

FRANÇOIS CRÉPEAU

Lauréat Trudeau 2008, Université McGill

BIOGRAPHIE

François Crépeau est professeur, titulaire de la Chaire Hans et Tamar Oppenheimer en droit international public, et directeur scientifique du Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique, à la Faculté de droit de l'Université McGill. Il est lauréat 2008-2011 de la Fondation Pierre Elliott Trudeau.

Ses recherches portent, entre autres, sur le contrôle des flux migratoires, la protection des droits des étrangers, l'interface sécurité / migrations, l'État de droit dans la mondialisation.

Il a prononcé de nombreuses conférences, publié de nombreux articles scientifiques, et écrit ou dirigé cinq ouvrages : *Les migrations internationales contemporaines – Une dynamique complexe au cœur de la globalisation* (2009), *Penser l'international, Perspectives et contributions des sciences sociales* (2007), *Forced Migration and Global Processes—A View from Forced Migration Studies* (2006), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État* (1997), *Droit d'asile : De l'hospitalité aux contrôles migratoires* (1995).

Il dirige la collection « Mondialisation et droit international » aux Éditions Bruylant (Bruxelles). Il est membre de la Commission canadienne pour l'UNESCO et Fellow de l'Institut de recherches en politiques publiques (IRPP). Il est membre des comités éditoriaux du *International Journal of Refugee Law* et du *Refugee Law Reader*. Il est membre des comités sur les droits de la personne et sur la citoyenneté et l'immigration du Barreau du Québec. Il fut professeur invité aux universités suivantes : Université catholique de Louvain (2010-2013) ; Institut international des droits de l'homme (Strasbourg) (2001, 2002, 2007, 2008) ; Graduate Institute for International Studies

(IUHEI-Genève, 2007), Institut des hautes études internationales, Université de Paris II (2002), Université d'Auvergne-Clermont 1 (1997).

De 2001 à 2008, il fut professeur à l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit international des migrations et directeur scientifique fondateur du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal (CÉRIUM). De 1990 à 2001, il fut professeur à l'Université du Québec à Montréal. Il fut aussi vice-président la Fondation canadienne des droits de la personne (maintenant Equitas) de 1992 à 2004 et directeur de la *Revue québécoise de droit international* de 1996 à 2004. François Crépeau a participé à des missions d'observation, dans les territoires palestiniens occupés (2002) et au Salvador (1991).

François Crépeau est diplômé des universités McGill (BCL et LLB, 1982), Bordeaux 1 (Licence en droit, 1981; maîtrise en droit privé, 1982), Paris II (DEA de sociologie juridique, 1985) et Paris I (DEA de droit commercial, 1984; Doctorat en droit, 1990).

RÉSUMÉ

« Nous sommes tous des immigrants, l'avons toujours été et le serons toujours », affirme François Crépeau d'un ton convaincant. Du point de vue historique, la mobilité a toujours été la règle, et non l'exception ; les frontières ont rarement empêché les gens de se déplacer. Nos sociétés complexes s'enrichissent grâce à l'immigration : la culture et le discours collectif en sont profondément influencés, bien qu'on ne le reconnaisse pas toujours. Au cours de cette première conférence Trudeau, François Crépeau abordera la nature universelle des droits des migrants. Les migrants ont des droits fondamentaux, les mêmes que quiconque, à l'exception des droits politiques et du droit d'entrer et de s'établir sur le territoire. Bien sûr, depuis les attentats du 11 septembre 2001, le contrôle des migrations aux frontières est devenu le leitmotiv de toute politique de sécurité. François Crépeau fait voir que cette idée biaisée vise essentiellement à créer un discours politique pointant du doigt le bouc émissaire de nos frayeurs, et à justifier les mesures restrictives contre les étrangers au nom de la « sécurité ». Peut-on imaginer une société où serait possible le libre mouvement des personnes entre les frontières ? À titre de constante de civilisation, la mobilité ne devrait-elle pas devenir un droit ?

CONFÉRENCE

Comment traiter la question des migrations : un test pour les démocraties

Université de Winnipeg

LE 20 OCTOBRE 2009

Introduction¹

Le phénomène des migrations est complexe². On le retrouve dans toutes les civilisations : l'histoire de l'humanité est celle d'un voyage sans fin sur les divers continents de la planète. Il y a toujours eu et il y aura toujours des migrations. Bien que certaines personnes demeurent sédentaires de génération en génération, la plupart des individus se déplacent, parfois sur une courte distance, parfois d'un continent à un autre.

1. L'auteur remercie Louis-Philippe Jannard, coordonnateur de la chaire Oppenheimer, pour la recherche préliminaire et la transcription de la conférence. L'auteur remercie également la Fondation Pierre Elliott Trudeau pour l'appui financier et technique qu'a nécessité la préparation de la présente conférence, en particulier son président, Pierre-Gerlier Forest, et sa directrice de programme, Bettina Cenerelli. Cette conférence a également servi de base pour la Conférence de clôture du septième cours d'hiver sur les migrations forcées organisé par le *Calcutta Research Group*, à Kolkata (Inde) le 15 décembre 2009. Une version abrégée du texte paraîtra dans le magazine *Inroads* en 2010.

2. Voir François Crépeau, Delphine Nakache et Idil Atak, « Introduction », dans *Les migrations internationales contemporaines – Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, François Crépeau, Delphine Nakache et Idil Atak (dir.) (Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2009), 8-12.

Côté temps, il s'agit aussi d'un phénomène générationnel déclenché par tout un éventail de facteurs politiques, économiques et sociaux qui échappent en grande partie au jeu des pressions politiques à court terme. Au niveau de l'individu, c'est une trajectoire personnelle qui transcende plusieurs espaces sociaux : par-delà les termes voilés de « vagues » et de « flux » migratoires, n'oublions jamais de prêter une oreille attentive aux voix individuelles, porteuses d'espoirs et de craintes.

