

L'ORGANISATION INTERNATIONALE
POUR LES MIGRATIONS POSE
LE PRINCIPE SELON LEQUEL N° 3
LES MIGRATIONS **DIALOGUE**
ORDONNEES **INTERNATIONALES** SONT
BENEFIQUES **SUR LA MIGRATION**
POUR LES MIGRANTS ET LA SOCIÉTÉ
L'OIM CONTRIBUE À RELEVÉR LES
DÉFIS CROISSANTS QUE POSE LA
GESTION DES FLUX MIGRATOIRES
FAVORISE LA **LES NORMES**
COMPRÉHENSION **JURIDIQUES** DES
QUESTIONS **INTERNATIONALES**
DE MIGRATION **EN MATIÈRE**
PROMOIT LE **DE MIGRATION :**
DÉVELOPPEMENT **TOUR**
ÉCONOMIQUE ET **D'HORIZON**
SOCIAL À TRAVERS LES MIGRATIONS
ŒUVRE AU RESPECT DE LA
DIGNITÉ HUMAINE ET AU BIEN-
ÊTRE DES **MIGRANTS**



**DIALOGUE
INTERNATIONAL
SUR LA MIGRATION**

**LE DROIT
INTERNATIONAL
ET LA MIGRATION :
TOUR D'HORIZON**

Tiré à part et chapitre introductif à l'ouvrage intitulé

Le droit international et la migration

Etude générale d'experts faite sous la direction du Migration Policy Institute (MPI, Washington, D.C.) et de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (IUHEI, Genève) sur la demande et avec la coopération de l'Organisation internationale pour les migrations. Financée par le Gouvernement suisse et réalisée sous la direction rédactionnelle de T. Alexander Aleinikoff (MPI) et Vincent Chetail (IUHEI), l'Etude sera publiée par T.M.C. Asser Press* dans les premiers mois de l'année 2003.

* Voir le site Internet www.asserpress.nl



OIM - Programme sur les politiques et la recherche en matière migratoire

Ouvrage publié par le Programme sur les politiques et la recherche en matière migratoire dans le cadre de ses efforts pour mieux faire comprendre le phénomène de la migration et pour aider les gouvernements à y répondre avec un surcroît d'efficacité et d'harmonie.

Les vues exprimées par les auteurs des différents chapitres ne reflètent pas nécessairement celles de l'OIM.

Auteur : T. Alexander Aleinikoff
Maître de conférences au Migration Policy Institute
Professeur au Centre d'études juridiques de l'Université
Georgetown

Editeur : Organisation internationale pour les migrations
Programme sur les politiques et la recherche en matière
migratoire
17, route des Morillons
1211 Genève 19
Suisse
Tél : + 41 22 717 91 11
Télécopie : +41 22 798 61 50
E-mail : hq@iom.int
Internet : <http://www.iom.int>

ISSN-1726-4030

© 2002 Organisation internationale pour les migrations (OIM) et
T. Alexander Aleinikoff

Tous droits réservés. Aucun élément du présent ouvrage ne peut être reproduit, archivé ou transmis par quelque moyen que ce soit – électronique, mécanique, photocopie, enregistrement ou autres – sans l'autorisation écrite et préalable de l'éditeur.

DIALOGUE
INTERNATIONAL
SUR LA MIGRATION

Table des matières

Avertissement	7
Préface	9
Introduction	11
Pouvoir et responsabilité des Etats	15
Liberté de départ et de retour des personnes	27
Migration forcée	29
Les droits de l'homme des migrants	36
Intégration des migrants	47
Migration de main-d'œuvre	54
Migration et développement	57
Conclusion	59

Avertissement

Nombreux sont les accords et conventions bilatéraux, régionaux ou multilatéraux qui ont pour but de réguler la migration, notamment dans le domaine humanitaire. Certaines de ces règles sont appliquées correctement, d'autres de façon moins complète, mais il n'existe ni règles de droit ni principes directeurs applicables à la coopération entre les Etats. Il n'existe pas non plus d'institution mondiale chargée de se consacrer à ces mouvements de population dans un esprit coopératif et avec l'efficacité, le souci de justice et le respect qu'exigent les intérêts des pays d'origine, de transit et de destination. Et, bien que les responsables politiques prennent peu à peu conscience du fait que les décisions nationales ne suffiront pas à résoudre le problème, et que le sujet de la migration soit de plus en plus souvent évoqué au niveau international, il n'y a pas eu jusqu'à présent d'initiatives collectives pour ouvrir le dialogue entre ces pays sur toute la gamme des problèmes que soulève la migration.

C'est pourquoi l'Office fédéral suisse pour les réfugiés a lancé l'Initiative de Berne, qui a pour but d'améliorer la gestion des migrations sur le plan régional et, si possible, sur le plan mondial grâce à la coopération entre les Etats. Cette initiative devrait donc conduire à un dialogue entre les pays de départ et les pays d'arrivée, d'abord dans le cadre régional, puis sur le plan mondial – dialogue qui pourrait conduire à la création d'un cadre d'action intergouvernemental obéissant à certains principes d'ordre général et doté des moyens voulus pour aider les gouvernements lorsqu'ils sont confrontés aux problèmes de la migration.

Certaines étapes préalables s'imposent cependant pour atteindre ce résultat, et l'une d'entre elles est un recensement des normes du droit international sur la migration. L'ensemble de cette étude sera publié au début de l'année 2003, et ce sont ces conclusions que le lecteur trouvera ici, sous la plume de M. T. Alexander Aleinikoff, professeur de droit et professeur associé à l'Institut de politique migratoire de Washington D.C. L'étude d'experts, qui a pour but de mettre en lumière les normes actuellement en vigueur sur la migration et d'indiquer les lacunes en la matière, sera sans doute un instrument utile pour les législateurs et les administrateurs des divers pays, et facilitera le dialogue sur la coopération interétatique dans le domaine de la migration.

Jean-Daniel Gerber
Directeur
de l'Office fédéral suisse pour les réfugiés

Préface

La migration internationale est un élément incontestable de la vie sociale et économique de notre époque, et les gouvernements du monde entier, placés devant cette réalité, ne peuvent faire autrement que de rechercher les moyens de construire entre eux une réelle coopération en la matière.

L'OIM, lors de la quatre-vingt-deuxième session de son Conseil (novembre 2001), a lancé son Dialogue international sur la migration qui a fait partie intégrante des travaux du Conseil. Cette partie du dialogue a fait apparaître la nécessité d'appliquer une approche globale à la gestion de la migration, mais aussi de mieux connaître les phénomènes migratoires. Et, pour ce qui concerne plus précisément la présente publication, les gouvernements ont souligné la nécessité d'une bonne connaissance des normes du droit international qui ont un rapport avec la gestion de la migration.

L'Initiative de Berne que le Gouvernement suisse a lancée en juin 2001 suivait une orientation analogue, puisqu'elle se proposait d'ouvrir certaines possibilités d'études, de réflexions et de consultations réunissant les gouvernements et les institutions intéressées afin d'améliorer leur coopération.

L'ouvrage publié sous le titre ***Le droit international et la migration: Tour d'horizon*** est une importante contribution à cet effort et répond à la nécessité, maintes fois exprimée par les responsables politiques, d'un guide concis sur les normes du droit international dans le domaine de la migration, et aura l'avantage d'offrir à la fois à ces responsables et aux administrateurs travaillant sur le terrain un outil où ils trouveront réunies et

analysées les normes du droit international qui peuvent s'appliquer à la migration. Aussi l'ouvrage est-il publié par l'OIM dans le cadre de ses publications consacrées au Dialogue international sur la migration.

Le présent tour d'horizon est tiré d'une étude d'experts intitulée ***Le droit international et la migration*** et qui, commandée dans le cadre de l'Initiative de Berne, contient 17 études consacrées aux différents aspects de la migration par des experts en droit international spécialisés dans différents domaines de la gestion des mouvements migratoires. On y trouvera des chapitres consacrés à l'autorité et à la responsabilité des Etats, à la liberté de mouvement, au retour dans les Etats d'origine, à la migration de main-d'œuvre, à la migration forcée, à la contrebande et à la traite des personnes, aux secours en mer, aux droits de l'homme des migrants, à la nationalité, au regroupement familial, aux enfants et à la migration internationale, à l'intégration, à la migration et à la sécurité, à la migration et au développement, ainsi qu'à la migration à la lumière du droit commercial international, à la migration et à la santé publique, et un chapitre consacré à la coopération internationale où l'on trouvera d'importants accords bilatéraux et multilatéraux sur la migration. Cette étude d'experts sera publiée au début de l'année 2003 par Asser Press, et le tour d'horizon présenté ici, qui constitue le chapitre introductif à ce volume, offre une vue d'ensemble sur les différents chapitres de l'ouvrage à paraître.

L'OIM tient à remercier l'auteur, M. T. Alexander Aleinikoff, professeur associé à l'Institut de politique migratoire (Washington D.C.) et Professeur de droit constitutionnel et de droit de l'immigration au Centre d'Etudes juridiques de l'Université Georgetown, où il occupe un poste financé par le Gouvernement helvétique, pour la qualité de son travail, la patience exceptionnelle et la bonne volonté dont il a fait preuve pour préparer ce travail. L'OIM tient aussi à remercier les divers experts qui ont consacré leur temps et leurs connaissances à l'élaboration de l'Etude.

Brunson McKinley
Directeur général
de l'Organisation internationale pour les migrations

Introduction

Notre monde est un monde composé d'Etats et d'individus qui vont et viennent. C'est donc aussi un monde de frontières que les gens franchissent pour toutes sortes de raisons : pour travailler, pour aller voir leur famille, pour échapper à la violence et aux désastres naturels, pour faire des études, se soigner ou rentrer dans leur pays. Et pratiquement tous les Etats s'efforcent de contrôler leurs frontières, l'entrée des personnes sur leur territoire et leur sortie.

On dit parfois que les Etats ont parfaitement le droit de régler ces passages à travers leurs frontières et que ce droit, s'il n'était pas complet, affaiblirait leur souveraineté et leur capacité à se définir chacun en tant que nation. Et, d'un autre côté, on entend fréquemment affirmer que les migrants ont en tant que personnes des droits fondamentaux que la réglementation des migrations ne peut restreindre.

Ce débat laisse cependant de côté certains aspects cruciaux de la légalité internationale telle qu'elle existe aujourd'hui, et ne rend pas suffisamment justice aux efforts de coopération pour réglementer les migrations dans l'intérêt commun des Etats et des migrants. Il existe en effet un ensemble détaillé, sinon complet, de règles légales, de conventions multilatérales et d'accords bilatéraux qui limitent et encadrent le pouvoir des Etats en la matière. Les arguments en faveur d'un pouvoir sans limite des autorités nationales doivent donc être écartés, d'autant plus que ces normes ne sont pas imposées d'en haut, comme si elles étaient le produit d'une autorité mondiale ayant conçu pour le mouvement des personnes un plan universel que les Etats devraient respecter :

elles viennent d'en bas, en ce sens qu'elles sont issues des relations, des négociations et des pratiques d'Etat à Etat. Autrement dit, les Etats s'efforcent de régir les mouvements de migration à la fois dans l'intérêt de leur population et des relations amicales qu'ils entretiennent les uns avec les autres ; et les droits de l'homme qu'ils affirment ce faisant s'expliquent à la fois par le respect pour certains principes et par l'espoir de chaque Etat de voir ces normes respectées par les Etats où leurs citoyens partent et s'établissent. Bref, les migrations ayant toujours existé et étant un mouvement naturel des êtres humains (et plus naturel, d'ailleurs, que les frontières qu'ils ont à franchir), il n'est pas surprenant que les Etats s'associent pour organiser ces mouvements.

