

Intervention de Sylvia Saroléa

Avocate, chercheuse

De la protection du migrant aux droits de la personne migrante

- Où se situe la nuance entre ces deux formules? Au-delà du jeu de mots, cette expression invite à un réel changement de paradigme en matière de droits des migrants.

Cette réflexion est partie d'une intuition. Cette intuition a été suscitée par la lecture et l'analyse de décisions rendues en matière de droits de l'homme dans le domaine de l'immigration.

Ni le droit national ni le droit international ne reconnaissent ou ne garantissent le droit de migrer, en soi. Toutefois, le migrant est une personne et, à ce titre, jouit de droits garantis et protégés par le droit international et interne des droits de l'homme comme le droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants, le droit au respect de la vie privée et familiale, à bénéficier d'un procès équitable. La jurisprudence a déduit de ces droits *de l'homme en général* des droits pour *le migrant en particulier*, à des degrés divers selon l'ordre juridique étudié. Ainsi, par exemple, le droit au respect de la vie familiale a permis la reconnaissance de certaines formes de droit au regroupement familial (droit d'être rejoint par les membres de la famille proche dans le pays d'installation, droit à ne pas en être expulsé si cela conduit à une séparation avec la famille). Le droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants a été interprété comme interdisant le renvoi d'un étranger vers un pays où il courait un risque de subir de tels traitements.

La définition générique du groupe protégé aurait dû ou aurait pu constituer un avantage en ce qu'elle engageait à une protection non discriminatoire des migrants, affranchie du contexte dans lequel elle est invoquée, puisque le sujet de la garantie est l'homme et non le migrant. Or, la jurisprudence indique que le contexte migratoire défavorise l'étranger lorsqu'il invoque le respect de droits de l'homme lorsqu'il migre. Cette jurisprudence paraît anachronique par rapport aux développements du droit constitutionnel et du droit international des droits de l'homme. Elle semble en décalage par rapport à d'autres matières juridiques où ces droits ont été reconnus et exercent une censure beaucoup plus pointue des atteintes aux droits des personnes. Ce constat pose la question du comment et du pourquoi?

1. Cette marginalisation dans le temps et par rapport à d'autres secteurs du droit est-elle réelle?

2. Si ce constat se confirme, cette différence de traitement est-elle justifiée? Sur quoi repose-t-elle?

- Cette observation a été faite au sein de décisions prises dans trois ordres juridiques: les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ceux des Cours suprêmes des Etats-Unis et du Canada. Le point commun aux jurisprudences étudiées est un renvoi constant dans le temps et l'espace à la notion de souveraineté nationale dans la jurisprudence en matière d'immigration. Cette référence fait l'objet d'une priorité sémantique et principielle.

A Strasbourg, chaque arrêt pose comme prémisse la souveraineté de l'Etat, indiquant que "les États contractants ont le droit *indéniable* de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire". Ce principe est qualifié de "bien établi". Il est à la fois une balise du contrôle qui va être opéré et une norme présentée comme supérieure aux droits de l'homme dont la protection est demandée.

La Cour suprême des Etats-Unis affirme que l'État possède un droit absolu et inhérent à sa qualité de nation souveraine et indépendante d'interdire et d'empêcher l'entrée d'étrangers sur son territoire. Elle en déduit que le *Bill of Rights* protège les étrangers présents, mais pas les migrants, *traditionnellement* exclus de la protection constitutionnelle. Le pouvoir judiciaire doit faire preuve en ce domaine d'une large déférence au Congrès. "Over no conceivable subject is the legislative power of Congress more complete than it is over the admission of aliens".

De manière moins radicale, la Cour suprême du Canada reconnaît le pouvoir suprême de l'État à l'égard de tout étranger, même amical. Ce pouvoir est présenté comme une norme fondamentale de la *common law*, dont il se déduit que les cours et les tribunaux sont astreints à faire preuve d'une extrême réserve à l'égard des décisions prises dans le secteur de l'immigration.

