

Analyse de la protection des migrants illégaux à la lumière du protocole contre le trafic illicite de migrants par air, terre et mer et les principes des droits de l'homme

Auteure : GRAICHE Samia

Maitre assistante « A », Université d'Alger I

Faculté de droit SAID HAMDINE

Introduction

L'immigration illégale est l'un des sujets de préoccupation les plus controversés de ces deux dernières décennies. L'existence de frontières entre les États, les grandes inégalités économiques et les différents conflits qui secouent de nombreuses régions du monde sont les principales causes de ces immigrations non contrôlées. A ces facteurs, s'est ajoutée une montée du terrorisme international, qui frappe de nombreux pays du monde, ce qui crée inévitablement des positions hostiles aux politiques d'immigration conciliantes. Le contrôle migratoire devient alors un enjeu sécuritaire pour un grand nombre d'Etats qui voient en cette vague migratoire une atteinte à leur souveraineté et une perte du contrôle des frontières nationales et communautaires, la menace est d'autant plus présente que la criminalité transnationale organisée s'est emparée d'un marché colossal, celui de « l'aide à la traversée » des « migrants clandestins ». Aussi, lorsque les États réagissent au trafic illicite de migrants par le durcissement de leurs politiques migratoires, cela s'accompagne souvent d'une diminution des possibilités de migration régulière, avec pour effet pervers une augmentation du recours au trafic illicite pour contourner des régimes d'immigration de plus en plus stricts⁽¹⁾.

L'augmentation de ces politiques strictes et la fermeture des frontières de certains pays ont forcé de nombreux migrants - fuyant des situations difficiles- à recourir aux services de

¹- **Office des nations unies contre la drogue et le crime**, Cadre d'action international pour l'application du Protocole relatif au trafic illicite de migrants, Publications des Nations unies, New York, 2013. P3.

Dans certains pays d'Europe comme la Hongrie, la riposte aux flux migratoires clandestins se fait par le biais d'une augmentation des lois et des politiques strictes en matière d'immigration au niveau national, quitte à violer les principes communs adoptés aux niveaux universel et régional.

groupes criminels organisés pour faciliter leur immigration⁽¹⁾. L'activité de « passeurs » est une excellente source de revenus pour ces groupes criminels qui n'ont pour objectif que le gain matériel, se souciant guère des risques encourus pour les migrants, souvent abandonnés à leur sort une fois « la traversée » payée⁽²⁾ ou réduits en situation de traite pour payer leurs dettes.

L'immigration illégale est un mouvement de personnes dans des conditions souvent précaires qui les exposent à des dangers réels et mettent en péril leur vie. Lors de leur transport, les migrants illégaux sont exposés à des violations de leurs droits humains, à des difficultés économiques et des discriminations en tout genre. Arrivés dans le pays de destination, leur situation ne s'améliore pas en raison de leur statut de migrants illégaux.

Si la tendance actuelle est à la lutte internationale, contre l'immigration illégale orchestrée par les réseaux de la criminalité transnationale organisée, le volet humain de cette lutte ne devrait pas être en reste, et les droits fondamentaux des migrants illégaux devraient être garantis. Une approche fondée sur les droits de l'homme est donc essentielle pour sortir les migrants de leur position de vulnérabilité.

¹- Selon Europol, plus de 90 % des plus d'un million de migrants entrés clandestinement dans l'Union européenne en 2015 ont eu recours à l'une ou l'autre forme de "services d'aide", souvent fournis par des groupes criminels organisés, constitués en réseaux de passeurs.

Voir : **Milan ROMAC, Gertrud MALMERSJO** : « Lutter contre le trafic de migrants vers l'Union européenne Principaux instruments » Note d'information sur l'évaluation et la mise en œuvre, Service de recherche du Parlement européen. P.2. Disponible sur :

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581391/EPRS_BRI\(2016\)581391_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581391/EPRS_BRI(2016)581391_FR.pdf)

²- Depuis les années 1990 des milliers d'asiatiques, d'africains et de sud-américains sont morts étouffés dans des conteneurs ou des camions sur la route vers l'Europe, des milliers d'autres ont péri dans des déserts ou se sont noyés en mer. Dans leurs agissements, les passeurs n'ont souvent guère ou pas d'égard pour la vie des personnes dont la situation précaire les a poussées à recourir à leurs services. Le 28 août 2015, l'opinion publique autrichienne a été secouée par la découverte de 71 corps de migrants, dont 59 hommes, 8 femmes et 4 enfants ont été découverts dans un camion arrêté sur la bande d'urgence d'une autoroute de l'est de l'Autriche près de la frontière hongroise et de la Slovaquie.

Le corpus contemporain relatif aux droits de l'homme est le résultat d'une accumulation d'événements et de normes juridiques et politiques au fil du temps, qui vont des guerres, des génocides aux changements économiques. Les normes internationales en matière de droits de l'homme qui sont fondés sur « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » et « constituent le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »⁽¹⁾, ont une grande influence sur les régimes nationaux d'immigration au point de limiter la souveraineté et l'appréciation de l'État sur la question⁽²⁾. Les droits de l'homme ne sont pas tellement contraints par les frontières nationales et peuvent par conséquent dépasser l'exclusivité de la citoyenneté et de la nationalité.