Les normes légales internationales en la matière seront donc envisagées ici d'un point de vue autre que celui du débat simpliste entre l'autorité des Etats et les droits des migrants. On tentera plutôt d'identifier les normes légales qui constituent – et pourront constituer à l'avenir – le cadre d'un effort coopératif répondant à la fois aux intérêts des Etats, de leurs relations réciproques et de leurs citoyens, et cela dans un esprit conforme à la Charte des Nations Unies, qui entend « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, culturel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

Comme nous le verrons, on trouve dans le droit international à la fois plus et moins que ce qu'on pourrait supposer. On y trouve par exemple des normes précises sur certains aspects de la migration – nombre d'entre elles, inscrites dans des conventions conclues entre Etats (tel que le principe du non-refoulement, qui interdit le retour des personnes dans les Etats où elles risquent d'être persécutées) ; d'autres qui, élaborées au cours des années, font partie du droit international coutumier (par exemple, l'obligation des Etats d'admettre l'entrée sur leur territoire de ceux de leurs citoyens qui souhaitent y revenir) – à quoi s'ajoute une quantité d'accords internationaux, régionaux ou bilatéraux qui imposent des obligations réciproques aux Etats signataires dans des domaines tels que la traite des êtres humains, le com-

merce international, le libre déplacement des migrants dans le cadre régional ou les droits des travailleurs migrants ¹.

Sur d'autres questions, il est vrai, les normes internationales sont moins claires ou moins complètes. Citons quelques exemples : (1) Bien que le droit au regroupement familial soit reconnu dans des instruments des droits de l'homme largement ratifiés, il semble plus difficile, excepté dans le cas des réfugiés, de parler d'un droit clairement établi à la migration lorsque celle-ci a pour but de regrouper une famille (autrement dit, le droit des personnes à rejoindre les membres de leur famille dans un autre Etat). (2) Alors que l'obligation de secourir les personnes en mer est clairement affirmée, il n'y a pas de règle précise sur le lieu où ces personnes pourront être débarquées. (3) Les Etats sont autorisés à imposer certaines limites sur la base de la citoyenneté, mais la norme qui limiterait les possibilités de décision discriminatoire en la matière n'est pas fermement établie. Dans d'autres domaines encore, il n'existe pas de norme légale formulée avec précision, ou même dont on puisse espérer actuellement l'apparition. Ni la question de la double nationalité ni les modalités d'intégration des immigrants, par exemple, ne font l'objet de normes internationales de caractère général.

Dans chacun de ces domaines, des efforts de coopération s'imposent entre les Etats. Pour nous résumer : les normes fermement établies témoignent de l'existence d'une harmonie générale entre les nations, les normes nouvelles ou insuffisamment précises appellent un travail commun d'interprétation productive, et les zones de non-droit sont de toute évidence matière à examen dans le cadre international.

La migration est souvent conçue comme une relation triangulaire entre un individu, l'Etat d'où il vient et l'Etat qui le reçoit, mais une description complète doit aussi tenir compte, entre autres choses, du rôle des pays de transit, des réseaux de migrants dans l'Etat de départ et l'Etat d'arrivée, des possibilités d'emploi dans celui-ci, des transporteurs, contrebandiers, trafiquants, et des sources de persécution dont l'action pousse

¹ Voir dans l'Etude d'experts l'article « Inter-state Cooperation on Migration – Significant Bilateral and Multilateral Agreements » (OIM).

les individus à s'enfuir. On a donc affaire à tout un ensemble de relations entre ces divers individus, groupes et Etats, et c'est d'ailleurs pourquoi les normes légales internationales s'appliquent à divers niveaux et à tout un éventail d'individus, soit qu'elles prévoient des obligations inter-étatiques (par exemple, l'obligation des Etats d'accepter le retour de leurs citoyens), des obligations entre les Etats et les individus (par exemple, le principe de non-refoulement des réfugiés) ou des obligations inter-individuelles (par exemple, l'obligation du commandant d'un navire de porter secours aux personnes en situation de détresse en mer).

Les articles rédigés par des experts, qui constituent la majeure partie de l'Etude, décrivent en détail ces normes légales intersectorielles ². Pour notre part, nous nous contenterons dans ce chapitre introductif d'en extraire ce qui peut être utile pour les responsables politiques en regroupant les divers thèmes abordés dans ces textes, tels que le pouvoir et la responsabilité des Etats ou le régime légal applicable aux personnes contraintes à la migration. Les citations de textes légaux y seront réduites au minimum, et le lecteur voudra bien se reporter aux articles de l'Etude pour y trouver des références et des points de vue plus détaillés.

² L'Etude ne prétend pas être un examen d'ensemble des normes nationales, ni une analyse comparative des types de régime légal adoptés par les Etats.

Pouvoir et responsabilité des Etats

Pouvoir des Etats

Le droit international affirme le pouvoir des Etats de régir le mouvement des personnes à travers leurs frontières, tel qu'il peut résulter d'un système international d'Etats détenteurs d'une autorité originale sur leur territoire et leur population. Généralement, ce pouvoir s'exprime en termes généraux : autrement dit, les Etats sont considérés comme ayant un large pouvoir discrétionnaire sur les questions d'admission, de résidence, d'expulsion et de naturalisation des non-citoyens.

Admission et résidence

A notre époque, les Etats exercent leur autorité concernant les questions d'entrée sur leur territoire en définissant les catégories d'étrangers acceptables et non acceptables, en écartant les étrangers indésirables et en réservant certains avantages et certaines possibilités à leurs citoyens. Les principaux motifs de refus d'admission (ou d'expulsion) sont la maladie, l'activité criminelle, la violation des lois sur l'immigration, les considérations de sécurité nationale ou d'ordre public, et le manque de ressources financières. Et tous les Etats ou presque exigent également des étrangers voulant entrer sur leur territoire certains documents tels qu'un passeport en cours de validité, un visa ou un titre de transport.

Défense de l'intégrité des frontières

L'autorité de l'Etat s'exerce aussi à l'encontre des personnes et des organisations qui se proposent de transporter les migrants en violation de la loi.

La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (adoptée par l'Assemblée générale en l'an 2000, mais pas encore entrée en vigueur³) est complétée sur ces sujets par des protocoles consacrés au trafic illicite et à la traite des personnes⁴ où le trafic est défini comme étant le fait d'assurer l'entrée illégale d'une personne dans un Etat partie à des fins d'avantage financier ou d'autre avantage matériel⁵, et la traite comme le recrutement, le transport ou l'hébergement de personnes par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par fraude, tromperie, abus de position ou d'une situation de vulnérabilité, aux fins d'exploitation⁶. Ces protocoles prévoient l'ouverture de poursuites pénales contre les auteurs de certains actes ainsi que des échanges

³ Voir la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 9 janvier 2001, GAOR 55e session, UN Doc. A/Res/55/25, 40 I.L.M. 335 (2001) (non encore entrée en vigueur au moment de la présente publication). Convention signée par 143 Etats et ratifiée par 24. Entrera en vigueur après sa quarantième ratification (voir *idem*, art. 38).

⁴ Voir le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée (dénommé ci-après « Protocole contre le trafic illicite »), art. 18, 15 novembre 2000, ch. II, UN Doc. A/55/383 (2000), 40 I.L.M. 335 (2001) (non encore entré en vigueur au moment de la présente publication); Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (dénommé ci-après « Protocole contre la traite »), art. 8, 15 novembre 2000, UN Doc. A/55/383 p. 53, 40 I.L.M. 335) (non encore entré en vigueur au moment de la présente publication). Les Etats parties « adoptent ou renforcent des mesures... pour remédier aux facteurs qui rendent les personnes, en particulier les femmes et les enfants, vulnérables à la traite, tels que la pauvreté, le sous-développement et l'inégalité des chances ». Protocole contre la traite, art. 9, par. 4.

⁵ Voir le Protocole contre le trafic illicite, art. 3, a.

⁶ Voir le Protocole contre la traite, art. 3, a.

d'informations sur l'action policière et le retour des personnes victimes de la contrebande ou de la traite ⁷.

Des efforts ont également été faits sur le plan régional, tels que la Déclaration de Bangkok de 1999, par laquelle les Etats signataires s'engagent à harmoniser leurs efforts pour lutter contre la migration irrégulière, la contrebande et la traite. Et certains arrangements bilatéraux entre Etats de départ et Etats d'arrivée prévoient une formation spéciale et une aide destinées aux forces de l'ordre et aux transporteurs de l'Etat d'origine pour mieux faire obstacle aux déplacements illégaux.

Il y a aussi des conventions entre Etats qui sont consacrées à des crimes parfois associés aux mouvements transfrontières, tels que le terrorisme, le trafic de stupéfiants ou la criminalité transnationale organisée ⁸. En général, ces instruments font obligation aux Etats signataires d'ouvrir des poursuites pénales contre l'activité visée, de prendre des mesures pour faire obstacle à la préparation de cette activité dans les régions frontalières, et de coopérer entre eux dans l'action répressive (par exemple au moyen de l'extradition et de l'entraide juridique).

Plusieurs efforts de consultation ont en outre été entrepris dans diverses régions du monde pour faciliter la coopération dans la lutte contre la migration irrégulière ⁹. C'est ainsi que plus de 40 gouvernements européens et dix organisations internationales

⁷ On notera que chacun des Protocoles contient une clause de sauvegarde aux termes de laquelle aucune de leurs dispositions « n'a d'incidence sur les droits, obligations et responsabilités des Etats et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, et en particulier lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé. » Protocole contre le trafic illicite, art. 19, par. 1.; Protocole contre la traite, art. 14, par. 1.

⁸ Voir dans l'Etude d'experts l'article de Fisher, Martin et Schoenholtz, « Migration and Security in International Law », ci-après dénommé « Fisher, etc. ».

⁹ Voir de façon générale A.K. von Koppenfels, *The Role of Regional Consultative Processes in Managing International Migration*, IOM Migration Research Series, No. 3 (2001).

participent au « Processus de Budapest », lancé en 1991, qui traite de questions telles que la contrebande, l'harmonisation des politiques en matière de visas, les accords de réadmission et le partage de l'information sur la migration non autorisée. De même, la Conférence régionale sur la migration (communément dénommée le « Processus de Puebla ») a été lancée en 1996 dans le but d'unir les Etats de départ et les Etats d'arrivée d'Amérique du Nord et d'Amérique centrale sur les problèmes d'intérêt commun. Et 16 gouvernements participent, avec l'OIM et le HCR, aux consultations intergouvernementales sur l'asile, les réfugiés et les politiques de migration en Europe, en Amérique du Nord et en Australie, qui servent de lieu pour l'échange des informations et l'analyse comparée des politiques.

Citoyenneté¹⁰

Chaque Etat a le pouvoir de décider qui sont ses citoyens, sous réserve des normes du droit conventionnel et du droit coutumier. Les Etats peuvent par exemple choisir d'appliquer le *jus soli* ou le *jus sanguini* (ou l'un et l'autre) au moment de la naissance ; et le droit international ne contient pas de norme qui obligerait les Etats à accorder leur citoyenneté aux enfants des immigrants (par contre, certains instruments internationaux pressent les Etats d'éviter les cas d'apatridie¹¹). Le pouvoir des Etats d'adopter des règles en la matière et de réglementer les migrations renforce donc leur autorité dans l'octroi de la citoyenneté aux immigrants (naturalisation). (La question de la nationalité sera examinée plus en détail ci-après.)

Sécurité nationale

Le pouvoir qu'a l'Etat de protéger sa sécurité est un attribut essentiel de sa souveraineté, et, bien qu'il n'existe pas d'instrument juridique complet et précis sur la migration et la sécurité, il est certain que le droit international donne aux Etats le pouvoir

¹⁰ Les termes « citoyenneté » et « nationalité » sont employés ici de façon interchangeable, bien qu'ayant différentes connotations dans la législation des divers Etats.

¹¹ Voir par exemple l'article 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRDE), document des Nations Unies A/RES/44/25 (1989).

de limiter et de contrôler les migrations pour des raisons de sécurité nationale – et que, de même, l'exclusion ou l'expulsion des individus considérés comme constituant une menace pour la sécurité nationale est un moyen d'action qui a une place indiscutée dans la pratique des Etats.

