



**OFFICE OF THE COMMISSIONER
FOR HUMAN RIGHTS**

**BUREAU DU COMMISSAIRE
AUX DROITS DE L'HOMME**



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

CommDH(2003)8rev.
Version bilingue

HUMAN RIGHTS AND IMMIGRATION

**Collection of contributions to the work
of the Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil-Robles**

DROITS DE L'HOMME ET IMMIGRATION

**Recueil de contributions aux travaux
du Commissaire aux Droits de l'Homme, Alvaro Gil-Robles**

TABLE OF CONTENTS / SOMMAIRE

	<u>page</u>
IMMIGRATION ET DROITS DE L'HOMME par Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe	5
I. THE ROLE OF THE COUNCIL OF EUROPE by Maud de Boer-Buquicchio, Deputy Secretary General of the Council of Europe	11
II. ASILE ET DROITS DE L'HOMME DANS L'UNION EUROPEENNE : L'EUROPE EN PROIE A LA SCHIZOPHRENIE NORMATIVE ? par Daphné Bouteillet-Paquet	15
III. SANCTIONS AND REGULATION OF MIGRATION FLOWS by Nuala Mole	33
IV. TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS – VIOLATION OF HUMAN RIGHTS by Igor-Davor Gaon, Permanent Representative of Bosnia and Herzegovina to the Council of Europe	45
V. QUELQUES CONSIDERATION SUR LE TRAITEMENT AUTOMATISE DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL DANS LE CADRE DES ACCORDS DE SCHENGEN par Philip GAFFET, Avocat	83
VI. FROM IMMIGRATION TO INTEGRATION : CLOSED CHANNELS AND OPEN QUESTIONS by Jan Jařab, Commissioner for Human Rights of the Czech Republic	95
APPENDIX I / ANNEXE I Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member state and the enforcement of expulsion orders <i>Recommandation du Commissaire aux Droits de l'Homme relative aux droits des</i> <i>étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de</i> <i>l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion</i>	103
APPENDIX II / ANNEXE II Opinion 1/2002 of the Commissioner for Human Rights, Mr Alvaro Gil-Robles, on certain aspects of the United Kingdom 20012 derogation from article 5, par. 1 of the European convention on human rights <i>Avis 1/2002 du Commissaire aux Droits de l'Homme, M. Alvaro Gil-Robles, sur</i> <i>certain aspects de la dérogation à l'article 5, par. 1 de la Convention européenne</i> <i>des droits de l'homme, adoptée par le Royaume-Uni en 2001</i>	119
APPENDIX III / ANNEXE III Opinion of the Commissioner for Human Rights, Mr Alvaro Gil-Robles, on certain aspects of the proposal by the Government of Finland for a new Aliens Act <i>Avis du Commissaire aux Droits de l'Homme, M. Alvaro Gil-Robles, sur certains</i> <i>aspects du projet de loi sur les étrangers du gouvernement finlandais</i>	127
	137

IMMIGRATION ET DROITS DE L'HOMME

**par Alvaro Gil-Robles,
Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe**

Le mandat du Commissaire aux Droits de l'Homme oblige ce dernier à veiller au respect effectif des droits fondamentaux et à leur promotion dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Par nature donc, le Commissaire est appelé à aborder la « pathologie » des droits de l'homme et devient ainsi le témoin des dysfonctionnements et des déficits de leur protection en Europe. Il n'y a rien de surprenant dès lors à ce que le Commissaire aux Droits de l'Homme soit confronté, au gré de ses déplacements et de ses enquêtes, à des problèmes touchant les garanties des droits fondamentaux des citoyens européens et d'autres étrangers qui relèvent de la juridiction des Etats européens. Ce qui est remarquable en revanche, c'est la quantité de questions de droits de l'homme soulevée aujourd'hui par ce que je préfère appeler *phénomène migratoire* - plutôt que *problème de l'immigration* - questions nombreuses soulevées aussi bien par des particuliers ou des organisations non gouvernementales que par des autorités nationales et même internationales.

Comment accueillir les étrangers qui arrivent à la frontière terrestre, maritime ou aérienne des Etats européens, quels droits leur accorder, quelle procédure suivre et quelles garanties appliquer, comment gérer le flux d'informations d'un pays à l'autre, comment organiser la coopération avec les pays d'origine, comment combattre la criminalité liée à l'immigration, voici quelques questions parmi d'autres nécessitant une réponse urgente, réponse conforme aux valeurs et principes que nous nous imposons. Et ce ne sont pas là les seules questions : d'autres liées aux droits des migrants présents sur le territoire européen sont sans cesse posées : quel statut leur accorder, comment garantir le respect à leur vie familiale, quels droits sociaux et culturels octroyer, comment combattre la xénophobie, les réseaux d'exploitation du travail au noir et du trafic d'êtres humains ?

Dès le début de mon mandat, j'ai concentré mon attention sur ce phénomène transversal, qui affecte, à des degrés divers, tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, en tant qu'Etats d'origine, de transit ou de destination ou à plusieurs de ces titres à la fois, en rédigeant une « *Recommandation relative aux droits des étrangers qui souhaitent entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion* », y soulignant entre autres l'importance de faciliter les retours volontaires et appelant à la cessation de certaines pratiques contestables.

Le rôle du Commissaire n'est certes pas d'élaborer des politiques dans le domaine de l'immigration, de l'asile ou de l'intégration. Il doit seulement - on l'a dit - veiller au respect effectif des droits fondamentaux et à leur promotion, ces droits de l'homme n'étant d'ailleurs pas réservés aux seuls citoyens des Etats membres, revenant également à toutes autres personnes présentes sur nos territoires. Le Commissaire peut par contre être consulté sur la conformité des politiques envisagées avec les droits fondamentaux, l'Etat de droit et la démocratie. Il doit également signaler les problèmes et proposer des solutions pour y remédier le cas échéant.

Ce qui frappe d'emblée c'est le manque de politique commune en matière d'immigration et d'asile en Europe, région cible par excellence pour le candidat à l'immigration, ce pour des raisons inutiles de détailler ici. Certes, des efforts sont entrepris au niveau de l'Union européenne en ce sens mais on ne peut s'empêcher de constater qu'il s'agit plutôt de réactions au coup par coup, d'actions sporadiques et souvent lacunaires, destinées à remédier à des situations déjà problématiques et parfois incontrôlables. Au Conseil de l'Europe, des initiatives et réflexions sont en cours, que ce soit au niveau de l'Assemblée parlementaire, du Comité ad hoc pour les apatrides et les réfugiés (CAHAR), du Comité européen sur les migrations et, en 2002, la troisième Conférence des ministres européens responsables des questions de migration a adopté des conclusions prometteuses.

CommDH(2003)8rev.

Pour ma part, je me contenterai de quelques remarques :

En premier lieu, il semble nécessaire d'adopter au niveau européen une politique générale de gestion des flux migratoires qui dépasse le clivage artificiel entre « l'Europe forteresse » et « l'Europe passoire » et tient compte des intérêts et des réalités des pays d'accueil, des pays de transit et des pays d'origine.

Ensuite, cette politique doit se fonder sur les valeurs qui sont à la base de la construction européenne et - pour l'essentiel - compatible avec la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), laquelle constitue toujours le texte fondamental de l'ordre constitutionnel européen.

Enfin, cette politique doit adopter une dimension dynamique et associer également les Etats de la périphérie de l'Europe. L'espace du phénomène migratoire vers l'Europe dépasse largement les limites continentales - même celles des 46 Etats du Conseil de l'Europe - et la gestion du phénomène exige une action adaptée à cette réalité.

L'adoption d'une telle politique n'est pas seulement souhaitable. Il s'agit là d'une nécessité politique et sociale et au niveau juridique d'une obligation. Car, aussi longtemps qu'une telle politique fait défaut, les droits fondamentaux des migrants continueront à être ignorés, en violation de nos principes et de l'idée que nous nous faisons de l'Europe et de son avenir.

Ce premier constat vaut pour les deux catégories de personnes qu'il faudra considérer: les arrivants et les arrivés. Il s'agit en effet dans tous les cas d'êtres humains qui soit arrivent à nos frontières (ce sont les migrants, volontaires ou forcés, les réfugiés ou les demandeurs d'asile), soit sont déjà là (ce sont les travailleurs migrants, légaux ou irréguliers, les déboutés du droit d'asile, les personnes déplacées en raison des guerres ou d'autres catastrophes).

De qui parlons-nous en effet ? Au sens strict, le migrant est la personne qui se déplace dans le but de changer de façon un peu permanente de résidence. Mais plus encore, le migrant est, avant toute chose, une personne qui veut se sortir d'un mauvais pas, qui n'a pas d'espoir dans la société qui l'abrite, que ce soit en raison de mauvaises conditions sociales, économiques ou politiques. Un jour, cette personne désespérée décide de laisser sa terre, sa maison, sa famille, son passé pour partir vers un futur qu'il espère meilleur. Il faut se rendre à l'évidence : aujourd'hui, personne ne migre par plaisir.

Les arrivants

Ces personnes sont, selon le lieu de leur arrivée ou de leur interception par les services de surveillance des frontières ou de police, soumises à différentes réglementations ou pratiques. C'est avec regret qu'on se doit de constater que parfois certaines pratiques ne semblent pas garantir le respect des dispositions de la CEDH. Tel est notamment le cas lorsque, par des fictions juridiques, les personnes interceptées sont considérées comme n'ayant pas pénétré le territoire de l'Etat en question et sont ainsi privées des garanties procédurales minimales qu'imposent d'ordinaire le droit national et les conventions internationales. Cette fiction de « trou noir » juridique a des effets néfastes. Non seulement les individus en question sont privés de leurs droits les plus élémentaires mais ils sont également laissés en proie à des réseaux criminels de trafic des êtres humains.