Au niveau international, des tentatives de concilier les deux aspects de l'immigration illégale ont été réalisées. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels ont été adoptés pour aborder à la fois l'aspect pénal et l'aspect de l'atteinte aux droits humains dans la criminalité transnationale. Les protocoles relatifs à la traite des personnes et au trafic illicite de migrants considèrent que l'immigration irrégulière est facilitée par la traite ou déplacement des personnes, par ailleurs, ces textes se concentrent a priori sur les moyens de prévenir, de réprimer et de punir les crimes transnationaux tout en protégeant les migrants impliqués.

La question fondamentale que nous posons est de savoir si les dispositions du Protocole relatif au trafic de migrants ont été élaborées dans un souci de compatibilité avec certains principes fondamentaux du droit international des droits de l'homme.

Nous nous proposons d'analyser ici les mesures de protection des victimes apportées par le Protocole relatif au trafic illicite de migrant, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et leur adéquation avec les principes des droits de l'homme et la protection des droit

¹-**Office des Nations unies contre la drogue et le crime**, Manuel sur le rôle de la justice pénale dans la lutte contre le terrorisme, New York, 2009, P.18.

²- **Paul TAVERNIER** : « Souveraineté de l'Etat et qualité de membre de l'OTAN et de l'Union européenne », Actualité de droit international, Avril/2001, P. 1 et 3.

humains. Il s'agit d'examiner dans un premier temps l'approche que prennent les Etats vis-à-vis des immigrations illégales et leur atteinte à leur souveraineté. Deuxièmement, nous nous proposons d'analyser les dispositions du Protocole relatif au trafic illicite de migrants à la lumière des principes des droits de l'homme, et des droits des migrants.

I- Le Protocole relatif au trafic de migrants : un instrument à approche pénale à la faveur des Etats

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 (Protocole relatif au trafic illicite de migrants) ⁽¹⁾ est le texte international de référence en matière de lutte contre cet aspect de la criminalité transnationale organisée. Avant son adoption en 2000 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 55/25, de nombreux textes juridiques internationaux abordaient déjà ce sujet, mais ne le traitaient jamais comme un phénomène distinct et à part entière⁽²⁾.

Si, dans le passé, la législation internationale relative aux immigrations irrégulières reflétait une conscience croissante des États concernant la nature dangereuse des immigrations illégales liées à la traite des personnes, un changement progressif de position et de perception s'est opéré au sein des Etats, qui sont passés d'une prise de conscience de la nature et de l'existence de l'immigration illégale comme atteinte à la dignité de personnes déplacées de force aux fins de traite, à une perception plus autonome, de justice pénale. La notion de traite est désormais

¹- Décret présidentiel n° 03-418 du 9 novembre 2003 portant ratification, avec réserve, du protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 15 novembre 2000. JO N°69 du 12 novembre 2003.

²- Les premiers instruments internationaux évoquant la migration illégale remontent au début du 20^{ème} siècle avec des accords internationaux comme l'Arrangement international du 18 mai 1904 pour la répression de la traite des blanches en 1904. Ce premier texte traitait de l'esclavage des femmes et n'avait pas pour principal objectif la lutte contre les migrations illégales. Les conventions ultérieures adoptées par la Société des Nations dans les années 1920 et 1930 ont également porté sur la traite et ne traitent le déplacement de personnes qu'à l'occasion de leur traite. Ce fut également le cas des textes ultérieurs adoptés par l'ONU jusqu'en 2000.

élargie pour inclure la notion de « trafic » de personnes et de migrants.

Le protocole relatif au trafic de migrants définit le trafic illicite de migrants comme « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage 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 » ⁽¹⁾. Il s'agit ici de la première définition internationale et juridiquement contraignante du trafic illicite de migrants. L'approche pénale de ce Protocole trouve son sens en ce que ce dernier n'est pas un traité autonome mais est additionnel à la Convention de Palerme, qui, elle-même n'est pas un instrument de défense des droits de l'homme. En conséquence, ses buts et objectifs ont une orientation différente, c'est un instrument à dimension répressive qui vient renforcer la réponse de la justice pénale aux auteurs de tels crimes au-delà des frontières, obligeant les États Parties à coopérer pour lutter contre la criminalité transnationale organisée. Plus important encore, le Protocole relatif au trafic de migrants concerne essentiellement le contrôle des immigrations et la coopération entre les États sur cette question. Cela reflète la perception contemporaine que les États ont des immigrations.

Selon son article 2, le Protocole relatif au trafic de migrants a deux objectifs principaux: prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objets d'un tel trafic⁽²⁾.

La protection de la souveraineté

Le Protocole renforce le droit des États de réglementer les immigrations sur leur territoire, car le but même du Protocole est de prévenir et de supprimer les immigrations qui échappent au contrôle et à l'autorisation de l'Etat, lorsque ces immigrations sont effectuées par le biais de réseaux de la criminalité

¹- Article 3-a du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer. Op.cit.

