysed, focusing on the case law of the European Court of Human Rights which has had significant impact on the expulsion practices of European States. Furthermore, we shall discuss the interpretation and application of ECHR Article 8 as guaranteeing a right to family reunification for dispersed families under certain conditions (I).

Given that these implications of the right to private and family life have evolved through the practices of the Strasbourg bodies monitoring State compliance with their ECHR obligations, thus expressing casuistic judicial responses to the concrete results of domestic law and policy, it may be difficult to describe in precise detail the state of law concerning these immigration conditions. Even though the UN has attempted to adopt explicit rules on the right to family reunification for migrant workers, their impact is likely to be limited due to the low number of ratifications of the

(6) CRAWLEY H., «Forced Migration and the Politics of Asylum : The Missing Pieces of the International Migration Puzzle?», *International Migration*, 2006, pp. 22 and 24.

(7) See, as another recent example : the ILO Report, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, International Labour Office, Geneva 2004, in particular pp. 15, 90, 110, and 120.

(8) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, *ETS*, 5, most recently amended by Protocol No. 13, 3 May 2002, *ETS*, 187 (hereinafter : ECHR).

Migrant Workers' Convention (9). The relevant norms under other UN human rights treaties do not generally seem to provide more clarity about the conditions of the right to family reunification than the case law under ECHR Article 8 (II). At the same time, however, there are interesting similarities between UN treaties and a couple of European conventions that seem to be generally disregarded (IV).

As a consequence, the scope of international human rights obligations and, conversely, the degree of unfettered State sovereignty in the area of immigration control, cannot be easily delimited. The resulting legal uncertainty leaves a considerable amount of discretion both for domestic legislators and for decision-makers in concrete cases, as well as a corresponding lack of foreseeability for individuals and authorities. Nonetheless, the norms deriving from human rights treaty interpretation actually do protect the right to family life when family unity is being particularly affected by States' immigration control measures.

There are certain characteristics of the situations in which international norms provide protection against either expulsion decisions or restrictions concerning family reunification. That allows us to identify the categories of immigrants whose personal condition is such as to make international protection of their right to family unity likely to occur. In general terms, those who are considered involuntary migrants will have a high degree of security of residence and right to family immigration, respectively, notwithstanding States' sovereignty in these policy matters. Importantly, not only refugees according to the UN Refugee Convention (10), but also persons in need of subsidiary forms of international protection are protected in this regard under ECHR Article 8 and similar provisions in UN human rights treaties (V). Following a brief discussion of the recently adopted EU Directive on the right to family reunification (VI), we shall conclude by pointing at the differences of rationale underlying the various forms of family migration control, depending on the interrelationship between the States involved in the migratory movement and the perceived self-interest of the receiving States in admitting migrants' families to their territory.

(9) International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 18 December 1990, 2220 *UNTS* 39481 (hereinafter: CMW).

(10) Convention relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 *UNTS* 137.

I. – Family and Private Life under the European Convention on Human Rights

A. – *The Migration Control Aspects of ECHR Article 8*

The international protection of the right to respect for family life has implications for migration control in two different, although interrelated, aspects. Firstly, the relevant human rights norms limit States' power to expel and deport aliens having such family-based ties to other persons resident in the same country that the expulsion and the inherent forcible separation of the family members would imply an interference with one or more of the affected persons' right to respect for their family life. As further elaborated in section I. B, protection of family life against expulsion is supplemented by the right to respect for private life in certain situations where this right expresses the individual alien's more general affiliations with, and integration into, the country of residence. Secondly, respect for family life implies certain obligations on States to authorise non-citizens, having close family ties to persons already resident in their territory, to enter and reside in the country in order to be able to exercise the right to family life in terms of cohabitation. International norms protecting the right to respect for family life may therefore entitle family members to immigrate with a view to being reunified with relatives in a country where not all of the family members are citizens.

The ECHR does not contain any norms expressly dealing with the right of non-citizens to enter and reside in European States, apart from the prohibition of collective expulsion in Article 4 of Protocol No. 4 and the procedural safeguards relating to expulsion of lawfully resident aliens according to Article 1 of Protocol No. 7 to the ECHR. Nonetheless, it follows from the European Court of Human Rights' interpretation that residence rights are protected under certain circumstances, first and foremost under ECHR Article 8 which reads as follows :

«(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

(2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-

being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

Thus, expulsion of aliens already present or resident in a European State, as well as the refusal of a residence permit to an alien applying for residence with a view to reunification with family members living in such a country, may raise questions of compatibility with the State's obligations to respect family and/or private life according to Article 8. The assessment as to whether a decision concerning expulsion or refusal of residence for a non-citizen implies violation of ECHR Article 8 is, in the nature of things, strongly based on the concrete circumstances of individual cases. As will be further discussed below, the interpretative approach to States' obligations under Article 8 varies in the Strasbourg case law, according to the different legal and administrative framing of the disputed domestic decision (11).

As far as expulsion cases are concerned, it will normally be beyond doubt that expulsion of permanently resident aliens – in particular «integrated aliens» with a long-term, stable connection to the country of residence – constitutes an interference with the exercise of their right to family or/and private life under ECHR Article 8. While the early Strasbourg case law often involved a closer assessment of the issue of interference, considering whether family life could reasonably be expected to continue in the country of origin of the expelled family member – and, if so, finding no interference with the right to respect for family life – the more recent practice of the European Court of Human Rights normally considers any expulsion of a permanently resident alien as constituting an interference, due to such aliens' affiliation with their country of residence (12). Rather, the question is which of the Article 8 rights will be interfered with by the expulsion of the alien, and whether the interference is justified under Article 8 (2).

(11) See : ANDERFUHREN-WAYNE C.S., «Family Unity in Immigration and Refugee Matters : United States and European Approaches», *International Journal of Refugee Law*, 1996, pp. 367-369. See generally : VAN DIJK P and. VAN HOOF G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, The Hague, Kluwer, 1998, pp. 515-521, and OVEY C. and WHITE R., *Jacobs and White. The European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 233-238.

(12) *Ibid.*, pp. 360-62, discussing the «elsewhere approach» versus the «connections approach». See also : VAN DIJK P., «Protection of «Integrated» Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights», *European Journal of Migration and Law*, 1999, pp. 295-296.

As a common feature of both expulsion and family reunification cases, it has to be noted that these situations do not normally involve the extraterritorial dimension of protection under ECHR Article 8. While the European Court of Human Rights has not excluded that this provision may provide protection against consequences that occur outside the territory of the ECHR State exercising jurisdiction (13), the primary interests in family unity being affected by decisions on expulsion or refusal of residence for a family member are those of persons who are (still) within the territory of the expelling or excluding European State. This notwithstanding, the rights of an applicant for entry and residence for the purpose of family reunification may also be affected by the State's exercise of jurisdiction in a manner raising issues of protection under Article 8 (14).

B. – *Family or Private Life as the Protected Sphere?*

The scope of «family life» in ECHR Article 8 can be defined by both biological, legal and social criteria. According to the European Court of Human Rights, the existence or non-existence of «family life» is «essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties» (15). Thus, the concept of family life is not confined to marriage-based relationships, but may encompass *de facto* «family ties» where the parties are living together outside marriage, or even where other factors than cohabitation may serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create such *de facto* family ties (16). Whereas the point

(13) See : ECtHR, *Bensaid v. UK*, 6 February 2001, *Reports of Judgements and Decisions* 2001-I; §§46-49.

(14) See, however, the respondent State's quite extraordinary contention with regard to extraterritorial jurisdiction in : ECtHR, *Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands*, No. 60665/00, 1 December 2005, §26. This preliminary objection was dismissed by the Court, finding that the State was estopped from raising it at this stage of the proceedings.

(15) ECtHR, [GC], *K. and T. v. Finland*, 12 July 2001, *Reports of Judgements and Decisions* 2001-VII, §150. See generally : VAN DIJK P. and VAN HOOF G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, op. cit.*, pp. 504-508; OVEY C. and WHITE R., *Jacobs and White. The European Convention on Human Rights, op. cit.*, pp. 222-24, and LAGOUTTE S., «Surrounding and Extending Family Life : The Notion of Family Life in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Nordic Journal of Human Rights*, 2003, pp. 292-306.