A la suite des attentats qui ont frappé les Etats-Unis le 11 septembre, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté sa résolution 1371, par laquelle les Etats sont invités à faire obstacle aux déplacements des terroristes ou des groupes de terroristes grâce à des contrôles frontaliers effectifs et à des contrôles sur la délivrance des papiers d'identité et des documents de voyage, et par des mesures visant à prévenir toute contrefaçon, falsification ou utilisation frauduleuse des documents d'identité et des titres de voyage ¹².

Les motifs de sécurité nationale interviennent parfois dans le droit international comme une exception aux droits garantis par les conventions relatives aux droits de l'homme ou à d'autres sujets, que ces exceptions aient pour effet de limiter certains droits pour des raisons d'ordre public ou de déroger au droit conventionnel. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit ces deux types d'exceptions. Aux termes de l'article 12, paragraphe 3, par exemple, le droit de libre circulation sur le territoire d'un Etat et le droit de quitter un Etat « ne peuvent être 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, ou les droits et libertés

¹² Les efforts entrepris pour rédiger une convention globale sur le terrorisme ont échoué faute d'accord sur la définition du terrorisme. Cependant, deux conventions consacrées à des aspects particuliers du terrorisme sont récemment entrées en vigueur : (1) la Convention internationale pour la répression des actes terroristes à l'explosif (GA Res. 52/164 et annexe) adoptée le 15 décembre 1997 et entrée en vigueur le 23 mai 2002, aux termes de laquelle les Etats parties s'engagent notamment à ouvrir des poursuites pénales contre les auteurs de ces actes et à extradier ceux que recherchent d'autres Etats parties; (2) la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (GA Res. 54/109), adoptée le 9 décembre 1999 et entrée en vigueur le 10 avril 2002, aux termes de laquelle les Etats parties s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour détecter, geler ou saisir tous les fonds destinés à des actes terroristes et à coopérer avec les autres Etats parties dans leurs efforts de prévention et de répression.

d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ¹³ ». Et selon l'article 13 :

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

L'article 4, paragraphe 1, du Pacte permet aussi aux Etats de déroger à certaines de leurs obligations « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation... dans la stricte mesure où la situation l'exige... sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ¹⁴ ». Chacune de ces limitations ou dérogations est décidée au cas par cas, mais il est certain qu'une grave menace à la sécurité nationale serait au premier plan des intérêts de l'Etat pouvant entraîner la limitation d'un droit.

Les considérations de sécurité offrent également des possibilités d'exception au droit de non-refoulement en vertu du droit international relatif aux réfugiés ¹⁵. Par contre, la Convention contre la torture ne contient rien de ce genre, et il est arrivé que le Comité contre la torture, qui en surveille l'application, critique une loi nationale qui semblait permettre que, pour des raisons de sécurité nationale ¹⁶, des personnes courant le risque d'être torturées dans leur pays puissent être expulsées.

¹³ Italiques ajoutés. Sur les clauses de sauvegarde inscrites dans d'autres traités, voir *supra*, Fisher, etc., n. 69.

¹⁴ Art. 4(1). Pour les garanties de procédure, voir Art. 4(3).

¹⁵ Convention relative au statut des réfugiés (28 juillet 1951), art. 33.

L'application du droit en haute mer et dans les transports aériens

Les Etats tendent de plus en plus à appliquer leurs lois sur l'immigration au-delà de leurs frontières afin de faire obstacle aux entrées illégales par la voie maritime ou aérienne. Aux termes du droit international, conventionnel ou coutumier, les autorités nationales peuvent arraisonner et aborder les navires battant leur pavillon, les navires sans nationalité et les navires qui pénètrent dans leurs eaux territoriales. Par contre, ils ne peuvent appliquer leurs lois aux bateaux battant un pavillon étranger et se trouvant dans les eaux internationales que s'ils ont obtenu le consentement de l'Etat du pavillon ¹⁷.

Par ailleurs, les bateaux qui transportent des migrants sont parfois surchargés et dangereux pour leurs passagers. Sur ce point, le droit international fait obligation aux commandants des navires de secourir les personnes qui se trouvent en détresse en haute mer ¹⁸, et aux Etats de prévoir dans leur législation des peines pour les commandants qui s'en abstiennent ¹⁹. Mais deux problèmes se posent ici. Premièrement, le droit international ne donne pas d'indications précises sur le lieu où ces personnes doivent être débarquées (la première escale, par exemple, ou le port le plus proche). Deuxièmement, il peut arriver que ces personnes craignent de retourner dans leur pays et qu'elles aient de bonnes raisons d'invoquer le droit au non-refoulement qui

¹⁶ Voir par exemple le document du Comité contre la torture CAT/C/SR.13, par. 27 (1989). Voir aussi l'article 4(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui interdit toute dérogation à l'article 7 interdisant la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

¹⁷ Convention sur la haute mer, du 29 avril 1958, 450 *Recueil des traités* 82 (entrée en vigueur le 30 septembre 1962); Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (du 10 décembre 1982, art. 98, par. 1, 1833 *Recueil des traités* 397); voir aussi Fisher et autres auteurs, *supra*.

¹⁸ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 98, par. 1; Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, du 1er novembre 1974, 32 *Recueil des traités* 47 (entrée en vigueur le 25 mai 1980).

¹⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 98, par. 1. Voir aussi la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (1979, annexe, titre II, par. 2.1.10, entrée en vigueur le 22 juin 1985).

est prévu dans la Convention sur les réfugiés et dans d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme ²⁰.

Les personnes qui arrivent sur un territoire national par la voie aérienne sont généralement soumises à certaines formalités d'inspection et d'entrée, et l'annexe 9 à la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale oblige les transporteurs aériens à prendre au lieu d'embarquement les précautions voulues pour que les passagers soient en possession des documents de transport requis par le pays d'arrivée ²¹. Les passagers refoulés sont alors confiés au transporteur, qui est responsable de leur prompt retour à leur lieu de départ ou à tout autre lieu où ils peuvent débarquer. Les Etats parties à la Convention, de leur côté, s'engagent à recevoir sur leur territoire tout passager refoulé qui a séjourné sur le territoire d'un Etat avant son embarquement (exception faite des cas de transit direct, à moins que ce passager s'y soit également vu refuser l'entrée). Beaucoup d'Etats infligent une amende ou d'autres formes de sanction aux transporteurs qui acheminent des passagers n'ayant pas sur eux les documents nécessaires, sauf si le transporteur peut prouver qu'il a pris les « précautions nécessaires » pour respecter cette obligation.

En somme, le droit international donne à l'action unilatérale de l'Etat un rôle significatif – sinon primordial – dans la réglementation de la migration. Mais il n'en reste pas moins que, dans beaucoup de domaines, les Etats concluent entre eux des arrangements conformes à la fois à leurs intérêts et à une meilleure organisation de la migration internationale.

²⁰ Voir dans l'Etude d'experts, « Protection of Asylum Seekers and Refugees Rescued at Sea » (HCR). La Cour suprême des Etats-Unis a jugé, aux termes du droit national, que la Convention sur les réfugiés ne s'applique pas aux actes des autorités des Etats-Unis accomplis à l'intérieur des eaux territoriales de leur pays. (*Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 166, 113 S. Ct. 2549 (1993)).

²¹ 3.52-3.71.

Responsabilité

Admettre l'existence d'un pouvoir ne signifie pas que celui-ci soit sans limites, et, comme la régulation des migrations touche à la fois aux intérêts des pays de départ et des pays de transit, outre ceux des migrants, les Etats ont conclu des accords bilatéraux ou multilatéraux qui guident et limitent leur pouvoir en la matière. Et le droit international peut lui aussi imposer des règles de fond et de forme pour l'exercice de ce pouvoir, notamment des normes en matière de droits de l'homme et d'autres normes de droit coutumier.

Engagements internationaux

Une des règles de base du droit international veut que les traités librement conclus et entrés en vigueur entre les Etats soient respectés et mis en application. Ce principe – *pacta sunt servanda* – est consacré à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée en 1969 : (« Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ») ; et il est admis en outre en droit international que les obligations issues des traités l'emportent sur les dispositions contraires du droit national ²².

Respect et protection des normes internationales relatives aux droits de l'homme

Les Etats sont tenus par les obligations inscrites dans les conventions relatives aux droits de l'homme qu'ils ratifient et par les normes du droit international coutumier en la matière. Et la plupart de ces droits sont garantis indépendamment de la situation de l'individu dans le processus d'immigration : ils découlent

²² Voir l'affaire des *Communautés gréco-bulgares*, *Recueil des avis consultatifs de la C.P.J.I.*, No 17. La question de savoir si les tribunaux nationaux doivent donner la priorité au droit international sur les normes nationales contradictoires reste cependant une question de droit national. Bien qu'il soit difficile de parler d'un devoir général des Etats de coopérer, la Charte des Nations Unies leur enjoint de « [régler] leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ». Art. 2, par. 3.

de son statut personnel en tant qu'être humain, et non pas de sa qualité de citoyen de tel ou tel Etat ²³.

Comme on le verra plus loin, les normes relatives à la non-discrimination, au respect des formes légales, à la détention, à l'accès aux tribunaux et aux protections spéciales en cas de poursuites judiciaires sont d'une importance particulière pour la régulation de l'immigration et pour les immigrants, de même que les normes relatives à l'unité familiale.

Non-refoulement

Plusieurs conventions largement ratifiées interdisent le retour des personnes s'il les expose à certains dangers, les principales étant la Convention relative au statut des réfugiés, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (voir plus loin). Ces normes mettent elles aussi en question la validité de certaines pratiques des Etats qui, tendant à faire obstacle aux entrées illégales, ont parfois pour conséquence de dissuader ou de punir des demandeurs d'asile ou d'autres personnes ayant besoin de la protection internationale.

Obligation d'accepter le retour des citoyens de l'Etat

Nombreux sont les auteurs affirmant que les Etats sont tenus d'accepter le retour de leurs citoyens ²⁴, et, bien que cette obligation ne soit pas affirmée dans une convention multilatérale, on considère généralement qu'elle découle du pouvoir reconnu aux Etats d'expulser les personnes qui n'ont pas leur nationalité. Autrement dit, pour que le droit d'expulser qu'a l'Etat ait une valeur pratique, il faut qu'un autre Etat accepte la personne expulsée ; et, dans un monde où la citoyenneté dépend de l'appartenance à un Etat, cette obligation incombe à l'Etat dont cette personne a la nationalité. On considère donc que la pra-

²³ Observation générale 15, par. 7 (1986) (les étrangers ont le droit d'être reconnus en tant que personne juridique).

²⁴ Voir dans l'Etude d'experts les sources citées dans l'article de Noll, « Return of nationals to States of origin and Third States ».

tique générale de l'acceptation du retour, y compris par la conclusion d'accords de réadmission, est une preuve de l'existence d'une norme du droit international coutumier en la matière.

Pourtant, et bien que l'on signale en effet la présence de normes de ce genre dans les principaux traités de droit international, il semble difficile d'accepter qu'il faille qu'un autre Etat intervienne pour que l'Etat puisse exercer son pouvoir d'expulsion. L'Etat d'arrivée pourrait par exemple objecter à ce que son pouvoir soit atteint par la demande de l'Etat qui expulse, ce qui mettrait certaines limites au devoir de non-ingérence par l'obligation de ne pas faire obstacle à la décision d'expulsion d'un autre Etat. On pourrait soutenir aussi que l'obligation des Etats d'accepter le retour de leurs citoyens ne s'applique qu'aux retours volontaires, auquel cas il s'agirait d'une obligation complétant le droit de retour de l'individu plutôt que d'une obligation imposée à un Etat du fait qu'un autre Etat exerce son pouvoir. Enfin, le contenu des accords de réadmission peut être interprété de deux façons : ou bien comme révélant l'absence d'une norme (d'où la nécessité de l'accord), ou bien comme traduisant l'affaiblissement d'une norme en vigueur et reconnue comme telle ²⁵.