L'absence de stratégie de gestion des flux migratoires a d'ailleurs eu un effet pervers : la demande d'asile constitue aujourd'hui l'une des principales modalités d'introduction en Europe et les administrations chargées de l'accueil des demandeurs d'asile se trouvent submergées de demandes dont l'examen se prolonge pendant des mois avec comme conséquence la précarité extrême des demandeurs d'asile et la création de situations de fait. Le souci légitime de faire face à ces situations et de ne pas entériner les situations acquises s'est manifesté le plus souvent par des politiques visant à décourager les demandes d'asile. Ainsi, l'on assiste à l'introduction de critères sévères pour la recevabilité des demandes et à des conditions d'accueil de plus en plus restrictives, allant de la suppression de toute aide

sociale à l'arrestation et la détention des demandeurs d'asile. Pour nombre de gouvernements, il s'agit en effet de ne pas donner l'impression de perdre le contrôle des frontières, de ne plus pouvoir décider qui est autorisé à entrer, à s'installer ou à travailler sur leur territoire. Voilà des domaines qui relèvent de la souveraineté nationale. Difficile dès lors pour nos Etats de déléguer la gestion de ces domaines à des organes intergouvernementaux. Difficile aussi d'avoir une politique plus ouverte face aux migrants, ce qui risque d'être perçu comme un appel. La tendance générale est donc à la surenchère des restrictions, au renforcement des dispositifs internes de contrôle plutôt qu'à l'examen des causes profondes du phénomène. On se soucie moins d'établir des conditions d'accueil de l'étranger respectueuses de nos valeurs que de déterminer des mesures permettant d'en repousser le plus grand nombre. Cette différence rythmique entre progression des flux et restriction des droits pèse lourd en termes de souffrances humaines.

Depuis quelque temps je ne cesse de rencontrer dans plusieurs pays membres des étrangers détenus pour avoir pénétré ou pour s'être maintenus sur le territoire d'un Etat sans autorisation. Dans la quasi-totalité des situations, ces étrangers sont supposés contrevenir à des règlements administratifs. Certes, la loi pénale de plusieurs pays prescrit l'accès irrégulier des étrangers au territoire mais cela n'en fait pas pour autant des criminels, au sens ordinaire de ce terme, encore moins des terroristes potentiels. Hélas, des réalités bien différentes existent où, par exemple, les demandeurs d'asile sont emprisonnés dans les mêmes lieux que les détenus de droit commun et on constate avec inquiétude une tendance accrue à pratiquer la rétention systématique des demandeurs d'asile dans le seul but de faciliter leur expulsion en cas de rejet de leur demande. Cette approche alimente d'ailleurs d'autres fantasmes exploités par certains groupes populistes ou xénophobes liés à la perception de l'immigration comme une menace pour la sécurité publique, la santé publique, l'emploi, voire la culture ou la religion.

Nous en sommes ainsi arrivés au point de mettre en place un régime de « refus » de l'immigration qui s'analyse dans la pratique en une politique de restriction de l'octroi du statut de réfugié. Ici encore, si la rigueur dans l'examen des demandes d'asile est souhaitable, on ne peut que regretter le développement de concepts nouveaux susceptibles d'affaiblir la protection exigée par la Convention de Genève – voire même de la rendre illusoire – alors même que le principe de non-refoulement, l'interdiction de la torture, les garanties essentielles du droit à un procès équitable constituent des principes incontournables de nos sociétés démocratiques.

Ce régime de refus ne mène d'ailleurs à rien. L'immigration est un fait alors que l'immigration zéro constitue au contraire une vue de l'esprit. L'augmentation des flux d'immigration est inévitable, sous la pression d'éléments générateurs de migrations bien connus tels qu'instabilité politique, conflits, écarts entre les systèmes de protection sociale. Même au prix d'une politique très volontaire et musclée de contrôle aux frontières et d'éloignement du territoire des contrevenants, il y aura toujours des immigrés. De façon très regrettable on est même amené à percevoir un lien direct entre augmentation des restrictions et accroissement du trafic d'êtres humains, le choix des personnes étant d'entrer coûte que coûte, au risque de leurs vies comme l'actualité nous l'a démontré tristement à de trop nombreuses occasions. L'impression prévaut d'un déséquilibre entre l'énergie mise à s'en prendre aux migrants et celle consacrée au combat contre les réseaux criminels qui ont fait du trafic des personnes une source de revenus considérable. Ces réseaux profitent d'ailleurs de ces disparités de méthodes et de moyens pour le contrôle des frontières, s'engouffrent dans toutes les failles administratives ou encore corrompent.

Il est impératif dès lors de prévoir des mécanismes de gestion, ce à quoi s'attelle entre autres le Comité européen sur les migrations, auteur d'une récente stratégie de gestion des flux migratoires intéressante à plus d'un titre.

Il est également nécessaire de développer une politique d'assistance des pays sources devant comprendre, en plus de l'aide économique, un aspect essentiel de stabilisation démocratique. Dans ce domaine, le Conseil de l'Europe jouit d'une expertise sans équivalent et devrait par conséquent avoir un rôle moteur. Il ne peut y avoir de développement véritable sans un Etat de droit garant de l'égalité des chances et du traitement équitable de l'ensemble de la population ni sans société civile associée à la mise en œuvre des projets de développement.

Les arrivés

Parmi eux, il faut distinguer deux catégories : les personnes en règle et les irréguliers. Il faut ici préciser que l'entrée illégale sur le territoire est le fait d'une minorité d'individus, la majorité étant effectivement entrée légalement avant de basculer dans l'irrégularité, soit que l'intéressé ne repart pas à l'expiration de la durée de séjour notifiée par le titre en sa possession, soit qu'il utilise un titre obtenu à d'autres fins, soit qu'il cherche à légaliser frauduleusement sa situation.

Ici encore, force est de constater un déficit de politique ciblée en vue de leur intégration. Généralement, ils appartiennent à cette catégorie sociétale dite des groupes vulnérables, par conséquent objet de potentielles discriminations, sujets de restrictions au plan des droits économiques et sociaux, culturels ou éducatifs, politiques ou religieux. Pour l'essentiel, les immigrés sont maintenus en lisière. Ils courent le risque d'être exploités par des réseaux criminels et sont, comme les arrivants, une cible privilégiée des groupuscules populistes et xénophobes.

Au rang des risques encourus par cette frange de la population, on peut craindre que ne s'aggrave un déficit juridique préjudiciable aux ressortissants des pays-tiers et l'inégalité de traitement par rapport aux nationaux et aux ressortissants de l'Union européenne. Deux exemples illustrent cette situation : d'une part, la réduction drastique des possibilités de regroupement familial ; d'autre part, la sophistication technologique des modes d'enregistrement, de conservation et de recoupement des données sur l'identité des migrants et aux possibles amalgames entre migrants, fraudeurs et criminels.

S'ils ne sont entravés, les irréguliers sont, la plupart du temps, ignorés. Ceci est bien sûr dommageable pour eux directement puisqu'ils ne jouissent d'aucun droit mais cela l'est aussi pour la société dans son ensemble dans la mesure où les migrants sont tenus en marge du système économique et social, pérennisant ainsi l'existence d'une économie grise.

Pour les immigrés légaux, des politiques d'intégration sont effectivement mises en place. Mais on peut encore se demander si ces politiques comportent la nécessaire réciprocité entre l'adhésion de l'immigré aux valeurs de la société d'accueil et l'adaptation de cette même société d'accueil aux immigrés, à leurs différences. Intégration ne signifie pas assimilation et il est indispensable de réduire les chocs culturels en développant des règles et des formes de communication et en instaurant un dialogue permanent entre communautés différentes sur le plan linguistique, culturel et religieux. Mais rien ne pourra se réaliser sans véritables perspectives d'égalité des chances, de promotion professionnelle, d'accès aux services sociaux et de santé, d'intégration socioculturelle et de participation civique. Les éléments principaux des politiques d'intégration sont la sécurité du séjour et ses droits inhérents, le cas échéant une procédure équitable de naturalisation et l'adoption de mesures légales ou autres pour lutter contre toutes formes de discrimination.

Le constat est hélas au repli des communautés sur elles-mêmes, en partie imputable au rejet des populations d'accueil, au chômage en hausse, à une sur-représentation en milieu carcéral, non pas en vertu d'une disposition criminogène particulière mais bien en raison d'un statut socio-économique peu enviable, à l'exclusion sociale et enfin à une hostilité grandissante de l'opinion publique à leur encontre, ce dont témoigne les succès récents engrangés par des forces politiques nationalistes, racistes et xénophobes. L'efficacité des initiatives des gouvernements visant à intégrer les immigrés, à valoriser aux yeux de leurs opinions publiques la contribution des étrangers dans les sociétés qui les accueillent se heurte à l'importance accordée au contrôle des entrées déjà évoqué. Il est en effet peu probable que des politiques fondées en grande partie sur le contrôle des entrées puissent convaincre les opinions publiques des aspects positifs de l'immigration et de la nécessité d'intégrer les nouveaux venus.