(16) See : ECtHR, *Kroon and Others v. Netherlands*, 27 October 1994, Series A, No. 297-C, §30; *X, Y and Z v. United Kingdom*, ECtHR judgment of 22 April 1997, *Reports of Judgements and Decisions* 1997-II, §36. See also : ECtHR, *Berrehab v. Netherlands*, 21 June 1988, Series A, No. 138, §21.

of departure, when assessing the scope of family life protected under Article 8, will be the members of the nuclear family as normally recognised in Europe, it is therefore possible to extend the personal scope of article 8 beyond that traditional concept by way of providing concrete evidence demonstrating the existence of a sufficiently close social, emotional or practical relationship between the persons involved.

In certain situations the question arises whether expulsion of an alien with a long-term residence in the host country merely affects the right to respect for family life, or the protection of private life may also be a pertinent issue to be assessed. This additional or even alternative focus clearly reflects historical changes in the social and personal conditions of a considerable number of immigrants residing in European countries. The changing focus of the article 8 examination – in itself illustrative of the evolutive judicial approach sometimes taken by the European Court of Human Rights – was initiated by dissenting opinions in the *Nasri* judgment from 1995. Here it was suggested to consider the effects of expulsion on the alien's private life being a broader concept of which family life is a sub-category :

> «This approach is somewhat artificial, because the element of the respect of his private life is missing. In such cases, it would be more realistic to look at the whole social fabric which is important to the applicant, and the family is only part of the entire context, albeit an essential one» (17).

> «Deportation from a country in which the person concerned has lived from birth or from childhood constitutes an interference with this private and personal sphere where it entails, as in this case, the separation of the person concerned from his essential social environment, his emotional and social circle, including his family» (18).

Subsequently, the Court's judgments concerning expulsion of «integrated aliens» have demonstrated a tendency towards including private life along with family life as the protected spheres that would be interfered with by the contested expulsion decision (19).

---

(17) ECtHR, *Nasri v. France*, 13 July 1995, Series A, No. 320-B, partly dissenting opinion of Judge Wildhaber.

(18) *Ibid.*, partly dissenting opinion of Judge Morenilla.

(19) See, for example : ECtHR, *C. v. Belgium*, 7 August 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-III; ECtHR, *Bouchelkia v. France*, 29 January 1997 *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; ECtHR, *Boujlifa v. France*, 21 October 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI, and more recently : ECtHR, *Benhebba c. France*, No. 53441/99, 10 July 2003, §§21, 22 and 31, but see §25.

Even while this makes no difference to the fact that the interference has to be balanced against the general interests of society, in accordance with ECHR Article 8 (2), the additional reference to respect for private life in such cases may be an expression of more than just pragmatic recognition of the social realities. The express reference to this aspect of the interference is likely to include an extended number of persons under the protection of Article 8, and at least it simplifies the interference assessment and secures that the expulsion is to be tested under Article 8 (2) regardless of whether the affected individual has maintained family life with his or her parents and siblings, or has established a new family instead upon leaving the parental home (20).

Furthermore, it cannot be excluded that focusing on respect for private life – in addition to family life – may influence the balancing of interests according to Article 8 (2) in favour of the individual's rights *vis-à-vis* the public interests being invoked in support of the expulsion order. If, however, only private life would be interfered with by an expulsion because the concrete alien has no family links at all to the country of residence, it might well be that the expulsion order would be considered less intrusive, so that the balance would move in the opposite direction, and expulsion be considered more readily compatible with Article 8.

C. – *Balancing Expulsion Orders*

In balancing the interests in accordance with ECHR Article 8 (2) the crucial issue is, as a general rule, the proportionality of the expulsion order as an actual interference in the alien's family and private life vis-à-vis the general interests invoked in favour of expulsion. It is rarely disputed that the decision to expel has sufficient basis in domestic law (21), just as it is normally quite clear that expulsion has been decided in order to prevent disorder or

(20) See : VAN DIJK P., «Protection of «Integrated» Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, pp. 299-301.

(21) See, however, as an example of violation of Article 8 due to the insufficience of the legal basis for an expulsion order allegedly issued on grounds of national security : ECtHR, *Al-Nashif v. Bulgaria*, 20 June 2002, No. 50963/99, §§117-129.

crime, and possibly based on further general interests as enumerated in Article 8 (2) (22).

In cases where criminal acts committed by the alien are the basis for expulsion, the European Court of Human Rights seems to allow States a relatively wide margin of appreciation concerning the decision on and enforcement of expulsion. Even while the Court's assessment is, as mentioned, highly concrete according to the varying individual circumstances of the cases, there are three elements that generally seem to play the main role in the balancing exercise under Article 8 (2) :

(i) The alien's connection with the host country, such as the period of residence, the age at the time of immigration, establishment of marriage or cohabitation, perhaps with a citizen of the host country, children and their situation in the host country, other family members and additional connecting factors such as work, education, *etc.*

(ii) The alien's connection with the country of origin, including residence periods and visits, the nature and duration of such visits, whether he or she understands and speaks the language, has been educated in the country of origin, is familiar with its culture, and whether he or she has family members or other personal contacts in that country.

(iii) The nature and frequency of the criminal acts committed in the host country, including the duration of punishment and the issue of recurring criminality as well as the existence of certain forms of criminality which are considered particularly dangerous, not least drug-related crime.

It has become ever more clear that concrete balancing based on such criteria as mentioned above is difficult to conduct, and probably even more difficult to scrutinise in a consistent manner. This further means that the outcome of judicial review at the international level may often be difficult to predict. As a result, the issue has been raised both within the European Court of Human Rights by way of dissenting opinions, and in the legal literature, as to whether more operational criteria could be formulated in order to achieve a higher degree of consistency and predictability, in particular as regards expulsion cases concerning second generation immigrants and other «integrated aliens» (23).

---

(22) An additional public interest in accordance with Article 8 (2) may be the protection of health which has been recognised as a relevant consideration in cases dealing with the expulsion of persons involved in trafficking of narcotics, see for example : ECtHR, *Ezzouhdi v. France*, No. 47160/99,13 February 2001.

(23) See : CHOLEWINSKI R., «Strasbourg's 'Hidden Agenda'? The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights»,

In recent years the Court has attempted to accommodate these concerns by establishing some general guidelines for the assessment of expulsion cases. Perhaps not incidentally, expulsion of second generation immigrants was not the category of cases for which the Court started developing such general criteria. Instead, the Court had a particular view to the situation of the family members of an alien who has arrived in the country as an adult when it declared itself «called upon to establish guiding principles in order to examine whether the measure in question was necessary in a democratic society» because the Court had «only a limited number of decided cases where the main obstacle to expulsion was that it would entail difficulties for the spouses to stay together and, in particular, for one of them and/or the children to live in the other's country of origin» (24).

The criteria for assessing the proportionality of expulsion are as follows :

> «Where continued residence is refused to an alien who settled in the host country when already an adult, the Court applies the following guiding principles in its examination of the question whether that refusal was necessary in a democratic society [...] :
>
> – the nature and seriousness of the offence committed by the applicant;
>
> – the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled;
>
> – the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period
>
> – the nationalities of the various persons concerned;
>
> – the applicant's family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life;
>
> – whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship;
>
> – whether there are children of the marriage, and if so, their age; and
>
> – the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the applicant's country of origin» (25).

Netherlands Quarterly of Human Rights, 1994, pp. 287-306, and VAN DIJK P., «Protection of «Integrated» Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, pp. 301-304 and 310-312, both with references to the ECtHR case law.

(24) ECtHR, *Boultif v. Switzerland*, 2 August 2001, *Reports of Judgements and Decisions* 2001-IX, §48.

(25) ECtHR, *Sezen v. Netherlands*, No. 50252/99, 31 January 2006, §42, referring to *Boultif*. Initially the following was added to the last sentence : «although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion», see : *Boultif*, *op. cit.*, §48.