À l'échelle mondiale, les migrations peuvent se concevoir comme des transferts économiques de fonds ou de compétences liées à des facteurs d'impulsion et d'attraction, ou comme une question de développement provoquant un « exode » ou un « recrutement » de cerveaux. Les migrations sont parfois utilisées à des fins démographiques. C'est le cas notamment au Canada, en Australie et aux États-Unis, où l'augmentation de la population est liée à un positionnement stratégique international : la recherche d'une économie plus robuste, le désir d'exercer une influence plus grande dans les affaires internationales et, par conséquent, une montée en puissance à l'échelle mondiale.

En tant que vecteur de transformation sociale, les migrations occupent souvent une place centrale dans le discours politique sur l'identité, avec tout ce que cela comporte de propos démagogiques et haineux envers les « autres » : très fréquemment, ce discours détermine les paramètres des programmes politiques. Les migrations peuvent être à l'origine de difficultés en matière de souveraineté territoriale : elles peuvent constituer un problème de sécurité au sujet duquel les organismes responsables de la sûreté de l'État refusent de transmettre des renseignements, et correspondent souvent à un phénomène clandestin qui suscite la création de zones d'invisibilité sociale.

Elles sont aussi la clé du pluralisme culturel, créant ici des sociétés multiculturelles vibrantes, provoquant là des vagues de violence collective, ou faisant naître ailleurs des ghettos peinant à coexister. Bien qu'elles soulèvent des tas de questions concernant les droits de

la personne, les migrations, comprises comme phénomène social, ne constituent pas encore en elles-mêmes un droit : une personne a le droit de quitter tout pays, mais n'a pas le droit, sauf dans le cas des réfugiés, d'entrer dans n'importe quel pays autre que celui de sa citoyenneté. À cet égard, l'expérience européenne est unique puisque les citoyens européens peuvent désormais franchir librement les frontières internes de l'Union européenne et s'établir où ils le souhaitent sur le territoire commun.

Les migrations sont donc un phénomène complexe à multiples facettes, qu'il faut étudier sous plusieurs angles selon des méthodes pluridisciplinaires, tout en faisant preuve de prudence méthodologique et d'un grand souci de ne pas perdre de vue les récits individuels en cause.

Les cinq points du présent exposé résument ma démarche intellectuelle. Je tiens pour acquis que, les migrations étant une constante de la civilisation, nous sommes tous des migrants. Ma thèse de doctorat portait sur la dévaluation progressive de la notion d'asile. Tout d'abord considéré comme tradition immémoriale, l'asile a récemment été interprété comme un risque pour la sécurité nationale et nous évoluons vers un contrôle des mouvements migratoires fondé sur des critères de sûreté – c'était l'objet de mes premières recherches. Mes travaux actuels portent sur le respect, la réalisation, la protection et la promotion des droits des migrants dans la mesure où ils influent sur les droits des citoyens. Il serait enfin intéressant d'imaginer un programme de recherche portant sur une redéfinition de la citoyenneté, redéfinition qui aurait pour objet de reconnaître la présence de tous les « étrangers », quel que soit leur statut administratif.

Nous sommes tous des migrants

L'humanité n'a jamais cessé de voyager. Depuis que l'espèce humaine est apparue il y a quelque 200 000 ans, elle a colonisé tous les continents – nous sommes une race d'éternels migrants. Les

mouvements migratoires sont au principe de plusieurs civilisations, comme en témoignent l'Exode dans la Bible, le traité de Kadesh (1275 avant notre ère) conclu entre Ramsès II d'Égypte et Hattoussil III de l'Empire hittite, l'Odyssée d'Homère, les tragédies grecques d'Eschyle, de Sophocle et d'Euripide, de même que l'hégire dans l'Islam³.

Notre sédentarisation est un phénomène récent et instable. Des populations nomades existent encore, comme les peuples autochtones et les Roms (ou Tsiganes). Les pèlerinages demeurent des traditions importantes, comme en témoigne le rôle de villes comme La Mecque ou Saint-Jacques-de-Compostelle. L'exode rural, le processus d'urbanisation et les programmes de travailleurs agricoles saisonniers comportent tous des éléments migratoires. Beaucoup de gens émigrent à cause du travail, des études, de la retraite ou du tourisme. Les « expats » et les aînés qui passent l'hiver dans le sud sont des migrants. En outre, comme l'indiquent tant de romans, de films et de séries télévisées, nous rêvons tous de voyager dans l'espace.

Au cours du dernier siècle, les migrants ont constamment représenté environ 3 % de la population mondiale. Toutefois, le nombre de personnes concernées a considérablement augmenté au fil des années. Aujourd'hui, on estime à 214 millions le nombre de migrants dans le monde. Il y a toujours eu des mouvements migratoires des régions où sévissent la pauvreté et la violence vers les régions où règnent la stabilité et la prospérité : les premières créent des effets d'impulsion, les secondes d'attraction. Nous pouvons ralentir les flux migratoires à court terme, mais nous ne pouvons pas les bloquer à long terme puisqu'ils sont dictés par un besoin fondamental de la nature humaine – la capacité d'imaginer un avenir pour soi-même et pour ses enfants. Nous tenterions nous aussi d'émigrer si nous étions placés devant les mêmes choix que ces millions de migrants.

3. François Crépeau, *Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires* (Bruxelles : Éditions Bruylant & Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995), 29-38.

Les migrations irrégulières résultent donc de l'interaction de trois facteurs : nos besoins cachés de main-d'œuvre peu spécialisée, les besoins de ceux qui cherchent à émigrer des pays du sud et nos politiques frontalières répressives, qui empêchent une interaction fluide entre les effets d'impulsion et d'attraction. De fait, le resserrement des politiques d'immigration dans plusieurs pays de destination a entraîné une diminution des possibilités d'encadrer juridiquement les migrations internationales. Lorsque l'on impose des contrôles frontaliers plus rigoureux, le nombre de personnes recourant à des méthodes irrégulières de migration s'accroît, à tel point que certaines, dépourvues de tout autre moyen, ont recours à des organisations de trafic de migrants⁴.