Enfin, il faut se souvenir que les mouvements migratoires incluent le retour volontaire des migrants dans leurs lieux d'origine. Dans ce contexte, il est toujours indispensable d'assurer un dialogue actif entre les pays d'origine et les pays d'accueil. Là encore, il faut garantir aux personnes un retour dans des conditions respectueuses de leur dignité et le fait qu'ils puissent jouir, à tous les instants de la procédure de retour, de leurs droits fondamentaux.

Notre monde change aujourd'hui rapidement et, très souvent, la loi et la politique ont du mal à s'y adapter. Les flux migratoires ne sont certes pas une nouveauté mais l'ampleur du phénomène, sa complexité géographique, les possibilités qu'offrent les moyens de transport et les opportunités que représente l'économie de marché - bref, la mondialisation - sont des éléments nouveaux.

Il faut espérer que dans un avenir aussi proche que possible une stratégie d'immigration en Europe compatible avec les valeurs fondamentales de la construction européenne verra le jour. Dans l'intervalle, il est cependant nécessaire de rappeler, tant aux autorités qu'aux migrants, quelles sont ces valeurs et quels sont les droits et obligations qui en découlent.

Pour ma part, je vois trois acteurs principaux en ce sens :

- D'abord, la société civile. Les organisations non gouvernementales sont celles qui sont plus proches du terrain, des problèmes des migrants et des sociétés d'accueil et sont à même de proposer des solutions adaptées et des stratégies réalistes ; le cas, échéant, elles peuvent prendre en main la défense des droits des migrants et mettre en place des structures d'intégration progressive.
- Ensuite, les avocats. Lorsque la législation, la réglementation ou la pratique nationales s'écartent des exigences du respect des droits de l'homme, c'est aux avocats de dénoncer la dérive. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, l'Europe s'est dotée d'un système de contrôle du respect des droits de l'homme fondé sur la CEDH ; la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne et d'autres instruments du Conseil de l'Europe comme la Charte sociale, la Convention cadre sur les droits des minorités, la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant et la Convention européenne de sécurité sociale complètent ce dispositif. Le système européen de protection des droits de l'homme a été conçu comme un mécanisme d'alerte en cas de dérive et il convient aujourd'hui, plus qu'à tout autre moment, d'en faire usage notamment en ce qui concerne les droits des étrangers et des immigrés.
- Enfin, les Ombudsmans et les institutions équivalentes. Par leur flexibilité, leur capacité d'agir d'office et de proposer des solutions aux problèmes pratiques et juridiques, les institutions d'Ombudsman ont un rôle primordial en la matière et il n'est pas surprenant que beaucoup d'entre elles se penchent depuis longtemps déjà sur les questions liées à l'immigration et aux droits de l'homme. La coopération entre ces institutions au niveau européen pourrait également être un outil de choix : le partage d'expériences, d'informations et de solutions entre Ombudsmans des pays d'accueil, de transit ou d'origine permettra de saisir les questions dans leur globalité et de donner des réponses appropriées.

En avril 2003, nous avons organisé, à Athènes, en coopération avec la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme et sous les auspices de la présidence grecque de l'Union européenne, une table de réflexion sur le thème « *Immigration et droits de l'homme* ». Les conclusions pourraient être résumées comme suit :

1. L'absence de véritable politique européenne de l'immigration se manifeste par une réglementation sporadique et lacunaire et par un arsenal de sanctions peu efficaces et souvent inéquitables et inadaptées à la situation ;
2. La politique à courte vue de la négation du phénomène migratoire a conduit à des nouvelles formes de criminalité et d'esclavage qui posent un véritable défi pour notre société ;
3. La xénophobie et l'intolérance ne sont pas des réactions à l'immigration mais aussi des réactions à l'idée de l'Europe pluriculturelle qui est en train de se créer. Le phénomène de l'immigration nous oblige à réfléchir sur le modèle de société démocratique auquel nous aspirons ;
4. Le Conseil de l'Europe, conscience des valeurs qui sous-tendent la construction européenne, est, à plus d'un titre, capable et compétent pour donner à ce défi les réponses qui conviennent.

CommDH(2003)8rev.

Les contributions qui suivent permettent d'approfondir ces réflexions.

Je tiens ici à remercier Madame Maud de Boer-Buquichio, Secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe, qui a accepté de livrer ci-après ses réflexions sur le rôle du Conseil de l'Europe en la matière.

Je suis également reconnaissant à Madame Bouteillet-Paquet, dont la contribution développe la question de la disparité des systèmes normatifs en vigueur en Europe, et à Madame Nuala Mole, avocate au Royaume Uni, qui s'est penchée sur la question de la régulation des flux migratoires par des sanctions. L'Ambassadeur Igor-Davor Gaon, Représentant permanent de la Bosnie-Herzégovine au Conseil de l'Europe, présente une analyse factuelle et détaillée de la problématique des réseaux de trafiquants, ce dont je lui suis reconnaissant. Monsieur Philippe Gaffet nous met en garde contre les dangers pour le respect de la vie privée des systèmes de collectes de données personnelles dans le cadre des accords de Schengen. Enfin Monsieur Jan Jarab, Commissaire aux Droits de l'Homme du Gouvernement de la République tchèque a bien voulu se pencher sur la question de l'intégration des migrants ; je le remercie pour ses réflexions.

Les migrations ont toujours joué un rôle important pour l'Europe et ses peuples de par leur impact indéniable sur l'économie, la démographie et le rapport à la vie culturelle et sociale. De plus en plus d'initiatives sont prises par les pouvoirs locaux, régionaux, nationaux, l'Union européenne, le Conseil de l'Europe et d'autres instances internationales pour comprendre le phénomène, comparer les politiques d'intégration des immigrants et d'acquisition de la nationalité mais aussi pour le juguler. Il est plus nécessaire que jamais d'intensifier la coopération politique sur les questions de migration au niveau paneuropéen ainsi qu'avec les pays non-européens intéressés et directement concernés. A ce titre, l'idée d'un Observatoire européen des migrations mérite notre attention.

J'ose espérer que cette modeste contribution donnera matière à réfléchir et peut-être à agir vite. Je voudrais tant ne plus rencontrer en prison un père de famille dans une aile, sa femme dans une autre, séparés et privés de leur enfant. Ce n'est pas cela l'Europe de leurs rêves, ce n'est pas cela notre fierté.

Lisbonne, le 1^{er} septembre 2003

Alvaro GIL- ROBLES
Commissaire aux Droits de l'Homme
du Conseil de l'Europe

I. THE ROLE OF THE COUNCIL OF EUROPE ¹
by Maud de Boer-Buquicchio,
Deputy Secretary General of the Council of Europe

The history (and pre-history) of humankind proves that migration is as natural to the human being as birth, reproduction or death. In this sense, we do not differ that much from most of the other animals.

Our species, what we call homo sapiens, likes nevertheless to distinguish itself from the rest as we are “*endowed with reason and conscience*”. Indeed, Article 1 of the UDHR states: “*All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood*”.

Why is it then that immigration can provoke such strong emotions, and often-irrational debate?

Europeans, like other peoples, we are almost all the descendants of migration; whether peaceful or by force. It is something that we find surprisingly easy to forget, particularly if we limit ourselves to looking at the numbers of foreign nationals. But even this is a salutary: the total stock of foreign populations living in European countries is about 22.22 million people, around 2.6% of the aggregate population.

The international legal order contains remarkable lacunae: the rights to freedom of movement and residence are well established and recognised. However, there is no corresponding general obligation on states to admit migrants. Migrants must rely on the demand of countries for foreign labour, privileged treatment for nationals of states linked by multi-lateral or bi-lateral agreements, family reunification or in particular cases, the humanitarian protection afforded to refugees.

What happens to those who cannot enter through these doors? They are probably forced into using other dangerous channels leading to misery, distress and sometimes much worse. Many are forced into irregular migration, become victims of smuggling rackets or trafficking.

In the Council of Europe we necessarily **stress the human rights approach to migration**. But it is worth bearing in mind the more utilitarian arguments. European societies are built on the contribution of migrants and they need them. However, demographic trends suggest that even a significant increase in immigration will not of itself be able to meet future labour market demands. Attention must be drawn to making more effective use of existing human resources through measures to combat discrimination and obstacles to labour market integration of migrants.

Immigration is a very sensitive political issue. It is also a very important issue of human rights. Respect for the individual, the right to migrate, the right not to be discriminated against, and the right to respect for one’s cultural identity, language and history.

¹ This speech was pronounced at the reflexion table “Human Rights and Immigration” organised by the Commissioner for Human Rights in cooperation with the Marangopoulos Foundation for Human Rights and under the auspices of the Greek Presidency of the European Union, Athens, 4th-5th April 2003.

CommDH(2003)8rev.

The Council of Europe devotes considerable efforts to promoting co-operation between the member States on issues of migration, integration, non-discrimination, equal opportunities and protection of minorities. Many different parts of the Organisation have specific responsibilities in this respect. In particular, we have actively encouraged our member States to improve the **protection of migrants and their families**. We have **an impressive set of legal instruments**:

- The European Social Charter (articles 18 and 19, + the Appendix);
- The European Convention of Human Rights (Protocol 4 – collective expulsions; Protocol 12 on non-discrimination –race and colour);
- European Convention on the Legal Status of Migrant Workers;
- European Convention on Social Security (equality of treatment, maintenance of acquired rights and rights in course of acquisition, and payment of benefits abroad);

The European Convention of the Legal Status of Migrant Workers (1977) is a particularly important instrument with the potential to be an effective tool to combat irregular migration as well as promoting the rights of migrants and their families. Through:

- the obligation to provide prospective migrants with information on the conditions in the country of destination (ensuring that they have a realistic appreciation of living conditions etc);
- the principle of equal treatment - no less favourable treatment - in terms of access to housing, conditions of work and use of employment services.

