

EXTERNALISATION DES FRONTIÈRES

pratiques de détention et négation du droit d'asile

25 et 26 février 2020

LAGOS (Nigéria)

Le droit de laisser chaque pays, y compris le sien, dans le droit international

de Francesca Mussi*

Veillez ne pas diffuser ni citer ce texte, qui est une version résumée de la contribution de l'auteur "L'impact de la Déclaration universelle sur les droits "de circulation" des migrants : le droit de chacun de quitter chaque pays, y compris le sien, et le droit de demander et de bénéficier de l'asile contre la persécution", in Sara Tonolo, Giuseppe Pascale (ed.), La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo, Giappichelli Editore, Turin, 2020.

Je tiens à remercier les organisateurs de la conférence et à les féliciter pour leur accueil chaleureux. Mon intervention sera divisée en deux parties : dans la première, comme le souligne le titre, je me concentrerai sur le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, en tant qu'expression d'une norme de droit international reconnue tant au niveau du pacte que de la coutume ; dans la seconde, j'examinerai la légitimité des mesures de gestion et d'endiguement des flux prises par les pays d'origine, afin de vérifier dans quelle mesure le droit de "circulation" des migrants est effectivement reconnu et garanti aujourd'hui.

1. L'affirmation du droit de quitter chaque pays, y compris le sien, en tant que règle de droit international

Le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, a été reconnu pour la première fois dans l'article 13, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et en termes assez généraux. En fait, elle n'a fait l'objet d'aucune limitation particulière, autre que celles découlant de l'article 29 (selon lequel elles doivent être établies par la loi pour assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et pour satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique), applicable à l'exercice de tous les droits et libertés contenus dans la Déclaration universelle.

* Chercheur en droit international, Université de Trento.

1.1. *Suit : le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, en tant que norme du droit international des traités*

La formulation de l'article 13 de la Déclaration universelle a ensuite été reprise et précisée par divers instruments internationaux à caractère contraignant. Au niveau universel, le point de référence essentiel est l'article 12 du Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques, qui introduit une importante nouveauté. Elle reconnaît, sous certaines conditions, la possibilité de soumettre le droit examiné à des limitations. Selon le paragraphe 3, en effet, les restrictions prévues par la loi sont considérées comme admissibles, eu égard à la nécessité de protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, les droits et les libertés d'autrui, de manière compatible avec les autres droits reconnus par le Pacte lui-même.

D'autres éléments, utiles pour préciser la possibilité de soumettre le droit de quitter tout pays à des restrictions, se trouvent dans l'activité interprétative du Comité des droits de l'homme, qui est l'organe compétent pour exercer un contrôle international sur l'application du Pacte. Dans l'Observation générale n° 27, concernant l'article 12 du Pacte, par exemple, le Comité a fixé des paramètres plus stricts, précisant que toute restriction, en plus de ne pas porter atteinte à l'essence de la loi en question, doit respecter les principes de proportionnalité et d'adéquation.

Il est important de rappeler que le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, est accordé à toute personne - qu'elle soit ou non citoyenne d'un État particulier - et qu'elle y réside ou non légalement. Cela signifie que les migrants en situation irrégulière dans les pays de transit en sont également les titulaires.

Le droit de quitter chaque pays a également été réaffirmé dans des traités relatifs à des droits spécifiques adoptés au niveau universel (par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale), dans des conventions relatives à des catégories spécifiques d'individus (par exemple, le personnel diplomatique et consulaire), dont le droit de quitter le territoire de l'État accréditant est prévu dans la Convention sur les relations diplomatiques), dans les instruments régionaux de protection des droits de l'homme (par exemple, le quatrième protocole additionnel à la CEDH, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), ainsi que par la jurisprudence des mécanismes de contrôle prévus dans cette dernière.

La répétition constante des clauses conventionnelles concernant le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, conduit à une réflexion plus approfondie. Cette circonstance peut-elle être considérée comme la preuve de l'existence d'une règle coutumière de contenu similaire ?

1.2. *Suit: le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, en tant que norme de droit international coutumier*

En supposant que les manifestations de la pratique internationale à partir desquelles il est possible d'induire l'existence et le contenu de règles générales soient multiples et extrêmement variées, je pense qu'il est possible de répondre à cette question par l'affirmative sur la base de trois arguments.

La première tient au fait que tous les États membres des Nations unies sont parties à au moins un traité, de portée universelle ou régionale, qui affirme le droit de quitter chaque pays, y compris le sien.

La seconde tient au petit nombre de réserves formulées par les différents États parties aux nombreux instruments conventionnels qui consacrent le droit en question, qui, par ailleurs, visent très souvent davantage à en limiter la portée qu'à en nier l'existence ou à subordonner la reconnaissance au respect des règles du droit national.

À ces événements s'ajoute le grand nombre de résolutions et de déclarations reconnaissant le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, adoptées dans les organisations internationales - je pense en premier lieu à l'Assemblée générale des Nations unies - à l'unanimité, par consensus ou par des majorités importantes. Il suffit de penser à la Déclaration de New York sur les réfugiés et les migrants et au Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières.

