

N° 3

# Droit international de la migration

## MIGRATIONS ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME



OIM Organisation Internationale pour les Migrations

Organisation internationale pour les migrations  
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](mailto:hq@iom.int)  
Internet : <http://www.iom.int>

ISSN 1815-9257

© 2005 Organisation internationale pour les migrations (OIM)

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.

N°3

# **Droit international de la migration**

## **MIGRATIONS ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME**

R. Perruchoud (éditeur)



---

OIM Organisation Internationale pour les Migrations

Cet ouvrage contient les contributions présentées par divers experts lors du Colloque sur les « Migrations et protection des droits de l'homme », organisé par l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) à Dakar, Sénégal, du 25 au 28 octobre 2004. Les vues exprimées par les auteurs des différents chapitres ne reflètent pas nécessairement celles de l'OIM.

L'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD) et la Faculté de droit de l'UCAD apportèrent leur soutien logistique et scientifique au Colloque ; qu'elles trouvent ici l'expression de notre reconnaissance, de même que les Ministères de l'Education et des Affaires étrangères.

## Table des matières

<b>I.</b>	<b>Introduction</b>	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>Objectif et méthodologie</b>	<b>11</b>
<b>III.</b>	<b>Les sources universelles du droit international des droits de l'homme</b>	<b>19</b>
<b>IV.</b>	<b>Les sources régionales du droit international des droits de l'homme</b>	<b>27</b>
<b>V.</b>	<b>Les mécanismes internationaux de promotion et de protection des droits de l'homme</b>	<b>33</b>
<b>VI.</b>	<b>Promotion et protection des droits de l'homme : organes et mécanismes de protection dans le système africain</b>	<b>41</b>
<b>VII.</b>	<b>Promotion et protection des droits de l'homme dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de son protocole facultatif additionnel</b>	<b>55</b>
<b>VIII.</b>	<b>Les droits de l'homme de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille : la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1990</b>	<b>71</b>
<b>IX.</b>	<b>Normes relatives à la protection des travailleurs migrants</b>	<b>83</b>
<b>X.</b>	<b>Le protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, et en particulier des femmes et des enfants et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</b>	<b>101</b>

<b>XI. La protection des droits de l'homme des travailleurs migrants et des membres de leur famille dans les systèmes régionaux</b>	<b>107</b>
<b>XII. Les sources du droit international des réfugiés : normes et principes applicables</b>	<b>123</b>
<b>XIII. La protection des droits de l'homme dans les situations de conflits armés internationaux et non internationaux : l'application du droit international humanitaire</b>	<b>147</b>
<b>XIV. La protection des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays</b>	<b>157</b>

## I. INTRODUCTION

L'organisation de ce colloque sur le thème « Migrations et protection des droits de l'homme » répond à une double préoccupation de l'OIM ; la première, de caractère général, est celle de l'opportunité, aujourd'hui, d'envisager une gestion globale de la migration ; la seconde s'inscrit dans le cadre plus restreint des efforts de l'OIM pour développer ce qu'il est convenu d'appeler le droit international de la migration.

Qu'en est-il de la première préoccupation ? Est-il raisonnable – ou au contraire utopique – de vouloir gérer les migrations, sachant qu'aujourd'hui un « ordre international de la migration » n'existe pas ? Cette préoccupation est raisonnable, non pas parce que l'utopie d'aujourd'hui est souvent la réalité de demain, mais parce que de nombreux éléments, disparates certes, ont déjà posé les jalons d'une gestion globale organisée de la migration.

Comment identifier ces éléments ? Une première démarche pragmatique consiste à faire un inventaire de ce qui existe au niveau juridique ; d'emblée nous sommes confrontés à deux principes fondamentaux qu'il faut concilier et non systématiquement opposer : le premier est celui de la souveraineté nationale, le second celui de la protection des droits des migrants. La teneur et les implications du principe de souveraineté en matière de migration sont connues, de même que sont connues ses limitations. Le foisonnement des textes internationaux – universels et régionaux – qui, de près ou de loin, protègent les droits des migrants est impressionnant ; autre est la question du pourcentage de ratification de ces instruments et, surtout, du degré de mise en œuvre.

Un autre domaine du droit où un inventaire s'impose est celui des droits et obligations des Etats dans leurs relations réciproques, qu'ils soient Etats d'origine, de transit ou de destination. C'est un domaine non encore systématiquement exploré, notamment en ce qui concerne le devoir de coopération entre Etats inscrit dans la Convention des Nations Unies de 1990 relative à la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. De même, les obligations des Etats ne sont pas toujours perçues de manière objective ou dans toutes leurs dimensions : on feint d'oublier parfois qu'une obligation internationale doit être exécutée de bonne foi, et non être paralysée dans son application par des obstacles techniques ou bureaucratiques.

Une deuxième démarche pragmatique concerne l'établissement d'un inventaire des engagements politiques existant en matière de migration. En effet, le droit n'est qu'un des facteurs de régulation des rapports sociaux et il y a un foisonnement de textes internationaux dont la nature et la portée sont incertaines. Pour des raisons qui leur sont propres, parfois en vue d'éviter l'adoption d'un texte contraignant, les Etats optent souvent pour des textes dits « incertains », tels que : les communiqués conjoints ; les déclarations conjointes ; les textes concertés au sein d'une conférence internationale ; les accords informels. Il y a donc une gamme très étendue de documents ou instruments qui, sans être juridiquement contraignants, peuvent avoir une grande importance pratique pour orienter le comportement des Etats. De tels textes sont fréquents dans le domaine de la migration, la migration étant un domaine qui ne se prête pas, ou pas encore, à l'adoption de textes multilatéraux contraignants. L'exemple le plus manifeste d'un tel document est le Plan d'action du Caire, adopté en 1994 à l'issue de la Conférence internationale sur la population et le développement, qui constitue un guide précieux des mesures à suivre pour assurer une gestion adéquate de la migration. D'autres textes non contraignants, mais tout aussi importants, sont ceux adoptés au sein de processus régionaux établis ou en formation.

Une troisième démarche pragmatique liée à la précédente consiste à recenser les éléments de la pratique des Etats, au niveau national comme au niveau international. La gestion de la migration commence au niveau national par l'adoption d'une politique de migration, suivie par une législation reflétant les principes de cette politique et leur donnant un contenu normatif ; cette législation est enfin mise en œuvre par un appareil administratif qui, dans son action, générera des pratiques migratoires.

La quête d'une gestion ordonnée de la migration n'a, jusqu'à un passé récent, pas figuré en priorité dans les enceintes internationales. Les raisons en sont multiples, la plus importante étant que le contrôle des frontières est au cœur de la souveraineté étatique et constitue une prérogative essentielle de l'Etat. La mondialisation, les récessions économiques, des politiques restrictives, l'accent mis sur les droits fondamentaux de tous les migrants ainsi que l'accroissement des mouvements de populations ont modifié la perception du phénomène et remis à l'ordre du jour le thème d'une gestion ordonnée des migrations, avec tous les défis et toutes les difficultés que comporte la poursuite d'un tel objectif.

La seconde préoccupation ayant poussé l'OIM à organiser ce colloque est liée directement au développement du droit international de la migration. Une gestion ordonnée et humaine des migrations est aujourd'hui considérée comme une condition préalable du profit que peuvent en tirer les sociétés des pays concernés comme les migrants eux-mêmes. Dans la poursuite de cet objectif, les Etats ont la responsabilité de protéger les droits des migrants et de leurs nationaux et de prendre en considération les intérêts des uns et des autres dans les paramètres définis par les normes et les principes internationaux, auxquels il est globalement fait référence sous l'expression « droit international de la migration ».



A ce jour, l'approche normative de la migration a surtout mis l'accent sur les droits des personnes concernées. Il existe bon nombre de conventions aux niveaux mondial et régional concernant les droits des personnes impliquées dans la migration, mais ces instruments sont dispersés dans différentes branches du droit (droits de l'homme, droit humanitaire, droits des travailleurs migrants, droit des réfugiés). Il n'existe aucun pôle de convergence qui les réunisse tous, ni aucune source d'information centrale donnant facilement accès à l'ensemble des informations correspondantes, et peu de tentatives ont été faites pour comprendre les relations unissant ces différents instruments les uns aux autres.

Par ailleurs, il est fréquemment fait référence aux principes et aux normes découlant de la souveraineté des Etats et ayant un impact direct sur la gestion des migrations : le droit à la protection des frontières, à l'octroi de la nationalité, à l'admission et à l'expulsion des étrangers, ou encore à la sauvegarde de la sécurité nationale. Quant aux droits et obligations des Etats dans leurs relations mutuelles, ils sont moins bien définis et sont traités séparément.

Cette disparité ou dispersion des normes alimente l'opinion déjà répandue selon laquelle il existe d'importantes lacunes dans les textes normatifs protégeant les migrants et/ou régulant la migration. De plus, le contenu exact ou la raison d'être de ces instruments ne sont pas toujours clairement perçus, et il règne à ce sujet une incertitude qui tient au manque d'information sur l'état d'avancement de leur ratification et de leur application par les Etats.

Afin de jouer son rôle qui est d'aider les Etats à gérer les migrations humainement et de manière ordonnée, l'OIM s'est récemment engagée davantage dans le domaine du droit international de la migration, en mettant plus particulièrement l'accent sur les aspects suivants :

- Compilation du droit international de la migration ;
- Dissémination et aide à la compréhension du droit international de la migration ;
- Mise en œuvre du droit international de la migration ;
- Formation et renforcement des capacités ;
- Promotion du droit international de la migration dans le contexte général de la gestion des migrations.

Le présent colloque se situe dans le droit fil du quatrième aspect, à savoir la formation et le renforcement des capacités concernant le droit international de la migration. Au vu de l'ampleur du thème, des choix étaient inévitables ; en un laps de temps si resserré, il est en effet illusoire d'espérer couvrir tout le champ du droit international de la migration, d'où la décision de mettre l'accent sur la protection des droits des personnes impliquées dans la migration, laissant de côté la problématique des droits et obligations des Etats dans leurs rapports réciproques.

Pourquoi ce choix centré sur les migrations et la protection des droits de l'homme ? Un début de réponse est que jamais le thème n'a été traité sous cet aspect, à savoir montrer le spectre – ou le kaléidoscope – de tous les droits des personnes impliquées dans la migration, quelle que soit la cause du mouvement, quelle que soit la qualification donnée à ces personnes au cours de leur pérégrination, du pays d'origine au pays de transit vers le pays de destination. Une autre explication réside dans le souhait de briser ou d'ébranler les schémas traditionnels classant les problèmes par catégories et ajustant les solutions aux catégories ainsi identifiées : la migration est par essence dynamique et non statique, et les personnes impliquées dans la migration changent de statut, parfois plus d'une fois, au cours de leur migration, rendant problématique et semée d'embûches l'approche juridique traditionnelle visant à établir des catégories aux contours bien définis. Un troisième et dernier élément de réponse à ce choix résulte du besoin de remettre l'homme – statique ou dynamique – au centre des préoccupations. La situation du migrant est aujourd'hui préoccupante et l'on peut se demander si l'humanité a progressé ou régressé au cours des siècles.

Dans la Grèce et la Rome antiques, le migrant était un étranger, un « métèque » dépourvu de droits civils ou politiques, voire un ennemi. Si le Moyen-Age a parfois considéré l'étranger comme un esclave, le développement du commerce et des foires a conduit à une amélioration sensible de la condition des étrangers, en particulier les marchands ; cela conduisit notamment à la codification progressive de l'institution de la protection diplomatique.

A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les étrangers – ou les migrants – se virent accorder soit le traitement national ou le standard minimum international. Le traitement national n'était pas une panacée, au vu du développement inégal des pays et du traitement inadéquat conféré par certains pays à leurs propres ressortissants. Le standard minimum international, développé par le Secrétaire d'Etat Root en 1920 et ensuite par Borchard en 1940, contient des éléments de procédure et de substance qui n'ont pas perdu de leur actualité, en dépit de leur nature essentiellement coutumière non écrite.

Le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle a vu l'émergence du *corpus* des droits de l'homme, applicables à tout être humain – national, étranger, migrant – mettant au second plan le débat entre partisans du traitement national et du standard minimum. Malgré le nombre d'instruments relatifs aux droits de l'homme des personnes impliquées dans la migration, force est de constater que, aujourd'hui, les migrants sont confrontés à un nombre croissant de problèmes et de difficultés, dont voici une liste non exhaustive : incapacité de certains Etats à protéger effectivement les droits des migrants ; mesures administratives rendant difficile l'accès aux tribunaux ; racisme, xénophobie et autres formes d'intolérance ; traite, en particulier de femmes et d'enfants ; salaires inférieurs aux minima établis ; conditions de travail dangereuses.

Au début de ce siècle, nous sommes confrontés à une contradiction et un dilemme : d'une part, le nombre sans cesse croissant de traités, conventions et autres instru-

ments relatifs aux droits des personnes impliquées dans la migration ; de l'autre, des migrants considérés comme différents, exploitables et exposés à la violence.

Face à cette évolution inquiétante, nous devons assumer notre responsabilité de formateurs, de femmes et d'hommes investis de responsabilités au niveau académique, gouvernemental ou international. Il convient de remettre l'individu, surtout « l'autre », l'étranger, le migrant, au centre des préoccupations afin d'éviter que l'histoire ne se répète et que l'on retourne à certaines formes de barbarie qui ont émaillé l'histoire de l'humanité. Ce fil conducteur devrait contribuer à ce que la protection effective des droits de l'homme des personnes impliquées dans la migration ne soit pas qu'un rêve utopique mais soit une réalité.



## II. OBJECTIF ET MÉTHODOLOGIE

L'objectif du colloque portant sur « Migrations et protection des droits de l'homme » consiste à contribuer au renforcement des structures nationales, à travers la formation de formateurs, afin qu'elles puissent manier avec de meilleurs outils les situations relatives à la protection des droits de l'homme dans tous leurs aspects.

Les mouvements de personnes prennent une ampleur grandissante. Malgré cela, il n'existe pas une conscience claire au niveau politique, au niveau administratif et même au niveau de la population, des réalités, de l'impact et des implications de tels mouvements, des normes applicables et des droits à protéger, ce qui est indispensable pour que ces personnes puissent en profiter pleinement. De là, le besoin de renforcer les institutions nationales, renforcement qui facilitera une meilleure cohérence interne des pays de la région dans la formulation et l'exécution de politiques en la matière, à travers une meilleure connaissance des divers systèmes juridiques applicables aux différentes catégories de personnes qui, pour des raisons distinctes, se déplacent et sortent du territoire de l'Etat d'origine.

La formation de formateurs, conçue sur la base d'un critère multiplicateur, est une modalité très utile qui permettra l'organisation ultérieure de cours similaires dans les différentes institutions des pays de la région : Ministères des Relations extérieures, Justice, Défense, Intérieur ; Ombudsman ; Commission nationale des Droits de l'homme ; Parlement ; Pouvoir judiciaire et Police Nationale, parmi d'autres. L'Organisation internationale pour les migrations (OIM) est prête à coopérer avec les autorités nationales pour rendre possible la répétition de ces cours au sein de ces institutions nationales.

Le colloque est fondamentalement centré sur l'examen du droit international des droits de l'homme au sens large du terme, avec une attention particulière aux différentes catégories de personnes protégées.

Nous savons que le droit international ne se réfère pas uniquement et exclusivement à la relation entre les Etats, bien qu'il n'y ait aucun doute que l'Etat est le sujet de droit international par excellence. Le droit international a évolué et continue à évoluer en faveur de la prise en considération de l'individu comme sujet actif et passif, capable d'acquérir des droits et de contracter ou assumer des obligations qui sont régis par des normes et des principes de droit international.

Jusqu'en 1945, l'unique sujet de droit international était l'Etat et la fonction exclusive de ce droit était de réguler les relations interétatiques. A partir de l'adoption de la Charte des Nations Unies, la situation change. L'individu devient aussi un sujet de droit international. Les dispositions de la Charte, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et, ensuite, les Pactes et d'autres Conventions, reconnaissent l'importance de l'individu comme sujet de droit international.

La Charte de San Francisco est le premier instrument juridique international général dans lequel l'individu est reconnu comme titulaire de droits consacrés par le droit international ; son adoption marque le rejet de la vieille idée selon laquelle l'Etat pouvait traiter ses habitants à son gré sans que les autres Etats ou la société internationale organisée puissent intervenir. C'était le fidèle reflet de l'exercice absolu de la souveraineté de l'Etat sur les espaces placés sous sa juridiction nationale, aujourd'hui limitée par les intérêts de la communauté internationale, la protection des droits de l'homme étant un des plus importants.

Le Préambule de la Charte établit que :

*« nous, Peuples des Nations Unies résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre... à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites... et à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande », avons décidé ...*

Et, dans l'article 3, paragraphe 1 de ce même texte, est établi un des objectifs de l'Organisation :

*« réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel 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 ».*

De manière plus précise, la Charte dispose dans son article 55, paragraphe 3, alinéa c) que l'Organisation favorisera :

*« le respect universel des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».*

Ces dispositions soulignent l'importance de la protection des droits de l'homme et des obligations des Etats et de l'Organisation concernant la promotion et la protection de tels droits.

L'individu cesse donc d'être un objet du droit international, en devenant un sujet avec des droits protégés par le système juridique international, et avec des devoirs que lui imposent également ces règles, ce qui se traduit par la responsabilité pénale

internationale individuelle reflétée en grande partie dans les Statuts des tribunaux internationaux, principalement dans celui de Rome de 1998 par lequel est constituée la Cour Criminelle Internationale qui reconnaît le droit coutumier existant.

Le droit international des droits de l'homme est une branche du droit international constituée par les instruments juridiques internationaux adoptés par les Etats, tant sur le plan universel que régional, par des normes d'origine coutumière qui se sont cristallisées comme telles, par des principes généraux acceptés par tous et par des normes très particulières que constituent parfois des normes impératives de droit international ou de *jus cogens*.

Les traités relatifs aux droits de l'homme établissent des obligations à la charge des Etats, en faveur de la protection de la personne. Il s'agit d'une matière d'intérêt commun, de l'intérêt de l'humanité toute entière tel qu'il a été souligné par la Cour Internationale de Justice dans son Opinion Consultative sur les Réserves à la Convention sur le Génocide :

*« dans une telle Convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres, mais seulement, tous et chacun d'entre eux, un intérêt commun, qui est celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention. Par conséquent, dans une Convention de cette nature on ne peut parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, ni de maintenir un équilibre contractuel exact entre droits et devoirs. La prise en considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes ses dispositions » (Recueil CIJ 1951, p. 53).*

Il s'agit d'instruments internationaux particuliers non seulement en ce qui concerne le régime des réserves que peuvent formuler les Etats qui en sont partie, mais également au regard d'autres aspects du droit des traités en général. Ainsi, la suspension ou la fin d'un traité applicable par réciprocité n'est pas valide quand il s'agit de traités de droits de l'homme. L'article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, concernant l'extinction d'un traité ou la suspension de son application comme conséquence de sa violation, établit concrètement à cet effet que les paragraphes 1 à 3 :

*« ...ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités ».*

Ce cours présentera une vision intégrale des divers régimes juridiques en relation avec la protection de personnes qui se trouvent dans des situations et des espaces différents. Généralement, on étudie ces régimes séparés les uns des autres, en oubliant souvent l'interrelation existant entre eux qui résulte d'un élément commun : la protection de la personne, de ses droits fondamentaux.

Les situations migratoires sont distinctes et motivées par des causes différentes ; il en va de même des catégories de personnes soumises à des régimes juridiques spécifiques différents. Les causes des déplacements ne sont pas toujours les mêmes : d'une part, la violence généralisée, la violation massive des droits de l'homme et le développement d'un conflit armé qui provoque des déplacements forcés de personnes à l'intérieur et vers l'extérieur du territoire national d'un Etat ; d'autre part, des personnes qui cherchent une vie meilleure, leur progrès social et économique dans un autre pays. Les raisons sont différentes mais, en tous les cas, elles obligent ou incitent les individus à se déplacer ailleurs.

Dans le premier contexte, c'est-à-dire dans les mouvements de personnes dus à la violence, nous avons les déplacés internes, la population civile affectée par un conflit armé, des demandeurs d'asile et des réfugiés. Dans le second, les migrants et les travailleurs migrants.

A ces catégories des personnes s'appliquent des règles communes, de caractère général, certaines d'origine universelle, d'autres de source régionale. Mais des règles particulières s'appliquent également, contenues dans différents régimes spécifiques.

Il est certain que les diverses catégories de personnes ne sont pas définitives ni autonomes : les circonstances définissent leur changement de statut. Les déplacés internes par la violence généralisée ou la violation massive des droits de l'homme ou des personnes qui font partie des populations affectées par un conflit armé se trouvent sur le territoire de l'Etat d'origine, mais elles peuvent atteindre une frontière, pouvant acquérir le statut de demandeur d'asile. Plus tard, cette même personne peut être un réfugié ou un demandeur d'asile dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers.

Dans d'autres cas, les personnes deviennent, en traversant la frontière ou en entrant sur le territoire d'un autre Etat, des migrants ou des travailleurs migrants, en situation régulière ou irrégulière, qui dans tous les cas se prévalent également de la protection qu'offre le droit international.

Le lien et les différences entre migrants et réfugiés doivent être mieux compris. Il est important que ceux qui veulent migrer aient des options différentes de l'asile et que les trafiquants de personnes ne puissent pas obtenir des avantages en manipulant de manière douloureuse leur entrée dans d'autres pays. La coopération internationale s'impose. Les institutions et les organes internationaux doivent interpréter leurs compétences d'une manière large qui permette une coopération effective.

Afin de montrer cette vision intégrale de la protection des droits de l'homme dans toutes les situations, le programme de ce cours comprend les différents sujets qui viennent d'être cités.

En premier lieu seront examinées les normes d'application générale relatives à la protection des personnes, c'est-à-dire, les sources du droit international général des



droits de l'homme: les traités internationaux, la coutume internationale et les principes généraux du droit. Certaines de ces sources sont de caractère universel, d'autres de caractère régional ; seront donc exposées les normes contenues dans la Charte des Nations Unies, dans la Charte internationale des droits de l'homme et dans d'autres instruments relatifs à la protection de droits spécifiques, notamment les conventions sur le crime du génocide, sur l'esclavage et autres travaux forcés et sur la torture ou d'autres traitements dégradants.

Les conventions et textes internationaux d'origine régionale seront ensuite présentés, à savoir la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Convention interaméricaine sur les droits de l'homme et les textes africains, en particulier la Charte africaine des Droits de l'homme et des Peuples (Charte de Banjul).

L'application et le respect des normes internationales relatives aux droits de l'homme en général et des migrants en particulier sont régis par une série de mécanismes de contrôle qui doivent aussi être examinés et connus des autorités nationales. Il s'agit de mécanismes qui cherchent, en résumé, l'efficacité requise pour une réelle protection de la personne quel que soit son statut. Les mécanismes établis par le système des Nations Unies et par les différents systèmes régionaux, ainsi que les mécanismes de contrôle consacrés dans les Conventions sur les droits de l'homme, parmi lesquels le plus récent, le Comité créé en vertu de la Convention de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, seront brièvement analysés.

A côté des normes d'application générale, tant universelles que régionales, on étudiera les régimes spécifiques qui précisent et complètent les règles applicables à la protection des personnes dans des contextes déterminés.

Référence sera faite en premier lieu au droit applicable aux migrants et aux travailleurs migrants et leurs familles. La protection des migrants, incluant les travailleurs migrants et leur famille, réguliers ou non, constitue aujourd'hui une facette très importante dans le contexte du régime juridique relatif à la protection des droits de l'homme. La protection de ces personnes trouve son fondement dans les normes universelles relatives aux droits de l'homme susmentionnées, mais, également dans les différents instruments et textes internationaux spécifiques comme la Convention Internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée Générale en 1990, qui affirme la protection des droits de ces travailleurs et de leur famille, y compris ceux qui se trouvent en situation irrégulière ou sans papiers. D'autres normes doivent aussi être prises en considération dans ce contexte, notamment celles adoptées par l'Organisation Internationale du Travail qui garantissent aux travailleurs migrants la protection de leurs droits, un salaire juste, la non-discrimination, la liberté syndicale et les droits inhérents à la personne concernant sa vie et ses libertés.

Un aperçu sera également donné de la protection des droits et libertés des migrants établie dans les instruments généraux et dans les Conventions et textes spécifiques tant de portée universelle comme régionale.

Etant donné l'importance et les implications du problème, les règles applicables à la traite de personnes, principalement des femmes et des enfants, et le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, contenues dans les instruments internationaux, principalement les Protocoles de Palerme de 2000, seront analysées.

Un autre thème du cours concerne les instruments internationaux relatifs à l'asile et au refuge comme la convention de Genève sur le statut des réfugiés de 1951 et le Protocole de 1967, les conventions sur l'apatridie, la nationalité, l'asile territorial et diplomatique.

Ensuite seront abordés les règles et principes concernant la protection des personnes qui se trouvent à l'intérieur du pays auquel elles appartiennent. Il s'agit, en premier lieu, du droit applicable aux populations civiles affectées par un conflit armé international ou non international, c'est-à-dire le régime de Genève contenu principalement dans les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977.

Une deuxième catégorie de personnes qui se trouvent à l'intérieur d'un Etat, mais qui se déplacent forcées par la violence ou la violation massive des droits de l'homme, mérite protection : les déplacés internes, dont les droits sont protégés par l'ordre juridique de l'Etat du territoire, par le droit international général des droits de l'homme et aussi par les Principes directeurs adoptés par l'Assemblée Générale des Nations Unies qui constituent non seulement un guide pour les Etats, mais le début du processus de formation de normes spécifiques applicables.

Les cours sont prodigués par d'éminents juristes africains, latino-américains et européens, experts en la matière, qui reflètent le côté académique et l'expérience pratique dans les organes internationaux. Ainsi, l'Ambassadeur Luis Alberto Padilla, ancien Vice-président de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, professeur de droit international public au Guatemala et Ambassadeur de ce pays à Vienne, traitera des sources générales du droit international des droits de l'homme. Ce thème sera partagé avec deux autres éminents juristes africains, M. Saïdou Nourou Tall, professeur à la faculté de droit de l'Université de Dakar et M. Alain Didier Olinga, professeur de droit international public de l'Université de Yaoundé, qui traiteront respectivement des sources régionales du droit international des droits de l'homme et des mécanismes internationaux de promotion et de protection des droits de l'homme.

M. Salifou Fomba, professeur de droit international de l'Université de Bamako et membre de la Commission de droit international de l'ONU, et M. Mactar Kamara, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Dakar, parleront respectivement de la promotion et de la protection des droits de l'homme dans le système africain en

général et de la promotion et protection des droits de l'homme dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de son protocole facultatif additionnel.

M. Richard Perruchoud, Directeur du Département du droit international de la migration et des affaires juridiques de l'OIM, exposera le thème de la protection des droits de l'homme des migrants et des travailleurs migrants et des membres de leur famille, telle que prévue dans la Convention des Nations Unies de 1990. La protection des droits de l'homme des travailleurs migrants par l'Organisation internationale du travail est présentée par M. Hamidou Ba, Coordonnateur de BIT à Dakar.

Quant à M. Alioune Sall, professeur à la faculté de droit de l'Université de Dakar, il exposera la problématique de la traite de personnes et de l'introduction de migrants par terre, air et mer, à la lumière des protocoles de Palerme. La protection des droits de l'homme des travailleurs migrants et des membres de leur famille dans les systèmes régionaux sera exposée par M. Eloy Ruiloba Garcia, Professeur de droit international public et relations internationales de l'Université de Malaga, Espagne.

Le thème des sources du droit international des réfugiés et les principes fondamentaux qui régissent le droit de demander asile et le droit à la protection en territoire étranger dans le contexte des réfugiés sera exposé par M. Victor Rodriguez Cedeño, membre de la Commission du droit international des Nations Unies et ancien président du Comité exécutif du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Les thèmes relatifs à la protection de la population civile dans les conflits armés internationaux et non internationaux et celui des déplacés internes seront présentés respectivement par M. Adou Latif M'Backe, délégué du CICR à Dakar, et M. Alain Didier Olinga.



### **III. LES SOURCES UNIVERSELLES DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME**

#### **Introduction**

Les sources universelles du droit international des droits de l'homme et leurs relations avec le phénomène des migrations dans le monde contemporain doivent être examinées dans le contexte de la « mondialisation », c'est-à-dire de l'apparition du marché mondial pour les marchandises qui, à son tour, est le résultat de la production à l'échelle mondiale des grandes entreprises multinationales. Par conséquent, c'est à cause de la mondialisation qu'on assiste aujourd'hui au processus de libéralisation du commerce mondial puisque c'est de l'intérêt des entreprises d'avoir le moins d'entraves à la circulation des marchandises. Pourtant, cette apparition d'un marché à échelle mondiale a déterminé aussi l'apparition du phénomène concomitant des grandes migrations de travailleurs au niveau planétaire, étant donné que le marché du travail demande des travailleurs principalement là où se trouvent les principaux centres de production ou, autrement dit, ce sont les régions des pays développés (ou des grands marchés émergents) qui vont voir l'augmentation croissante des flux migratoires en provenance des pays dits pauvres, sous-développés ou « en voie de développement ». Cela explique l'importance de la protection des droits de l'homme pour les travailleurs migrants et leurs familles malgré le fait que, bien entendu, il y a aussi dans le monde contemporain des migrations liées au problème de la violence et de la guerre, tant comme résultat de conflits internes qu'internationaux (et même du terrorisme), ce qui explique des expositions dans ce cours sur le droit international humanitaire aussi bien que sur le droit d'asile et des réfugiés.

En ce qui concerne les sources universelles des droits de l'homme, il faut se rappeler l'importance de l'interdiction de la guerre comme moyen de politique extérieure des Etats – après les horreurs de la deuxième guerre mondiale – aussi bien dans la création de l'Organisation des Nations Unies que dans l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

## I. La Déclaration universelle des droits de l'homme

Quelle est la structure de la déclaration universelle ? D'abord, on constate qu'il y a une série d'articles qui portent surtout sur les libertés fondamentales, en commençant par l'article premier : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits, ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité » ; l'article 2 établit la validité universelle de la déclaration dans tout pays du monde et réaffirme solennellement le principe de non discrimination. Il convient également de citer les articles 3, 4, 9, 13, 18, 19 et 20 dont le contenu porte essentiellement sur la protection des libertés fondamentales.

D'autres normes de la déclaration cherchent surtout à établir les bases pour que chaque Etat puisse donner une protection juridique à la personne humaine (le concept de *due process of law*) c'est-à-dire, établir des garanties judiciaires pour l'*état de droit* (notamment les articles 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12). Cette protection s'étend même au dehors du territoire national des différents Etats : c'est la source de l'asile et du refuge.

Les droits politiques vont être reconnus aussi dans la déclaration ; il faut souligner la consécration de la démocratie comme système politique à l'article 21 de la déclaration universelle.

Viennent ensuite les droits économiques et sociaux. De l'article 22 à l'article 29, nous avons le droit à la sécurité sociale, le droit au travail (incluant ici la liberté de travail, la protection contre le chômage, le droit à la non discrimination – salaire égal pour travail égal –, au travail décent « *Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale* », le droit à la syndicalisation « *Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* », sans oublier le droit au repos et aux loisirs (article 24), le droit à un niveau de vie suffisant et à l'assistance spéciale pour la maternité et l'enfance (et à la non discrimination des enfants qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage), le droit à l'éducation (article 26) et à la vie culturelle. L'article 16 établit le droit au mariage et à la famille et l'article 17 le droit à la propriété « *aussi bien seule qu'en collectivité* » et le principe que « *nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété* ».

L'article 29 vaut la peine d'être remarqué puisqu'il établit le principe des devoirs de l'individu envers la communauté de même que le principe des limitations des droits et libertés par la loi exclusivement et « *en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* »

et aussi par le fait que « *ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies* ».

## II. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Les deux grands pactes du système universel, c'est à dire des Nations Unies, ont été adoptés et ouverts à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 (XXI) du 16 décembre 1966 et les deux sont entrés en vigueur en 1976. Naturellement, la différence principale entre la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Pactes est d'ordre juridique, puisque ces derniers engagent les Etats pour accomplir et mener à bien la réalisation des normes qui sont librement convenues par les représentants des gouvernements lors des négociations multilatérales.

### 1. La libre détermination des peuples

L'article premier des deux pactes fondamentaux en matière des droits de l'homme du système des Nations Unies porte sur le droit de libre détermination des peuples : « *Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* ». Il y a deux problèmes d'interprétation : que doit-on comprendre par le concept *peuple* et par « *déterminer librement leur statut politique* » ? Lorsqu'on parle des peuples, on ne pense pas aux États ni même aux nations. La notion de « *peuple* » est une notion plus large qui doit se prêter à une interprétation restrictive, dans le sens que la libre détermination des peuples ne signifie pas que chaque peuple du monde a le droit d'avoir son propre État. C'est pourquoi, les États doivent s'engager à respecter le droit de libre détermination dans le sens du deuxième paragraphe dudit article : « *Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance* ». Les difficiles négociations concernant la déclaration des droits des peuples indigènes – pour citer un cas exemplaire – au sein de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, témoignent des difficultés herméneutiques provoquées par cet article.

L'autre problème découlant des normes relatives à la libre détermination des peuples dans les deux grands pactes du système universel concerne le fait que l'article parle de *droit des peuples* et non pas des individus, donnant lieu ainsi à une discussion avec les partisans de la tradition classique des droits de l'homme, qui remonte à la révolution française et qui n'accepte pas l'existence de droits collectifs.

## 2. L'universalité du Pacte, situations d'exception et peine de mort

Dans la deuxième partie du pacte les Etats s'engagent – dans l'article 2 – à respecter et à garantir à « *tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* », ce qui est d'une importance fondamentale pour comprendre comment les normes du Pacte peuvent aider dans le monde contemporain à la protection des ressortissants de tous les pays du monde qui, pour divers motifs, se voient obligés à se déplacer géographiquement, c'est-à-dire, se transformer en travailleurs migrants, réfugiés ou exilés politiques. Dans le même article les États s'engagent à établir – conformément à leurs législations nationales respectives – toutes sortes de mesures, recours, garanties, pour donner effet aux droits reconnus dans le Pacte « *qui ne seraient déjà en vigueur* ».

Les situations d'exception lorsque un danger public exceptionnel – comme une guerre ou une catastrophe naturelle, un conflit armé interne – menace l'existence de la nation permettent de prendre des mesures dérogeant provisoirement aux obligations du Pacte ; cependant, certaines normes ne peuvent jamais être suspendues, c'est le cas du droit à la vie, la prohibition de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, expériences médicales ou scientifiques (sans le consentement de la personne), la prohibition de l'esclavage ou de la servitude, de la prison pour dettes, la prohibition de condamner quelqu'un pour des actions ou omissions que ne constituaient pas un acte délictueux – d'après le droit national ou international – au moment où elles ont été commises ( *nulla poena, nullum crimen sine lege*), le droit à la personnalité juridique de toute personne, et bien sûr, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, de changer de religion ou de croyances, de manifester sa religion ou ses convictions, sous réserve des restrictions prévues par la loi et qui « *sont nécessaires pour la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui* ».

Quant à la peine de mort, le Pacte établit en son article 6 que, dans les pays où elle n'a pas été abolie, « *une sentence de peine de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves* » ; elle ne doit pas être imposée aux jeunes de moins 18 ans ni aux femmes enceintes, et tout condamné à mort a le droit de solliciter la grâce ou la commutation de la peine. Concernant le génocide, le Pacte signale qu'aucune disposition n'autorise un Etat partie à déroger « *d'aucune manière à une obligation quelconque assumée en vertu des dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ».



### **3. Garanties judiciaires, libertés fondamentales, groupes humains spécialement protégés (enfants, minorités) et interdiction de la discrimination, protections spéciales**

Les garanties judiciaires concernant la liberté et la sécurité de la personne sont établies dans les articles 9, 10 et 14 ; les libertés fondamentales de libre circulation, de pensée, conscience et religion, d'opinion, de réunion pacifique, d'association, d'avoir une famille et de mariage, sont développées par les articles 12,13,19, 21, 22 et 23 ; d'autres articles établissent la protection spéciale de la vie privée de la personne, des enfants et des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques.

### **4. Droit à la démocratie**

L'article 25 consacre le droit à la démocratie comme un droit fondamental de la personne humaine lorsqu'il déclare que tout citoyen a le droit et la possibilité de prendre part à la direction des affaires publiques soit directement soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis, de voter et d'être élu au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs et d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. Il faut noter que, lorsque ladite norme considère que ce droit doit s'exercer « *sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables* », il ouvre la porte au vote des non nationaux dans un pays déterminé, ce qui est, à bien des égards, d'importance cruciale pour les migrants dans le monde contemporain.

## **III. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**

### **1. Droit au travail, à la sécurité sociale, droits économiques**

Ce Pacte développe les engagements des Etats parties concernant les droits sociaux, notamment le droit au travail incluant le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables (rémunération qui procure le minimum, salaire équitable, sécurité et hygiène du travail, non discrimination des femmes, repos, loisirs, limitation raisonnable de la durée du travail, congés payés périodiques, rémunération des jours fériés, le droit de former des syndicats et les droits collectifs des syndicats parmi lesquels le droit de grève, le droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales, le droit de protection à la famille, aux mères, aux enfants et adolescents (articles 6-10)).

Parmi les droits économiques, le Pacte considère 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 ... (de même que) le droit de toute personne d'être à l'abri de la faim ... (et à cette fin les États) adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires y compris des programmes concrets : pour améliorer les méthodes de production..., le développement ou la réforme des régimes agraires ... pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales » (article 11).*

## **2. Droit à la santé**

Parmi les droits sociaux, le Pacte considère aussi le droit à la santé établissant des engagements concrets sur la diminution de la mortalité infantile, l'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ; la prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies et, enfin, « ...la création des conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie » (article 12).

## **3. Droit à l'éducation**

Le droit à l'éducation est développé par l'article 13 du Pacte qui postule le droit de toute personne à l'éducation et déclare que les États parties conviennent que «...l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix ». De même, les États « reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous, l'enseignement secondaire sous différentes formes y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel doit être généralisé et l'enseignement supérieur doit être rendu accessible ». Figurent également sous cette rubrique le droit des parents de choisir des écoles pour leurs enfants ou des individus à créer et diriger des établissements éducatifs, l'obligation étatique d'établir un système adéquat de bourses et d'améliorer de façon continue les conditions matérielles du personnel enseignant.

# **IV. Les droits culturels**

En vertu de l'article 15, les États parties reconnaissent aux individus le droit de participer à la vie culturelle, de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications et aussi d'assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et

de la culture, en même temps qu'ils s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.

## V. La mise en oeuvre du Pacte

A la différence du Pacte concernant les droits civils et politiques qui, en termes généraux, impose aux États l'obligation de s'abstenir de toute action qui pourrait violer les droits des individus ou les libertés fondamentales, le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels demande aux États de prendre action, c'est à dire d'agir de façon telle que les droits concernant l'éducation, la santé, le travail, la sécurité sociale ou les droits économiques (amélioration des méthodes de production, réforme agraire, alimentation, logement) soient réalisés. De ce fait, si les gouvernements s'obligent à poursuivre des politiques sociales et économiques destinées à assurer la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels, cela signifie que l'inaction étatique peut être considérée comme une violation des prescriptions du traité. La quatrième partie du Pacte traite des mécanismes pour surveiller l'action des gouvernements en matière économique et sociale ; ainsi, l'article 16 établit l'obligation des États de présenter « *...des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte* ». Dans la poursuite de cette tâche, ils reçoivent l'appui des différentes agences du système.

Malgré les difficultés que rencontrent principalement les Etats en développement dans la mise en oeuvre des obligations du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, il faut se rappeler que les objectifs du développement pour le millenium sont un important moyen de coordination intergouvernementale et des efforts de la communauté internationale en matière du développement. Si l'objectif de promouvoir l'« association mondiale pour le développement » se réalise, il y aura plus de possibilités de remplir les autres objectifs d'éradiquer la faim et l'extrême pauvreté, améliorer la santé maternelle et l'égalité de la femme, obtenir l'éducation primaire universelle, réduire la mortalité des enfants, combattre les maladies endémiques et garantir le développement durable.



## **IV. LES SOURCES RÉGIONALES DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME**

### **Introduction**

L'idée moderne des droits de l'homme, née de la philosophie, s'étant souvent imposée après des révolutions, a été d'abord consacrée par le droit constitutionnel national (Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus de 1679 et Bill of Rights de 1689 en Angleterre ; Bill of Rights de la Virginie de 1776 ; Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 en France), mais n'est entrée en droit international que récemment.

Le discours actuel sur les droits de l'homme s'articule ainsi : toute personne est dotée de certains droits qui conditionnent sa survie et son avenir, droits ne se concevant pas en dehors de l'Etat. Cette acception permet de comprendre la constitutionnalisation des droits de l'homme. Le système est ainsi fondé sur la reconnaissance de la dignité inhérente à la personne humaine et le respect de sa valeur.

Par la suite, l'internationalisation des droits de l'homme se traduira par l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, complétée en 1966 par les deux pactes sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels.

Cette internationalisation conduit à adopter une signification nouvelle de la discipline qui sera intitulée « Droit international des droits de l'homme ». La protection internationale de ces droits part de la Charte internationale des droits de l'homme (Déclaration de 1948, Pactes de 1966, Protocole facultatif, etc.).

Parallèlement à une prise en charge par l'ONU, la tendance à l'instrumentalisation des droits de l'homme s'est confirmée au niveau régional (Afrique, Amérique, Europe) qui offre une protection quasi-identique des droits et libertés fondamentaux. Cette protection régionale, outre qu'elle découle de sources conventionnelles, prend appui

sur la coutume et sur les résolutions pertinentes des organes du Conseil de l'Europe, de l'OUA/UA, de l'OEA. Mais les sources régionales diffèrent selon les continents, même si on peut relever des points de convergence.

## **I. Les sources en Europe : la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme**

Le système européen des droits de l'homme, considéré comme le modèle le plus perfectionné en matière de protection, a le mérite de l'antériorité. Comme aux Nations Unies, on a prévu deux instruments, pour les droits civils et politiques (CEDH) d'une part, et pour les droits économiques et sociaux (Charte sociale européenne) d'autre part.

C'est au sein du Conseil de l'Europe (créé en 1949) que fut élaborée la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui met en œuvre la vision occidentale des principes de la Déclaration universelle de 1948. Selon le Préambule de la Convention, les Etats sont résolus « en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de tradition politique, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie effective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

On ne peut comprendre cette assertion que si on la replace dans le contexte politique de l'époque. La Convention est une réaction contre l'établissement des démocraties populaires et constitue une volonté des Etats occidentaux de se démarquer des Etats d'Europe de l'Est. Les principes de base de la Convention reposent sur le triptyque : démocratie – droits de l'homme – Etat de droit, principes qui seront plus tard repris par la Charte de Paris pour une nouvelle Europe (21 novembre 1990) et aussi dans le cadre de la CSCE (Acte final d'Helsinki, 1975).