Les États de l'hémisphère Nord élaborent des politiques visant à contrôler les migrations de diverses manières. Dans les pays comme le Canada, l'Australie et les États-Unis, les politiques d'immigration reposent sur une finalité démographique : les gouvernements adoptent des politiques d'intégration socioéconomique et valorisent la diversité culturelle. En revanche, les politiques des États de l'Europe continentale ont été conçues pour gérer cette main-d'œuvre bon marché que sont les travailleurs étrangers peu spécialisés : on y observe peu de mesures d'intégration et le multiculturalisme, lorsqu'il n'est pas définitivement rejeté, n'y est certes pas considéré comme un principe fondateur. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, les migrants réussissent à s'intégrer de quelque manière que ce soit, de sorte que leur présence au sein de ces communautés se traduit par des succès et des difficultés comparables.

Les deux catégories de pays ont également des politiques communes, comme la répression des migrations irrégulières et les programmes périodiques de travailleurs migrants temporaires⁵. Les

4. François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada : Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection », *IRPP Choices*, vol. 1, n°12 (2006), 4-5.

5. *Ibid.*, 18.

travailleurs migrants temporaires et les migrants irréguliers sont souvent laissés à la merci d'employeurs qui ont le pouvoir de les faire déporter. Au Canada, c'est le cas notamment des migrants qui sont admis en vertu du Programme des travailleurs agricoles saisonniers ou du Programme concernant les aides familiales résidentes. Dans ce dernier cas, les aides familiales ne sont autorisées à travailler que pour un employeur à la fois. De plus, elles sont obligées de vivre dans la résidence de l'employeur et le processus pour changer d'emploi est compliqué. De telles politiques placent le migrant dans une situation subalterne et créent des espaces de vulnérabilité : le pouvoir de l'employeur sur la vie des migrants a généralement pour conséquence de les rendre silencieux et suscite d'énormes possibilités d'exploitation (esclavage moderne, exploitation sexuelle, travail forcé, servitude pour dettes, autres formes de servitude). La décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Siliadin c. France*⁶ illustre cette vulnérabilité. Dans ce cas, la cour a conclu qu'une jeune femme d'origine togolaise ayant travaillé comme « petite bonne » dès son arrivée en France à l'âge de 15 ans, pendant quatre ans et sans rémunération, était assujettie à un travail forcé et tenue en servitude. Entrée illégalement en France, la jeune femme craignait d'être arrêtée si elle se présentait à la police.

Le migrant illustre donc le conflit entre souveraineté territoriale et droits de la personne en droit international. Selon l'ancien paradigme de souveraineté, l'État hôte décide qui peut entrer et rester, qui fait partie de la communauté politique, qui est citoyen. Ainsi, dans l'État hôte, l'étranger n'a aucun droit *a priori* : il possède des droits uniquement dans son État d'origine, son État de citoyenneté. Traditionnellement, l'État hôte traite les étrangers comme il l'entend et rien ne limite la discrétion administrative qu'il exerce sur eux, sous réserve uniquement du principe de réciprocité. Toutefois, selon le plus récent paradigme des droits de la personne, tous ont des droits

6. *Siliadin v France*, n° 73316/01, ECHR, 2005-VII.

inhérents qui s'opposent à toute forme de pouvoir, public ou privé. Les États doivent respecter les droits de chaque personne assujettie à leur pouvoir, partout et en tout temps. C'est pourquoi les migrants ont droit au respect, à la réalisation, à la protection et à la promotion de tous leurs droits fondamentaux, y compris le droit à l'égalité et l'interdiction de toute discrimination. Le migrant est donc l'exemple type du conflit opposant le paradigme de la souveraineté à celui des droits de la personne comme principes de base du droit international et de la politique internationale⁷.

La dévaluation progressive de l'asile

L'asile est une tradition qui remonte à des temps immémoriaux et que l'on retrouve dans la plupart des civilisations, notamment celles de la Bible et des tragédies grecques. Plusieurs tragédies grecques (*Les Suppliantes* d'Eschyle, *Ceïpe à Colonne* d'Euripide, par exemple) exposent des principes très clairs concernant l'asile. Celui-ci est lié à la notion de justice, sa violation correspondant à une transgression intolérable de la loi établie par les dieux, qui protège le faible contre l'arrogance du puissant. Accorder l'asile est considéré comme le droit souverain de celui qui octroie sa protection au nom des dieux⁸.

Dans la Bible, la loi traditionnelle de l'hospitalité est clairement formulée : « Tu n'opprimeras pas l'étranger ; vous savez ce que ressent l'étranger, car vous avez été étrangers dans le pays d'Égypte⁹ ». Lié à cette tradition très ancienne, l'asile a sans doute d'abord reposé sur des croyances religieuses : c'était la protection divine du criminel dans un sanctuaire. Jusqu'à 1984, il était inscrit dans le Code de droit canon de l'Église catholique. Du ^{xvi}e au ^{xviii}e siècle, il a évolué et fini par être associé à la protection personnelle offerte par un Prince

7. François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada », *op. cit.*, 501.

8. François Crépeau, *Droit d'asile*, *op. cit.*, 32.

9. Exodous, 23 : 9.

ou un État, pour des raisons politiques, contre la colère d'un autre Prince ou d'un autre État¹⁰.

Nonobstant cette vieille tradition, le concept de « demandeur d'asile » est récent puisqu'il ne remonte qu'au début des années 1980. En 1973, la crise pétrolière a justifié la fermeture des frontières des pays de l'hémisphère Nord aux travailleurs migrants étrangers peu qualifiés. Combiné à une plus grande accessibilité des moyens de communication et de transport, le nombre de demandes d'asile est monté en flèche. Au Canada, il est passé de 600 en 1976 à 60 000 en 1986. Les États ont réagi à cette augmentation et aux entrées irrégulières sur leur territoire en adoptant un puissant discours anti-asile et des mesures de répression et de dissuasion contre les migrations irrégulières¹¹.