²- **Ibid.** Article 2.

transnationale organisée. Il affirme également le droit de l'État de poursuivre les personnes pour avoir violé leurs politiques nationales d'immigration ⁽¹⁾. Il vise également à favoriser la coopération entre les États pour prévenir ce trafic.

Par le biais du Protocole, les autorités compétentes des États Parties sont autorisés à effectuer des fouilles dans les navires lorsque ces derniers sont soupçonnés de se livrer au trafic illicite de migrants ⁽²⁾. Le Protocole traite également de la légitimité de l'identité des migrants, ce qui lui confère une place unique parmi les instruments internationaux dans ce domaine.

Le protocole précise que l'immigration reste dans le domaine de la souveraineté de l'État, permettant aux États de contrôler les immigrations et de maintenir leur exclusivité territoriale ⁽³⁾. Les conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'État d'accueil sont du domaine exclusif de chaque État ⁽⁴⁾.

Il apparaît ici que l'entrée dans un État est au cœur de la souveraineté de l'État, car elle affecte directement la composition de l'État, ses citoyens, son intérêt pour la sécurité et ses relations avec d'autres États. Hors zones communautaires, il est internationalement reconnu que seuls les États ont le droit de réglementer l'immigration en émettant ou en refusant des visas ou des permis de séjour. Après la seconde guerre mondiale, la souveraineté des États est devenue plus limitée avec la prolifération de normes et d'instruments relatifs aux droits de l'homme. Par conséquent, des questions comme l'immigration irrégulière qui sapent davantage le contrôle des États sur leur territoire sont devenues une priorité élevée. Le contrôle migratoire est décrit par certains comme le dernier rempart de la

¹- Article 6-1-c du Protocole sur le trafic de migrants. Op.cit.

²- **Ibid.** Article 8.

³- La notion conventionnelle de souveraineté renvoie à une situation dans laquelle les États contrôlent leurs frontières. Ce principe constitue un facteur irréductible de différenciation entre la situation juridique des nationaux et celle des étrangers et a des répercussions sur toute une série de domaines. Selon cette notion de souveraineté, l'Etat devrait être insensible à l'ingérence des autres. Les États ont également la prérogative souveraine de favoriser leurs citoyens par rapport aux étrangers / autres.

Voir : **Samir BEN HADID**, Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne. Université de Nice -Sophia Antipolis-, 2014. P.15.

⁴- Article 3-1 du Protocole relatif au trafic de migrants. Op.cit.

souveraineté de l'État⁽¹⁾ et le lieu privilégié d'investigation et d'interprétation des aspects symboliques de l'État, puisqu'il s'y exerce « l'autorité souveraine de l'État d'exclure »⁽²⁾. C'est cette même souveraineté qui définit le champ des immigrations clandestines selon des règles de droit interne, de restrictions à l'entrée ou à la sortie d'un territoire et celles relatives aux conditions légales d'établissement temporaire ou permanent sur le territoire d'un État donné⁽³⁾.

2- Le Protocole : Entre renforcement du contrôle de l'État sur l'immigration et la protection des droits de l'homme

Le Protocole vise à renforcer le cadre juridique de la lutte contre le trafic illicite de migrants et la coopération des États en matière d'interception des navires en mer, en respectant le principe du drapeau. En outre, l'article 8 confirme le principe de non-intervention. Son objectif est la lutte contre la criminalité. Cependant, le respect des droits de l'homme est aussi à protéger à l'occasion de cette lutte, mais n'est pas un objectif en soi. En mettant l'accent sur le crime, l'objectif principal devient un intérêt national plutôt que le bien-être des migrants.

Bien que le Protocole renforce le contrôle de l'État sur l'immigration, ses dispositions visent également à protéger les migrants contre des incriminations en fonction de leur statut⁽⁴⁾. Cela suppose que les États reconnaissent la vulnérabilité de migrants victimes de trafic. Mais il est évident que, même si le Protocole vise à assurer la protection des migrants, il appartient toujours à l'État de déterminer quelles sont les "mesures et protections appropriées" ou "assistance appropriée" et à qui les

¹-**Mathilde DARLEY**: « Le contrôle migratoire aux frontières Schengen : pratiques et représentations des polices sur la ligne tchéco-autrichienne », *Revue Cultures & Conflits*, N°71/2008, 13-29.P14.

²-Voir **GEDDES A**: « Europe's Border Relationships and International Migration Relations », *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, N°4, 2005, pp. 787-806. P.788. Traduit et cité par **Mathilde DARLEY** : « Le contrôle migratoire aux frontières Schengen : pratiques et représentations des polices sur la ligne tchéco-autrichienne », *Op.cit.*P.13.

³- **Georges TAPINOS** : « Migrations clandestines : enjeux économiques et politiques », in *Tendances des migrations internationales, Système d'observation permanente des migrations, Rapport annuel*, Editions de l'Organisation de coopération et de développement économiques, 1999, P.247.