Quoi qu'il en soit, il est certain que les difficultés liées au retour des personnes dans leur pays d'origine ont souvent été une pomme de discorde entre les Etats. Mais les accords de réadmission prouvent qu'il existe un type de coopération inter-étatique possible sur ce sujet ²⁶; et des engagements internationaux de caractère plus général seraient eux aussi possibles, et souhaitables ²⁷.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Voir par exemple la recommandation du Conseil de l'Europe du 30 novembre 1994, relative à un accord bilatéral modèle de réadmission entre un Etat membre et un Etat tiers, *Journal Officiel C 274*, 1996, p. 20, (art. 2, par. 1 : « la Partie contractante où l'on peut prouver ou supposer valablement qu'une personne est entrée sans répondre aux conditions en vigueur pour l'entrée ou la résidence dans la Partie requérante doit réadmettre l'intéressé à la demande de la Partie contractante et sans autre formalité »).

²⁷ Voir aussi l'article 8 du Protocole contre la traite (les Etats parties doivent faciliter et accepter le retour des victimes de la traite qui avaient un droit de résidence permanente sur leur territoire au moment de leur entrée sur le territoire du pays d'accueil) ; et le Protocole sur le trafic illicite, art. 18.

Accès aux autorités consulaires

Selon la Convention de 1963 sur les relations consulaires, l'Etat qui arrête ou met en détention un étranger doit lui faire savoir qu'il a le droit d'entrer en contact avec les représentants consulaires de son pays et est tenu de communiquer « sans délai » à ces autorités toute requête faite dans ce sens. De leur côté, les fonctionnaires consulaires ont le droit « de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré ou en état de détention, de s'entretenir et correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice ²⁸ ».

²⁸ Article 36.

Liberté de départ et de retour des personnes

Aussi nombreuses que soient les conventions internationales ou régionales qui affirment le droit des personnes de quitter tout pays et de retourner dans le pays qui est le leur ²⁹, il convient de remarquer que cette norme, moins complète que le droit général de franchir les frontières ou d'être admis dans le pays de son choix, exprime seulement le droit d'être à l'abri de toute restriction arbitraire au départ et, pour l'Etat, l'obligation de délivrer un titre de voyage. Or ce droit n'est pas absolu, puisque les Etats peuvent, par exemple, s'opposer au départ pour cause de poursuites pénales, de dette au fisc, d'obligations militaires ou de convocation en justice.

Le droit de partir est un droit « incomplet ³⁰ » dont l'exercice, dans un monde fait d'Etats-nations et de frontières, dépend du pouvoir qu'a l'individu de trouver un Etat qui l'accepte. Vu qu'il n'existe pas de droit d'entrée sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat d'origine, les personnes qui trouvent cette porte fermée ou qui souhaitent quitter leur pays d'origine sans pouvoir trouver de pays qui les accepte se trouvent donc dans l'impossibilité

²⁹ Par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Voir dans l'Etude d'experts, Chetail, « Freedom of Movement and Transnational Migrations : A Human Rights Perspective ».

³⁰ *Idem.*

d'exercer leur droit au départ – sauf, éventuellement, en recourant à des moyens non autorisés ³¹.

Si par ailleurs ce droit au départ vaut à la fois pour les nationaux et les non-nationaux de l'Etat de résidence, les catégories de personnes qui peuvent invoquer un droit de retour sont, elles, plus limitées : elles ne comprennent que les personnes ayant la citoyenneté ou la nationalité d'un Etat et, selon l'opinion générale, les personnes privées de leur nationalité en violation du droit international, voire les immigrants installés dans le pays de retour ³². Par contre, le droit au retour passe pour être sujet à des restrictions moins nombreuses que le droit au départ. D'après le Comité des droits de l'homme, qui est chargé de veiller à l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, instrument ratifié par un très grand nombre d'Etats, « il y a peu de cas – à supposer qu'il y en ait – où la privation du droit d'entrer dans son propre pays pourrait être jugée raisonnable ³³ ».

³¹ Le fait de ne pas prévoir de moyens et d'itinéraires légaux d'entrée et de sortie a des conséquences particulièrement difficiles pour les réfugiés et les demandeurs d'asile cherchant un refuge hors de leur pays d'origine.

³² Comité des droits de l'homme, Observation générale No 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, par. 20. On notera que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques emploie les mots « son pays » et non pas les mots « le pays de sa nationalité ».

³³ *Idem*, par. 21.

Migration forcée

Il est si fréquent d'entendre dire que les gens sont de plus en plus nombreux à vouloir franchir les frontières de leur pays que l'on oublie parfois que la vaste majorité des habitants de la planète veut d'abord rester dans son pays d'origine. Rester est la règle, partir est l'exception, et l'on a même été jusqu'à dire que les individus ont le « droit de rester » dans leur pays d'origine ³⁴ – droit dont l'exercice, il est vrai, reste sous la menace de certaines contraintes humaines et des forces de la nature.

Bien que le droit international ne reconnaisse pas l'existence d'une catégorie générale de migrants « forcés » ou « involontaires », il existe plusieurs normes importantes et fermement établies qui concernent ces deux catégories de personnes. Un régime légal assez complet a même été conçu pour la protection internationale des réfugiés et des victimes de la torture ³⁵, et plusieurs accords ou arrangements ont été conclus sur le plan régional afin de protéger les personnes qui passent les frontières pour fuir d'autres formes de traitement inhumain, la guerre civile, les désordres ou les catastrophes naturelles. De plus, les principes des droits de l'homme condamnent un grand nombre de pratiques forçant les personnes à s'enfuir.

³⁴ Voir dans l'Etude d'experts, Newland et Goodwin-Gill, « Forced Migration and International Law ».

³⁵ Voir aussi la Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 75 *Recueil des traités* 287 (1949), article 45 : « Une personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses ».

Réfugiés

Plus de 140 Etats ont ratifié la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés ou son Protocole de 1967, instruments où le réfugié est défini comme étant une personne « qui, en raison d'une crainte raisonnable d'être persécutée pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un certain groupe social ou d'opinion publique... ne peut... ou, en raison de cette crainte, ne veut user de la protection de ce pays » et où les Etats sont tenus d'accorder aux réfugiés reconnus comme tels une série d'avantages et de possibilités dont jouissent les immigrants et les citoyens du pays d'entrée. Surtout, l'article 33 de la Convention interdit aux Etats de renvoyer un réfugié dans un pays « dans lequel sa vie ou sa liberté seraient menacées » pour l'une des raisons indiquées dans cet instrument (principe du non-refoulement ³⁶).

La Convention prévoit un régime qu'on pourrait appeler de « protection par subrogation ³⁷ », en vertu duquel les Etats parties sont tenus de protéger les personnes qui sont forcées de quitter leur pays d'origine et qui ne peuvent compter sur celui-ci pour sauvegarder leurs droits et intérêts fondamentaux.

L'Assemblée générale avait créé avant l'année 1951 le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), en le chargeant d'offrir une protection internationale aux réfugiés et de chercher des solutions durables à leur intention, et la Convention charge aussi le HCR de veiller à l'application de ses dispositions ³⁸.

Cependant, et bien que ces normes et ces pratiques concernant la protection des réfugiés constituent le régime de migration le

³⁶ On peut également soutenir que le non-refoulement est une norme du droit international coutumier. Voir G. Goodwin-Gill, *The Refugee in international Law*, 2e édition (1996), p. 225; et Chetail, « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », dans « La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après : bilan et perspective » (2001), p. 65.

³⁷ James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1951), p. 135.

³⁸ Art. 35.

plus solidement établi et le plus largement adopté, on y trouve aussi de nombreuses lacunes :

- 1) Alors qu'il existe un droit reconnu de « demander l'asile ³⁹ », les Etats ne sont pas tenus de l'accorder, ni même de laisser les demandeurs d'asile pénétrer sur leur territoire pour y compléter leurs démarches ⁴⁰. L'obligation cruciale faite aux Etats est le non-refoulement, et non pas l'admission ou l'octroi d'un permis de résidence.
- 2) Les Etats ont adopté diverses interprétations du terme « réfugié », ce qui a conduit à certaines irrégularités dans l'application de la Convention, et le HCR ne peut leur donner sur l'interprétation de cet instrument que des indications données de force obligatoire.
- 3) La Convention et le Protocole ne s'appliquent pas à toutes les personnes contraintes de franchir une frontière, et c'est le cas par exemple de certaines personnes victimes de la guerre civile ou de désordres internes, ou fuyant l'extrême pauvreté, la famine ou les catastrophes naturelles (ces catégories sont prévues cependant dans certains instruments régionaux et certaines déclarations).
- 4) Dans leurs efforts pour décourager la migration illégale, les Etats ont adopté des mesures – obligation d'obtenir un visa, sanctions contre les transporteurs, politiques de rétention – qui gênent les personnes recherchant un asile dans leurs efforts pour quitter leur pays d'origine ou pour faire les démarches qu'exige l'octroi du statut de réfugié.
- 5) Beaucoup de demandeurs d'asile passent par d'autres pays avant d'atteindre celui où ils espèrent obtenir le statut de réfugié, et il n'existe pas de normes précises sur les obligations des pays de transit ou sur le retour des demandeurs d'asile dans ces pays.

³⁹ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 14, par. 1.

⁴⁰ Voir cependant la Conclusion No 22 (XXXII) du Comité exécutif du HCR relative à la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives (les Etats devraient admettre les demandeurs d'asile en tel cas, en attendant les arrangements nécessaires pour une solution durable).

6. La Convention n'offre pas de procédure uniformisée pour l'octroi du statut de réfugié, ce qui fait que les formalités sont en grande partie différentes selon les Etats.

Tous ces aspects du problème sont source de frictions entre les Etats. Certains d'entre eux, par exemple, tentent de renvoyer les demandeurs d'asile dans les Etats de transit en espérant que c'est là qu'ils feront leur demande officielle ; et les différences de traitement selon les catégories de personnes qui ne répondent pas à la définition officielle du réfugié peuvent diriger les flots de migrants vers un Etat plutôt qu'un autre. On ne voit pas non plus apparaître de norme disant que l'Etat qui déclenche un mouvement de réfugiés a failli à une obligation à l'égard de l'Etat qui les reçoit ⁴¹. Certaines de ces questions ont cependant fait l'effet d'arrangements bilatéraux ou régionaux ⁴², conformément à l'évidente nécessité d'une coopération mutuellement avantageuse et restant conforme à la norme suprême qu'est la protection des réfugiés de bonne foi. C'est ainsi par exemple que le Conseil de l'Union européenne a émis en 2001 une directive fixant des normes minimales pour les programmes de protection temporaire en cas d'afflux massif de réfugiés ⁴³.

Outre la protection qu'apporte le principe du non-refoulement, la Convention de 1951 contient des normes assez sévères sur la non-discrimination à l'égard des réfugiés résidant légalement

⁴¹ Voir Lee, « The right to compensation: refugees and countries of asylum », 80 *Am. J. Int'l L.* 532 (1986).

⁴² Voir OIM et Newland and Goodwin-Gill, *supra*. Voir aussi la Smart Border Declarations (Canada-Etats-Unis, 12 décembre 2001) sur www.canadianembassy.org/border/declaration2-e.asp.e.

⁴³ Directive du Conseil 2001/55/ED (20 juillet 2001). L'Union européenne travaille également à la définition d'une politique communautaire sur l'asile, conformément à l'article 63 du Traité d'Amsterdam.

Voir aussi la Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, adoptée en 1969 par l'OUA, qui étend la définition du réfugié aux personnes qui fuient l'agression, l'occupation extérieure, la domination étrangère ou les événements troublant gravement l'ordre public ainsi qu'aux personnes protégées par la Convention de 1951 relative aux réfugiés (art. I, par. 2) ; et la Déclaration de Carthagène, relative aux migrants forcés en Amérique centrale et en Amérique du Sud.

dans le pays d'entrée (par exemple dans le domaine du travail, de la protection sociale et de la liberté religieuse). Le droit d'ester et la liberté de mouvement sont aussi protégés, et les réfugiés sont protégés, avec quelques réserves, contre les sanctions pour entrée irrégulière. Enfin, la Convention pose certaines limites à la rétention des réfugiés.