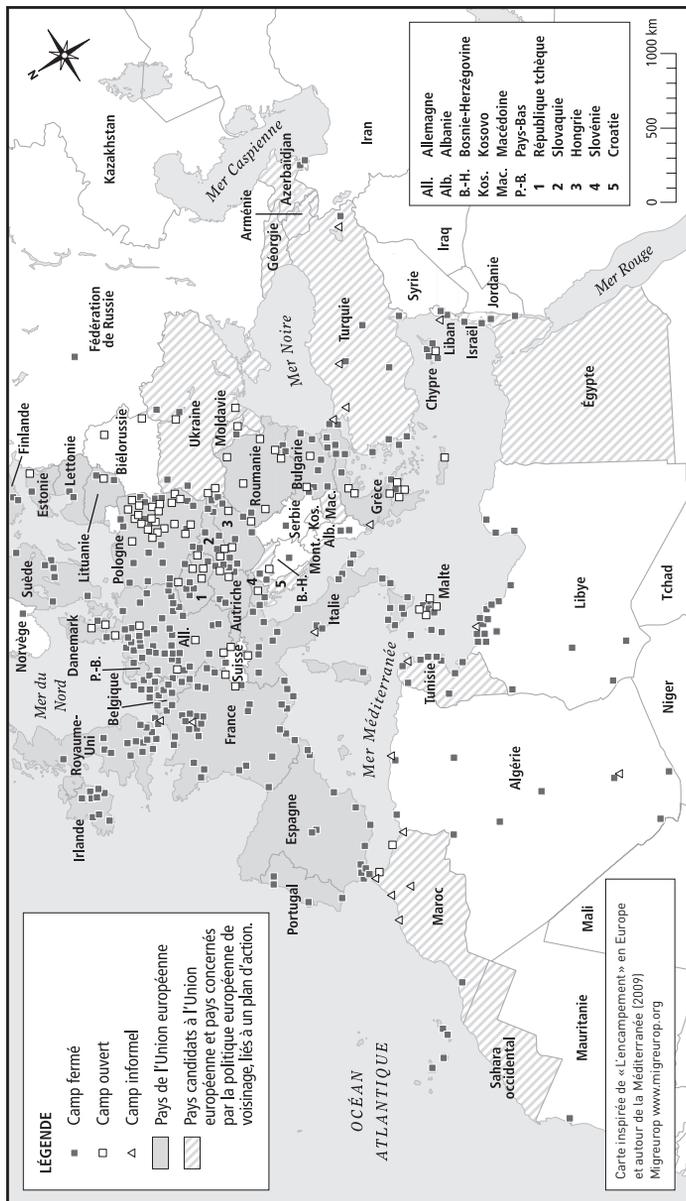
Privé de sa dimension idéologique à la suite de l'effondrement du bloc soviétique en 1989, l'asile a été de plus en plus perçu comme une menace. Les demandeurs d'asile sont souvent décrits comme de « faux » réfugiés dont les demandes sont sans fondement, ou comme des migrants irréguliers qui essaient de « passer avant » les nombreux demandeurs honnêtes et méritoires du régime d'immigration légal. Le *discours public* associe fréquemment l'asile à d'autres formes de « criminalité internationale », comme les migrations irrégulières, la fraude, la criminalité, le trafic d'armes ou de drogues, la traite des personnes, les migrations clandestines et le terrorisme, et permet ainsi de justifier les mesures de prévention et de dissuasion prises contre tous les « étrangers illégaux », y compris les demandeurs d'asile.

Les *mesures de dissuasion* tentent de décourager les demandeurs d'asile ou les migrants irréguliers d'entrer dans le pays en élevant le coût de la migration ou en réduisant ses avantages. Elles ont pour objet de réduire les droits offerts aux migrants, comme l'élimination

10. François Crépeau, *Droit d'asile*, *op. cit.*, 29-45.

11. *Ibid.*, 312-316.

Carte 1 « L'encampement » en Europe et autour de la Méditerranée



des procédures d'appel dans le processus de détermination du statut de réfugié et la réduction de l'accès à l'aide juridique, au marché du travail et à la protection sociale¹². Les migrants se heurtent aussi à des mesures de détention renforcées. La carte 1 indique les établissements de détention de migrants en Europe et dans les pays méditerranéens¹³.

Au Canada, le nombre de migrants détenus a considérablement augmenté ces dernières années. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)¹⁴ et son règlement confèrent au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration des pouvoirs accrus en vue d'arrêter et de détenir des migrants. En outre, le gouvernement utilise son pouvoir de détention sur une plus grande échelle.

Le trafic de migrants est parfois fortement criminalisé et entraîne des sanctions excessives : au Canada, aider un groupe de 10 personnes ou plus à franchir la frontière illégalement est une infraction passible d'emprisonnement à vie. La législation canadienne ne fait pas de distinction entre les personnes qui sont motivées par des considérations humanitaires et celles qui ne le sont pas. Dans une décision récente, la Cour du Québec a condamné une femme à trois mois de prison pour avoir aidé une autre personne à entrer au Canada sans les documents requis, malgré le fait qu'elle n'en ait retiré aucun avantage financier et que la personne ayant bénéficié de son aide ait obtenu le statut de réfugié¹⁵. Il s'agit là d'une violation d'au moins deux obligations canadiennes en vertu du droit international. D'une part, le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer définit le trafic illicite de migrants comme « le fait d'assurer, afin d'en tirer, *directement ou indirectement, un avantage*

12. François Crépeau et Delphine Nakache, «Controlling Irregular Migration in Canada», *op. cit.*, 14.

13. Carte inspirée de «L'encampement» en Europe et autour de la Méditerranée (2009). Migreurop, www.migreurop.org.

14. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c.27.

15. R. c. *Bejashvili*, (2007) J.Q. n° 16210.

financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État»¹⁶. D'autre part, la Convention relative au statut des réfugiés interdit aux États parties d'imposer des sanctions aux réfugiés par suite de leur entrée illégale¹⁷. Comment une personne peut-elle être complice de quelqu'un qui n'a commis aucune infraction ?

De plus, pour faciliter le retour de migrants indésirables, les États recourent à des ententes bilatérales et multilatérales, comme l'accord de réadmission de 2007 conclu entre l'Europe et la Russie, ou les ententes sur les tiers pays sûrs en Europe (Convention de Dublin, de 1990) et en Amérique du Nord (Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs, de 2002)¹⁸.

