

La libre circulation : un droit, Analyse des textes de loi du Droit international

Janvier 2002

L'État de Droit est sans cesse invoqué lorsqu'il s'agit de justifier les expulsions forcées ou le principe de la fermeture des frontières. Mais à quel droit fait-on allusion ? N'existe-t-il pas dans le Droit existant, en particulier dans le droit international, des normes distinctes de celles de notre législation sur le séjour des étrangers (et primant sur celles-ci), qui seraient protectrices des droits des étrangers ? C'est à cette question que répond la juriste Monique Chemillier-Gendreau - par l'affirmative

La liberté de circulation, un principe international de formulation incertaine.

Le droit de circuler d'un État à un autre occupe une place centrale parmi les droits fondamentaux. En effet, il est le droit résiduel, le droit « *de rattrapage* » des droits de l'homme, celui qui permet le salut par le départ lorsque tous les autres droits sont violés. Or dans l'histoire du droit international, [?] les circonstances politiques ou économiques ont décidé de la plus ou moins grande permissivité dans ce domaine sans que soit jamais affirmé expressément un droit général au bénéfice de tous.

Les puissances occidentales s'octroyèrent sans vergogne le droit de conquête (libre circulation à leur profit) et le droit de colonisation (libre établissement pour leurs colons).

[...] Les ébranlements planétaires provoqués par les deux guerres mondiales, notamment la dernière, ouvrirent une ère différente. La conquête était prohibée par la Charte des Nations unies. Là en était même la disposition majeure. Quant à la colonisation, elle bénéficiait en 1945 d'un régime juridique confus dans la mesure où elle n'était pas bannie mais seulement encadrée. Toutefois, le principe affirmé du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes devait, en portant ses fruits, servir de base à la progressive condamnation du colonialisme devenue effective à partir de 1960. [1]

Paradoxalement, cela n'ouvrait pas d'espace juridique pour la proclamation générale d'un principe de liberté de circulation et d'établissement entre populations d'États différents. Les jeunes pays indépendants du tiers monde ne s'étaient-ils pas émancipés en se fondant sur le postulat du chacun chez soi ? Bien sûr, le contexte des mouvements de libération nationale était particulier, et une fois refermée cette période exceptionnelle de leur histoire, la plupart des sociétés décolonisées retrouvèrent leurs cultures d'accueil et d'hospitalité plus ouvertes que celles de l'Occident développé. Toutefois, le droit de dire « *n'entrez pas* » était l'apanage des nouvelles souverainetés qui n'avaient pu s'affirmer qu'en chassant l'intrus. Elles n'allaient pas y renoncer en se liant par un principe général de liberté d'accès.

Parallèlement toutefois, s'ouvrait dès les premiers travaux des Nations unies, le long chemin de la construction d'un ensemble juridique qui serait commun à tous les peuples de la terre sous le nom de droits de l'homme. Dès les premières discussions, il fut manifeste qu'on ne pouvait éviter de s'interroger sur la liberté d'aller et de venir entre États et de la reconnaître dans certaines circonstances. Toutefois, cinquante ans de débats et d'efforts de formulation n'ont produit qu'un ensemble disparate de dispositions ou de commentaires sous l'avalanche desquels le principe central disparaît. Le droit pour l'État d'y apporter des restrictions sous certaines conditions a occupé indûment la place de dispositif principal.

Une exception devenue une règle

Le Pacte concernant les droits civils et politiques stipule à son article 9 : « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne ? Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.* » A la lumière des termes de cette disposition, un renversement de perspectives s'est opéré subrepticement. Cet article décline d'abord le principe, la liberté de l'être humain valable pour tous. Il énonce ensuite que des restrictions sont possibles. Mais la structure grammaticale par le choix des expressions « *nul ne peut* » et « *si ce n'est* » indique le statut d'exception.