In case law subsequent to *Boultif* the same guiding principles have been applied to cases concerning second generation immigrants and aliens having arrived during early youth, if they have founded a family in the host country (26). Nonetheless, the problem remains that in weighing such criteria under the specific circumstances of the concrete cases brought before the Court there may still be a high degree of casuistic approach, and a corresponding lack of predictability and risk of inconsistency, unless the Court specifies certain criteria as being predominant or establishes firm main rules that can only be deviated from in exceptional, and clearly defined, situations. Not least importantly, as a consequence of the lack of clarity in the Strasbourg case law, domestic legislators will have too little guidance – and a corresponding possibility of ignoring the limits set up by international human rights obligations – when adopting new and often restrictive rules on expulsion, just as the domestic courts may have difficulties in calculating the exact margin of appreciation within which they can decide on the expulsion of criminal aliens in keeping with ECHR Article 8. Both of these factors may contribute to an unnecessary caseload before the European Court of Human Rights, and put human rights norms in a problematic role as the eternal, yet undefined barrier to domestic policy-making.

By way of contrast to the expulsion of criminal offenders, if the State invokes the general interest of immigration control and the enforcement thereof as the sole purpose of expulsion, the relevant public interest under ECHR Article 8 (2) cannot be the prevention of disorder or crime, but rather the economic well-being of the country. For instance, this is the case when the reason for refusing the renewal of a residence permit, and consequently expelling an alien already resident in the country, is the dissolution of the marriage that was the basis of the issuance of the permit, provided that no specific public-order issue can be raised against the concrete alien. This is one of the quite rare situations in which the Court has shifted the legitimate aim that had been invoked by the responding

(26) ECtHR, *Benhebba c. France*, 10 July 2003, No. 53441/99, §§32-33, and ECtHR, *Üner v. Netherlands*, No. 46410/995, July 2005, §40 (pending before the Grand Chamber, hearing scheduled for 5 April 2006), both making reference to Recommendation 1504 (2001) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the non-expulsion of long-term immigrants.

State, and indeed accepted by the former European Commission of Human Rights :

«The Commission noted that the disputed decisions were consistent with Dutch immigration-control policy and could therefore be regarded as having been taken for legitimate purposes such as the prevention of disorder and the protection of the rights and freedoms of others.

The Court has reached the same conclusion. It points out, however, that the legitimate aim pursued was the preservation of the country's economic well-being within the meaning of paragraph 2 of Article 8 rather than the prevention of disorder : the Government were in fact concerned, because of the population density, to regulate the labour market .[...]

As to the aim pursued, it must be emphasised that the instant case did not concern an alien seeking admission to the Netherlands for the first time but a person who had already lawfully lived there for several years, who had a home and a job there, and against whom the Government did not claim to have any complaint. Furthermore, Mr. Berrehab already had real family ties there – he had married a Dutch woman, and a child had been born of the marriage» (27).

As a consequence of this difference between the relevant public interests the proportionality assessment under Article 8 (2) is likely to change in favour of the affected individual. Thus, an expulsion order that would interfere with the private or family life of the expellable alien or of other persons residing in the country will hardly be justifiable as proportionate when balanced against the purely general State interest in controlling immigration as such.

D. – *Family Reunification – a Positive Obligation?*

In respect of aliens applying for permission to enter and reside in a European country in order to live together with close relatives there, the approach of the ECHR bodies in Strasbourg seems to have developed over the last 10-15 years. While the refusal of an entry and residence permit in such cases was previously considered a potential interference with the right to respect for family life, more recent case law seems to consider such situations from a different perspective. Instead of assessing the refusal of residence from the perspective of negative obligations according to ECHR Article 8 (2), the more recent approach is based on the interpretation of Article 8 as implying, under certain circumstances, positive obligations for the State. By examining the refusal of permission for

(27) ECtHR, *Berrehab v. Netherlands*, 21 June 1988, Series A, No. 138, §§25-26 and 29.

family reunification from this perspective the Court's point of departure will be whether the respondent State has to a sufficient degree fulfilled a positive obligation to protect the right to respect for family life of one or more persons already residing in the country, by means of issuing the residence permit(s) necessary to authorise the immigration of their family member(s).

Although the Court had applied the positive obligations approach already in 1985 in the judgment *Abdulaziz, Cabales and Balkandal* (28), the perception of the refusal of family reunification as an interference with the affected persons' family life seems to have persisted in the former European Commission of Human Rights which in practice dealt with such cases for yet another number of years. Thus, the Commission's examination of immigration/family life cases was officially described in common terms for both expulsion and refusal of entry, in both scenarios encompassing the question of whether there had been an interference with family life and, if so, whether the interference could be justified in accordance with Article 8 (2) (29).

The different approach was, however, reconfirmed a decade later when the European Court of Human Rights examined two cases concerning the refusal of entry and residence for minor children whose parents were resident in Switzerland and the Netherlands, respectively. In both cases the Commission of Human Rights had found the State's refusal of a residence permit for the child to constitute an interference with their rights under ECHR Article 8. The Commission held in the first case that where a parent wanted a minor child to live with him, preventing this would interfere with the parent's right to respect for family life (30). In the second case the refusal to grant a residence permit to the son of an immigrant – the father having dual Moroccan and Netherlands citizenship – amounted to an interference

(28) ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, 28 May 1985, Series A, No. 94, §§67-69.

(29) DOLLE S., «Refugees and Family Reunion of Immigrants : The Strasbourg Case Law», *in Proceedings of the Colloquy on Human Rights without Frontiers*, DH-ED (89) 20, Strasbourg 1990, *pp.* 16-20. The description here given was later reiterated in an official Council of Europe document : Information Note on the Jurisprudence of the European Court and Commission on Human Rights Relevant for the Work of the CAHAR (Ad Hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons), CAHAR, 19 March 1993. See also : VAN DIJK P. and VAN HOOF G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, op. cit.*, pp. 518-519.

(30) ECtHR, *Gül v. Switzerland*, 19 February 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-I, §37.

with both applicants' exercise of their right to respect for their family life, in the Commission's opinion (31).

The Court, however, assessed the disputed refusals from the perspective of positive obligations, yet concluding in both cases that the responding States had not failed to fulfil such obligations in this regard. The general principles underlying the assessment were pronounced as follows :

> «The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be *positive obligations* inherent in effective respect for family life. However, the boundaries between the States' positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. *The applicable principles are, nonetheless, similar*. In both contexts regard must be had to the *fair balance* that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain *margin of appreciation* [...]
>
> The present case concerns not only family life but also immigration, and the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interests. As a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory (see, among other authorities, the *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* judgment [...]).
>
> Moreover, where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect a choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorize family reunion in its territory. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered» (32).

Having considered the circumstances of the concrete case, the Court admitted that it would not be easy for the parents to return to the country of origin, but found that there were «strictly speaking, no obstacles preventing them from developing family life in Turkey». That possibility was «all the more real» because the child had always lived there and had therefore grown up in the cultural and linguistic environment of his country (33). While acknowled-

(31) ECtHR, *Ahmut v. Netherlands*, 28 November 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-VI, §61.

(32) *Gül v. Switzerland*, §38 (italics added). See similar principles in : *Ahmut v. Netherlands*, §§63 and 67.

(33) *Ibid.*, §42. It has been critically noted that the Court referred to the «cultural and linguistic environment» despite the fact that the child was Kurdish, had lived with various Kurdish families, had never been to school and did not speak Turkish, see : MOLE N., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 9 (revised), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2001, p. 49.

ging that the family's situation was «very difficult from the human point of view», the Court found that Switzerland had not failed to fulfil the obligations arising under Article 8 (1), and there had «therefore been no interference in the applicant's family life within the meaning of that Article» (34).

The Court's finding of «no interference» in *Gül* may leave some doubt as to whether refusal of family reunification may still in certain situations be examined under the «necessity test» in Article 8 (2), or such decisions are to be assessed in a somewhat more flexible «fair balance test» pursuant to Article 8 (1) in any event. Thus, it has been pointed out that not every refusal of family reunification amounts to an interference, and if that is not the case, the focus on positive obligations may be of importance if and to the extent the «fair balance test» differs from the «necessity test» under Article 8 (2) (35). It has also been suggested that here the Court was balancing the applicant's right to family life against the State's right to control immigration «at the early stage of establishing interference» and that in cases of entry interference will be established only if the individual shows that the State has «overstepped its wide margin of appreciation» (36). This exercise may have some similarities with the «elsewhere approach» which was previously applied in expulsion cases, but which is no longer practiced in that context (37).