⁴- Articles 16 et 19 du Protocole relatif au trafic de migrants.

mesures et l'assistance devraient-elles être appropriées. Il apparaît donc que le Protocole adopte une perspective qui soutient les intérêts de l'État.

Comme il existe peu ou pas de conceptualisation du phénomène en dehors de la criminalité transnationale, et étant le seul instrument qui traite directement de la question de l'immigration irrégulière et des migrants objets de trafic, le Protocole aurait pu être alors un instrument plus pertinent en matière du traitement de l'immigration irrégulière, s'il ne s'agissait pas, comme c'est le cas ici, du traitement d'une activité relevant de la criminalité transnationale organisée, ce qui a pour conséquence directe l'entrave et la minimisation de l'aspect des droits de l'homme dans ce domaine.

Le Protocole relatif au trafic de migrants suppose qu'il y a peu ou pas d'exploitation dans l'expérience des migrants par opposition à la traite des personnes, qui elle, suppose une absence absolue de tout consentement. Or, les migrants peuvent être exploités par les passeurs à différents niveaux. Le paiement de la traversée peut s'effectuer de différentes façons : argent liquide, travail forcé, traite, exploitation sexuelle...etc. durant son périple, le migrant peut devenir victime de traite, la distinction entre ces deux statuts devient alors plus difficile à établir. C'est aussi le cas de la distinction entre migrant irrégulier et réfugié, ce dernier pouvant lui aussi recourir aux services des groupes criminels organisés pour fuir un régime hostile. En basant cette compartimentation des types de migrants irréguliers sur la présence du consentement ou de la coercition, le protocole complique encore plus le statut des migrants irréguliers et les protections que les États doivent leur fournir⁽¹⁾. Comme indiqué plus haut, le Protocole sur le trafic de migrants occupe une place importante et unique dans la législation

¹- A titre d'exemple, les interprétations des articles 9 et 16 du Protocole sur les mesures d'assistance que les États devraient fournir aux migrants objets de trafic ne comprennent pas la fourniture d'une résidence temporaire comme dans le protocole sur la traite. Selon le Protocole sur le trafic illicite de migrants, les États sont censés ne fournir que les protections les plus élémentaires. Cela peut conduire à une interprétation selon laquelle l'État n'a aucune obligation d'accepter des migrants irréguliers sur leur territoire, étant donné que de telles protections de base peuvent être offertes ailleurs et pas nécessairement sur le territoire de l'Etat concerné.

internationale en matière d'immigration, il est l'un des rares instruments dont l'accent est mis sur l'immigration irrégulière et le trafic de migrants. D'autres, comme la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille⁽¹⁾ abordent l'immigration irrégulière marginalement ou en tant que problème secondaire et offrent plus de protection aux migrants réguliers.

II – La compatibilité du Protocole avec le droit international des droits de l'homme

Comme nous l'avons vu, le Protocole comporte certaines incohérences entre ses objectifs et sa perception et ses classifications des identités des migrants. Cela conduit à une question importante: le Protocole est-il compatible avec le droit international des droits de l'homme?

1- La protection des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le trafic illicite de migrants

Afin de comprendre si le Protocole est compatible avec le droit international des droits de l'homme, il y a lieu d'abord d'examiner ses dispositions relatives aux obligations de l'État envers les migrants irréguliers. Il existe deux articles dans le Protocole portant sur les droits humains des migrants irréguliers.

¹- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990 (A/RES/45/158). Son article 68 aborde l'obligation des Etats à coopérer afin « de prévenir et d'éliminer les mouvements et l'emploi illégaux ou clandestins de travailleurs migrants en situation irrégulière ». Les protections abordées dans cette Convention ne concernent que les travailleurs migrants réguliers. Néanmoins, l'article 68 énonce l'obligation des Etats Parties à prendre des mesures visant à infliger des sanctions efficaces aux personnes, groupes ou entités qui ont recours à la violence, à la menace ou à l'intimidation contre des travailleurs migrants ou des membres de leur famille en situation irrégulière. Il stipule également ainsi que ces mesures ne portent pas atteinte aux droits qu'ont les travailleurs migrants vis-à-vis de leur employeur du fait de leur emploi.

L'article 16 du Protocole, consacré aux mesures de protection et d'assistance, dispose que les États Parties prennent, conformément aux obligations qu'ils ont contractées en vertu du droit international, toutes les mesures appropriées pour sauvegarder et protéger les droits des migrants objet de trafic, tels que ces droits leur sont accordés en vertu du droit international, en particulier le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ces mesures comprennent également celles concernant la protection et l'assistance des migrants clandestins contre toute violence pouvant leur être infligée, aussi bien par des personnes que par des groupes, du fait de leur statut d'objet de trafic⁽¹⁾.

L'article 19 relatif à la clause de sauvegarde stipule que les dispositions du Protocole n'ont aucune incidence sur les droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé⁽²⁾.