Le droit international tient compte du cas particulier des enfants réfugiés et des enfants demandeurs d'asile⁴⁴ pour les mêmes motifs que les demandeurs d'asile ou en tant que membres de groupes sociaux tels que les enfants victimes d'abus sexuels ou de la traite. Par ailleurs, la demande d'asile faite par un enfant ne doit pas être automatiquement confondue avec celle faite par un membre de sa famille – surtout, évidemment, lorsque l'enfant se plaint d'abus sexuels ayant pour auteur un membre du cercle familial. Enfin, des directives ont été formulées sur les plans international, régional et national pour répondre aux questions – de fond et de forme – que pose le cas particulier des enfants demandeurs d'asile⁴⁵.

Victimes de la torture

D'autres victimes d'atteintes aux droits de l'homme sont protégées contre le refoulement par des conventions internationales ou régionales et par le droit international coutumier. Par exemple, la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui a été ratifiée par la plupart des Etats, interdit à ceux-ci de renvoyer une

⁴⁴ Convention relative aux droits de l'enfant, article 22, par. 1 : « Les Etats parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits Etats sont parties ».

⁴⁵ Voir dans l'Etude d'experts, Bhabhan, « Children Migration and International Norms ».

personne dans un Etat « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ⁴⁶ ». De même, on interprète la protection que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales offre contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants comme interdisant le retour des personnes dans les Etats où il y a un risque réel qu'elles soient victimes de traitements de ce genre ⁴⁷.

Personnes victimes de la traite

Le Protocole contre la traite qui a été récemment adopté va au-delà de l'idée traditionnelle consistant à considérer les étrangers victimes de la traite comme des migrants illégaux et n'a pas seulement pour but de faire disparaître la traite, mais d'en protéger et d'aider les victimes en respectant pleinement leurs droits de l'homme ⁴⁸. Les Etats parties se trouvent ainsi tenus de protéger la sécurité physique, la vie privée et l'identité des victimes, de les aider dans leurs démarches officielles et d'étudier les mesures nécessaires à leur rétablissement physique, psychologique et social. Et ces Etats sont également invités à prévoir des lois ou des règlements qui permettent aux victimes de rester sur leur territoire à titre temporaire ou permanent ⁴⁹.

⁴⁶ Alors que la disposition de la Convention sur les réfugiés qui traite du non-refoulement (art. 33, par. 2) ne s'applique pas aux réfugiés qui posent un danger à la sécurité du pays de refuge ou qui ont commis un « crime particulièrement grave », l'interdiction de la torture qui est inscrite dans la Convention sur la torture a un caractère absolu.

⁴⁷ Voir *Soering v. UK*, 1989, Series A no. 161, p. 35 et 36, par. 90 et 91; et *Chahal v. UK*, 15 novembre 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1853, par. 73 et 74. Voir aussi le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 7 (obligation implicite de non-refoulement dans le cas des personnes risquant d'être soumises à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

⁴⁸ Art. 2.

⁴⁹ Articles 6 et 7. Voir aussi dans l'Etude d'experts, Muntaborn, « Combatting Migrant Smuggling and Trafficking in Persons, Especially Women ».

Les normes anti-traite sont complétées par des normes internationales interdisant l'exploitation des enfants, qui sont particulièrement vulnérables dans les situations de ce genre et se trouvent fréquemment victimes d'exploitation sexuelle, d'adoption abusive ou de travail forcé ⁵⁰.

⁵⁰ Voir par exemple la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 36) et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 10, par. 3).

Les droits de l'homme des migrants

On considère souvent les droits de l'individu – et donc les droits des immigrants – comme étant en opposition avec la souveraineté des Etats, mais c'est là oublier que, dans bien des cas, l'exercice même de la souveraineté de l'Etat permet de protéger ces droits ou d'en pérenniser l'institution. En fait, les Etats sont tenus de respecter les droits de l'homme, soit parce qu'ils ont ratifié les conventions qui protègent ces droits (auquel cas les Etats parties ont expressément consenti à toute limite qui en découle pour leur souveraineté), soit par les normes du droit international coutumier – qui ne sont considérées comme certaines que si elles sont largement acceptées dans la pratique des Etats et si ceux-ci les considèrent généralement comme étant des obligations juridiquement impératives. A cela s'ajoute le fait que, selon la doctrine prévalente en droit international, les Etats ne sont tenus que par les normes auxquelles ils ne se sont pas opposés au moment de leur adoption. Bref, les normes relatives aux droits de l'homme ne sont pas l'œuvre d'un *deus ex machina* : elles reflètent la réflexion, la pratique et la volonté des Etats.

Non-discrimination

Le principe de non-discrimination, qui joue un rôle fondamental dans le droit international, protège également les citoyens

des Etats et les immigrants ⁵¹, et cela de deux façons : en protégeant les uns et les autres contre toute discrimination fondée sur la race, la religion, le sexe et autres considérations, et en soumettant à examen tout traitement discriminatoire fondé sur l'origine nationale des individus, comme il est dit à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

Si par exemple la loi d'un Etat interdit certaines possibilités d'emploi aux fidèles d'une religion, la protection offerte par le Pacte ne fait pas de différence entre les cas où les individus intéressés sont des citoyens de cet Etat ou des étrangers ; et, de même, une loi qui interdirait aux étrangers – mais non pas aux citoyens – de suivre un enseignement ou de posséder des terres pourrait être contestée au motif qu'elle donne à la qualité d'étranger un « statut » aux termes de cette disposition ⁵².

Il va de soi cependant que ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ni les autres instruments relatifs aux droits de l'homme n'entendent interdire toute distinction entre citoyens et non-citoyens. A ce sujet, plusieurs formules ont été

⁵¹ Voir aussi *idem*, art. 26 (garantissant à toutes les personnes l'égalité devant la loi et une égale protection de la loi, sans discrimination).

⁵² Les conventions régionales vont dans le même sens (voir dans l'Etude d'experts, Kaelin, « Human Rights and Integration of Migrants ». La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale précise que son interdiction de la discrimination raciale « ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants », mais le sens de cette exception, d'ailleurs assez curieuse, manque de précision, et elle ne semble pas empêcher les migrants de se réclamer du droit d'être protégé contre la discrimination raciale. Voir dans l'Etude d'experts, Fitzpatrick, « The Human Rights of Migrants ».

proposées pour interpréter la norme interdisant la discrimination contre les étrangers ⁵³, mais une chose est claire : premièrement, l'Etat doit poursuivre un objectif légitime ; deuxièmement, le rapport entre cet objectif et les moyens utilisés pour l'atteindre doit pouvoir être démontré. Comme indiqué dans une des recommandations du Comité des droits de l'homme (créé par les auteurs du Pacte pour aider les Etats parties à respecter celui-ci) toute différence de traitement n'a pas un caractère discriminatoire, mais il faut pour cela que les critères appliqués aient un caractère raisonnable et objectif, et que le but recherché soit légitime aux termes du Pacte ⁵⁴. En cas de discrimination fondée sur la qualité d'étranger, la situation légale de l'intéressé (immigrant installé à demeure, visiteur temporaire ou migrant non autorisé) peut influencer le jugement prononcé sur la différence de traitement.

De même, les Etats auraient des difficultés à justifier des politiques qui refuseraient aux étrangers l'essentiel des droits civils et des libertés politiques dont jouissent leurs citoyens (droit d'ester ou liberté de parole, par exemple). Il est généralement admis, par contre, que le fait de réserver le droit de vote et l'exercice des fonctions publiques aux citoyens de l'Etat ne constitue pas un acte de discrimination injustifiable contre ses immigrants ⁵⁵.

Les droits protégés par le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, tels que le droit au travail, à une existence décente, à la santé et à l'éducation, sont généralement garantis

⁵³ Comparer Fitzpatrick, *ibid.*, selon qui la différence de traitement serait autorisée lorsque la distinction répond à un but légitime, qu'elle a une justification objective et que les moyens employés sont raisonnablement proportionnels aux buts poursuivis, avec Martin, « The Authority and Responsibility of States », dans l'Etude d'experts, d'après qui une condition moins exigeante – à savoir, que la différenciation ait une base rationnelle liée au but poursuivi – se prêterait mieux à une application de la règle dans le monde réel.

⁵⁴ Observation générale No 18, non-discrimination (1989), par. 13.

⁵⁵ Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 25, qui réserve aux citoyens le droit de prendre part aux affaires publiques, de voter et d'avoir accès aux fonctions publiques de leur pays.

à « toute personne » vivant sur le territoire d'un Etat, et, précise le Pacte, ces droits doivent être exercés « sans discrimination aucune ⁵⁶ ». Les non-citoyens se trouvent ainsi protégés contre toute discrimination les visant en tant que tels pour ce qui est des droits garantis par le Pacte ⁵⁷. Il est vrai que celui-ci contient aussi une disposition qui autorise une certaine sorte de discrimination contre les étrangers, en permettant aux pays en développement de « déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le Pacte à des non-ressortissants ⁵⁸ ». Sans doute l'obligation d'une décision expresse en tel cas vient-elle indirectement à l'appui de l'idée que le Pacte interdit de façon générale la discrimination à l'égard des étrangers pour ce qui est des droits qui y sont proclamés. Mais il n'en reste pas moins que la pratique des Etats montre l'existence d'importantes limitations apportées aux droits économiques et sociaux, telles que le fait de réserver à certaines catégories d'immigrants le droit au travail et le droit à l'aide sociale.

⁵⁶ Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, article 2(2). Une discrimination en ces matières tomberait sous le coup de la règle de non-discrimination affirmée à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le Pacte, reconnaissant que la jouissance de ces droits exige souvent une action volontariste de la part des Etats (y compris par le biais de dépenses publiques), engage les Etats parties à « assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le ... Pacte » en agissant « au maximum de [leurs] ressources disponibles » (art. 2, par. 1). Mais cette disposition ne permet pas aux Etats d'autoriser la discrimination à l'égard des non-citoyens pour réaliser progressivement les droits inscrits dans le Pacte.

⁵⁷ Une loi nationale excluant de l'enseignement primaire les enfants des immigrants installés dans le pays serait particulièrement difficile à justifier, vu l'importance de l'éducation pour le développement des enfants et leur aptitude à jouir de leurs autres droits. Voir la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 28, par. 1, et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 13.

⁵⁸ *Idem*, art.2, par. 3.

Droits personnels

Les instruments qui protègent les droits de l'homme s'appliquent généralement à toutes les personnes qui relèvent de l'autorité d'un Etat ⁵⁹. En d'autres termes, le fait qu'une personne soit de nationalité étrangère ne la prive pas des garanties qui découlent des droits de l'homme.

Nationaux et non-nationaux bénéficient des mêmes droits ayant un caractère absolu et exempts de toute dérogation ou limitation. Et les non-nationaux peuvent, comme les nationaux, prétendre aux droits dont le refus ne peut être justifié par leur qualité d'étranger, comme par exemple le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit d'être régulièrement défendu en justice, la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit de quitter le pays, l'interdiction des peines rétroactives ou encore le droit de se marier.

- 1) Pour d'autres catégories de droits, cependant, le statut d'immigrant entraîne certaines conséquences : les dispositions des instruments relatifs aux droits de l'homme ne permettent pas de tenir pour « arbitraires » certaines pratiques visant seulement les non-nationaux. Par exemple, l'interdiction de l'arrestation ou de la détention « arbitraire » (article 9, paragraphe 1, du Pacte relatif aux droits civils et politiques) ne fait pas obstacle à la rétention des immigrants pendant la durée des formalités d'immigration ; et la protection contre les immixtions « arbitraires » dans la vie familiale (article 17) n'oppose pas une interdiction totale à l'expulsion d'un immigrant dont la famille est en cours d'installation dans le pays d'arrivée.