However, the Court's case law subsequent to *Gül* seems to imply that the interference criterion has been abandoned altogether and replaced by the exclusive assessment of possible failure to comply with the State's positive obligation pursuant to Article 8 (1). This is reflected in the very fact that the examination has been presented in the judgments under the heading: «Whether the case concerns an «interference» with the exercise of the applicants' right to respect for their 'family life' or else an alleged failure on the part

(34) ECtHR, *Gül v. Switzerland*, *op. cit.*, §43.

(35) VAN DIJK P., «Protection of «Integrated» Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights», *op. cit.*, pp. 297-298.

(36) LAMBERT H., *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 8 (revised), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2001, pp. 41-42. See also : LAMBERT H., «The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion», *International Journal of Refugee Law*, 1999, pp. 440, 442 and 449.

(37) See the discussion at note 11 *supra*.

of the respondent State to comply with a 'positive obligation'» (38). Correspondingly, having defined the case as one concerning positive obligations, the Court no longer appears to draw any conclusion regarding the question of interference (39).

As emphasised by the Court, the distinction between positive and negative obligations under ECHR Article 8 is neither sharp nor clear, and which of the two different approaches has been applied is not necessarily decisive for the result of the concrete assessment. Nonetheless, what might appear an extended protective potential – based on the interpretation of Article 8 as implying positive obligations for the State, well in line with the more general interpretative tendency concerning, not least, this particular provision in the ECHR – may possibly lead to less predictable assessments and perhaps even more restrictive results of the balancing of the involved interests (40).

If the latter happens, it can probably be explained exactly by the various approaches taken by the Court. The «fair balance test» under Article 8 (1) may imply a different point of departure for the weighing of individual interests against those of the State, since it is carried out in a less structured manner than the 'necessity test' of interferences according to Article 8 (2). Not least importantly, it may become less clear from this perspective that the immigration control system sets up barriers to family reunification which may have the same practical effects as an expulsion order. If the child or spouse applying for a residence permit is already present in the country, as is quite often the case, then the refusal of a residence permit necessarily results in forcible removal of that person. Similarly, if the applicant is still living in the country of origin, the refu-

(38) ECtHR, *Ahmut v. Netherlands*, 28 November 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-VI, at §61. See similarly : ECtHR, *Sen c. Pays-Bas*, No. 31465/96, 21 December 2001, at §29.

(39) See : *Ahmut v. Netherlands*, §67-73, *Sen c. Pays-Bas*, §§33-42, and ECtHR, *Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands*, No. 60665/00, 1 December 2005, §§41-52. In *Nsona v. Netherlands*, the Court did find «no interference» that could be imputed to the respondent State, but from the context this appears to have been narrowly linked to the assessment of the evidence in the case (ECtHR, *Nsona v. Netherlands*, 28 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, §§113-114). It therefore cannot be seen as deviating from the abovementioned tendency in the Court's practice.

(40) See : WARBRICK C., «The Structure of Article 8», *European Human Rights Law Reports*, 1998, pp. 32-44, and LAMBERT H., «The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion», *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 442. See generally : STARMER K., «Positive obligations under the Convention», *in* JOWELL J. and COOPER J. (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Hart, 2001, pp. 139-159.

sal of permission for family reunification will be a strong *de facto* pressure for the parents or the spouse residing in a European country to give up their residence here and return to the country of origin, that normally being the only option in order to reestablish a common life for the involved family members (41). Thus, the similarities between the various situations and the actual consequences of the measures taken by the State authorities do not provide any real support for different legal approaches that may imply significantly lower judicial protection of the right to family unity under Article 8.

It is not yet clear whether the applicable principles under ECHR Article 8 (1) and (2) are indeed similar, as stated by the Court, in the sense that they result in comparable – and foreseeable – levels of actual respect for the family life that is being affected by the disputed State action. Notably, the relevant case law of the European Court of Human Rights is quite limited, so that conclusions as to the implications of the positive obligations approach should be kept cautious. This is particularly true as far as family reunification for spouses is concerned, probably due to the fact that most European States have traditionally practised relatively liberal admission criteria in such cases, at least if the spouse resident in the country is a citizen or a refugee who has been granted asylum. It is rather likely, however, that the Court will be bound to examine more cases concerning the refusal of residence for spouses in the years to come as a result of the trend towards more restrictive family reunification policies in a number of European States (42).

As regards immigrant parents seeking to be reunified with minor children left behind in the country of origin, the abovementioned cases *Gül* and *Ahmut* are no longer the only Strasbourg precedents. The subsequent judgment in *Sen* found the refusal of a residence permit for a child left back in Turkey to be in violation of Article 8, referring to the age of the affected children, their situation in the country of origin and their degree of dependence of the parents. The two younger children were born in the Netherlands where their mother had joined the father and where the couple had settled for

(41) See : LAMBERT H., *ibid.*, p. 442.

(42) See, regarding a significant example of legislative changes : VEDSTED-HANSEN J., «Family Reunion – Generalised Restrictions», *Minority Report. Focus on Ethnic Inequality in Denmark*, 2004, pp. 21-24, accessible at : http ://www.mixeurope.dk/fileadmin/documents/report280105.pdf.

several years. Due to the major obstacle for these family members to «return» to Turkey, unlike the situation of the father in *Ahmut*, and despite the initially voluntary migration of the parents to the Netherlands, the Court found *«une exigence particulière»* in favour of permitting the older child to become part of the family unit in the Netherlands and, hence, the refusal was considered a violation of Article 8 (43). A partly similar situation, with the additional characteristics of the parent's involuntary departure from the country of origin and the precarious condition in which the child left behind in the care of her grandmother found herself upon reaching marriageable age, also led the Court to holding the refusal of family reunification to be a violation of Article 8 in the more recent case of *Tuquabo-Tekle* (44).

Below in Section IV further implications of the Court's interpretation of Article 8 will be discussed, with a view to the particular situation of the reunification of the dispersed families of refugees and other involuntary migrants.

II. – Protection of Family Life in UN Treaties

A. – *The Human Rights Covenants*

Having examined the migration aspects of the protection of family life under the ECHR in some detail, we shall now discuss the most relevant provisions of core UN human rights treaties for the sake of comparison. The discussion of these treaties will be less specific, primarily because of the relatively uncertain legal norms that can be derived from these treaties and the limited case law from treaty monitoring bodies. Nonetheless, the survey below will be able to illustrate that, apart from the important difference in geographical scope, the UN treaties do not provide significantly better protection of family life in the migration context than the ECHR.

(43) ECtHR, *Sen c. Pays-Bas*, No. 31465/96, 21 December 2001.

(44) ECtHR, *Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands*, No. 60665/00, 1 December 20051 December 2005. On the other hand, the fact that the applicant child has reached an age presumed to reduce the need for parental care will normally weaken the case for family reunification under Article 8, *cf.* the ECtHR's inadmissibility decisions *Chandra and Others v. Netherlands* (dec.), N° 53102/99, 13 May 2003 and *Benamar v. Netherlands* (dec.), No. 43786/04, 5 April 2005.

Based on Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights (45), Article 17 of the UN Covenant on Civil and Political Rights (46) reads as follows :

«(1) No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

(2) Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks».

Furthermore, CCPR Article 23 (1) reflects UDHR Article 16 (3) by stating that «[t]he family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State». While this provision obliges States to protect the family as a social institution, Article 17 aims at protecting individuals against arbitrary or unlawful interference with their privacy, including the family and the life within the family (47).

Although the CCPR does not expressly recognize the right of aliens to enter or reside in the territory of a State, an alien may in certain circumstances be protected under the Covenant in relation to entry or residence (48). Similar to the ECHR, this may occur both in expulsion cases and with regard to entry and residence for the purpose of family reunification. CCPR Article 17 will often be the most relevant provision in this connection, yet Article 23 has also been applied in migration-related cases by the Human Rights Committee monitoring States' compliance with the Covenant (49). Indeed, most of the individual communications examined by the Committee on respect for the family have been dealing with issues relating to migration.

As a general feature, CCPR Articles 17 and 23 seem to be applied by the Human Rights Committee in a manner allowing States a

(45) UNGA Res. 217 (III), 10 December 1948, UN Doc. A/811 (hereinafter : UDHR).

(46) International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, 999 *UNTS* 171 (hereinafter : CCPR).