D'autre part, des *mesures préventives* ont pour objet d'empêcher l'arrivée de demandeurs d'asile et de migrants irréguliers : pour éviter l'intervention des ONG, des avocats, des politiciens ou des médias qui peuvent essayer de s'opposer à la déportation de migrants ayant réussi à entrer au pays, il est beaucoup plus facile d'empêcher en tout premier lieu les migrants de s'établir sur « notre » territoire¹⁹. Aucun de ces intervenants « contrariants » ne pourra agir en faveur d'une personne maintenue à l'étranger.

Ce type de mesures comprend les régimes de visa, dont les exigences relatives aux visas imposées aux ressortissants du Mexique

16. *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additif à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, article 3. Voir http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2convention_smug_french.pdf consulté le 3 mai (l'auteur souligne).

17. *Convention relative au statut des réfugiés*, adoptée le 28 juillet 1951, 189 U.N.T.S. 150, entrée en vigueur le 22 avril 1954, article 31(1).

18. François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada », *op.cit.*, 17.

19. *Ibid.*, 12.

et de la Tchécoslovaquie constituent l'illustration la plus récente au Canada. Cette exigence de visas fut immédiatement causée par l'augmentation du nombre de demandeurs d'asile originaires de ces deux pays. Les États appliquent également des sanctions aux transporteurs qui font entrer au pays des étrangers non munis de documents appropriés, ce qui entraîne une privatisation partielle des contrôles d'immigration. Au Canada, la LIPR comporte plusieurs dispositions obligeant les transporteurs à acquitter les frais de renvoi d'étrangers entrés irrégulièrement au Canada.

Les pays utilisent aussi des mécanismes d'interception à l'étranger pour prévenir les migrations irrégulières. À cette fin, le Canada a affecté des « agents d'intégrité des mouvements migratoires » dans plusieurs pays clefs de transit et d'origine. Certains États ont créé des « zones internationales » dans leurs aéroports, une pratique reposant sur l'idée que l'étranger qui n'a pas encore été admis au pays est réputé ne pas être juridiquement sur le territoire et se retrouve dans une zone internationale neutre où les garanties juridiques prévues en vertu du droit du pays ne s'appliquent pas. Bien que les tribunaux aient partout rejeté cette fiction juridique (si la police peut intervenir, les garanties juridiques contre les comportements abusifs par les autorités doivent également s'appliquer), beaucoup de pratiques administratives dans ces zones réservées demeurent sans contrôle effectif. En outre, les renseignements en matière d'immigration sont largement partagés sans contrôle véritable du transfert de renseignements personnels que l'on trouve dans ces bases de données.

Aujourd'hui, les accords de coopération économique internationale – comme le Processus de Barcelone visant les pays méditerranéens, le Processus de Puebla visant l'Amérique centrale, ou l'Accord de partenariat entre les membres des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part – comportent tous des conditions relatives aux contrôles des migrations par les pays de l'hémisphère

Sud²⁰. Les pays du Nord global délèguent ainsi la « sale besogne » d'arrêter les migrants vers d'autres pays et les demandeurs d'asile, sans se soucier du fait que plusieurs de ces États ont une réputation peu enviable en matière de droits de la personne.

Les frontières et les mers sont militarisées. En témoignent des établissements comme la base militaire de Guantanamo, utilisée au cours des années 1990 par les États-Unis pour détenir des réfugiés de la mer haïtiens essayant de se rendre en Floride avant de les renvoyer à Port-au-Prince, la durable « Solution du Pacifique » qui permet aux autorités australiennes d'intercepter des bateaux provenant d'Indonésie et de détenir les migrants sur des îles isolées (Christmas Island, Ashmore Reef, etc.), l'agence de l'Union européenne, Frontex, qui patrouille la Méditerranée près de Lampedusa, de Malte, des Îles Canaries ou de Gibraltar, pour empêcher les bateaux d'atteindre les rives du continent européen. Les pays européens sont même en train d'étudier le principe d'une « externalisation » des politiques d'asile, qui délocaliserait les procédures d'asile dans des pays comme la Lybie, le Maroc, l'Albanie et la Mauritanie²¹.

Au total, les États sont en train de mettre en œuvre une stratégie cohérente qui articule progressivement tout un arsenal de mesures destinées à prévenir les mouvements irréguliers de personnes, y compris des demandeurs d'asile et des réfugiés, pour en réduire le « fardeau ».

20. Delphine Nakache et François Crépeau, «Le contrôle des migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture», dans : Vincent Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles : Éditions Bruylant, 2007, 189-238, 214; Derek Lutterbeck, «Policing Migration in the Mediterranean», *Mediterranean Politics* 59, n° 11 (2006), 69.

21. Voir par exemple : Sophie Huguenet, *Droit de l'asile : le projet britannique d'externalisation*, Paris : L'Harmattan, 2004.

Le contrôle sécurisé des migrations

Ces mesures s'accompagnent d'un nouveau discours public sur les migrants. Surtout depuis les attentats de 2001 (11 septembre), 2002 (Bali), 2004 (Londres) et 2005 (Madrid), les migrants sont considérés comme suspects, voire dangereux... On les associe plus encore aux problèmes économiques (chômage, crise de l'État-providence, etc.), à l'insécurité (ghettos, violence, crime organisé, terrorisme, etc.) et aux angoisses identitaires (changements démographiques, repères identitaires). Une dichotomie « nous et eux » est à l'œuvre, suscitant la discrimination, la manipulation ou la haine²².

Mais les migrations faisaient partie d'une nouvelle conception internationale de la sécurité même avant les attentats des années 2000. Les deux dernières décennies ont vu apparaître un phénomène de sécurisation de l'espace public, qui détermine le processus en vertu duquel une question stratégique (les migrations internationales, par exemple) devient une question de sécurité²³. Ce phénomène s'applique également à d'autres domaines comme la sécurité de l'eau, la sécurité alimentaire, la sécurité énergétique, la sécurité des communications, la sécurité environnementale, la sécurité humaine, la sécurité urbaine, pour ne nommer que ceux-là.

Depuis les événements du 11 septembre 2001, toutefois, ce processus s'accélère²⁴. Au plan intérieur, il est question de nouvelles lois contre le terrorisme, de politiques de lutte contre la main-d'œuvre irrégulière et de création institutionnelle comme celle du U.S.