Depuis la chute du mur de Berlin, le nombre des membres du Conseil de l'Europe dépasse la quarantaine (44 en 2002), soit l'ensemble du continent européen.

S'agissant de la Convention européenne entrée en vigueur en 1953, elle a été complétée par treize protocoles additionnels.

Les Protocoles Nos 2, 3, 5 et 8 concernent le fonctionnement des organes prévus par la Convention, tandis que les autres protocoles ajoutent des droits nouveaux.

Ainsi, le Protocole N° 1 (1952) traite du droit de propriété, du droit à l'instruction et d'élections libres ; le Protocole N° 4 (1963), de la liberté de circulation, de l'interdiction de la prison pour non exécution d'obligations contractuelles, de

l'interdiction de procéder à des expulsions de nationaux ou collectives d'étrangers ; le Protocole N° 6 (1983), de l'abolition de la peine de mort en temps de paix ; le Protocole N° 7 (1984), de l'égalité des époux dans le mariage, du principe *non bis in idem*, des garanties procédurales en cas d'expulsion, du droit d'appel en cas de condamnation et du droit à indemnisation en cas d'erreurs judiciaires ; le Protocole N° 12 (2000), du principe de non discrimination, le Protocole N° 13 (2002), de l'abolition de la peine de mort en temps de guerre.

Dans le système initial, toute requête portant sur une violation de la Convention devait être adressée à la Commission européenne des droits de l'homme. Cet organe para juridictionnel, composé de juristes en nombre égal à celui des Etats (membres élus par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe), jouait un rôle de filtre en tentant d'arriver à un règlement amiable.

En cas d'échec, il est fait recours à la Cour européenne des droits de l'homme (siégeant à Strasbourg) qui peut être saisie par la Commission, l'Etat demandeur, l'Etat défendeur ou intervenant, à moins que la Commission n'ait préféré porter l'affaire devant le Comité des ministres.

Ce mode de saisine a connu une nouveauté avec l'entrée en vigueur du Protocole N° 9 (1990) qui permet une saisine individuelle et directe de la Cour après achèvement de la procédure devant la Commission. Mais une nouvelle évolution est marquée par l'abrogation du Protocole N° 9. Son remplacement par le Protocole N° 11 (1994) entraîne la suppression de la Commission Européenne avec une Cour unique depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1998 dont la compétence s'exerce aussi bien pour les affaires interétatiques (art. 33), les requêtes individuelles (art. 34 : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute ONG, ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation ») et en matière consultative (art. 48).

Parallèlement à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, un autre système de garantie est axé autour de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 révisée en 1996. Cette Charte insiste sur les droits économiques, sociaux et culturels : droit au travail, droit syndical, droit de négociation collective, droit à l'assistance sociale et médicale, droit de la famille et droits des travailleurs migrants. La Charte sociale crée un mécanisme de contrôle basé sur la soumission de rapports devant un comité d'experts indépendants devenu « Comité des droits sociaux ». Depuis 1995, un protocole additionnel à la Charte prévoit un système de réclamations collectives.

En marge de la Convention et de la Charte européenne, de nombreuses conventions complètent le système de protection et de garantie des droits en Europe : Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (1977), Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987), la Convention-cadre pour la protection des minorités

nationales (1995), la Convention sur les Droits de l'Homme et la bio-médecine d'Oviedo (1997).

Le système européen connaît des évolutions dont on peut retrouver quelques traces dans le système américain.

## **II. Les sources en Amérique : la convention américaine des droits de l'homme et le système interaméricain**

Le système interaméricain est le fruit d'une longue évolution remontant aux conférences interaméricaines promouvant le mouvement panaméricaniste. L'institutionnalisation du panaméricanisme sera consacrée par la création de l'Organisation des Etats Américains (OEA) en 1948 et l'adoption d'une Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (Res. XXX de 1948). En 1959, les Etats membres de l'OEA décident la création de la Commission interaméricaine dont l'objectif consiste à promouvoir le respect de ces droits.

Mais il faut attendre l'adoption de la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 (appelée Pacte de San José de Costa Rica) et entrée en vigueur le 18 juillet 1978, pour voir une protection plus renforcée. La Convention énonce les droits et libertés qu'elle protège : droits civils et politiques (art. 3 à 25) et énumère brièvement en son article 26 les droits économiques, sociaux et culturels.

Ce manque de précision de l'article 26 poussera à l'adoption d'un Protocole additionnel relatif aux droits de l'homme en matière de droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador du 17 novembre 1988). En outre, un Protocole de 1990 porte sur l'abolition de la peine de mort.

Quant à la Convention américaine des droits de l'homme, elle prévoit deux organes de protection :

- d'une part, la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui est habilitée à recevoir des « pétitions contenant des plaintes et des dénonciations » des individus et des groupes de particuliers. Elle recherche d'abord un règlement amiable et formule des recommandations pour la résolution des litiges ;
- d'autre part, la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui ne peut être saisie que par les Etats ou la Commission. La Cour a également une fonction consultative très développée, d'où sa contribution remarquable au progrès du Droit international des droits de l'homme.



Enfin, il faut signaler l'existence de nombreux instruments sectoriels de protection des droits de l'homme comme la Convention interaméricaine de prévention et de répression de la torture (1985), la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes (1994) et la Convention interaméricaine sur la prévention, la répression et l'éradication de la violence contre les femmes (Convention de Belem do Para de 1994).

### **III. Les sources en Afrique : la charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée le 28 juin 1981 à Nairobi par les Chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA et est entrée en vigueur en 1986.

La Charte combine des aspects des droits et libertés qu'on retrouve dans les grands textes européens et américains tout en faisant preuve d'originalité. La Charte met l'accent sur les valeurs africaines de civilisation et magnifie les structures sociales telles que la famille, la communauté dans le respect dû aux personnes les plus vulnérables (femmes, enfants, vieillards, handicapés). La Charte instaure un équilibre entre droits de l'homme et droit des peuples ; entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels. L'une des particularités de la Charte est d'introduire une logique interactive entre droits et devoirs.

Ensuite, la Charte contient des droits relevant des trois catégories ou générations de droits de l'homme. Elle insiste surtout sur les droits des peuples : droit à l'autodétermination, droit à la libre disposition des richesses et ressources naturelles, droit au développement économique, à la paix et à la sécurité, droit à un environnement satisfaisant et global.

L'organe de supervision est la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (siégeant à Banjul). Le système de protection est essentiellement destiné à agir contre les violations massives des droits de l'homme (art. 25 et 26). La Commission a une fonction de protection doublée d'une fonction quasi-juridictionnelle d'interprétation lui permettant d'examiner les communications émanant des Etats. L'examen des plaintes n'aboutit pas à une décision mais à un rapport adressé à la Conférence des Chefs d'Etat de l'OUA (actuellement Conférence de l'Union Africaine). Malgré l'imposant arsenal normatif, les insuffisances de la protection étaient manifestes au regard des réalités africaines.

Cette situation peu satisfaisante a conduit les Etats africains à adopter, le 9 juin 1998 à Ouagadougou, un Protocole additionnel à la Charte et relatif à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, qui pourra être saisie par les individus, les

ONGs, la Commission, l'Etat plaignant, l'Etat accusé ou l'Etat dont la victime est ressortissante. Le Protocole est entré en vigueur le 25 janvier 2004.

Il faut également noter l'existence de Conventions particulières sur les droits de l'homme, notamment la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (juillet 1990). Enfin, il faut saluer l'adoption dans le cadre de l'Union Africaine (Organisation qui a succédé à l'OUA) d'un protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (Maputo, 11 juillet 2003) qui doit entrer en vigueur 30 jours après le dépôt du quinzième instrument de ratification.

## V. LES MÉCANISMES INTERNATIONAUX DE PROMOTION ET DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

### Introduction

La question de la garantie des droits de l'homme est partie, progressivement, d'un ancrage dans le droit national à une prise en charge partagée par l'ordre interne et l'ordre international. Hier relevant du domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat, les droits de la personne relèvent aujourd'hui d'une compétence distribuée entre l'Etat qui garde en la matière une importante marge de régulation, de réglementation et d'appréciation et la communauté internationale qui a conquis en la matière un droit de regard, de vigilance, d'interpellation et de sanction selon des modalités spécifiées par les normes juridiques pertinentes. Mais il convient de remarquer que si l'Etat a toujours été maître de ses citoyens chez lui, et qu'il a longtemps été admis à exiger le respect de leurs droits à l'étranger par la mise en jeu de sa compétence personnelle (protection diplomatique), le traitement réservé aux étrangers, aux non ressortissants, n'a jamais été considéré comme tombant totalement sous le bon vouloir de l'Etat territorial d'accueil. Le souci a toujours été de réduire la précarité de la situation des non ressortissants relevant provisoirement ou durablement de la juridiction de l'Etat d'accueil. L'institution de ce que l'on appelé le *standard minimum de civilisation* au profit des étrangers, sorte d'égalité de traitement minimum avec les nationaux avant la lettre, participe de ce souci. Ceux qui usaient de leur liberté d'aller et venir, du droit de quitter leur pays, en tant que démarche dans leur quête d'épanouissement, dans le cadre de ce que les pères espagnols du droit des gens appelaient le *droit naturel de communication*, n'étaient pas à la merci de l'arbitraire des sociétés d'accueil. La tentative, avec la clause Calvo, de couper le lien de protection entre les investisseurs étrangers nord américains installés en Amérique latine et leur Etat de nationalité, n'a jamais abouti à un résultat concret. Au contraire, la protection diplomatique a triomphé en tant qu'institution du droit international. Certes, par sa non automaticité au profit de l'individu qui en a besoin, et selon les termes de la CPJI dans l'affaire des Concessions Mavromatis en Palestine, considérant la protection diplomatique moins comme un droit de l'individu et

plus comme un droit de l'Etat, on peut voir dans cette institution un mécanisme d'ajustement des rapports internationaux et non comme un mécanisme de protection des droits de l'homme. Il n'empêche que la jurisprudence récente de la CIJ montre que cette bonne vieille institution garde encore toute sa pertinence. La protection des minorités aura constitué également un moment important de l'évolution de la problématique internationale des droits de l'homme, notamment dans l'entre deux guerres européen, avec la question balkanique. L'organisation de l'asile, territorial ou diplomatique, participe de cette évolution progressive. C'est dire que dans l'entreprise souhaitée de compilation des pratiques juridiques liées à la migration, il faut partir de loin et ratisser large, en Europe, en Afrique, en Asie, en Amérique.

La **promotion** des droits de l'homme est une activité très importante, car elle consiste à diffuser, vulgariser, enseigner les droits de l'homme, afin que les différents compartiments de la société les aient constamment à l'esprit, pour que l'obscurité de leur ignorance ne produise plus des situations catastrophiques. Après l'énonciation et la proclamation des droits, la tâche la plus urgente est leur promotion, qui prépare alors le terrain de la protection proprement dite. La **protection**, qui est le point culminant de la garantie de l'effectivité des droits, implique l'intervention de mécanismes en vue de contrôler le respect des engagements pris par les Etats, d'examiner les recours pour violations et, si ces dernières sont établies ou avérées, d'indiquer les modalités de la sanction et de la réparation des droits. Si la voie juridictionnelle est la technique la plus sophistiquée en la matière, le souci de la protection ne s'épuise pas au travers de la justiciabilité des droits. Il faut dire enfin qu'il n'y a pas lieu de distinguer de manière étanche la promotion et la protection. Les deux démarches s'emboîtent, et le même organe peut faire l'une et l'autre chose.

Les éléments qui concourent à la conception et à l'aménagement d'un système de garantie des droits de l'homme sont divers. Il peut s'agir du projet poursuivi par le système, harmonisation du droit, intégration juridique avec érection d'une sorte de *jus commune* des droits de l'homme ; il peut s'agir de diversité sociologique des Etats concernés par le système de garantie (communauté réduite ou large) ; il peut s'agir de la nature des droits à protéger. En tous les cas, il semble que la démarche d'harmonisation répond à un faible degré de communauté de valeurs, et se traduit techniquement par un système de rapports périodiques à titre principal. Une démarche de protection juridictionnelle quant à elle correspondrait davantage à une sphère réduite et poursuivrait le but de sécrétion d'un ordre juridique commun. Une approche initiale des mécanismes internationaux de protection dans le cadre de ce cours pourrait consister à présenter les mécanismes de garantie en fonction de leur degré d'objectivation, selon qu'ils privilégient l'option politique et diplomatique ou l'approche technique et juridictionnelle. Une autre approche passerait par l'exposé d'une typologie formelle, illustrée par des exemples pratiques. Finalement, l'approche retenue ici, didactique et synthétique, consiste à aborder successivement les mécanismes de promotion et les mécanismes de protection, essentiellement dans le cadre des Nations Unies.

## I. Les mécanismes de promotion des droits de l'homme

Au sein du système des Nations Unies en particulier, de l'ordre international actuel en général, la promotion des droits de l'homme est effectuée certes par des structures diverses en fonction de leur mandat respectif ( UNICEF, HCR, OIT, UNESCO, OIM, etc.) ; toutefois, quatre pôles peuvent être mis en exergue : le Haut Commissariat aux droits de l'homme, la Commission des droits de l'homme, la Commission de la condition de la femme, la société civile internationale.

### 1. Le rôle du Haut Commissariat aux droits de l'homme

Recommandée par la Conférence mondiale des droits de l'homme de 1993 à Vienne, la mise en place du Haut Commissariat est le résultat de la fusion du Bureau du Haut Commissaire aux droits de l'homme avec le Centre pour les droits de l'homme. Son rôle est de coordonner les activités relatives aux droits de l'homme des organes du système des Nations Unies, de développer les capacités nationales et régionales en la matière, de renforcer l'effectivité des mécanismes de protection des droits de l'homme et d'intégrer les droits de l'homme dans les activités et programmes des Nations Unies. En vue de réaliser efficacement ses missions, le Haut Commissariat qui siège à Genève a décentralisé ses activités et structures, avec la mise en place des Bureaux sur le terrain du Haut Commissariat et l'institution des Centres – sous régionaux pour les droits de l'homme et la démocratie. Structures nouvelles certes, leur performance mérite cependant d'être évaluée en vue d'éventuelles réorientations. La démarche de *mainstreaming*, avec la création notamment des sections Droits de l'homme au sein des opérations de maintien de la paix mérite également d'être évaluée.

### 2. Le rôle de la Commission des droits de l'homme

Créée en 1946 par le Conseil économique et social auquel elle est rattachée, la Commission des droits de l'homme est le principal organe de promotion des droits de l'homme des Nations Unies. Elle est composée de 53 membres élus par le Conseil économique et social. Après s'être longtemps essentiellement consacrée à l'élaboration normative, notamment la Déclaration universelle et les deux pactes de 1966, la Commission se consacre aussi à la promotion et, dans une bonne mesure, à la protection des droits de l'homme. Elle est un foyer d'études, un forum de discussions sur la question des droits de l'homme où les points de vue les plus divers et les plus opposés s'affrontent. C'est une enceinte d'abord diplomatique et politique, et très accessoirement technique. Pour mener à bien sa tâche, la Commission a très tôt (1947) ressenti la nécessité de se doter d'une structure technique, la Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme, organe de 26 experts indépendants qui se réunit une fois l'an à Genève pendant quatre semaines. La Sous-commission entreprend des études menées par des rapporteurs spéciaux, ou dans le

cadre de groupes de travail. Le travail des rapporteurs spéciaux, juristes de renom en règle générale, est une mine d'informations servant de base à des travaux ultérieurs d'élaboration conventionnelle. La Commission, en plus de la Sous-commission, a mis en place des groupes de travail thématiques, dont la production peut servir également à des processus conventionnels.

En plus de l'activité de promotion, la Commission exerce une activité de surveillance des droits de l'homme, soit dans le cadre de la procédure confidentielle dite 1503, soit dans le cadre de procédures publiques, en vertu notamment de la résolution 1235 du Conseil économique et social (1967). La procédure confidentielle a été instituée par le Conseil par une résolution du 27 mai 1970, à un moment où les deux pactes de 1966 n'étaient pas encore en vigueur. Son objet est de permettre à la Commission d'examiner les communications relatives aux violations massives et systématiques des droits de l'homme dont elle serait saisie. Le *modus operandi* de la procédure confidentielle est simple. Les plaintes sont adressées à l'unité de travail au sein du Haut Commissariat aux droits de l'homme en charge de la procédure 1503, qui les adresse au Groupe de travail des communications de la Sous-commission. Le Groupe de travail, si les communications y sont déclarées recevables, les transmet au Groupe de travail des situations de la Commission, lequel les examine et adresse à la Commission les recommandations idoines. Cette dernière peut décider d'abandonner l'examen de la situation, de la maintenir sous examen, de nommer un expert indépendant, de transférer l'examen de la situation à la procédure publique, car la procédure 1503, faut-il le rappeler, est entièrement confidentielle.

Les procédures publiques de la Commission comprennent essentiellement des procédures thématiques et d'examen par pays. Dans la première, le rapporteur spécial traite pour tous les pays ou en réalité pour ceux qui coopèrent avec lui pour la réalisation de son mandat, d'un thème précis de droits de l'homme (Droits de l'homme des migrants par Mme Gabriela Rodriguez Pizarro) ; dans la seconde, le rapporteur spécial aborde tous les droits de l'homme en rapport avec un seul pays (Mme Julia Motoc pour la RDC).

La Commission peut mettre sur pied des programmes de coopération technique avec un Etat, suivis par des experts indépendants (M. Louis Joinet pour Haïti), ou des organes d'enquête *ad hoc* (RDC, Côte d'Ivoire). Le succès de l'enquête dépend de la coopération de l'Etat visé, de son consentement à l'enquête.

### **3. La Commission de la condition de la femme**

Moins bien connue du public que la Commission des droits de l'homme, cette structure créée aussi en 1946 a pour rôle de préparer des rapports et recommandations au Conseil économique et social sur les droits de la femme. Elle est composée de 45 experts élus par les Etats membres du Conseil économique et social, et se réunit

une fois l'an. A côté de ses tâches de promotion, la Commission a établi depuis 1947 une procédure confidentielle d'examen des plaintes.

#### **4. L'action de la société civile**

La société civile internationale est l'un des acteurs les plus importants sur le terrain de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Les ONG en particulier ont obtenu la possibilité d'avoir un statut consultatif auprès du Conseil économique et social. L'action de ces structures, embrassant presque tous les aspects de droits de l'homme, est particulièrement éclairante pour les mécanismes institués, en tant que source d'information ou instance d'interpellation. La Déclaration universelle des droits de l'homme par exemple doit une bonne part de sa notoriété actuelle à l'action d'Amnesty International. La FIACAT se voue entièrement à la promotion de la Convention contre la torture, pour l'abolition de ce fléau, etc. Que la société civile soit une galaxie dans laquelle le bon grain côtoie allègrement l'ivraie n'est pas contestable ; mais dans l'ensemble, son action est positive.

## **II. Les mécanismes de protection des droits de l'homme**

Sur le terrain de la protection des droits de l'homme, dont il faut rappeler qu'elle ne doit pas être distinguée de manière étanche de la promotion, il faut évoquer tour à tour l'action des mécanismes conventionnels, le rôle de la CIJ et la question de l'intervention aux fins de protection humaine.

### **1. L'action des mécanismes conventionnels**

Les organes créés par les instruments relatifs aux droits de l'homme (Comité des droits de l'homme, Comité contre la torture, Comité des droits économiques et sociaux, Comité des droits de l'enfant, Comité contre la discrimination raciale, etc.), selon les termes respectifs desdits instruments, exercent trois types d'activités : l'examen des rapports périodiques, l'examen des communications et la production de directives ou d'observations générales.

La présentation des rapports périodiques par les Etats parties sur les modalités de mise en œuvre de leurs obligations est le minimum généralement exigé des Etats. La technique des rapports participe du suivi et de l'accompagnement des efforts des Etats, une logique de dialogue constructif et non de jugement. Les recommandations des organes de contrôle à l'issue de l'examen des rapports sont des orientations utiles pour les Etats, et des repères pour l'évaluation ultérieure de leurs efforts.

Les communications, lorsqu'elles sont prévues, peuvent être interétatiques ou individuelles. Les premières sont plutôt inexistantes, les secondes essaient, même si pour cela les Etats doivent avoir préalablement reconnu la compétence de l'organe de contrôle. La recevabilité des communications individuelles est soumise à des conditions de forme et de fond dont la plus importante est sans doute l'épuisement préalable des voies de recours internes. Bien qu'elle participe d'une idée de proximité processuelle, de subsidiarité et d'économie, l'application de cette règle suppose que les recours existent, soient disponibles et accessibles, soient adéquats et pertinents, offrent des chances raisonnables de succès s'ils sont mobilisés et, surtout, ne se prolongent pas de manière anormale. L'examen des communications est contradictoire, passe d'abord par la recherche d'un règlement amiable conforme aux droits de l'homme, et aboutit généralement au bout du contentieux à des constatations ou rapports revêtus, non pas tant de l'autorité de la chose jugée, mais de l'autorité de la chose constatée ou interprétée. Au-delà de ces subtilités formelles, les actes des organes de contrôle sont dotés d'une efficacité corrective réelle sur le droit interne des Etats condamnés, notamment lorsque lesdits organes se dotent de mécanismes de suivi de leurs constatations ou rapports.

S'agissant des directives ou observations générales, qui relèvent plus de la promotion que de la protection, elles ont pour objet de préciser le contenu des obligations assumées par les Etats parties, de clarifier des concepts, de faire le point des évolutions normatives concernant tel ou tel instrument. Elles sont destinées aussi aux organes internes d'application des instruments et de contrôle de leur respect. Elles méritent ainsi une attention particulière.

## **2. Le rôle de la Cour internationale de justice**

L'apport de la CIJ à la problématique des droits de l'homme, qu'il n'est point question d'exposer ici de manière circonstanciée, est considérable, sur le terrain doctrinal ou des principes et sur le terrain de la protection. Ainsi, les affaires relatives au génocide ont été instruites à La Haye en rapport avec la crise yougoslave ; ce travail de la CIJ, sur ce terrain particulier, va être secondé dans les années à venir par la Cour Pénale internationale, qui prendra définitivement le relais des tribunaux pénaux ad hoc actuels. Il faut toujours rappeler que la Cour est compétente pour traiter de « tout point de droit international », pourvu bien entendu que sa juridiction soit reconnue par les Etats en différend, sans préjudice de la compétence des mécanismes spécifiques de protection des droits de l'homme.

## **3. La question spécifique de l'intervention aux fins de protection humaine**

Résurgence d'une problématique du 19<sup>ème</sup> siècle, la question de l'intervention aux fins de protection humaine anime l'ONU depuis la décennie 1990, face à la multiplication des violations graves des droits de l'homme et à l'obstacle souvent brandi de la souveraineté de l'Etat. Si la terminologie du droit d'intervention est rebutante et



susceptible de provoquer de funestes crispations, au point qu'on a été conduit à proposer de lui substituer le vocable plus neutre a priori de « *responsabilité de protéger* », la question de fond reste la même : la civilisation et l'humanisation de la souveraineté de l'Etat, face à la souveraineté de l'individu, face à la souveraineté du droit. Sous réserve de la définition de ses conditions de légitimité et de crédibilité, l'intervention pour cause d'humanité ne peut être purement et simplement rejetée. La pratique du Conseil de sécurité des Nations Unies depuis la décennie 1990 a créé une sorte d'intervention d'humanité de sécurité collective ; les instances régionales, à l'instar de l'Union Africaine à travers son Acte constitutif, ont inscrit la question du droit d'intervention dans leur droit positif. La civilisation de la souveraineté au profit de la dignité humaine semble un processus irréversible.

## Remarques finales

1. Pour que les mécanismes internationaux puissent effectivement être utiles, il faudrait construire un double étage de la normalité (interne et internationale). En effet, comme le rappelle si bien le préambule de la Déclaration universelle de 1948, c'est l'institution d'**un régime de droit** sur le plan national qui est la meilleure garantie des droits fondamentaux. Si les systèmes juridiques nationaux ne deviennent pas performants sur le terrain des droits de l'homme, en vain s'échinera-t-on à sophistiquer les rouages internationaux.
2. Les rouages internationaux semblent impuissants à appréhender et à solutionner les situations de violations massives des droits de l'homme, des situations d'urgence humanitaire, formatés qu'ils sont pour traiter des violations individualisées et de temps normal. Il y a comme une inadéquation ontologique ; comment, en effet, s'attendre à ce que les victimes des violations massives et systématiques des droits de l'homme puissent chercher à obtenir réparation en mettant à l'épreuve des procédures dont le mode de fonctionnement est fondamentalement inadapté à la situation ?
3. Les rouages internationaux de protection semblent d'autant moins sophistiqués qu'ils concernent les droits économiques, sociaux et culturels, au contraire des procédures prévues pour les droits civils et politiques. Il y a donc une incapacité structurelle de ces mécanismes à aider à la solution des problèmes de la pauvreté et de la misère du plus grand nombre.
4. Il importe probablement de procéder à une critique de l'idéologie qui sous-tend la mécanique internationale actuelle de garantie des droits de l'homme, à savoir l'individualisme, et à une évaluation de la performance globale du système. La mécanique n'a de légitimité à être entretenue que si elle réalise effectivement les missions pour lesquelles elle a été mise en place.



## **VI. PROMOTION ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME : ORGANES ET MÉCANISMES DE PROTECTION DANS LE SYSTÈME AFRICAIN**

### **Introduction**

Tel qu'il est libellé, ce thème contient un certain nombre de notions clefs, elles-mêmes porteuses de questions fondamentales. Il s'agit essentiellement des expressions suivantes : « système africain », « droits de l'homme », « promotion et protection », « organes et mécanismes ».

Concrètement, il convient de répondre aux quatre questions centrales suivantes :

- Existe-t-il un système africain ? Comment se conçoit-il ? En quoi est-il original ?
- Dans le système africain, comment aborde-t-on la notion de « droits de l'homme » ? Que recouvre-t-elle ?
- Comment y cerne-t-on la notion de « promotion et de protection » ?
- Enfin, qu'est-ce qu'on y entend par « organes et mécanismes de protection » ?

### **I. La notion de « système africain » : définition et portée<sup>1</sup>**

La question qui se pose ici est de savoir si et dans quelle mesure il existe un système africain de protection des droits de l'homme. Tout dépend de ce qu'on entend par le mot système, lequel est susceptible de plusieurs acceptions. On peut définir ce terme comme un ensemble organisé de règles et de moyens visant à atteindre un même but.

Sous ce rapport, il apparaît qu'en se dotant progressivement d'un ensemble d'instruments juridiques internationaux contenant les moyens juridiques ou non d'assurer la protection des droits de l'homme sur le continent, les africains ont mis en place un véritable système dans ce domaine très important. Une présentation sommaire du corpus juridique régional africain s'impose.

### **1. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

Adopté à Nairobi en juin 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, la Charte, qui comprend 68 articles, s'articule après le préambule en trois parties consacrées respectivement aux droits et devoirs, aux mesures de sauvegarde, et aux dispositions diverses. Les caractères généraux et les spécificités formelles et matérielles de cet instrument ont été suffisamment et éloquemment décrits par les auteurs.<sup>2</sup> Qu'il suffise ici d'en rappeler trois du triple point de vue de la terminologie avec l'emploi du mot « charte », de la portée *ratione personae* avec l'érection des peuples et du contenu matériel avec la consécration des devoirs.

### **2. Le Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine**

Avec l'adoption de ce Protocole à Ouagadougou le 9 juin 1998, lequel est entré en vigueur le 25 janvier 2004, les africains viennent de parachever le processus d'élaboration d'un système de protection plus cohérent, sûr et efficace, du moins en théorie, des droits de l'homme, à l'instar des autres systèmes régionaux. Le dispositif du Protocole, qui comprend 35 articles, traite les questions suivantes : le lien entre la Cour et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ; la compétence, l'organisation et le fonctionnement de la Cour ; la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour pour la saisine directe de celle-ci par les individus et les ONGs (cf. articles 34 al. 6 et 7) ; la nature et la portée générale des décisions de la Cour, ainsi que le processus de décision, le régime juridique, la publicité et l'exécution des arrêts de la Cour (cf. articles 27 à 31).

A côté de l'approche globale des droits de l'homme à travers la Charte de 1981 et son protocole de 1998, les africains ont choisi de façon légitime l'approche catégorielle, en mettant d'abord l'accent sur le cas des enfants et des femmes avec la Charte de 2000 et le Protocole de 2003.

### **3. La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant**

Adoptée à Addis Abéba en juillet 1990 et entrée en vigueur en 2000, la Charte, dont le dispositif comprend 48 articles, s'articule en deux parties. Dans la première consacrée aux droits et devoirs, après avoir défini l'enfant, la Charte énumère tout à

la fois les droits et les devoirs de l'enfant (cf. articles 3 à 31), sans oublier de définir également les obligations et des parents et des Etats (cf. articles 1, et 20 al. 1). Dans la deuxième partie, la Charte crée un Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant, et en détermine le mandat et la procédure (Art. 42 à 45). Telle est l'économie générale des textes instituant le système africain de protection des droits de l'homme. Mais de quels droits s'agit-il en fait selon les africains ?

## **II. La notion de « droits de l'homme » : définition et portée<sup>3</sup>**

La question qui se pose ici est de savoir si et comment, dans le système africain, on appréhende la notion de « droits de l'homme ». Pour y répondre, nous allons interroger les deux textes juridiques qui définissent le droit matériel africain.

### **1. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la notion de droits de l'homme**

Il s'agit moins de reprendre le contenu matériel des droits énoncés que de rappeler ici le contexte philosophique de la conception africaine des droits de l'homme. Sous ce rapport, les principes affirmés notamment dans le préambule apportent un éclairage utile à cet égard. Il s'agit essentiellement des principes suivants :

- Les traditions historiques et les valeurs de civilisation africaine doivent inspirer et caractériser la réflexion des Etats africains sur cette question.
- Les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine.
- La réalité et le respect des droits du peuple<sup>4</sup> doivent nécessairement garantir les droits de l'homme.
- La jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun.
- Les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels, tant dans leur conception que dans leur universalité ; et la satisfaction des seconds garantit la jouissance des premiers. D'où les deux caractéristiques et originalités fondamentales de la Charte traduites par la terminologie usitée, avec la consécration du couple « homme / peuple » d'une part, et du couple « droits / devoirs » d'autre part.

Quant à la configuration d'ensemble des droits consacrés, elle a été largement et brillamment décrite par les auteurs.<sup>5</sup> Aussi suffira-t-il simplement de rappeler qu'au-delà des spécificités, elle procède de la théorie dite des trois générations de droits de l'homme.

## **2. La Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant et la notion de « droits de l'homme »**

A l'instar de la Charte générale de 1981, la Charte consacrée aux enfants porte à travers son préambule et certaines dispositions les valeurs philosophiques directrices. En voici l'énoncé :

- Le fondement de la réflexion sur l'héritage culturel, le passé historique et les valeurs de la civilisation africaine (cf. préambule et article 46).
- La reconnaissance de la place unique et privilégiée de l'enfant dans la société africaine.
- La nécessité d'assurer l'épanouissement intégral et harmonieux de la personnalité de l'enfant.
- La spécificité des besoins liés au développement physique et mental de l'enfant et l'impérieuse nécessité de lui assurer une protection légale dans des conditions de liberté, de dignité et de sécurité.
- La reconnaissance d'un lien étroit entre les droits et les devoirs en matière de promotion et de protection de l'enfant.

D'où les caractéristiques essentielles suivantes de la charte de l'enfant :

- La consécration formelle de l'expression « bien-être » de l'enfant dans le titre même de la Charte ainsi que celle d'« intérêt supérieur de l'enfant » aux articles 4 al. 1 et 31. La consécration du couple « droits / devoirs » de l'enfant (articles 4 al. 1 et 31).
- La préservation et le renforcement des valeurs morales, traditionnelles et culturelles africaines positives en matière d'éducation (cf. articles 11 al. 2 c, et 31 al. 2 d).
- La dénonciation de la coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse en cas d'incompatibilité avec les droits ou devoirs énoncés dans la Charte (article 1<sup>er</sup> al. 3).
- La consécration de la théorie du « meilleur régime juridique », avec la primauté de toute disposition – d'ordre interne ou international – plus favorable à la réalisation des droits et de la protection de l'enfant (article 1<sup>er</sup> al. 2).

Pour ce qui est de la portée *ratione materiae*, la Charte traite, dans une vision globale et originale, des questions suivantes : la non-discrimination, l'intérêt supérieur de l'enfant ; la survie et le développement ; le nom et la nationalité ; la liberté d'expression, d'association, de pensée, de conscience et de religion ; la protection de la vie privée ; l'éducation ; les loisirs, les activités récréatives et culturelles ; les enfants handicapés ; la santé et les services médicaux ; le travail des enfants ; la protection contre l'abus et les mauvais traitements ; l'administration de la justice pour les mineurs ; la protection de la famille ; les soins et la protection par les parents ; la responsabilité des parents ; la protection contre les pratiques négatives sociales et culturelles ; les conflits armés ; les enfants réfugiés ; l'adoption ; la séparation avec les parents ; la protection contre l'apartheid et la discrimination ; l'exploitation sexuelle ; la consommation de drogues ; la vente, la traite, l'enlèvement et la mendicité ; les enfants de mères emprisonnées ; et les responsabilités des enfants.

Telles sont les préoccupations fondamentales des africains en matière de promotion et de protection des droits de l'enfant. Mais que recouvrent en droit et en fait les termes « promotion » et « protection » ?

### **III. La notion de « promotion » et de « protection » des droits de l'homme : définition et portée<sup>6</sup>**

La question qui se pose ici est de savoir si, et dans quelle mesure, dans le système africain, on appréhende les notions de « promotion » et de « protection » des droits de l'homme. Pour y répondre de façon correcte et satisfaisante, il aurait fallu interroger les différentes sources d'information scientifique, à savoir : les travaux préparatoires des instruments juridiques adoptés, le contenu intrinsèque de ces textes, les commentaires de la doctrine, la pratique des organes de mise en œuvre ainsi que celle des Etats. Faute de pouvoir le faire ici, il faut se limiter à une analyse sommaire du contenu des trois principaux textes suivants : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; le Protocole portant création d'une Cour africaine ; et la Charte africaine des droits de l'enfant.

#### **1. La portée de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

C'est le seul article 45 qui aborde cette question, mais à propos des compétences de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. On constate que l'alinéa 1 mentionne le verbe « promouvoir », tout en en donnant une définition à la fois concrète énumérative et indicative. Ainsi, les activités suivantes sont retenues au titre de la promotion dans trois grandes séries :

- La collecte de la documentation ; la recherche sur les problèmes africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ; l'organisation de séminaires, de colloques et de conférences ; la diffusion des informations ; l'appui aux organismes nationaux et locaux s'occupant des droits de l'homme et des peuples ; les avis ou recommandations aux gouvernements.
- La formulation et l'élaboration de principes et règles devant inspirer l'adoption de textes législatifs par les gouvernements.
- La coopération avec les autres institutions africaines ou internationales qui s'intéressent à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples.

D'autre part, on constate que c'est l'alinéa 2 qui parle d' « assurer la protection des droits de l'homme et des peuples dans les conditions fixées par la Charte ». Il apparaît ici qu'il s'agit pour autant d'une formulation à la fois claire et obscure, dans la mesure où :

- Contrairement au terme « promotion », on ne donne du mot « protection » aucune définition, ni générique, ni énumérative.
- On se contente de poser le principe, tout en renvoyant à des conditions de mise en œuvre, elles-mêmes au sort incertain, du moins *prima facie*.

La doctrine a su cependant apporter une contribution remarquable à l'analyse de la définition et de la portée juridique de la notion de « protection ».<sup>7</sup>

## **2. La portée du Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples**

Du point de vue de la terminologie, le Protocole n'apporte aucun éclairage particulier quant à la définition de la notion de protection. Il se contente seulement de reprendre certaines formules générales, du genre de :

- Le double objectif de la charte africaine est de garantir la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples (cf. préambule).
- La réalisation des objectifs de la Charte nécessite la création d'une Cour africaine pour compléter et renforcer la mission de la Commission (cf. préambule).
- La Cour complète les fonctions de protection que la Charte africaine a conférées à la Commission africaine (art.2).
- La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les Etats concernés (art. 3, al. 1).

## **3. La portée de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant**

C'est le seul article 42 de la Charte qui traite de la question, à propos du mandat du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant. Contrairement à la Charte générale de 1981, ici on se contente de définir cumulativement la promotion et la protection, également de façon énumérative et indicative.

En effet, aux termes de l'alinéa a, la promotion et la protection visent notamment les activités suivantes :

- La collecte des documents et des informations ; les évaluations interdisciplinaires concernant les problèmes africains dans le domaine des droits et de la protection de l'enfant ; l'organisation de réunions ; l'apui aux institutions nationales et locales compétentes ; les avis et recommandations aux gouvernements ;
- L'élaboration et la formulation de principes et règles visant à protéger les droits et le bien-être de l'enfant en Afrique ;



- La coopération avec d'autres institutions et organisations africaines internationales et régionales s'occupant de la promotion et de la protection des droits et du bien-être de l'enfant. A côté de cette vision indifférenciée de la promotion et de la protection, l'alinéa b confère au Comité une autre mission, à première vue intéressante et curieuse, celle de suivre l'application des droits consacrés dans la Charte et de veiller à leur respect. Sous réserve de connaître les tenants et aboutissants d'une telle mission, on peut affirmer qu'au-delà de la promotion, on est véritablement ici dans le domaine de la protection.

Tel est déjà un aperçu de la question globale du contenu institutionnel des textes africains, à laquelle sera consacré le dernier point de notre étude.

#### **IV. La notion d'« organes et mécanismes de protection » dans le système africain : définition et portée**

Les questions centrales qui se posent ici sont les suivantes : Que faut-il entendre par « organes et mécanismes » ? Quels sont les principaux organes et mécanismes existant en Afrique ? Quelle est leur nature juridique ? Quels en sont la portée et le réel degré d'efficacité ? Quelles en sont les lacunes et faiblesses et comment y remédier ?

##### **Section I : Les organes et mécanismes non juridictionnels**

Deux principaux organes sont dignes d'intérêt dans ce contexte : la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples d'une part, et le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant d'autre part.

##### **1. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>8</sup>**

Etablie en 1987, la Commission est régie par la Charte africaine de 1981 et le règlement intérieur adopté le 13 février 1988. Pour s'en tenir à l'essentiel et rester fidèle à l'esprit du thème proposé, l'exposé est limité à la présentation des principaux mécanismes prévus, à savoir ceux établis au titre des articles 47, 48, 49, 55 et 62 de la Charte.

###### *A. La Communication – Négociation (art. 47)*

Elle consiste pour un Etat partie à la Charte, qui soupçonne sérieusement un autre Etat partie de violer les dispositions de celle-ci, en la faculté d'attirer par voie de communication écrite l'attention de cet Etat sur la question. L'Etat en question a un

délai de trois mois pour réagir en fournissant des explications écrites permettant d'élucider la question.

Ici on privilégie la négociation bilatérale. Cette procédure est réglée dans le détail par le règlement intérieur de la Commission (art. 87 à 91).

#### *B. La Communication – Plainte (art. 48 et 49)*

C'est le cas où la question n'est pas réglée par voie de négociation bilatérale ou par toute autre procédure pacifique dans le délai prévu de trois mois, ouvrant ainsi le droit à l'un ou l'autre Etat de la soumettre à la Commission par une notification adressée à son Président (art. 48). Cette procédure est régie par le règlement intérieur de la Commission (art. 92 à 100). Les aspects essentiels qui méritent notre attention concernent :

- La saisine de la Commission avec la définition des éléments essentiels du contenu de la notification (art. 92 al. 2) ;
- L'examen de la communication avec notamment la définition des conditions de forme et de fond préalables à remplir (art. 96) ;
- Le règlement amiable, avec la possibilité de recours aux bons offices de la Commission (art. 97) ;
- Le rapport de la Commission qui doit être adopté dans un délai raisonnable ne pouvant excéder 12 mois, qui relate les faits et les conclusions, qui est communiqué aux Etats parties intéressés, et qui est envoyé à la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement avec les recommandations utiles (art. 100).

#### *C. Les autres communications*

Il s'agit des communications autres que celles émanant des Etats parties à la Charte (art. 55). La Commission en est saisie sur la demande de la majorité absolue de ses membres (art. 55 al. 2). Pour être examinées, ces communications doivent nécessairement remplir 7 conditions définies à l'article 56 de la Charte. Le chapitre XVII tout entier du règlement intérieur de la Commission est consacré à cette catégorie de communications.

Il convient d'accorder une attention particulière aux articles 114, 117 et 118 qui traitent respectivement des importantes questions relatives à la recevabilité de la communication, au déroulement de la procédure et à la décision finale de la Commission, laquelle consiste à faire des constatations qui peuvent déboucher sur un rapport assorti de conclusions et recommandations adressées à la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement (art. 118).

#### *D. Les rapports soumis par les Etats en vertu de l'article 62 de la Charte*

Aux termes de l'article 62 de la Charte, les Etats parties doivent présenter tous les deux ans un rapport sur les mesures d'ordre législatif ou autre, prises en vue de donner effet aux droits et libertés reconnus et garantis dans la Charte. Ce mécanisme, qui relève de l'exercice des fonctions de promotion, est régi par les articles 81 à 86 du règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Il importe de souligner les points suivants :

- Le rapport doit indiquer, le cas échéant, les facteurs et difficultés qui affectent la mise en œuvre des dispositions de la Charte ;
- En cas de non-présentation d'un rapport, la Commission peut adresser à l'Etat concerné un rappel ;
- Si le rappel s'avère vain, la Commission le signale dans son rapport annuel à la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement ;
- Si la Commission décide qu'un Etat ne s'est pas acquitté de certaines des obligations qui lui incombent, elle peut lui faire toutes observations générales qu'elle juge appropriées ;
- Celles-ci sont communiquées aux Etats parties pour commentaires ; enfin la Commission peut transmettre à la Conférence des Chefs d'Etat les observations générales, accompagnées des rapports reçus d'Etats parties ainsi que, le cas échéant, les commentaires présentés par ceux-ci.

## **2. Le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant**

Les articles 43, 44 et 45 de la Charte africaine des droits de l'enfant prévoient une série de trois mécanismes destinés à assurer une meilleure protection de ces droits.

#### *A. La soumission de rapports par les Etats parties (art. 43)*

Les Etats sont tenus de soumettre des rapports au Comité. Ces rapports, qui doivent être présentés dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la Charte, ensuite tous les trois ans, doivent contenir d'une part les mesures adoptées pour donner effet aux dispositions de la Charte, et d'autre part les informations sur les progrès réalisés dans l'exercice de ces droits. L'alinéa 2 insiste sur le caractère suffisant des informations fournies, tout en demandant aux Etats d'indiquer, le cas échéant, les facteurs et les difficultés qui entravent le respect des obligations prévues par la Charte.

#### *B. Les communications émanant d'individus, de groupes ou organisations non-gouvernementales (art. 44)*

Le Comité peut recevoir des communications concernant toute question traitée par la Charte, émanant de tout individu, groupe ou ONG ; ce dernier point en soi est très important, mais à une condition près et elle est importante et parfois critiquée,

c'est qu'il faut que l'ONG soit reconnue par l'OUA, par un Etat membre, ou par l'ONU.