⁵⁹ Voir l'article 2, par. 1, du Pacte relatif aux droits civils et politiques, par lequel les Etats parties sont tenus de garantir les droits inscrits dans le Pacte « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence », et où il n'est pas fait état des questions de nationalité ou de réciprocité. (Autrement dit, la protection d'un citoyen de l'Etat X résidant dans l'Etat Y n'exige pas que l'Etat X reconnaisse les mêmes droits aux citoyens de l'Etat Y résidant dans l'Etat X).

- 2) Certains des droits proclamés dans les conventions sont soumis à des limitations pour cause de sécurité nationale ou d'ordre public ⁶⁰, et, du fait que ces droits peuvent être limités pour les nationaux, ils peuvent l'être aussi pour les non-nationaux – à quoi s'ajoute cependant le fait que la qualité de non-ressortissant peut jouer un rôle au moment de décider si telle ou telle limitation répond à un but légitime et a un caractère proportionnel à l'objectif poursuivi par l'Etat.
- 3) Certains droits sont expressément limités aux citoyens. Par exemple, et bien que la plupart des droits prévus dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques soient garantis à tous, l'article 25 dit que « tout citoyen » a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter, d'être élu et d'accéder aux fonctions publiques de son pays ; et d'autres droits, tels que le droit de librement circuler sur le territoire de l'Etat (article 12, paragraphe 1) sont réservés aux citoyens et aux étrangers en situation régulière.
- 4) Certains droits au contraire s'appliquent uniquement aux non-citoyens, ou à une partie d'entre eux (par exemple, les droits liés aux formalités d'immigration) ⁶¹.
- 5) Certains des traités relatifs aux droits de l'homme précisent que les formes de protection qui y sont prévues ne s'appliquent pas à certains traitements différentiels fondés sur le statut de citoyen ⁶².

⁶⁰ Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 18 (droit de manifester sa religion), 19 (liberté d'expression) et 22 (droit de libre association).

⁶¹ *Idem*, article 13.

⁶² Voir la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 1, par. 2 (où il est dit que la Convention « ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants »); et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 2, par. 3 (« 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 »).

Unité familiale

Le droit à l'unité familiale est largement reconnu dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme. La famille, groupe unitaire fondamental, doit pouvoir compter sur la protection et le soutien nécessaires⁶³. Selon la Convention relative aux droits de l'enfant, l'enfant ne peut même être séparé de sa famille que si les autorités compétentes décident, sous réserve de révision judiciaire, que cette séparation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁴. Ce droit à l'unité familiale vaut aussi bien pour les non-ressortissants que pour les ressortissants, et le droit des immigrants de se marier, de fonder une famille et d'élever leurs enfants est donc protégé à cet égard.

Les régimes d'immigration ont cependant des conséquences diverses sur l'unité de la famille. Bien que la plupart des Etats autorisent les membres de la famille immédiate d'un résident en situation régulière (conjoint et enfants mineurs) à rejoindre celui-ci, il apparaît de plus en plus que certaines politiques d'immigration posent de graves difficultés à l'unité de la famille, que ce soit à cause de la longueur des délais nécessaires pour que les membres de la famille proche puissent entrer dans le pays où se trouve l'immigrant, ou même parce que cette entrée leur est refusée. Les décisions d'expulsion peuvent elles aussi être une menace de séparation⁶⁵. Enfin, la définition de la famille qui est en vigueur dans l'Etat d'entrée n'est pas forcément la même que dans le pays d'origine.

Bien que l'on ait soutenu que l'unification de la famille était un corollaire nécessaire du droit à l'unité familiale, il n'y a pas à ce jour de norme du droit international qui aille dans ce sens, et la pratique étatique va souvent dans le sens contraire. Il est vrai que les instruments relatifs aux droits de l'homme encouragent

⁶³ Voir dans l'Etude d'experts, Jastram, « Family Unification ».

⁶⁴ Article 9, par. 1. Cette règle n'interdit évidemment pas toute séparation, par exemple en cas d'emprisonnement d'un parent condamné en justice (voir article 9, par. 4).

⁶⁵ Les refus de sortie du territoire opposés à des personnes désireuses de rejoindre les membres de leur famille hors de leur Etat d'origine ont perdu de leur importance aujourd'hui.

les Etats à faire tout ce qui leur est possible pour favoriser l'unité des familles, que le droit international des réfugiés et le droit international humanitaire vont dans la même direction, et que la Convention relative aux droits de l'enfant, par exemple, impose aux Etats parties d'examiner les cas de regroupement familial « dans un esprit positif, avec humanité et diligence ⁶⁶ ». Mais on peut douter qu'une norme allant dans ce sens puisse obliger les Etats à admettre sur leur sol les membres de la famille des immigrants installés sur leur territoire : la famille pourrait aussi se réunir dans un autre Etat (notamment dans l'Etat d'origine). En fait, c'est surtout pour les réfugiés et pour les immigrants en situation régulière que serait utile un droit à l'unification transnationale des familles, et il serait plus difficile de faire valoir le même droit pour les immigrants en situation irrégulière ou pour les demandeurs d'asile. Une chose est certaine en tout cas : c'est que le problème des familles séparées est important à la fois pour les familles elles-mêmes et pour les Etats de résidence, et que c'est là un domaine où les efforts de coopération inter-étatique pourraient jouer tout leur rôle.

C'est dans les affaires d'expulsion que le droit de la famille à rester unie est le mieux affirmé et précisé. Le Comité des droits de l'homme, par exemple, dans une affaire où l'on soutenait que l'expulsion d'un immigrant était incompatible avec le Pacte relatif aux droits civils et politiques (qui interdit les immixtions arbitraires dans la vie privée de la famille, son domicile ou sa correspondance) a conclu que les menaces dont souffrait la famille en cause étaient sans proportion avec la mise en application des politiques d'immigration de l'Etat, compte tenu, d'un côté, de la durée de la résidence, de l'âge des enfants, des conséquences de l'expulsion d'un parent et du comportement de celui-ci, et, de l'autre côté, des intérêts de l'Etat concernant la protection de la sécurité publique et le respect des lois sur l'immigration. Comme dans les cas d'admission, cependant, on a également reconnu

⁶⁶ Art. 10, par 1. Voir aussi la directive de l'Union européenne sur l'unité familiale/TP ; la Convention relative aux travailleurs migrants (les Etats sont tenus de prendre les mesures voulues pour faciliter la réunification); l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires concernant la Convention relative aux réfugiés de 1951; et le Protocole additionnel I de 1977, à l'article 74. Voir aussi le Protocole II de 1977, à l'article 4, par. 3.b.

que l'expulsion ne détruisait pas nécessairement l'unité de la famille et pouvait simplement entraîner le départ de tous les membres de la famille dans un autre pays.

La Convention relative aux droits de l'enfant semble appliquer une norme plus stricte, selon laquelle la séparation de la famille ne serait possible que si elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁷ – d'où il s'ensuit que, si l'expulsion doit aboutir en fait, pour des raisons pratiques de déplacement et d'adaptation, à la séparation du groupe familial, l'État sera tenu d'entendre l'enfant (ou son représentant) à ce sujet et de décider si l'expulsion du parent en cause est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il va de soi que la séparation familiale est un domaine où les efforts de coopération inter-étatique seraient profitables à la fois pour les familles et les États.

Droits relatifs aux décisions en matière d'immigration

Les normes relatives aux droits de l'homme limitent dans le fond et dans la forme la liberté qu'ont les États de réglementer l'immigration. Sans doute l'État, lorsqu'il définit les conditions d'entrée sur son territoire, a-t-il le pouvoir d'adopter des politiques qui ne visent que les étrangers. Mais les normes qui interdisent la discrimination peuvent avoir pour effet de restreindre ce pouvoir : ainsi, les politiques d'immigration fondées sur la race – qui étaient jadis un des principaux éléments de la législation de certains États dans ce domaine – ne sont pas acceptables à la lumière des principes actuels des droits de l'homme⁶⁸, et les distinctions fondées sur le sexe, par exemple, exigeraient elles aussi des justifications spéciales⁶⁹.

⁶⁷ Article 9 : « Les États veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, [sauf si] cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁶⁸ Voir la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. (art. 1, par. 2) Les politiques fondées sur l'origine nationale des personnes (considérée du point de vue de la citoyenneté et non pas de l'origine ethnique) ne constituent pas généralement des cas de discrimination raciale.

⁶⁹ Voir Fitzpatrick, *supra*.

Les décisions des Etats en matière d'immigration doivent être conformes au principe général du respect des formes légales, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre un article entier à cette question :

« Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin ⁷⁰. »

On remarquera cependant les limites qui bornent l'application de cette norme. Premièrement, celle-ci ne concerne que les étrangers en situation régulière sur le territoire de l'Etat, ce qui exclut apparemment les étrangers sans papiers (encore y a-t-il là une énigme, puisque les procédures d'expulsion ont généralement pour but de décider si l'intéressé se trouve légalement ou non sur le territoire en cause, et le Comité des droits de l'homme a-t-il déclaré à ce sujet que, si la légalité de l'entrée ou du séjour de l'étranger est contestée, toute décision sur ce point pouvant aboutir à son expulsion devait être prise conformément aux dispositions de l'article 13) ⁷¹. Deuxièmement, l'exception exprimée par les termes « des raisons impérieuses de sécurité nationale » pourrait justifier une procédure *ex parte* ou *in camera* dans les affaires de terrorisme. Troisièmement, les garanties de procédure prévues dans le Pacte sont moins strictes que les garanties en matière pénale. Il est d'ailleurs à signaler que beaucoup d'Etats vont nettement plus loin que les garanties indiquées dans cet article du Pacte, par exemple en autorisant les étrangers menacés d'expulsion à faire appel de la décision initiale devant une juridiction supérieure et en leur reconnaissant en tel cas le droit d'être défendu par un avocat, de présenter des éléments de preuve et d'examiner ceux produits contre lui.

⁷⁰ Article 13.

⁷¹ Observation générale No 15, par. 9 (1986).

Plusieurs instruments relatifs aux droits de l'homme condamnent les expulsions collectives ⁷², et le Comité des droits de l'homme a interprété le Pacte relatif aux droits civils et politiques comme reconnaissant à tout étranger le droit à une décision individuelle ⁷³.

La rétention des immigrants pendant l'examen de leur demande d'entrée dans un pays est elle aussi soumise aux normes des droits de l'homme qui interdisent l'arrestation ou la détention arbitraires, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient la disposition suivante à ce sujet : « Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ⁷⁴ ». On remarquera en outre que les politiques en matière de rétention et d'interdiction des migrants peuvent avoir des conséquences négatives pour les demandeurs d'asile, en restreignant leur droit à demander l'asile et à être protégés contre le non-refoulement.

⁷² Voir par exemple le Protocole No 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui ajoute certains droits et libertés à ceux que protège la Convention, ainsi que le premier Protocole à la même Convention (16 septembre 1963, art. 4); et la Convention américaine des droits de l'homme, article 22, par. 9 (novembre 1969).

⁷³ Observation générale No 15, par. 19 (1986).

⁷⁴ Article 9, par. 4. Voir aussi Fitzpatrick, *supra*.

Intégration des migrants

On compte par millions les personnes qui n'entendent pas seulement franchir une frontière, mais aussi s'installer dans le pays de leur destination, et on pourrait soutenir à ce sujet que, s'il n'y a pas pour les Etats d'obligation générale de recevoir un non-ressortissant, il peut encore moins y avoir une obligation d'intégrer le non-ressortissant admis sur son territoire – et que, de plus, les règles qui fixent les conditions auxquelles doivent répondre les migrants pour devenir résidents du pays où ils sont admis relèvent essentiellement de l'autorité de l'Etat de réception. Telle était jusqu'à présent la position traditionnelle du droit international : les politiques d'admission sur le territoire des Etats relèvent exclusivement du pouvoir qu'ont ceux-ci d'évaluer les possibilités ou les impossibilités d'intégration des nouveaux venus, et l'on ne saurait donc parler d'un droit internationalement reconnu des immigrants à s'intégrer ou à se voir offrir les moyens de le faire – ni d'ailleurs, et pour la même raison, d'une obligation des immigrants de se faire naturaliser.