The potential offered by this Convention could be further exploited if it were to be ratified, in addition to the present eight contracting parties, by the other member States of the Council of Europe. The Consultative Committee could function as a proper monitoring body to ensure compliance with commitments undertaken. Building on the thus acquired “*acquis*”, a further reflection on how this treaty could also extend to migrants from the southern shores of the Mediterranean, would constitute a concrete contribution to the North/South dialogue.

We also have a specialist body of international experts – the European Committee on Migration. For many years, this committee has worked on developing integration policy and practice in favour of migrants.

Any reflection on the subject of immigration must by necessity encompass a reflection on issues of **racism and xenophobia**.

Firstly, there is a need to reflect on the **possible links between immigration policy and racism**. This includes the way in which immigration regulations and policy are formulated and implemented, and the way in which they are used, notably as a tool of political discourse. Special care should be taken when articulating and subsequently explaining to the public the philosophy behind immigration policies.

(In particular, the arguments used to justify the choice of policies should not convey the impression that immigration is something to be feared; that immigrants are inherently a danger, a threat to public order, economic stability and social peace. However, increasingly today, and perhaps even more so since the events of 11 September 2001, such arguments seem to hold sway in the public imagination, and it is the responsibility of political leaders to avoid the temptation to capitalise on such erroneous connections.)

Secondly, one must consider the **way in which immigrants are treated once they have entered and settled in a country**, in terms of policies and strategies aimed at combating racism and racial discrimination and at ensuring an integrated society, in which persons of immigrant background are given the opportunity to participate on an equal footing.

Thirdly, attention should be paid to the risk of violations of fundamental rights in the context of enforced removal procedures. The Council of Europe is currently considering drafting a code of good conduct for expulsion procedures to inspire national legislation and practice.

It is noteworthy that the **European Commission against Racism and Intolerance** (ECRI) of the Council of Europe has stressed in its work that the concept of racism includes today behaviours and attitudes targeting persons not only on the basis of their ethnic origin, but also on the basis of their nationality, language and religion.

In this context, it has not hesitated to deal with sometimes-sensitive issues relating to immigration policy and its implementation, as well as the general climate of opinion within European societies towards immigrants and persons of immigrant origin.

In September 2002, the **European Ministers responsible for migration affairs** of the Council of Europe member States met in Helsinki and discussed in detail the challenges facing our societies in connection with integration policies and the management of migration flows. They made a number of important undertakings. The Council of Europe has, since then, made migration one of its priority areas of concern. I would like to mention **two initiatives**:

The first one addresses the wish to pursue actively **the implementation of a comprehensive migration management strategy** that combines policies on both integration and migration flows. My colleague, Ms Battaini-Dragoni will certainly give further details on this issue.

I will just mention that only last month (21 March) the Greek authorities have written to the Secretary General, supporting this work and offering to host an Agency on Migration entrusted with the responsibility of implementing such a strategy.

The second initiative concerns the need to combat trafficking of human beings. The importance of this issue deserves a few minutes of our attention.

Trafficking in human beings has become a major problem in Europe. Every year, a large number of people, the majority of whom are women and children, are trafficked within and over borders and submitted to sexual or other exploitation. This phenomenon has now reached such an unprecedented level that it is possible to speak about a new form of slavery.

As a pan-European organisation, the Council of Europe regroups, among its 45 member States, countries of origin, transit and destination of the victims of trafficking. Trafficking constitutes a blatant and terrible violation of human rights in general and of women and children's human rights in particular. This question is of considerable importance for the organisation and a key issue on its agenda for the safeguard of human rights. Any measure to fight against trafficking should not adversely affect human rights and dignity of human beings, in particular the rights of the victims of trafficking.

The Council of Europe has made a major contribution in this field and the combat against violence and trafficking in human beings has been one of its priorities for over ten years now.

The first type of activities was awareness raising and action oriented. The awareness-raising actions made possible the setting-up of a legal framework to fight this phenomenon. So far, three recommendations have been adopted concerning trafficking for the purpose of sexual exploitation.

A number of activities aiming to put these recommendations into practice were also implemented. For instance, in order to support criminal law reform to combat and prevent trafficking in human beings, we launched in 2002 the "LARA PROJECT". The project's main aim is to achieve the reform of the relevant legislations in the field of trafficking in human beings in Southeastern European countries.

CommDH(2003)8rev.

During the 5th European Ministerial Conference on Equality between Women and Men (Skopje, 22-23 January 2003) the Ministers agreed that the activities undertaken by the Council of Europe to protect and promote the human rights of women should aim, among other things, to prevent and combat violence against women and trafficking in human beings.

The Council of Europe is now considering the negotiation of a **European Convention on the action against trafficking in human beings**. The idea is to adopt an international legal binding instrument which covers all aspects and all forms of trafficking as well as all persons victims of trafficking .

A European convention on action against trafficking in human beings would pursue the United Nations achievements in this field in a European context and be based on the definition agreed upon in the *Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children*, supplementing the *United Nations Convention against transnational organised crime*. As a complement to and development of the United Nations Protocol, which emphasises the crime prevention aspect of trafficking, a European Convention would clearly define trafficking as being first and foremost an issue of violation of human rights.

Therefore the added value would be, among other things:

- Recognising trafficking as a serious violation of human rights;
- Contributing to the harmonisation of legislation in this area throughout the European continent;
- Enhancing co-operation among European States against trafficking;
- Designing a comprehensive framework for victim and witness protection;
- Setting up an efficient monitoring mechanism: Experience has proved that, in areas where such independent monitoring systems exist (e.g. torture and minorities), they have high credibility with the States parties, and the constructive nature of such mechanisms is fully understood and recognised.

Rather than being wolves to our fellow citizens (*homo homini lupus*) by indulging in intolerance, discrimination, racism, xenophobia or trafficking, we should show that our species deserves the honourable double qualification of “*homo sapiens sapiens*”.

Let us prove to ourselves that wisdom, conscience and reason can prevail over basic instincts and irrationality.

II. ASILE ET DROITS DE L'HOMME DANS L'UNION EUROPÉENNE : L'EUROPE EN PROIE À LA SCHIZOPHRÉNIE NORMATIVE ? par Daphné Bouteillet-Paquet²

Introduction

Longtemps considérée comme une question purement technique traitée dans le cadre opaque de groupes de travail intergouvernementaux, la politique européenne d'asile et d'immigration fait aujourd'hui l'objet d'une attention politique et médiatique sans précédent. L'importance de ces questions s'impose à l'opinion publique comme une évidence de plus en plus palpable : du drame de Douvres où, en juin 2000, cinquante-huit Chinois ont trouvé la mort alors qu'ils tentaient de passer clandestinement la frontière britannique, à l'échouage spectaculaire sur les côtes italiennes de centaines d'Africains au début de l'été 2003, l'actualité nous rappelle quotidiennement que les logiques qui guident les déplacements de personnes ne peuvent être comprises ni traitées dans un cadre national. La diversité de ces flux nous enseigne également qu'il est de plus en plus difficile de distinguer clairement les motifs des déplacements forcés, les violations des droits fondamentaux côtoyant de plus en plus souvent des situations de chaos économique. L'épisode Sangatte constitue, à cet égard, un exemple éclairant de la complexité du phénomène migratoire du début du XXI^{ème} siècle.

Dans ce contexte, la « communautarisation » des politiques d'immigration et d'asile constitue un élément clé pour sortir des contradictions dues aux disparités nationales. Toutefois, le bilan de la première phase d'harmonisation qui s'achèvera en 2004 laisse relativement sceptique quant à l'orientation prise par l'Union européenne et ses Etats membres en matière d'asile et de protection des réfugiés. Fortement limité par le cadre institutionnel et matériel, le régime d'asile européen pâtit également d'un climat politique restrictif et d'une absence d'ambition dans les objectifs d'harmonisation (I). A cet égard, l'on note une tendance nette des Etats à vouloir vider les instruments communautaires de leur substance afin de leur permettre de conserver intacts leurs systèmes nationaux. Par ailleurs, la politique d'asile européenne semble être de plus en plus captive des discussions sur la lutte contre l'immigration irrégulière. La confusion entretenue entre demandeurs d'asile et clandestins permet aux Etats membres d'adopter un arsenal juridique qui déroge en bien des points à l'acquis juridique de la Convention de Genève et du Conseil de l'Europe. Bien que l'acquis communautaire soit officiellement tenu d'être compatible avec les normes internationales de protection des droits fondamentaux, les Etats membres semblent être atteints d'une véritable « schizophrénie normative » selon qu'ils négocient dans une enceinte ou une autre. Au-delà des querelles d'institutions, on tentera d'analyser ces contradictions à travers un exposé des négociations actuelles portant sur la définition de personne ayant besoin d'une protection internationale et les garanties procédurales attachées aux procédures d'octroi et de retrait du statut de réfugié (II).

I. L'émergence d'un régime d'asile européen dans un espace sans frontières intérieures : Un droit de l'homme appréhendé comme une matière connexe à la libre circulation des personnes

Le développement de compétences communautaires en matière d'asile est un phénomène très récent : en effet, initialement, le traité de Rome de 1957 ne prévoyait aucune compétence communautaire en matière de politique migratoire³. L'adoption de l'Acte Unique européen, en février 1986, opère un bouleversement considérable à cet égard car les Etats membres s'engagent à réaliser un marché intérieur défini comme un « espace sans frontières intérieures » dans lequel la libre circulation des personnes est assurée, indépendamment de leur nationalité ou de leur activité économique. L'abolition des contrôles

² Les vues exprimées par l'auteur ne reflètent pas nécessairement celles d'Amnesty International.