Ce statut a pour conséquences que les restrictions doivent être formulées en droit et motivées ; elles sont de surcroît d'interprétation stricte. Cet article général ne concerne pas explicitement la liberté

de circulation et d'établissement entre États, mais rien ne permet d'en restreindre le champ de manière à exclure cette liberté spécifique de la liberté générale ainsi visée.

Or la pensée a été déviée de manière à imposer l'idée que le droit pour l'État de contrôler les mouvements de personnes à l'entrée de son territoire était la règle. Dans ce cas, l'ouverture à certaines catégories et en certaines circonstances est ramenée au statut d'exception. Elle apparaît indûment comme un effet de la générosité des autorités publiques. Les articles 12 et 13 complètent le dispositif sans remettre en cause ce qui vient d'être dit. Article 12 : « *1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte. 4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays.* ». Cette mise en perspective des libertés affirmées et des restrictions autorisées est confirmée par les dispositions de l'article 13 : « *Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin.* »

Chacun est ainsi libre de quitter son pays et cela indépendamment de l'hypothèse de persécution qui fonde le droit d'asile. Il s'agit là d'une liberté pure : elle n'est conditionnée par aucune nécessité. Toutefois, elle n'a de sens que si se trouve garanti aussi son complément, la liberté d'entrer dans un autre pays. En vertu du même principe, l'individu est libre de revenir dans son pays s'il le désire. À l'intérieur du territoire de l'État, c'est encore la liberté qui prévaut dans le choix du lieu de résidence.

Quelle marge de manoeuvre pour les législations nationales ?

Dans ces articles, l'État souverain est assigné à sa place d'autorité de réglementation. Le mot **légalement** au sein de l'expression « *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État* », consacre le rôle de ce dernier dans le domaine de l'immigration. Cette expression n'ouvre pas pour autant la voie à l'arbitraire. Elle en réfère à la loi du lieu, celle de l'État d'accueil, mais en relation avec les possibilités limitées laissées au législateur par le paragraphe 3 de l'article 12. Il se confirme ainsi que la liberté internationale d'aller et de venir est un droit fondamental non soumis au pur bon vouloir de la puissance publique nationale. « *Il ne suffit pas pour l'État concerné d'adopter une loi pour rendre légale la restriction imposée à un droit. Les mots "prévus par la loi" sont plutôt une limitation apportée à la restriction [2]* ».

Il est regrettable que le doute sur la force de cette liberté soit entretenu par l'absence d'une disposition explicite. Mais « le droit à la libre circulation est reconnu de plus en plus comme un droit élémentaire et non comme un privilège [3] » en raison d'autres textes qui sont constitutifs d'une coutume internationale en ce sens.

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, antérieure aux Pactes analysés ici, est une pièce essentielle de la formation du droit coutumier. Elle proclame (article 3) : « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* ». Mais pas plus que les Pactes, elle ne déploie explicitement la notion de liberté dans toutes ses conséquences quant au droit de circuler. Il est ainsi précisé (alinéa 1 de l'article 13) : « *Toute personne a le droit de circuler et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État* ». Et l'article 14 ajoute : « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* ». Est-ce suffisant pour

considérer que la libre circulation des hommes d'un pays à l'autre fait partie des droits fondamentaux ?

La Déclaration ne va pas jusqu'à assimiler totalement l'étranger et le national du point de vue des droits dont ils peuvent jouir. La Commission des Droits de l'homme des Nations unies, lors de sa deuxième session avait débattu du projet préparé sous l'égide du secrétariat. Il y avait été question de l'absence complète d'entraves à la liberté de circulation. Alors avait été soulignée l'incohérence qu'il y a à reconnaître le droit à l'émigration si ne sont pas accordées parallèlement des facilités pour l'immigration et le transit dans et à travers d'autres pays. Madame Roosevelt, représentant les États-Unis, avait déclaré que rien dans cet article ne se rapportait au droit à l'immigration qui restait soumis à la législation nationale de chaque État. Sauf à faire dire au texte et à ses auteurs plus qu'ils ne l'ont fait réellement, on doit admettre que selon la Déclaration, l'étranger une fois admis sur un territoire y dispose des mêmes droits que le national en matière de circulation et de résidence, que toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien. Mais un droit strict à l'immigration n'a pas été formulé comme tel, même si l'on trouve trace dans les travaux préparatoires de l'idée que les Nations unies auraient à coopérer pour accorder les facilités nécessaires à la réalisation du droit de quitter son pays [4].