Cependant, ces conclusions peut-être un peu trop générales soulèvent certaines questions dont l'examen n'est pas sans relation avec le problème de l'intégration et de l'assimilation. Les normes anti-discriminatoires interdisent en effet tout acte de discrimination de nature à faire obstacle à l'intégration matérielle des étrangers et à leur faire admettre qu'ils n'ont pas leur place dans le pays. Et les garanties relatives aux droits politiques, telles que la liberté de parole et la liberté de réunion, peuvent au contraire faciliter l'intégration des immigrants en leur offrant un moyen de participer à la vie du pays et de s'informer des politiques qui les concernent, en les familiarisant avec les institu-

tions politiques et les normes de ce pays, et en leur donnant un sentiment de responsabilité au sein de la société.

De plus, et comme il était dit plus haut, on peut constater une tendance à admettre que, dans certains cas, les liens (familiaux et autres) de l'étranger avec le pays d'arrivée limitent les pouvoirs de l'Etat de l'expulser ⁷⁵. Vue sous cet angle, l'intégration n'est plus un objectif de l'Etat, mais une limite apportée à son pouvoir, en ce qu'elle est faite de tous les liens dont il convient de tenir compte pour décider si l'application de la loi nationale sur l'immigration est proportionnelle aux torts causés à l'immigrant et à sa famille ⁷⁶.

Les questions d'intégration sont également liées aux règles en matière de citoyenneté, et aux positions de l'Etat concernant la tolérance à l'égard de ce qui est différent et la volonté d'assimilation.

Citoyenneté (nationalité) et naturalisation

La citoyenneté (ou nationalité) est habituellement définie comme l'appartenance à un Etat, et joue dans le monde d'aujourd'hui un rôle vital pour les individus et pour les Etats. La Déclaration universelle des droits de l'homme proclame d'ailleurs que « tout individu a droit à une nationalité » et que nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité (la Déclaration ne crée pas par elle-même de normes ayant force de loi, mais un grand nombre des

⁷⁵ Le droit à la vie familiale est expressément protégé par plusieurs conventions internationales et régionales. Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 17 et 23, la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 3, 9, 10 et 16, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, art. 8, la Convention africaine relative aux droits de l'homme, art. 17 et 19, et la Charte africaine, art. 18. Voir aussi *Winata contre Australie*, document des Nations Unies CCPR/C/72/D/930/2000 (16 août 2001). Voir également Martin, *supra*, et Jastram, *supra*.

⁷⁶ Certains autres aspects de la réunification familiale ne sont pas sans conséquence sur les questions d'intégration.

garanties qui y sont inscrites sont considérées comme faisant partie du droit international coutumier). Par ailleurs, le monde du droit reconnaît que les personnes apatrides sont particulièrement vulnérables ⁷⁷, et la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie impose aux Etats parties d'accorder leur nationalité aux personnes nées sur leur territoire qui faute de cela seraient apatrides, et de ne pas priver une personne de sa nationalité si cela doit faire d'elle un ou une apatride ⁷⁸. L'importance qu'il y a à être le citoyen d'un Etat est également affirmée dans la Convention relative au statut des réfugiés, aux termes de laquelle les Etats doivent « faciliter dans toute la mesure possible l'assimilation et la naturalisation des réfugiés ⁷⁹ ».

L'acquisition du titre de citoyen est généralement un pas important dans l'assimilation de l'immigrant et de ses enfants. Non pas que l'assimilation soit impossible sans la citoyenneté, ni que la citoyenneté soit toujours et partout une preuve d'adaptation – mais, en général, la citoyenneté sous-entend la pleine participation de l'individu à la vie nationale en même temps qu'elle lui ouvre la porte à tous les droits reconnus dans le pays.

La citoyenneté s'acquiert par la naissance ou par la naturalisation, et la distinction entre le *jus soli* (citoyenneté fondée sur le lieu de la naissance) et le *jus sanguinis* (citoyenneté fondée sur la parenté) permettait autrefois de classer les Etats dans l'une ou l'autre de ces catégories. Depuis quelque temps, cependant, cette distinction a perdu de son utilité : les Etats de *jus sanguinis* où l'immigration est importante tendent à adopter des règles de *jus soli* pour éviter la présence de générations successives d'étrangers sur leur territoire ; et certains pays de *jus soli* adoptent des conditions qui n'autorisent l'accès à la citoyenneté que si l'un ou l'autre des parents immigrants avait comme tel un statut légal à la date de la naissance de l'enfant ⁸⁰.

⁷⁷ Convention relative au statut des apatrides, du 28 septembre 1954 (entrée en vigueur le 6 juin 1960).

⁷⁸ On notera cependant qu'il n'y a que 26 Etats parties à cette Convention.

⁷⁹ Article 34.

⁸⁰ Voir Aleinikoff et Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration* (2002).

Si donc on constate dans les grands pays d'immigration une convergence croissance vers la citoyenneté acquise par la naissance, cette évolution n'est pas le fait du droit international, conventionnel ou coutumier. Il n'y a pas de convention internationale régissant utilement l'acquisition de la citoyenneté, et le droit international coutumier laisse généralement les Etats libres de prendre leurs décisions en la matière ⁸¹.

L'immigration est liée à la citoyenneté d'une autre façon : c'est que presque tous les Etats offrent un moyen d'accéder à cette dernière par le biais des lois sur la naturalisation. Il est vrai que les politiques varient en la matière. Mais, dans l'ensemble, la naturalisation exige une résidence légale depuis un certain nombre d'années sur le territoire national et un comportement exempt de tout crime ou délit grave, plus, dans la plupart des cas, la preuve d'une connaissance suffisante de la langue officielle. Certains Etats exigent aussi une certaine connaissance de l'histoire ou de la culture du pays, et plusieurs d'entre eux exigent que la personne naturalisée renonce à sa nationalité antérieure – pratique qui est loin d'être universelle et qui n'est ni prévue ni interdite par les principes du droit international.

L'exercice du pouvoir qu'ont les Etats d'accorder leur nationalité est évidemment limité par les principales normes des droits de l'homme, par exemple en matière de non-discrimination ou de respect des formes légales, et il serait difficile de justifier à ce titre des lois qui refuseraient la nationalité pour des raisons de race ou de sexe, ou qui permettraient d'y mettre fin sans passer par des procédures légales.

⁸¹ Voir dans l'Etude d'experts, Hailbronner, « Nationality ». La Convention européenne sur la nationalité, adoptée en 1997, affirme qu'il appartient à chaque Etat de décider qui sont ses citoyens à la lumière du droit national (art. 3, par. 1). Mais la Convention oblige les Etats à donner leur nationalité aux enfants nés ou trouvés sur le territoire et qui sans cela seraient apatrides ainsi qu'aux enfants nés sur le territoire et dont les parents ont la nationalité de l'Etat (art. 6, par. 1 et 2). Et elle invite les Etats à faciliter l'acquisition de la nationalité pour les conjoints et enfants des nationaux ainsi que pour les personnes (apatrides et réfugiés compris) qui résident légalement et habituellement sur le territoire national (art. 6, par. 4).

Enfin, la multi-nationalité est un phénomène de plus en plus fréquent, et les Etats, qui y voyaient autrefois une source de difficultés dans les relations internationales – et donc quelque chose à décourager ou à interdire afin d'éviter les problèmes de double allégeance ou de protection diplomatique – montrent aujourd'hui plus de tolérance et reconnaissent que les individus peuvent conserver des liens avec plusieurs pays sans que cela cause de difficultés entre ceux-ci. Par contre, le rapport entre la multi-nationalité et l'intégration est incertain : il y a des cas où la pluri-nationalité facilite l'intégration, d'autres où elle la rend plus difficile, et la définition des droits et obligations des binationaux serait donc un bon sujet d'étude et de coopération inter-étatiques.

Différence et assimilation

Le mot « intégration » renvoie à plusieurs types d'activités économiques et sociales s'exerçant au sein de la société. Les immigrants s'intègrent pleinement en trouvant du travail, en veillant au bien-être de leur famille, en participant à la vie collective et en prenant part aux relations quotidiennes au sein de la population où ils vivent. Le mot « assimilation » a un sens plus culturel, et c'est en partageant les valeurs de la société où il vit, en parlant la langue du pays et en adoptant ses principales pratiques culturelles que l'immigrant s'assimile.

Comme le fait remarquer le professeur Kaelin, la question de l'assimilation culturelle des migrants est rendue

« complexe par l'opposition entre deux types de principes fondamentaux : d'une part, les droits de l'homme tels que la liberté de religion, d'association, d'opinion et de choix du conjoint, le droit au respect de la vie privée et à la protection de la vie familiale – principes qui garantissent l'autonomie culturelle des individus, et donc leur diversité culturelle, y compris dans le cas des migrants, faute de quoi l'être humain est exposé à l'humiliation et à la dis-

crimination ; et, d'autre part, le principe qui veut qu'un certain nombre de valeurs communément acceptées soient nécessaires dans tout Etat et toute société pour qu'y règne un minimum de cohésion ⁸² .»

Le droit international ne se prononce pas expressément sur ces questions, mais ses dispositions relatives aux droits de l'individu supposent nécessairement une certaine tolérance devant les différences de religion, de langage ou d'opinion. De plus, les groupes d'individus peuvent jouir de droits qui leur donnent une certaine marge par rapport à la vie sociale prédominante du pays où ils vivent, et l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par exemple, protège les personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique en affirmant leur droit « d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ⁸³ ».

Les Etats sont libres de favoriser l'assimilation par leurs politiques de l'enseignement, de protection sociale et d'immigration, mais l'assimilation par la contrainte (par exemple, le fait d'obliger une personne à pratiquer telle ou telle religion ou à épouser telle ou telle opinion politique) serait une violation des libertés reconnues sur le plan international. De même, les règles qui interdisent la discrimination font douter de la validité des politiques qui limitent à tels ou tels groupes certains avantages matériels ou l'accès à certains programmes et institutions, ou qui répriment les particularités ou les pratiques propres à d'autres groupes. Il est probable en effet qu'une certaine tolérance à l'égard de ce qui est différent, loin de retarder l'intégration des immigrants, la fait progresser en aidant ceux-ci à se considérer comme des membres égaux et honorés de la société où ils vivent. On

⁸² Kaelin, *supra*.

⁸³ Voir aussi la Convention relative aux droits de l'enfant, article 29, par. 1(c), où il est dit que l'éducation de l'enfant doit lui inculquer le respect des valeurs nationales du pays où il vit, de son identité personnelle, et de la langue et des valeurs du pays dont il peut être originaire.

notera enfin que c'est surtout dans la sphère privée que la tolérance peut jouer tout son rôle, à mesure que les intérêts de l'État faiblissent et que croissent au contraire les intérêts individuels et associatifs ⁸⁴.

⁸⁴ Il y a des cas où la distinction entre le privé et le public risque de poser des difficultés, s'agissant par exemple de certains arrangements domestiques ou de pratiques qui sont à la fois conformes à certaines normes culturelles et contraires aux droits de l'homme.

Migration de main-d'œuvre

Les gens ont toujours passé des frontières pour chercher un emploi, et il y a aujourd'hui des millions de personnes qui travaillent hors de leur pays d'origine, que ce soit dans des emplois hautement, moyennement spécialisés ou non spécialisés, en qualité de résidents permanents ou de travailleurs temporaires, et avec l'agrément des autorités nationales ou de façon illégale. En général, l'Etat de départ et l'Etat d'arrivée trouvent l'un et l'autre avantage à ce type de migration, et il n'y a donc pas lieu de s'étonner s'ils cherchent à régulariser ces migrations dans leur intérêt mutuel et dans l'intérêt des travailleurs, tout au moins sur le plan régional ou bilatéral.