### *C. La procédure d'investigation (art. 45)*

Le Comité peut enquêter de façon générale sur toute question relevant de la Charte, et en particulier sur les mesures adoptées par les Etats pour appliquer celle-ci. Pour ce faire, il peut recourir à toute méthode appropriée et demander aux Etats toute information pertinente sur l'application de la Charte. Le Comité publie son rapport annuel après examen par la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement, rapport auquel les Etats sont tenus d'assurer une large diffusion dans leurs propres pays.

## **Section II : Le recours à un organe juridictionnel : la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>9</sup>**

La création et la mise en place d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples constitue un événement majeur dans le processus d'édification d'un système de protection et de garantie digne de ce nom, c'est-à-dire crédible, impartial et efficace.

Adopté le 9 juin 1998 à Ouagadougou et entré en vigueur le 25 janvier 2004, le protocole à la Charte portant création de la Cour vient ainsi combler le vide majeur laissé par la Charte et rattraper le retard par rapport aux autres systèmes régionaux. Certes, la principale question qui se pose d'emblée est de savoir s'il s'agit d'un simple mimétisme institutionnel ou si, au contraire, cela marque une réelle avancée technique. Sans éluder cette interrogation légitime et fondamentale, et dans la mesure où on peut estimer qu'il est encore trop tôt pour porter un tel jugement de valeur, on peut se borner ici à présenter de façon sommaire les principales caractéristiques du mécanisme juridictionnel, telles qu'elles ressortent du Protocole. Composé de 35 articles, le dispositif traite des questions essentielles suivantes :

### **1. Compétence de la Cour**

Elle est définie par rapport à celle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. En effet, l'article 2 stipule que la Cour complète les fonctions de protection que la charte africaine a conférées à la Commission.

Les articles 3, 4 et 9 viennent préciser cela, en distinguant clairement les domaines de compétence de la Cour.

- **La compétence contentieuse de la Cour**

La Cour est compétente pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie, à condition qu'ils concernent l'interprétation et l'application non seulement de la Charte et du Protocole, mais aussi de tout autre instrument pertinent dès lors qu'il porte sur les droits de l'homme et est ratifié par les Etats concernés (art.

3 al. 1). En cas de contestation, la Cour a la compétence de sa compétence (art. 3 al. 2).

- **La compétence consultative de la Cour**

La cour peut donner des avis consultatifs, à condition que la demande en émane d'un Etat membre de l'OUA, de l'OUA elle-même, de tout organe de celle-ci, ou d'une organisation africaine reconnue par elle ; que l'avis porte sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ; et que son objet ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission. Ces avis, qui doivent être motivés, peuvent faire l'objet d'une opinion individuelle ou dissidente (art. 4).

- **Le règlement à l'amiable<sup>10</sup>**

L'article 9 du Protocole reconnaît à la Cour la possibilité de tenter de régler à l'amiable les cas qui lui sont soumis conformément aux dispositions de la Charte. Le caractère laconique et apparemment simple de cette disposition cache mal la complexité des problèmes à la fois juridiques et pratiques qui peuvent se poser à l'occasion de la mise en œuvre d'une telle procédure. Il y a donc manifestement un besoin de clarifier les choses à cet égard ; un regard vers le droit et la pratique notamment au sein du système européen peut s'avérer utile.

## 2. Organisation et fonctionnement de la Cour

Seuls quelques aspects importants retiendront notre attention ici. D'abord, la Cour se compose de 11 juges élus à titre personnel parmi des juristes jouissant d'une très haute autorité morale, d'une compétence et expérience juridique, judiciaire ou académique reconnue dans le domaine des droits de l'homme et des peuples (art. 11). Ensuite la Cour fonctionne suivant certains principes importants liés à l'indépendance des juges (art. 17), à l'incompatibilité entre les fonctions de juge et certaines activités (art. 18), à la fin du mandat des juges (art. 19) et à leur récusation (art. 22). La question fondamentale qui se pose ici est de savoir si et dans quelle mesure les critères définis dans ces articles sont nécessaires et suffisants quant à la garantie de l'indépendance et de l'impartialité des juges. Par exemple, on peut se demander si c'est une bonne chose de demander à un juge de s'auto-récuser dans le cas où il possède la nationalité d'un Etat partie à une affaire, ou s'il ne faut pas en laisser l'initiative à l'Etat en cause.

Enfin, deux autres aspects importants méritent d'être présentés : la saisine de la Cour et la procédure des requêtes. Sur le premier point, l'article 5 qui traite de la saisine de la Cour a une triple portée :

- Il définit la portée *ratione personae* du droit de saisine qui s'étend à la Commission, à l'Etat partie qui a saisi la Commission, à l'Etat partie contre lequel une plainte a été

introduite, à l'Etat partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme, et aux organisations intergouvernementales africaines ;

- Il reconnaît à un Etat partie, qui estime avoir un intérêt dans une affaire, la possibilité d'adresser à la Cour une requête aux fins d'intervention ;
- Il prévoit une clause optionnelle, et cela est très important, par laquelle la Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle ; mais ce droit de saisine directe est subordonné à la souscription par l'Etat d'une déclaration préalable d'acceptation de la compétence de la Cour à cet effet ; l'article 34 al. 6 est formel à cet égard. Il apparaît à l'évidence que l'article 5 procède de la philosophie générale selon laquelle les droits de l'homme étant l'affaire de tout le monde, il faut ratisser large et instituer une sorte d'« *actio popularis* », quand bien même la règle de la déclaration préalable contrarie quelque peu l'esprit d'un tel principe.

Sur le deuxième point, les articles 6 et 8 du protocole traitent de la recevabilité et de l'examen des requêtes dans les termes suivants :

- Pour les requêtes introduites par les individus et les ONG : avant de statuer sur leur recevabilité, la Cour peut demander l'avis de la Commission qui doit le donner dans les meilleurs délais (art 6 al. 1) ; elle tient compte des conditions énoncées à l'article 56 de la Charte pour l'examen des requêtes (al. 2) ; elle peut en connaître ou les renvoyer devant la Commission (al. 3) ;
- De façon générale, la Cour fixe dans son règlement intérieur les conditions d'examen des requêtes dont elle est saisie en tenant compte de la complémentarité entre elle et la Commission (art. 8).

## V. Les décisions de la Cour

Les articles 27 à 31 du Protocole traitent de cette question essentielle, en définissant d'abord la portée générale des décisions, et en fixant ensuite le régime juridique des arrêts.

- **La portée générale des décisions**

Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation (art. 27 al. 1). Dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour ordonne les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes (art. 27 al. 2).

- **La régime juridique de l'arrêt**

L'article 28 du Protocole définit les traits caractéristiques de l'arrêt comme suit : rendu dans les 90 jours suivant la clôture de l'instruction de l'affaire, l'arrêt pris à la majorité est définitif et sans appel ; révisé en cas de survenance de nouvelles preuves, il peut être interprété ; prononcé en audience publique, l'arrêt est motivé et peut faire l'objet d'une opinion individuelle ou dissidente ; signifiés aux parties en cause et transmis aux Etats membres de l'OUA et à la Commission, les arrêts sont notifiés au Conseil des Ministres qui veille à leur exécution au nom de la Conférence (art. 29) ; enfin, les Etats sont tenus de respecter les décisions rendues par la Cour, et d'en assurer l'exécution dans le délai fixé par celle-ci (art. 30), les cas de non respect étant particulièrement signalés dans le rapport annuel que la Cour soumet à la Conférence (art. 31).

## Conclusion

1. Par delà la controverse, réelle ou fictive, liée à la question de la définition du mot système, du triple point de vue de la sémantique, de la forme et du fond, on peut affirmer l'existence d'un système africain de protection des droits de l'homme.
2. C'est un système à la fois fermé et ouvert, dans la mesure où il intègre fort judicieusement les besoins spécifiques, fondés sur la culture africaine, et les valeurs universellement reconnues à la personne humaine.
3. Il apporte une importante contribution au droit international des droits de l'homme en garantissant à côté des droits de l'homme *stricto sensu*, certains droits des peuples, même s'ils apparaissent surtout comme des droits de l'Etat ; d'autre part, il consacre plus particulièrement les devoirs de l'individu envers la famille, l'Etat, et la communauté internationale, même si à priori leur mise en oeuvre peut poser des problèmes en termes d'invocabilité et d'opposabilité juridique.
4. Il consacre une conception plutôt téléologique et fonctionnelle des notions de promotion et de protection des droits de l'homme.
5. Il complète et renforce l'arsenal institutionnel de promotion et de protection, en créant à côté de la commission une véritable Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, dont les mérites ne doivent cependant pas faire oublier certaines faiblesses comme la subordination de l'exercice du droit de saisine directe par les individus à la déclaration préalable d'acceptation de la compétence de la Cour à cet effet, ou encore les incertitudes liées à la mise en oeuvre et au respect des décisions de la Cour, ou encore les problèmes liés à la garantie nécessaire et suffisante de l'indépendance et de l'impartialité des juges, ou encore la définition adéquate des règles du jeu en ce qui concerne la procédure de règlement amiable.

## Notes

1. Sur la notion de système africain, voir Keba MBaye, les droits de l'homme en Afrique, A. Pedone, 1992, p. 49 ss ; Mutoy Mubiala, « La typologie des droits de l'homme au sein du système africain » en Emmanuella Bribosia et Ludovic Hennebel, Classer les droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 2004 ; Maurice Glélé Ahanhanzo, « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples » en Etudes offertes à Claude – Albert Colliard, Paris 1984.
2. Sur les caractères généraux et les spécificités de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, voir Keba MBaye, *op.cit*, pp. 161 ss ; Fatsah Ouguergouz, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, PUF, 1993, pp. 65 ss ; Valère Eteka Yemet, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'Harmattan, 1996, pp. 169 ss.
3. Sur la notion de droits de l'homme, voir Keba MBaye, *op. cit*, pp. 24 et ss ; Michel-Cyr Djiena Wembou et Daouda Fall, Droit international humanitaire, Théorie générale et réalités africaines, l'Harmattan, 2000, pp. 52-53.
4. Sur les contours et difficultés liées à la notion de peuple, voir Fatsah Ouguergouz, *op. cit*, pp. 132 ss.
5. Sur la configuration des droits consacrés par la Charte africaine, voir Keba Mbaye, *op. cit*, pp. 174 ss ; Fatsah Ouguergouz, *op. cit*, pp. 83 et ss ; Valère Eteka Yemet, *op. cit*, pp. 47 ss et Mutoy Mubiala, *op. cit*, pp. 373 ss.
6. Sur les notions de « promotion » et de « protection », voir Keba Mbaye, *op. cit*, pp. 69 ss.
7. Sur les contours de la notion de protection, voir Keba Mbaye, *op. cit*, pp. 71ss.
8. Sur la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, voir Keba Mbaye, *op. cit*, pp. 217 ss ; Fatsah Ouguergouz, *op. cit*, pp. 293 ss.
9. Sur la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, voir Mutoy Mubiala, « la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », in RGDIP, 1998, n° 3, pp. 765 ss.
10. Sur le règlement amiable, voir Vincent Berger, « le règlement amiable devant la Cour », in Jacques Velu et Rusen Ergec, la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 783 ss.



## **VII. PROMOTION ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DE LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET DE SON PROTOCOLE FACULTATIF ADDITIONNEL**

### **Introduction**

L'évolution du droit international classique est aujourd'hui telle qu'on admet généralement que les droits de l'homme ne relèvent plus de la chasse gardée du domaine réservé des Etats. A telle enseigne que l'*actio popularis* est ouverte à tous les Etats, dès lors qu'un crime international<sup>1</sup> a été commis ou que des normes impératives du droit international général (*jus cogens*),<sup>2</sup> dont les droits de l'homme constituent le domaine privilégié, ont été violées.

Il s'y ajoute qu'une bonne partie de la doctrine admet de nos jours que l'individu est devenu un sujet de droit international, au moins dans le domaine des droits de l'homme, tant il est vrai qu'il peut maintenant directement saisir les instances internationales prévues par les mécanismes de garantie institués par les conventions de protection des droits de l'homme, en vue d'obtenir réparation pour préjudice subi du fait d'une méconnaissance de ses droits fondamentaux.

Il va sans dire que l'adoption, dans le cadre des Nations Unies, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (10 décembre 1948) constitue la preuve, s'il en était encore besoin, que la question des droits de l'homme est devenue une question internationalisée, puisqu'elle marque la fin d'une conception de la souveraineté qui prétendait se fonder sur son incompatibilité avec tout régime de protection internationale des droits de l'homme. En matière de droits de l'homme, les compétences du contrôle international jouent aujourd'hui un rôle essentiel, tant à l'échelle universelle qu'à l'échelle régionale et, dans ce contexte, force est de

reconnaître que c'est la notion même de souveraineté de l'Etat qui en a pris un coup et que, par suite, l'idée de pouvoir absolu de l'Etat, suprême et illimité est aujourd'hui désuète et surannée.

Dans ces conditions, le droit international qui trouve à s'appliquer aux droits de la personne accorde à ceux-ci une valeur supérieure, laquelle a fondé la Cour Internationale de Justice à affirmer l'existence d'obligations *erga omnes* (opposables à tous) à propos du respect des droits fondamentaux.<sup>3</sup>

Bien entendu, cette exigence de respecter scrupuleusement les obligations qui découlent du caractère sacré des droits de l'homme s'impose aux Etats africains, notamment à travers la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée à Banjul (Gambie) le 27 juin 1981 dans le cadre de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), la devancière de l'Union Africaine.<sup>4</sup>

L'objet de cette contribution est d'exposer le système africain de sauvegarde des droits fondamentaux, tel qu'il procède de l'instrument conventionnel adopté il y a près d'un quart de siècle dans la capitale gambienne, complété en 1998 par le Protocole facultatif qui institue la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Pour ce faire, il s'agira à travers une analyse de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de mettre en premier lieu l'accent sur la dimension de la promotion des droits humains (I) et, en deuxième lieu, sur la dimension de leur protection (II). Dans un troisième et dernier stade, il sera question de réfléchir sur la juridictionnalisation de la sauvegarde des droits fondamentaux en Afrique, par le biais d'un examen du texte qui met en place la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (III).

## **I. L'exigence de promotion des droits de l'homme dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

Cette exigence de promotion des droits de l'homme est assurée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Commission) instituée par la Charte de Banjul du 27 juin 1981. La Commission dispose d'attributions relativement étendues en matière de promotion des droits de l'homme et des peuples et, bien entendu, elle accorde une importance toute particulière à cette fonction. C'est ainsi que dès sa deuxième session tenue à Dakar (8-13 février 1988), elle adoptait un ambitieux programme d'action envisageant dans le détail les principaux aspects de son activité de promotion.<sup>5</sup>

Ce programme prévoit notamment trois axes à son action : l'information et la recherche, le conseil des Etats Parties à la Charte, et l'examen des rapports périodiques présentés par ces mêmes Etats.

S'agissant de l'information et de la recherche, cette fonction reconnue à la Commission a pour objet la sensibilisation de l'opinion publique africaine à la question des droits de l'homme et des peuples. Pour ce faire, la Commission doit rassembler, classer et conserver toutes les informations relatives aux droits de l'homme sur le continent noir et les tenir à la disposition des usagers potentiels (étudiants, chercheurs, professeurs, avocats, etc.). Elle doit aussi être active dans le domaine de l'organisation de séminaires, de colloques et de conférences sur la question des droits de l'homme en Afrique. Par ailleurs, elle a pour mission de diffuser des informations et d'encourager les organismes nationaux dont les droits de l'homme constituent le domaine d'activité. C'est dans ces conditions qu'il a été décidé, lors de sa sixième session (23 octobre - 4 novembre 1989), de lancer la publication d'une *Revue Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, de faire en sorte que l'enseignement des droits de l'homme soit intégré dans les programmes de l'enseignement secondaire, de créer un Prix des droits de l'homme et un concours sur les droits de l'homme.

Pour ce qui est du conseil des Etats Parties à la Charte, le rôle de la Commission consiste à donner des avis et à faire des recommandations aux gouvernements dans l'optique de mieux assurer la promotion des droits de l'homme. Ainsi, il est loisible à chaque Gouvernement d'un Etat ayant ratifié la Charte de demander un avis consultatif à la Commission. En réalité, celle-ci a la faculté de faire des recommandations, spontanément ou sur demande des Etats. Il s'agit concrètement d'un rôle d'expertise en matière d'harmonisation des dispositions des législations nationales avec celles de la Charte.

En ce qui concerne la troisième fonction reconnue à la Commission sur le terrain de la promotion des droits de l'homme, elle consiste dans l'examen de rapports étatiques périodiques relatifs aux mesures d'ordre législatif ou réglementaire prises par les Etats Parties en vue de donner plein effet aux droits et libertés proclamés par la Charte.<sup>6</sup> Par suite, si la Commission estime qu'un Etat Partie n'a pas respecté ses engagements, elle peut lui adresser toutes « observations générales qu'elle jugerait appropriées ».<sup>7</sup> Lesdites observations générales fondées sur l'examen du rapport et des renseignements fournis par l'Etat incriminé seront ensuite communiquées par la Commission à tous les Etats Parties. Il est aussi loisible à la Commission de transmettre les mêmes observations ainsi que les rapports correspondant à la Conférence de l'Union Africaine.<sup>8</sup> Cela revient finalement à dire que l'unique sanction que peut infliger la Commission suite à l'examen des rapports étatiques périodiques consiste dans la possibilité d'en référer à l'organe suprême de l'Union africaine. Il n'en demeure pas moins que les rapports et autres renseignements présentés par les Etats Parties sont de distribution générale, sans préjudice du fait qu'ils obligent ces derniers à se justifier sur leur comportement au regard des règles de fond posées par la Charte. D'ailleurs, la Commission a, lors de sa quatrième session tenue au Caire en Egypte (17-26 octobre 1988), élaboré à l'intention des Etats des directives assez précises quant à la forme et au contenu de ces rapports.

On voit donc bien en définitive que, sur le papier, les attributions de la Commission demeurent très étendues en matière de promotion des droits de l'homme. Ceci étant, force est de reconnaître que l'on ne peut guère en dire autant s'agissant de ses responsabilités sur le terrain de la protection des droits de l'homme.

## **II. L'exigence de protection des droits de l'homme dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

A côté de la mission de promotion des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981 à Banjul, confie à la Commission une mission de sauvegarde des droits humains. On a cependant pu constater, suite à l'exégèse de cet instrument conventionnel, que les dispositions qui autorisent la Commission à jouer un rôle sur le terrain de la protection des droits fondamentaux sont loin de garantir une efficacité absolue du combat contre la violation de ceux-ci par les Etats africains. L'analyse des clauses concernant l'examen des plaintes devant la Commission (A) et de celles relatives à la procédure observée en la matière par cette dernière (B) nous en donnera une idée.

### **1. L'examen des plaintes portées devant la Commission**

L'activité de protection des droits fondamentaux reconnue à la Commission consiste pour l'essentiel dans l'examen de plaintes relatives aux violations des droits et libertés proclamés dans la Charte, et qui auraient été imputables à tel ou tel Etat Partie. Lesdites violations des stipulations de la Charte de Banjul sont portées à la connaissance de la Commission par le truchement de communications qui sont de deux types : les « communications émanant d'un Etat Partie » et les « autres communications », c'est-à-dire celles qui sont soumises par une « prétendue victime » d'une violation par un Etat Partie d'un des droits garantis par la Charte ; ou celles qui sont introduites par tout individu ou organisation, *ou qu'ils se trouvent*, pouvant fournir la preuve d'une situation de violations graves ou massives des droits de l'homme.<sup>9</sup>

Sur ce registre, il est capital de préciser qu'il y a une compétence obligatoire de la Commission à la fois à l'égard des requêtes étatiques et des requêtes émanant de particuliers. Autrement dit, la compétence de la Commission à l'effet de connaître de telles requêtes découle directement, à l'égard de l'Etat concerné, de la ratification de la Charte par ce dernier. Il reste que sur le terrain de la procédure d'examen des communications, la Charte enferme l'action de la Commission dans un formalisme assez rigoureux.

## 2. La procédure d'examen des plaintes portées devant la Commission

La procédure d'examen des plaintes par la Commission est différente selon que l'on se trouve en présence de l'un ou l'autre type de communication, étant entendu que seule l'issue de la procédure est identique dans les deux cas. Sur le terrain de la protection des droits de l'homme, la Charte confie pour l'essentiel à la Commission une mission d'enquête et de médiation, avec cette précision que la mission de conciliation apparaît plus nettement à travers la procédure relative aux communications d'origine étatique.

### A. *Les règles de procédure concernant l'examen des communications d'origine étatique*

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en ses articles 47 à 49, vise deux procédures que le Règlement intérieur de la Commission désigne par « Procédure de communication-négociation » et « Procédure de communication-plainte ». Il convient de noter qu'en cas d'échec, la première de ces procédures peut déboucher sur la seconde qui seule amorce véritablement la procédure devant la Commission. En réalité, la procédure de communication-négociation constitue une phase préliminaire de conciliation dont le déroulement s'effectue totalement en dehors du cadre de la Commission.

En effet, si un Etat Partie a de bonnes raisons de croire qu'un autre Etat Partie a transgressé les dispositions de la Charte, il peut lui adresser une communication écrite par laquelle il attire son attention. Ladite communication doit contenir un exposé détaillé et complet des faits dénoncés, analysés en relation avec les dispositions pertinentes de la Charte. Les deux Etats disposent alors d'un délai de trois mois pour s'entendre sur un règlement amiable de leur différend. Si le différend n'est pas aplani dans ce délai de trois mois, le conflit peut être soumis par l'une ou l'autre des parties à l'examen de la Commission, par le biais d'une communication écrite à l'attention de son Président, de l'autre Etat intéressé et du Président de la Commission de l'Union Africaine.<sup>10</sup> C'est l'hypothèse où la procédure de communication-négociation se transforme en procédure de communication-plainte. La procédure de communication-plainte peut aussi être directement enclenchée, en conséquence d'une saisine directe de la Commission par un Etat Partie.

Les conditions de recevabilité des communications d'origine étatique sont relativement souples puisqu'elles se résument en trois points :

- en premier lieu, la communication doit émaner d'un Etat Partie à la Charte et doit être imputable à un autre Etat Partie ;
- en deuxième lieu, elle doit concerner la violation d'une disposition de la Charte ;
- en troisième lieu enfin, elle doit respecter la règle de l'épuisement des voies de recours internes.<sup>11</sup>

La communication-plainte fait l'objet d'un examen par la Commission qui pourra demander aux Etats Parties de lui fournir toutes informations utiles. Les Etats Parties intéressés peuvent se faire représenter et présenter des observations écrites au cours de l'instruction. Pendant la période d'instruction, la Commission doit essayer par tous les moyens d'aboutir à un règlement amiable du litige. Seulement, cette solution amiable doit toujours être fondée sur le respect des droits de l'homme.

A l'issue de cette phase d'instruction, la Commission rédige un rapport comprenant deux parties dont l'une est consacrée à la relation des faits et l'autre aux conclusions auxquelles elle a abouti. Ce rapport est communiqué aux Etats Parties intéressés ainsi qu'à la Conférence de l'Union Africaine, à charge pour la Commission de lui faire telle ou telle recommandation, relative notamment à la clôture de l'affaire, l'adoption d'une résolution à l'adresse de l'un des Etats concernés par le litige, la publication du rapport, etc. Il appartiendra dès lors à la Conférence de prendre toute décision qu'elle juge opportune. On voit donc bien que si la Commission a la faculté de publier son rapport, elle ne pourra réellement le faire qu'après y avoir été autorisée par la Conférence. Cela signifie en clair qu'en la matière, si c'est la Commission qui propose, la Conférence est seule à pouvoir disposer.

Il y a lieu de remarquer qu'aucune communication d'origine étatique n'a encore été enregistrée auprès de la Commission. Dans ces conditions, ce sont les entités non étatiques qui seront les plus enclines à saisir l'organe para-juridictionnel du mécanisme africain de sauvegarde des droits fondamentaux.

#### *B. Les règles de procédure concernant l'examen des communications d'origine non étatique*

Ces règles de procédure fixées par les articles 55 à 59 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sont sensiblement plus complexes et autrement plus rigoureuses. Elles sont relatives à des communications qui peuvent émaner aussi bien de personnes physiques (des particuliers) que de personnes morales (principalement des organisations non gouvernementales – ONG).

S'agissant des conditions de recevabilité de la communication d'origine non étatique, elles ont été arrêtées de façon exhaustive par la Charte :

- elle doit clairement indiquer l'identité de son auteur, quand bien même celui-ci souhaiterait garder l'anonymat ;
- elle doit être compatible avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec l'Acte constitutif de l'Union Africaine qui a remplacé la Charte de l'OUA ;
- elle ne doit pas avoir été rédigée en des termes outrageants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'Union Africaine ;
- elle ne doit pas se borner à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par les mass médias ;

- elle doit être postérieure à l'épuisement des voies de recours internes ;
- elle doit être introduite dans un délai raisonnable qui court à compter de l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine ;<sup>12</sup>
- les faits incriminés ne doivent pas concerner des litiges pour lesquels une solution a déjà été trouvée dans le cadre des procédures de la Charte des Nations Unies, de l'Acte constitutif de l'Union Africaine, ou de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ;
- l'objet de la communication ne doit pas être en cours d'examen devant une autre instance internationale de règlement.<sup>13</sup>

Avant d'être examinée au fond, la communication doit être portée à la connaissance de l'Etat intéressé. A ce stade, il est toujours loisible à la Commission de remettre en cause sa décision antérieure de recevabilité sur la base des explications fournies par ce dernier.

S'il apparaît, à la suite d'une délibération, qu'une ou plusieurs communications relatent des situations particulières qui semblent révéler des faits avérés de violations massives des droits de l'homme imputables à un Etat Partie, la Commission est dans l'obligation d'attirer l'attention de la Conférence de l'Union Africaine sur ces situations. Cela revient à dire que la Commission ne peut, de sa propre initiative, procéder à un examen approfondi de la situation rapportée par la communication. Elle ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de la Conférence et, là encore, le rapport qui sanctionnera ses travaux ne pourra être publié que sur décision de cette dernière.

Dans son ouvrage remarquablement écrit sur la problématique des droits humains en Afrique, le juge sénégalais Kéba Mbaye,<sup>14</sup> qui a joué un rôle de premier plan dans le processus ayant abouti à l'élaboration de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, s'interrogeait sur l'efficacité du rôle de la Commission en matière de protection des droits de l'homme, compte tenu notamment de sa subordination à la Conférence de l'Union Africaine. M. Kéba Mbaye écrivait en effet : « On peut craindre que cet organe politique [la Conférence de l'Union] soit peu enclin à prendre des mesures contre un Etat 'fautif' à la suite d'une étude approfondie exécutée par la Commission et révélant une violation des droits de l'homme. Mais à l'époque de l'élaboration de la Charte, il n'était pas possible de tenir cet organe en dehors du système de sauvegarde ». Il s'empressait tout de suite d'ajouter : « Peut-être qu'aujourd'hui, les mentalités ayant évolué, est-il possible d'envisager une réforme du système sur ce point. La parole est aux chefs d'Etat et de Gouvernement. A la Commission de les interroger à ce sujet ».<sup>15</sup>

Ainsi, au regard des procédures d'examen des plaintes émanant d'Etats ou d'entités non étatiques, force était de constater que le mécanisme africain de sauvegarde des droits fondamentaux prêtait le flanc aux critiques relatives à ce que d'aucuns considéraient comme son inefficacité. En effet, le mécanisme africain, organisé autour

d'un organe para-juridictionnel (la Commission) subordonné du reste à un organe politique (la Conférence de l'Union) auquel elle ne pouvait en définitive qu'adresser un rapport, péchait par l'inexistence d'un organe juridictionnel en bonne et due forme, voué spécifiquement à une protection authentique des droits de la personne en Afrique.

C'est ainsi que les Etats ayant ratifié la Charte de Banjul, ayant conscience des limites de la Commission, tenant compte de l'émergence et de la consolidation de l'Etat de droit en Afrique, de l'évolution du comportement des puissances africaines à l'égard de la juridiction internationale,<sup>16</sup> ainsi que de la création par le Conseil de sécurité des Nations Unies du Tribunal pénal international pour le Rwanda en 1994, ont entrepris de relever les défis de l'avenir en complétant le dispositif africain de sauvegarde des droits fondamentaux. Pour ce faire, ils ont décidé de porter sur les fonts baptismaux une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

### **III. La juridictionnalisation de la protection des droits de l'homme en Afrique : la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples**

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Cour) a été créée par le Protocole facultatif additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après le Protocole). Celui-ci fixe les règles concernant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour. Ledit Protocole a été élaboré par un groupe d'experts juridiques gouvernementaux et de diplomates africains, et fut approuvé par le Conseil des ministres de l'Organisation de l'Unité Africaine avant d'être formellement adopté par la trente-quatrième session ordinaire de Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, réunie à Ouagadougou (Burkina Faso) en juin 1998. Il est récemment entré en vigueur, le 25 janvier 2004, soit trente jours après le dépôt par le Gouvernement de l'Union des Comores du quinzième instrument de ratification.<sup>17</sup>

La Cour est composée de onze juges élus pour un mandat de six ans, renouvelable qu'une seule fois. Les juges sont des personnalités indépendantes « élues à titre personnel parmi des juristes jouissant d'une très haute autorité morale, d'une compétence et expérience juridique, judiciaire ou académique reconnue dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ». Ils siègent à temps partiel sauf le Président de la Cour qui siège à plein temps pour donner une certaine continuité à l'organe juridictionnel du dispositif africain de protection des droits de l'homme.

Nous aborderons plus en détail l'analyse de cet organe en essayant d'abord d'identifier les raisons pour lesquelles la Cour n'a vu le jour que très tardivement en Afrique (A), en analysant ensuite le contenu de ses compétences (B), avant de dire



quelques mots de la procédure que doit observer cette dernière dans l'accomplissement de ses fonctions (C).

## **1. Les raisons de l'avènement tardif de la Cour : les bases d'une explication sociologique**

Il aura fallu attendre quelques dix-huit ans avant que les Etats parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne se décident à parachever le mécanisme de garantie institué par cette dernière, en mettant en place un organe juridictionnel spécifiquement voué à la protection de droits de l'homme et des peuples sur le continent. Alors que les Européens et les Américains avaient dès le départ opté pour des mécanismes dont le critère d'efficacité majeur reposait sur l'existence de Cours des droits de l'homme,<sup>18</sup> les Africains se sont bornés en 1981 à ne créer qu'un organe para-juridictionnel, envisagé comme la clé de voûte du dispositif de protection des droits fondamentaux qu'ils venaient d'instituer. Il s'est donc écoulé une longue période avant que le mécanisme africain ne se mette au diapason des mécanismes européen et interaméricain.

L'explication de ce retard tient à l'opinion générale qui prévalait sur le continent noir dès le lendemain des indépendances, laquelle privilégiait toute approche qui faisait primer le règlement politique des différends interafricains sur les règlements de type judiciaire. Une telle stratégie s'inscrivait dans la droite ligne des conceptions traditionnelles du règlement des différends dans les sociétés africaines. C'est ainsi que dès le début des années soixante, les Africains ont d'emblée jeté leur dévolu sur les méthodes de règlement à l'amiable, au moyen du dialogue et de la concertation, conformément à la tradition africaine de l'arbre à palabre. Il faut bien reconnaître que fondamentalement, le constat qui s'impose est que l'homme africain préfère la conciliation à la décision judiciaire à connotation punitive, la justice conciliatoire à la justice contentieuse et ce, pour sauvegarder les intérêts d'unité du groupe social.

Comme l'écrit à juste titre le juriste sénégalais Adama Dieng, « aller au Tribunal, c'est se disputer, ce n'est pas discuter (...). La notion de recours objectif est difficilement acceptable ; quand vous attaquez un acte, l'auteur de l'acte s'estime personnellement visé ».<sup>19</sup> Dans cette optique, le recours au tribunal est perçu comme un acte inamical et non point comme un moyen de mettre fin au litige. C'est dire que l'homme africain est fondamentalement réticent à recourir à la justice institutionnalisée, réputée plus contraignante et considérée comme un procédé inélégant. Le droit processuel africain, la justice africaine, sont essentiellement de nature conciliatoire avec cette conséquence que la décision qui va trancher le litige est en général le fruit d'un consensus. C'est dans cet esprit que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples fait obligation à la Commission, dans l'exercice de sa mission de sauvegarde, de s'efforcer « par tous les moyens appropriés de parvenir à une solution amiable »,<sup>20</sup> quand bien même celle-ci devrait en toute hypothèse être fondée sur le respect des droits fondamentaux. C'est la preuve encore une fois qu'en Afrique, la conciliation est

largement préférée à la solution judiciaire qui fait *ipso facto* un vainqueur et un vaincu, un gagnant et un perdant, alors que la conciliation a l'avantage de donner à chaque partie le sentiment – ou peut-être l'illusion ? – qu'elle n'a rien perdu et que, par suite, elle dispose d'une porte de sortie honorable, autrement dit d'une possibilité de s'extirper de la crise sans perdre la face.<sup>21</sup>

On a pu néanmoins constater que le règlement politique des différends en dehors de toute procédure judiciaire n'aboutit souvent qu'à un apaisement des litiges et presque jamais à un règlement définitif au fond de ceux-ci, ce qui laisse la porte ouverte à d'éventuels rebondissements. D'ailleurs, les Etats africains ont depuis pris la mesure des limites inhérentes à la méthode diplomatique de règlement des différends. C'est conscient des insuffisances d'une telle approche qu'ils ont dès le début des années quatre vingt commencé à s'orienter vers des voies plus contraignantes mais qui s'avèrent plus appropriées en termes d'efficacité.

Ceci étant, cette prise de conscience n'a profité à la protection des droits de l'homme qu'en 1998, avec l'adoption du Protocole facultatif additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. L'explication, c'est qu'il a été noté dès la fin des années quatre vingt une évolution décisive des idées politiques en faveur de la promotion de la démocratie et, par voie de conséquence, d'une protection accrue des droits de l'homme en Afrique. Ce mouvement d'idées a incontestablement redonné une certaine actualité à l'exigence de créer une Cour africaine des droits de l'homme, pour parachever le système africain de sauvegarde des droits de l'homme.

Cette Cour, qui devrait constituer l'épine dorsale du mécanisme africain de protection des droits de l'homme, sera loin d'être une coquille vide puisqu'il lui a été reconnu des compétences assez étendues.

## **2. Les compétences de la Cour**

Elles sont de nature contentieuse et consultative.

En matière contentieuse, la Cour aura en principe à connaître des communications émanant de la Commission, de l'Etat incriminé, de l'Etat Partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme, des organisations intergouvernementales africaines pour les questions relevant de leurs compétences, d'un individu ou d'une organisation non gouvernementale ayant le statut d'observateur auprès de la Commission.<sup>22</sup> Elle peut aussi être saisie par un Etat Partie agissant comme tiers intervenant, lorsque celui-ci estime que ses intérêts sont en cause dans une instance à laquelle il n'était pas initialement engagé. La compétence de la Cour s'étendra aussi aux affaires liées à l'interprétation et à l'application de la Charte, du Protocole facultatif et de tout autre instrument africain qui traite de la question des droits de l'homme.

Il est important de relever que la juridiction de la Cour à l'effet de connaître des communications individuelles ou émanant d'organisations non gouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de la Commission est subordonnée à cette condition précise que l'Etat mis en cause doit avoir au préalable reconnu la compétence de la Cour à recevoir de telles communications.<sup>23</sup> La Cour ne dispose donc que d'une compétence facultative à l'égard des recours émanant de particuliers et d'ONG. Il convient à ce propos de noter que la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour à l'égard des requêtes individuelles ou émanant d'ONG peut se faire lors de la ratification, ou à tout moment après avoir procédé à celle-ci.

En matière consultative, la Cour a compétence pour émettre des avis, à la demande d'un Etat ou d'une organisation reconnue par l'Union Africaine, sur toute question juridique concernant la Charte ou un autre instrument africain relatif aux droits de l'homme.<sup>24</sup> On peut cependant se demander s'il était opportun d'attribuer une compétence consultative à la Cour, étant donné que la Charte de Banjul avait déjà octroyé une telle compétence à la Commission.<sup>25</sup> Il importe dans ces conditions de veiller à tout prix à ce que les compétences concurrentes de la Commission et de la Cour à cet égard ne donnent lieu à des incohérences et à des contradictions qui pourraient faire le lit de graves dysfonctionnements. Le risque est en effet bien réel d'autant plus que ni la Charte, ni le Protocole ne fixent de quelconques directives d'interprétation. Pour obvier à un tel risque, il serait judicieux que, dans la pratique, la Commission se déleste de ses attributions en matière consultative au profit de la toute nouvelle Cour.

Si le protocole est très explicite en ce qui concerne les fonctions de la Cour, il n'en est pas moins explicite et détaillé pour ce qui est de la procédure qui doit être suivie devant celle-ci.

### **3. La procédure devant la Cour**

Sur ce registre, il est prévu que la Cour puisse, à l'instar de la Commission, tenter de parvenir à un règlement amiable de l'affaire, ce qui illustre l'influence de la mentalité africaine qui fait en général prévaloir la conciliation sur le duel qui résulte de toute approche judiciaire.

Les parties à l'instance peuvent se faire assister ou représenter et ont la possibilité de bénéficier, en tant que de besoin, d'une assistance gratuite. Il est aussi prévu que les juges ne puissent pas siéger lors de l'examen d'une affaire dont ils ont eu à connaître à quelque titre que ce soit, de même qu'ils doivent se récuser dans les affaires concernant l'Etat mis en cause, au cas où ils seraient des ressortissants de cet Etat.

La procédure devant la Cour est bien entendu contradictoire. Il s'y ajoute que la Cour pourra diligenter toute enquête et avoir recours à tout moyen de preuve qu'elle

jugerait adéquat. Elle pourra aussi ordonner des mesures provisoires en cas de situations pouvant causer des dommages irréparables à la victime.

S'agissant des arrêts de la Cour, ils sont rendus à la majorité des juges. Ils doivent être motivés et il sera possible d'y adjoindre des opinions individuelles ou dissidentes. Ils ont force obligatoire à l'égard des Etats Parties, d'autant plus qu'ils sont définitifs et non susceptibles d'appel puisque revêtus de l'autorité de la chose jugée. Il n'empêche que la Cour aura la possibilité d'interpréter voire de réviser son arrêt dans l'hypothèse de la survenance d'éléments de preuve dont elle n'avait pas connaissance au moment de sa décision.

Si la Cour constate l'existence de violations avérées des droits de l'homme, elle « ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une indemnité ou l'octroi d'une réparation ».<sup>26</sup>

C'est au Conseil exécutif de l'Union Africaine d'assurer le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour. Celle-ci est tenue tous les ans d'adresser à la Conférence de l'Union Africaine un rapport d'activités exhaustif et circonstancié, où seront bien entendu mis en évidence tous les cas d'inexécution de ses décisions. Ce rapport annuel sera l'occasion pour la Cour de mettre à l'index les Etats qui n'auraient pas respecté leurs engagements en refusant d'exécuter les arrêts de la Cour. Autant dire que la Cour dispose par ce biais d'un moyen approprié de mettre l'organe suprême de l'organisation panafricaine au devant de ses responsabilités.

## Conclusion

Le mécanisme africain de sauvegarde des droits de l'homme prévu par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples se veut, à l'instar des mécanismes européen et interaméricain, un instrument efficace de promotion de la dignité humaine et de sanction des atteintes à celle-ci. Elle repose sur une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui a jusque là été plus active sur le terrain de la promotion et de la vulgarisation des droits de l'homme que sur le terrain de la sanction de leur violation. C'est pour parachever l'œuvre de la Commission et renforcer les capacités du mécanisme africain de sauvegarde des droits fondamentaux qu'il a été décidé l'institution d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Si le Protocole facultatif relatif à cette Cour est aujourd'hui en vigueur, celle-ci n'est pas encore opérationnelle et le problème de son siège n'a pas encore été réglé.

Quoi qu'il en soit, il appartiendra aux Etats africains de veiller à ce que la Cour puisse, en toute indépendance, exercer ses responsabilités. En outre, il reviendra aux juges élus de faire preuve de détermination pour permettre à la Cour d'assumer pleinement ses compétences.

En définitive, l'effectivité de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et, partant, la crédibilité du système africain de protection des droits de l'homme, dépendra tant de la volonté des Etats Parties à la Charte et au Protocole de jouer pleinement le jeu, que de celle des juges qui devront se considérer comme les gardiens intransigeants de la lettre de la Charte de Banjul, et s'ériger en défenseurs intraitables des droits de l'homme en Afrique.

## Notes

1. Au sens de l'article 19-2 du Projet d'articles de la Commission du Droit international des Nations Unies sur la responsabilité internationale des Etats.
2. Au sens des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.
3. V. CIJ, Arrêt du 5 février 1970, affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company, Rec.*, 1970.
4. La Charte d'Addis Abéba (Ethiopie) du 25 mai 1963 qui instituait l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) a été remplacée par l'Acte constitutif de l'Union Africaine adopté à Lomé (Togo) le 11 juillet 2000 et entré en vigueur le 26 mai 2001. On note dans l'Acte constitutif de l'Union Africaine un changement de dénomination des organes directeurs de l'ancienne OUA, de sorte que dans cette présente étude, l'on parlera de la Conférence de l'Union Africaine en lieu et place de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA, de la Commission de l'Union Africaine en lieu et place du Secrétariat Général de l'OUA et, le cas échéant, du Conseil exécutif de l'Union Africaine en lieu et place du Conseil des ministres de l'OUA.
5. Telle que celle-ci a été fixée par l'article 45 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.
6. Conformément à l'article 62 de la Charte.
7. Article 85 du Règlement intérieur de la Commission.
8. Article 86 du Règlement intérieur de la Commission.
9. Conformément à l'article 114 du Règlement intérieur de la Commission.
10. Il faut se garder de faire une confusion entre la Commission de l'Union Africaine et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Le Président de la Commission de l'Union Africaine exerce les fonctions autrefois dévolues au Secrétaire Général de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA).
11. Il convient de préciser que cette règle de l'épuisement des voies de recours internes est un principe cardinal du droit international en matière de protection diplomatique et qu'elle est commune à tous les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme. Voir en ce sens l'article 26 de la Convention européenne de protection des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, l'article 46 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, l'article 41 paragraphe 1-c du Pacte international des Nations Unies sur les droits civils et politiques et l'article 2 du Protocole facultatif y relatif.
12. Sans que les rédacteurs de la Charte n'aient pris soin de donner la définition d'un délai raisonnable.