Il est à noter ici qu'il existe déjà un large système de soutien aux droits de l'homme en droit international. Ici, le Protocole se réfère généralement aux obligations découlant du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, en particulier le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et le principe du non-refoulement. En outre, le Protocole identifie le principe de non-discrimination dans le cadre des obligations que les États ont envers les migrants objets de trafic⁽³⁾. Le Protocole énumère les principes du droit international général pour créer un niveau de protection de base pour les migrants objets de trafic, ce qui diffère largement des protections spécifiques et détaillées accordées aux victimes de la traite dans le protocole relatif à la traite des personnes, additionnel lui aussi à la Convention de

¹- Article 16 du Protocole relatif au trafic de migrants. Op.cit.

²- Article 19-1 du Protocole relatif au trafic de migrants. Op.cit.

³- Article 19-2 du Protocole relatif au trafic de migrants.

Palerme, et qui comprennent des permis temporaires ou définitifs de séjour, l'accès à l'éducation et au travail...etc⁽¹⁾. Le Protocole ne traite pas en profondeur la question des droits de l'homme des migrants irréguliers, et les quelques protections de base qu'il mentionne ne sont pas détaillées vis-à-vis de procédures de contrôle de l'immigration conscientes des droits de l'homme. L'importance est donnée au «contrôle», à la «prévention» et la «suppression», la protection reste ainsi en marge.

le Protocole n'ajoute rien de nouveau dans la clause de sauvegarde, qui, en soi ne sert qu'à rappeler aux États qu'il existe déjà des limitations à la souveraineté des États concernant le traitement accordé aux non-ressortissants ou aux migrants en situation irrégulière dans le droit international général. En fait, la clause de sauvegarde a été mentionnée vers la fin du Protocole, presque comme une note de fin.

La référence du Protocole aux droits de l'homme de manière brève trouve son sens dans le fait que ce dernier n'avait pas pour objectif de départ de traiter de façon approfondie cette question ⁽²⁾, ses rédacteurs estimant qu'il était préférable d'axer ses dispositions sur la coopération internationale et sur la réponse de la justice pénale en tant que noyau d'un Protocole additionnel à une convention qui traite de la criminalité transnationale

¹ - Voir : articles 6 et 7 du Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

² - Il serait intéressant de signaler ici que les négociations en vue de la rédaction des deux Protocoles relatifs à la traite des personnes et au trafic de migrants ont été le théâtre d'âpres négociations. Il aurait été beaucoup plus difficile d'encourager les États à devenir signataires du Protocole relatif au trafic de migrants, s'il avait été trop explicite sur les obligations de l'État Partie en matière de droits de l'homme à l'égard des migrants, sur la base de l'incapacité d'absorption des flux migratoires par les pays d'accueil d'un côté, et sur la base que cette migration était au départ un choix. Or, les situations sont nombreuses où des migrants deviennent victimes de traite pendant ou après « la traversée ».

Voir : **Maria Jesús GUARDIOLA LAGO** : « La traite des êtres humains et l'immigration clandestine en Espagne : réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l'Union européenne ? », *Revue internationale de droit pénal* 2008/3 (Vol. 79), p. 405-436. P.435.

organisée, laissant ainsi les droits de l'homme aux accords et conventions internationaux déjà établis.

2 Le principe de non-refoulement, le droit à la vie et l'interdiction du traitement inhumain et dégradant

Il s'agit ici d'examiner les obligations spécifiques des Etats Parties en matière de droits de l'homme qui peuvent résulter de la mise en œuvre des objectifs du Protocole.

Le principe de non-refoulement est sans doute l'un des sujets d'actualité qui attise le plus les tensions et les polémiques en ce que cet outil de protection des droits de l'homme est confronté à la tentation de sa limitation lorsque des enjeux de nature sécuritaire sont soulevés⁽¹⁾. C'est un principe établi en droit international par l'intermédiaire de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés (1951)⁽²⁾ qui stipule : « aucun des États 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 »⁽³⁾.

La clause de sauvegarde du Protocole stipule que l'exécution des obligations du Protocole ne devrait pas affecter le principe de non-refoulement contenu dans la Convention sur les réfugiés lorsqu'il s'agit de potentiels demandeurs d'asile. Cela signifie

¹ - **Kristine Plouffe-Malette**, « Olivier Delas, le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : de la consécration à la contestation, *Revue québécoise de droit international*. Volume 25-2 /2012. Pp. 239-244. P.239.

² - Convention relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951 par une conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides convoquée par l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 429 (V) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1950.

³ - Article 33-1 de la Convention relative au statut des réfugiés. Op.cit.