22. François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada », *op. cit.*, 4-5.

23. Thomas Faist, « The Migration-Security Nexus. International Migration and Security before and after 9/11 », Malmö University School of International Migration and Ethnic Relations, *Willy Brandt Working Papers*, 2004, en ligne à l'adresse suivante : <http://dspace.mah.se:8080/bitstream/2043/686/1/Willy%20Brandt%202003-4.pdf>.

24. François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada », *op. cit.*, 4.

Department of Homeland Security. La portée de pratiques administratives, comme la privatisation de la détention, s'élargit sans cesse et de nouvelles pratiques, comme les mesures discriminatoires s'appliquant à la frontière et à l'étranger, ne sont pas détectées.

Entre-temps, les garanties internationales et constitutionnelles en matière de droits de la personne demeurent inchangées. Les attentats du 11 septembre n'ont pas modifié le cadre juridique, sauf pour ce qui est de certaines interprétations. Le cadre n'a pas évolué parce qu'il fait partie de l'héritage de ceux qui ont été témoins des atrocités de la Seconde Guerre mondiale et qu'il a été conçu pour traiter de chocs plus grands que celui du 11 septembre.

Certes, certains États se sentent « piégés » par leurs engagements relatifs aux droits de la personne lorsqu'il s'agit de les appliquer aux migrants, car ils n'ont jamais imaginé que les migrants les utiliseraient un jour. Le Canada s'est dit outré lorsqu'il a été condamné par le Comité des Nations Unies contre la torture, dans l'affaire *Khan*, en 1994, car il estime que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 n'a pas été conçue pour traiter de cas semblables²⁵.

Le processus visant à sécuriser l'immigration permet aux États d'invoquer un « état d'exception » contre les migrants²⁶. Par exemple, le premier ministre britannique Tony Blair a déclaré que son pays pourrait se retirer des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 visant les demandeurs d'asile si leur nombre ne diminuait pas. Cette déclaration présuppose que ces demandeurs ne sont pas dignes de bénéficier des garanties relatives aux droits de la personne, qu'ils sont en quelque sorte des êtres humains de deuxième ordre. Les autorités canadiennes ont

25. *Tahir Hussain Khan c. Canada*, CAT/C/13/D/15/1994, Comité des Nations Unies contre la torture (CAT), 18 décembre 1994.

26. Giorgio Agamben, "State of Exception", *New Serbian Political Thought*, vol. 1, n° 4 (2005), 135.

récemment rejeté la conclusion d'une communication du Comité des Nations Unies contre la torture et déporté en Iran une personne qui, selon ce comité, avait besoin de protection²⁷. M. Dadar avait fui son pays d'origine après avoir été emprisonné et brutalement torturé à cause de sa loyauté envers le Shah. Toutefois, il a commis un crime au Canada : les autorités canadiennes ont estimé qu'elles n'avaient aucune obligation de se conformer à la décision du Comité.

Le processus visant à renforcer la sécurité a donc donné lieu à une redéfinition de la situation juridique des migrants. Les migrations irrégulières sont maintenant considérées comme faisant partie de la « criminalité internationale », ce qui signifie que l'on n'a plus à reconnaître les droits des migrants irréguliers. De fait, très peu d'États (et pas un seul État du Nord global) ont signé et ratifié la Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille²⁸, qui énonce les droits de tous les migrants et dont la principale « faute » est qu'elle reconnaît plusieurs de ces droits aux migrants irréguliers.

De fait, l'entrée illégale n'est pas un crime contre des personnes, ni contre la propriété. Il s'agit plutôt du passage d'une ligne virtuelle qui ne fait immédiatement de tort à personne. En outre, le recours à des réseaux de migration clandestine est souvent indispensable et les migrants l'utilisent surtout lorsqu'ils ne peuvent se prévaloir d'autres possibilités de protection. Ces réseaux ont toujours existé et, bien qu'ils fassent une sale besogne et entraînent de nombreuses

27. *Mostafa Dadar c. Canada*, CAT/C/35/D258/2004, Comité des Nations Unies contre la torture (CAT), 5 décembre 2005; « Mostafa Dadar expulsé » (27 mars 2006), accessible en ligne à l'adresse suivante : www.radio-canada.ca/regions/atlantique/2006/03/26/001-NB-dadar.shtml.

28. Au 8 décembre 2009, 42 États avaient ratifié la *Convention des Nations Unies sur la protection des travailleurs migrants et des membres de leur famille* (18 décembre 1990), Recueil des traités des Nations Unies, « Chapitre 13 : Droits de l'homme », 13. Cette convention est accessible en ligne à l'adresse suivante : www2.ohchr.org/english/law/cmw.htm.

possibilités d'exploitation, ils ont souvent permis de sauver des vies. Des Juifs allemands (dans le film *Casablanca*, les faux documents de voyage sont cachés dans le piano), des républicains espagnols, des réfugiés de la mer indochinoise et haïtiens et beaucoup d'autres ont pu s'enfuir et trouver refuge grâce à ces réseaux.

La grande majorité des migrants irréguliers ne pose aucun risque de sécurité et les terroristes du 11 septembre n'étaient pas des migrants irréguliers. Bien que discursivement construits comme moyens de lutte contre la criminalité internationale, les contrôles migratoires servent plutôt à rassurer les citoyens sur l'action des gouvernements qu'à véritablement augmenter leur sécurité. De plus, certains de ces mécanismes compromettent directement la sécurité des migrants. Par exemple, le mur érigé à la frontière entre les États-Unis et le Mexique oblige les migrants à traverser le désert de l'Arizona, un long parcours assujéti à des conditions extrêmes qui a entraîné des centaines de morts. Les migrants qui tentent d'atteindre les rives du continent européen à partir de l'Afrique, ou du continent australien à partir de l'Indonésie, risquent leur vie dans des embarcations de fortune. Nombre de ces migrants à la recherche de l'Eldorado ont péri en mer.