13. Il s'agit là d'une exigence posée par l'article 114 du Règlement intérieur de la Commission.
14. M. Kéba Mbaye, magistrat sénégalais, a notamment exercé les hautes fonctions de Premier Président de la Cour suprême du Sénégal (1964-1982), Président puis membre de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Juge à la Cour internationale de justice (1982-1991) dont il a été le Vice-Président, et Président du Conseil Constitutionnel du Sénégal (1991-1993). En tant que Premier Président de la Cour suprême du Sénégal, il a été à l'origine d'un projet de résolution demandant l'adoption d'une Charte africaine des droits de l'homme qui a été présenté par le Président Léopold Sédar Senghor à ses pairs lors de la seizième session ordinaire de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), tenue à Monrovia (Libéria) en juillet 1979. Dans ce contexte, M. Kéba Mbaye a été l'animateur du comité d'experts ayant rédigé l'avant-projet de Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et fut rapporteur de la conférence des ministres africains de la justice qui s'est tenue à Banjul en juin 1980 puis en janvier 1981, pour approuver le projet de Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.
15. V. Kéba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pédone, Paris, 1992, p. 250.
16. Il faut relever que pendant très longtemps, plus précisément du lendemain des indépendances au début des années 80, les Etats africains étaient très réfractaires à soumettre leurs litiges à des procédures internationales institutionnalisées. En particulier, ils avaient une aversion réelle contre les procédures de règlement juridictionnel des différends et manifestaient leur préférence pour les procédures non juridictionnelles de type diplomatique. On a pu noter un changement de cap avec la saisine au contentieux de la Cour internationale de justice – sur la base du compromis du 14 octobre 1983 –, à l'occasion du différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali, qui a donné lieu à une décision jurisprudentielle célèbre (CIJ, affaire du *Différend frontalier Burkina Faso/République du Mali*, arrêt du 22 décembre 1986). A tel point que le continent africain est aujourd'hui le premier client de l'organe judiciaire principal des Nations Unies.
17. L'instrument de ratification de l'Union des Comores a été enregistré auprès du Président de la Commission de l'organisation panafricaine le 28 décembre 2003.
18. La Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales adoptée à Rome (Italie) le 4 novembre 1950 mettait en place une Commission européenne des droits de l'homme et une Cour européenne des droits de l'homme. Elle servira de source d'inspiration aux rédacteurs de la Convention interaméricaine des droits de l'homme adoptée le 22 novembre 1969 à San José (Costa Rica) qui ont prévu comme mécanismes de contrôle une Commission interaméricaine des droits de l'homme et une Cour interaméricaine des droits de l'homme.
19. V. Adama Dieng, « Les droits de l'homme en Afrique : Plaidoyer pour un développement des ONG africaines », *Zaire-Afrique*, numéro 191, janvier 1985, p. 122.
20. En application de l'article 52 de la Charte.
21. Pour aller plus loin sur ces questions, on consultera l'ouvrage de Kéba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, op. cit., notamment en ses pages 164 et 165.
22. Il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité d'avoir réservé le droit de saisine de la

- Cour aux seules ONG ayant le privilège de bénéficier du statut d'observateur auprès de la Commission. Le mécanisme aurait sans doute plus gagné en efficacité et en crédibilité si le droit de saisine de la Cour était largement ouvert et non pas seulement réservé à un certain nombre d'ONG triées sur le volet.
23. Conformément à l'article 34 paragraphe 6 du Protocole. Il faut remarquer à ce propos que les Etats africains ont jeté leur dévolu sur l'approche qui était celle des Européens lorsqu'ils adoptaient le 4 novembre 1950 la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales. En effet, le célèbre droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme, prévu à l'article 25 de la Convention, ne pouvait être exercé que si l'Etat mis en cause avait au préalable, par le biais d'une déclaration unilatérale expresse, accepté la compétence de la Commission à connaître des requêtes individuelles. Avec l'entrée en vigueur du Protocole numéro 11 du 11 mai 1994 qui réforme le mécanisme de contrôle institué par la Convention européenne des droits de l'homme, en supprimant notamment la Commission pour ne laisser subsister qu'une Cour unique, la Cour européenne des droits de l'homme dispose aujourd'hui d'une compétence obligatoire à l'égard des requêtes individuelles. En effet, en application de l'article 34 du Protocole numéro 11, la Cour européenne est directement recevable à connaître des requêtes individuelles et sa compétence en la matière découle directement de la ratification du Protocole. Le Protocole numéro 11 supprime donc le droit d'option laissé jusqu'ici aux Etats parties en ce qui concerne la compétence à l'égard des requêtes individuelles. L'accès des particuliers à la Cour est de droit et ne nécessite pas de déclaration spéciale d'acceptation. Il faut aussi relever que dans le cadre du mécanisme européen de garantie, tel que prévu initialement par la Convention de Rome du 4 novembre 1950, la recevabilité d'une requête devant la Cour, qu'il s'agisse d'une initiative d'un Etat ou de la Commission, supposait toujours en premier lieu que l'Etat « défendeur » ait accepté par déclaration unilatérale sa juridiction comme obligatoire. En effet, selon l'article 46 de la Convention de Rome, pour toutes les affaires relatives à l'interprétation et à l'application de celle-ci, les Hautes Parties contractantes peuvent « à n'importe quel moment déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, la juridiction de la Cour ». Il s'agissait d'une clause d'option à l'image de la clause facultative de juridiction obligatoire de l'article 36 paragraphe 2 du Statut de la Cour internationale de justice, que ne reprend cependant pas le Protocole numéro 11. S'agissant du mécanisme interaméricain de protection des droits de l'homme prévu par la Convention de San José de Costa Rica du 22 novembre 1969, il fonctionne suivant le modèle général de la Convention européenne qui l'a inspiré, avec une Commission et une Cour, sauf qu'à rebours du mécanisme européen tel qu'il fonctionnait à l'origine, l'accès des particuliers ou des ONG à la Commission interaméricaine des droits de l'homme est de droit et ne nécessite guère de déclaration spéciale d'acceptation de la part des Etats Parties.
24. Conformément à l'article 4 du Protocole.
25. Se référer notamment à l'article 45 paragraphe 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En fait, cette compétence consultative s'inscrit dans la logique des attributions normales de la Commission puisque celle-ci doit vérifier l'exactitude des allégations relatives aux violations des stipulations de la Charte. La Commission n'est néanmoins pas une juridiction même si elle est composée de personnalités indépendantes « possédant une expérience en matière de droits de l'homme, un intérêt

particulier devant être accordé à la participation de personnes ayant une expérience en matière de droit ». Dans le cas où elle serait saisie, la Commission ne pourrait que vérifier si telle ou telle disposition de la Charte est méconnue ou pas. La fonction d'interprétation de la Charte reconnue à la Commission semble beaucoup plus étendue puisqu'elle pourrait en particulier s'exercer à l'occasion d'une demande d'avis consultatif. Une telle demande pourrait émaner soit d'un Etat, soit d'une institution de l'Union Africaine, soit d'une organisation africaine reconnue par l'Union Africaine, soit de l'Union Africaine elle-même, même si la Charte demeure muette sur ce point.

26. En application de l'article 27 paragraphe 1 du Protocole.



# **VIII. LES DROITS DE L'HOMME DE TOUS LES TRAVAILLEURS MIGRANTS ET DES MEMBRES DE LEUR FAMILLE : LA CONVENTION DES NATIONS UNIES DU 18 DÉCEMBRE 1990**

## **Introduction**

En l'an 2000, on estimait à plus de 175 millions le nombre de personnes impliquées dans la migration internationale, personnes ayant quitté leur pays de manière temporaire ou durable pour gagner leur vie, ou survivre, dans un pays dont elles n'ont pas la nationalité. Ce chiffre comprend des réfugiés protégés par une convention internationale spécifique, des personnes déplacées, des migrants économiques travailleurs migrants, saisonniers, demandeurs d'asile déboutés, travailleurs en situation irrégulière, migrants écologiques, etc. Ce chiffre est certes impressionnant, mais il représente moins de 3 pour cent de la population mondiale.

La migration touche à l'essence même de l'Etat, à son identité, et a des incidences sur la politique étrangère, la sécurité, le développement, la politique humanitaire, la politique de natalité, l'emploi, pour ne citer que les principaux domaines. La migration n'est cependant pas qu'un processus, un phénomène qui intéresse les statisticiens, mais d'abord et surtout un mouvement de personnes : l'individu est au centre de toute migration et cet individu est protégé par le droit en sa double qualité de migrant et de travailleur. Ce double aspect fut particulièrement pris en compte par les derniers développements normatifs intervenus en la matière au niveau universel, à savoir la Convention des Nations Unies de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

Une première partie sera consacrée à un bref rappel du régime juridique auquel est soumis un travailleur migrant, tant en droit interne qu'en droit international. Une deuxième partie examinera les principales caractéristiques de cette Convention de

1990, sa genèse, son contenu et ses mécanismes de contrôle. Une troisième partie, enfin, présentera les obstacles qui furent posés à l'entrée en vigueur de cette Convention ainsi que l'impact qu'elle peut avoir sur le développement du droit et une meilleure protection des travailleurs migrants.

## **I. La situation juridique du travailleur migrant**

### **1. Droit interne**

La situation juridique du travailleur migrant doit être analysée sous deux aspects : interne et international.

Même si le thème du présent colloque incite tout naturellement à une réflexion sur les aspects internationaux, le volet interne ne saurait être négligé ou passé sous silence. La migration est régie principalement, mais non exclusivement, par le droit interne de chaque Etat : toute personne qui émigre ou immigré est généralement perçue comme un étranger. La « *summa divisio* » s'effectuera donc dans chaque Etat entre les nationaux d'une part, les étrangers d'autre part. Cette caractéristique d'extranéité découle d'un principe fondamental : chaque Etat a le droit souverain de décider tant du nombre d'étrangers qu'il veut admettre sur son territoire que des critères d'admission de ces personnes, réserve faite bien entendu de ses obligations internationales conventionnelles ou coutumières. En raison de ce pouvoir discrétionnaire, l'Etat a par exemple le droit de procéder au renvoi des étrangers qui se trouveraient en situation irrégulière sur son territoire, que ce soit en raison des modalités de leur entrée, de leur séjour ou de leur travail. Cette caractéristique d'extranéité découle également du principe selon lequel l'Etat fixe les conditions d'acquisition de la nationalité.

En ce qui concerne les travailleurs migrants, le droit international contient de nombreuses dispositions qui leur sont applicables ; ces dispositions forment ce qu'il est convenu d'appeler le droit des travailleurs migrants, mais l'emprise du droit international ne s'arrête pas là : les droits de l'homme et le droit des étrangers, pour ne citer que ces deux branches du droit, sont également applicables aux travailleurs migrants.

### **2. Droit international**

#### *A. Le droit des étrangers*

Les travailleurs migrants sont des étrangers dans le pays d'accueil ; vu l'assimilation effectuée entre migrants et étrangers, la tentation est grande – et légitime

– de mettre les travailleurs migrants au bénéfice du droit des étrangers. Ce dernier contient nombre de préceptes applicables aux travailleurs migrants, par exemple en matière d'égalité de traitement, d'expulsion, de conditions d'admission, de garantie des droits fondamentaux ou du standard minimum. Ce droit, cependant, ne couvre que certains aspects bien définis de la vie du travailleur migrant et, en particulier, ignore le trait caractéristique de la migration, à savoir son aspect dynamique.

Bien qu'une analyse approfondie de ce droit ne se justifie pas en cet endroit, trois remarques s'imposent. La première a trait au statut des travailleurs migrants en situation irrégulière, imparfaitement couvert par le droit des étrangers. La deuxième concerne l'exigence d'égalité de traitement et l'existence d'un standard minimum ; ce dernier est une garantie de base accordée à tous les étrangers et présente maintes analogies avec les droits fondamentaux de l'homme. La troisième enfin se réfère à la nature essentiellement coutumière et non écrite du droit des étrangers en droit international, de sorte que le contenu exact et les contours de ce droit ne sont pas clairement définis.

### *B. Les droits de l'homme*

Les instruments consacrés aux droits de l'homme, spécialement la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, constituent le point de départ de tout recensement des droits de l'homme applicables aux travailleurs migrants. En effet, tout individu impliqué dans la migration est titulaire de droits et obligations imprescriptibles. En fonction de son statut particulier, – étranger, apatride, travailleur migrant – il bénéficiera de certains droits additionnels qui sont autant de strates successives s'accumulant sur la base constituée par le socle des droits inaliénables de la personne humaine.

Parmi les droits de l'homme, une mention spéciale doit être faite au droit de quitter librement tout pays, y compris le sien, et au droit de revenir dans son pays. Ces deux droits constituent l'essence même de la libre circulation des personnes. Il sied de préciser ici que le droit de quitter tout pays n'est que la formulation positive d'une interdiction adressée à l'Etat : aucun Etat n'a le droit de retenir arbitrairement une personne se trouvant sur son territoire et manifestant la volonté de le quitter ; cette interprétation est la seule compatible avec l'absence d'un droit général d'entrer dans un autre pays. Le droit de quitter librement un pays, s'il était conçu comme le droit de s'établir dans le pays de son choix, n'aurait de sens que s'il était accompagné de son corollaire, à savoir l'obligation faite à tout Etat d'accepter les individus manifestant l'intention de venir s'établir chez lui ; or, une des prérogatives essentielles des Etats consiste à décider souverainement de l'admission des étrangers sur leur territoire. Quant aux nationaux, l'Etat dont ils sont les ressortissants a l'obligation de les accueillir sur son territoire.

### *C. Le droit des travailleurs migrants*

Pendant plus d'un demi-siècle, l'attention internationale s'est portée surtout sur la protection des travailleurs migrants, ainsi qu'en témoignent notamment les multiples conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail (OIT).

## **II. La convention des Nations Unies du 18 décembre 1990**

### **1. Genèse**

Au début des années 70, la problématique des travailleurs migrants a suscité un renouveau d'intérêt de la part des Nations Unies en raison principalement des abus résultant du trafic ou de la traite de la main d'œuvre : la question n'était certes pas nouvelle, mais son ampleur l'éleva au rang de thème politique qu'il convenait d'aborder au niveau multilatéral.

En 1972, le Conseil économique et social des Nations Unies prit note avec inquiétude des conditions analogues à l'esclavage qui caractérisaient le recrutement et l'emploi de certains travailleurs ; l'Assemblée générale demanda qu'il soit mis fin à ces pratiques. La Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités chargea l'un de ses membres, en 1973, d'effectuer une étude sur le sujet, ce qui fut achevé en 1976.

D'autres réunions internationales attirèrent l'attention des Etats sur ce problème, en particulier la Conférence mondiale des Nations Unies sur la population, tenue à Bucarest en 1974, plusieurs séminaires des Nations Unies sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, ainsi que la Conférence mondiale de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale tenue à Genève en 1978 ; cette dernière conférence proposa l'adoption d'une Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants, proposition qui fut entérinée par l'Assemblée générale en décembre 1978.

Un groupe de travail ouvert à tous les Etats intéressés fut constitué en 1980 et se mit à la tâche avec beaucoup de conviction au long d'un parcours parsemé d'embûches. Conviction, car le groupe était présidé par le délégué du Mexique, pays qui avait toujours manifesté un intérêt très vif à la défense de ses nationaux à l'étranger ; parcours semé d'embûches car les membres du groupe n'avaient pas tous les mêmes priorités ou les mêmes motivations.

Après 10 ans de négociations, le groupe de travail soumit un projet de convention aux Nations Unies pour approbation. Cette Convention, intitulée « *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des*

*membres de leur famille* », fut adoptée par consensus par l'Assemblée générale le 18 décembre 1990 et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003, lorsque vingt Etats l'eurent ratifiée. A ce jour, les 27 Etats suivants l'ont ratifiée : Azerbaïdjan, Belize, Bolivie, Bosnie-Herzégovine, Burkina Faso, Cap-Vert, Colombie, Equateur, Egypte, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinée, Kirghizistan, Jamahiriya Arabe Libyenne, Mali, Maroc, Mexique, Philippines, Sénégal, Seychelles, Sri Lanka, Tadjikistan, Timor-Leste, Turquie, Ouganda, Uruguay.

## 2. Objectifs

La traite de la main d'œuvre et les abus auxquels elle donne lieu furent à l'origine de la Convention ; la préoccupation première fut d'assurer une meilleure protection de ces personnes et le respect de leur dignité. Cette constante ou cet objectif se retrouve dans la Convention, mais dans une perspective bien plus holistique : il s'agit de reconnaître – et protéger – les droits de l'homme de tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur situation juridique. Ces droits sont au premier chef ceux consacrés par les instrument des droits de l'homme, mais aussi ceux rattachés à la condition de travailleur du migrant.

Un deuxième objectif consiste à protéger non seulement les travailleurs migrants pris individuellement, mais aussi l'unité familiale ; les membres de la famille bénéficient de droits qu'il convient de rappeler à une époque où les politiques migratoires entraînent parfois la dispersion de la famille.

Un troisième objectif est celui de la lutte contre la migration irrégulière ; l'idée qui sous-tend cet objectif est que le respect des droits des travailleurs migrants découragera l'emploi de travailleurs sans documents ou en situation irrégulière, surtout si un mécanisme de sanctions efficaces réprimera au niveau national les atteintes aux droits des travailleurs migrants.

## 3. Contenu

### A. *Champ d'application personnel*

La Convention définit le travailleur migrant comme toute personne qui va exercer, exerce ou exercera une activité rémunérée dans un Etat dont elle n'est pas ressortissante. La Convention définit ensuite toute une série de travailleurs migrants couverts par la Convention, à savoir les travailleurs frontaliers, les travailleurs saisonniers, les gens de mer et les travailleurs d'une installation en mer sous certaines restrictions, les travailleurs itinérants, les travailleurs employés au titre de projets, les travailleurs admis pour un emploi spécifique, et enfin les travailleurs indépendants. Seuls sont exclus du champ d'application personnel les fonctionnaires internationaux, les investisseurs, les réfugiés et apatrides, les étudiants et stagiaires. Le critère décisif

est le statut de migrant et de travailleur, quelle que soit la façon – régulière ou irrégulière – dont ce statut est obtenu.

Une autre question importante au titre du champ d'application personnel est le concept de famille, ou de membres de la famille. La définition de ce concept est particulièrement cruciale en matière de regroupement familial. Après d'âpres débats, la définition retenue peut laisser perplexe à première vue : les membres de la famille désignent « *les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec ceux-ci des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi que leurs enfants à charge qui sont reconnus comme membres de la famille en vertu de la législation applicable ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux applicables entre les Etats intéressés* ». Cette définition n'en constitue pas une, car la loi applicable en matière de statut personnel, notamment le mariage, devrait plutôt être celle de l'Etat d'origine, mais l'Etat d'accueil ou d'emploi pourra par exemple opposer le concept d'ordre public pour refuser le regroupement familial en cas de polygamie ; il en va de même en ce qui concerne les enfants à charge qui seront ou non considérés comme tels en fonction de l'âge fixant la majorité dans les pays concernés.

#### *B. Les droits des travailleurs migrants*

Après une forte affirmation ou réaffirmation du principe de non discrimination – dans un article qui, à lui tout seul, fait l'objet d'un chapitre distinct – la Convention énumère, dans pas moins de 28 articles, les droits de tous les travailleurs migrants, qu'ils soient en situation irrégulière ou non : c'est sans doute une des innovations majeures ou les plus apparentes de la Convention. On y trouve un catalogue des droits fondamentaux de la personne humaine : citons en particulier le droit à la vie ; le droit de quitter tout pays y compris le sien ; le droit de retourner et de demeurer dans son pays ; le droit à ne pas effectuer un travail forcé ou obligatoire ; l'interdiction de la torture ou de l'esclavage ; le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; la liberté et la sécurité de la personne ; la liberté d'opinion et d'expression ; le droit de ne pas être privé arbitrairement de ses biens ; l'interdiction d'une arrestation ou détention arbitraire. A ces dispositions viennent s'ajouter des droits spécifiques aux migrants, par exemple : le traitement national en matière de rémunération ; l'accès à l'éducation de base pour les enfants ; l'accès aux soins médicaux d'urgence ; les garanties en cas de détention ; le droit à la protection et à l'assistance diplomatique et consulaire ; l'interdiction d'expulsion collective ; la liberté syndicale ; la sécurité sociale ; le respect de l'identité culturelle ; l'interdiction de confisquer ou détruire les passeports, documents d'identité et permis de travail ; le droit à un nom et à une nationalité pour tout enfant d'un travailleur migrant.

Au terme de cette longue liste de droits, la Convention réaffirme que rien ne dispense les travailleurs migrants de l'obligation de se conformer aux lois et règlements de tout Etat de transit et d'emploi ; le rappel est utile, même s'il paraît quelque peu rhétorique dans le cas de travailleurs qui se sont mis en situation irrégulière. La

Convention précise également que rien ne saurait être interprété comme impliquant la régularisation, ou un droit à la régularisation, de ces travailleurs.

La partie suivante règle en 21 articles les droits additionnels des travailleurs migrants et des membres de leur famille en situation régulière : droit de libre circulation et de choix de la résidence ; participation aux affaires publiques de leur Etat d'origine ; jouissance des droits politiques à la discrétion de l'Etat d'emploi ; regroupement familial facilité ; traitement national en ce qui concerne l'impôt ; droit de former des associations et des syndicats ; protection contre les licenciements ; droit aux prestations de chômage. Le souci de couvrir non seulement l'ensemble des droits civils et politiques, mais aussi les droits économiques, sociaux et culturels est constant.

Ainsi, l'égalité de traitement avec les nationaux est accordée en matière d'accès aux services d'éducation et d'orientation professionnelle, au logement, aux services sociaux et sanitaires. Cette égalité est également garantie aux membres de la famille ; en outre, les enfants devraient bénéficier de l'enseignement de leur langue maternelle, même s'il ne s'agit que d'une incitation, et non d'une obligation adressée à l'Etat d'emploi.

La protection de l'unité familiale doit être assurée, mais ce principe est formulé en termes vagues laissant une large manœuvre d'appréciation aux Etats d'accueil quant à sa réalisation.

Les biens personnels, ménagers et nécessaires à l'exercice de la profession sont exonérés de droits et taxes d'importation et d'exportation ; en particulier, les gains et économies peuvent être transférés conformément à la législation applicable, transferts qui doivent être facilités par les Etats concernés.

L'octroi, ou la reconnaissance de ces droits, constitue certes un acquis appréciable ; encore faut-il que les bénéficiaires en soient dûment informés. L'article 37 de la Convention stipule que les Etats concernés doivent informer pleinement les travailleurs migrants et les membres de leur famille, avant leur départ, de toutes les conditions posées à leur admission, séjour et emploi, ainsi que des obligations y relatives.

### *C. La coopération internationale*

Même si, comme nous l'avons souligné, l'admission et le séjour d'étrangers ou de travailleurs migrants sont des questions étroitement liées à la souveraineté de l'Etat, les gouvernements prennent de plus en plus conscience de la dimension et des implications internationales de la migration, et de la nécessité correspondante de coopérer aux niveaux bilatéral et multilatéral afin d'assurer une gestion ordonnée des mouvements migratoires.

Le concept de migration ordonnée ou de gestion ordonnée de la migration est ancré dans la Convention du 18 décembre 1990 ; en effet, la Partie VI est dévolue à

la promotion de conditions saines, équitables, dignes et légales en ce qui concerne les migrations internationales des travailleurs migrants. En vertu de l'article 64, les Etats doivent se consulter et coopérer en vue de promouvoir cette migration ordonnée ; l'article 65 leur impose de maintenir des services appropriés à cette fin. Quant à l'article 67, il fait obligation aux Etat de coopérer en vue d'adopter des mesures relatives à la bonne organisation du retour des travailleurs migrants et des membres de leur famille dans leur Etat d'origine ; il faut relever ici que cette obligation concerne tous les travailleurs migrants, qu'ils soient en situation irrégulière ou non. Les obligations de consultation et coopération ont une portée générale, ainsi qu'en témoignent les nombreux processus régionaux récemment mis en place afin de trouver des solutions pragmatiques et consensuelles aux problèmes posés par la migration. Il serait difficile de prétendre que le principe de coopération sus-énoncé n'a qu'une valeur conventionnelle et ne s'applique qu'aux personnes couvertes par la Convention.

#### *D. Les mécanismes de contrôle*

Les mécanismes prévus à la Partie VII de la Convention s'inspirent largement de ceux établis par le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. Un Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles est institué, Comité initialement composé de 10, puis de 14 experts lorsque la Convention aura été ratifiée par 41 Etats ; ces experts siègent en leur qualité personnelle.

Chaque Etat partie doit présenter au Comité des rapports périodiques (tous les cinq ans) sur les mesures législatives, judiciaires, administratives et autres qu'il aura prises pour donner effet aux dispositions de la Convention. Le Comité transmettra à l'Etat partie les commentaires jugés appropriés après avoir tenu compte des avis donnés par le Bureau international du Travail. Ces rapports seront aussi diffusés à d'autres institutions spécialisées et à des organisations compétentes en la matière.

Le système prévoit également une procédure de communications étatiques et individuelles, toutes deux soumises à l'acceptation préalable par l'Etat ou les Etats intéressés de la compétence du Comité de connaître de telles communications.

En ce qui concerne les communications étatiques, à savoir la procédure par laquelle un Etat prétend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de la Convention, la procédure suivie est essentiellement celle du Pacte sur les droits civils et politiques. Le Comité met à la disposition de Parties ses bons offices afin de parvenir à une solution amiable. Si une solution n'a pu être trouvée, le Comité expose, dans son rapport, les faits pertinents, avec l'argumentation des deux parties. Le Comité pour les droits des travailleurs migrants peut en plus y ajouter « toute vue qu'il peut considérer pertinente en la matière ». La procédure ne paraît pas être d'une célérité extrême et le Comité n'entre en matière que si les recours internes ont été épuisés conformément au droit international.



Les communications individuelles sont soumises aux mêmes conditions que celles prévues par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte sur les droits civils et politiques, avec la particularité que ces communications peuvent être présentées « par ou pour le compte » de particuliers, étant entendu que les communications anonymes ne seront pas prises en considération. Une déclaration préalable de la part de l'Etat portant acceptation de la compétence du Comité de connaître de telles communications est nécessaire. Comme dans le cas des communications étatiques, la règle de l'épuisement des recours internes s'applique. Le Comité, après avoir reçu les explications et éclaircissements de l'Etat et du particulier, fait part de ses constatations à l'un et à l'autre.

En plus des procédures optionnelles ci-dessus résumées, l'article 92 de la Convention prévoit une procédure facultative de règlement des différends qui pourraient surgir entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la Convention, différends qui n'auraient pu être réglés par voie de négociation. Ces différends seront soumis à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties. Cette procédure de l'article 92 s'ajoute d'une certaine manière à celle des communications étatiques ; en effet, ces dernières concernent aussi le règlement d'une divergence d'opinions entre deux Etats, sauf que le pouvoir du Comité ne dépasse pas le seuil des bons offices.

### **III. L'avenir de la convention**

#### **1. Obstacles**

Certains Etats ont annoncé en 1990 qu'ils ne s'opposaient pas au consensus mais n'envisageaient pas de ratifier la Convention : ces déclarations faites il y a près de 15 ans doivent être nuancées, car la situation politique et migratoire de ces pays a peut-être changé dans l'intervalle et une connaissance plus précise de la Convention et de ses implications pourrait modifier ce point de vue. Le fait est que de nombreuses objections – fondées ou non – ont été invoquées pour expliquer une résistance passive à la ratification, objections réfutées à leur tour par les partisans de la Convention ; en voici quelques exemples :

- Priorité doit être accordée au renforcement des contrôles aux frontières afin de mettre un terme à la migration irrégulière et ses abus. Une telle approche n'est cependant pas incompatible avec la reconnaissance de droits fondamentaux à tous les travailleurs migrants se trouvant sur le territoire étatique.
- L'accroissement de la pauvreté, l'élargissement du fossé entre pays riches et pauvres, ainsi que l'explosion démographique de certains pays en développement sont la source principale de la migration : reconnaître des droits à tous les travailleurs migrants

serait un encouragement à une migration irrégulière encore accrue et serait incompatible avec une politique de dissuasion. A cela on peut rétorquer que la connaissance ou l'ignorance de l'existence de droits n'est pas un facteur déterminant lorsqu'un travailleur migrant s'estime contraint de quitter son pays pour survivre ; en outre, la pertinence juridique de l'argument est pour le moins douteuse lorsque l'on sait que la Convention laisse intact le pouvoir de l'Etat de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants.

- Certains Etats estiment que le nombre réduit de travailleurs migrants se trouvant sur leur territoire ne mérite pas qu'un effort de ratification soit entrepris. Ils semblent sous-estimer l'impact positif que pourrait provoquer leur démarche sur d'autres Etats.
- Une situation économique précaire et un taux de chômage en hausse ne se prêtent pas à l'adoption d'un texte vu comme « accordant » des droits à des étrangers, surtout en situation irrégulière. Un tel argument est dangereux, car il encourage la montée de la xénophobie, de la discrimination et des abus, phénomènes que la Convention cherche à juguler et éradiquer ; au surplus, la Convention ne fait pour l'essentiel que réaffirmer l'existence des droits fondamentaux garantis à tout individu.
- La réglementation de la migration relève du droit des étrangers et, par conséquent, de la souveraineté nationale ; il serait inopportun pour l'Etat de prendre des engagements internationaux en la matière. Si une politique de migration touche certes au cœur de la souveraineté, la reconnaissance de droits fondamentaux à tous les migrants est une obligation internationale qui s'impose à tout Etat.
- La législation nationale est déjà suffisamment protectrice et est conforme aux standards internationaux. Une ratification aurait toutefois l'avantage d'ancrer en droit international les obligations de l'Etat et de rendre plus difficile un changement défavorable de la législation.
- L'existence, le contenu et les implications de la Convention sont largement méconnus ; aucune pression soutenue ne s'exerce à l'égard des Etats pour les inciter à ratifier.
- La Convention couvre un vaste domaine et il est fort probable qu'un Etat doive au préalable changer sa législation interne pour l'adapter aux dispositions de la Convention : cet obstacle est réel, mais de nature temporaire si l'Etat prend effectivement les mesures qui s'imposent pour ajuster sa législation.
- La pléthore d'instruments internationaux en ce domaine est telle qu'il suffit de ratifier et d'appliquer ces instruments ; l'argument ne manque pas de poids, même si les motifs ayant incité les Etats à rédiger la Convention montrent qu'elle répond à un besoin réel.

Malgré ces obstacles, un accroissement du nombre des ratifications a été noté de sorte que l'entrée en vigueur a pu être célébrée le 1<sup>er</sup> juillet 2003. Il sied de noter que

pour certains traités d'importance majeure, comme les deux Pactes des Nations Unies, il fallut attendre 10 ans pour qu'ils entrent en vigueur. Si l'entrée en vigueur récente de la Convention est réjouissante, encore faut-il tenir compte du statut migratoire des Etats liés par la Convention : à ce jour, peu d'Etats de destination ou d'emploi ont ratifié la Convention.

## 2. Perspectives

Une première question qui mérite quelques développements est celle de l'impact de la Convention sur le droit : s'agit-il d'une convention de codification du droit existant, ou d'un développement progressif ? Dans le premier cas, tous les Etats seraient déjà liés par le droit coutumier ; dans le second cas, seuls les Etats parties seraient tenus au respect du droit conventionnel. La réponse n'est pas aisée, car souvent ce genre de convention est un subtil amalgame de codification et de développement progressif. Lorsqu'il s'agit d'énoncer le droit de fond, surtout en ce qui concerne les droits et devoirs des migrants en situation irrégulière, la Convention est essentiellement codificatrice ; lorsqu'il est question du devoir des Etats de promouvoir des conditions saines, équitables, dignes et légales en ce qui concerne les migrations, la convention fait partiellement œuvre novatrice.

Une deuxième question consiste à savoir si la convention constitue un progrès : on a cru décerner, ci et là, des régressions par rapport aux normes existantes, par exemple en matière de regroupement familial ; il est possible que le souci d'universalité et de recherche du consensus ait pu conduire à des concessions sur certains points. Le fait demeure cependant que la recherche d'un élargissement des champs d'application personnel et matériel ne s'est pas effectuée au détriment du maintien des droits garantis aux travailleurs migrants.

Une troisième observation a trait à l'équilibre entre droits de l'individu et contrôle exercé par l'Etat ; des esprits chagrins ne manqueraient pas de fustiger la longue liste de droits accordés aux travailleurs migrants en situation irrégulière, porte ouverte aux vagues déferlantes d'étrangers qui viendront bouleverser l'équilibre démographique, racial, religieux et culturel des pays d'accueil ! Au-delà de cette rhétorique inquiétante, il faut relever que la Convention n'affecte pas le droit de chaque Etat de renvoyer, en respectant les garanties judiciaires accordées à tout individu, les travailleurs migrants qui se trouveraient en situation irrégulière.

Une quatrième observation concerne l'impact de la Convention sur les relations interétatiques : l'accent mis sur le besoin de coopération internationale en matière de migration influencera, imperceptiblement, la ligne de démarcation entre ce qui relève de la compétence exclusive de l'Etat et ce qui tombe sous l'emprise de la coopération multilatérale : dans un domaine aussi sensible que la migration, cette avancée est plus importante qu'il n'y paraît de prime abord.

Une cinquième et pénultième observation concerne un des buts de la Convention : à l'origine de la Convention, il y a la prise de conscience, au début des années 70, des abus auxquels donnait lieu la traite de main-d'œuvre et du besoin d'y mettre un frein ou un terme. Cet objectif est-il atteint par la ratification et la mise en œuvre de la Convention ? La réponse doit être fortement nuancée, car si la protection des droits et l'égalité de traitement peuvent constituer un frein à la traite des personnes, des mesures répressives sont nécessaires à cet effet ; il faut également rappeler l'adoption récente de deux autres instruments internationaux : le 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 ; le protocole contre le trafic de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

Une dernière observation concerne l'influence de la Convention ; la Convention inspire les législations nationales, voire des arrangements régionaux, agit comme moteur ou représente l'aune à laquelle est mesurée la conformité de tout nouveau texte à ce que devrait constituer une protection efficace des droits des travailleurs migrants. Son impact se mesure aussi en fonction du nombre et de la qualité migratoire – pays d'origine, de transit ou d'emploi – des Etats parties. Si la ratification de la Convention doit être encouragée, encore faut-il rappeler que son respect effectif ne sera assuré que si le travailleur migrant ne sera pas perçu par la collectivité d'accueil comme un individu taillable et corvéable à merci, sujet à la discrimination, au racisme rampant ou déclaré, et aux autres formes d'intolérance : le droit n'est un instrument de progrès et de justice que dans les sociétés désireuses de faire œuvre de progrès et de justice.

## **IX. NORMES RELATIVES À LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS MIGRANTS**

### **Introduction**

Les travailleurs migrants constituent une préoccupation constante de l'OIT. La protection de leurs droits humains est un principe défendu dès la constitution de l'OIT en 1919.

On notera également que la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail, ou Déclaration de Philadelphie (adoptée en 1944), porte une attention particulière aux problèmes des travailleurs migrants. Cette préoccupation demeure très actuelle puisque la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée par la Conférence internationale du Travail le 18 juin 1998, réitère – dans son quatrième attendu – la nécessité pour l'Organisation de porter une attention particulière à cette catégorie de travailleurs.

### **I. L'OIT et les normes**

#### **1. La Conférence internationale du Travail (CIT)**

Les Etats Membres de l'OIT se réunissent à la Conférence internationale du Travail qui se tient chaque année à Genève (Suisse), au mois de juin. Chaque Etat Membre est représenté par une délégation composée de deux délégués gouvernementaux, un délégué employeur et un délégué travailleur, assistés de conseillers. Les délégués employeurs et les délégués travailleurs sont désignés en accord avec les organisations nationales d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives.

Tous les délégués jouissent des mêmes droits, peuvent s'exprimer librement et voter comme ils l'entendent. Il arrive couramment qu'un délégué employeur et un délégué travailleur votent différemment du représentant de leur gouvernement ou différemment l'un de l'autre. La diversité des points de vue n'empêche toutefois pas que les décisions soient souvent prises à la très grande majorité, voire à l'unanimité des voix. Nombre des représentants gouvernementaux sont des ministres chargés des questions sociales dans leur pays. Des chefs d'Etat et de gouvernements prennent également la parole à la Conférence. Des organisations internationales, gouvernementales ou non, sont représentées par des observateurs.

La Conférence, qui est souvent comparée à un parlement international du travail, a plusieurs fonctions.

- Premièrement, elle élabore et adopte des normes internationales du travail, sous forme de **Conventions** et de **Recommandations**. Les Conventions sont des traités internationaux qui, une fois adoptés par la Conférence, sont ouverts à la ratification des Etats Membres. La ratification d'une Convention entraîne l'obligation juridique d'en appliquer les dispositions. Les Recommandations sont destinées à guider l'action nationale mais ne sont pas soumises à ratification et ne sont pas légalement contraignantes.
- La Conférence suit également l'application des Conventions et Recommandations au niveau national. Elle examine les rapports que les gouvernements de tous les Etats Membres sont tenus de soumettre et dans lesquels ils présentent de manière détaillée la manière dont ils remplissent leurs obligations liées aux Conventions ratifiées, de même que la législation et la pratique en rapport avec les Conventions et Recommandations (ratifiées ou non) sur lesquelles le Conseil d'administration du BIT a demandé l'établissement de rapports.
- Depuis l'adoption de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998), la Conférence a une autre fonction importante, à savoir examiner le rapport global préparé par le Bureau dans le cadre de la procédure de suivi imposée par la Déclaration. Sur un cycle de quatre ans, la Conférence examine des rapports globaux couvrant successivement les quatre droits fondamentaux, à savoir: a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; c) l'abolition effective du travail des enfants; et d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.
- La Conférence est également un forum où sont débattus librement, parfois avec passion, les problèmes sociaux et du travail qui intéressent le monde entier. Les délégués examinent l'évolution sociale dans le monde mais le thème central est le rapport présenté chaque année par le Directeur Général du BIT. En voici quelques-uns, parmi les plus récents : *Assurances sociales et protection sociale* (1993), *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre: la justice sociale dans une économie qui se mondialise* (1994), *Promouvoir l'emploi* (1995), *L'action normative de l'OIT à*

*l'heure de la normalisation (1997), Un travail décent (1999) et Réduire le déficit de travail décent: un défi mondial (2001).*

- La Conférence adopte aussi des résolutions qui contribuent à orienter la politique générale de l'OIT et ses activités futures.
- Tous les deux ans, la Conférence adopte le programme et budget biennal de l'OIT qui est financé par les Etats Membres.

## **2. Activités normatives de l'OIT – Normes relatives aux travailleurs migrants**

L'action normative de l'OIT s'oriente vers deux directions.

- La première direction consiste à consacrer le droit à l'égalité de traitement entre les travailleurs nationaux et étrangers. A ce propos, il faut rappeler le principe que toutes les normes de l'OIT sont applicables aux nationaux et au non nationaux. Ainsi, à l'exception des instruments qui concernent des catégories particulières de travailleurs (ex: gens de mer), les 185 Conventions et les 194 Recommandations adoptées par la CIT couvrent les travailleurs nationaux et étrangers sans distinction. Ceci n'a pas d'incidence sur le droit souverain des États de réglementer l'accès à leur territoire ou au marché du travail. Les Droits et Principes fondamentaux au travail qui s'appliquent indifféremment aux travailleurs nationaux ou migrants, réguliers ou irréguliers sont par exemple :
  - Liberté syndicale et reconnaissance du droit à la négociation collective (C.87 et C.98) ;
  - Élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (C. 29 et C.105) ;
  - Abolition effective du travail des enfants (C.138 et C182) ;
  - Élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (C.100 et C.111).
- L'autre direction consiste à rechercher des solutions globales aux problèmes auxquels sont confrontés les travailleurs migrants (information, protection, discrimination, conditions de vie et de travail, etc.). Dans cette catégorie de normes, nous pouvons faire le classement suivant :
  - Normes de l'OIT qui contiennent des dispositions sur les travailleurs migrants :
    - Convention N° 110 (plantations) ;
    - Conventions N°168 (promotion de l'emploi et protection contre le chômage) ;
    - Convention N°181 (agences d'emploi privées).

La liste n'est pas exhaustive.

- Normes relatives aux travailleurs migrants :
  - Recommandation (n°2) sur la réciprocité de traitement, 1919 ;
  - Convention (n°21) sur l'inspection des émigrants, 1926 ;
  - Recommandation (n°26) sur la protection des émigrantes à bord des navires, 1926 ;
  - Convention (n°66) sur les travailleurs migrants, 1939 ;
  - Recommandation (n°61) sur les travailleurs migrants (collaboration entre États), 1939 ;
  - Convention (n°97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949 ;
  - Recommandation (n°86) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949 ;
  - Convention (n°143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975 ;
  - Recommandation (n°151) sur les travailleurs migrants, 1975 ;
  - Recommandation (n°100) sur la protection des travailleurs migrants (pays insuffisamment développés), 1955.

## **II. Champ d'application des instruments de base : C 97 et C 143**

Les deux principales Conventions et les deux Recommandations relatives aux travailleurs migrants visent toutes à protéger les travailleurs migrants contre la discrimination et l'exploitation.

### **1. Contenu des instruments de 1949**

#### *A. La Convention no 97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949*

Cette Convention est née des bouleversements de l'Europe de l'après-guerre et du désir de faciliter le déplacement des excédents de main-d'œuvre de ce continent vers d'autres parties du monde. Elle est composée de 12 articles opérationnels et de trois annexes.

Aux termes de l'article 11, paragraphe 1 de la Convention, l'expression « travailleur migrant » désigne une personne qui émigre ou a émigré d'un pays vers un autre pays en vue d'y occuper un emploi autrement que pour son propre compte. Sont exclus du champ d'application de la Convention n° 97 : les travailleurs frontaliers, les artistes ou les personnes exerçant une profession libérale pour une courte période et les gens de mer (art. 11, para. 2).



**a. Mesures visant à réglementer les conditions dans lesquelles les migrations aux fins d'emploi doivent avoir lieu**

Aux termes de l'article 1, tout Etat Membre qui ratifie la Convention n° 97 s'engage à mettre à la disposition du BIT et de tout autre Etat concerné des informations sur sa politique et sa législation nationales relatives à l'émigration et à l'immigration, sur les dispositions particulières concernant les mouvements des travailleurs migrants et leurs conditions de travail et de vie, et sur les accords généraux et les arrangements particuliers conclus en la matière.

**b. Dispositions générales de protection**

Tout Etat Membre ayant ratifié la Convention s'oblige à prévoir le maintien d'un service gratuit d'information et d'aide aux migrants (art. 2), à lutter contre la propagande trompeuse en matière d'émigration et d'immigration (art. 3, parag. 1), à prendre des mesures destinées à faciliter le départ, le voyage et l'accueil des travailleurs migrants (art. 4), à prévoir des services médicaux appropriés (art. 5), ainsi qu'à prévoir la faculté pour les travailleurs migrants de transférer leurs gains et économies (art. 9). La Convention interdit également l'expulsion des travailleurs migrants admis à titre permanent en cas d'incapacité de travail (art. 8).

**c. Mesures visant à assurer aux travailleurs migrants en situation régulière l'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines**

L'article 6 interdit les inégalités de traitement entre les travailleurs migrants et les travailleurs nationaux qui pourraient résulter de la législation et de la pratique des autorités administratives dans quatre domaines, à savoir les conditions de vie et de travail, la sécurité sociale, les impôts liés au travail et l'accès à la justice.