³ La notion de libre circulation des personnes était déjà inscrite à l'article 3 du traité de Rome mais elle était alors strictement limitée aux ressortissants communautaires exerçant une activité économique. Pour une vision d'ensemble, voyez LABAYLE, H., "La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : de Schengen à Amsterdam", *Les annonces de la Seine*, 30 juillet 1998, pp. 1-10;

CommDH(2003)8rev.

aux frontières intérieures impose aux Etats membres de définir des règles communes d'accès et de séjour dans la Communauté européenne : le dépôt d'une demande d'asile constituant un biais pour entrer sur ce territoire, les Etats membres ont dû intégrer leur politique nationale d'asile dans le cadre général d'un régime migratoire européen. Par conséquent, dès son origine, la politique d'asile européenne a été liée non pas à des considérations humanitaires, *mais bien à des impératifs de contrôle migratoire résultant de l'intégration communautaire*. Ce lien intrinsèque explique que le régime d'asile européen soit essentiellement appréhendé sur le plan technique comme une matière connexe à la libre circulation des personnes.

On rappellera pour mémoire que cette politique est exclusivement discutée au niveau intergouvernemental entre 1985 et 1997: d'abord dans le cadre du groupe de Schengen, puis dans le cadre du III^e pilier du traité de Maastricht⁴. En vertu de l'article K 1 du traité de Maastricht, la politique d'asile est considérée comme une simple « question d'intérêt commun », et l'article K 3 précise que les Etats membres ont seulement une obligation d'information et de consultation mutuelle au sein du Conseil en vue de coordonner leurs actions. La doctrine et les praticiens s'accordent généralement pour souligner le manque d'ambition de cette phase purement intergouvernementale, la politique d'asile étant gérée comme un simple phénomène connexe à la libre circulation des personnes. L'essentiel des travaux porte alors sur le partage des responsabilités pour le traitement des demandes d'asile dans le cadre des accords de Schengen de 1990, dont les dispositions relatives à cette question seront remplacées par la Convention de Dublin en 1997⁵. A défaut d'une obligation d'harmonisation, les Etats membres se sont limités à adopter pour l'essentiel des résolutions non contraignantes sans opérer de réelle convergence de leur législation. On note également un intérêt très net des Etats membres pour l'ensemble des mécanismes procéduraux de filtrage⁶ (notion de « demandes manifestement infondées », « pays tiers sûr », etc.), alors que les travaux échouent tant sur l'interprétation commune de la notion de réfugié au sens de l'article 1 A de la Convention de Genève⁷, que sur le concept de « protection temporaire » développé dans le cadre de la guerre en ex-Yougoslavie⁸.

Les disparités dans les niveaux de protection offerts ont contribué aux mouvements secondaires des demandeurs d'asile sur le territoire communautaire, un phénomène par ailleurs largement dicté par des facteurs d'ordre culturel et historique. Afin de résorber ce problème, il est décidé, lors de la conférence intergouvernementale de 1996, de procéder à la communautarisation partielle de l'ensemble des politiques liées aux mouvements des personnes. Après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999, le premier pilier s'enrichit d'un nouveau Titre IV qui regroupe les politiques suivantes : visas,

⁴ Pour un aperçu global de l'évolution des compétences communautaires, voir BOUTEILLET-PAQUET D., "L'Europe et le droit d'asile", éditions L'Harmattan, 2001, 396 p.

⁵ Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique du Bénélux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, JOCE, 22 Septembre 2000, pp. 19-55 ; □ Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, JOCE n° C 254, 19 août 1997, pp. 1-8

⁶ Résolution sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil, adoptée par les ministres chargés de l'Immigration, Londres, 30 novembre-1^{er} décembre 1992, document 10579/92 IMMIG 2 ; □ Conclusions sur les pays où il n'existe généralement pas de risque sérieux de persécution, adoptées par les ministres chargés de l'Immigration, Londres, 30 novembre-1^{er} décembre 1992, document 10579/92 IMMIG 2 ; □ Résolution sur les demandes manifestement infondées, adoptée par les ministres chargés de l'Immigration, Londres, 30 novembre-1^{er} décembre 1992, document 10579/92 IMMIG 2 ; □ Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales en matières d'asile, JOCE n° C 274, 19 septembre 1996, p. 13

⁷ Position commune du 4 mars 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme " réfugié " au sens de l'article 1^{er} de la Convention de Genève , du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, JOCE n° L n° 63 du 13 mars 1996

⁸ Proposition modifiée d'Action commune concernant la protection temporaire des personnes déplacées, COM (98) 372 final, JOCE n° C 268 du 27 août 1998, p. 13 ; □ Proposition d'Action commune relative à la solidarité dans l'accueil et le séjour des bénéficiaires de la protection temporaire des personnes déplacées, COM (98) 372 final, JOCE n° C 268 du 27 août 1998, pp. 22-23

asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes. Cette disposition fixe au Conseil de l'Union européenne un délai de cinq ans après son entrée en vigueur pour *adopter à l'unanimité des normes minimales* relatives à l'asile ainsi qu'aux réfugiés et aux personnes déplacées. En dépit des limites matérielles et institutionnelles de cette communautarisation, un programme législatif ambitieux est détaillé à l'article 63 du traité d'Amsterdam et repris dans le cadre du programme d'action commun de la Commission et du Conseil⁹.

Lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, les chefs d'Etats et de gouvernements des quinze Etats membres définissent les objectifs et les valeurs qui sous-tendent cette nouvelle stratégie européenne en matière d'asile. Ce sommet européen revêt une importance décisive car il marque une tentative de consacrer la spécificité du droit d'asile en tant que principe essentiel des démocraties européennes et les conclusions adoptées lors de ce sommet tendent à *émanciper le régime d'asile européen du carcan technique dans lequel cette politique a évolué jusqu'alors pour intégrer une composante plus humanitaire*. Le Conseil européen réaffirme ainsi « l'importance que l'Union et ses Etats membres attachent au respect absolu du droit de demander l'asile. Il est convenu de travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et d'assurer ainsi que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement ». De son côté la Commission européenne, forte de son nouveau droit d'initiative, plaide pour une politique d'asile européenne ambitieuse et pleinement respectueuse du droit international existant¹⁰.

La consécration du droit d'asile comme valeur fondamentale commune à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne est renforcée quelques mois plus tard par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lors du Conseil européen de Nice, des 7, 8 et 9 décembre 2000¹¹. Reflétant le dispositif législatif et constitutionnel des Etats membres, l'article 18 de la Charte prévoit que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève et conformément au traité instituant la Communauté européenne ». L'article 19 reprend également les dispositions de l'article 3 CEDH en stipulant que « nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Les travaux de la Convention pour le futur de l'Europe s'inscrivent également dans cette optique, mais il convient de rester très prudent quant à la teneur finale des futures dispositions constitutionnelles en raison de la réticence manifestée par plusieurs Etats membres¹².

En dépit de la générosité des principes consacrés lors du Conseil européen de Tampere et de la consécration normative opérée par la Charte, force est de constater que l'esprit qui a présidé à l'adoption des conclusions du sommet de Tampere semble aujourd'hui caduc. Selon les propres termes de la Commission européenne, les travaux du Conseil ont récemment démontré un manque d'ambition en ce qui concerne le degré d'harmonisation et une absence patente de maturité politique¹³. La politique d'asile européenne est conçue comme une problématique secondaire par rapport à la lutte contre l'immigration « irrégulière ». Cette tendance ressort clairement des conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 qui placent la lutte contre l'immigration clandestine au cœur de la

⁹ Plan d'action commun du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, adopté le 3 décembre 1998, JOCE n° C 19 du 23 janvier 1999, pp. 1-15.

¹⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union pour les personnes qui se voient accorder l'asile, COM (2000) 755 final, 22 novembre 2000.

¹¹ Conseil européen de Nice, 7,8 et 9 décembre 2000, conclusions de la Présidence, paragraphe 2 ; □ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE n° C 364 , 18 décembre 2000.

¹² Secrétariat général du Conseil, Projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, doc. CONV 820/03, 20 juin 2003.

¹³ Communication from the European Commission to the Council and the European Parliament, *The common asylum policy and the agenda for protection*, COM (2003) 152 final, 26 March 2003.

CommDH(2003)8rev.

politique européenne d'asile et d'immigration¹⁴. La fracture politique entre le Conseil européen de Tampere et celui de Laeken s'explique notamment par le traumatisme suscité par les attentats du 11 septembre 2001, mais également et principalement, par l'échec des politiques nationales face à des mouvements migratoires d'une ampleur croissante. L'adoption d'un plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne le 28 février 2002 marque à cet égard une étape significative¹⁵. Les contours de cette politique sont précisés avec l'adoption du Livre vert relatif à la politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier¹⁶ et les conclusions du sommet de Séville des 21-22 juin 2002 qui marquent l'essor du volet extérieur de la politique d'asile européenne. Ce volet constitue l'une des priorités de la présidence italienne qui a débuté le 1er juillet 2003 et qui place le développement d'une politique de partenariat avec les pays de transit et d'origine au centre de la lutte contre l'immigration « irrégulière ».