Cette migration est parfois prévue dans des accords régionaux dont la plupart autorisent la liberté de mouvement et d'installation des citoyens des Etats membres (c'est le cas par exemple des instruments établissant l'Union européenne, du Traité de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest, ou de l'Accord du Conseil de l'Unité économique des pays arabes). Certains Etats ont aussi des relations avec leurs anciennes colonies qui permettent une grande liberté d'entrée et de résidence et suscitent de ce fait un afflux considérable de travailleurs migrants. Et d'autres encore ont établi avec des Etats voisins des relations bilatérales qui permettent expressément l'entrée de travailleurs temporaires sur leur territoire ⁸⁵.

⁸⁵ On en trouvera des exemples dans OIM, « Inter-state Cooperation on Migration - Significant Bilateral and Multilateral Agreements », dans l'Etude d'experts.

La plupart des principaux accords de commerce international comprennent eux aussi des dispositions limitées – mais importantes – qui facilitent le mouvement temporaire des personnes entre les pays signataires. L'Accord du GATT, par exemple, encourageait les gouvernements, dans leurs négociations commerciales multilatérales, à ouvrir leurs marchés aux prestataires de services venant de l'étranger, et l'article 1 prévoyait quatre types d'échanges dans le domaine des services, le quatrième étant le mouvement des personnes physiques allant offrir des services dans un pays étranger. Ces engagements pris par les gouvernements au temps du GATT restent valables dans le cadre de l'OMC ⁸⁶. Les accords commerciaux de caractère régional ont eux aussi des conséquences sur le libre déplacement des personnes, et l'Accord nord-américain de libre-échange, par exemple, permet aux personnes qui travaillent dans le commerce, les services ou l'investissement d'entrer temporairement et à titre professionnel dans les Etats signataires ⁸⁷.

Le droit international joue encore un autre rôle intéressant les travailleurs étrangers, en ce qu'il prévoit à leur intention trois types de droits et de protections. Premièrement, les principes anti-discriminatoires qui sont inscrits dans les principales conventions relatives aux droits de l'homme précisent que les travailleurs étrangers doivent bénéficier des mêmes protections que les autres travailleurs, qu'il s'agisse du salaire minimum, du nombre maximum d'heures de travail, de l'interdiction du travail des enfants, de la création de syndicats ou des négociations collectives ⁸⁸. Deuxièmement, les instruments internationaux garantissent que

⁸⁶ Voir dans l'Etude d'experts, Charnovitz, « Trade Norms and International Migration ».

⁸⁷ Pour l'Accord nord-américain de libre-échange, voir <http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm>. Voir aussi J. Nielson, OCDE, document soumis au Symposium OMC/Banque mondiale sur les mouvements des personnes physiques (Mode 4) dans le cadre de l'AGCS, 11-12 avril 2002, et pouvant être consulté sur le site de l'OMC, à <http://www.wto.org>.

⁸⁸ Voir Fitzpatrick, *supra*.

les droits des travailleurs s'appliquent généralement aux non-citoyens comme aux citoyens ⁸⁹.

Troisièmement, plusieurs instruments internationaux sont spécialement consacrés aux droits des travailleurs étrangers ⁹⁰. C'est le cas de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (adoptée en 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies, et dont l'entrée en vigueur est prévue en 2002) qui garantit aux travailleurs étrangers une grande partie des droits protégés par les traités relatifs aux droits de l'homme, comme par exemple la protection contre la discrimination, la torture et le travail forcé, ou le droit à la vie et à la liberté de pensée et de religion. Dans ses dispositions spécialement consacrées à l'emploi, cette convention prévoit que les travailleurs migrants doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui s'applique aux citoyens de l'Etat d'emploi en matière de rémunération, de conditions et d'heures de travail ; et que les travailleurs migrants ont le droit de s'inscrire dans les syndicats et autres associations professionnelles et de prendre part à leurs activités afin de protéger leurs intérêts économiques, sociaux, culturels et autres ⁹¹.

⁸⁹ Voir Leary, « The Paradox of Worker's Rights as Human Rights », dans l'ouvrage publié sous la direction de L.A. Compas et S.F. Diamonds, *Human Rights, Labor Rights and International Trade* (1969), p. 22, où sont énumérées en détail les conventions relatives aux droits des travailleurs. Voir dans l'Etude d'experts, Leary, « Labor Migration ».

⁹⁰ Voir les conventions de l'OIT No 97 (Convention de 1949 sur les travailleurs migrants, 42 ratifications) et 143 (Convention de 1975 sur les migrations dans les conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants, 18 ratifications) (« Tout Membre pour lequel la convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir et à garantir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives pour les personnes qui, en tant que travailleurs migrants ou en tant que membres de leur famille, se trouvent légalement sur son territoire »).

⁹¹ Articles 26 et 27.

Migration et développement

Les liens entre migration et développement sont nombreux et importants. Le sous-développement, par exemple, est une des causes majeures des mouvements – légaux ou illégaux ⁹² – d'individus à la recherche d'un travail hors de leur pays d'origine ; mais le développement peut aussi être un facteur de mouvement pour les individus désireux d'acquérir les connaissances et les compétences qui leur permettront de trouver ailleurs un emploi. A cela, il faut ajouter que l'argent que les migrants envoient dans leur pays d'origine est souvent une source importante de devises étrangères pour les nations en développement. Pourtant, rares sont les normes de droit international qui font un lien entre migration et développement.

Un certain nombre d'instruments internationaux proclament le droit au développement ⁹³, et notamment le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui reconnaît « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ⁹⁴ » et souligne l'importance essen-

⁹² Voir le Programme d'action adopté à la Conférence internationale sur la population et le développement, art. 10, par. 1 (le Caire, 1994); et la Déclaration de Bangkok sur la migration irrégulière, par. 5 (1999) (« Les causes de la migration irrégulière ont des liens étroits avec la question du développement »).

⁹³ Voir par exemple la Déclaration relative au droit au développement de 1986. Pour d'autres résolutions ou conclusions provenant de spécialistes et allant dans le même sens, voir dans l'Etude d'experts, Chimni, « Migration and Development ».

⁹⁴ Art. 11, par. 1.

tielle d'une coopération internationale pour le respect effectif des droits garantis par le Pacte ⁹⁵.

Que l'obligation d'assistance internationale aux pays en développement se soit ou non pleinement concrétisée, il est certain que l'aide au développement pourrait avoir des conséquences concrètes sur l'immigration. Aussi cette aide est-elle un sujet important de la coopération inter-étatique en matière de migration, et la Déclaration du Caire sur la population et le développement, adoptée en 1994, invite-t-elle les Etats à aider les pays en développement et les pays en transition à se pencher sur les conséquences de la migration internationale en même temps qu'elle leur demande de s'attaquer aux causes premières de la migration, et notamment à celles qui viennent de la pauvreté ⁹⁶.

Les pays développés peuvent aider les pays en développement en ouvrant des possibilités d'emploi à leurs citoyens, et la Déclaration du Caire « invite » à ce propos les pays d'arrivée à envisager d'utiliser certaines formes de migration temporaire, telles que les migrations à court terme ou limitées à certains projets, afin d'améliorer les connaissances professionnelles des ressortissants des pays d'origine, et plus particulièrement des pays en développement et des pays en transition ⁹⁷.

⁹⁵ Article 11, par. 1 (« Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit, et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie ») et article 2, par. 1. Voir l'observation No 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (1990).

⁹⁶ Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement, par. 10.2(a) (septembre 1994), sur le site <http://www.cnie.org/pop/icpd/poa10.htm>.

⁹⁷ Voir *idem*, par. 10.5. Voir aussi Déclaration de Bangkok, par. 7 ; et la recommandation No 86 de l'OIT relative aux travailleurs migrants (rev. 1949), art. 4, par. 1 : (Les Membres devraient avoir pour politique générale de développer et d'utiliser toutes les possibilités et, pour cela, de faciliter la distribution internationale de la main-d'œuvre et en particulier les mouvements de travailleurs depuis les pays qui ont un surplus de main-d'œuvre et vers les pays qui en manquent).

Conclusion

Les articles réunis dans l'Etude d'experts montrent clairement que le droit international contient un assez grand nombre de normes intéressant la régulation de la migration internationale. Cela dit, il importe aussi de souligner que l'on ne trouvera pas dans le droit international un régime juridique complet applicable à la migration. Le droit international ne fixe pas le nombre des personnes qui peuvent être autorisées à passer chaque année d'un pays à un autre, ne contient pas de règle universelle sur l'octroi de la nationalité, n'offre pas de système international pour les mouvements de la main-d'œuvre migratoire, et ne prévoit pas de système de contrôle particulier ni de régime pour le retour dans le pays d'origine des immigrants en situation irrégulière. En outre, dans certains domaines où le droit international s'applique, ses normes manquent de précision ou sont encore récentes.

Il n'empêche que, sur bien des points, le droit international respecte, oriente, influence ou limite les relations entre les Etats ainsi que les relations entre les Etats et les individus. Peut-être est-il donc préférable de voir dans les normes internationales un cadre général, un ensemble de principes de base pour la coopération inter-étatique sur les questions de migration et pour la protection des droits individuels des migrants. Si l'on préfère, les normes existantes du droit international font apparaître à la fois un espace et un besoin pour de nouvelles initiatives en cette ère de migration.

Les divers articles de l'Etude signalent plusieurs domaines où la coopération inter-étatique serait souhaitable. Pour n'en citer que quelques exemples évidents :

- 1) La conclusion d'arrangements sur les mouvements de travailleurs, spécialisés ou non.
- 2) La poursuite ou le renouvellement des négociations sur les accords de réadmission.
- 3) La recherche de définitions et de méthodes communes sur le droit des réfugiés.
- 4) L'évaluation des conséquences des mesures contre les migrations illégales sur les demandeurs d'asile.
- 5) La coordination de la lutte contre la traite.
- 6) Un effort de précision sur les pratiques à suivre au sujet des personnes secourues en mer.
- 7) L'assistance au développement dans les Etats d'origine.
- 8) L'amélioration des normes anti-discriminatoires dans leur application aux étrangers.
- 9) La coopération pour la réunion des familles séparées.
- 10) La prise en considération des problèmes de migration dans les négociations commerciales multilatérales.

Les Etats se sont surtout souciés jusqu'ici d'adopter des règles nationales sur l'admission des migrants dont ils estiment avoir besoin, mais c'est à présent des deux formes de migration – légale et illégale – qu'il conviendra de s'occuper au niveau international, et d'une façon qui soit à la fois favorable aux Etats comme aux migrants et respectueuse des droits individuels de ceux-ci. Pour être efficaces, ces mesures devront considérer la migration dans le contexte plus général de l'inégalité et de l'insécurité dans le monde, principales causes des mouvements migratoires. La gestion à la fois efficace et humaine de ces migrations, telle que le droit international peut aider à la mettre en place, devra pour cela répondre aux besoins et aux intérêts des Etats de départ, des Etats d'arrivée et des migrants, et tenir compte des causes premières de la migration.

Série
Dialogue international
sur la migration

1. *82e session du Conseil ; 27-29 novembre 2001, mai 2002*
(disponible en anglais, espagnol et français)
2. *Compendium of Intergovernmental Organizations Active in the Field of Migration 2002, décembre 2002*
(disponible uniquement en anglais)
3. *Le droit international et la migration : tour d'horizon, décembre 2002*
(disponible en anglais, espagnol et français)

Les titres de cette série sont disponibles auprès de :

Organisation internationale pour les migrations
Recherche et publications
17 route des Morillons, 1211 Genève 19
Suisse
Tel : +41.22.717 91 11 ; Fax : +41.22.798 61 50
E-mail : publications@iom.int
Internet : <http://www.iom.int>