**d. Annexes**

Aux termes de l'article 14, tout Etat Membre qui ratifie la présente Convention peut exclure de sa ratification les trois annexes ou l'une d'entre elles par une déclaration expresse. En l'absence d'une déclaration d'exclusion, les dispositions des annexes déploient les mêmes effets que celles de la Convention. Les deux premières annexes traitent des migrations aux fins d'emploi organisées, alors que la troisième, de portée plus générale, s'applique aux migrations aux fins d'emploi, qu'elles soient organisées ou spontanées.

*B. La Recommandation no 86*

Cette Recommandation, qui est divisée en huit parties (qui comprennent 21 paragraphes), préconise une série de mesures destinées à compléter les dispositions de la Convention n° 97, notamment en ce qui concerne l'information et l'aide aux migrants (partie III); le recrutement et la sélection (partie IV); l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi et la surveillance des conditions d'emploi (partie V). Elle contient également des dispositions visant à protéger les travailleurs migrants contre l'expulsion pour des motifs fondés sur l'insuffisance de leurs ressources ou sur la situation du marché de l'emploi (partie VI). En annexe à la Recommandation figure en outre un accord type précisant les méthodes d'application

des principes posés par la Convention n° 97 et la Recommandation n° 86, destiné à servir de modèle aux Etats lors de la conclusion d'accords bilatéraux.

## 2. Contenu des instruments de 1975

### A. *Convention n 43 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975*

Lorsque la Conférence a adopté cette Convention, en 1975, le contexte international, aussi bien économique que social, avait profondément changé depuis l'adoption des instruments de 1949. Il ne s'agissait plus désormais de faciliter le déplacement des excédents de main-d'œuvre vers d'autres parties du monde, mais de maîtriser les flux migratoires, et donc de mettre l'accent sur l'élimination des migrations illégales et de lutter contre les activités des organisateurs de mouvements de migrations clandestines et de leurs complices.

La Convention n° 143 se compose de trois parties : la partie I (art. 1-9) constitue la première tentative de la communauté internationale pour aborder les problèmes relatifs aux migrations clandestines et à l'emploi illégal des migrants, ces problèmes étant devenus particulièrement aigus au début des années soixante-dix. Les dispositions de la partie II (art. 10-14) élargissent considérablement le champ de l'égalité entre travailleurs migrants en situation régulière et travailleurs nationaux, notamment en l'étendant à l'égalité de chances. Enfin, la partie III (art. 15-24) comprend les dispositions finales usuelles, notamment l'article 16, aux termes duquel tout Etat Membre qui ratifie la Convention peut, lors de la ratification, exclure de son acceptation l'une ou l'autre des deux premières parties.

#### a. **Partie I**

L'article 1 énonce l'obligation générale de respecter les droits fondamentaux de l'homme de tous les travailleurs migrants. Il s'agit là d'affirmer, sans mettre en cause le droit des Etats de réglementer les flux migratoires, le droit des travailleurs migrants d'être protégés, qu'ils soient entrés dans le pays d'emploi régulièrement ou non, avec ou sans papiers officiels.

La lutte contre l'immigration clandestine requiert de la part des Etats Membres concernés l'adoption d'un certain nombre de mesures pour *déterminer* systématiquement s'il existe des migrants illégalement employés sur son territoire et s'il existe, en provenance ou à destination de leur territoire ou en transit par celui-ci, des migrations aux fins d'emploi dans lesquelles les migrants sont soumis au cours de leur voyage, à leur arrivée ou durant leur séjour et leur emploi à des conditions contrevenant aux instruments ou accords internationaux pertinents, multilatéraux ou bilatéraux, ou à la législation nationale (art. 2). Parallèlement, l'Etat Membre doit, si nécessaire en collaboration avec d'autres Etats Membres concernés, *supprimer* les migrations clandestines ou illicites et l'emploi illégal de migrants et *punir* les

organismes de migrations clandestines et les utilisateurs de travailleurs ayant émigré dans des conditions illégales, le but de ces mesures étant de prévenir et éliminer les abus (art. 3).

Au plan national, la Convention prévoit l'adoption et l'application de *sanctions* à l'encontre : des personnes qui encouragent sciemment l'immigration clandestine ou illégale, des personnes qui emploient illégalement des travailleurs migrants (l'employeur faisant l'objet de poursuites sous ce motif devant avoir le droit d'apporter la preuve de sa bonne foi), ainsi que des organismes de migrations clandestines ou illégales (art. 6). Au plan international, des contacts et échanges systématiques d'informations sur ces questions doivent avoir lieu entre Etats Membres concernés (art. 4). L'un des objectifs de cette coopération est de pouvoir poursuivre les auteurs de trafic de main-d'œuvre, quel que soit le pays d'où ils exercent leurs activités (art. 5). Les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs doivent être consultées à propos de la législation et des autres mesures prévues pour prévenir et éliminer les migrations dans des conditions abusives, et la possibilité de prendre des initiatives à cet effet doit leur être reconnue (art. 7). La partie I de la Convention contient également certaines mesures de protection en faveur des travailleurs migrants ayant perdu leur emploi (art. 8) ainsi qu'en faveur de ceux qui se trouvent en situation irrégulière (art. 9).

## **b. Partie II**

Alors que les dispositions des instruments de 1949 visent à proscrire les inégalités de traitement qui résultent principalement de l'action des pouvoirs publics, la partie II de la Convention n° 143 vise la promotion de l'égalité de chances et de traitement et l'élimination des discriminations dans la pratique. La Conférence a estimé que l'élimination de la législation ou de la pratique nationale des dispositions ou des mesures discriminatoires n'est pas suffisante, dans la mesure où les migrants sont, plus que d'autres, victimes de préjugés et d'attitudes discriminatoires en matière d'emploi.

C'est la raison pour laquelle les instruments de 1975 vont au-delà, et s'inspirent des dispositions de la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Ils s'en distinguent néanmoins sur deux points : premièrement, la politique nationale doit non seulement *promouvoir* mais également *garantir* l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession aux travailleurs migrants résidant légalement sur le territoire de l'Etat d'emploi et aux membres de leur famille ; deuxièmement, cette égalité de chances et de traitement s'étend également à la sécurité sociale, aux droits syndicaux et culturels, et aux libertés individuelles et collectives (art. 10). Tout en réservant aux Etats la latitude d'agir par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, la Convention définit toute une série de mesures à cet effet (art. 12). L'article 14 autorise cependant des restrictions en matière d'égalité d'accès à l'emploi, mais elles sont limitées. Enfin, l'article 13 demande aux Etats de faciliter le regroupement familial des travailleurs migrants résidant légalement sur leur territoire.

Aux fins de l'application de la partie II de la Convention n° 143, la définition de l'expression « travailleur migrant » exclut de son champ – outre les catégories spécifiées dans les instruments de 1949 – deux autres catégories de travailleurs : les personnes venues spécialement à des fins de formation et d'éducation, et les personnes admises temporairement dans un pays à la demande de leur employeur pour remplir des fonctions ou des tâches spécifiques, pour une période limitée et déterminée, et qui sont tenues de quitter le pays une fois ces fonctions ou tâches accomplies (art. 11).

### ***c. Recommandation n 151***

Cette Recommandation se compose de trois parties : la partie I précise les mesures devant être prises pour assurer le respect du principe d'égalité de chances et de traitement entre les travailleurs migrants qui se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat Membre et ses nationaux, la partie II définit les principes de politique sociale destinée à permettre aux travailleurs migrants et à leur famille de bénéficier des avantages accordés aux nationaux tout en tenant compte des besoins particuliers qu'ils peuvent avoir jusqu'au moment où leur adaptation est réalisée, et la partie III préconise l'adoption d'un certain nombre de normes minimales de protection, notamment en cas de perte d'emploi, d'expulsion et de départ du pays.

## **3. Personnes couvertes par les instruments**

### ***A. Définition de l'expression « travailleurs migrants »***

#### **a. Emploi**

Le champ d'application des instruments de l'OIT relatifs aux migrations est délimité principalement par le mandat qui a été confié à l'Organisation de protéger les droits et les libertés des travailleurs. Autrement dit, ces instruments traitent avant tout des travailleurs migrants par opposition aux migrants en général. Pendant les débats qui ont abouti à l'adoption des instruments de 1949, on a en effet estimé que l'OIT n'était pas l'institution la plus qualifiée pour examiner les problèmes nombreux et variés auxquels doivent faire face les migrants en général. Il a toutefois été précisé que les dispositions des instruments considérés dans le cadre de cette étude ont pour but de protéger les réfugiés et les personnes déplacées, pour autant qu'il s'agisse de travailleurs employés hors de leur pays d'origine.

#### **b. Les familles des travailleurs migrants**

Lors de l'élaboration des Conventions et des Recommandations, il a aussi été tenu compte du fait que les migrations ne sont pas un simple phénomène économique, mais qu'elles sont aussi un phénomène social et que, souvent, la migration aux fins d'emploi a des conséquences non seulement pour la personne concernée par la relation d'emploi mais aussi pour les membres de sa famille. C'est pourquoi, dans ces instruments, la protection d'un grand nombre de droits qui n'ont pas un rapport direct avec la relation d'emploi en tant que telle est expressément étendue aux membres des familles des travailleurs migrants. Il y a lieu de faire observer à cet égard que dans la

Convention n° 97 et dans la partie II de la Convention n° 143 ces dispositions s'appliquent uniquement aux membres de la famille qui sont autorisés par la loi à accompagner la personne migrante.

Dans la Convention n° 97, ces dispositions portent principalement sur le processus migratoire lui-même, c'est-à-dire sur le départ d'un migrant de son pays et son entrée dans un autre pays. La Convention n° 143 élargit les obligations des Membres puisqu'elle dispose en son article 13 que ceux-ci doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour « *faciliter le regroupement familial de tous les travailleurs migrants résidant légalement sur leur territoire* ». Il est précisé, au paragraphe 2 de l'article 13 de la Convention n° 143, que le terme « *famille* » désigne « *le conjoint du travailleur migrant, ses enfants et ses père et mère* ». Certains Etats ont choisi d'interpréter ce terme de manière plus large.

### c. Les migrations internationales

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 11 de la Convention n° 97, l'expression « *travailleur migrant* » désigne « *une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte. Elle inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant* ». On retrouve à l'article 11, paragraphe 1, de la Convention n° 143, la même définition, sur laquelle reposent les dispositions de la partie II de cet instrument. Il convient de relever que cette définition ne couvre que les migrations entre pays, autrement dit, ne sont considérées comme migrants que les personnes qui franchissent les frontières internationales aux fins d'emploi. Elle ne comprend donc pas les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur d'un même pays aux fins d'emploi.

### d. Migrations clandestines et emploi illégal

Les dispositions de la Convention n° 97, de la Recommandation n° 86 et de la partie II de la Convention n° 143 portent uniquement sur la protection des travailleurs migrants qui ont été « *admis régulièrement* » aux fins d'emploi. Autrement dit, les personnes qui sont entrées illégalement dans un pays ne sont pas couvertes par ces dispositions. Toutefois, la partie I de la Convention n° 143 et certaines dispositions de la Recommandation n° 151 traitent expressément de la suppression des migrations clandestines et de la protection des migrants en situation irrégulière.

L'article 1 de la Convention n° 143 dispose que tous les Membres pour lesquels la présente Convention est en vigueur s'engagent à protéger les droits de l'homme fondamentaux de « *tous les travailleurs migrants* », et l'article 3 dispose qu'il faut supprimer à la fois les *migrations* clandestines et l'*emploi* illégal de migrants. L'introduction de la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière dans la Convention n° 143 pourrait apparaître à première vue comme la cause du petit nombre de ratifications.

### e. Durée du séjour

Les quatre instruments qui font l'objet de la présente étude ne font en général pas de distinction entre les travailleurs qui ont immigré dans un pays en vue de s'y installer de façon permanente et ceux qui ont immigré pour un emploi de courte durée ou

même pour un travail saisonnier. Les Etats ne sont autorisés à exclure de l'application des dispositions de ces instruments aucune catégorie de travailleurs migrants entrés régulièrement sur leur territoire autre que celles qui sont mentionnées expressément dans ces instruments. Autrement dit, aucune distinction ne peut être faite, s'agissant des dispositions des instruments, entre les travailleurs migrants qui comptent s'installer dans le pays de façon permanente et les travailleurs migrants qui n'ont pas l'intention de séjourner très longtemps dans le pays d'emploi, par exemple les travailleurs saisonniers.

Toutefois, certaines dispositions portent uniquement sur les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui résident à titre permanent dans le pays d'emploi, en particulier celles de l'article 8 de la Convention n° 97, dont le but est d'empêcher qu'un travailleur migrant qui a été admis à titre permanent (et les membres de sa famille) puisse être expulsé du pays d'emploi au simple motif que ce travailleur est dans l'incapacité de travailler.

### *B. La réciprocité*

Indépendamment des paramètres mentionnés plus haut, il convient de relever que la règle de la réciprocité ne s'applique ni aux dispositions des instruments de 1949 ni à celles des instruments de 1975 (contrairement à la Convention n° 66 de l'OIT sur les travailleurs migrants/1939, qui n'est jamais entrée en vigueur faute de ratification). Autrement dit, pour que les dispositions de ces instruments s'appliquent à un travailleur migrant, il n'est pas nécessaire que celui-ci soit ressortissant d'un Etat qui les a ratifiés ou qui garantit l'égalité de traitement aux ressortissants des Etats qui les ont ratifiés.

### *C. Exceptions*

Les Conventions et Recommandations examinées dans la présente étude mentionnent expressément les catégories de travailleurs auxquelles leurs dispositions ne s'appliquent pas. Par exemple, au paragraphe 2 de son article 11, la Convention n° 97 dispose qu'elle ne s'applique pas « (a) *aux travailleurs frontaliers ; (b) à l'entrée, pour une courte période, de personnes exerçant une profession libérale et d'artistes ; et (c) aux gens de mer* ». Ces trois catégories sont également exclues du champ d'application de la Recommandation n° 86 et de la Convention n° 143. Le paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention n° 143 dispose, en outre, qu'elle ne s'applique pas « (d) *aux personnes venues spécialement à des fins de formation ou d'éducation ; et (e) aux personnes employées par des organisations ou des entreprises œuvrant dans le territoire d'un pays, qui ont été admises temporairement dans ce pays, à la demande de leur employeur, pour remplir des fonctions ou des tâches spécifiques, pour une période limitée et déterminée et qui sont tenues de quitter ce pays lorsque ces fonctions ou ces tâches ont été accomplies* ». Il convient de relever que l'exclusion du champ d'application de la Convention n° 143 des catégories de travailleurs migrants décrites à l'article 11, paragraphe 2, n'est valable que pour la partie II de l'instrument. La partie I ne permet en effet l'exclusion explicite d'aucune

catégorie de travailleurs migrants. La Recommandation n° 151 ne mentionne explicitement aucune exception. Aux catégories susmentionnées, il convient d'ajouter les travailleurs migrants travaillant pour leur propre compte, qui sont exclus par définition du champ d'application des quatre instruments.

Si l'exclusion des instruments des migrants travaillant pour leur propre compte était justifiée à l'époque de leur adoption, aujourd'hui elle n'est plus aussi appropriée. En effet, nombreux sont les travailleurs migrants, en situation régulière ou pas, qui exercent un emploi autonome ou semi-autonome et même qui travaillent dans le secteur informel ou marginal. Ces Travailleurs migrants ne jouissent d'aucune protection aux termes des Conventions considérées dans le cadre de cette étude.

L'expression « *travailleur frontalier* » n'est définie dans aucune des deux Conventions. C'est pourquoi il est demandé aux Etats qui les ont ratifiées, dans le formulaire de rapport relatif à l'application de ces Conventions adopté par le Conseil d'administration, de préciser quel est, selon eux, le sens de cette expression d'un point de vue juridique. Certains Etats, notamment *Antigua-et-Barbuda*, la *Grenade*, le *Guyana* et le *Malawi*, ont indiqué que la notion de travailleurs frontaliers ne s'applique pas à eux, souvent pour des raisons d'ordre géographique. Dans le passé, il est arrivé que la définition de cette expression pose des problèmes d'interprétation à des Etats Membres. De même, on constate que la définition de l'expression « entrés dans le pays pour une courte période » varie beaucoup d'un Etat à l'autre. La troisième exception, les « gens de mer », a été incluse dans les Conventions n°s 97 et 143, principalement parce qu'un corps de règles nationales et internationales – notamment un nombre important de Conventions de l'OIT – avaient déjà été élaborées à l'intention de cette catégorie de travailleurs dont on estimait qu'elle méritait une protection distincte.

L'exclusion des « *personnes exerçant une profession libérale et des artistes* », dont les migrations ne posaient pas de problèmes majeurs à l'époque où les Conventions de 1949 et de 1975 ont été rédigées, revêt aujourd'hui une importance particulière, notamment pour les femmes migrantes, en raison d'une pratique relativement récente qui consiste à recruter des femmes pour un travail à l'étranger et à leur délivrer des permis les autorisant à travailler comme danseuses dans des boîtes de nuit ou comme hôtesse dans des bars, alors qu'en réalité ces femmes seront obligées de travailler dans l'industrie du sexe. Ce problème, qui n'était pas un élément important des migrations il y a cinquante ans, prend aujourd'hui des proportions préoccupantes.

L'exclusion des personnes, venues à des fins de formation et d'éducation, du champ d'application de la partie II de la Convention n° 143 semble être reflétée dans la législation d'un certain nombre de pays examinés, comme la *Finlande* par exemple, qui les exclut expressément de la législation relative aux travailleurs migrants. La commission note que, dans son rapport, la *République de Corée* indique que les stagiaires en formation professionnelle (« *industrial trainees* ») dépassent de beaucoup le nombre des travailleurs étrangers et qu'ils ne sont pas couverts par la législation



du travail. Le gouvernement de la République de Corée a demandé à la commission si cette situation est conforme à la Convention n° 143. La commission rappelle qu'aux termes de l'article 11, paragraphe 2 d), de la Convention n° 143 les personnes venues dans un pays étranger à des fins de formation sont effectivement exclues de la définition des travailleurs migrants, mais tient à souligner que cela ne s'applique qu'à la partie II.

L'article 11, paragraphe 2 e), ajoute à la liste des personnes exclues de la définition des travailleurs migrants énoncée par la Convention n° 143 « *les personnes employées par des organisations ou des entreprises œuvrant dans le territoire d'un pays, qui ont été admises temporairement dans ce pays, à la demande de leur employeur, pour remplir des fonctions ou des tâches spécifiques, pour une période limitée et déterminée et qui sont tenues de quitter ce pays lorsque ces fonctions ou ces tâches ont été accomplies* ». Les travaux préparatoires à l'adoption de la Convention n° 143 montrent que cette disposition vise essentiellement la situation des personnes possédant des qualifications spéciales et qui se rendent dans un pays pour y effectuer des tâches techniques précises de courte durée. Cette disposition n'implique pas que *tous* les travailleurs migrants recrutés pour un emploi ou une activité économique limitée dans le temps puissent être exclus des dispositions de la partie II de la Convention n° 143, contrairement à ce que semble croire l'*Australie* qui a affirmé dans son rapport que la partie II ne s'applique pas aux travailleurs temporaires. En ce qui concerne le cas spécifique des travailleurs saisonniers, les travaux préparatoires à l'adoption de la Convention n° 143 montrent que la définition de la notion de travailleurs migrants « ne fait pas de distinction entre les travailleurs saisonniers et les autres catégories de travailleurs migrants (bien que les premiers ne puissent pas toujours bénéficier en fait de toutes les dispositions envisagées) ».

#### *D. Migrations spontanées et migrations organisées*

En principe, les dispositions des instruments s'appliquent à la fois aux migrations spontanées et aux migrations organisées. Elles couvrent donc à la fois les travailleurs recrutés en vertu d'arrangements de nature privée ou intervenus sous contrôle gouvernemental et les travailleurs qui émigrent en dehors de tels arrangements afin de trouver un emploi. Toutefois, certaines dispositions, notamment les annexes I et II de la Convention n° 97, ne concernent que les travailleurs qui ont reçu une offre concrète d'emploi *avant* d'entrer dans le pays d'immigration. Le fait que les dispositions de la Convention soient applicables d'une manière générale à la fois aux migrations spontanées et aux migrations organisées semble empêcher certains Etats, telle la *Grenade* par exemple, d'appliquer pleinement ces dispositions.

Ces instruments s'appliquent sans discrimination à toutes les catégories de travailleurs, à l'exception de celles qu'ils excluent expressément de leur champ d'application et qui sont énumérées plus haut. Pour être plus précis, leurs dispositions doivent s'appliquer d'une manière égale à tous les non-nationaux économiquement actifs. Les Etats ne sont pas autorisés à établir de distinctions entre les travailleurs migrants fondées sur le type d'activité professionnelle qu'ils exercent,



sur la nature de leurs tâches ou sur le niveau de leur salaire. Dans le passé, la commission a dû rappeler ce principe à divers pays, en soulignant que le personnel de direction et d'encadrement ainsi que les techniciens hautement qualifiés sont bien des travailleurs migrants au sens de l'article 11 de la Convention. Il était en effet difficile de déterminer, à la lecture des rapports de certains pays, dans quelle mesure ces groupes étaient protégés par la loi et dans la pratique. A l'évidence, exclure certaines catégories de travailleurs en raison de leur niveau d'instruction, de la nature de leur activité professionnelle ou du niveau de leur salaire est contraire à l'esprit, sinon à la lettre, des instruments.

#### **4. Portée des mesures à prendre**

##### *A. Flexibilité des instruments*

Que ce soit en 1949 ou en 1975, la CIT s'est efforcée d'élaborer des instruments qui accorderaient au plus grand nombre possible de migrants, dans le plus grand nombre possible d'Etats, une protection contre des conditions d'emploi abusives ainsi que l'égalité de chances et de traitement. En ce qui concerne la forme, les instruments de 1949 constituent une innovation dans la mesure où ils contiennent des dispositions qui sont rédigées en termes souples et qui mentionnent uniquement les droits fondamentaux des travailleurs migrants en situation régulière. Par ailleurs, les annexes de la Convention n° 97, qui peuvent être exclues de la ratification, fournissent des détails sur les moyens de parvenir à ces fins. Ces trois annexes portent respectivement sur les migrants recrutés individuellement, sur les migrants recrutés en vertu d'arrangements relatifs à des migrations collectives et sur l'importation des effets personnels, des outils et de l'équipement des travailleurs migrants. Cette forme expérimentale a été conçue pour inciter le plus d'Etats possible à envisager la ratification et pour éviter de placer les gouvernements devant des obligations rigides qui pourraient ne pas tenir compte de la situation particulière de chaque pays. A l'époque où cet instrument a été élaboré, il a été dit que les résultats de cette expérience se mesureraient « au nombre de ratifications non seulement de la Convention elle-même mais aussi de l'une ou l'autre de ses annexes ». Il convient à ce propos de préciser que, sur les 41 pays qui ont ratifié la Convention, 16 seulement ont ratifié toutes les annexes.

C'est également dans le but de permettre au plus grand nombre d'Etats possible de la ratifier qu'on a donné à la Convention n° 143 la forme qu'on lui connaît. La division de l'instrument en deux parties (la première étant consacrée à la lutte contre les migrations dans des conditions abusives et la seconde à l'égalité de chances et de traitement entre les travailleurs migrants admis régulièrement en qualité de travailleurs migrants et les travailleurs nationaux) et la possibilité, en vertu du paragraphe 1 de l'article 16, de ne pas ratifier l'une de ces deux parties ont suscité autant de controverses que la structure de la précédente Convention. Il convient cependant de noter que, si

les Etats peuvent exclure de leur acceptation l'une des deux parties, ils sont tenus, en vertu du paragraphe 3 de l'article 16, d'indiquer dans leurs rapports dans quelle mesure ils ont donné effet aux dispositions de la partie qu'ils n'ont pas ratifiée et pour quelles raisons ils n'ont pas ratifié ladite partie.

La nouveauté des deux Conventions tient non seulement au caractère expérimental de leur structure mais aussi à la souplesse des termes dans lesquels certaines obligations sont formulées. A titre d'exemple, on citera l'article 3 de la Convention n° 97 qui dispose que « tout Membre pour lequel la présente Convention est en vigueur s'engage, *dans la mesure où la législation nationale le permet*, à prendre toutes mesures appropriées contre la propagande trompeuse concernant l'émigration et l'immigration » ; ou encore, l'article 10 de la Convention n° 143, qui stipule que « 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 ».

#### *B. Hiérarchie des dispositions juridiques relatives aux travailleurs migrants*

S'agissant des législations nationales, l'application des normes concernant les travailleurs migrants est assurée par un éventail très large de lois et de règlements couvrant tous les aspects des instruments et même au-delà.

Dans leurs rapports, les gouvernements se réfèrent tout particulièrement à deux types différents de lois et de règlements: (a) à des textes de portée générale, tels que les codes du travail et la législation du travail, qui s'appliquent aux nationaux comme aux non-nationaux, et (b) à des textes plus précis qui visent avant tout les migrations. A l'intérieur de cette dernière catégorie de textes, on peut établir une distinction entre ceux qui visent à réglementer les flux migratoires et ceux qui visent à protéger les travailleurs migrants contre l'exploitation et les pratiques abusives. Ces deux politiques ne convergent pas nécessairement. Dans les pays d'emploi, la réglementation des flux migratoires peut entraîner une réduction considérable du nombre de migrants entrant légalement dans le pays, ce qui ne se traduit pas forcément au bout du compte par une meilleure protection des travailleurs qui sont admis légalement dans le pays. Si, bien souvent, la lecture des textes de loi ne permet pas de mettre en évidence ces divergences, celles-ci peuvent apparaître dans la pratique lorsque les dispositions de la loi ne trouvent pas leur expression dans les pratiques administratives. C'est pourquoi ces pratiques doivent être examinées de très près.

Dans leurs rapports, les gouvernements citent des textes de portée générale et principalement les dispositions relatives à l'égalité de chances et de traitement. Les Etats font souvent figurer, dans leur Constitution ou dans d'autres lois fondamentales, une disposition générale antidiscriminatoire, encore que dans certains cas, notamment à *Antigua-et-Barbuda*, au *Bélarus* et au *Canada*, il est explicitement précisé que cette disposition ne s'applique qu'aux nationaux. Quelles que puissent être les dispositions constitutionnelles, la portée de la législation du travail dépend en principe de

l'existence d'une relation de travail et non de la nationalité du travailleur considéré. En effet, les codes ou législations du travail précisent en général que la loi s'applique « aux travailleurs », quelle que soit leur nationalité, comme c'est le cas par exemple en *Jordanie* et en *Lituanie*. Lorsque, dans la définition du terme « travailleur », il n'est pas fait mention de la nationalité, comme c'est par exemple le cas en *Egypte* et au *Liban*, le libellé est suffisamment général pour couvrir les travailleurs étrangers. Cela vaut également pour des législations telles que celles de la *Bolivie* et de la *Norvège*, dont la portée est fonction des établissements couverts, ou celle de la *Croatie* en ce qui concerne sa législation sur l'assurance maladie.

D'une manière générale, les dispositions des législations nationales sur les migrations ont une portée plus grande que celle des instruments étudiés. Ainsi, de nombreux pays, notamment la *France* et l'*Inde*, ont adopté des lois qui définissent les conditions d'entrée et de séjour des étrangers, dans lesquelles le fait que ceux-ci soient ou non des travailleurs n'entre pas en ligne de compte.

Il convient à cet égard de noter qu'au regard de la législation nationale le travailleur migrant relève de plusieurs catégories juridiques. Avant tout, il est considéré comme un *étranger* soumis à la réglementation en matière d'immigration. Deuxièmement, en tant que *migrant aux fins d'emploi*, il peut être également soumis à des règles particulières, l'octroi du permis de séjour étant par exemple subordonné à l'obtention d'un permis de travail. Troisièmement, comme on l'a mentionné plus haut, le travailleur migrant est souvent classé avec les nationaux dans la catégorie des *travailleurs* et, à ce titre, soumis aux dispositions de la réglementation du travail. Quatrièmement, la législation relative à la *sécurité sociale* est aussi généralement libellée de façon à couvrir à la fois les nationaux et les non-nationaux, même si elle contient souvent des dispositions qui ne s'appliquent qu'aux travailleurs étrangers. Enfin, en tant que *résident* dans le pays d'emploi, il peut être soumis à certaines règles concernant l'accès à certains services sociaux et au logement.

## 5. Pays d'origine et pays d'accueil

Les instruments de 1949 et 1975 ont été conçus pour avoir une couverture aussi large que possible de sorte que le plus de pays possible puissent les ratifier et les appliquer. C'est pourquoi, leurs dispositions ont été rédigées en des termes souples et sont applicables non seulement aux pays d'accueil mais aussi aux pays d'origine, ainsi qu'aux pays tiers ou pays de transit, dans certains cas. Quelques Etats ont expliqué que, s'ils n'avaient pas ratifié ces instruments, c'est parce qu'ils étaient principalement des pays d'émigration par opposition aux pays d'immigration. Plusieurs pays, notamment la *Grenade*, le *Mexique* et le *Pakistan*, ont affirmé que c'est aux Etats d'accueil qu'il incombait de mettre en œuvre les instruments. Il convient de faire observer que ces instruments s'appliquent à la fois aux pays d'origine et aux pays d'accueil, même si, à l'évidence, certaines de leurs dispositions traitent de l'obligation faite aux pays d'emploi de protéger les travailleurs étrangers, notamment

les articles relatifs à l'accueil des travailleurs migrants dans le pays d'emploi, à la fourniture d'un logement adéquat et au traitement des travailleurs migrants à égalité avec les nationaux en ce qui concerne les conditions de travail et les prestations de la sécurité sociale. Toutefois, d'autres dispositions peuvent également être appliquées par l'Etat d'origine, notamment celles réglementant le transfert des gains et des économies, la fourniture d'informations avant le départ, les mesures visant à assurer l'égalité de traitement en ce qui concerne le contenu du contrat de travail ou encore les mesures visant à supprimer les migrations clandestines.

L'article 1 (a) de la Convention n° 97 dispose que tous les Etats parties doivent mettre à la disposition du BIT et des autres Membres des informations sur la politique et la législation nationales relatives à l'émigration et à l'immigration. Il ressort des rapports qui ont été reçus que de nombreux Etats, par exemple la *République centrafricaine*, le *Malawi* et *Sri Lanka*, ont ignoré l'un des deux volets de cette disposition et ont donné des informations soit sur leur législation et leurs pratiques en matière d'émigration, soit sur leur législation et leurs pratiques en matière d'immigration.

Les outils mis au point par divers pays d'origine pour contribuer à la protection de leurs nationaux à l'étranger sont variés et témoignent d'un esprit imaginatif. On citera, à titre d'exemple, les Philippines et Sri Lanka qui ont organisé la protection de leurs nationaux à l'étranger en veillant à ce que tous les contrats des travailleurs s'apprêtant à quitter le pays pour travailler à l'étranger soient approuvés par l'Etat, en s'assurant que les conditions de travail et le contrat sont tels que le travailleur ne sera pas exploité et en faisant contrôler les conditions de travail réellement subies par leurs ressortissants par des attachés du travail affectés dans les principaux pays d'emploi.

L'article 3, paragraphe 2, et l'article 7 de la Convention n° 97 prévoient l'instauration d'une coopération entre le pays d'origine et le pays d'emploi, qu'il s'agisse de la politique migratoire ou encore de la coordination entre les services de l'emploi du pays d'accueil et du pays d'origine. L'accord type qui a été annexé à la Recommandation n° 86 témoigne de l'importance du rôle joué par la coopération entre l'Etat d'origine et l'Etat d'emploi, un rôle qui a plutôt pris de l'importance depuis l'élaboration des instruments. L'article 15 de la Convention n° 143, aux termes duquel « la présente Convention n'empêche pas les Membres de conclure des accords multilatéraux ou bilatéraux en vue de résoudre les problèmes découlant de son application », a été inséré dans la Convention pour qu'il soit bien clair que les Etats qui ont conclu de tels accords ne sont pas pour autant dispensés de ratifier cet instrument.

## Conclusion

Les Conventions de l'OIT prennent en compte tout le processus migratoire (recrutement, avant le départ, pendant le voyage et à l'arrivée) et indiquent les normes minima de protection des droits fondamentaux de l'homme. L'approche est de promouvoir l'égalité entre nationaux et étrangers (services de l'emploi, conditions de vie et de travail, formation professionnelle, accès à la justice, sécurité sociale, impôts, etc.). Elles incitent à la concertation entre les États concernés et entre les gouvernements et les partenaires sociaux. Elles assurent également une protection spécifique aux migrants :

- Services d'informations et d'aide aux migrants ;
- Lutte contre la propagande trompeuse ;
- Facilitation du départ, du voyage et de l'accueil ;
- Services médicaux appropriés ;
- Interdiction de l'expulsion des travailleurs admis à titre permanent en cas d'incapacité de travail.

On notera cependant qu'aucune des deux Conventions n'a été ratifiée par un nombre important d'Etats car nombreux sont les Etats qui ne comprennent pas pleinement la portée de ces instruments.



**X. LE PROTOCOLE ADDITIONNEL  
À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES  
CONTRE LA CRIMINALITÉ  
TRANSNATIONALE ORGANISÉE VISANT  
À PRÉVENIR, RÉPRIMER ET PUNIR  
LA TRAITE DES PERSONNES,  
ET EN PARTICULIER DES FEMMES  
ET DES ENFANTS ET LE PROTOCOLE  
CONTRE LE TRAFIC ILLICITE  
DE MIGRANTS PAR TERRE, AIR ET MER,  
ADDITIONNEL À LA CONVENTION  
DES NATIONS UNIES  
CONTRE LA CRIMINALITÉ  
TRANSNATIONALE ORGANISÉE**

**Introduction**

L'objet de cette présentation consiste à donner un aperçu de deux instruments juridiques internationaux adoptés dans le sillage de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale :

- le Protocole additionnel à ladite Convention, visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, et en particulier des femmes et des enfants ;
- le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

Il s'agit donc de deux actes additionnels à un autre. Cette filiation ou ce rattachement justifie que l'on dise un mot d'abord de cette sorte de « Convention – mère », avant d'envisager un bref examen des lignes directrices des deux Protocoles et, dans une dernière partie, une appréciation critique de ces deux instruments juridiques internationaux.

## **I. La « Convention – mère » : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée**

Elle porte sur un **objet** précis : les « infractions de nature transnationale » qui, aux termes de l'article 3, sont définies selon quatre critères alternatifs (l'un seul de ces critères suffit par conséquent pour constituer une telle infraction) :

- si l'infraction est commise dans au moins deux Etats ;
- si elle est commise dans un Etat, mais qu'une partie substantielle de ses actes préparatoires, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre Etat ;
- si elle est commise dans un Etat, mais met en cause un groupe criminel organisé agissant dans plus d'un Etat ;
- si elle est commise dans un Etat, mais produit des « effets substantiels » dans un autre Etat.

A côté de cette approche *analytique* de l'infraction, de sa « décomposition », la Convention procède de manière *synthétique*, en caractérisant pénalement les faits en cause. Deux grandes infractions sont alors retenues :

- le blanchiment du produit du crime ( article 6 de la Convention) ;
- la corruption (article 7).

Du point de vue des **obligations des Etats Parties**, on en retiendra deux grandes séries, somme toute assez classiques dans ce type d'instrument juridique.

Les unes consistent en une obligation, pour les Etats, de transformer leur droit national afin de le conformer à leurs engagements internationaux, soit de tirer les conséquences de la Convention signée ; il s'agira par exemple d'incriminer désormais la participation à un groupe criminel organisé (article 5 ) ou le blanchiment du produit du crime (article 6). D'autres obligations souscrites sont d'ordre procédural, au sens large. Elles touchent alors des questions comme l'établissement de la compétence judiciaire, la facilitation de l'extradition, de l'entraide judiciaire ou la conduite d'enquêtes conjointes.



## II. Présentation générale des deux Protocoles

Il s'agit, dans les limites d'un examen panoramique, de relever les convergences des deux Protocoles à travers leur objet, leurs buts et les moyens choisis pour atteindre ces buts, l'ambition étant seulement de donner un aperçu du contenu de ces actes.

Du point de vue de leur **objet**, l'article 2 du Protocole sur la traite des personnes indique qu'il s'agit « de prévenir et de combattre la traite des personnes, en accordant une attention particulière aux femmes et aux enfants ; de protéger et d'aider les victimes d'une telle traite en respectant pleinement leurs droits fondamentaux et de promouvoir la coopération entre les Etats parties en vue d'atteindre ces objectifs ».

La « traite des personnes » est définie comme étant « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation » (article 3).

Aux termes de l'article 2 du protocole contre le trafic illicite de migrants, celui-ci « a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les Etats parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic ».

Et par « trafic illicite de migrants », il faut entendre « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un Etat Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant, ni un résident permanent de cet Etat » (article 3).

Du point de vue de leurs **buts**, les deux Protocoles portent tous deux sur des formes de criminalité. Il s'agit alors d'en châtier les auteurs et d'en soulager les victimes. Cette dernière préoccupation explique par exemple le principe de leur irresponsabilité pénale dans le Protocole sur les migrants (article 5), la protection de leur personne contre les traitements inhumains ou dégradants, contre l'exploitation (articles 6, 9 et 16 du Protocole sur les migrants ; articles 7, 9 et 11 du Protocole sur la traite des personnes). La protection des victimes explique enfin les dispositions relatives à leur retour (article 18 du Protocole sur les migrants, article 8 du protocole sur la traite des personnes).

Enfin, du point de vue des **moyens** utilisés, qui sont également assez classiques, on relèvera d'abord les moyens d'ordre législatif. En l'espèce, il s'agit de l'obligation, déjà entrevue, pour les Etats Parties, de renforcer leur arsenal législatif en général, répressif en particulier, afin de se conformer aux engagements internationaux (arti-

cles 6 et 12 du Protocole sur les migrants, 5, 6, 9 du Protocole sur la traite des personnes).

Il y a ensuite les moyens opérationnels, c'est-à-dire des possibilités d'action concrète conférées aux Parties par les deux actes en question. Ainsi, de larges pouvoirs d'investigation sont reconnus à l'Etat Partie dans le cadre de la répression du trafic illicite de migrants par mer (article 8 du Protocole) ou des « mesures aux frontières » (articles 11 des deux Protocoles).

Il y a enfin, au titre des moyens mis en oeuvre, la coopération entre les Parties. Cette coopération doit être entendue au sens large, et peut se rattacher aussi bien à des procédures administratives qu'à des procédures judiciaires : enquêtes conjointes, échange d'informations, entraide judiciaire (articles 7 et 10 du Protocole sur les migrants, article 10 du protocole sur la traite des personnes).

### **III. Appréciation du dispositif de protection mis en place par les deux Protocoles**

Trois niveaux d'analyse peuvent être relevés. On peut d'abord rechercher l'esprit général du texte, la philosophie qui l'inspire. De façon plus directe, on peut également en apprécier les mérites et les limites, les points forts et les carences.

Du point de vue de sa **philosophie**, deux remarques peuvent être faites.

Il appert de ces deux Protocoles une volonté postulée par leur objet même : *protéger ce qu'on pourrait appeler « les droits de l'homme en mouvement »*. En d'autres termes, il s'agit, à travers la protection des droits des migrants volontaires ou involontaires, de relever le défi de la mobilité, dans un monde précisément caractérisé par le nomadisme de ceux qui l'habitent. Le développement constant des flux migratoires appelle un droit des migrants. Les deux Protocoles procèdent, à cet égard, d'une modernité incontestable, à l'heure de la « mondialisation » des échanges et flux de tous ordres.

Mais au-delà de la volonté de saisir le mouvant ( qui est ici à la fois l'homme – le migrant – et l'acte – l'infraction – ), il y a bien un soupçon de normativisme dans la démarche entreprise, un certain volontarisme axiologique, c'est-à-dire une volonté de poser des normes, des valeurs. Il s'agit d'instaurer la permanence d'une certaine condition humaine, de poser ce standard minimum de civilisation, quel que soit le lieu ( puisqu'il est question de migrations, volontaires ou obligées).

Il y a d'autre part le souci, dans cette entreprise législative, de protéger des *catégories vulnérables* : le migrant, la femme, l'enfant. Ces deux Protocoles intègrent

en fait une notion de plus en plus présente dans le droit international : celle de « vulnérabilité », ou de « groupe vulnérable ». Le fait témoigne d'une certaine forme d'humanisation du droit international, tout au moins de progrès dans la protection internationale des droits de l'homme.

S'agissant des **points forts** ou des mérites de ce mouvement législatif, on en retiendra essentiellement deux.

- a. C'est d'une part *la volonté de globaliser la lutte contre la criminalité transnationale*. Cette criminalité apparaît dès lors comme une réalité unique à plusieurs facettes. Les connexions sont dévoilées, entre le crime international et la traite des êtres humains, entre le blanchiment d'argent et l'exploitation des personnes, entre la corruption et le trafic illicite de migrants.

Formellement, cette relation est attestée par le rapport direct établi entre la « Convention – mère » et les deux Protocoles :

- Article 37 de la Convention :
  1. La présente Convention peut être *complétée* par un ou plusieurs Protocoles.
  2. Pour devenir partie à un Protocole, un Etat ou une organisation internationale d'intégration économique *doit également* être partie à la Convention.
  - (...)
  4. Tout Protocole à la présente Convention est *interprété conjointement* avec la présente Convention, compte tenu de l'objet de ce Protocole .
- Article 1° de chacun des deux Protocoles :
  1. Le présent Protocole *complète* la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Il est *interprété conjointement* avec la Convention.
  2. Les dispositions de la Convention s'appliquent *mutatis mutandis* au présent Protocole, sauf disposition contraire dudit Protocole.
  3. Les infractions établies conformément à l'article (5 ou 6) du présent Protocole *sont considérées comme des infractions établies conformément à la Convention*.

La Convention contre la criminalité transnationale organisée communique ainsi sa légitimité aux deux Protocoles et les renforce.

- b. Les deux Protocoles *témoignent en outre de certains progrès récents du droit international*, notamment de ce droit, aujourd'hui établi, de la « communauté internationale » d'avoir au moins un droit de regard sur le traitement qu'un Etat peut réserver à certains de ses propres citoyens. On trouve en effet dans les deux Protocoles la prescription d'obligations pour les Etats parties, obligations dont leurs propres ressortissants peuvent être créanciers :
- l'article 18 du Protocole sur les migrants en est un exemple, au sujet du retour des migrants objet d'un trafic illicite.

- l'article 8 du Protocole sur la traite des personnes en est une seconde illustration, à propos du rapatriement des victimes de la traite des personnes.

S'agissant des **points faibles** du dispositif, on évoquera surtout la question de la consistance même des obligations fixées. Celles-ci sont en effet souvent formulées de manière assez « générale », au point qu'elles en deviennent édulcorées, affadies. Il n'en reste plus alors que des obligations de moyens, obligations évanescentes dont les textes offrent beaucoup d'exemples.