(47) Cf. NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd revised edition, Kehl, NP Engel, 2005, p. 393, and SIEGHART P., *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 311-312.

(48) See : *CCPR General Comment No. 15 : The position of aliens under the Covenant*, adopted by the Human Rights Committee at its 32nd Session, 1986, §5. See also : *CCPR General Comment No. 19 : Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses (Art. 23)*, adopted by the Human Rights Committee at its 39th Session, 1990, §5.

(49) See : JOSEPH S., SCHULTZ J. and CASTAN M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 489 and 591-604.

broad margin of appreciation when deciding whether they will grant a residence permit to an alien in order to reunite with family members resident in their territory, as well as in cases concerning the expulsion of criminal aliens (50). When balancing against the interest in family unity the Committee has demonstrated its willingness to give considerable weight to States' desire to enforce their immigration policy by requiring the departure of unlawfully present aliens. Nonetheless, such enforcement decisions can have so serious consequences for the affected family members as to be incompatible with the prohibition of arbitrary interference under CCPR Article 17.

For instance, this may be the Committee's conclusion if deportation of the parents, due to their illegal presence in a given country, will affect children who have spent several years in that country so that the child will be bound either to follow the parents to their country of origin or to remain alone in the actual country of residence. The Human Rights Committee has emphasised that the mere fact that one member of a family is entitled to remain in the territory of a State Party does not necessarily mean that requiring other members of the family to leave involves interference with the family. It will, however, find an interference if the situation is such that «substantial changes to long-settled family life would follow in either case» (51). If the deportation will imply interference, then it may be incumbent on the deporting State to demonstrate «additional factors justifying the removal [...] that go beyond a simple enforcement of its immigration law in order to avoid a characterization of arbitrariness» (52).

The criteria for interferences not being considered «arbitrary or unlawful» under CCPR Article 17 could apparently correspond to the justification of interference under the «necessity test» according

(50) See : NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, op. cit.*, pp. 395-398, and JOSEPH S. *et al.*, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary, op. cit.*, pp. 593-7 and 602-4. See also : FOURLANOS G., *Sovereignty and the Ingress of Aliens. With Special Focus on Family Unity and Refugee Law*, Stockholm, Almqvist and Wiksell International, 1986, pp. 99-100.

(51) HRC, *Winata v. Australia*, Communication No. 930/00, report of 16 August 2001, UN Doc. CCPR/C/72/D/930/2000, §7.1-2; HRC, *Madafferi v. Australia*, Communication No. 1011/2001, report of 26 August 2004, UN Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001, §9.7-8.

(52) *Winata v. Australia*, §7.3. Here the Committee found a violation of CCPR Article 17 (1) in conjunction with Article 23, and additionally a violation of Article 24 (1) in relation to the child. See for comments on the case : JOSEPH S. *et al.*, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary, op. cit.*, pp. 597-603.

to ECHR Article 8 (2). However, the Human Rights Committee's case law on family unity seems to have rather strong similarity to the 'fair balance test' applied by the European Court of Human Rights when examining the issue of positive obligations concerning family reunification pursuant to ECHR Article 8 (1) (see above in Section I. D). This is illustrated by the following observation made by the Committee in the recent *Madafferi* case with regard to the balancing of interests in its examination of deportation measures affecting family unity :

> «[...] in cases where one part of a family must leave the territory of a State party while the other part would be entitled to remain, the relevant criteria for assessing whether or not the specific interference with family life can be objectively justified must be considered, on the one hand, in light of the significance of the State party's reasons for the removal of the person concerned and, on the other, the degree of hardship the family and its members would encounter as a consequence of such removal» (53).

Even if the Committee's case law in this area is still rather limited, it may be concluded that in terms of substantive protection of family unity – *i.e.*, apart from its far wider geographical scope – the CCPR does not add much to the standards following from ECHR Article 8, as interpreted by the European Court of Human Rights.

The same holds true for the UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (54). Article 10 (1) of the CESCR also reflects UDHR Article 16 (3) by stating that «[t]he widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children [...]». Whereas this Article mainly obliges States to provide for the economic and social conditions for the development of family life, it may potentially have some indirect impact on policies concerning family reunification, in so far as that may be permitted in domestic law, perhaps as an implementation of international obligations deriving from the CCPR. Clearly, however, the CESCR does not provide any distinct obligation for States

(53) HRC, *Madafferi v. Australia*, §9.8. Due to the «very specific circumstances» of the case, the Committee held that removal would constitute an arbitrary interference contrary to Article 17 (1) in conjunction with Article 23, and an additional violation of Article 24 (1) in relation to the four minor children.

(54) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, 993 *UNTS* 3 (hereinafter : CESCR).

to allow the entry and residence of aliens, in addition to what might follow from the CCPR or other human rights treaties.

B. – *The Convention on the Rights of the Child*

When adopting the Convention on the Rights of the Child (55) the UN General Assembly made an attempt to lay down more specific international standards as regards the reunification of separated family members. The CRC contains the following provision in Article 10 :

> «(1) In accordance with the obligation of States Parties under [Article 9 (1) laying down exceptional criteria under which children may be separated from their parents] applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of their family.
>
> (2) A child whose parents reside in different States shall have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents.... States Parties shall respect the right of the child and his or her parents to leave any country, including their own, and to enter their own country [...]».

As it appears clearly from the wording of this Article, even while specifically dealing with the issue of family reunification, the CRC did not establish any clear norm regulating States' obligations in that connection, and hence no unconditional entitlement for the individual children or parents to be reunited. Only in those situations where the parents are residing in different States does Article 10 (2) provide for a relatively clear rule obliging States to respect the child's and the parents' right to leave any country, while this provision is silent as regards their right to enter countries other than their own. To the contrary, the issue of entry into another State for family reunification purposes has been dealt with in Article 10 (1), but here with a very vague obligation for States to consider such applications positively, humanely and expeditiously. When drafting this provision it was expressly intended not to

(55) Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, 1577 *UNTS* 3 (hereinafter : CRC).

phrase it in a manner that could be taken to prejudge the favourable outcome of the processing of such applications (56).

The balance thus struck reflects very well the controversies over individuals' right to leave their own country, an issue which was predominant during the Cold War and which was also strongly focused upon during the negotiation process of the CRC (57). Notably, the wording of Article 10(1) initially proposed was taken from the 1975 Helsinki Final Act adopted by the CSCE (58). Even in such circumstances some of the Western States apparently were reluctant to undertake firm obligations as regards the permission of entry to their territory for the purpose of reunification of parents and their child (59).

C. – *The Convention on Migrant Workers*

Similar to the CRC, the CMW included a specific provision on the right to family reunification for migrant workers. Again referring to UDHR Article 16 (3), CMW Article 44 reads as follows :

«(1) States Parties, recognizing that the family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State, shall take appropriate measures to ensure the protection of the unity of the families of migrant workers.

(2) States Parties shall take measures that they deem appropriate and that fall within their competence to facilitate the reunification of migrant workers with their spouses or persons who have with the migrant worker a relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage, as well as with their minor dependent unmarried children.

(3) States of employment, on humanitarian grounds, shall favourably consider granting equal treatment, as set forth in paragraph 2 of the present article, to other family members of migrant workers».

Despite the fact that this provision is placed in Part IV of the CMW, therefore encompassing only migrant workers and members of their families who are documented or in a regular situation in the host country, the right of entry for family members has been severely qualified in respect of two important matters. First, it appears

(56) DETRICK S. (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the 'Travaux Préparatoires*, Dordrecht, Kluwer/ Martinus Nijhoff, 1992, p. 206.

(57) *Ibid.*, see in particular : pp. 191-193, 196-197 and 199-201.

(58) S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, p. 193.

(59) DETRICK S (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the 'Travaux Préparatoires, op. cit.*, p. 206.

from the wording of Article 44 (2) that even the regular migrant has no unequivocal right to family reunification, since the undertaking of host States merely implies that they shall take what they consider «appropriate measures», and only such as to «facilitate» reunification with the migrant worker's spouse and minor dependent children. Second, the family members potentially eligible for entry and residence have been more narrowly delimited here than in CMW Article 4 which for the general purposes of the CMW defines the term «members of the family» as referring not only to spouses, other partners, and minor dependent unmarried children (as defined in Article 44 (2), quoted above), but to all «dependent children and other dependent persons who are recognized as members of the family by applicable legislation or applicable bilateral or multilateral agreements between the States concerned».