Les conséquences de cette approche sont multiples. Elles opèrent à la manière d'une contamination qui affecte la définition du contenu des droits de l'homme, la qualification de mesures prises à l'égard des migrants et l'examen de proportionnalité auquel invite la mise en œuvre de certains droits. Alors que la Cour suprême des Etats-Unis qualifie la vie familiale de valeur fondamentale de la société américaine protégée par le *Bill of Rights*, elle écarte cet argument dans le cadre d'une demande de regroupement familial formée par les enfants d'un travailleur mexicain vivant légalement aux Etats-Unis. Certains droits reconnus comme des droits mais sont disqualifiés en privilège dès lors qu'ils sont invoqués par un migrant. La jurisprudence refuse de reconnaître l'éloignement du territoire motivé par la dangerosité pour l'ordre public comme une sanction, etc., alors qu'il s'agit bien d'une mesure prise suite à la commission d'un délit. La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une simple mesure administrative. Sans entrer dans des détails fort techniques, la jurisprudence sort systématiquement des schémas de raisonnement habituellement suivis en matière d'immigration, comme s'il s'agissait d'un domaine "hors-droit".

En matière de vie familiale, normalement, la méthode de la Cour consiste à examiner premièrement s'il y a vie familiale, deuxièmement s'il y a ingérence, c'est à dire si la mesure prise porte atteinte à la vie familiale et troisièmement, si cette atteinte est proportionnelle à l'objectif poursuivi. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales établit une liste limitative des motifs susceptibles de justifier une ingérence. Hors, en matière de regroupement familial, la

Cour européenne des droits de l'homme évite l'examen de la proportionnalité des atteintes à la vie familiale. Elle s'arrête au deuxième stade du raisonnement et juge que la reconnaissance de l'existence même d'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale est conditionnée par le contexte migratoire au sein duquel son respect est revendiqué.

- A la question du comment, succède celle du pourquoi. Pourquoi la protection de l'homme qui migre est-elle plus restreinte que celle du sédentaire?

Deux pistes de réponse apparaissent dans la jurisprudence. La première repose sur le principe de souveraineté. La souveraineté serait le principe et les droits de l'homme migrant l'exception. Cette explication invite à s'interroger sur la définition du concept de souveraineté et sur sa pertinence à justifier la protection restreinte du migrant. La seconde réside en la présence naturelle dans le contentieux migratoire d'éléments d'extranéité.

La souveraineté serait-elle synonyme de pouvoir absolu, même face aux droits de l'homme du migrant? Historiquement, la souveraineté est un concept ayant servi à affirmer l'indépendance de l'État par rapport à l'autorité politique de l'Église. Elle représente le pouvoir entier et absolu de l'État-nation dans l'ordre juridique interne et son indépendance dans la sphère internationale.

Ce pouvoir absolu dut aussitôt être relativisé. En droit interne, le pouvoir des autorités se fonde sur des normes, notamment d'ordre constitutionnel. Dans l'ordre juridique international, l'égalité et l'indépendance des États ont pour pendants leur interdépendance et le respect des normes qu'ils créent aux fins de préserver et d'organiser les premières. La souveraineté-pouvoir est davantage une souveraineté-devoir. Elle recouvre plus une compétence qu'une prérogative. Suivant des penseurs comme Kelsen, la souveraineté est le pouvoir des droits plutôt que celui de l'État.