Protocole sur les migrants :

- Article 7 : « Les Etats Parties coopèrent *dans toute la mesure du possible* en vue de prévenir et réprimer le trafic illicite... »
- l'article 11 non seulement reprend la même expression, mais indique en son paragraphe 4 que l'Etat prend des mesures *conformément à son droit interne*, alors qu'en principe, ce droit national doit « s'aligner » sur les obligations internationales.
- Article 12 : « Chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires, *selon les moyens disponibles...* »

Protocole sur la traite des personnes :

- Article 6 : 1. Lorsqu'il y a lieu et *dans la mesure où son droit interne le permet*, chaque Etat partie protège la vie privée et l'identité des victimes de la traite des personnes (...).
- Article 3 : Chaque Etat partie *envisage de mettre en œuvre des mesures en vue* d'assurer le rétablissement physique, psychologique et social ces victimes de la traite ...
- Article 7 : 1. En plus de prendre des mesures conformément à l'article 6 du présent Protocole, chaque Etat partie *envisage d'adopter* des mesures législatives ou d'autres mesures appropriées...

Au-delà de la nomativité même de dispositions de cette nature, il y a, dans ces permissions accordées aux Etats, le risque d'une désagrégation d'obligations qui forment, en principe, une unité. C'est le risque d'une application « à la carte », d'une fragmentation des régimes juridiques institués.

# **XI. LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DES TRAVAILLEURS MIGRANTS ET DES MEMBRES DE LEUR FAMILLE DANS LES SYSTÈMES RÉGIONAUX**

Depuis quelques années, la gestion des flux migratoires internationaux figure en bonne place à l'ordre du jour de plusieurs organismes régionaux ou sous-régionaux. La plupart des régions sont désormais dotées d'instruments et d'institutions dont l'objet est de réglementer l'entrée, le séjour, le traitement et le départ des travailleurs non nationaux. Les normes régionales comprennent à la fois des normes qui visent la protection des travailleurs migrants et des normes qui se rapportent à la gestion des migrations. Tous ces instruments et les activités qui sont menées aux niveaux régional ou sous-régional sont trop divers pour pouvoir être analysés en détail ici. On se limitera donc à attirer l'attention sur certaines des initiatives les plus importantes.<sup>1</sup>

## **I. Instruments régionaux relatifs aux migrations**

### **1. Europe**

En Europe, il existe un ensemble très élaboré de normes relatives aux migrations de main-d'œuvre, aussi bien au niveau du Conseil de l'Europe que de l'Union Européenne. Mais ce sont les instruments du Conseil de l'Europe qui sont les plus avancés dans le domaine des migrations de main-d'œuvre. Certains portent sur les droits de l'homme en général, tandis que d'autres visent plus spécifiquement les migrants et les travailleurs migrants. Parmi les premiers, on trouve la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950<sup>2</sup> et la Charte sociale européenne de 1961,<sup>3</sup> qui contiennent un certain nombre de dispositions concernant les personnes qui vivent et travaillent dans des pays dont elles ne possèdent pas la nationalité : droit au respect de la vie privée, vie familiale, droit d'exercer une activité rémunérée sur le territoire d'un autre Etat membre, informations à fournir aux travailleurs migrants, mesures propres à faciliter

la migration, égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière d'emploi, droit au regroupement familial, garanties contre l'expulsion, etc.<sup>4</sup>

Toutefois, ces instruments, comme tous les autres instruments du Conseil de l'Europe, ne concernent que les migrants qui sont citoyens d'un Etat membre du Conseil et reposent sur le principe de la réciprocité. Dans ce sens il faut signaler que la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, par sa jurisprudence, le contenu de certains droits qui, désormais, sont aussi applicables aux étrangers, comme par exemple l'interdiction de la torture prévue à l'article 3 de la Convention de 1950, le principe du non refoulement, ou l'article 8 sur le droit à la vie en famille et le regroupement familial.<sup>5</sup>

Parmi les instruments du Conseil de l'Europe qui visent spécifiquement les migrants et les travailleurs migrants, il faut notamment citer la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant du 24 novembre 1977, qui s'applique aux nationaux d'une partie contractante qui ont été autorisés par une autre partie contractante à résider sur son territoire en vue d'y occuper un emploi rémunéré. Cette convention traite des principaux aspects du statut juridique des travailleurs migrants : embauche, examens médicaux et examens d'aptitude professionnelle, voyages, permis de séjour et de travail, regroupement familial, logement, conditions de travail, transfert de l'épargne, sécurité sociale, assistance sociale et médicale, expiration du contrat de travail, licenciement et réemploi, préparation au retour dans le pays d'origine, etc.<sup>6</sup>

D'autres instruments traitent d'aspects spécifiques des conditions de vie et de travail des migrants, notamment la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités de 1963, ainsi que la Convention sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local de 1992. Le Conseil de l'Europe a aussi adopté plusieurs instruments pour protéger les minorités nationales, religieuses ou ethniques. Ces instruments ne visent pas directement les travailleurs migrants mais peuvent contribuer à leur protection, comme c'est aussi le cas de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. En 1997, une nouvelle convention, la Convention européenne sur la nationalité, a été ouverte à la signature; elle pourrait intéresser les migrants qui ont l'intention de s'installer définitivement dans un Etat dont ils ne sont pas les nationaux.<sup>7</sup>

La Commission des Communautés européennes a elle aussi élaboré tout un ensemble de normes régionales dont l'objet est de réglementer les flux migratoires intrarégionaux et le traitement des travailleurs non nationaux. Elle s'est surtout intéressée aux aspects économiques des migrations et de l'intégration à l'intérieur de la région, mais son attention s'est aussi portée de plus en plus sur les aspects sociaux.<sup>8</sup> Parmi les règlements les plus importants, il convient de citer :

- a. le règlement (CEE) n° 1612/68 qui traite principalement de l'égalité de traitement concernant l'accès à l'emploi, les conditions de travail, les avantages sociaux et fiscaux, la liberté syndicale, l'éducation et la formation professionnelle pour le regroupement familial. Il énonce par ailleurs certains principes directeurs pour le regroupement familial ;<sup>9</sup> et
- b. le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté,<sup>10</sup> modifié par le règlement (CE) n° 859/03, du Conseil de 14 mai 2003.<sup>11</sup>

Le document de base qui définit de la façon la plus détaillée le traitement des non-nationaux à l'intérieur de la région est la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989. Cet instrument n'a pas force obligatoire mais il contient certains principes directeurs pour le traitement des nationaux de la Communauté dans le domaine de l'emploi. A cet égard, l'entrée en vigueur en 1999 du Traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le Traité d'Amsterdam, représente un tournant pour ce qui est de l'engagement de l'Union européenne à l'égard de l'immigration, avec l'élaboration de la politique de migration passant du niveau intergouvernemental au niveau communautaire et la création d'un espace de liberté, sécurité et justice.<sup>12</sup> Ces nouvelles politiques sont également prévues dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004.<sup>13</sup>

La Commission a, par ailleurs, adopté des directives qui traitent notamment de la liberté de déplacement et de séjour, du droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, de l'éducation des enfants des travailleurs migrants, de la sécurité et de la santé de ces travailleurs et du droit de voter et de se présenter à des élections dans d'autres Etats membres. Ces instruments ont une portée limitée puisqu'ils visent uniquement les migrations à l'intérieur de l'Union, mais on peut croire que le récent élargissement de l'Union européenne et la création d'autres zones commerciales comparables dans le monde ont contribué à accroître leur importance qui dépasse le cadre géographique de la région.<sup>14</sup>

Des processus d'intégration économique régionale ont aussi lieu sur d'autres continents. L'étude d'ensemble sur les travailleurs migrants soulignait déjà en 1999 que les initiatives dans le domaine de la mobilité de la main-d'œuvre révèlent une série d'intérêts convergents vers l'harmonisation progressive aux niveaux régional et sous-régional.

Par exemple, au cours des dernières années, un nombre croissant d'espaces ou processus d'intégration économique interétatique régionale ont lancé ou renouvelé des initiatives en vue de mettre en œuvre des accords juridiques et administratifs formels en matière de circulation de la main-d'œuvre.

## 2. Afrique

En Afrique aussi, on peut distinguer les normes régionales qui traitent des droits de l'homme en général et celles qui visent spécifiquement les travailleurs migrants. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981, est le plus important des instruments de la première catégorie.<sup>15</sup> Elle protège les personnes contre la discrimination fondée sur différents motifs et interdit l'expulsion en masse de non-nationaux. Parmi les instruments qui concernent les migrations de main-d'œuvre, il faut souligner que, comme dans le cas de l'Union européenne, la plupart des normes visent principalement l'intégration économique et ne traitent que subsidiairement des aspects sociaux et culturels des migrations.

Au niveau sous-régional, il existe un certain nombre d'instruments, souvent peu connus et peu appliqués, qui traitent des problèmes posés par les migrations intrarégionales. Ainsi, en 1975, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a adopté le Traité de Lagos qui garantit la liberté de circulation et de résidence ainsi que l'égalité de traitement des nationaux de tous les Etats parties à ce traité en matière culturelle, religieuse, économique, professionnelle et sociale. Le Protocole adopté en 1979 autorise tous les citoyens des pays de la CEDEAO à entrer, résider et s'établir sur le territoire des Etats membres.<sup>16</sup>

L'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC) a adopté en 1973 un accord qui posait le principe de la non-discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine de l'emploi, de la rémunération et d'autres conditions de travail, sous réserve que les personnes qui migrent aux fins d'emploi soient déjà en possession d'une offre d'emploi. Cet accord a été complété en 1985 par une Convention sur la sécurité sociale des travailleurs migrants. La Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale (CEEAC) est convenue en 2003 d'établir de nouvelles mesures pour donner effet à son accord sur la libre circulation de la main-d'œuvre qui a été adopté dans les années quatre-vingt, mais n'a jamais été effectivement appliqué.<sup>17</sup>

La Communauté économique des pays des Grands Lacs (CEPGL) a adopté en 1978 une convention sur la sécurité sociale des nationaux de la CEPGL ayant travaillé dans un autre pays membre et, en 1985, une convention sur la liberté de circulation des personnes, qui devrait être mise en œuvre dans un délai de quinze ans.

Le traité établissant formellement la communauté de l'Afrique de l'Est, qui est entré en vigueur en 2003 pour ses trois Etats membres, établit la libre circulation et la libre résidence de la main-d'œuvre pour les ressortissants des pays membres.

La Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAA) a élaboré en 2001 un projet de protocole sur la libre circulation de la main-d'œuvre ; il n'a pas été adopté mais de nouvelles initiatives sur la question sont en cours de négociation entre les 14 Etats membres.<sup>18</sup>



Quelques-uns de ces accords ou projets s'inspirent des normes internationales pertinentes, en particulier les conventions n<sup>os</sup> 97 et 143 de l'OIT, qui ont été ratifiées par certains des Etats parties à ces initiatives régionales. Mais plusieurs ne s'inspirent pas de ces normes éprouvées, d'où le risque de répéter des erreurs qu'elles visaient à éviter, voire de mettre en place des mesures juridiques qui affaiblissent les normes existantes.

### 3. Pays arabes

Dans les Etats arabes, le document fondamental sur les droits de l'homme, à savoir la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam, a été adopté en 1990 par l'Organisation de la Conférence islamique. Elle interdit la discrimination fondée sur différents motifs.<sup>19</sup> Dans le domaine des migrations, l'accord adopté en 1965 par le Conseil de l'Unité économique arabe prévoit la liberté de circulation, d'emploi et de résidence et abolit certaines restrictions existant auparavant sur ce plan dans la région. En 1968, l'Organisation arabe du travail a élaboré un accord en matière de travail qui vise à faciliter la circulation de la main-d'œuvre dans la région, priorité étant donnée aux travailleurs arabes.

Ces principes ont été réaffirmés dans les années soixante-dix avec le renforcement des mesures visant à privilégier l'emploi des travailleurs arabes et à expulser les travailleurs non arabes exerçant une activité dans la région. Cette volonté de réduire la place des travailleurs migrants venant de pays extérieurs à la région est restée manifeste tout au long des années quatre-vingts, comme le prouve l'adoption de la Stratégie pour une action économique concertée du monde arabe et de la Charte d'action économique interarabe.

La stratégie indique qu'« il faut faire appel à la main-d'œuvre arabe pour réduire de plus en plus la dépendance à l'égard de la main-d'œuvre étrangère »; la charte, quant à elle, élimine les barrières juridiques entre les nationaux et les migrants venant d'autres Etats arabes, ces derniers devant bénéficier de la liberté de circulation et de l'égalité de traitement. La Déclaration de principes arabes sur les mouvements de main-d'œuvre (1984) souligne une fois encore qu'il faut préférer les nationaux des pays arabes aux nationaux des pays tiers et préconise le renforcement des organismes régionaux et de la coopération intrarégionale.<sup>20</sup>

### 4. Amérique

Dans les Amériques, les normes régionales concernant les droits de l'homme en général sont la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, adoptée en 1948 par l'Organisation des Etats américains, ainsi que la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme, qui condamnent l'une et l'autre la discrimination.<sup>21</sup> En Amérique latine, le Marché commun du Sud (MERCOSUR) a adopté

en 1995 un pacte qui vise à réglementer les migrations à l'intérieur de la région. Afin de renforcer le processus d'intégration, les pays du MERCOSUR ont approuvé en novembre 2002 un accord sur la résidence pour leurs ressortissants.<sup>22</sup>

En 1977 les pays membres de l'Accord de Cartagena ou Pacte andin ont approuvé la création de l'Instrument andin sur les migrations aux fins d'emploi (décision n° 116 de la Commission) et la création, en 1996, de la « carte andine de migration », afin de faciliter les flux migratoires dans la sous-région (décision n° 397). En 1996, les Etats de la sous-région ont conclu l'Accord d'intégration sous-régionale, lequel a institué la Communauté andine. En 2003, la communauté andine a adopté un instrument révisé concernant les migrations de main-d'œuvre.<sup>23</sup>

L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ne traite que subsidiairement des questions de migration, par le biais de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT). L'ALENA autorise l'entrée dans les Etats signataires d'un certain quota d'investisseurs, de travailleurs très qualifiés et de cadres de sociétés multinationales.<sup>24</sup>

## **5. Asie et Pacifique**

Les pays de l'Asie et du Pacifique n'ont pas encore adopté d'accords ni mis en place d'institutions au niveau régional pour traiter spécifiquement des droits de l'homme ou des droits des migrants, même si le sujet a été abordé dans les discussions du Forum de coopération économique Asie-Pacifique (APEC).<sup>25</sup>

## **II. Activités intergouvernementales**

En dehors des activités normatives au niveau régional, plusieurs institutions intergouvernementales s'occupent des migrations transnationales et s'attachent à les étudier. Particulièrement important est le travail de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) dont les activités comprennent quatre grands volets :

- a) migrations liées à des considérations humanitaires ;
- b) migrations liées au développement ;
- c) coopération technique ;
- d) débats, recherches et informations sur les migrations.

L'OIM s'emploie à promouvoir une planification stratégique propre à réguler les migrations, en se fondant notamment sur les normes de l'OIT pour ce qui touche aux droits des travailleurs migrants. Elle met en œuvre divers programmes et coopère à des projets avec les organisations du système des Nations Unies. Sa collaboration avec l'OIT est particulièrement étroite et fructueuse.<sup>26</sup> De son côté, l'Organisation

de coopération et de développement économiques (OCDE) publie chaque année un rapport où elle étudie l'évolution des migrations au sein des pays membres.<sup>27</sup>

Lors du Symposium international sur les migrations, les 14 et 15 juin 2001, les autorités helvétiques ont lancé « l'initiative de Berne », un processus global de consultation pour une coopération entre Etats en matière de gestion de migration. Il a semblé opportun de consulter les gouvernements dans toutes les régions pour déterminer s'il était souhaitable d'élaborer un cadre commun de principes. Le but de ce processus consultatif est donc l'avènement d'un meilleur système de gestion des migrations aux niveaux régional et mondial grâce à la coopération entre les Etats. A cet effet, des consultations régionales approfondies ont eu lieu dans les années suivantes avec les gouvernements et les autres parties concernées en Afrique, Europe et Asie centrale, Asie et Amérique latine.<sup>28</sup>

En Europe, pour combattre la discrimination, y compris contre les travailleurs migrants, la Commission des Communautés européennes a décidé de faire de 1997 l'Année européenne contre le racisme et la xénophobie. Cette année a été marquée par deux événements importants : l'insertion dans le Traité d'Amsterdam d'une clause qui condamne la discrimination fondée, notamment, sur l'origine raciale ou ethnique, et la création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes dont la tâche est de réunir et diffuser des données sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme dans l'Union européenne.<sup>29</sup>

En plus des normes régionales décrites plus haut, le Conseil de l'Europe s'occupe de différents aspects des migrations en Europe.<sup>30</sup> Le Comité européen sur les migrations et le Groupe de spécialistes sur l'intégration et les relations intercommunautaires se réunissent régulièrement pour examiner des questions d'intérêt commun et pour lancer des projets de recherche. En 1993, le Conseil de l'Europe a en outre créé la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI).

En Afrique, les activités régionales les plus importantes dans le domaine des migrations sont celles de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale, de l'Organisation africaine et mauricienne et du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (groupe ACP).<sup>31</sup> Ce dernier organise régulièrement des séminaires et des conférences sur les migrations des ressortissants de la région vers les pays industrialisés d'Europe et d'Amérique du Nord.

Dans les Amériques, un événement important a été la tenue en 1996 de la première réunion régionale sur les migrations, convoquée à l'initiative du gouvernement mexicain (initiative connue comme « Proceso de Puebla »). A cette occasion, les gouvernements des pays d'Amérique centrale, du Canada, des Etats-Unis et du Mexique se sont engagés à sensibiliser l'opinion publique aux droits des migrants afin que la dignité de ces derniers soit respectée et qu'il soit mis fin aux attitudes et actes illégaux dont ils sont victimes.

La deuxième réunion, organisée en 1997, a élaboré un plan d'action qui prévoit que les gouvernements participants entreprendront un certain nombre d'activités de sensibilisation, y compris la distribution de matériels d'information sur les droits des migrants aux missions diplomatiques et consulaires étrangères, aux autorités nationales compétentes et au grand public. A la deuxième Réunion internationale des médiateurs, organisée en 1996 à El Salvador et ayant pour thème « l'Etat de droit, la paix, le développement et les droits de l'homme », les représentants des institutions nationales de promotion des droits de l'homme ont signé une déclaration exhortant les gouvernements de la région à respecter les droits fondamentaux des migrants, qu'ils soient ou non en situation régulière dans le pays d'accueil.<sup>32</sup>

Pour les pays de l'Asie et du Pacifique ainsi que pour les Etats arabes, on manque d'informations sur les activités intergouvernementales, ce dont on peut déduire qu'elles sont relativement rares. Toutefois, l'importance des négociations semble s'être peu à peu accrue ces dernières années. Entre l'Union européenne et des pays asiatiques (Brunei, Chine, Indonésie, Japon, République de Corée, Malaisie, Philippines, Singapour, Thaïlande et Viet Nam), il existe un processus informel de dialogue et de coopération, l'ASEM (Asia-Europe Meeting). Le dialogue ASEM traite de questions politiques, économiques et culturelles, en vue de renforcer les relations entre les deux régions dans un esprit de respect mutuel et de partenariat équilibré. Le premier sommet ASEM s'est tenu à Bangkok en mars 1996, et a donné naissance à un processus régulier incluant des réunions des Chefs d'Etat chaque deux ans, des réunions ministérielles dans l'intervalle (désormais chaque année), ainsi qu'un foisonnement de réunions et activités au niveau technique. La migration relève du volet « justice et intérieur ».<sup>33</sup>

Également, dans le cadre du mécanisme 5+5 et en concrétisation des conclusions de la réunion des Ministres des Affaires Etrangères des Etats participant au processus de coopération en Méditerranée Occidentale tenue à Lisbonne les 25 et 26 janvier 2001, un dialogue 5+5 sur la question de la migration dans cette sous-région est entrepris avec la célébration de trois Conférences ministérielles à Tunis, au Maroc et à Alger dans les années suivantes.<sup>34</sup>

### **III. Accords bilatéraux**

De plus en plus nombreux sont les Etats à conclure des accords bilatéraux pour réguler les flux d'émigration et d'immigration les plus importants. La conclusion d'accords bilatéraux en matière de migrations internationales ne concerne bien évidemment pas que la régulation des flux migratoires entre pays concernés, mais également la régulation des conséquences sociales des migrations, notamment dans le domaine de la sécurité sociale.

Ces accords ont pour avantage qu'ils peuvent être adaptés aux spécificités de groupes déterminés de migrants et qu'ils partagent entre le pays d'origine et le pays d'accueil la responsabilité d'assurer à ces migrants des conditions de vie et de travail satisfaisantes ainsi que de surveiller et de gérer plus activement les étapes qui précèdent et qui suivent la migration.

Le recours à des instruments bilatéraux pour réglementer les migrations est devenu courant dans les années soixante, quand les pays d'Europe occidentale ont conclu toute une série d'accords de ce genre avec des pays désireux de fournir de la main-d'œuvre temporaire. La République fédérale d'Allemagne de l'époque, la Belgique, la France, les Pays-Bas et la Suisse ont tous, à un moment ou à un autre, conclu des accords avec un ou plusieurs pays d'émigration du pourtour méditerranéen. Dans les années soixante-dix, le Moyen-Orient est devenu une région d'accueil, et des efforts ont été faits en vue de la conclusion d'accords analogues entre, par exemple, le Bangladesh et les pays suivants: la République islamique d'Iran, l'Iraq, la Jamahiriya arabe libyenne et Oman; le Pakistan et la Jordanie; et les Philippines avec la République islamique d'Iran, l'Iraq, la Jordanie et le Gabon. Selon certains, cela a débouché non pas sur des accords bilatéraux réglementant les migrations de main-d'œuvre, mais « plutôt sur des accords-cadres ou sur des déclarations de coopération mutuelle concernant l'embauche et la protection des travailleurs étrangers ».<sup>35</sup>

Depuis, des accords bilatéraux concernant les migrations ont vu le jour dans le monde entier. L'Asie est apparemment la région où le recours à cette formule a le moins de succès. Des accords ont certes été conclus entre les Philippines et certains Etats membres de l'Union européenne mais, à la connaissance de la commission, aucun accord bilatéral n'a été signé entre des pays d'Asie exportateurs de main-d'œuvre et des pays d'accueil d'autres régions, en dépit de leurs efforts.

L'OIT a toujours considéré que les instruments bilatéraux étaient un bon moyen de gérer les flux migratoires. L'annexe à la Recommandation n° 86 contient un modèle détaillé d'accord bilatéral, et plusieurs articles des Conventions n°s 97 et 143 insistent sur le rôle de la coopération bilatérale dans le domaine des migrations.

La convention n° 97 encourage la conclusion par les autorités compétentes d'accords bilatéraux, chaque fois que cela est nécessaire ou souhaitable, pour régler les questions relatives à son application et, à cet effet, propose un accord type annexé à la recommandation n° 86 qui l'accompagne. Cet accord type couvre la plupart des aspects du processus migratoire et propose aussi un contenu pour un contrat de travail type.

Un accord bilatéral ne saurait régler toutes les questions, mais c'est néanmoins un moyen utile d'assurer une meilleure protection des travailleurs migrants, en particulier dans certains domaines, comme la sécurité sociale, ou pour les catégories de travailleurs migrants les plus vulnérables.

Dans la pratique, les accords bilatéraux ont longtemps été le moyen de gérer les flux migratoires entre deux pays. Depuis le renversement, dans les années soixante-dix, de la conjoncture économique, beaucoup de ces accords sont devenus caducs et ont été remplacés par des formules beaucoup plus floues : accords-cadres, mémorandums d'accord, déclarations de coopération mutuelle sur l'engagement et la protection des travailleurs étrangers.

Depuis les années quatre-vingt-dix, le nombre d'accords bilatéraux dans le monde a fortement augmenté, encore que la pratique varie d'une région à l'autre. En Amérique latine, le nombre d'accords bilatéraux a doublé au cours de la décennie écoulée, mais les pays d'Asie (hormis les Philippines) semblent être plus réticents à l'égard de ces accords. Dans les pays de l'OCDE, 173 accords bilatéraux sont en vigueur avec des pays de toutes les régions du monde, ce qui représente une multiplication par cinq depuis les années quatre-vingt-dix.

L'enquête sur les migrations internationales de main-d'œuvre indique que les Etats de l'Europe centrale et orientale et la Communauté d'Etats indépendants utilisent beaucoup les accords bilatéraux non seulement entre Etats de la région ou avec des Etats voisins de l'Union européenne, mais avec des pays de l'Europe méridionale (comme l'Espagne et le Portugal) et même avec des pays d'autres continents.<sup>36</sup>

Ces accords bilatéraux peuvent avoir une vaste gamme d'objectifs, dont en particulier celui de freiner les migrations irrégulières ou celui de promouvoir une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, ou encore de traiter de questions économiques et sociales plus générales (à l'instar des accords que l'Argentine a conclus avec la Bolivie (1999), le Pérou (1999) et le Paraguay). D'autres visent spécifiquement les questions relatives au travail saisonnier dans l'agriculture.<sup>37</sup> Comme pour les accords régionaux, il importe que les accords bilatéraux fonctionnent dans un contexte multilatéral de normes internationales et qu'il y ait un soutien mutuel entre le niveau bilatéral et le niveau multilatéral.

#### **IV. Organisations d'employeurs et de travailleurs et ONG non professionnelles**

Les organisations d'employeurs et de travailleurs sont, parmi les ONG, celles dont l'action est potentiellement la plus importante. Les organisations de travailleurs ont mis sur pied différents programmes qui traitent des conséquences des mouvements migratoires. A l'échelon international, la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) et l'Internationale des services publics (ISP) suivent le débat sur les migrations et participent à plusieurs activités internationales sur le terrain. Par exemple, en 1994, l'organisation régionale de la CISL pour l'Asie et le Pacifique a convoqué une conférence intitulée « le rôle des syndicats dans la protection des travailleurs

migrants ». Plusieurs moyens d'action ont été identifiés: fourniture d'informations et de conseils, réglementation des activités des agences d'emploi, coopération avec les gouvernements, aide à l'intégration ainsi qu'à la création de réseaux.

Il faut noter que la Conférence Internationale du Travail a jugé qu'il faudrait encourager les Etats à ratifier et respecter les normes de l'OIT qui concernent les travailleurs migrants.<sup>38</sup> L'ISP a elle aussi entrepris diverses activités ayant trait au rôle des syndicats dans la protection des travailleurs migrants. Elle a notamment mis sur pied un groupe de travail qui s'est réuni pour la première fois en 1995 en vue de définir la stratégie future de l'ISP dans le domaine des migrations, travail auquel le Bureau International du Travail a beaucoup contribué.

A l'échelon régional ou national, plusieurs fédérations syndicales se sont employées à promouvoir les droits de l'homme des travailleurs migrants. On connaît surtout les activités menées en Europe, mais des efforts analogues ont également été faits dans d'autres régions.<sup>39</sup> En Europe, l'une des principales initiatives prises par les organisations d'employeurs et de travailleurs a consisté à élaborer et à signer, en 1995, la Déclaration commune sur la prévention de la discrimination raciale et de la xénophobie et la promotion de l'égalité de traitement sur le lieu de travail. Cette déclaration énonce, à l'intention des partenaires sociaux, des principes directeurs concernant l'égalité de traitement des minorités ethniques et des travailleurs migrants. Le Manuel européen de bonnes pratiques pour la prévention du racisme sur le lieu de travail est l'une des suites données à cette déclaration.

Parmi les nombreux exemples d'activités qui ont été menées à l'échelon national, on peut citer le cas en Asie de la Fédération des syndicats du Pakistan qui a organisé des activités sur le terrain, créé une section distincte chargée du bien-être des travailleurs migrants et organisé en 1997 un séminaire portant sur les aides sociales à fournir aux travailleurs migrants et à leur famille. A l'échelon local, il est clair que les organisations d'employeurs et de travailleurs peuvent beaucoup contribuer à la protection des travailleurs migrants, et nombreuses sont les initiatives qui ont été prises à ce niveau. On peut toutefois considérer que les partenaires sociaux ne se sont pas attachés autant qu'ils l'auraient pu à promouvoir l'égalité de chances et de traitement des travailleurs non nationaux, même si certaines organisations ont pris des initiatives qui pourraient servir de modèle dans ce domaine.

On peut souligner à cet égard l'importance vitale que représentent, pour les organisations de travailleurs en particulier, la protection des travailleurs migrants et le fait de veiller à ce qu'ils soient correctement traités. En effet, non seulement, dans la plupart des pays, les travailleurs migrants en situation régulière représentent des affiliés potentiels, mais également toute discrimination ou inégalité qui s'exerce à leur encontre constitue un danger constant pour l'ensemble des travailleurs.

Les autres activités non gouvernementales concernant les migrations sont en général surtout axées sur des projets régionaux ou sous-régionaux et visent souvent à

aider concrètement les migrants qui sont confrontés à des problèmes dans des domaines où l'action des organisations intergouvernementales est limitée. Les migrants les plus vulnérables, c'est-à-dire ceux qui sont en situation irrégulière ou sans papiers, hésitent souvent à saisir les organismes officiels lorsqu'ils sont victimes de discrimination, de violence ou d'exploitation, et c'est là que l'action non gouvernementale peut être cruciale. Les organisations non gouvernementales servent aussi de lien entre les migrants et l'Etat et informent les migrants des droits que leur reconnaît la législation.

Enfin, les ONG peuvent faire pression pour que les Etats ratifient ou appliquent plus activement les dispositions des instruments internationaux qui protègent les travailleurs migrants. Le Bureau International du Travail entretient des contacts réguliers avec ces organisations qui s'occupent des droits de l'homme en général et des droits des migrants en particulier.

## V. Considérations finales

La diversité des flux migratoires et des mesures prises par les Etats, les organisations intergouvernementales, les organisations non gouvernementales et les organisations d'employeurs et de travailleurs pour gérer ces flux a atteint une ampleur sans précédent ces dernières années. Il faut s'attendre à ce que l'attention croissante accordée aux causes, aux conséquences et aux conditions des migrations internationales ne se relâche pas, ce qui devrait avoir un effet positif sur la capacité et la volonté de tous les intervenants d'améliorer la situation des travailleurs employés à l'étranger ainsi que celle des membres de leur famille.

## Notes

1. Une liste avec des liens aux principaux instruments et initiatives régionales figure au Portail pour la promotion et la protection des droits des migrants : <http://www.december18.net>.
2. Pour le texte de la Convention, telle qu'amendée par le Protocole n° 11, v. la *Série de Traités Européens (STE)* n° 5 (<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Word/005.doc>).
3. V. la Charte sociale européenne révisée de 1996 en STCE n° 163 (<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/163.doc>).
4. D'autres instruments d'application générale ont également un certain intérêt pour les travailleurs migrants, notamment la Convention européenne de sécurité sociale et son protocole, et plusieurs recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (V. Conseil de l'Europe, *Activités du Conseil de l'Europe en matière de*



- migrations*, Strasbourg, 1996). Sur les mécanismes de protection des droits de l'homme prévus dans la Convention de 1950, v. J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2003.
5. V. les arrêts de la CEDH dans les affaires *Soering c. Royaume Uni* de 7 juillet 1989, *D. c. Royaume Uni* du 21 avril 1997, ou *Amrollahi c. Danemark* du 11 juillet 2002, entre autres, en <http://www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm>.
6. STCE n° 93 (<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/093.doc>). Sur cette Convention v. H. GOLSON, « La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant » en Société Française pour le Droit International, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979, pp. 233 et ss, E. GUILD et K. GROENENDIJK, « The European Convention on the Legal Status of Migrant Worker. An Analysis of its Scope and Benefits », Université de Nijmegen, Pays-Bas, 1999, ([http://www.coe.int/T/E///Social\\_Cohesion/Migration/Documentation/Publications\\_and\\_reports/Reports\\_and\\_proceedings/CDMG%20\\_99\\_11e.pdf](http://www.coe.int/T/E///Social_Cohesion/Migration/Documentation/Publications_and_reports/Reports_and_proceedings/CDMG%20_99_11e.pdf)), et J. BONET PEREZ, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*, Bilbao (Espagne), 2003, pp. 53-60.
7. On peut également citer, à cet égard, les activités relatives aux minorités nationales de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE), en particulier, par l'intermédiaire du Haut Commissaire aux minorités nationales (<http://www.osce.org/hcnm>).
8. Sur cette question v. A. SALINAS DE FRIAS, « la protección comunitaria de los derechos fundamentales de carácter social y económico » en *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1995)*, Madrid, 1996, pp. 381-399.
9. Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*Journal Officiel (JO) L 257*, du 19.10.1968).
10. JO L 149, 05.07.1971, version consolidée en JO L 28, 30 janvier 1997 (un texte consolidé se trouve aussi dans EUR-Lex à [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/main/1971/fr\\_1971R1408\\_index.html](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/main/1971/fr_1971R1408_index.html)). V. aussi le Règlement (CEE) n°574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n°1408/71 (JO L 74, 27.03.1972, texte consolidé en EUR-Lex: [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/main/1972/fr\\_1972R0574\\_index.html](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/main/1972/fr_1972R0574_index.html)).
11. Règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité (JO L 124, 20 mai 2003; [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr\\_register\\_05204020.html](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr_register_05204020.html)). V. aussi la Recommandation n° 22 du 18 juin 2003 concernant la jurisprudence Gottardo, selon laquelle les avantages découlant d'une convention bilatérale de sécurité sociale entre un État membre et un État tiers prévue pour les travailleurs nationaux doivent être accordés aux travailleurs ressortissants d'autres États membres (JO L 326, 13 décembre 2003).
12. Article 2 et titre IV (arts. 61 à 69) du Traité de Amsterdam de 2 octobre 1997.
13. Articles III-209 à III-219 (politique sociale) et articles III-265 à III-268 (politique relative à l'immigration) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (JO C

- 310, 16.12.2004). Sur la question des droits fondamentaux de l'Union v. A. SALINAS DE FRÍAS, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Grenade (Espagne), 2000.
14. V. R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in international human rights law*, Oxford, 1997, pp. 324-325.
15. Le texte de la Charte peut se trouver dans la web de l'Union Africaine : <http://www.africa-union.org/home/bienvenue.htm>.
16. V. le Portail de la CEDEAO <http://www.ecowas.int>. et S. AMMASSARI, *Gestion des migrations et politiques de développement : optimiser les bénéfices de la migration internationale en Afrique de l'Ouest (Cahiers de migrations internationales n° 72 F)*, BIT, Genève, 2004 (édition électronique : <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp72f.pdf>).
17. V. le Portail de la CEEAC <http://www.ceeac-eccas.org/>.
18. <http://www.sadc.int/index.php?action=a1010&lang=fr>.
19. Résolution n° 49/19-P sur la Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam, adoptée à la 19ème session de la Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères, réunie au Caire (Egypte), du 31 juillet au 5 août 1990, ([http://www.oic-oci.org/index\\_french.asp](http://www.oic-oci.org/index_french.asp)).
20. V. le Portail de la Ligue Arabe en [http://www.arableagueonline.org/arableague/index\\_en.jsp](http://www.arableagueonline.org/arableague/index_en.jsp).
21. Sur le système interaméricain des droits de l'homme et la protection des droits des migrants v. <http://www.december18.net/web/general/page.php?pageID=136&menuID=36&lang=EN>. Sur le travail de la « Comisión Interamericana de Derechos Humanos » (<http://www.cidh.oas.org>) en matière de protection des travailleurs migrants et leur familles et la création de la « Relatoria especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias », v. G. ESCOBAR (dir.), *Primer Informe sobre Derechos Humanos y Migraciones de la Federación Iberoamericana de Om-budsman*, Madrid, 2003, pp. 55-56.
22. V. E. TEXIDO, G. BAER, N. PEREZ VICHICH, A. SANTESTEVAN y Ch. GOMES, *Migraciones laborales en Sudamérica: el Mercosur ampliado (Estudios sobre migraciones internacionales n° 63S)*, BIT, Genève, 2003 (ed. électronique <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp63s.pdf>). Le site officiel du MERCOSUR en internet <http://www.mercosur.org.uy/> (v. aussi el servicio informativo sobre el Mercado Común del Sur: <http://www.merco-sur.net/>).
23. V. P. TORALES, M<sup>a</sup> E. GONZALEZ et N. PERZ VICHICH, *Migraciones laborales en Sudamérica: la Comunidad Andina (Estudios sobre migraciones internacionales n° 60S)*, BIT, Genève, 2003 (ed. électronique <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp60s.pdf>).
24. V. le chapitre 16 de l'Accord en <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index.html>.
25. <http://www.apec.org/apec.html>. V. aussi les résultats de l'initiative pour l'intégration de l'ASEAN, le Forum pour la Coopération au Développement qui a eu lieu à Jakarta, 15-16 août 2002 en <http://www.aseansec.org/idcf/index.htm>.
26. [http://www.iom.int/en/what/managing\\_migration\\_fr.shtml](http://www.iom.int/en/what/managing_migration_fr.shtml).
27. <http://www.oecd.org/home/>.
28. Sur cette initiative de Berne v. [http://www.iom.int/en/know/berneinitiative/index\\_fr.shtml](http://www.iom.int/en/know/berneinitiative/index_fr.shtml).

29. Le site internet de l'Observatoire: <http://eumc.eu.int/eumc/index.php>.
30. [http://www.coe.int/T/F/Coh%E9sion\\_sociale/Migrations/accueil.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/F/Coh%E9sion_sociale/Migrations/accueil.asp#TopOfPage).
31. <http://www.acpsec.org/>.
32. V. le site internet de la Conférence régionale sur les migrations en <http://www.rcmvs.org/>. V. aussi les Déclarations de Lima de 1999 ([http://www.iom.int/DOCUMENTS/OFFICIALTXT/EN/lima\\_decl.pdf](http://www.iom.int/DOCUMENTS/OFFICIALTXT/EN/lima_decl.pdf)) et de Buenos Aires de 2000, adoptées par la Conférence Sudaméricaine sur les Migrations. ([http://www.iom.int/DOCUMENTS/OFFICIALTXT/SP/buenosaires\\_decl\\_sp.pdf](http://www.iom.int/DOCUMENTS/OFFICIALTXT/SP/buenosaires_decl_sp.pdf)).
33. V. le site officiel de l'ASEM: [http://europa.eu.int/comm/external\\_relations/asem/intro](http://europa.eu.int/comm/external_relations/asem/intro).
34. Sur le Dialogue 5+5 sur la Migration en Méditerranée Occidentale v. <http://www.iom.int/en/know/dialogue5-5/index.shtml>.
35. M.I. ABELLA, « Sending Workers Abroad: a manual for low-and-middle-income countries », BIT, Genève, 1997, p. 64.
36. V. E. GERONIMI, *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra : Modo de empleo (Estudios sobre Migraciones Internacionales n° 65S)*, BIT, Genève, 2004 (édition électronique <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp65s.pdf>). Pour les résultats de l'enquête de l'année 2003, un examen des accords bilatéraux conclus par l'Espagne avec l'Equateur et la Colombie, des accords entre l'Argentine d'une part et la Bolivie, le Paraguay et le Pérou de l'autre, ainsi qu'entre l'Argentine et l'Ukraine, v. E. GERONIMI, L. CHACÓN et E. TEXIDÓ, *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: Estudio de casos (Estudio sobre Migraciones Internacionales n° 66)*, BIT, Genève, 2004 (édition électronique <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp66s.pdf>). Les accords bilatéraux conclus par l'Espagne avec des pays tiers se trouvent publiés dans le *Boletín Oficial del Estado (BOE)* en <http://www.boe.es>.
37. Par exemple, l'expérience réussie du programme des travailleurs agricoles saisonniers mexicains, souvent considéré comme un modèle en matière d'admission et de protection des migrants. Il est fondé sur un protocole d'entente en vertu duquel le gouvernement mexicain est invité à sélectionner les travailleurs et à contrôler leur situation au Canada, et une association de fermiers canadiens est chargée de les transporter jusqu'aux fermes où ils travaillent. A la fin de la saison, les employeurs remettent à chaque travailleur une évaluation écrite dans une enveloppe cachetée que les travailleurs remettent aux autorités mexicaines à leur retour. Certains syndicats critiquent ce système d'évaluation, alléguant que les travailleurs qui manifestent ne sont pas invités à revenir: 70 pour cent des migrants mexicains sont nominalement demandés par leurs employeurs. La plupart des migrants mexicains indiquent qu'ils préfèrent la sécurité des contrats au Canada à l'insécurité du statut non autorisé aux Etats-Unis, mais certains syndicats et ONG canadiens considèrent que les migrants ne sont pas libres parce qu'ils peuvent être inscrits sur une liste noire. Néanmoins, l'arrangement canadien semble être exempt des problèmes auxquels se heurtent communément les programmes de travailleurs temporaires.
38. Conférence Internationale du Travail, *Etude d'ensemble sur les travailleurs migrants*, Rapport III (Partie 1 B), Section II.B, 87e session, Genève, juin 1999 (<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b1.htm>).
39. Une liste de initiatives menées par des ONGs en Europe en <http://www.december18.net>.



## **XII. LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES RÉFUGIÉS : NORMES ET PRINCIPES APPLICABLES**

Une catégorie spécifique de personnes fuient une situation généralisée de violence ou en raison de la violation massive des droits de l'homme et, après avoir traversé le territoire de l'Etat où elles habitent, arrivent à la frontière d'un pays tiers pour devenir demandeurs d'asile et, plus tard, si elles remplissent les conditions requises, obtenir le statut de réfugié.<sup>1</sup>

Ces personnes sont protégées par des normes et principes généraux de droit international concernant les droits de l'homme mais aussi par des normes et principes spécifiques qui forment le droit international des réfugiés, une branche du droit international ; sa systématisation commence avec l'adoption de la Convention sur le statut des réfugiés de 1951, même s'il y eut auparavant quelques tentatives de codification.

Le droit international applicable à cette catégorie de personnes évolue constamment depuis 1951, confronté aux problèmes sans cesse croissants des pays d'accueil qui tendent à une interprétation restrictive de tels normes et principes, ce qui affecte, dans la plupart des cas, l'application du régime de protection. L'effectivité de l'ensemble de ces règles et principes dépendra notamment de l'équilibre entre leur interprétation et les intérêts légitimes des pays d'accueil qui reçoivent la lourde charge de réfugiés, en préservant toujours l'intégrité du concept de l'asile et des principes fondamentaux.

Les sources du droit international des réfugiés sont d'origine conventionnelle (sources universelles et régionales: européennes, américaines et africaines) et d'origine non conventionnelle (les résolutions et les recommandations des organes internationaux, telles que les Conclusions du Comité Exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) . En leur qualité de textes régulateurs du comportement des Etats dans la sphère internationale, il faudra examiner aussi, au moins sommairement, deux principes fondamentaux concernant la protection de ces personnes : l'un de nature politique, mais aussi créateur d'effets juridiques importants : la solidarité internationale et le partage du fardeau ; l'autre, de nature indiscutablement juridique : le non refoulement.

## **I. Les origines du régime juridique et des institutions internationales relatifs à la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés**

Avant la Convention de 1951, le régime applicable à ces personnes était constitué par les principes généraux des droits de l'homme, les normes dérivées du droit coutumier et les dispositions de quelques accords et d'autres instruments internationaux adoptés à la fin de la Première guerre mondiale, principalement en Europe et en Amérique latine. L'élaboration de ces normes et principes répondait à des situations particulières : les flux de réfugiés provoqués par la révolution russe de 1917 et par la situation en Allemagne à la fin des années 30.