Réflexe d'auto-protection

Comme dans les Pactes, les droits formulés ne sont soumis à d'autres limitations que celles résultant du respect des droits et libertés d'autrui et de la satisfaction de justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique (article 29). Ainsi, bien que les États aient été moins vigilants à l'occasion de la rédaction de ce texte (dont le statut est au mieux celui d'une recommandation de l'Assemblée générale des Nations unies) qu'ils ne le sont lorsqu'il s'agit d'une convention à portée strictement obligatoire, leur réflexe d'auto-protection a conduit à préserver la part de leur souveraineté de telle sorte que libre immigration et libre établissement ne font pas l'objet d'un énoncé explicite.

[...] Ainsi, d'une part la liberté de circulation existe bien comme droit, même si chaque État peut encadrer cette liberté à certaines conditions, d'autre part l'existence de cette liberté résulte d'une opération de déduction à partir de formulations plus générales. Cette incertitude relative est levée dans des cas particuliers.

(La liberté internationale de circuler d'un État à un autre est reconnue à certains à travers des situations disparates : bénéficiaires du droit d'asile, avec toutes les restrictions à ce droit qui découlent du fait qu'il n'y a pas en vis-à-vis d'obligation contrôlée internationalement à la charge de l'État ; personnes pouvant invoquer, pour rejoindre un autre pays que le leur, le respect de leur vie privée, lequel comporte le droit de vivre avec ses proches ; enfin personnes qui au nom de la libéralisation des services, devenue un des principes de l'Organisation mondiale du commerce, se déplacent pour accompagner les activités ainsi « libéralisées ». Il s'agit dans ce cas de personnes qualifiées).

Le principe d'égalité, outil de renforcement de la liberté de circulation .

Le principe d'égalité est un levier puissant pour actionner toutes les résistances à l'universalité des droits de l'homme. Tel un ferment vital, il réactive les zones d'échec des libertés fondamentales. Prenant appui sur les situations privilégiées, il permet de rappeler qu'aucun avantage n'est accordé au nom d'une distinction « naturelle ». Il déploie son efficacité juridique à

travers le principe de non-discrimination.

Affirmé en France en 1789 sous la formule : « *Tous les hommes naissent libres et égaux en droits* », il gouverne aujourd'hui la conduite de tous les États par sa réaffirmation dans la Déclaration universelle de 1948 : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* » où il s'est enrichi de la notion de dignité. Il fait partie des normes supérieures, dites de droit impératif général (*jus cogens*) auxquelles il n'est pas possible de déroger même par traités. Il est en France de droit positif en vertu du préambule de la Constitution de 1958 qui s'y réfère.

[...] Dans les situations humaines et sociales relevant du fait que, sur un même territoire étatique, cohabitent des nationaux et des étrangers, le principe d'égalité intervient à travers deux questions : en quoi ce principe influe-t-il sur les décisions prises par un État relativement à l'accès des étrangers à son territoire ? Dès lors qu'ils sont présents dans un pays, quelles conséquences l'égalité a-t-elle sur les droits qu'on leur applique ?

L'égalité n'a pas pour effet une uniformisation générale de toutes les situations. Les revendications du droit à la différence auraient vite fait de réapparaître. Plus particulièrement, elle ne saurait effacer la distinction entre un national et un étranger, de même qu'elle ne peut empêcher un État qui tient cette possibilité de sa souveraineté, de réglementer l'entrée et ensuite le séjour des personnes qui ne sont pas ses ressortissants, mais demandent à vivre sur son territoire. Mais, à l'instar des autres droits et libertés, le principe d'égalité est une règle générale, et les limitations qui lui sont apportées par telle ou telle réglementation spécifique sont dans la position étroite de toute restriction. Cela implique qu'elles soient justifiées.