En outre, les migrants irréguliers travaillent et acquittent à tout le moins les impôts directs. Leur exploitation dans certains secteurs de l'économie (construction, agriculture, travail domestique, nettoyage, restauration, par exemple) accroît la compétitivité des économies du Nord global²⁹. De fait, leurs services nous feraient cruellement défaut s'ils n'étaient pas là : sans eux, ces secteurs pourraient disparaître. Cet effet d'attraction essentiel est systématiquement ignoré dans

29. Bureau international du travail, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Rapport VI, Conférence internationale du Travail, 92^e session, (Genève : Bureau international du Travail, 2004), 48, accessible en ligne à l'adresse suivante : www.oit.org/public/french/standards/reim/ils/ilc92/pdf/rep-vi.pdf.

le débat public sur les migrations irrégulières : le fait que « nous » sommes coresponsables de leur venue n'est jamais mentionné.

Enfin, les mesures prises contre les migrations irrégulières sont inefficaces, car elles ne s'attaquent jamais à leurs causes premières, c'est-à-dire au besoin d'une main-d'œuvre exploitable dans les économies du Nord global et à l'impossibilité d'imaginer pour soi-même et ses enfants un avenir au pays d'origine en raison de l'échec chronique des politiques internationales de développement³⁰.

Les migrants ont des droits

Les États tirent profit de la souveraineté territoriale et peuvent exclure tout étranger de leur territoire sans contrevenir à leurs obligations internationales : ce principe traditionnel du droit international demeure valide. Mais nous lui avons ajouté un nouveau principe : tous, étrangers aussi bien que citoyens, jouissent généralement des mêmes droits fondamentaux.

Deux droits sont exclusifs au citoyen : le droit à la participation politique, soit le droit de voter et d'être élu, et le droit d'entrer et de demeurer sur le territoire du pays de sa nationalité. Il en va ainsi en droit international et en droit constitutionnel canadien³¹.

Tous les autres droits s'appliquent également aux étrangers et aux citoyens en vertu de leur commune humanité. Cela signifie notamment que l'étranger a le droit à l'égalité et le droit de ne pas faire l'objet de discrimination en raison de sa nationalité et qu'il est protégé contre le retour vers la torture et la détention arbitraire. L'étranger doit avoir accès à des recours et à la primauté du droit. Il

30. Commission mondiale sur les migrations internationales, *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, (2005), 32-40, accessible en ligne à l'adresse suivante : www.gcim.org/mm/File/French.pdf.

31. Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1976), Recueil des traités des Nations Unies 999.107; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (ch. 1, R.-U.)], articles 1 à 15.

bénéficie de garanties même dans le cas de sécurité nationale. De plus, un enfant étranger bénéficie de protections particulières. La Convention sur les droits de l'enfant établit clairement que les États « s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune » et que l'enfant est « protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique [...] de ses parents³² ».

Les États doivent respecter ces droits. Le principe de non-discrimination, fondé sur le droit à l'égalité, interdit en principe un traitement différencié fondé sur la citoyenneté ou le statut d'immigrant dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Au Canada, selon l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une différenciation entre citoyens et non-citoyens doit être « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique³³ ». Les mêmes critères sont utilisés dans le droit européen tel qu'il est interprété et appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme.

C'est ce que, encore avec des réserves, certains tribunaux ont déjà commencé à affirmer. La Cour suprême du Canada a limité les éléments discrétionnaires et le secret de la détention à long terme sans procès de personnes sous certificat de sécurité³⁴. La Cour suprême des États-Unis a progressivement imposé un cadre procédural (« due process ») concernant la détention à Guantanamo Bay de suspects capturés pendant la « guerre contre la terreur » alors qu'elle ne l'avait pas fait dans le cas des migrants irréguliers haïtiens

32. *Convention internationale des droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, Recueil des traités des Nations Unies 1577 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), article 2.

33. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (ch. 11, R.-U.)], article 1.

34. *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

détenus à Guantanamo Bay au cours des années 1990³⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que les prétendues zones « internationales » dans les aéroports font effectivement partie du territoire national où s'appliquent toutes les garanties des droits de la personne³⁶. La Chambre des Lords britannique a décidé que la détention indéfinie et les pratiques discriminatoires dans un aéroport étranger ne sont pas compatibles avec les droits de la personne régissant le pays et le continent³⁷.

En fin de compte, après la panique morale qui a suivi les attentats du 11 septembre 2001, les cadres juridiques normaux ont progressivement été réaffirmés. Notre cadre universel commun des droits de la personne a été établi par la génération qui avait vécu les horreurs de la Seconde Guerre mondiale. Selon ce legs, le droit doit toujours prévaloir sur le pouvoir exécutif. Cette règle a été compromise par le *modus operandi* établi pour mener la « guerre contre la terreur ». Il est réconfortant de voir que les tribunaux rétablissent progressivement leur contrôle sur les lois et les politiques qui ont accru les pouvoirs exécutifs aux dépens des libertés individuelles. Le principe qui les inspire est que la légitimité politique au fondement de ces politiques n'est pas à rechercher dans les objectifs définis, mais dans les procédures suivies. À moins que les pouvoirs publics ne se conforment aux règles de procédure et de preuve normales, leurs décisions seront arbitraires, ce qui compromettra la légitimité de leurs actions et l'appui politique nécessaire qu'exigent des mesures à long terme contre le terrorisme.

En outre, même concernant le rôle des frontières, certaines exceptions démontrent qu'il est possible d'imaginer un autre

35. *Boudemiene c. Bush*, 553 U.S. (2008); *Sale v. Haitian Centers Council*, 113 S. Ct. 2549, 113 S. Ct. 2549, 125 L. (92-344), 509 U.S. 155 (1993).

36. *Amuur c. France*, 17/1995/523/609, Conseil de l'Europe : Cour européenne des droits de l'homme, le 25 juin 1996.

37. *A and others v. Secretary of State of the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55.

régime : les citoyens des pays de l'Union européenne peuvent franchir librement les frontières internes du territoire européen et voter dans les élections locales de leur pays de résidence³⁸.

Conclusion : modifier notre conception de la citoyenneté ?