L'évolution du droit international et interne des droits de l'homme confirme le caractère fonctionnel de la souveraineté, s'agissant de droits qui ne sont pas la propriété des États. Les droits de l'homme échappent au principe de réciprocité en droit international. Un contrôle supranational est organisé, réservant un accès de plus en plus direct de la personne aux instances de contrôle. Les droits de l'homme appartiennent à la "nation" ou au "peuple" dans les droits constitutionnels internes, de sorte que les États ne peuvent en disposer librement. L'État est à la fois auteur et garant des droits de l'homme. Il existe, d'une part, des droits indérogeables et, d'autre part, des droits auxquels il ne peut être porté atteinte que de manière limitée et proportionnelle à l'objectif poursuivi. Un mécanisme de "domestication" de la raison d'État est mis en place. En outre, le pluralisme des sources et des sanctions dans le domaine protection des droits de l'homme les fait échapper au monopole de l'État.

Echapperait-on à cette évolution du concept de souveraineté en matière d'immigration? Le contexte historique montre au contraire que des limites aux pouvoirs des États ont toujours existé par la reconnaissance des droits de société, de communication et d'humanité, chez Grotius, Vittoria, Kant ou au travers des théories de la cause légitime ou de l'abus de droit dans la jurisprudence arbitrale. Même si cette protection était tributaire des initiatives étatiques, elle témoigne sur le fond de la reconnaissance de droits aux migrants.

Cela ne signifie pas que les Etats sont dépourvus du droit de prendre des décisions en matière d'immigration, mais bien que si, dans le cadre de cet exercice, ils portent atteinte aux droits de l'homme, ils ne peuvent le faire que dans la mesure où cette atteinte est légitime au regard des tests de légitimité que les mécanismes de protection de ces droits ont mis en place.

Il faut également s'interroger sur l'incidence des éléments d'extranéité sur la protection limitée du migrant. Ils invitent à analyser le champ d'application des droits de l'homme et les principes d'égalité et de non-discrimination.

Le droit international des droits de l'homme se caractérise par l'affirmation de l'existence de droits de l'homme protégeant toute personne, quelque soit sa nationalité ou sa situation administrative. Il en va de même en droit interne, même si le droit américain utilise des fictions d'extraterritorialité en droit de l'immigration.

Les principes d'égalité et de non-discrimination garantissent aux étrangers des droits identiques aux nationaux. La Cour européenne des droits de l'homme juge que "seules des considérations très fortes" peuvent conduire à discriminer sur la base de la nationalité. La Cour suprême des Etats-Unis utilise un standard de contrôle strict face aux classifications fondées sur la race ou sur la nationalité. Il en va de même de la Cour suprême du Canada qui accorde une protection spécifique aux étrangers qui sont identifiés comme un groupe faible, notamment parce qu'il ne bénéficie d'aucune représentation politique.

Cette sévérité est abandonnée dès que l'étranger conteste pouvoir être traité différemment en raison de sa nationalité en situation d'immigration. La nationalité étrangère est alors présentée comme étant un facteur de différenciation objectif, justifiant une protection distincte. Pourtant, les droits en cause, même s'ils sont invoqués dans un contexte migratoire, restent des droits de l'homme. L'on aboutit ainsi à un raisonnement circulaire où le critère de différenciation n'est pas la nationalité mais bien le contexte migratoire et la souveraineté de l'Etat dont a été démontrée l'illégitimité à justifier une protection restreinte du migrant.

- Pour sortir de cercle vicieux, il faut abandonner une lecture obsolète du concept de souveraineté qui l'érige en censeur du contrôle des droits de l'homme. La souveraineté et la protection des droits de l'homme des migrants ne sont pas antagonistes. Les droits de l'homme sont un principe auquel il peut, dans certaines circonstances, être dérogé. Renverser le raisonnement dénoncé n'aboutit pas à soutenir que les droits de l'homme sont absolus, mais bien à ne plus présumer la légitimité des limites à ceux-ci. La séquence du raisonnement est importante, pas uniquement sur le plan sémantique, mais aussi en ce qu'elle a des incidences sur le fond. L'inversion du raisonnement permet de sortir le migrant de son "exil" juridique au travers une lecture non discriminatoire de ses droits. L'on passe ainsi de la protection du migrant aux droits de la personne migrante, fût-elle migrante.