Cette nécessité a été évoquée plus haut à propos de la liberté en général. Nous la retrouvons à cette étape du raisonnement qui nécessite alors d'être mené en deux temps : a) les libertés (dont la liberté internationale de circuler) peuvent être limitées si l'État a des raisons valables de le faire. Toute restriction devant être compatible avec les autres droits reconnus dans le Pacte, la compatibilité avec le principe d'égalité est exigée ; b) ce principe lui-même (l'égalité) ne peut subir d'atteinte que pour des raisons justifiées.

Cela double l'exigence de vérification qui s'exerce sur le pouvoir de l'État. En application du droit international, il lui est possible, pour des motifs précis, d'interdire l'accès du territoire à telle catégorie de personnes et non à telle autre, mais il faut avancer pour cela des motifs vérifiables.

Le droit de circuler pour les nantis

Le projet de loi du gouvernement de Lionel Jospin s'engage dans cette voie. Il propose une large ouverture pour les intellectuels, chercheurs, entrepreneurs et une quasi-fermeture pour les personnes n'entrant pas dans cette catégorie. Étrange politique « *de classe* » pratiquée par un gouvernement de gauche qui reconnaît aux seuls nantis le droit de passer les frontières. Rompant de la sorte avec l'égalité, le gouvernement méconnaît l'obligation de dire quels dangers il prétend par là épargner à ses nationaux : l'intérêt national est dans ce cas un prétexte trop sommaire. Toute discrimination proposée restreint les libertés de certains (il faut s'en justifier), mais ce faisant viole le principe d'égalité (il faut encore s'en justifier). Parce qu'il y a double violation des droits fondamentaux, des explications substantielles doivent être données. Une allusion approximative au chômage supposant grossièrement que tous les emplois sont substituables, ne fait pas l'affaire. Les droits universels de l'être humain méritent mieux que cela. Les justifications doivent être puisées dans les nécessités d'une société démocratique ainsi que la Commission nationale consultative des droits de l'homme l'a opportunément souligné. Il n'y a pas ou plus de droit régalién de l'État qui ne soit limité par ces nécessités [5].

[...] On voit de la sorte comment le principe d'égalité oblige à une révision de l'équilibre entre les libertés individuelles d'une part et les droits souverains de l'État de l'autre. Ce faisant, il permet de repousser l'exercice des droits de l'État à leur place d'exception et il dégage alors la règle (les

libertés) de l'embuscade où elle semblait tombée. L'égalité reconnue par le droit international [...] remet en question les législations autorisant des discriminations dans les conditions de séjour faites aux étrangers. Pas plus que précédemment, on ne dira ici que toutes les situations sont identiques. Celles des étrangers sont souvent considérablement éloignées de celles que connaissent les Français. Mais le principe d'égalité renforce le contrôle du champ étroit des dérogations et ajoute un supplément de rigueur à l'exigence de justifications.

Il y a loin cependant, là encore, du principe à son application en ce qui concerne la condition des étrangers par rapport à celle des nationaux.

La plus scandaleuse rupture de cette égalité est celle contenue dans la loi de finances du 26 décembre 1959. Il y fut décidé que les pensions et retraites des anciens combattants « *des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté* » leur seraient à compter de cette date, versées sans indexation sur le coût de la vie. Là où un ancien combattant français touche 4 018 francs, son compagnon d'armes guinéen, à égalité de services rendus, en reçoit royalement 673.

Le 3 avril 1989, le Comité des droits de l'homme des Nations unies, a vu à juste titre dans cette situation une grave méconnaissance du principe d'égalité consacré par les Pactes internationaux. Mais le gouvernement français n'en a cure. Ses tribunaux l'ont soutenu jusqu'ici et il n'y a pas de juridiction internationale que l'on puisse saisir pour le condamner à ce titre [6].