Admittedly, CMW Article 44 (2) prohibits the introduction of policies explicitly precluding family members from joining migrant workers who are regularly situated (60). However, taking also the CMW's low number of ratifications into account (61), it can be safely concluded that this UN convention, despite its initial ambitions to do exactly that, has not contributed much to enhancing the effective protection of family unity in terms of migrant workers' right to have their families join them in the host country.

III. – Additional Treaties within the European Human Rights System

A regulatory pattern similar to that just described within the system of UN treaties can be seen at the regional level in Europe. While implicit protection of family unity in the migration context has evolved by way of interpreting the general provision on respect

(60) Cf. Cholewinski R., «The Family Reunification Directive in the Light of International Human Rights Law and Relevant European Instruments», Paper presented at the Seminar on the EU Family Reunification Directive, Centre for Migration Law, Radboud University Nijmegen, 30 September 2005, p. 5. Reference is here made to the «even weaker obligation» of family reunification under Article 13 (1) of ILO Convention No. 143 on Migration in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers, as well as the «far more positively worded» clause in the accompanying ILO Migrant Workers Recommendation No. 151.

(61) As of 26 January 2006 no more than 34 States, predominantly migrant-sending, were parties to the CMW. See: http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/13.htm, accessed 9 March 2006.

for private and family life in ECHR Article 8, as discussed above in Section II, the European Social Charter (62) actually contains an express provision on the right of migrant workers and their families to such protection and assistance. Concretising the principle in Part I (19) that migrant workers who are nationals of a State Party and their families have the right to protection and assistance in the territory of any other State Party, Article 19 in ESC Part II specifies the obligations to be undertaken by States in this area with a view to ensuring the effective exercise of the right to protection and assistance. Among these obligations States Parties shall facilitate as far as possible the reunion of the family of a foreign worker permitted to establish himself in the territory, *cf.* Article 19 (6) (63).

Also the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers (64) is quite specific about the right to family reunification. According to Article 12 (1) of this Convention, the spouse of a migrant worker who is lawfully employed in the territory of a Contracting Party and the unmarried and dependent minor children thereof are authorised, on conditions analogous to those applied to the admission of migrant workers, to join the migrant worker, provided that the latter has available for the family housing considered as «normal for national workers in the region where the migrant worker is employed». Further conditions regarding a waiting period not exceeding 12 months, and the migrant worker's «steady resources sufficient to meet the needs of his family» may be applied according to Article 12 (1) and (2), respectively.

The European Court of Human Rights has so far apparently paid little, if any, attention to these additional treaty obligations which might theoretically – in line with the method of interpretation that has been applied by the Court to certain other ECHR provisions and legal issues – be taken as relevant sources of law in order to

(62) European Social Charter, 18 October 1965, *ETS*, 35 (hereinafter: ESC). An identical undertaking is included in Article 19 (6) in Part II of the Revised ESC, 3 May 1996, *ETS*, 163, yet the personal scope of the latter is more narrowly defined as the age limit for children is reduced from 21 years to (normally) 18 years, see: Appendix to the Revised ESC, Part II.

(63) The condition of lawful residence might in theory be modified by interpreting Article 19 in the light of the overall purpose of the ESC, as it occurred in a recent decision of the European Committee of Social Rights on Article 17. See: CHOLEWINSKI R., *Irregular Migrants: access to minimum social rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005, pp. 48-49.

(64) European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, 24 November 1977, *ETS*, 93. As stated in Article 1, the Convention only applies to migrant workers who are nationals of a Contracting Party authorised by another Contracting Party to reside in its territory in order to take up paid employment.

delimit and concretise the scope of States' obligations to protect private and family life under ECHR Article 8. There may be various reasons for this, probably first and foremost the fact that these European treaties have been ratified by far less States than the ECHR. This is particularly true for the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers which, moreover, has no special monitoring body apart from the Consultative Committee under Article 33. Another possible explanation of the rather limited attention paid to these two treaties is that they, as mentioned, only apply to migrants originating from one of the European States Parties, whereas most controversies over the protection of family unity in migration matters seem to concern non-European immigrants and their family members.

IV. – The Special Protection of Involuntary Migrants' Family Life

Notwithstanding the problem of lacking clarity in the interpretative approach to ECHR Article 8, as well as in the concrete application of this provision to issues of family life in the migration context, as it appeared in Section I above, it is very clear from the case law of the European Court of Human Rights that the consequences for the individual(s) affected by an expulsion order or by the refusal of admission of a family member are a crucial issue to be taken into account. The viability for the individual alien threatened with expulsion from a European country, or the person whose foreign spouse or child has been refused admission for the purpose of family reunification here, of exercising family life in another country, and whether this alternative will provide a decent solution for the members of the family in their particular circumstances, is often the most decisive element in the concrete assessment under Article 8.

This is not least important for family reunification cases, as was illustrated by the Court's judgment in *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* concerning spouses, and the *Gül*, *Ahmut*, *Sen* and *Tuquabo-Tekle* judgments dealing with the reunification of children with their parents (65). Accordingly, a number of admissibility decisions,

(65) ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, 28 May 1985, Series A, No. 94, §68; *Gül v. Switzerland*, 19 February 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-I, §§41-42;

in which the Court found the applications manifestly ill-founded, are based on the premise that the family member(s) who had been refused entry and residence permit in order to join their relative(s) in the respondent European State would have the option to establish their common family life in another country, normally the applicants' country of nationality which was often also the country of origin of the family member residing in a European country (66).

Against the background of this Court jurisprudence, it is beyond doubt that ECHR Article 8 has a significant bearing on the policies and practices implemented by European States in situations arising out of the request for reunification of the separated families of refugees and other involuntary migrants who would risk being persecuted or exposed to torture or other inhuman treatment, as prohibited by ECHR Article 3, if they were to return to their country of origin (67). In other words, such cases involve two different human rights norms, and the decision must be based on the combined respect for both family life and the extraterritorial effects of the prohibition of inhuman treatment. States will therefore normally be under the obligation to permit family reunification, if and when the only alternative to such permission, allowing family life in the country of exile, would be the direct or indirect exposure of the involuntary migrant to the risk of persecution, torture or other inhuman treatment in the country where the spouse or other relative is living.

Here again we have an example of the interconnectedness between universal and European norms protecting the right to respect for family life. It is a well-known weakness of the international refugee protection regime that family unity has not been included into the scope of specific refugee rights (68). Rather, the principle of family unity was recognised as an important aspect of the protec-

---

ECtHR, *Ahmut v. Netherlands*, 28 November 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-VI, §§69-70; ECtHR, *Sen c. Pays-Bas*, No. 31465/96, 21 December 2001, §40, and ECtHR, *Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands*, No. 60665/00, 1 December 2005, §47.

(66) See, for example: ECtHR, *Cincil v. Netherlands* (dec.), 19 january 1999; ECtHR, *Kwakye-Nti et Dufie c. Pays-Bas* (dec.), N° 31519/96, 7 November 2000; ECtHR, *Mensah v. Netherlands* (dec.), 9 October 2001, and ECtHR, *Amara v. Netherlands*, (dec.), 5 October 2004.

(67) VAN DIJK P. and. VAN HOOF G.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, op. cit.*, p. 518; LAMBERT H., «The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion», *op. cit.*, pp. 448-450, and WARBRICK C., «The Structure of Article 8», *op. cit.*, p. 42.

(68) See: HATHAWAY J. C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 533-46.

tion of refugees, yet only implicit in the protective obligations undertaken by States by their ratification of the UN Refugee Convention. The basis of this implicit recognition was the following recommendation from the Conference adopting the Refugee Convention :

«The Conference,

Considering that the unity of the family, the natural and fundamental group unit of society, is an essential right of the refugee, and that such unity is constantly threatened, and

Noting with satisfaction that, according to the official commentary of the *ad hoc* Committee on Statelessness and Related Problems (E/1618, p. 40), the rights granted to a refugee are extended to members of his family,

Recommends Governments to take the necessary measures for the protection of the refugee's family especially with a view to :

(1) Ensuring that the unity of the refugee's family is maintained particularly in cases where the head of the family has fulfilled the necessary conditions for admission to a particular country,

(2) The protection of refugees who are minors, in particular unaccompanied children and girls, with special reference to guardianship and adoption» (69).