Le principe du non-refoulement peut être considéré comme la permission de transgresser les frontières administratives d'un Etat. Cette définition porte sur le principe de renonciation à la souveraineté de l'Etat à la faveur d'une norme internationale relative à la protection des. La protection contre le refoulement garantit que le droit à la vie et la protection contre les traitements inhumains et dégradants sont maintenus. L'idée de «renoncer à la souveraineté» est déjà en contradiction avec le Protocole parce que le Protocole soutient la souveraineté de l'Etat lorsqu'il s'agit de politique d'immigration.

que les États sont censés déterminer dûment le statut des migrants et veiller à ce que ceux qui répondent aux critères énoncés dans la Convention sur les réfugiés bénéficient des protections prévues en ce sens. En incluant le principe du non-refoulement, le Protocole oblige les États Parties à garantir à tous les migrants (victimes de la traite ou objets de trafic) un traitement équitable pendant toutes les étapes du contrôle de l'immigration. La non-inclusion du principe du non-refoulement dans le Protocole l'aurait rendu totalement incompatible avec le droit international en ce que les États auraient été libres de "refouler" ou d'expulser tout migrant irrégulier sans avoir à se renseigner sur leurs statuts ou situation. Cependant, les migrants irréguliers sont considérés comme consentants dans le fait de l'immigration illégale. Ce « consentement coupable » ouvre la voie aux États pour agir avec une certaine défensive en réponse à ceux qui ont volontairement enfreint les lois sur l'immigration de l'État. L'article 6-4 laisse clairement aux États Parties le soin de décider ou non de «prendre des mesures» contre les migrants dont les actes sont considérés comme des infractions en droit interne ⁽¹⁾.

L'inclusion du principe du non-refoulement dans la clause de sauvegarde ne permet pas aux migrants irréguliers d'avoir systématiquement le statut de réfugié. Cela dépend beaucoup des États et de leur perception du sort du migrant, la tendance est néanmoins claire à ce sujet, les États sont plutôt défavorables à l'arrivée ou à la tentative d'arrivée de migrants clandestins sur leurs rives ou leurs frontières. Très peu sont disposés à accorder la permission aux étrangers de «transgresser» leurs frontières administratives. Au lieu de cela, ils utilisent différents types de mécanismes pour empêcher les migrants d'atteindre leurs territoires.

3 Le principe de la non-discrimination et des migrants objet de trafic

Le principe de non-discrimination est également un autre principe établi en droit international et se reflète aujourd'hui dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme, tant au niveau international, régional que national. Toutes les mesures relatives à la prévention et à la répression du trafic de migrants

¹- Article 6-4 du Protocole relatif au trafic de migrants.

devraient se faire de manière non discriminatoire dans le processus d'immigration⁽¹⁾. Toutefois, la définition du Protocole concernant les migrants irréguliers les met en situation de discrimination parce qu'ils ne sont pas clairement identifiés comme des "victimes" qui ont besoin de la protection de l'Etat, même si leur responsabilité pénale est écartée. La classification des migrants irréguliers en migrant illégaux, demandeurs d'asiles, réfugiés et victimes de la traite représente une des raisons pour lesquelles le principe de non-discrimination n'est pas réellement reflété dans le Protocole. L'intégrité des frontières étant un domaine de souveraineté, le Protocole augmente la probabilité que les États utilisent le terme «migrants irréguliers» pour englober tous les migrants que l'État juge indésirables.

Le Protocole ne précise pas exactement ce qu'il faut pour interpréter et appliquer les mesures du Protocole d'une manière compatible avec la non-discrimination. Cette question n'est pas non plus abordée dans le guide législatif pour l'application du Protocole, Cela pose problème parce que les droits de l'homme sont le principal problème en matière d'immigration irrégulière. Les injustices et les violations des droits de l'homme font partie des raisons pour lesquelles les gens migrent. Toutefois, le Protocole énonce la responsabilité des Etats Parties de former leurs agents des services de l'immigration afin d'assurer le traitement humain des migrants et la protection des droits qui leur sont reconnus dans ledit Protocole⁽²⁾. De plus, le Protocole stipule clairement que l'interprétation et l'application des mesures énoncées sont conformes aux principes de non-discrimination internationalement reconnus⁽³⁾, ce qui pourrait, d'un côté, affirmer les obligations imposées aux États Parties concernant la non-discrimination à l'égard des migrants, et d'un autre, renforcer la visibilité générale des droits de l'homme des migrants dans le Protocole. Mais des mesures supplémentaire seraient nécessaires afin de garantir un traitement non-discriminatoire des migrant pendant la mise en œuvre des objectifs du Protocole et de respecter le principe de non-

¹- Article 19-2 du Protocole relatif au trafic de migrants.

²- Article 14-2-e du Protocole relatif au trafic de migrants.

³- Article 19-2 du Protocole relatif au trafic de migrants. Op.cit.

refoulement. La non-discrimination et le non-refoulement visent à garantir la protection des migrants, au moins jusqu'à ce que leur statut soit déterminé.

En comprenant les articles 16 et 19 sur le non-refoulement, le droit à la vie, la non-discrimination et la protection contre les traitements inhumains, nous pouvons dire que le Protocole est quelque peu compatible avec les principes du droit international des droits de l'homme. Cependant, une certaine incompatibilité peut être soulevée en raison de la classification de l'identité des migrants en vertu du Protocole, ainsi que du manque de responsabilité des fonctionnaires de l'Etat vis-à-vis des migrants irréguliers, ce qui pourrait entraîner la violation du droit à la vie, le principe du non-refoulement et de la non-discrimination. En outre, le Protocole n'intervient pas sur le sort des migrants après leur interception⁽¹⁾.