II. Analyse critique du processus d'harmonisation communautaire au regard des normes internationales de protection des droits de l'homme

La crispation politique perceptible depuis plusieurs mois pèse considérablement sur les négociations communautaires qui prennent de plus en plus l'allure d'un bras de fer. Ce rapport de force s'explique, d'une part, par le fait que les instruments sont actuellement adoptés à l'unanimité, et d'autre part, par la réticence des Etats membres à voir leurs prérogatives limitées dans des domaines qui sont au cœur de leur souveraineté. La réticence des Etats membres à abandonner leurs modèles nationaux se traduit concrètement par deux éléments : d'une part, le phénomène bien connu d'une harmonisation *a minima*, et d'autre part, la tentation de plus en plus palpable des Etats membres d'abandonner l'objectif même de normes minimales communes, les dispositions des directives se contentant de renvoyer au droit national existant.

Ces deux caractéristiques sont particulièrement perceptibles en ce qui concerne deux instruments qui constituent le cœur du système d'asile commun, à savoir :

- La proposition de directive du 12 septembre 2001 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts¹⁷;
- La proposition modifiée de directive du 18 juin 2002 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres¹⁸.

L'exposé qui suit ne prétend nullement être une étude exhaustive, les dispositions étudiées ayant été sélectionnées afin d'illustrer les problèmes de compatibilité des futures normes européennes avec les normes internationales de protection des droits de l'homme, et plus particulièrement la Convention européenne des droits de l'homme. Cet article souhaite ainsi souligner le danger de voir apparaître une véritable « schizophrénie normative », où l'Europe des Quinze (et bientôt des Vingt-Cinq) serait écartelée entre l'acquis juridique du Conseil de l'Europe et l'émergence de normes propres à l'Union européenne. Il convient de souligner qu'il s'agit d'un bilan provisoire des négociations en cours et que

¹⁴ Conseil européen de Laeken, 14-15 décembre 2001, Conclusions de la Présidence, paragraphe 40, document SN 300/1/01 REV.

¹⁵ Communication de la Commission européenne concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, 15 novembre 2001, COM (2001) 672 final ; □ Plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, JOCE n°C 142, 14 juin 2002, p. 23.

¹⁶ Commission européenne, Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 175 final, 10 avril 2002 ; □ Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, Conclusions de la Présidence, paragraphes 38-41.

¹⁷ COM(2001) 510 final.

¹⁸ COM (2002) 326 final/2.

le contenu des propositions communautaires présentées ci-dessous est susceptible de modifications substantielles¹⁹. Selon le calendrier adopté par le Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2003, la directive concernant la qualification au statut de réfugié et de protection subsidiaire devait être adoptée au plus tard en juin 2003 tandis que les négociations sur les procédures d'asile devaient aboutir en décembre 2003. En dépit de l'accord politique conclu entre quatorze Etats membres concernant la directive de qualification, le veto de l'Allemagne n'a pas permis de respecter les échéances de Séville. En ce qui concerne le projet de directive encadrant les procédures d'asile, le Conseil Justice et Affaires intérieures des 5 et 6 juin 2003 est parvenu à un accord provisoire sur la première partie du texte, nonobstant de profondes divergences entre les Etats membres. En l'absence de texte définitif, notre exposé constitue une première lecture critique de ces projets sur la base des accords partiels déjà conclus et qui permettent d'appréhender l'équilibre général des différents textes.

II. A. La proposition de directive relative à la qualification au statut de réfugiés et de protection subsidiaire : les dérives inquiétantes d'une proposition initiale ambitieuse

L'un des points clés du programme législatif de l'Union européenne est, d'une part, d'harmoniser l'interprétation de la définition du « réfugié » au sens de la Convention de Genève, et, d'autre part, d'harmoniser les formes « subsidiaires » de protection²⁰. L'harmonisation de la notion de « personne ayant besoin d'une protection internationale » constitue le talon d'Achille des négociations communautaires en matière d'asile depuis de nombreuses années, les Etats membres étant notamment divisés sur l'interprétation de l'article 1 A de la Convention de Genève en ce qui concerne la question des agents de persécutions non étatiques²¹. On rappellera pour mémoire que cette divergence a partiellement paralysé l'application du système de la Convention de Dublin entre le Royaume Uni, l'Allemagne et la France puisque la House of Lords a refusé à partir de 1999 de considérer que ce système était applicable aux Etats membres qui refusaient d'appliquer l'article 1 A de la Convention de Genève aux personnes victimes des persécutions commises par des milices ou des acteurs non étatiques²². Cette position ayant été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un célèbre jugement du 7 mars 2000, T.I. contre Royaume Uni, la Commission européenne s'est engagée à unifier les pratiques des Etats membres afin de les rendre conformes à cette décision²³.

Il était également nécessaire de développer des normes communes en matière de protection subsidiaire car, en l'absence de cadre normatif international, les législations des pays européens *sont actuellement très disparates en ce qui concerne leur champ d'application personnel et matériel*. Or, la disparité des statuts subsidiaires est très problématique car les statistiques publiées par les administrations nationales

¹⁹ Cette analyse critique est basée sur les projets de directive dans leur version du mois de mai et juin 2003 (qualification : document ASILE 29/8919/03, mai 2003 ; procédure : documents ASILE 31/9646/03, mai 2003 et ASILE 38/10456/03, juin 2003). Pour une analyse des propositions initiales voir les commentaires d'Amnesty International sur la Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, COM (2001), 510 final, octobre 2002 et les commentaires d'Amnesty International sur la Proposition amendée de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux procédures applicables dans les Etats membres pour l'octroi et le retrait du statut de réfugié COM (2002) 326 final, février 2003.

²⁰ Article 63, §2 : « Le Conseil statuant conformément à la procédure visée à l'article 67 arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam : □□□□□□2) des mesures relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées dans les domaines suivants : (a) des normes minimales relatives à l'octroi d'une protection temporaire aux personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine et aux personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale ».

²¹ Ce problème a été "tranché" par un renvoi au droit national. Voir Position commune du 4 mars 1996 concernant l'application harmonisée du terme "réfugié" au sens de l'article 1er de la Convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut de réfugiés, *opus cité*.

²² House of Lords, Regina vs. Secretary of State for the Home Department (ex parte Adan) ; Regina vs. Secretary of State (ex parte Aitseguer), 19 décembre 2000.

²³ CEDH, T.I. contre Royaume-Uni, req. 43844/98, 7 mars 2000.

CommDH(2003)8rev.

révèlent une baisse structurelle du nombre de statuts délivrés sur la base de la Convention de Genève et un accroissement significatif des formes complémentaires de protection.

Dans une proposition de directive présentée le 12 septembre 2001, dite directive de « qualification », la Commission européenne propose de répondre à trois défis majeurs :

1. Assurer le plein respect des engagements pris lors du Conseil européen de Tampere en restaurant la place de la Convention de Genève afin de garantir une protection optimale aux personnes déplacées dans l'Union européenne ;
2. Promouvoir un consensus entre les Etats membres concernant les catégories de personnes qui ont droit à une protection internationale dans un espace sans frontières intérieures ;
3. Développer un régime de protection offrant des droits sociaux équivalents aux personnes déplacées afin de ne pas créer des « réfugiés de deuxième classe ».

Seuls les deux premiers points seront traités dans cet article²⁴. De manière générale, ce projet est un texte relativement équilibré qui comporte certains éléments positifs qui, s'ils étaient adoptés, pourraient permettre une amélioration substantielle du niveau de protection existant au sein de l'Union. Toutefois, les négociations en cours attestent d'une dérive inquiétante notamment en ce qui concerne la notion de « protection nationale effective » (1), l'élargissement du champ de la protection subsidiaire à des cas potentiellement couverts par la Convention de Genève (2), ainsi que l'influence de la lutte contre le terrorisme sur-le-champ d'application personnel des clauses d'exclusion, et des conditions de révocation du statut de réfugié et des formes complémentaires de protection (3).

1. Une lecture contestable de la notion de « protection nationale effective »

En dépit de la réticence initiale des Etats membres, l'actuel projet de directive comporte un certain nombre d'avancées en ce qui concerne la définition et les motifs de persécution²⁵. Il convient à cet égard de se féliciter de l'acception large de ce terme qui permet d'inclure explicitement les persécutions à caractère sexuel et, dans certaines hypothèses, les objecteurs de conscience. Lors de la réunion informelle entre les ministres chargés des questions d'asile et d'immigration, qui s'est déroulée les 13 et 14 septembre 2002 à Copenhague, les ministres ont également annoncé un consensus politique sur l'inclusion des agents de persécution non étatique dans le champ de la Convention de Genève²⁶. Conformément au projet de la Commission européenne et à une interprétation majoritaire au sein de l'Union européenne, les dispositions de la directive envisagent le besoin de protection internationale par rapport à l'absence d'une protection nationale effective de la part des autorités du pays d'origine, peu importe qu'elle résulte d'une politique délibérée ou qu'il s'agisse d'une omission involontaire résultant des carences de l'organisation étatique²⁷.

Toutefois, cette « victoire » du droit international mérite d'être tempérée par l'article 9 A qui prévoit que le statut de réfugié ne saurait être attribué dès lors qu'il existe une protection nationale effective. Or, contrairement aux principes du droit international qui prévoient que la protection d'une population est assurée par l'Etat, l'article 9 A prévoit que la protection nationale peut également être assurée par « des organisations internationales et des autorités permanentes qui contrôlent l'Etat ou une part

²⁴ Pour un exposé détaillé sur ce point voyez, Daphné BOUTEILLET-PAQUET, « Evaluation de la proposition de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience de des Etats membres », pp. 79-94 in Daphné BOUTEILLET-PAQUET (sous la direction de), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, ed. Bruylant, 2002, 883 p.