The principle of family unity thus recognised has two different, yet interrelated, connotations : the presumptively identical refugee status of the family members (70), and the prospect of family reunification (71). The latter, however, is not a binding norm under the Refugee Convention itself, but hinges on the additional obligations under general human rights law (72) : While States have endorsed also the latter aspect of the principle of family unity through the adoption of a number of recommendations from the UNHCR Executive Committee (73), it is the interpretation and concrete applica-

(69) Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 1951, Section IV B on the Principle of the Unity of the Family, 189 *UNTS* 37.

(70) See : UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva 1979, §§181-8. See also : HATHAWAY J. C., *The Rights of Refugees under International Law, op. cit.*, p. 542-544, and JASTRAM K. and NEWLAND K., «Family unity and refugee protection», in FELLER E., TÜRK V. and NICHOLSON F. (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 565-72.

(71) JASTRAM K. and NEWLAND K., *ibid.*, pp. 576-82.

(72) For a discussion of a possible international customary norm, see : HATHAWAY J. C., *The Rights of Refugees under International Law, op. cit.*, p. 543-547.

(73) See, as core examples : UNHCR Executive Committee Conclusions No. 9 (1977), No. 15 (e) (1979), No. 24 (1981) and No. 88 (1999). See also : UNHCR Global Consultations on International Protection : Summary Conclusions on Family Unity, Geneva Expert Roundtable, 2001, §§9-12.

tion of human rights treaty norms such as ECHR Article 8 that is to ensure the right of refugees and other involuntary migrants to be reunited with the members of their family.

V. – EU Harmonisation of the Right to Family Reunification

In order to enhance the effective protection of family life, it appears to be of crucial importance – not least in the interest of persons in vulnerable situations, such as those discussed above – to have the general international human rights obligations become more operational than what follows from the case law of the various treaty monitoring bodies. In this connection, the recently adopted EU Directive on the right to family reunification (74) is an example of what can be achieved towards the aim of operationalising such human rights obligations at the regional level. In terms of substantive harmonisation, the Directive can be seen as both strengthening and weakening the protection that flows from ECHR Article 8.

The Preamble of the Directive clearly reflects the interlinkage of legal and political considerations that resulted in the adoption of this EU instrument. On the one hand it is stated that measures concerning family reunification should be adopted «in conformity with the obligation to protect the family and respect family life enshrined in many instruments of international law», and that the Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular in ECHR Article 8 and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (§2). On the other hand, family reunification is characterised as a necessary way of making family life possible, as it «helps to create socio-cultural stability facilitating the integration of third country nationals in the Member State, which also serves to promote economic and social cohesion» (§4). It is further recognised that special attention should be paid to the situation of refugees on account of the reasons which obliged them to flee their country and prevent them from leading a normal family life there, and that more favourable provisions

(74) EU Council Directive 2003/86 of 22 September 2003 on the right to family reunification, *Official Journal*, 2003, L 251, p. 12.

should therefore be laid down for the exercise of their right to family reunification (§8).

As regards the personal scope of the right to family reunification, the Directive purports to determine the conditions for the exercise of the right to family reunification by third country nationals residing lawfully in the Member States' territory (Article 1). Not all lawfully resident aliens will fall within the Directive, however: It does not apply to (a) asylum applicants, (b) displaced persons under temporary protection, and (c) persons residing in a Member State as beneficiaries of a subsidiary form of protection, cf. Article 3 (2). The «sponsor» must be holding a residence permit issued for a period of validity of one year or more and have «reasonable prospects of obtaining the right of permanent residence», cf. Article 3 (1). And Member States may require the sponsor to have stayed for a period not exceeding two years before having the family member(s) join him or her, cf. Article 8 (1) (75).

The delimitation of the family members who can be entitled to a residence permit with a view to family reunification under the Directive is probably too narrow to be compatible with the quite flexible criteria under ECHR Article 8 (see Section I.B above). Problematic situations may in particular arise with regard to unmarried partners whose right to family reunification depends on Member States' domestic law (cf. Article 4 (3) of the Directive), and minor children who may be subjected to additional conditions for family reunification pursuant to Article 4 (1), third sub-paragraph., and Article 4 (6). Thus, the 'nuclear family' whose members should «in any case» have a right to family reunification, according to paragraph 9 of the Preamble, does not necessarily cover the same class of persons as those who may have a right to family unity as protected under ECHR Article 8.

Importantly, the Directive concretises the socio-economic conditions that will have to be fulfilled in order to invoke the right to family reunification, cf. Article 7 (1) (a)-(c) regarding accommoda-

(75) The last two conditions may be incompatible with the right to family reunification under ESC Article 19 (6) (see above Section IV), in which case the more favourable ESC standard must prevail, according to Article 3 (4) (b) of the Directive. For an account of potentially conflicting provisions in the ESC and the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, see: CHOLEWINSKI R., «The Family Reunification Directive in the Light of International Human Rights Law and Relevant European Instruments», *op. cit.*, pp. 6-10.

tion, sickness insurance and economic resources. While these requirements may create difficulties for some sponsors, just as they may be implemented differently across EU Member States, they do prevent the introduction of additional economic conditions that might intentionally be prohibitive to family reunification.

The special need to protect refugees' right to family life by way of permitting their family members to enter in order to join them has been clearly reflected in the Directive, not only in the Preamble as quoted above (§8), but also in the operational provisions of Articles 9-12. In particular, Article 10 (1) excludes the integration condition for children pursuant to third sub-paragraph of Article 4 (1), Article 11 (2) modifies the requirement of evidence of the family relationship where a refugee cannot provide official documents, and Article 12 derogates from the socio-economic conditions in Article 7 as well as the waiting period of up to two years pursuant to Article 8.

Notably, however, neither the Directive on the right to family reunification nor other EU harmonisation instruments have so far recognised the similar special need, due to the identical lack of alternative possibilities to exercise family life, for persons who have been granted subsidiary protection in a Member State (76). Thereby the EU Member States have failed to implement the recommendation which they, as members of the Council of Europe, endorsed a few years before the adoption of the Directive, and which explicitly recognised the obligations owed towards other displaced persons – in addition to refugees falling under the Refugee Convention – with regard to family reunification (77).

VI. – Primary Migration as the Determinant of Family Unity Standards

Persons falling outside the framework of special regulatory instruments such as the EU Directive on the right to family reunifi-

(76) See : Vedsted-Hansen J., «Assessment of the proposal for an EC Directive on the notion of refugee and subsidiary protection from the perspective of international law», in Bouteillet-Paquet D (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union : Complementing the Geneva Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 78.

(77) Council of Europe, Committee of Ministers Recommendation No. R (99) 23 on family reunion for refugees and other persons in need of international protection, §1.

cation will have to fulfil the ordinary, and varying, conditions pursuant to domestic legislation for being granted an entry and residence permit in order to reunite with family members already living in a European country. Even among aliens who are eligible under the Directive some may experience inconsistent levels of actual protection of their right to respect for family life, because the Directive contains problematic deferences to domestic legislation in certain matters having great impact on the right to family reunification.

By contrast, the right of residence for family members of Union citizens who have utilised the rules on free movement between EU Member States (78) illustrates the rather striking differences between various categories of persons – potentially living in similar circumstances within the same country – in terms of both the delimitation of the eligible family members and the conditions to be fulfilled in order to take up residence with a relative residing in a Member State. Against the background of the convoluted implicit-rights approach generally taken in international human rights law with regard to family reunification issues, the express and well-defined residence rights for family members in the context of intra-EU migration seem to allow the conclusion that the significantly different rationale underlying the various forms of primary migration is reflected in the rules governing the derivative right of residence for family members.

Whereas the right to family unity is merely protected as a result of the evolutive interpretation of general human rights treaties, having States' sovereign control in immigration matters as the point of departure and consequently making the entry and residence of non-citizen family members an exception, the opposite is the case for family migration which is considered an inherent element of international economic and political integration. Unlike the marginal role so far played by the UN and European treaties dealing specifically with family reunification for migrant workers or children, and the somewhat qualified rights under the EU Directive on family reunification for sponsors originating from third countries, the residence rights of family members of Union citizens in

(78) EU Parliament and Council Directive 2004/38 of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, *Official Journal*, 2004, L 158, p. 77 and L 229, p. 35.

the intra-EU migration regime are comprehensive, clear and unequivocal.