En droit international, il existe des normes de procédure détaillées, claires et établies pour réglementer les processus après l'interception⁽²⁾. Mais dans la pratique, les migrants sont

¹- En droit international, il n'existe pas de définition de «l'interception», mais le HCR l'a défini comme les procédures employées par les États pour «interdire l'embarquement de personnes pour un voyage international, interrompre le trajet international de personnes ayant déjà commencé leur voyage, ou arraisonner les navires lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'ils transportent des personnes en violation des règles du droit maritime national ou international, lorsque dans les cas ci-dessus les personnes sont dépourvues des documents nécessaires ou n'ont pas obtenu l'autorisation valable d'entrer sur le territoire, et lorsque ces mesures servent également à protéger la vie et la sécurité des voyageurs et des personnes introduites ou transportées de façon clandestine».

Voir **Haut Commissariat aux réfugiés**, Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception : Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception No. 97 (LIV) - 2003.

²- Nous pouvons citer comme exemples : les articles 8 et 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (A / RES / 40/144), les articles 2-3-a, 13 et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (A / 6316 (1966) des Nations Unies, l'article 16 de Convention relative au statut des réfugiés. Certaines de ces normes comprennent la procédure régulière: le droit à l'information, le droit à un recours effectif, le droit à un procès équitable, la protection contre les formes de transport mortelles ou dégradantes, le droit de ne pas être détenu pour des raisons administratives lorsque de meilleures alternatives existent et le droit de ne pas être soumis à une détention administrative prolongée ou indéfinie pour entrée illégale.

soit redirigés vers un autre territoire, ou détenus pour la détermination de leur statut ou de nouvelles enquêtes. Dans le Protocole, il existe deux principales garanties procédurales : les notifications consulaires et le rapatriement :

Le Protocole stipule qu'en cas de détention d'une personne qui a été l'objet des actes énoncés à son article 6, chaque État Partie respecte les obligations qu'il a contractées en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, dans les cas applicables, y compris l'obligation d'informer sans retard la personne concernée des dispositions relatives à la notification aux fonctionnaires consulaires et à la communication avec ces derniers ⁽¹⁾.

Quant au rapatriement sûr et digne des migrants irréguliers, l'article 18-5 du Protocole stipule que: « Chaque État Partie concerné par le retour d'une personne qui a été l'objet d'un acte énoncé à l'article 6 du présent Protocole prend toutes les mesures appropriées pour organiser ce retour de manière ordonnée et en tenant dûment compte de la sécurité et de la dignité de la personne » ⁽²⁾.

Les articles 16-5 et 18-5 du Protocole relatif au trafic illicite de migrants visent à assurer une protection adéquate des migrants irréguliers dans les processus après interception. L'article 16 ne mentionne pas les conditions de détention, ce qui pourrait conduire à des injustices envers les migrants irréguliers. Les articles 16 et 19 sont principalement axés sur les actes énoncés à l'article 6, c'est-à-dire ceux qui facilitent le processus de trafic. Étant donné qu'il n'existe aucune spécification concernant les droits des migrants irréguliers après l'interception, l'on pourrait se demander si la protection accordée en vertu du Protocole s'arrête-t-elle à ce stade. Si tel est le cas, cela annulerait l'objectif du Protocole de protéger les droits humains des migrants objet de trafic.

Le Protocole est tellement axé sur la protection des intérêts de l'État qu'il ne traite pas complètement des droits des migrants

¹- Article 16-5 du Protocole relatif au trafic de migrants. Op.cit.

²- Il est important de noter que l'article 18 sur le retour des migrants objet de trafic illicite se concentre principalement sur la responsabilité de l'État dont les ressortissants sont impliqués dans le trafic. Il crée pour l'essentiel des obligations pour l'État d'origine; Seul son paragraphe 5 crée une obligation pour l'État de destination.

irréguliers « objet de trafic » qui surviennent lorsqu'ils sont « contrôlés ». Les principes de recours effectif, d'équité et de non-discrimination sont tous nécessaires dans la protection des migrants lorsque le contact entre l'État et le migrant se prolonge. Ces principes sont particulièrement importants parce que le contrôle de l'immigration implique une ingérence de l'État dans les droits de l'homme afin de protéger les intérêts « publics » de l'État. Et bien que le Protocole reconnaisse la vulnérabilité des migrants, il refuse de traduire cette reconnaissance en obligations concrètes et explicites pour les États. La question du statut de victime des migrants irréguliers est toujours d'actualité, une réalité est sûre : ces derniers sont victimes d'abus par leurs passeurs pendant et après le processus d'immigration et, par conséquent, ils devraient également avoir un recours effectif pour les droits qui ont été violés. Les migrants peuvent également faire l'objet d'un traitement brutal auprès des agents de l'État, comme la police des frontières, mais le Protocole n'a aucune disposition garantissant la responsabilité de ces derniers. Le Protocole se fonde sur le principe de bonne foi selon lequel les États respecteront leurs obligations en matière de droits de l'homme concernant les garanties procédurales en vertu d'autres accords internationaux. Cependant, il est très possible que, pendant le processus de contrôle de l'immigration, qu'il s'agisse d'arrestation, de détention ou de rapatriement, ces engagements ne soient pas tenus⁽¹⁾. De plus, lorsqu'une détention ou un retour « forcé » se produit dans ce type de contexte, Le migrant est laissé sans recours effectif.