²⁵ Voir sur ce point les articles 11 et 12 de la directive de qualification (ASILE 29).

²⁶ Voir Bulletin de l'Union européenne, Bull-UE, 9-2002.

²⁷ Article 9 du projet de directive (ASILE 29): « Actors of persecution or serious harm include : (a) the State ; (b) parties or organisations controlling the State or a substantial part of the territory of the State ; (c) non-State actors, if it can be demonstrated that the actors mentioned under sub-paragraph (a) and (b), including international organisations, are unable or unwilling to provide protection as defined in article 9 A against persecution or serious harm ».

substantielle de son territoire ». En clair, cette disposition signifie que si une personne fuit un pays où il existe des risques de persécutions, il ne pourra obtenir protection au sein de l'Union européenne que s'il ne dispose pas d'une protection effective dispensée par l'Etat, des autorités *de facto*, ou une organisation internationale contrôlant une partie substantielle du territoire.

Pour évaluer l'efficacité de la protection offerte, l'article 9 A paragraphe 2 prévoit que les Etats membres examinent s'il existe des mesures raisonnables pour empêcher la perpétration d'actes de persécution ou d'atteintes et si le demandeur dispose d'un accès raisonnable à cette protection. Il doit exister à l'intérieur du pays un système de protection et un mécanisme permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution ou d'autres atteintes graves. En dépit de ces éléments, *la possibilité d'un renvoi vers des zones contrôlées par des autorités de facto paraît contestable* : même si la proposition de directive prévoit des gardes fous, on peut déplorer la suppression des dispositions prévoyant le respect du principe de non-refoulement et l'existence d'une protection durable au moyen de l'alternative de fuite interne. Il convient de souligner qu'en l'état actuel des négociations la proposition de directive ne comporte plus aucune ligne directrice permettant d'évaluer le « contrôle effectif d'une partie substantielle du territoire », les Etats membres étant invités le cas échéant à se référer à des décisions ultérieures prises au sein du Conseil²⁸.

L'hypothèse d'une protection par des organisations internationales suscite également des inquiétudes quant aux conditions réelles de sécurité, les agences internationales n'ayant pas nécessairement les moyens d'assurer la protection des personnes. On rappellera pour mémoire l'épuration ethnique perpétrée à Srebrenica, alors même qu'il s'agissait d'une enclave contrôlée par les Nations unies. On peut donc espérer que cette disposition ne soit pas mise en œuvre de manière unilatérale mais après consultation étroite des agences concernées et en tenant compte de l'évaluation effectuée par les organisations non gouvernementales.

2. Harmonisation européenne en matière de protection subsidiaire

2.1.1. L'acquis de la Convention européenne des droits de l'homme et le développement de formes complémentaires de protection

Jusqu'à une période récente, les débats européens se sont principalement focalisés sur les divergences d'interprétation de la Convention de Genève, les tentatives d'harmoniser les statuts subsidiaires ayant été abandonnées après l'échec des négociations intergouvernementales sur la notion d'asile territoriale²⁹. On rappellera pour mémoire que les formes de protection complémentaires à la Convention de Genève ont été développées en Europe à partir des années soixante-dix sur la base *d'impératifs juridiques contradictoires*. En effet, tandis que les Etats développent une interprétation de plus en plus restrictive de la Convention de Genève, ils voient leurs obligations accrues en ce qui concerne le principe de non-refoulement sous l'effet d'une jurisprudence très dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans une jurisprudence désormais classique, la Commission a affirmé que « *si la matière de l'extradition, de l'expulsion et du droit d'asile ne compte point, par elle-même au nombre de celles que régit la Convention, les Etats contractants n'en ont pas moins accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le droit international général, y compris celui de contrôler l'entrée et la sortie des étrangers, dans la mesure et la limite des obligations qu'ils ont assumées en vertu de la Convention*³⁰ ». Le développement d'une jurisprudence très abondante a permis de

²⁸ Pour des commentaires critiques voyez Amnesty International – Bureau Union européenne, Commentaires sur la proposition de directive du 12 septembre 2001 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM (2001) 510 final, octobre 2002.

²⁹ Conseil de l'Europe, Recommandation de l'Assemblée parlementaire n°773 (1976) relative à la situation des réfugiés de facto, 26 janvier 1976 ; — Recommandation de l'Assemblée parlementaire n°1237 (1994) relative à la situation des demandeurs d'asile déboutés, 12 avril 1994.

³⁰ Commission européenne des droits de l'homme, req. n° 6315/73, X contre la République fédérale d'Allemagne, 30 septembre 1974, DR, vol. I, p. 73.

CommDH(2003)8rev.

développer la protection indirecte des demandeurs d'asile déboutés en déployant les effets de l'article 3 CEDH par « *par ricochet* ». En effet, selon une jurisprudence constante, le droit d'asile et le droit à ne pas être expulsé ne figurant pas, comme tels, au nombre des droits et libertés garantis par la CEDH, les instances de Strasbourg n'ont pas compétence pour effectuer un contrôle direct de la légalité de la mesure d'éloignement³¹. Toutefois, elles peuvent vérifier si cette décision ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'intéressé par la Convention, et notamment par son article 3 qui interdit la torture, ainsi que les traitements inhumains et dégradants³². La jurisprudence audacieuse de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme va permettre de déployer une protection extensive offerte à l'ensemble des personnes menacées de refoulement, et ce indifféremment de leur statut au regard de la Convention de Genève. Dès lors, l'article 3 peut bénéficier à tout étranger faisant l'objet d'une mesure d'expulsion³³, d'extradition³⁴ ou de refoulement³⁵, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il sera soumis à des traitements inhumains ou dégradants.

Il convient également de souligner que la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection de l'article 3 CEDH aux cas de refoulement indirect (refoulement perpétré par le « pays tiers d'accueil »)³⁶. Enfin, la jurisprudence des instances de Strasbourg est fondée sur une interprétation large de la notion d'agent de persécution permettant d'englober des victimes de milices et d'autorités de fait³⁷.

Si la jurisprudence des instances de Strasbourg a eu un impact considérable sur le développement de formes subsidiaires de protection, il convient de souligner qu'elle n'a cependant pas permis de voir émerger des statuts uniformes de protection car la Cour européenne des droits de l'homme a jusqu'ici toujours limité son interprétation de l'article 3 à une obligation de non-refoulement sans imposer aux Etats parties à la Convention l'obligation corollaire d'accorder un statut juridique et un permis de séjour aux bénéficiaires du principe de non-refoulement. Cette lacune jurisprudentielle explique que les législations des pays européens *sont actuellement très disparates en ce qui concerne leur champ d'application personnel et matériel*³⁸. Alors que certains se contentent de suspendre les mesures d'éloignement sans accorder des permis de séjour (tolérance), d'autres accordent un véritable permis de séjour mais les droits attachés à la protection subsidiaire sont généralement moindres que ceux prévus par la Convention de Genève. Or, la disparité des statuts subsidiaires est en réalité très problématique

³¹ Commission européenne des droits de l'homme, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, Mmes X, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni, décision du 11 mai 1982, *DR*, vol. XXIX, pp. 176-193 (requêtes recevables).

³² Article 3 CEDH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants. »

³³ Concernant les mesures d'expulsion : Cour européenne des droits de l'homme, Cruz Varas contre Suède, 20 mars 1991, série A, vol. II, non violation.

³⁴ Concernant des mesures d'extradition : Commission européenne des droits de l'homme, Altun contre RFA, req. n° 10308/83, décision du 3 mai 1983 *DR*, vol. XXVI, p. 209 ; — Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Soering contre Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A, n° 161, p. 34.

³⁵ Concernant des mesures de refoulement : Commission européenne des droits de l'homme, req. n° 5961/72, décision du 11 octobre 1973, Amekrane contre RU, *Annuaire CEDH*, vol. XVI, 1973, p. 357 ; — Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Vilvarajah et autres contre RU, série A, n° 215 *RUDH*, 1991, p. 537.

³⁶ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Cruz Varas contre Suède, 20 mars 1991 ; — Voir sur ce point MOLE N., « Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du Colloque du Conseil de l'Europe, *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des réfugiés, demandeurs d'asile et personnes déplacées*, 2-3 octobre 1995.

³⁷ Commission européenne des droits de l'homme, req. n° 8581/79, X contre RU, *DR*, vol. XXIX, pp. 48-63 (requête irrecevable) ; — Commission européenne des droits de l'homme, req. n° 7216/75 C contre RFA, *DR*, vol. V, p. 137 (requête irrecevable).

³⁸ Pour un bilan de droit comparé, voyez Daphné BOUTELLET-PAQUET « Progrès ou recul de du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne », pp. 153-213 in BOUTELLET-PAQUET D. (sous la direction de), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne: un complément à la Convention de Genève?*, opus cité.

car les statistiques publiées par les administrations nationales révèlent *une baisse structurelle du nombre de statuts délivrés sur la base de la Convention de Genève* et une progression constante de la proportion des statuts délivrés sur la base de la protection subsidiaire dans la plupart des Etats membres. En raison de la précarité des droits attachés à ces statuts, *l'érosion de la Convention de Genève constitue l'une des aspects les plus préoccupants de la crise du droit d'asile en Europe*.

2.2. La suprématie de la Convention de Genève peut-elle être remise en cause par le champ d'application personnel de la protection subsidiaire ?