La révolution russe suscita l'idée d'une Convention internationale en 1921 ; la Conférence de 1922 qui adopta les Arrangements du 5 juillet 1922 concernant la délivrance des certificats d'identité aux réfugiés russes est considérée comme le premier pas vers la reconnaissance du statut des réfugiés. En 1926, ces Arrangements furent améliorés, mais ce ne sera qu'en 1928 que l'on envisage une extension aux autres flux de réfugiés.

La première tentative internationale d'élaborer des normes concernant la protection des réfugiés remonte à l'époque de la Société des Nations, lorsque l'on prend conscience, pour la première fois, de la responsabilité de la communauté internationale à l'égard des réfugiés et des groupes de personnes qui fuient la violence ou la violation massive et généralisée des droits de l'homme.

La Convention sur le statut international des réfugiés de 1933 fut le premier instrument international qui fit référence au principe en vertu duquel les réfugiés ne devaient pas être refoulés vers leur pays d'origine. Toutefois, cette Convention fut uniquement ratifiée par huit Etats. Un autre instrument international adopté à l'époque est la Convention sur le Statut des Réfugiés venant d'Allemagne de 1936, complétée par la Convention de 1938 qui ne reçut que trois ratifications.

Après la naissance des Nations Unies, l'Organisation Internationale pour les Réfugiés (OIR) fut créée en 1947, comme organisme provisoire et avec un mandat déterminé, puisque il devait achever ses fonctions en 1950. La Constitution de l'OIR incluait l'affirmation selon laquelle le principal objectif de l'Organisation était « d'encourager et de renforcer, de toutes les manières possibles, le retour rapide – des réfugiés – vers leur pays de nationalité ou de leur résidence habituelle ». La résolution de l'Assemblée générale portant création de l'OIR prévoyait ledit objectif dans une perspective adéquate, en déclarant que « ne sera pas obligé de retourner à son pays d'origine aucun réfugié ou personne déplacée (qui exprime des raisons valides à l'encontre dudit retour) ».

Les tâches qui furent confiées à l'OIR étaient nombreuses et variées ; elles allaient de la compilation de données personnelles, la détermination du *statut* de chaque personne, jusqu'au possible rapatriement et la protection juridique et politique. L'OIR n'a pas pu résoudre les problèmes posés par les réfugiés : il y avait une convergence de vues sur la nécessité de continuer la coopération internationale afin d'aborder le problème des réfugiés, mais un désaccord fondamental relatif aux objectifs que devait atteindre ladite coopération.

L'évolution institutionnelle continue en 1949, avec la création du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), avec un mandat initial limité à trois ans.<sup>2</sup> Suit l'adoption en 1950 du Statut qui sert de référence pour l'élaboration des règles qui seront incorporées dans la Convention de 1951.<sup>3</sup>

## II. Le développement conventionnel

Les sources conventionnelles principales de Droit international des réfugiés sont la Convention sur le statut des réfugiés de 1951 et le Protocole de 1967, instruments qui constituent la pierre angulaire du régime de protection des demandeurs d'asile et des réfugiés. Certaines des normes contenues dans ces deux instruments sont de droit international coutumier : les Etats, Parties ou non à ces textes, seraient tenus par ces normes en vertu de ce droit et non pas du droit conventionnel. Les Etats Parties à la Convention et au Protocole cependant ont toujours souligné la nécessité que tous les Etats fassent partie de ces instruments pour garantir la protection des réfugiés.<sup>4</sup>

### 1. De caractère universel

#### A. *La Convention sur le Statut des Réfugiés de 1951*

La Convention de 1951 définit le « réfugié » d'une façon claire et limitée. Cette définition a été le produit d'un débat très particulier pendant les négociations et travaux préparatoires de la Conférence. Le fait que la Convention créerait des nouvelles obligations juridiques a conduit les Etats participant au processus d'élaboration à circonscrire la définition à une certaine catégorie de réfugiés.

Finalement, on opta pour une formule propre à satisfaire toutes les parties. Les gouvernements ont arrêté une définition générale, applicable universellement, du terme « réfugié », centrée sur deux éléments : les « craintes fondées d'être persécuté », pour les raisons exposées au paragraphe 2 de l'article 1 de ladite Convention et, d'autre part, que cette personne qui se trouve loin de son pays « ne puisse ou, à cause desdites craintes, ne veuille invoquer la protection d'un tel pays. Ou que, étant apatride ou se trouvant, en conséquence de tels événements, loin du pays (...) ne puisse (...) ou ne veuille y retourner ».

Le premier élément de la définition est de caractère subjectif. Le terme persécution pourtant n'est pas défini dans la Convention de 1951 ni dans aucun autre instrument international. Dans les articles 31 à 33 de la Convention, il est fait référence à certaines personnes dont la vie serait menacée. « La signification fondamentale littérale du terme persécution inclut la menace de privation de la vie ou de liberté physique. Cependant, dans ce large cadre, surgissent des questions de degré et de proportion ... et dans la valorisation dans le cadre de la Convention surgissent ainsi des facteurs très complexes comme le sont (1) la nature de la liberté menacée, (2) la nature et la sévérité de la restriction et (3) la comparaison de la restriction relative aux cas individuels ».<sup>5</sup>

Le second élément constitutif de la définition de réfugié est de nature objective ; il se réfère à l'impossibilité d'obtenir protection dans le pays d'origine ou, pour ce dernier, de l'accorder en raison des circonstances internes.

Les bénéfices de la Convention de 1951 ne s'appliqueraient qu'aux personnes qui deviendraient réfugiés comme conséquence des événements survenus avant le 1<sup>er</sup> janvier 1951, ce qui fait de la Convention un instrument limitatif et donnera lieu à la négociation et à l'approbation postérieure du Protocole de 1967 qui élargit, entre autres, la portée de la Convention.

Bien que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre le droit de toute personne à chercher asile et à en bénéficier, pendant les négociations de la Convention de 1951 les Etats ont donné plus d'importance au droit de l'Etat de décider sur les demandes d'asile, ce qui reflète un pouvoir discrétionnaire et non pas une obligation d'accorder l'asile dans toute circonstance.

La Convention ne contient aucune mention du droit d'asile ni de l'obligation des Etats de l'octroyer. Néanmoins, la Convention contient l'obligation des Etats Parties de ne pas expulser ou refouler un réfugié vers un autre Etat où il courrait le risque d'être persécuté, ce qui est connu comme le principe de *non-refoulement*, défini à l'article 33 de la Convention.

Quels sont les droits et les obligations que dérivent de la Convention ? Droits en faveur d'une catégorie de personnes et obligations à la charge de l'Etat Partie, mais également obligations à la charge des personnes affectées.

La Convention établit des obligations à la charge de l'Etat d'accueil; elle n'impose jamais des obligations aux Etats d'origine, même si aujourd'hui se pose la question de l'obligation des Etats quant au rapatriement des réfugiés et à leur réintégration dans les sociétés d'origine, lorsque la situation qui a causé les déplacements a cessé.

L'Etat d'accueil est tenu de reconnaître certains droits aux réfugiés, parmi lesquels celui de respecter leur statut personnel (art.12) ; les droits de propriété intellectuelle et industrielle (art.14) ; le droit d'accéder aux tribunaux judiciaires (art.16) ; le droit



à un emploi rémunéré (art.17) ; à travailler à son propre compte (art.18) ; le droit à une habitation (art.21) ; à l'éducation (art.22) et à l'assistance publique (art.23) ; à la libre circulation (art. 26) ; à un document d'identité (art.27) et de voyage (art.28) et à transférer des avoirs à l'étranger, dans des conditions égales à celles des nationaux et des étrangers.

Le réfugié a logiquement des droits qui dérivent des obligations de l'Etat récepteur en plus du droit de bénéficier des droits de l'homme en général. Mais ces droits ne sont pas absolus : certaines limitations et conditions sont établies par la Convention dans son article 2 qui dit que :

*« Tout réfugié a, à l'égard du pays ou il se trouve, des devoirs qui comportent notamment l'obligation de se conformer aux lois et règlements, ainsi qu'aux mesures prises pour le maintien de l'ordre public. »*

### B. Le Protocole de 1967

Face aux limitations de la Convention de 1951, il devint nécessaire d'élaborer un instrument plus large. Le Protocole de 1967<sup>6</sup> sur le Statut du réfugié constitue la deuxième source conventionnelle principale de ce droit.

La Convention, comme il est indiqué dans le Préambule du Protocole de 1967, ne s'applique qu'aux personnes qui ont acquis le statut de réfugié avant le 1<sup>er</sup> janvier 1951. L'objectif principal du Protocole est de corriger les limitations géographiques et temporaires de la définition du réfugié, pour en faire un régime universel.

Le Protocole de 1967 est un traité international autonome, quoique matériellement lié à la Convention par une disposition de renvoi qui constitue son essence même. Il ne s'agit pas d'un Protocole dans le sens strict du terme. Le terme « Protocole » peut être ambigu. Le contenu du Protocole de 1967 ne se limite pas à modifier, élargir ou préciser les dispositions de la Convention. Il s'agit d'un texte autonome, un traité international d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est ouvert à l'adhésion de tous les Etats parties à la Convention et à toute Etat membre des Nations Unies ou d'une institution spécialisée.

Du point de vue juridique, comme on le verra après, en plus d'élargir la notion de « réfugié », il faut relever l'obligation faite aux Etats qui deviennent parties d'appliquer pratiquement toute la Convention (articles 2 à 34), même s'ils ne sont pas parties à la Convention. Il est intéressant de souligner que certains Etats comme le Venezuela et les Etats-Unis d'Amérique sont parties au Protocole mais pas à la Convention.

Les obligations contenues dans le Protocole dérivent indirectement de la Convention, d'après le renvoi déjà signalé de l'article 1. En outre, le Protocole prévoit une définition du terme « réfugié » en excluant les mots « comme résultat des événements survenus avant le 1 janvier 1951 » et « à la suite de tels événements », ce qui est signalé dans le paragraphe 2 de la section A, de cet article.

Il y a aussi des obligations propres du Protocole, comme celle de coopérer avec le HCR. Signalons également une disposition concernant le règlement des différends qui précise le recours à la CIJ dans le cas où le différend n'est pas résolu par d'autres moyens. On prévoit aussi dans cet instrument la possibilité de formuler des réserves concernant, entre autres, le mécanisme de règlement des différends et les questions acceptées dans la Convention de 1951.

On ne pourra pas formuler de réserves sur certaines questions: définition du terme « réfugié », prohibition de la discrimination, liberté de religion, d'accès à la justice et sur le principe de non refoulement.

## **2. De caractère régional**

### *A. Africain*

Dans le contexte régional africain, citons d'abord la Convention de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique et, ensuite, la Charte des droits de l'homme et des peuples, dite de Banjul.

#### **a. La Convention de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique**

La Convention de 1969 répond aux réalités africaines où la plupart des pays sont à la fois pays d'origine et pays d'accueil au gré des circonstances. La Convention cherche surtout à régler le bon voisinage en mettant l'accent sur les problèmes interétatiques qui peuvent surgir du fait de l'exode.<sup>7</sup>

Le Protocole met à jour et élargit la définition du « réfugié » contenue dans la Convention de 1951 en ajoutant que :

*« ..elle est applicable à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité. »*

La définition élargit aussi le terme « réfugié » à « la victime de la violence ou de conflit généralisé ».

La Convention précise les personnes auxquelles elle ne s'applique pas ; lorsque l'Etat d'accueil a des motifs fondés pour considérer que le demandeur d'asile a commis un délit contre la paix, un crime de guerre ou contre l'humanité ; qu'il a commis un délit grave de caractère non politique ou qu'il est coupable d'actes contraires aux objectifs et aux principes de l'OUA ou des Nations Unies.

La Convention développe aussi les principes généraux concernant le refuge, les obligations des Etats et des réfugiés. Elle établit une série d'obligations à la charge des Etats : les obligations d'octroyer l'asile, de rapatriement volontaire, de non-refoulement, de non discrimination et, entre autres, de coopérer avec l'HCR.

Une autre obligation importante est établie dans son article III, paragraphe 2 :

*« Les Etats signataires s'engagent à interdire aux réfugiés établis sur leur territoire respectif d'attaquer un quelconque Etat Membre de l'OUA ... »*

La Convention prévoit aussi des obligations à la charge des réfugiés. La première est inspirée de l'article 2 de la Convention de 1951 : respecter les lois et les règlements et les mesures d'ordre public de l'Etat d'accueil. Une deuxième obligation est de ne pas participer à des activités subversives contre tout Etat de l'OUA. Il s'agit donc d'exclure le réfugié subversif du bénéfice de la protection prévue par la Convention, ce qui constitue une nouveauté digne d'intérêt.

Finalement, on observe une obligation de comportement très importante à l'article II, paragraphe 1 :

*« Les Etats membres de l'OUA s'engagent à faire tout ce qui est en leur pouvoir, dans le cadre de leurs législations respectives, pour accueillir les réfugiés, et assurer l'établissement de ceux d'entre eux qui, pour des raisons sérieuses, ne peuvent ou ne veulent pas retourner dans leurs pays d'origine ou dans celui dont ils ont la nationalité. »*

La Convention de 1969 considère aussi le rapatriement volontaire comme la solution idéale au problème des réfugiés et, en plus, l'encouragement du dialogue en vue de la solution des problèmes des réfugiés.

## **b. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

Après la Convention de 1969, un texte plus général de normes et principes très importants concernant le droit de réfugiés est adopté dans le contexte africain : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Banjul, en 1981, après des années des négociations. Elle constitue sans doute l'instrument juridique régional le plus important en matière de droits de l'homme.

La Charte de Banjul est fortement inspirée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Convention interaméricaine de 1969 et la Convention européenne de 1950. Elle a pourtant de caractéristiques très particulières liées aux réalités et à la civilisation africaines, dont les valeurs le plus importantes sont la famille et la communauté. La référence aux peuples est sans doute une des caractéristiques marquantes (art. 19 à 22).

La Charte énonce les droits mais aussi les devoirs de l'homme *vis à vis* des autres individus, la nation et la communauté internationale. La Charte consacre aussi des nouveaux droits, ceux dits de la troisième génération. Le droit à la paix, au développement et à l'environnement (art.22 à 24).

La Charte énumère les droits fondamentaux et, ensuite, dans les articles 8 à 14, d'autres droits civils et politiques dont le droit d'aller et venir, le droit de quitter le pays et de revenir dans son pays et le droit d'asile, dispositions qui sont très importantes dans le contexte du droit international des réfugiés applicable en Afrique.

### *B. Interaméricain*

#### **a. La Convention interaméricaine des droits de l'homme de 1969**

Dans son article 22, paragraphe 7, la Convention des droits de l'homme de 1969 établit le droit de chercher asile et de le recevoir, une norme qui est inspirée de l'article XXVII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948. Cet article spécifie que :

*« Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droit commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque Etat et aux conventions internationales. »*

## **III. Les sources non conventionnelles**

### **1. De caractère universel**

Certains textes internationaux peuvent être considérés comme sources informelles du droit international des réfugiés : tel est le cas de la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial de 1967 ainsi que le statut du HCR.

#### *A. La Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial*

La Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial fut adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ;<sup>8</sup> ce texte international, quoique non conventionnel, contient des normes importantes de droit coutumier. La Déclaration reprend des dispositions de la Charte de l'ONU et d'autres instruments internationaux, en même temps qu'elle prévoit des principes concernant l'asile, préalablement consacrés dans d'autres textes, comme la Convention de Caracas de 1954.

Le Préambule de la Déclaration reprend des dispositions fondamentales de la Déclaration de 1948 : le droit de toute personne de quitter tout pays y compris le sien et de retourner (art. 13) et le droit d'asile et d'en bénéficier (art.14).

La Déclaration établit la portée de l'asile, les conditions dans lesquelles il sera octroyé et les modalités requises. L'asile sera accordé aux personnes protégées par l'article 14 de la Déclaration de 1948. Néanmoins, l'asile ne pourra pas être accordé aux personnes qui ont commis des crimes contre la paix, de guerre ou contre l'humanité, conformément aux définitions de ces crimes figurant dans les instruments internationaux pertinents.

La Déclaration prévoit aussi le principe de non-refoulement, dans son article 3, paragraphe 1 ; et celui de la solidarité internationale et du partage du fardeau (art. 2, paragraphe 3).

*B. Résolutions d'organes internationaux: l'Assemblée générale, l'ECOSOC et le Comité Exécutif (EXCOM) du HCR*

Les résolutions adoptées par l'Assemblée générale et l'ECOSOC contiennent parfois des normes applicables aux demandeurs d'asile et réfugiés. Les plus importantes dans ce contexte sont les Conclusions du Comité exécutif du HCR prises en général par l'AG et l'ECOSOC.

Il est certain que les Conclusions du Comité exécutif du HCR, comme les résolutions en général des organisations internationales, sont dépourvues, en principe, de force juridique contraignante. Il s'agit plutôt de textes de nature politique qui obligent les Etats de ce point de vue. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne puissent être considérées comme créatrices d'effets juridiques en droit international. Quelques Conclusions réaffirment des principes de caractère indiscutablement juridique, ou peuvent contribuer à la formation de l'*opinio juris* nécessaire à la formation d'une norme de droit international coutumier. Dans tous les cas, ces Conclusions sont souvent normatives et les Etats doivent les entendre ainsi pour pouvoir donner efficacité à la protection que requiert cette catégorie de personnes.

## **2. De caractère régional**

*A. Interaméricain*

En Amérique latine, de nombreux documents ont été adoptés qui, même s'ils ne sont pas des instruments internationaux dans le sens strict du terme, sont juridiquement pertinents. Il s'agit de textes qui complètent la Convention de 1951 ou le Protocole de 1967, comme la Déclaration de Carthagène de 1984 qui place « le sujet des réfugiés, des déplacés et des rapatriés, dans le contexte plus large des droits de l'homme et de la construction de la paix. »<sup>9</sup>

Soulignons également la Déclaration de San José de 1994 qui, adoptée dans des circonstances différentes, a aussi une importance particulière en tant que document concernant la protection des droits de demandeurs d'asile et des réfugiés.

#### **a. La Déclaration de Carthagène de 1984**

La Déclaration de Carthagène est un document politique. S'il n'y pas de doute sur sa nature, on ne peut cependant méconnaître sa valeur juridique. Elle contient des normes applicables dans ce contexte et elle lie les Etats qui y ont souscrit, du point de vue juridique.

La Déclaration n'est pas en effet un document conventionnel du point de vue formel. Elle n'a pas été adoptée et considérée en tant que telle par les Etats de la région. Elle contient cependant des dispositions très importantes, comme par exemple :

- L'élargissement de la définition du terme « réfugié » aux situations dans lesquelles les personnes quittent leur lieux d'origine « en raison de conflits armés internes, violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances qui ont perturbé gravement l'ordre public ».
- La réaffirmation du principe de non-refoulement, en soulignant l'interdiction du refoulement à la frontière.
- L'incorporation de la catégorie de personnes déplacées à l'intérieur du territoire, ou déplacés internes.

La question des déplacés internes a été examinée par le HCR à plusieurs reprises, ce qui a été reflété dans diverses Conclusions du Comité Exécutif : c'est le cas, par exemple, de la Conclusion 75 (XLV), de 1994.

La Déclaration de Carthagène constitue un instrument très important du point de vue juridique. Son contenu est une source de Droit international des demandeurs d'asile et de réfugiés, ce qui a été constaté par l'Assemblée Générale de l'OEA lorsque, par exemple, le Préambule de sa résolution 1170 (XXII-0/92) affirme que:

*«...la Déclaration de Cartagena de Indias de 1984... contient un cadre juridique pour le traitement des réfugiés dans la région. »*

Les Principes de la Déclaration furent ultérieurement développés dans les « Principes et Critères pour la protection et assistance des Réfugiés, Rapatriés et déplacés de l'Amérique Centrale », adoptés par la Conférence Internationale sur les Réfugiés de l'Amérique centrale (CIREFCA), célébrée au Guatemala en 1989.

#### **b. La Déclaration de San José de 1994 sur les réfugiés et les personnes déplacées**

Dix ans après son adoption, la Déclaration de Carthagène fut évaluée et conduisit à l'adoption de la Déclaration de San José de 1994 dans laquelle on reconnaît « l'importance de la Déclaration ... pour le traitement des situations de réfugiés »,

soulignant en même temps « la nécessité d'appliquer la Déclaration pour trouver une réponse aux problèmes posés... »

La Déclaration de San José réaffirme la définition du réfugié, adoptée dans la Déclaration de Carthagène qui, pour être fondée sur des critères objectifs, a démontré être un instrument humanitaire efficace pour soutenir les Etats dans l'élargissement de la protection internationale aux personnes qui en ont besoin, au-delà de la portée de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967.

La Déclaration souligne aussi « le caractère complémentaire et les convergences entre les systèmes de protection (...) établis par le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés ». Cette vision va au-delà de la vision prédominante jusqu'alors fragmentée des différentes branches du droit international général des droits de l'homme.

Egalement, on doit rappeler d'autres documents comme la Déclaration de Tlatelolco sur les actions pratiques dans le droit des réfugiés en Amérique latine et les Caraïbes, de 1999; et la Déclaration de Rio sur l'institution du refuge, de 2000.

On peut donc affirmer que le contenu de ces Déclarations fait partie dans une grande mesure du droit international coutumier. Tous ces principes dérivent de ce droit par la *repetitio* et l'*opinio juris* nécessaires pour la formation de la coutume internationale.

### **c. Résolutions de l'Organisation des Etats Américains (OEA)**

L'Assemblée Générale de l'OEA a adopté une série de résolutions concernant aussi le système de protection des réfugiés. Citons, en particulier, la résolution AG/RES.1021 (XIX-0/89) sur les Réfugiés de l'Amérique centrale et la Conférence internationale sur les Réfugiés de l'Amérique centrale, adoptée par l'Assemblée Générale le 18 novembre 1989, et la résolution AG/RES.1040 (XX-0/90) réitérant l'importance des instruments universels et régionaux et la Déclaration de Carthagène de 1984, en tant que normes de protection.

Mentionnons également les résolutions AG/RES.1103 (XXI-0/91) sur la « Situation juridique des réfugiés, rapatriés et déplacés dans le continent américain », adoptée le 7 juin de 1991, et la résolution AG/RES.1170 (XXII-0/92) qui réaffirme les principes et normes de protection applicables à ces personnes ou groupes de personnes, ainsi que la valeur de la Déclaration de Carthagène de 1984.

### **B. Principes relatifs au traitement des réfugiés adoptés par le Comité Consultatif afro-asiatique**

On peut mentionner dans ce contexte la résolution adoptée par le Comité afro-asiatique dans laquelle sont reflétés « les principes relatifs au traitement des réfugiés ».

Ces principes établissent notamment le droit de l'Etat d'accorder l'asile (art. III-1), le fait que la concession de l'asile ne peut pas être considérée comme un acte inamical (art. III-2) et la possibilité d'accorder l'asile provisoire lorsqu'il ne peut pas être accordé par des raisons de sécurité nationale (art. III-4).

## **IV. Les sources d'origine nationale : instruments et mécanismes**

Les normes d'origine interne ou les législations nationales peuvent aussi être considérées sources de ce droit. Toutes ces normes forment le *corpus juris* du droit international des réfugiés. A côté des lois et règlements et d'autres textes juridiques nationaux, on trouve également les mécanismes nationaux pour garantir l'application et le respect des normes internationales.

Dans ce contexte, on peut citer les différentes législations nationales concernant les réfugiés et la création d'organes comme les Commissions Nationales pour considérer cette problématique.

## **V. Les principes applicables à l'asile et au refuge**

A côté de normes précises contenues dans les différents instruments internationaux dont on a fait état, il convient d'analyser quelques principes fondamentaux du droit applicable aux demandeurs d'asile et aux réfugiés: les principes de la solidarité internationale et du partage du fardeau, ainsi que le principe de *non refoulement*.

### **1. Les principes de la solidarité internationale et du partage du fardeau**

Il est certain que les principes de la solidarité internationale et celui du partage du fardeau ont une connotation principalement politique et qu'ils ne sont pas des principes juridiques, comme celui du *non refoulement*. Cependant, ils ont une importance juridique quant aux obligations des Etats et de la communauté internationale concernant la protection qui doit être accordée aux demandeurs d'asile et aux réfugiés.

Les principes de solidarité internationale et du partage du fardeau, très liés entre eux, sont essentiels à l'efficacité des mesures de protection, lorsqu'il s'agit principalement de pays en développement qui reçoivent des flux importants de personnes en recherche de protection.

Il est reconnu que l'accueil des personnes, tant demandeurs d'asile que réfugiés, spécialement en grand nombre, cause un impact profond sur les pays d'accueil, plus encore quand il s'agit de pays en développement, avec des économies fragiles et de faibles moyens d'action nationaux. Il ne s'agit pas seulement d'incidences



économiques très souvent graves pour les pays d'accueil, mais d'implications sérieuses par les conséquences politiques, sociales et culturelles.

Il est vrai que, d'une part, il existe le droit de demander l'asile et dans une large mesure, de bénéficier de celui-ci, et que les Etats ont l'obligation de prendre en considération les demandes d'asile de manière adéquate et d'accorder l'asile lorsque sont remplies les conditions requises, sur la base des principes les plus élémentaires d'humanité ; il est tout aussi certain, d'autre part, que l'accueil des demandeurs d'asile et de réfugiés pose des défis importants qui pourraient affecter leur respect.

La réception de flux massifs, en particulier, altère grandement les moyens d'action des Etats, spécialement ceux en développement qui sont précisément ceux qui accueillent le plus de demandeurs d'asile et de réfugiés au sens de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967. Une vision intégrale et équilibrée de tous les principes relatifs à la protection s'impose. Il ne s'agit pas de les rendre dépendants ou d'essayer d'établir des exceptions aux principes recteurs de base, mais plutôt de traiter le sujet avec réalisme.

L'accueil de demandeurs d'asile et de réfugiés ne pourra être réalisé sans conséquences négatives dans les pays en développement si on ne pose pas comme base la solidarité internationale et si l'on ne prend pas également en considération de manière appropriée la répartition juste et équitable de la charge qu'exige leur accueil, particulièrement quand il s'agit de flux massifs. Les déplacements humains, en plus de provoquer une souffrance humaine, peuvent imposer de lourdes charges aux pays et influencer sur la sécurité et sur la stabilité des pays et même des régions. Il n'y a pas de doute quant aux conséquences politiques internes qu'entraînent les politiques d'accueil très libérales tel que prévu, entre autres, dans la Déclaration et le Plan d'Action concerté en faveur des Réfugiés, Rapatriés et Déplacés Centraméricains de 1989, dans laquelle est exprimée la préoccupation suivante :

*« ... l'intense souffrance humaine causée ... qui a eu ... un impact négatif sur des populations qui les accueillent et sur les services et sur les ressources naturelles, entre autres, dont elles disposent dans les pays par lesquels ils transitent ».*

Le respect effectif, dans la pratique, des normes et des principes qui régissent la matière et sur lesquels se base nécessairement la protection, comme le principe du *non refoulement*, dépend dans une large mesure des capacités des pays d'accueil ou d'asile. La protection matérielle initiale, l'asile ultérieur, avec la jouissance qui en découle de tous les droits de l'homme, posent de sérieux problèmes aux pays en développement. La communauté internationale, c'est-à-dire, tous les Etats et les organes internationaux chargés de veiller à cette protection, doivent agir solidairement. Il ne s'agit pas d'une responsabilité isolée des pays d'origine, de transit, des pays récepteurs de demandeurs d'asile ou de premier asile et même d'asile quand il y en a ; tout ce qui est en relation avec la protection de la personne et de sa dignité revêt un caractère communautaire.

La problématique des réfugiés incombe à la communauté internationale dans son ensemble et sa solution dépend de la volonté et de la capacité des Etats en charge de la question d'agir de manière coordonnée et pleinement engagée, avec un esprit authentique d'humanisme et de solidarité internationale.<sup>10</sup>

Il n'y a pas de doute à propos du lien étroit existant entre la protection internationale, la solidarité, l'assistance matérielle et la mise en place de solutions pour le rapatriement volontaire, l'intégration dans les pays d'asile ou la réintégration. Le principe de la solidarité internationale et du partage du fardeau doit jouer un rôle fondamental dans la promotion d'un critère humanitaire pour l'octroi de l'asile et dans l'instrumentation effective de la protection internationale en général.

Il a été signalé que les pays de premier asile supportent la principale charge des réfugiés, des personnes déplacées et des demandeurs d'asile et il a été demandé à la communauté internationale et au HCR qu'ils poursuivent leurs efforts pour répartir la tâche de procurer assistance et solutions et continuer la recherche de mécanismes qui fournissent des solutions adéquates aux groupes en question.<sup>11</sup>

Le Comité exécutif du HCR a constamment réitéré ces principes. Ainsi, par exemple, la Conclusion 71 de 1993 a souligné :

*« ... l'importance de la solidarité internationale et la distribution de la charge pour renforcer la protection internationale des réfugiés »*

Le même texte exhorte une nouvelle fois que :

*« ... tous les Etats, conjointement avec le HCR, coopèrent dans leurs efforts afin d'alléger la charge assumée par les Etats qui ont accueilli des grands groupes de réfugiés et de demandeurs d'asile ».*<sup>12</sup>

Dans les Conclusions sur la protection adoptées par le Comité Exécutif du HCR en 2003, il est reconnu que :

*« les pays d'asile ont l'habitude de supporter une lourde charge, en particulier les pays en développement, les pays en transition et les pays aux ressources limitées qui accueillent un grand nombre de réfugiés et de demandeurs d'asile, principalement ceux qui ont accueilli pendant longtemps des réfugiés ; (le Comité Exécutif) réitère à ce propos son ferme engagement relatif à la solidarité internationale et à la répartition de la charge et à la responsabilité; et réaffirme le rôle catalyseur du HCR dans l'assistance et le soutien aux pays qui reçoivent des réfugiés (A/AC. 96/975), particulièrement aux pays en développement, et dans la mobilisation de l'assistance de la communauté internationale pour faire face à l'impact des grandes populations de réfugiés ».*

La solidarité internationale et le partage du fardeau sont également liés aux conditions requises nécessaires pour la réintégration, qui sera toujours volontaire, sûre et

digne des personnes déplacées qui ont quitté de force leurs lieux d'origine. Ces conditions favorables sont indispensables pour le règlement de la problématique et cela sera seulement possible avec l'assistance de la communauté internationale, sur la base du principe de la solidarité internationale et de la répartition de la charge.

Par conséquent, il a été demandé à tous les Etats qu'ils :

*« manifestent leur solidarité internationale et leur participation aux charges avec les pays d'asile, particulièrement avec ceux qui disposent de ressources limitées, aussi bien au niveau politique qu'avec les autres moyens qui renforcent leur capacité pour maintenir des politiques généreuses d'asile, moyennant la coopération conjointe du HCR ».*<sup>13</sup>

Il a été réaffirmé à plusieurs reprises la nécessité de mobiliser des ressources pour prêter assistance aux pays qui reçoivent les réfugiés, en particulier les pays en développement qui accueillent, comme on le sait, la grande majorité des réfugiés et qui supportent une charge onéreuse.

Le principe de solidarité internationale et celui du partage du fardeau est exprimé dans d'autres textes internationaux, notamment, la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial (article 2, paragraphe 2), dans laquelle il est textuellement indiqué :

*« Lorsqu'un Etat éprouve des difficultés à donner ou à continuer de donner asile, les Etats doivent, individuellement ou en commun, ou par l'intermédiaire des Nations Unies, envisager les mesures qu'il y aurait lieu de prendre, dans un esprit de solidarité internationale, pour soulager le fardeau de cet Etat ».*

La Convention de l'OUA de 1969 réaffirme le principe de solidarité africaine et la coopération internationale. En effet, dans son article II-4, il est précisé que :

*« Lorsqu'un Etat membre éprouve des difficultés à continuer d'accorder le droit d'asile aux réfugiés, cet Etat membre pourra lancer un appel aux autres Etats membres, tant directement que par l'intermédiaire de l'OUA ; et les autres Etats membres, dans un esprit de solidarité africaine et de coopération internationale, prendront les mesures appropriées pour alléger le fardeau dudit Etat membre accordant le droit d'asile ».*

Dans la Conférence des Plénipotentiaires de décembre 2001, célébrant le cinquantenaire de la Convention de 1951, les Etats parties adoptèrent la Déclaration et le Programme d'Action qui n'est pas un document créateur d'obligations mais qui reconnaît la volonté des Etats, tout en revêtant un poids politique indéniable. Ce document, adopté par consensus, inclut un objectif sur « la répartition plus équitable de la charge et des responsabilités et la création des moyens d'action pour recevoir et protéger les réfugiés ». A cette fin, en plus de résoudre les problèmes avec un caractère durable, sont inclus six objectifs dans le Programme d'Action de 2001 : parvenir à des meilleurs arrangements de répartition des responsabilités pour répartir la charge avec les pays de premier asile ; coopérer plus efficacement pour renforcer les liens

d'association avec la société civile, comprenant les organisations non gouvernementales, pour la protection ; fortifier les communautés de réfugiés pour prendre en compte leurs propres nécessités de protection ; l'incorporation des questions relatives aux réfugiés dans les programmes de développement nationaux, régionaux et multilatéraux et utiliser plus efficacement la réinstallation comme instrument pour répartir la charge.

Ces principes peuvent être qualifiés de principes politiques ou juridiques. Néanmoins, cela serait moins important que les effets juridiques ou parajuridiques qui peuvent en découler. Imposer aux Etats des obligations essentielles, comme celle qui découle du principe indiscutablement juridique et fondamental de *non refoulement*, suppose aussi la prise en compte des autres principes également régulateurs du comportement des Etats et des organisations internationales, sans que cela puisse signifier vouloir introduire des critères dérogatoires et des exceptions à l'application du principe de *non refoulement*, lequel constitue, faut-il le rappeler, la pierre angulaire du système de protection.

## 2. Le principe du non refoulement

Un principe fondamental dans le système de protection internationale, particulièrement lié à la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés, est le principe du *non refoulement*. Il s'agit, comme l'a signalé le Comité exécutif du HCR, d'un principe cardinal de la protection des réfugiés.<sup>14</sup>

Le principe n'a pas seulement une origine conventionnelle, mais fait également partie, selon l'opinion de la majorité de la doctrine, du droit international coutumier qui oblige les Etats Parties ou non aux instruments internationaux qui le consacrent. De même, on peut affirmer que le principe constitue une norme impérative de droit international.

Le principe de *non refoulement* qui se traduit par l'interdiction de refouler vers un territoire une personne déplacée qui arrive à la frontière, dont la vie est en danger pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, est un principe fondamental contenu dans différents instruments relatifs à la protection des personnes non seulement dans le contexte des demandeurs d'asile et des réfugiés mais également dans le contexte général de la protection des droits de l'homme.

Les autorités d'un pays auquel accède une personne dans des circonstances déterminées ne peuvent refouler, expulser ou envoyer à la frontière ou vers un territoire une personne qui court ces risques, à moins que ne s'appliquent les exceptions auxquelles se réfère le paragraphe 2 de l'article 33. L'Etat d'accueil ne peut non plus procéder, dans des circonstances similaires, à l'extradition comme l'établit l'article 3

(2) de la Convention européenne sur l'extradition et l'article 6 de la Convention interaméricaine de 1981.

La protection que l'on tente d'accorder par application du principe ne se limite pas au réfugié, à savoir la personne qui a été qualifiée comme telle, qui bénéficie de l'asile dans le pays d'accueil. Le principe, en effet, est applicable à toute personne qui demande l'asile, qui arrive à la frontière d'un autre Etat. La doctrine prédominante signale que le principe est applicable, en effet, à toute personne qui se trouve en danger conformément aux termes de la Convention. Une interprétation extensive est importante, puisque la même Convention ne semble pas inclure expressément les demandeurs d'asile mais uniquement les réfugiés, c'est-à-dire, ces personnes à qui l'Etat d'asile a accordé une telle qualification.

Il sied de rappeler que la personne acquiert le statut de réfugié à partir du moment où sont remplies les conditions exigées par la Convention de 1951 et par le Protocole de 1967 pour une telle qualification. L'octroi de la condition de réfugié par les autorités de l'Etat d'asile n'est pas constitutive mais déclarative. Ainsi que le signale le « Manuel sur les procédures et les critères pour la détermination du statut de réfugié » du HCR, cette personne « ne devient pas un réfugié par la reconnaissance d'une telle condition par l'Etat d'asile, mais parce qu'elle est un réfugié ».

La personne obtiendra ce statut si elle arrive à la frontière d'un autre Etat et si elle a des craintes fondées d'être persécutée pour des motifs de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social déterminé ou d'opinions politiques, si sa vie et sa liberté, comme le précise l'article 33 de la même Convention, sont en danger.

Relevons enfin qu'on n'utilise pas dans la Convention les termes de « pays » ou d'« Etat », on se réfère plutôt au « territoire ». La portée est importante puisque la personne peut être à l'intérieur d'un Etat, par exemple, sous la protection d'une mission diplomatique ou d'une force armée de paix ou autre qui opère sur le territoire de l'Etat d'origine.

#### *A. Le principe de non refoulement dans les instruments internationaux*

Le principe de *non refoulement* est consacré dans divers instruments juridiques internationaux, aussi bien de caractère universel, régional et interrégional, de même que dans des textes internationaux non conventionnels.

##### **a. De caractère universel**

En premier lieu, l'article 33 de la Convention sur le statut des réfugiés, qui établit :

« 1. Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en

*raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».*

Le Protocole de 1967 reprend le principe, en se reportant dans son article 1.2 à la Convention de Genève de 1951. Cet article déclare que « Les Etats Parties au présent Protocole s'engagent à appliquer aux réfugiés, tels qu'ils sont définis ci-après, les articles 2 à 34 inclus de la Convention »

Le principe est également incorporé dans d'autres instruments internationaux comme la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, dont l'article 3 stipule que : « Aucun Etat Partie ne procèdera à l'expulsion, le refoulement ou l'extradition d'une personne vers un autre Etat lorsque il a des raisons fondées de croire qu'elle risquerait d'être soumise à la torture ».

Par rapport à l'asile, le principe est aussi incorporé dans la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial de 1967, dont l'article 3-1, établit que : « Aucune personnes visée au paragraphe 1 de l'article premier ne sera soumise à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière ou, si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement vers tout Etat où elle risque d'être victime de persécutions ».

La Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille se réfère uniquement à l'expulsion collective et à la nécessité que les expulsions individuelles soient prises sur la base d'une décision adoptée par l'autorité compétente conforme à la loi (art.22).

## **b. De caractère régional**

### **i) Interaméricain**

Dans le contexte américain, le principe de non refoulement est reconnu dans divers textes. Ainsi, dans le Traité de droit pénal international de Montevideo de 1889, l'article 15 prévoit que les Parties s'engagent à ce que :

*« Aucun délinquant demandeur d'asile sur le territoire d'un Etat ne pourra être remis aux autorités d'un autre Etat, sans être en conformité avec les règles qui régissent l'extradition. »*

Egalement, ce principe est rappelé dans l'article 12 du Traité de Montevideo sur l'asile et le réfugié politique de 1939, dans la Convention de Caracas de 1954 dont l'article 3 établit la faculté de l'Etat de remettre ou non les personnes poursuivies pour des raisons politiques ou pour des délits de cette nature. Aucun Etat, selon le texte de l'article 3 : « ... n'est obligé de remettre à un autre Etat ou d'expulser de son territoire des personnes poursuivies pour des motifs ou des délits politiques. »

Dans la Convention de San José de 1969, l'article 22 paragraphe 8 précise que :

« En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques ». Et, dans le paragraphe 9 du même article, il est affirmé que :

*« L'expulsion collective d'étrangers est interdite ».*

Enfin, citons la Convention Interaméricaine contre la Torture de 1985 qui prescrit dans son article 15 que « Rien dans le dispositif de la (...) Convention ne pourra être interprété comme limitation au droit d'asile... ».

## ii) Africain

Dans le contexte africain, le principe a été également consacré dans plusieurs instruments juridiques. Ainsi, la Convention de l'OUA de 1969, en son article II-3, précise que :

*« Nul ne peut être soumis par un Etat membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons énumérées à l'article 1, paragraphes 1 et 2. »*

## B. Les exceptions au principe

Le principe de non-refoulement n'est pas absolu. Ces exceptions sont clairement précisées dans la Convention et le Protocole. Il en va différemment – il faut le souligner – dans les textes régionaux (la Convention de l'OUA de 1969 et la Déclaration de Carthagène de 1984) où le principe de non refoulement est introduit sans exceptions.

Dans la Convention de 1951 il y a deux dispositions qui régissent les exceptions : l'article 1F et l'article 33-2.

Dans l'article 1F, on précise textuellement que la Convention ne s'appliquera pas aux personnes pour lesquelles il « existe des motifs fondés pour considérer » :

- qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;
- qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées ;
- qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies.

L'article 33 paragraphe 2, de la même Convention prescrit que cette personne ne pourra pas bénéficier de l'application du principe si elle constitue « un danger pour la sécurité du pays où elle se trouve » ou si « ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour un crime particulier, elle constitue une menace grave pour la sécurité d'un tel pays. »

Dans le cas où les exceptions s'appliquent, ce qui doit être interprété de manière stricte, la personne serait refoulée ou envoyée vers un pays tiers où elle ne constitue pas une menace pour la communauté.

En tout état de cause, le principe doit être appliqué très attentivement, même lorsqu'il s'agit de flux massifs de demandeurs d'asile et de réfugiés, comme l'a réaffirmé à plusieurs occasions le Comité Exécutif du HCR. De plus, il est important de noter que l'expulsion ou le refoulement d'une personne doit se faire en accord avec le processus établi dans la législation nationale de l'Etat en question. Il y a, comme on l'a déjà signalé, un droit de recours de la personne intéressée.

Le principe a été repris de la même manière dans d'autres instruments internationaux comme, par exemple, dans l'article 3 de la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial de 1967, dans laquelle il est affirmé que :

*« ...Il ne pourra être dérogé au principe énoncé ci-dessus que pour des raisons majeures de sécurité nationale ou pour protéger la population, comme dans le cas d'un afflux en masse de personnes. »*

### *C. Un principe de droit international coutumier ?*

Une question très importante qui se pose lorsqu'on parle du principe de *non refoulement* est celle relative à sa nature : s'agit-il d'une norme d'origine coutumière et aussi d'une norme de droit impératif ou de *jus cogens* ? La question qui se pose est de savoir si les Etats non Parties à la Convention de Genève de 1951 et au Protocole de 1967 sont libérés de l'obligation de non refoulement.

Il a déjà été précisé que la formation de la coutume, comme source de droit international, exige la réalisation d'actes par les Etats, une pratique généralisée ; et aussi, la conviction que ces actes sont juridiques et créateurs d'obligations du point de vue juridique.