L'objectif principal du Protocole étant de prévenir, réprimer et punir le trafic illicite de migrants en tant que crime

¹- Dans une affaire survenue en Australie, un navire indonésien a été accusé d'infractions relatives au trafic illicite de migrants. Parmi l'équipage se trouvaient deux personnes âgées de 14 ans et 15 ans. En première instance, le tribunal a condamné la personne âgée de 14 ans à renoncer à l'argent qu'elle avait dans les poches, et celle âgée de 15 ans à une peine de six mois, intégralement suspendue. En appel, le ministère public a soutenu que les condamnations étaient manifestement inadéquates.

Voir : **Office des Nations unies contre la drogue et le crime**, Loi type contre le trafic illicite de migrants.

<https://www.unodc.org/documents/human->

[Trafficking/Model_Law_SOM_F_ebook_V1052716.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-Trafficking/Model_Law_SOM_F_ebook_V1052716.pdf)

transnational, la protection des migrants telle qu'énoncée aux articles 16 et 19 n'est qu'un appendice secondaire pour assurer l'adhésion aux normes internationales comme le non-refoulement. La pensée de l'article 19 n'était pas aussi visible dans le reste du Protocole, la clause de sauvegarde apparaît presque comme secondaire, plutôt qu'un élément qui fait partie de l'ensemble du fonctionnement du protocole. Le Protocole aurait été plus compatible avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme si le contenu de l'article 19 était réitéré dans tout le Protocole. Le Protocole reconnaît la nécessité de protéger les droits des migrants irréguliers, mais refuse d'exprimer spécifiquement ce que ces protections devraient être

L'examen de l'intersection du protocole avec la pratique des États et le droit international des droits de l'homme démontre que, bien que la clause de sauvegarde rappelle aux États leurs obligations en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit des réfugiés, il existe encore de nombreux problèmes avec l'objectif du Protocole de protéger les migrants. Cela s'explique en grande partie par ce qui est à la base du Protocole, qui est la protection des intérêts de l'État dans le contrôle de l'immigration, plutôt que la protection des intérêts des individus. En d'autres termes, la compatibilité du Protocole avec le droit international des droits de l'homme qui consiste à appeler les États à veiller à ce qu'ils respectent leurs obligations dans ce domaine, se heurte au fait que les droits de l'homme sont secondaires dans le cadre de ce même Protocole.

Conclusion

L'acte de l'immigration fait partie de la nature humaine et les personnes migrent pour différentes raisons. Cependant, l'influence de la politique et des différences économiques, sociales et culturelles a conduit à un système international dans lequel l'immigration est considérée comme un crime lorsque ces personnes tentent d'atteindre un pays par des moyens illégaux.

Si la conceptualisation contemporaine de l'immigration s'inspire de la souveraineté de l'État, de son intégrité territoriale et de l'exclusivité de ses frontières et de la citoyenneté, cette conceptualisation est appuyée par l'augmentation du phénomène migratoire qui encourage les États à ignorer des principes du droit international et de la culture des droits de l'homme dans un

contexte d'insécurité globale qui a évolué en raison du phénomène du terrorisme. La perception actuelle des États associe les migrants irréguliers à l'atteinte à la souveraineté et à la sécurité avec une augmentation de la criminalité. Actuellement, les droits accordés aux migrants irréguliers dépendent de la bonne volonté des États, ce qui sape le développement général de la culture des droits de l'homme en matière d'immigration.

D'une part, cette relation entre la souveraineté et l'immigration de l'État s'est développée, conduisant à une réponse de la justice pénale, identifiant les migrants irréguliers comme des menaces. D'autre part, une culture des droits de l'homme s'est elle aussi développée, s'étendant dans le domaine de l'immigration et identifiant les migrants en tant qu'êtres humains avec des droits substantiels et procéduraux en vertu du droit international des droits de l'homme qui doivent être protégés.

L'intersection de ces deux perspectives sur l'immigration est incorporée dans le protocole relatif au trafic illicite de migrants qui, bien qu'il soit positionné comme une réponse à la criminalité transnationale organisée avant tout, protège les droits élémentaires des migrants irréguliers. Cependant, dans sa conceptualisation des droits de l'homme, le Protocole fait prévaloir les préoccupations des États concernant le problème du trafic illicite de migrants comme atteinte à l'intégrité territoriale et la souveraineté. L'accent étant mis sur l'aspect criminel du trafic, l'objectif de la protection des migrants irréguliers en devient affaibli.