Enfin, le caractère général du droit considéré est encore confirmé par la large reconnaissance accordée par les différents systèmes juridiques nationaux, notamment au niveau constitutionnel. Pour autant que je sache, au moins 116 États ont reconnu le droit de quitter chaque pays, y compris le leur, dans leurs constitutions respectives.

En supposant donc le caractère coutumier du droit en question, quelles en sont les conséquences juridiques? À mon avis, l'implication la plus importante concerne la position des États par rapport à la sortie des migrants des pays de départ et à l'entrée dans les pays de destination, ce qui, ces derniers temps, a donné lieu à une pratique visant souvent à refuser la jouissance de ce droit par des mesures de contenu différent.

2. Les accords de régulation des flux conclus avec les États d'origine à la preuve du droit de quitter chaque pays, y compris le sien

Au cours de la dernière décennie, de nombreux pays de destination ont progressivement impliqué les pays de départ dans le contrôle de leurs frontières par la conclusion - tant au niveau bilatéral que dans le cadre d'organisations internationales telles que l'Union européenne - d'accords et d'ententes politiques visant à intensifier la lutte contre l'immigration clandestine.

En principe, cette pratique est admissible, même si elle a souvent pour "effet secondaire" de limiter de facto le droit de chaque individu de quitter tout pays, y compris le sien, qui, comme nous l'avons déjà dit, est universellement garanti par l'article 12 du Pacte sur les droits civils et politiques et est désormais considéré comme faisant partie du droit international coutumier. C'est donc à la lumière des considérations faites au préalable qu'il convient d'évaluer la légitimité de cette pratique au cas par cas.

Si l'on pense aux mesures de contrôle visant à prévenir et à réprimer les affaires pénales liées au phénomène des migrations, comme la traite des êtres humains et le trafic de migrants, il est bien évident que leur but est de protéger des intérêts - par exemple, la protection de l'ordre public - qui permettent de limiter le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, sur la base des dispositions de l'article 12, paragraphe 3, du Pacte sur les droits civils et politiques.

Les actions visant à empêcher le départ des migrants à bord de bateaux de fortune sont tout aussi légitimes selon moi, même si le voyage n'implique pas d'organisations criminelles. Cette limitation est en fait justifiée par la nécessité de protéger la vie des personnes à bord, comme le prévoit l'article 6 du Pacte sur les droits civils et politiques.

En revanche, la légitimité des mesures d'endiguement des flux sortants visant à prévenir d'éventuelles violations de la réglementation sur l'immigration dans les États de destination est beaucoup plus débattue. D'une part, l'article 12, paragraphe 3, du Pacte semble ne considérer comme admissibles

que les restrictions visant à protéger les besoins des seuls États d'origine et non ceux des pays de destination. D'autre part, la jurisprudence en la matière (je pense à la sentence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Stamose c. Bulgarie*) - bien qu'assez limitée - ne semble pas avoir exprimé un avis favorable.

En revanche, à mon avis, les pratiques visant à empêcher indistinctement tous les migrants de quitter le territoire du pays qu'ils traversent, en l'absence d'une évaluation individuelle tenant compte de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif à atteindre, devraient être considérées comme totalement illégales. Cette considération est confirmée par la législation prévue dans le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, en plus de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, en particulier l'article 11. Cette disposition prévoit, en effet, que les États parties doivent renforcer, dans la mesure du possible, les contrôles aux frontières nécessaires pour prévenir et détecter le trafic illicite de migrants, sans préjudice des engagements internationaux en matière de libre circulation des personnes.

3. Conclusions

Que pouvons-nous dire en conclusion ? Le premier constat est qu'il est indéniable que le droit de quitter chaque pays, y compris le sien, est aujourd'hui soumis à une pression accrue en raison des flux migratoires importants qui ont caractérisé la dernière décennie. Il est tout aussi indéniable que pour faire face à ce phénomène, les États ont souvent mis en œuvre des politiques d'endiguement en opposition à des obligations juridiquement contraignantes.

Néanmoins, je pense qu'il est assez complexe de dire que les violations des droits de "circulation" des migrants sont numériquement plus élevées que celles d'autres normes coutumières, telles que l'interdiction de discrimination ou l'interdiction d'être soumis à la torture et à des traitements cruels, inhumains et dégradants. En outre, il est important à mon avis de souligner que les États accusés de violer le droit de quitter tout pays, y compris le leur, ont tenté de justifier leur comportement non pas en niant son existence, mais en affirmant la possibilité d'une limitation légitime.

Ces considérations soulignent combien il est aujourd'hui nécessaire de résister à la tentation d'attribuer une valeur purement théorique à ce droit. En fait, elle joue un rôle fondamental dans le système international de protection des droits de l'homme, qui pourrait également être utilement appliqué aux tentatives actuelles de développer un modèle efficace de gestion des flux migratoires. Le plus grand défi que le phénomène en question a posé - et qu'il continue de poser - est plutôt celui de concilier les droits de "circulation" des migrants, en tant qu'expression du droit à la liberté individuelle, avec la prérogative des États de fixer les conditions d'accès des étrangers à leur territoire.