Tout au cours de l'histoire, les catégories marginalisées et vulnérables de la population ont été obligées de se battre pour leurs droits. À l'époque moderne, elles ont également eu recours aux tribunaux pour lutter contre le pouvoir exécutif, contre le pouvoir législatif et, souvent, contre l'opinion publique dominante. Parmi ces catégories, figurent les travailleurs industriels, les femmes, les Autochtones, les membres des minorités nationales, les détenus et les gais et lesbiennes. Les migrants constituent le groupe vulnérable le plus récent.

En général, on ne peut pas s'attendre à ce que les pouvoirs exécutif ou législatif protègent les droits des migrants et cela, pour plusieurs raisons. Il s'agit de boucs émissaires trop utiles sur lesquels on peut faire retomber certains maux de notre société, comme le chômage ou la criminalité. Les migrants se plaignent rarement et sont donc juridiquement insignifiants. Comme ils ne votent pas, ils sont aussi politiquement insignifiants. C'est pourquoi les politiciens ne tiennent pas compte de leurs préférences³⁹. Parce que les autorités des États hôtes manipulent l'information et que les discours nationalistes populistes ne sont jamais contredits, l'opinion publique se laisse facilement convaincre de ne pas appuyer les migrants et, à vrai dire, se montre indifférente à leur sort. C'est aux ONG, aux Églises, aux avocats bénévoles et à d'autres citoyens concernés qu'incombe la tâche d'assurer le respect, la réalisation, la protection ou la promotion de leurs droits. Mais, compte tenu des maigres ressources de

38. Voir Jean-Yves Carlier et Elspeth Guild, *The Future of Free Movement of Persons in the EU* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2006).

39. François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada », *op. cit.*, 4.

ces groupes, cette tâche est beaucoup trop lourde pour eux. Nous ne pourrions surmonter les difficultés de la situation sans adopter un point de vue différent sur les migrants.

Ce que nous proposons, c'est que, comme ils font intégralement partie de la cité bien qu'ils ne soient pas des ressortissants, les migrants devraient être considérés comme des citoyens, mais avec un « c » minuscule. Ils travaillent tous et participent tous à l'économie de l'État hôte. Leur travail irrégulier – et leur exploitation – contribuent à la compétitivité de son économie. Ils acquittent des taxes sur tout ce qu'ils achètent ou louent et utilisent peu les services publics. S'ils sont vulnérables, c'est à cause de l'absence d'un statut administratif en vertu duquel serait reconnu l'éventail de leurs droits. En conférant à nouveau un statut approprié à ces personnes, on concourrait sensiblement à leur donner les moyens dont ils ont besoin pour lutter contre l'exploitation.

Voici quelques exemples d'attitudes différentes adoptées à l'égard des migrants vulnérables. Dans plusieurs villes des États-Unis, dont San Francisco, la police a décidé de ne pas contrôler le statut d'immigration lors des rencontres avec des citoyens afin de pouvoir mettre en œuvre le programme d'« ordre public » en tablant sur la confiance de tous les segments de la population : la lutte contre la violence est impossible lorsque les victimes n'appellent pas la police de crainte d'être déportées. À Toronto, selon une politique « don't ask, don't tell », tous les enfants ont le droit de fréquenter l'école, quel que soit le statut de leurs parents. Au Massachusetts, l'État délivre des permis de conduire sans vérifier le statut migratoire des demandeurs, ce qui permet aux migrants irréguliers de se doter d'une identité qui leur donne accès à plusieurs services. Dans bon nombre de pays européens, les citoyens européens résidents peuvent maintenant voter lors d'élections locales ; mais plusieurs autres autorités législatives permettent également aux étrangers résidents de voter lors d'élections locales. C'est le cas de six « townships » du

Maryland, de deux villes du Massachusetts (Amherst et Cambridge); de New York, Chicago et Arlington (Virginie) dans le cas des élections scolaires; et de la Nouvelle-Zélande pour toutes les élections⁴⁰. Au Québec, la campagne de vaccination contre la grippe A/H1N1 de l'automne 2009 visait toutes les personnes, quel que soit leur statut migratoire : les mesures de santé publique sont partiellement inefficaces si elles excluent des segments entiers de la population. À Paris, depuis les années 1980, une ONG (Médecins du monde) a établi au profit des migrants irréguliers 21 dispensaires ayant conclu avec les autorités des accords de coopération destinés à prévenir les raids policiers.

Ces exemples confirment que les sociétés d'accueil peuvent se doter d'une conception de la place des migrants vulnérables différente de celle qui a généralement cours. Si le statut migratoire est toujours un facteur important à l'échelon national, les administrations locales (régionales ou municipales) peuvent adopter une position différente. Toute personne qui participe à la vie économique et sociale d'une société devrait jouir d'un statut lui permettant de bénéficier de services proportionnés à son apport et de participer à la prise de décisions politiques, au moins à l'échelon local.

La démocratie est une relation complexe entre la représentation politique, la protection des droits de la personne et la suprématie du droit (« Rule of Law ») (c'est-à-dire l'accès normal à des recours contre des décisions injustes, aux tribunaux ou aux organismes nationaux de défense des droits de la personne). La mobilisation politique et les garanties juridiques doivent être combinées pour établir une véritable démocratie : l'histoire du xx^e siècle démontre que

40. Voir David C. Earnest, *Noncitizen Voting Rights: A Survey of an Emerging Democratic Norm* (American Political Science Association, 2003), www.odu.edu/~dearnest/pdfs/Earnest_APSA_2003.pdf; Jamin B. Raskin, « Legal Aliens, Local Citizens : The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141 (2006), 1391.

les majorités peuvent se tromper et que les particuliers et les minorités doivent être en mesure de défendre leurs droits contre toute majorité. La protection des droits de la personne est un combat politique incessant où le droit est un outil à la disposition des personnes et des groupes, un outil qui renforce la mobilisation politique, un outil qui est généralement inutile sans la mobilisation politique.

La question qui se pose peut donc se formuler ainsi : en l'absence de représentation politique effective, comment susciter la mobilisation en faveur des migrants ? Et qui mobiliser au service de cette cause ? Étranger par excellence, le migrant est en quelque sorte le test suprême de nos démocraties.