The actual level and efficiency of the protection of family rights in the migration context thus depends crucially on the interrelationship between the States involved in the migratory movement, and on the perceived self-interest of the receiving States in admitting migrants' families to their territory. This can obviously be seen as a confirmation of the basic distinction, as introduced in the introduction, between «good» migration and those kinds of migration that are considered inherently «bad» for reasons of policy, economy or culture. At the same time, however, it emphasises the importance of developing human rights standards on the right to respect for family and private life as an indispensable component of international migration law, as well as the challenges to be met in this human rights development process.

ANNEXE

TABLE DES MATIÈRE DU VOLUME I :

Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté

Globalization, migration and human rights : a new paradigm for research and citizenship

PAGES

Préface 7

Introduction : Mondialisation, Migration, Droits de l'homme et Société Un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté 11
Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP

TÉMOINS/TESTIMONIES

C'était comme une guerre réelle, les gens grimpaient sur les grillages 47
Willy BAYANGA

Les coupables ne sont pas les vagues mais les vents en tempête 57
Kamber KOLLONI

L'étrange dialectique entre le légitime et l'Illégitime. La migration : point de vue d'un Colombien en Europe 61
Farid SALGADO

PARTIE I. : OUVERTURE

LE CONFLIT ENTRE «TOTAL-LIBÉRALISME» ET «DÉMOCRATIE DU PASSAGE»

THE CONFLICT BETWEEN "TOTAL-LIBERALISM" AND "DEMOCRACY OF MOVEMENT"

Philosophie, Migration, Démocratie et Droits de l'homme 75
Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP

PARTIE II.

FEMMES MIGRANTES, CONDITIONS DE VIE ET DROITS FONDAMENTAUX

WOMEN MIGRANT, LIVING CONDITIONS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Working conditions of women migrant workers : ILO's strategy to improve their protection in an era of globalization 171
Gloria MORENO-FONTES CHAMMARTIN

La condition des femmes migrantes face aux politiques d'immigration et d'asile en Europe 223
Claudie LESSELIER et Edmée OLLAGNIER

PARTIE III.

DÉFIS DE SOCIÉTÉ ET DES PROFESSIONNELS FACE AUX CONDITIONS DE VIE DES MIGRANT.E.S

CHALLENGES FOR THE SOCIETY AND FOR PROFESSIONALS FACED WITH THE LIVING CONDITIONS OF MIGRANTS

De la régularité d'une présence invisible ou le silence culturel et politique des immigrés en situation régulière 259
Ghislaine GLASSON-DESCHAUMES

L'éducation face à la mondialisation, aux migrations et aux droits de l'homme 285
José MARÍN et Pierre R. DASEN

L'impact du durcissement de la politique d'asile sur la santé des requérants . 321
Laurent SUBILIA

L'idéologie de la santé comme idéal du droit des migrants? 331
Antoine LAZARUS et Karim ABBOUB

PARTIE IV.

SYSTÈME D'ETATS-NATIONS, POUVOIR, DROITS DES MIGRANT.E.S AU NORD ET AU SUD

NATION STATES, POWER, AND RIGHTS OF MIGRANTS IN THE NORTH AND THE SOUTH

Immigration, asile et sécurité d'État 369
Smaïn LAACHER

Trade unions and discrimination against immigrants : the italian case 377
Pietro Basso

Migration, colonisation, corps d'exception 407
Sidi Mohammed Barkat

Globalisation, migration and human rights in Argentina and Uruguay (the river plate south american countries) 413
Enrique Oteiza et Adela Pellegrino

Rethinking skilled migration 427
Mohammad Aftab U. Khan

PARTIE V.

POPULATIONS EN MOUVEMENT, FRONTIÈRES, CITOYENNETÉ, NOUVEAU PARADIGME

PEOPLE IN FLUX, BORDERS, CITIZENSHIP, A NEW PARADIGM

Citoyenneté et mouvements migratoires. Gouvernance de la sécurité, soutien des besoins vitaux et droits : deux logiques antagoniques pour comprendre les migrations 441
Antonio J. Carretero Ajo

Vers une meilleure appréciation des droits des migrants 451
Patrick Camille

Sans-papiers et demandeurs d'asile : faire reconnaître le droit d'être là 459
Jean-Michel Dolivo et Christophe Tafelmacher

Qu'est-ce qu'une «frontiere»? 519
Etienne Balibar

Citizen and subject. a postcolonial constitution for the european union? 533
Sandro Mezzadra

PARTIE VI.

APPORTS THÉORIQUES INTERDISCIPLINAIRES, NOUVEAU PARADIGME

INTERDISCIPLINARY THEORETICAL CONTRIBUTIONS, TOWARDS A NEW PARADIGM

Les craintes démographiques contre les droits humains 551
Luc Legoux

Big bang des marchés et migrations une perspective historique longue, 18e-21e siècles 581
Jean Batou

Externalisation, politiques migratoires au sud et État de droit 611
Mehdi LAHLOU

Migration and morality : sovereign finance and dehumanized immigrants.... 647
Amiya KUMAR BAGCHI

Repenser le phénomène migratoire : dimensions idéelles, mécanismes psychosociaux et pistes d'action 681
Margarita SANCHEZ-MAZAS et Farid SALGADO

Migrants on Sale in East and South East Asia (ESEA). A call for the Ethicization of Migration Policies 715
Fabio BAGGIO

Faire pièce à l'escalade des discours sécuritaires et discriminateurs : quelques perspectives socio-langagières..... 765
Pierre FIALA

Annexe : Table des matière du volume II : Mondialisation, migration et droits de l'homme : Le droit international en question – Globalization, migration and human rights : international law under review 775

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

Préface 5

Table des abréviations 9

Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états 13
Vincent CHETAIL

PARTIE I.

PRINCIPES ET PERSPECTIVES DU DROIT INTERNATIONAL DES MIGRATIONS

PRINCIPLES AND PERSPECTIVES OF INTERNATIONAL MIGRATION LAW

La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens 137
François RIGAUX

Migrant Rights and "Managed Migration" 161
Guy S. GOODWIN-GILL

Le contrôle des migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture 189
Delphine NAKACHE et François CRÉPEAU

L'Europe et les étrangers 239
Jean-Yves CARLIER

PARTIE II.

ENJEUX SÉCURITAIRES ET MIGRATIONS CLANDESTINES

SECURITY ISSUES AND IRREGULAR MIGRATIONS

The Link between Security and International Protection of Refugees and Migrants 281
Vera GOWLLAND-DEBBAS

Un régime juridique pour l'immigration clandestine 319
Monique CHEMILLIER-GENDREAU

PAGES

The Insecurity of Trafficking in International Law 343
Gregor NOLL

Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme 363
Michelangela SCALABRINO

PARTIE III.

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS ET DES RÉFUGIÉS

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF MIGRANT WORKERS AND REFUGEES

Clashing Worlds : Imperative for a Rights-Based Approach to Labour Migration in the Age of Globalization 403
Patrick A. TARAN

Filling the Gap of Social Security for Migrant Workers : ILO's Strategy 435
Ursula KULKE

Freedom from Fear : Refugees, the Broader Forced Displacement Context and the Underlying International Protection Regime 475
Volker TÜRK

Le régime européen de l'asile 523
François JULIEN-LAFERRIÈRE

PARTIE IV

DÉTENTION, RENVOI ET DROITS FONDAMENTAUX DES MIGRANTS

DETENTION, REMOVAL AND HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS

La détention des étrangers et les droits de l'homme 571
Catherine TEITGEN-COLLY

Contrôler et filtrer : les camps au service des politiques migratoires de l'Europe .. 619
Claire RODIER et Isabelle SAINT-SAËNS

Les accords de réadmission 665
Madjid BENCHIKH

Migration and the Right to Family and Private Life 689
Jens VEDSTED-HANSEN

Annexe : Table des matières du volume I : Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté – Globalization, migration and human rights : a new paradigm for research and citizenship 723