Restrictions françaises

Le champ politique est le plus propice aux restrictions du principe d'égalité. L'accès à certains droits politiques comme celui de prendre part aux élections, reste à la discrétion de chaque État qui autorise ou n'autorise pas cet accès aux étrangers ou à certaines catégories d'entre eux. Il n'est pas interdit non plus aux États d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers.

Dans le domaine des droits économiques et sociaux, le Pacte international qui en traite est encore de portée restreinte pour ce qui est des étrangers. Aussi, le gouvernement français, en y adhérant, a-t-il spécifié que les clauses relatives au droit au travail, à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant et à l'éducation, ne devaient pas être interprétées comme faisant obstacle à des dispositions réglementant l'accès des étrangers au travail ou fixant des conditions de résidence pour l'attribution de certaines prestations sociales [7]. L'engagement de la France sur le principe d'égalité se trouve de la sorte singulièrement limité.

[...] Par delà toutes ces considérations, la liaison capitale entre la liberté de circulation et d'établissement et la liberté de rester chez soi demeure au centre de ces débats. Il s'agit des deux volets d'une seule et même liberté. Guerres, massacres, persécutions, famines, dégradation profonde du contexte économique ou des conditions écologiques, ont, dans bien des pays, laminé les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux. La liberté de rester chez soi s'étant évanouie, la liberté de circulation est sollicitée par les cohortes de réfugiés ou de migrants.

[...] Le droit international ne peut esquiver cette situation dans laquelle ni l'une ni l'autre des deux alternatives de la liberté de survivre ne sont réalisables pour un nombre grandissant de personnes.

En dépit de toutes les retenues, le paysage des droits garantis internationalement reste dominé par les acquis des grandes conventions et déclarations sur les droits de l'homme dans lesquelles le respect du principe d'égalité entre tous les humains et de la liberté d'aller et de venir s'impose aux États dont la souveraineté ne peut être utilisée pour les entraver. Sans doute faut-il beaucoup de ténacité pour persister à affirmer cette exigence, tant elle est occultée. Elle seule cependant nourrit le contenu des *nécessités démocratiques*. Les personnes dont les droits sont menacés, principalement les étrangers, n'ont que ce fragile rempart dans une société mondialisée où la police sur les corps est dangereusement mise au service des besoins du marché.

Monique Chemillier-Gendreau

Monique Chemillier-Gendreau est professeure de droit international à l'Université Paris 7 Denis Diderot, Présidente de l'Association européenne des juristes pour la démocratie et les droits de l'homme dans le monde.

Cet article est paru dans la revue *Plein droit* (n°36-37), sous le titre : « la virtualité de la libre circulation », ainsi que dans le livre de M. Chemillier-Gendreau, *L'injustifiable. Les politiques françaises d'immigration*, Bayard éditions, janvier 1998.

N otes

[1] « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux », Assemblée générale des Nations unies, Résolution 1514 du 14 décembre 1960.

[2] « La liberté de circulation des personnes en droit international », sous la direction de Maurice Flory et Rosalyn Higgins, *Economica*, Paris, 1988, page 9. »

[3] Rosalyn Higgins, *Op. Cit.*, page 7.

[4] Voir Albert Verdoodt. « *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme* », E. Warny, Bruxelles, 1964, page 149.

[5] Note d'orientation du 3 juillet 1997, page 26.

[6] Voir sur ce point, Amiral (c.r.) Antoine Sanguinetti. « *Démocratie, sécurité et développement en Afrique : le rôle de l'armée française* », Assises de l'immigration, *Migrations Société*, n° 50-51, mars-juin 1997, pages 87 sq.

[7] Voir Danièle Lochak, « *Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ?* », *Droit Social*, janvier 1990, et « *Emploi et protection sociale, les inégalités du droit* », *Hommes et migrations*, avril 1995.