Le principe n'est pas seulement reconnu dans différents instruments internationaux antérieurement cités. Sa reconnaissance se reflète dans la pratique des Etats, fondamentale pour la naissance d'une norme de cette nature, une pratique qui se reflète dans différentes résolutions de l'Assemblée générale, de l'ECOSOC et du Comité Exécutif du HCR.<sup>15</sup>



On peut arriver à la conclusion que le principe de non refoulement constitue une norme de droit international général. Les Etats, même s'ils ne sont pas parties aux instruments internationaux où il est consacré, doivent respecter le principe. Aucun Etat, en principe, ne peut donc refouler une personne dont la vie ou l'intégrité physique est en danger. Le principe de non refoulement est fondamental à la protection des droits de l'homme. Le principe a un caractère nettement humanitaire. On peut se demander si on est aussi en présence d'une norme de droit impératif, c'est-à-dire de *jus cogens*, tel qu'il est mentionné dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, aux articles 53 et 64, c'est-à-dire que tout accord contraire serait considéré comme nul.

#### *D. Le principe de non refoulement et l'extradition*

Le principe de non refoulement garde une relation étroite avec l'extradition, à propos de laquelle il existe des normes bien établies, reprises dans certaines Conventions internationales qui régissent la matière, parmi lesquelles, au niveau régional, la Convention interaméricaine de Caracas de 1981 qui prévoit dans son article 6 que rien dans ladite Convention ne pourra être interprété comme une limitation au droit d'asile.

Lorsqu'une personne est bénéficiaire du statut d'asile, l'Etat d'accueil ne pourra pas en principe procéder à son extradition vers le pays d'origine ou autre.

Le Comité Exécutif du HCR a affirmé à plusieurs reprises le caractère du principe par rapport à l'extradition. Ainsi, par exemple, dans la Conclusion 17 de 1980 qui réaffirme « le caractère fondamental du principe... universellement reconnu », il est précisé que : « ...les affaires dans lesquelles est demandée l'extradition d'un réfugié ou d'une personne qui peut être considérée comme réfugié, peuvent donner lieu à des problèmes spécifiques ». Egalement, il est reconnu dans cette même Conclusion que : « on se devait de protéger les réfugiés concernant leur extradition vers un pays où ils auraient des craintes fondées d'être persécutés pour les motifs (...) dans la Convention de 1951 ». Et, de plus, que les Etats « donnent des sécurités pour que le principe de non refoulement soit raisonnablement pris en compte dans les traités relatifs à l'extradition et dans les cas où il est pris en compte à l'intérieur de la législation nationale sur la question ».

Et enfin, dans cette même Conclusion, est exprimé le souhait que soit justement considéré le principe (...) dans l'application des traités existants sur l'extradition.

#### *E. L'asile provisoire*

Bien que l'Etat puisse refouler pour des raisons déterminées une personne vers un Etat dans lequel sa vie ou sa liberté sont en danger, l'Etat a l'obligation de « considérer la possibilité de concéder à la personne intéressée, dans les conditions qu'il juge convenables, une opportunité, sous la forme d'asile provisoire ou d'une autre manière,

afin qu'elle puisse aller dans un autre Etat » tel qu'il est mentionné au paragraphe 3 de l'article 3 de la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial de 1967, de même que dans les instruments régionaux déjà mentionnés comme les Conventions de l'OUA et Interaméricaine de 1969.

La Convention de 1951 établit à ce propos dans son article 32 relatif à l'expulsion que, lorsque est adoptée une mesure de cette nature en vertu d'une décision prise conformément aux processus légaux en vigueur dans ce pays, les personnes lésées pourront faire un recours à moins que s'opposent des raisons impérieuses de sécurité nationale ; en outre, les Etats « accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays » (art.32-3).

## Notes

1. Il est très important de distinguer l'asile et le refuge d'autres institutions juridiques spécifiques comme l'asile territorial et l'asile diplomatique, réglementés par des instruments juridiques séparés, principalement en Amérique latine. L'asile diplomatique, l'asile territorial, ainsi que le refuge défini conformément au droit international des réfugiés, sont des institutions différentes mais très liées entre elles. Les causes et l'origine sont différentes, ainsi que le régime juridique qui leur est applicable. Dans toutes les circonstances, l'objectif et l'objet sont les mêmes : la personne humaine et sa protection.

Le statut du réfugié apparaît plus récemment. L'asile a ses origines, religieuses d'après les historiens, dans la Grèce antique et à Rome. L'asile est une institution de protection de personnes poursuivies pour des raisons politiques et introduit en droit international une distinction entre les délits politiques et les délits de droit commun. L'institution de l'asile conduit également à établir une distinction relative aux crimes internationaux tels que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, l'agression et le génocide exclus expressément de son champ d'application et qui ne peuvent être considérés comme des délits politiques.

D'autre part, l'ensemble de règles et principes qui constituent le droit international des réfugiés se développe après 1945, en dépit de tentatives antérieures importantes pour donner une réponse à des situations spécifiques. Les causes de la protection sont différentes : persécution politique par la violation des droits de l'homme et la violence généralisée.

2. Résolution 319 A de l'Assemblée générale du 3 décembre de 1948.
3. Résolution 428 (V) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1950.
4. Les Etats Parties ont adopté en décembre 2001 une Déclaration et un Programme d'Action encourageant entre autres l'adhésion universelle aux deux instruments. Une des six finalités prévues dans le Programme est de renforcer son application pour garantir la protection des réfugiés.
5. Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, pages 67-68.

6. Protocole approuvé par l'ECOSOC, par sa résolution 1186 (XLI) du 18 novembre 1966, et par l'Assemblée générale des Nations Unies par sa résolution 2198 (XXI) du 16 décembre 1966.
7. GOWLLAND-DEBBAS, Vera, La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés, In : Colloque de Caen, SFDI, 1997, p.103.
8. Résolution 2312 (XXII), du 14 décembre 1967.
9. CANCADO TRINDADE, Antonio, Prefacio de la Publicación « 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados »,p.12, ACNUR/IIDH/Gobierno de Costa Rica, San José, 1994.
10. Conclusion 52 de l' EXCOM, de 1988.
11. Conclusion 61 de l'EXCOM, de 1990.
12. Voir aussi la conclusion 74 de 1994.
13. Conclusion 77 de l'EXCOM, de 1995.
14. Conclusion 68 de l'EXCOM, de 1992.
15. Ainsi, par exemple, au sein du Comité Exécutif (Conclusion 77 de 1995), il a été affirmé que : «...tous les membres de la communauté internationale doivent respecter les principes humanitaires fondamentaux, parmi lesquels celui de sauvegarder le droit de demander l'asile dans d'autres pays pour ne pas être poursuivis et celui de jouir de cet asile et le plein respect du principe de la non dévolution ».



# **XIII. LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LES SITUATIONS DE CONFLITS ARMÉS INTERNATIONAUX ET NON INTERNATIONAUX : L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE**

Peut-on associer au droit une situation qui en exprime la négation ? L'interrogation résume toute l'ambiguïté de la notion de droit des conflits armés. Pour le profane, réglementer une conduite inhumaine relève du non sens. Mais, constate le professeur Eric David, le paradoxe n'est qu'apparent car la guerre comme toute situation de fait peut et doit faire l'objet d'une réglementation. Il n'y donc pas d'incohérence ou de paradoxe dans l'expression droit des conflits armés. Par conséquent, ce droit existe, à côté d'autres disciplines juridiques comme le droit des communications internationales, les droits de l'homme ou le droit des réfugiés. Il fait partie intégrante du droit international public et en épouse toutes les caractéristiques. Dès lors, sa source fondamentale réside dans le traité ou la coutume. Mais ce droit si proche du droit international public, n'en conserve pas moins certaines spécificités dues en grande partie à l'abondance de la pratique.

Le problème de l'application des droits de la personne humaine aux conflits armés a fait l'objet d'une littérature très abondante. Cette communication tentera de survoler la question en mettant en exergue le champ d'application du droit des conflits armés (II) et surtout les moyens de sa mise en oeuvre (III). Mais avant d'en arriver là, quelques précisions sémantiques et historiques s'imposent (I).

## **I. Éléments de définition et aperçu historique**

### **1. Définition**

Le droit international humanitaire, appelé également droit de la guerre ou droit des conflits armés, recouvre deux catégories de règles, aujourd'hui intimement liées :

la première est relative à la réglementation de la conduite des hostilités (Droit de La Haye) et la seconde concerne la protection des personnes tombées au pouvoir de la partie adverse (Droit de Genève).

Cette distinction est aujourd'hui quelque peu artificielle, car les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 contiennent non seulement les règles relatives à la protection des victimes de la guerre, mais aussi celles qui régissent la conduite des hostilités.

Même s'il a pris son essor à partir du XIX<sup>e</sup> siècle avec la naissance du mouvement de la Croix-Rouge, le DIH a une origine que l'on peut remonter à l'antiquité. En effet, toutes les civilisations ont secrété des normes humanitaires visant à limiter la violence guerrière. Mais ces normes étaient le plus souvent d'essence religieuse. Par conséquent, elles ne liaient que les peuples appartenant à la culture, voire la même religion. Le droit international humanitaire contemporain se distingue des règles antérieures par le fait qu'il tire sa force obligatoire dans le droit positif, c'est-à-dire dans la volonté des États. On peut le définir comme un ensemble de règles internationales, d'origine conventionnelle ou coutumière, qui, pour des raisons humanitaires, cherchent à limiter les effets des conflits armés. Il protège les personnes qui ne participent pas ou plus aux combats et restreint les moyens et méthodes de guerre.

## **2. Développement historique**

A la base de son développement, l'on retrouve deux initiatives. La première, du Comité international de la Croix-Rouge, devait déboucher sur l'adoption de la première Conventions de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, du 22 août 1864. La convention originelle devait être révisée successivement en 1906, en 1929 et en 1949. En outre, la protection conventionnelle devait être étendue aux blessés et malades des forces armées sur mer, à travers la (IIe) Conventions de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, du 12 août 1949. La protection conventionnelle fut également étendue aux prisonniers de guerre à travers l'adoption de la Convention relative aux prisonniers de guerre, signée à Genève le 27 juillet 1929, puis de la (IIIe) Conventions de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949. Les horreurs de la Seconde Guerre mondiale ont convaincu les États d'étendre la protection conventionnelle aux victimes civiles de la guerre ; on aboutit ainsi à la (IVe) Conventions de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949.

Ces conventions représentent un progrès important. Toutefois, à la suite des mouvements de décolonisation, les nouveaux États ont exprimé leur difficulté à être liés par un droit à la codification duquel ils n'étaient pas associés. Devant ce dilemme, réviser les Conventions de Genève aurait comporté de graves risques, notamment de

remise en cause des acquis de 1949. D'où l'idée, sous l'impulsion du CICR, de renforcer la protection des victimes des conflits armés par l'adoption de nouveaux instruments sous forme de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève. Il s'agit du Protocole I du 8 juin 1977 relatif aux conflits armés internationaux et du Protocole II du 8 juin 1977 relatif aux Conflits armés non internationaux.

L'autre initiative résulte de la doctrine militaire et du mouvement d'idées en faveur de la paix et contre l'utilisation de certains types d'armes dans les champs de bataille. Mentionnons, en particulier, le Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, du 17 juin 1925, la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, conclue à La Haye le 14 mai 1954, la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, du 10 avril 1972, la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, du 10 octobre 1980, ainsi que ses Protocoles dont le Protocole V sur les débris de guerre non explosés, la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, signée à Ottawa le 18 septembre 1997, le Protocole facultatif à la Convention des droits de l'enfant concernant l'implication des enfants dans les conflits armés de 2000. Cette liste n'est pas exhaustive. Cela veut dire que les instruments non cités n'en font pas moins partie. Quel est maintenant le champ d'application de ce droit ?

## **II. Champ d'application du droit des conflits armés**

Le droit des conflits armés comprend des règles propres dont l'application dépend de la survenance d'un conflit (C). Mais, le déclenchement des hostilités militaires n'entraîne pas souvent la suspension de toute autre règle juridique, en particulier les droits fondamentaux de la personne humaine couverts par le régime des droits de l'homme (A) et des règles relatives à l'interdiction du recours à la force (B).

### **1. Le droit des conflits armés, un droit complémentaire aux droits de l'homme**

Les droits de l'homme constituent un ensemble de règles regroupées autour du couple liberté/égalité. Les droits fondés sur la liberté sont énoncés dans les articles 1 à 21 de la DUDH de 1948, dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dans la convention américaine des droits de l'homme, dans la Convention européenne des droits de l'homme, etc.

Les droits de l'homme fondés sur l'égalité sont ceux qui visent à interdire toute discrimination entre les individus en raison de leurs différences sociales, économiques, religieuses, physiques, raciales, ethniques, etc. Il s'agit des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans les articles 22 à 28 de la DUDH, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou dans les conventions spéciales telles que celle de l'OIT, de l'UNESCO ou du HCR.

Il est généralement admis que les droits de l'homme s'appliquent en toutes circonstances, aux relations entre un gouvernement et les individus sous sa juridiction. Ainsi donc, de prime abord, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas le droit international général de s'appliquer. Mais en réalité l'application des droits de l'homme en situation de conflit armé est plus théorique que pratique. Les droits de l'homme peuvent même faire l'objet d'une suspension dans les limites prévues par le droit des traités. Cette dérogation est d'interprétation restrictive car les règles fondamentales protectrices des personnes humaines continuent de s'appliquer en cas de conflit armé. Cette préoccupation transparaît dans la clause de Martens et dans la résolution 2675 de l'AG des NU qui proclament l'application pleine et entière des droits fondamentaux de l'homme en cas de conflit armé. De même, l'article 75 du premier protocole additionnel aux Conventions de Genève renvoie aux règles fondamentales des droits de la personne, lorsqu'il stipule qu'aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte à toute autre disposition plus favorable accordant, en vertu des règles du droit international applicable une plus grande protection.

L'esprit de ces textes indique que la guerre en tant que cause de suspension des droits de l'homme doit être interprétée de manière restrictive, parce que c'est dans cette situation que les droits de l'homme sont les plus menacés.

Une question se pose. Les règles protectrices des droits de l'homme font-elles directement partie du droit des conflits armés ? Elles n'y font partie que dans des cas exceptionnels où leur application est spécifiquement prévue pour les conflits armés. Il en est ainsi des dispositions spéciales, minimales et indérogeables prévues en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation. L'article 15 de la Convention européenne, l'article 4 de la Convention américaine et l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont les seuls cas qui permettent de considérer que certaines règles des droits de la personne font directement partie du droit des conflits armés.

Les deux systèmes sont certes distincts, mais présentent de nombreuses similitudes, notamment du point de vue de leur contenu. De ce point de vue, on retrouve trois principes communs entre les deux systèmes : principe d'inviolabilité (droit à la vie, droit à l'intégrité physique, interdiction des traitements inhumains, cruels et dégradants, etc.), principe de non-discrimination et principe de sûreté (respect des garanties judiciaires, responsabilité pénale individuelle, etc.).



Leur dénominateur commun reste celui de la protection de la dignité humaine. Mais les contextes de cette protection sont différents. La différence entre les deux réside alors dans la possibilité de dérogation admise en droits de l'homme, à la différence du droit des conflits armés.

## **2. Le DIH est un droit compatible avec le principe du non recours à la force**

Les principes du droit de la paix sont fondés sur l'interdiction du recours à la force, formulée par l'article 2 para. 4 et para. 7 de la Charte des NU. Y a-t-il contradiction entre les règles qui interdisent l'usage de la force et règles qui réglementent cet usage ? En fait, cette apparente incohérence a de tout temps conduit les NU à exclure le DIH de ses débats jusqu'en 1968 lors de la Conférence internationale de Téhéran sur les droits de l'homme. Mais en réalité, il n'y a pas d'antinomie, au contraire, il y a interaction entre les deux catégories de règles. Il suffit pour s'en convaincre de se référer au préambule du premier protocole qui comporte trois considérants qui réaffirment la pertinence du principe de non recours à la force.

Par ailleurs, la réponse à l'interrogation est d'ordre pratique :

1. Il est irréaliste de penser que l'interdiction du recours à la force va empêcher le déclenchement des guerres.
2. Il existe une exception au principe en cas de légitime défense collective ou individuelle ou cas de mesures coercitives prises par le Conseil de Sécurité.
3. La légitimité des guerres de libération nationale est reconnue en droit international.
4. La pratique montre que le recours à la force même licite s'accommode du respect de certaines règles : c'est le rôle du DIH.

Il convient, à la lumière de certains développements récents d'indiquer clairement que le recours illicite à la force reste toujours illicite même s'il respecte le droit des conflits armés. Ce droit veut rester indépendant comme l'affirme le préambule du premier protocole : « aucune disposition du présent Protocole ou des Conventions de Genève du 12 août 1949 ne peut être interprétée comme légitimant ou autorisant tout acte d'agression ou tout autre emploi de la force incompatible avec la Charte des Nations Unies. »

## **3. Le DIH, un droit applicable en période de conflit armé**

Le DIH est applicable dans deux situations auxquelles correspondent deux régimes de protection :

Le conflit armé international. C'est un conflit qui oppose les forces armées d'au moins deux États. Il convient de noter que la guerre de libération nationale, telle

qu'elle est définie à l'article premier du Protocole I, a été érigée au rang de conflit armé international. Dans cette situation, les quatre Conventions de Genève et le Protocole I s'appliquent.

Pour une partie de la doctrine, tout affrontement armé entre forces des États parties aux Conventions de Genève provoque l'application des ces instruments à cette situation. L'article 2 commun aux 4. Conventions de Genève dispose que la Convention « s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». En conséquence, ni la durée, ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne joue aucun rôle. A la limite, on peut considérer que le DIH s'applique dès lors que les forces d'un État A occupent le territoire d'un État B, même sans rencontrer d'opposition. Également, le fait qu'il y ait ou non déclaration de guerre est sans conséquence sur l'application du DIH.

Le conflit armé non international. C'est un conflit qui oppose, sur le territoire d'un État, les forces armées régulières à des groupes armés identifiables, ou des groupes armés entre eux. Pour être qualifié de conflit armé non international, les hostilités doivent atteindre un certain degré d'intensité et se prolonger dans le temps.

Dans cette situation, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et le Protocole II s'appliquent. Il convient de préciser que les conditions d'application du Protocole II sont plus strictes que celles prévues par l'article 3. Cet article est une véritable mini convention qui énonce quelques règles de base :

- obligation de traiter avec humanité et sans discrimination non seulement tout non combattant, mais aussi tout combattant qui s'est rendu, et notamment interdiction « en tout temps et en tout lieu » ;
- du meurtre, des supplices, de la torture ;
- des traitements humiliants et dégradants ;
- des prises d'otage ;
- des condamnations et exécutions sommaires ;
- droit d'un organisme comme le CICR d'offrir ses services aux Parties en conflit.

Aussi bien les forces armées régulières que les autres groupes d'opposition armée doivent appliquer le DIH. Quels sont alors les moyens de mise en œuvre de ce droit ?

### **III. Mise en œuvre et contrôle de l'application du DIH**

Il existe des principes en matière de mise en œuvre et d'application du DIH. Nous en retiendrons trois qui nous paraissent plus importants :

- l'égalité des parties devant le DIH : Ce principe signifie que les belligérants doivent respecter de manière égale le DIH quelle que soit la cause pour laquelle elles mènent une guerre.
- le principe de l'engagement unilatéral et non réciproque. Ce principe résulte de l'article 1 commun aux Conventions de Genève par lequel les Parties s'engagent à respecter et à faire respecter le DIH, en toutes circonstances.
- Pacta sunt servanda (art. 26 de la Convention de 1969 sur le droit des traités). Les parties aux instruments de DIH doivent les appliquer de manière absolue.

Cela dit, schématiquement on peut présenter deux moyens de mise en œuvre : des moyens préventifs et des moyens répressifs.

## **1. Les moyens préventifs**

Le principal moyen préventif concerne l'obligation conventionnelle des États d'en assurer le respect dès le temps de paix, notamment par la diffusion. Cette obligation de diffusion est étendue aux populations civiles. Selon les Conventions de Genève, les Parties s'engagent à diffuser le plus largement possible en temps de paix et en temps de guerre le texte de la Convention, notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire et civile. L'obligation de diffusion implique notamment :

- la formation du personnel qualifié en vue de faciliter l'application de ce droit et la désignation de conseillers juridiques dans les forces armées.
- l'adoption de mesures législatives et réglementaires permettant d'assurer le respect du DIH.
- Dans un conflit armé international, il est prévu pendant toute la durée des hostilités des moyens de contrôle qui permettent de vérifier l'observance des dispositions du DIH par l'institution de Puissances Protectrices et l'action du CICR.
- La Puissance Protectrice (PP). L'institution remonte au XVI<sup>e</sup> siècle et indique le statut d'un État neutre chargé par un État belligérant (Puissance d'origine) de sauvegarder les intérêts de celui-ci et de ses ressortissants auprès d'une tierce Puissance (le plus souvent l'État ennemi) dite Puissance de résidence. L'institution a montré ses limites durant la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale. Seuls la Suisse, la Suède et les États-Unis ont accepté de jouer ce rôle. Cette défaillance a été corrigée par les Conventions de Genève qui reconnaissent à un organisme humanitaire impartial comme le CICR, en cas d'absence des PP, le droit d'assumer toutes les tâches humanitaires dévolues aux PP.

Le CICR a donc rempli de facto le rôle de PP. Son intervention combine une dimension normative (démarche, suggestion ou mesure pratique touchant la protec-

tion conventionnelle) et opérationnelle (envoi de vivres, de médecins, de matériel et autres activités caritatives, etc.).

## 2. Les moyens répressifs

Le droit international humanitaire institue des mécanismes destinés à garantir le respect de ses dispositions. En particulier, au regard du DIH, les personnes sont tenues responsables des violations qu'elles commettent elles-mêmes ou qu'elles ont ordonné de commettre. Le DIH exige que les responsables de graves violations soient poursuivis et punis en tant que criminels. Les violations les plus graves du droit humanitaire sont dites « crimes de guerre ».

### A. *L'obligation de répression des infractions*

Les Conventions de Genève stipulent clairement que les infractions graves doivent être réprimées. Toutefois, elles ne fixent pas elles-mêmes de peines précises, pas plus qu'elles n'instituent de juridiction pour juger les contrevenants. Elles exigent en revanche expressément des États qu'ils prennent les mesures législatives nécessaires pour sanctionner les personnes responsables de graves violations. Les États sont aussi tenus de rechercher les personnes accusées d'avoir commis des infractions graves, et de les déférer à leurs propres tribunaux ou de les remettre pour jugement à un autre État.

Généralement, la législation pénale d'un État ne s'applique qu'à des actes commis sur son territoire ou par ses ressortissants. Le DIH va plus loin, puisqu'il exige des États qu'ils recherchent et sanctionnent toutes les personnes ayant commis des infractions graves, indépendamment de la nationalité du coupable ou du lieu de l'infraction. Ce principe, dit de la *juridiction universelle*, est essentiel pour garantir la répression efficace des infractions graves.

Le DIH impose aux États de prendre les mesures spécifiques suivantes en matière d'infractions graves :

- **Premièrement**, l'État doit promulguer des lois nationales qui interdisent et répriment les infractions graves. Ces mesures doivent couvrir toutes les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des infractions graves, quelle que soit leur nationalité. Elles doivent également couvrir les actes commis tant sur le territoire national qu'en dehors de celui-ci. C'est le principe de la compétence universelle.
- **Deuxièmement**, l'État doit rechercher et poursuivre les personnes prévenues d'avoir commis de graves infractions. Il doit engager des poursuites à l'encontre de ces personnes ou les extraditer pour qu'elles soient jugées dans un autre État. C'est le principe *aut dedere aut judicare*.

- **Troisièmement**, l'État doit charger ses commandants militaires d'empêcher que soient commises des infractions graves, de les faire cesser et de prendre des mesures à l'encontre des personnes placées sous leur autorité qui se rendent coupables de telles infractions.
- **Quatrièmement**, les États doivent s'accorder une entraide judiciaire dans toute procédure relative aux infractions graves.

Les États doivent satisfaire à ces obligations en temps de paix comme en temps de conflit armé. Pour être efficaces, les mesures décrites ci-dessus doivent être adoptées avant que des infractions graves n'aient eu l'occasion de se produire.

*B. La mise en place de mécanismes judiciaires : tribunaux nationaux et internationaux*

Le Conseil de Sécurité des Nations Unies a institué deux tribunaux internationaux pour juger certains crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie ou en relation avec les événements du Rwanda, y compris des violations du DIH. D'autre part, la Cour pénale internationale (CPI) permanente, compétente pour juger, entre autres crimes, les violations graves du DIH constitutives de crimes de guerre, a été établie en 1998 par le Statut de Rome.

Des tribunaux mixtes tels que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone ont aussi été mis en place ces dernières années. Ils intègrent, chacun à leur façon, des éléments de juridiction nationale et internationale.

Ces mesures complètent les mécanismes de répression préexistants dans le droit international et représentent un développement important pour prévenir et réprimer les violations graves du DIH. Comme le réaffirme le Statut de la CPI dans son préambule, il est néanmoins du devoir des États de soumettre à leur juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux, dont les crimes de guerre. Ils devront donc mettre en place une législation pénale nationale efficace et créer les conditions facilitant l'entraide judiciaire. Ils devront en outre coopérer avec les juridictions internationales. Une action réelle sur le plan national reste ainsi indispensable pour garantir le respect plein et entier du DIH.



## **XIV. LA PROTECTION DES PERSONNES DÉPLACÉES À L'INTÉRIEUR DE LEUR PAYS**

### **I. Exposé de la problématique**

La problématique de la protection des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays se situe dans le prolongement naturel du processus de soumission de ce qui se passe à l'intérieur de l'Etat à la vigilance du droit international, dans le sillage de l'enchaînement toujours plus marqué de la souveraineté de l'Etat par le droit et par l'exigence de la dignité de la personne humaine. Après le droit international des droits de l'homme, qui consacre le recul de l'exil de l'homme dans la société des Etats, selon l'expression du Pr René-Jean Dupuy, après la réglementation du droit des conflits armés non internationaux, la communauté internationale s'intéresse maintenant à un autre aspect du sanctuaire de la souveraineté de l'Etat, le déplacement des personnes en son sein. Après s'être intéressée à la migration forcée vers l'extérieur ( réfugiés), elle aborde le phénomène de la migration forcée à l'intérieur. Cette démarche peut sembler, au-delà de la préoccupation humanitaire, tout à fait logique. De fait, le réfugié est, généralement, une personne qui a d'abord vécu une situation de déplacement interne ; inversement, le déplacé n'est peut-être qu'un réfugié en puissance. Néanmoins, dans la mesure où le déplacé interne est, comme son nom l'indique, dans les limites territoriales de son propre pays à la protection duquel il n'a pas renoncé, l'on peut se demander pourquoi il faudrait en faire une catégorie spécifique dans la collectivité des citoyens de l'Etat. Ne suffit-il pas de leur appliquer les dispositifs normatifs que le droit interne et le droit international ont mis en place au profit des personnes relevant de la juridiction des Etats ? En tous les cas, il est clair à ce jour que, autant on peut affirmer sans risque de se tromper que le droit international des réfugiés n'est pas une chimère, autant l'on peut soutenir qu'un droit international autonome des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays reste du domaine de la prospective.

La problématique des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays date apparemment de l'année 1990, avec la Commission des droits de l'homme des Na-

tions Unies pour cadre. Cette dernière a été saisie en cette année-là d'une communication sur le thème par deux ONG : la Commission des Eglises pour les affaires internationales et la Comité consultatif mondial de la Société des Amis (Quakers). C'est à la suite de cette initiative que la Commission a adopté le 5 mars 1991 la résolution 1991/25 sur les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays. Le cadre sociologique originel de la préoccupation était clair : les contextes marqués par la violence. Cette problématique connaît, dès son énonciation, un problème de légitimité, résumé dès 1993 par le premier Représentant Spécial du Secrétaire Général des Nations Unies sur le sujet, M. Francis Deng, en ces termes : « sur le plan du droit, les avis se partagent entre deux grands points de vue. Les uns considèrent que les normes actuelles sont suffisantes pour couvrir la situation des personnes déplacées dans leur pays et que le principal problème réside dans le manque d'application des normes. Les autres estiment qu'il existe des lacunes à combler si l'on veut prendre en considération d'une manière complète et satisfaisante la situation de ces personnes ».<sup>1</sup> Cette opposition de perceptions demeure à l'heure actuelle. Quoiqu'il en soit de cette controverse, il convient de rappeler que la préoccupation internationale est partie d'un fait ou d'un constat d'urgence humanitaire : la multiplication du nombre de déplacés internes, elle-même due à la multiplication des conflits armés non internationaux, y compris les conflits déstructurés. Il est apparu que les personnes déplacées, bien que saisies par le droit international humanitaire, le droit des droits de l'homme et le droit des réfugiés, avaient néanmoins besoin d'un régime spécial de protection. Mais dans quelle optique élaborer ce régime protecteur propre, suivant quelle philosophie, avec quel support normatif ?

Devant un corpus normatif certes existant mais épars et lacunaire, il est apparu qu'il fallait avant tout effort ultérieur procéder à un inventaire, à une compilation des règles relatives aux déplacés internes, aux personnes victimes de la migration forcée. Cette unification recherchée du régime juridique aurait pour avantage de permettre la saisie non pas des situations de déplacement dans leur diversité, mais la catégorie des personnes déplacées, « indépendamment de la cause du déplacement, du pays concerné ou de la situation juridique, sociale, politique ou militaire ».<sup>2</sup> Une perspective aussi délibérément large ne pouvait s'accommoder que d'une normativité prudente, programmatoire, sous le mode du code de conduite, de la déclaration, des principes directeurs, etc. Plus on embrasse, moins on étreint, dit l'adage ... Par ailleurs, une perspective aussi vaste ne pouvait que rendre le canal diplomatique peu recommandé, et les initiatives en faveur des déplacés internes ont emprunté jusqu'ici le canal des réunions d'experts, comme si l'on tenait à éviter les Etats. Ayant entrevu en 1993 l'aboutissement de la préoccupation internationale pour les déplacés internes dans une convention en bonne et due forme, M. Deng en 1995 lors du Symposium organisé à Genève sur ce thème se montrera plus modeste : « personnellement, je recommande un processus modeste, prudent, mais progressif. Je suis persuadé par ailleurs que l'élan acquis au cours des dernières années justifierait la préparation d'une déclaration qui fournirait une inspiration morale et politique pour relever l'un des défis planétaires de notre temps ».<sup>3</sup> Sur cette lancée, M. Deng, entouré d'un groupe d'experts, a rédigé



ce qui en 1998 prendra le nom de « Principes directeurs sur le déplacement des personnes à l'intérieur de leur pays », dont la Commission des Droits de l'homme et les Nations Unies plus généralement se borneront à « prendre note ».<sup>4</sup>

## II. Les sources normatives

Les éléments juridiques, de droit positif comme de *soft law*, relatifs aux personnes déplacées, méritent d'être objectivés. Les instruments relatifs aux droits de l'homme, les instruments de droit humanitaire et les instruments relatifs aux réfugiés sont ici prioritairement pertinents, ainsi du reste que certains instruments de l'OIT, en l'occurrence les conventions 29, articles 16 et 169. S'agissant du droit humanitaire, il faut mentionner les articles 23 et 49 de la IV<sup>ème</sup> convention de Genève de 1949, l'article 70 du protocole additionnel I de 1977, les articles 9 et 17 du protocole additionnel II de 1977. De *lege ferenda*, il faut mentionner la Déclaration des règles humanitaires minima de Turku-Abo du 2 décembre 1990, dont l'article 7 contient les éléments essentiels repris par les Principes directeurs de M. Deng. C'est dire qu'en 1998, au moment de la publication de ces derniers, des éléments juridiques et des tendances normatives utiles et pertinents existent déjà. Qu'apportent donc les Principes directeurs ? De par leur nature, ils ne font évidemment pas partie du droit positif ; ils sont un outil de persuasion et de diplomatie humanitaire, éventuellement une directive opérationnelle pour les agences humanitaires sur le terrain. Les Principes directeurs ne sont pas une remise en cause du droit positif existant, mais une sorte de plancher minimum commun en faveur des déplacés internes. En l'état actuel du débat normatif sur la question, il semble que les Principes soient le stade suprême que pouvait atteindre la réglementation en la matière. L'idée d'un instrument contraignant ne semble pas à l'ordre du jour au niveau des Nations Unies.

## III. Approche conceptuelle

Il importe de saisir maintenant la catégorie même de personnes déplacées, et le phénomène du déplacement forcé illicite. Cette dernière terminologie n'est nullement redondante, car le déplacement forcé, loin d'être absolument arbitraire, peut être légitime et conforme au droit dans certaines circonstances, dans le cas où la sécurité des déplacés ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent notamment. Selon la « définition » générique contenue dans les Principes directeurs, les personnes déplacées « sont des personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcés ou contraints à fuir ou à quitter leur foyer ou lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations de droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme ou pour en éviter les effets,

et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un Etat ». Le déplacé est donc une personne en détresse qui, pour sauver sa vie face à une situation donnée, n'a pas d'autre choix que de se déplacer immédiatement, sans délai. Le déplacé, au sens des Principes directeurs, n'est pas un « déporté », un « transféré », un « interné », etc. Si son déplacement est la conséquence d'une violence de la nature ou des hommes, voire des institutions établies, son processus d'exécution n'est pas formellement, nécessairement, le fait d'autorités publiques qui l'organiseraient et le conduiraient méthodiquement. Le déplacé des Principes directeurs est toute personne qui, placée devant une force violente susceptible d'attenter à sa vie, quitte son cadre de vie pour chercher refuge dans une zone moins trouble de son pays. Le déplacé fait donc partie de la population civile, au sens de la quatrième convention de Genève de 1949, lorsque la cause du déplacement est un conflit armé ; mais, inversement, toutes les composantes de la population civile ne vivent pas le drame particulier du déplacement forcé, certaines d'entre elles pouvant demeurer sédentaires. Les Principes directeurs entendent saisir la vulnérabilité particulière liée au facteur du déplacement, et rien d'autre. Ramener la catégorie « personnes déplacées » à celle de « population civile » est une manière de nier la réalité et la particularité de la première. L'approche des personnes déplacées par les Principes directeurs n'embrasse nullement le phénomène migratoire dans son intégralité au sein d'un Etat, y compris la migration économique qui se traduirait par le classique exode rural. Elle n'est pas du tout très large ; au contraire, elle s'appuie sur la violence intrinsèque de la situation qui conduit au déplacement et sur l'absence de franchissement d'une frontière. L'ampleur de cette situation est nouvelle et les approches conceptuelle et normative doivent être adaptées en conséquence, ainsi que la démarche opérationnelle, en termes d'assistance. En vue de rendre opératoire l'approche normative de la question des déplacés internes, il est utile en effet de mieux construire la notion de déplacement forcé arbitraire, afin de bâtir le régime de la responsabilité pour fait de déplacement forcé illicite des personnes, par une clarification des règles d'imputabilité. Sans une démarche rigoureuse de cette nature, il est à parier que la protection des déplacés internes relèvera davantage du domaine de l'assistance humanitaire que de la protection juridique et normative.

#### **IV. Le régime de la protection et de l'assistance des déplacés internes**

Lorsque l'on parcourt les instruments juridiques pertinents, y compris les tendances normatives inscrites dans les documents relevant du *soft law*, le régime de la protection couvre trois étapes : la prévention autant que faire se peut du déplacement arbitraire, la préservation de la dignité du déplacé pendant la période de déplacement, l'organisation dans la dignité de la fin du déplacement.<sup>5</sup>

Le principe 6 des Principes directeurs, en droite ligne de l'article 7 de la Déclaration de Turku-Abo, protège chaque être humain contre le déplacement arbitraire de son foyer ou de son lieu de résidence habituel. Ce principe 6 est plus détaillé que l'énoncé générique définissant les personnes déplacées et comporte, outre les situations de violence (apartheid, nettoyage ethnique, conflit armé, catastrophe, punition collective), une situation nouvelle à savoir les « projets de développement de vaste envergure qui ne sont pas justifiés par des considérations impérieuses liées à l'intérêt supérieur du public ». Cette cause de déplacement forcé est équivoque et peut faire l'objet d'une interprétation subjective. Le principe 6 et le principe 7 (lequel exige que le déplacement ne soit qu'une solution de dernier recours et qui organise les modalités de recours au déplacement en dehors des circonstances de conflit armé ou de catastrophe) amènent également à comprendre que le déplacement envisagé est l'œuvre des autorités publiques, qui en sont donc comptables. Le principe 7-c qui prévoit le consentement au déplacement, aurait dû conduire à une modification de la définition générique des personnes déplacées. Un aspect particulièrement important à relever pour les africains notamment se trouve dans le principe 9, qui exige d'éviter le déplacement des populations indigènes, des minorités, des paysans, des éleveurs et autres groupes qui ont vis-à-vis de leurs terres un lien de dépendance et un attachement particuliers.

Au cours du déplacement, les personnes jouissent naturellement de tous leurs droits civils et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels, du droit à l'assistance humanitaire. En particulier, le principe 21 protège la propriété des déplacés contre toute appropriation ou utilisation arbitraire.

Les déplacés doivent être volontairement réinstallés dans leur foyer ou dans une autre partie du pays ; ils doivent pouvoir recouvrer leurs biens ou être indemnisés du fait de ne pouvoir les récupérer.

## **V. Les débiteurs de l'obligation de protection et d'assistance**

Même s'ils invitent les organisations humanitaires et les autres acteurs concernés à agir dans le cadre de leur mandat respectif, les Principes directeurs visent tout d'abord la responsabilité des Etats dans lesquels les déplacements de populations ont lieu, ou celle des « autorités » contrôlant de fait une partie du territoire. La terminologie des Principes directeurs oscille en effet entre les « Etats » et les « autorités », entre le formalisme de la personnalité juridique internationale et le réalisme du contrôle territorial effectif en cas de conflit armé non international. Les autorités nationales, conformément au principe de subsidiarité, ont « en premier lieu », le devoir et la responsabilité d'assister les personnes déplacées, qui bénéficient d'un droit à l'assistance humanitaire. Cette approche globalement stato-centrée constitue à coup

sûr une faiblesse des Principes directeurs, car les situations de déplacements massifs de populations procèdent généralement d'une déstabilisation de l'Etat, de son effondrement ou de sa déstructuration. L'Etat ne peut plus être considéré comme le référent de protection puisqu'il est l'opresseur ou un rouage qui n'empêche plus que ses citoyens soient violentés. C'est pourquoi les regards se tournent généralement vers la capacité de la communauté internationale, au besoin au moyen de l'intervention humanitaire, lorsque la responsabilité de protéger de l'Etat est défaillante. M. Deng, dès 1993, parlait déjà de réconcilier souveraineté et responsabilité, notamment dans l'accès aux personnes déplacées aux fins d'assistance humanitaire. Il faut noter que dans le cadre africain, la question de l'intervention à des fins de protection humaine a connu une évolution significative, au niveau sous-régional et au niveau continental avec l'Acte constitutif de l'Union Africaine, dont l'article 4-h évoque « le droit de l'Union d'intervenir dans un Etat membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité ». Or selon les Principes directeurs, le déplacement forcé arbitraire peut être la conséquence d'une politique de « nettoyage », génocidaire par essence. L'Union africaine doit donc pouvoir intervenir en cas de déplacements massifs forcés et arbitraires de populations ; elle doit aussi se doter d'un volet institutionnel humanitaire, à l'instar d'ECHO pour l'Europe ou d'OCHA pour les Nations Unies.

En cas de conflit armé, international ou non international, la responsabilité en matière de prévention des déplacements forcés arbitraires, et de préservation de la dignité des personnes déplacées, incombe à la puissance occupante ou à la force qui assume le contrôle effectif de la partie du territoire concernée (en cas de guerre civile). Les dispositions en la matière sont codifiées par la quatrième convention de Genève et les protocoles additionnels.

Les ONG humanitaires et les organisations intergouvernementales ont des responsabilités en matière de protection des déplacés, selon leurs mandats, leurs moyens et leurs politiques opérationnelles. M. Deng avait suggéré depuis 1993, soit la création d'un Haut-Commissariat aux personnes déplacées, soit l'extension du mandat du HCR aux personnes déplacées, soit la nomination au secrétariat général de l'ONU d'un haut fonctionnaire chargé de la question. Actuellement, chaque organisation fait ce qu'elle peut, dans un climat fait à la fois de compétition et de collaboration. Depuis avril 2001, une Unité sur le déplacement interne existe au sein de OCHA. Non opérationnelle, cette unité est un cadre de concertation des structures concernées telles que le HCR, le PNUD, le PAM, l'UNICEF, l'OIM et les ONG. Face à la difficulté d'envisager la justiciabilité de droits eux-mêmes encore en codification, c'est sur le plan opérationnel que l'investissement doit être consistant pour soulager la détresse des déplacées internes.

## Conclusion

Avec la désignation d'un nouveau Représentant Spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour les personnes déplacées, une clarification du projet s'impose, pour sa cohérence. Faut-il réfléchir en termes de protection juridique ou en termes d'assistance humanitaire, ou les deux à la fois ? Faut-il maintenir l'approche globale retenue par M. Deng ? Faut-il progresser vers la formule conventionnelle ou faut-il s'en tenir à la démarche souple des Principes directeurs ? Dans quelle mesure d'autres acteurs pourraient-ils être impliqués, à commencer par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme ? La tâche est considérable ; la détresse des déplacés internes l'impose, courageusement et urgemment.

## Notes

1. Deng, F. « Les réfugiés de l'intérieur. Un défi pour la communauté internationale », The Brookings Institution, 1993, p.166.
2. Idem, p.9.
3. CICR, « Personnes déplacées à l'intérieur de leur pays », Symposium, Genève, 23-25 octobre 1995, p.148.
4. Doc. ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 du 11 février 1998.
5. Sur la problématique des déplacés internes, on consultera avec profit, outre les ouvrages précités : CICR, « Personnes déplacées à l'intérieur de leur pays. Mandat et rôle du CICR » RICR, vol. 82, n° 838, Juin 2000, pp. 479-490 ; CIISE, « La responsabilité de protéger ». Rapport de la Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté de l'Etat. Décembre 2001 ; Contat – Hickel, M. « Protection of internally displaced persons affected by armed conflicts : concept and challenges » RICR, vol. 83, n° 843, Sept. 2001, pp. 699-71 ; Goldman, R.K. « Codification des règles internationales relatives aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ». RICR, n° 831, 1998, pp. 497-501 ; Guichaoua, A. (Dir.) « Exilés, réfugiés et déplacés en Afrique Centrale et orientale ». Paris, Karthala, 1999 ; Lavoyer, J.P. « Principes directeurs relatifs au déplacement des personnes à l'intérieur de leur pays ». RICR, n° 831, 1998, PP. 503-516 ; Plattner, D. « La protection des personnes déplacées lors d'un conflit armé non international ». RICR, n° 798, 1992, pp. 592-606 ; Sassoli, M. & Bouvier, A. « Un droit dans la guerre ? » vol. II, CICR, Juin 2003, Genève. "The Constitutive Act of the African Union and the Challenges of International Humanitarian Law". Proceedings of the Seventh Joint OAU/ICRC Seminar. Addis-Ababa, 7 Mai 2002.