Au vu de l'érosion croissante de la primauté juridique de la Convention de Genève, le projet de la Commission européenne visait, d'une part, à réaffirmer le caractère accessoire des formes complémentaires de protection par une définition claire du champ d'application respectif des différents instruments de protection, et, d'autre part, à trouver un consensus sur les catégories de personnes couvertes par ces normes en dépit de la disparité des législations nationales. Toutefois, il semble que l'effet utile des clauses régissant la protection subsidiaire serait passablement amoindri suite aux négociations entre les Etats membres, même si l'on se gardera de tout jugement hâtif en l'absence d'un accord final entre les Etats membres.

D'après la dernière version officielle de l'article 15³⁹, la protection subsidiaire pourrait être accordée dans les cas où une personne fuit les situations suivantes :

- Une condamnation à mort ou un risque d'exécution,
- La torture, une peine ou un traitement inhumain ou dégradant ;
- Une menace sérieuse et individuelle à la vie des civils ou des personnes fuyant un contexte de violence non ciblée liée à une situation de conflit civil ou international.

Si les deux premières catégories sont une simple codification des obligations prévues par l'article 1^{er} du Protocole n° 6 et de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, on peut toutefois se féliciter de l'émergence d'un statut de protection subsidiaire comblant les lacunes du droit international. On soulignera cependant que la version actuelle est beaucoup plus restrictive que le projet initial qui prévoyait de couvrir « *les violations suffisamment graves des droits individuels pour engager la responsabilité internationale de l'Etat membre* », c'est à dire essentiellement de prendre en compte les obligations des Etats au regard des autres normes de la CEDH (articles 5, 6 ou 8).

L'inclusion de victimes de violence non ciblée dans le champ de la directive constitue un autre élément positif car il n'existe aucune norme universelle contraignante concernant les personnes fuyant les situations de violence généralisée. Dans sa version initiale, le projet de directive s'inspirait visiblement de dispositifs régionaux, telle que la Convention OUA et la déclaration de Carthagène qui permettent d'accorder l'asile à des personnes fuyant des situations de violence non ciblée⁴⁰. Les travaux du Conseil de l'Europe ont également eu une influence non négligeable sur l'élaboration du projet initial de directive⁴¹. Cependant, suite à la position intransigeante de certaines délégations, dont la France, la portée de cette disposition a été considérablement restreinte par la mention d'une « menace individuelle » qui oblige ainsi le réfugié à prouver les conséquences directes du contexte général sur sa

³⁹ Article 15 (version initiale): "les Etats membres accordent le statut conféré par la protection subsidiaire à un demandeur de protection internationale qui se trouve hors de son pays d'origine et ne peut pas y retourner parce qu'il craint avec raison d'y faire l'objet de l'une des atteintes graves et injustifiées suivantes : (a) la torture ou une peine ou un traitement inhumain ou dégradant; (b) une violation suffisamment grave de l'un de ses droits individuels pour engager les obligations internationales de l'Etat membre; (c) une menace contre sa vie, sa sécurité ou sa liberté en raison d'une violence non ciblée liée à un conflit armé ou de violations systématiques des droits de l'homme."

⁴⁰ Convention OUA du 10 septembre 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique; Déclaration de Carthagène du 22 novembre 1984 sur les réfugiés.

⁴¹ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation REC (2001) 18 relative à la protection subsidiaire, 27 novembre 2001.

CommDH(2003)8rev.

situation personnelle et a apporté la preuve de persécution. Par ailleurs, on rappellera que suite au Conseil Justice et affaires intérieures des 5 et 6 juin 2003, l'Allemagne reste profondément opposée à l'idée d'englober les victimes d'agents de persécution non étatiques dans le champ de l'article 15 (c). L'issue de cette bataille juridique étant liée à des enjeux de politique intérieure, il est difficile de prédire l'issue des négociations : à défaut d'un consensus les Etats membres pourraient choisir d'insérer une clause de renvoi au droit national, vidant encore un peu plus le texte de ses ambitions en matière d'harmonisation.

Suite à ses amendements, force est de constater *l'utilité limitée de cette disposition* alors qu'une interprétation adéquate de la Convention de Genève permettrait en réalité de couvrir la plupart des cas tombant dans le champ de l'article 15 de la proposition de directive. En effet, il convient de rappeler que les dispositions de la Convention de Genève peuvent s'appliquer dans l'hypothèse de violences généralisées lorsque celles-ci sont dirigées envers l'ensemble d'une population (et donc chacun en particulier) et qu'elles sont basées sur l'un des cinq motifs prévus par l'article 1 A. L'insertion de cette disposition laisse donc craindre que, contrairement aux objectifs affichés, la codification européenne confirme, et éventuellement accentue, la pratique de certains Etats européens où la Convention de Genève est de plus en plus rarement appliquée.

3. Les nouvelles dispositions en matière de révocation, d'exclusion et de refoulement reflètent la dérive sécuritaire postérieure aux attentats du 11 septembre 2001

Outre le clivage traditionnel entre protection et contrôle migratoire, les négociations actuelles se caractérisent par une nette influence des mesures prises au niveau national en matière de lutte contre le terrorisme. En effet, suite aux pressions exercées notamment par l'Allemagne et la Grande-Bretagne, des amendements ont été introduits afin de permettre la révocation du statut de réfugié et du bénéfice de la protection subsidiaire lorsque le réfugié constitue une menace pour l'ordre public de l'Etat d'accueil. Par ailleurs, les dispositions du projet de directive comportent également des points inquiétants concernant le principe de non-refoulement.

3.1. L'extension des clauses permettant de révoquer le statut de réfugié et les formes complémentaires de protection

L'article 14 B du projet de directive prévoit la possibilité de révoquer le statut de réfugié lorsque l'Etat d'accueil a des raisons de croire que son bénéficiaire constitue une menace sérieuse pour la communauté du pays d'accueil. Des dispositions similaires ont été introduites en ce qui concerne la protection subsidiaire⁴². Si la lutte contre le terrorisme constitue un enjeu démocratique majeur pour les sociétés occidentales, rien ne saurait justifier d'amoindrir la protection des réfugiés à des fins sécuritaires. Or, on peut craindre que ces dispositions soient la porte ouverte à des pratiques tout à fait discrétionnaires puisque, d'une part, il n'existe aucune définition de l'atteinte à l'ordre public, et d'autre part, en vertu de leur caractère très large, ces dispositions sont applicables dès lors qu'il existe une simple présomption.

Outre le fait qu'il n'existe pas de lien de causalité entre l'efficacité tangible de la lutte contre le terrorisme et la restriction des droits des réfugiés, cette évolution des négociations ne nous paraît pas conforme aux normes de droit international en vigueur. Il convient en effet de rappeler que les motifs de révocation sont prévus de manière exhaustive par les dispositions de la Convention de Genève, telles qu'interprétées par le paragraphe 117 du guide HCR sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié.

Ces dispositions prévoient qu'en raison du caractère déclaratif du statut de réfugié (l'Etat d'accueil reconnaissant une qualité préexistante), le statut de réfugié peut être exceptionnellement révoqué dans les hypothèses suivantes:

⁴² Voir article 17 B du projet de directive (version ASILE 29).

- La mauvaise foi du demandeur d'asile et la présentation erronée des faits ayant fondée la reconnaissance du statut ;
- L'application d'une des clauses de cessation en vertu de l'article 1er C qui énumère exhaustivement les situations où le besoin de protection internationale a cessé d'exister ;
- La connaissance *a posteriori* de faits qui, s'ils avaient été connus lors de la prise de décision, aurait amené à appliquer l'article 1er F et à exclure la personne de la qualité de réfugié. On rappellera que ces clauses visent uniquement des actes graves commis par le passé et avant l'admission sur le territoire du pays d'accueil.

Etant donnée la gravité des conséquences que la révocation entraîne pour les personnes concernées, le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés a constamment appelé les Etats parties à appliquer ces critères avec prudence et à les interpréter de manière restrictive. Par ailleurs, l'article 42 de la Convention de Genève prévoit que les Etats parties ne peuvent ni ajouter, ni déroger aux dispositions de l'article 1 C et F.

En l'état actuel des propositions, le texte de la directive viole cette interdiction en allant clairement au-delà des dispositions de la Convention de 1951 puisque la directive opère en réalité une fusion entre les dispositions de la Convention relatives à la révocation et les dispositions de l'article 33.2 de la Convention de Genève, qui prévoient des exceptions au principe de non-refoulement⁴³. Cette fusion est contraire à la lettre et à l'esprit de la Convention de Genève car, en vertu des critères ci-dessus, la révocation ne peut se faire que lorsque le besoin de protection n'est plus justifié soit du fait du comportement de l'intéressé, soit du fait de circonstances externes. Or, l'objet de l'article 33.2 n'a pas pour effet de révoquer le statut mais seulement de priver le réfugié de la protection contre le refoulement.

Si le projet de directive prend soin de mentionner que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme doivent primer et qu'il ne peut y avoir d'éloignement contraire à son article 3, on restera sceptique face à la mise en œuvre effective de ces principes.

3.2 Une interprétation du principe de non-refoulement peu conforme à la jurisprudence de la CEDH

La nouvelle version de l'article 19 prévoit par ailleurs que les personnes constituant une menace pour la sécurité du pays d'accueil ne soient plus couvertes par l'obligation de non-refoulement. En raison du caractère absolu de l'article 3 CEDH, l'article 19 prévoit que les Etats membres ne peuvent toutefois renvoyer ces personnes vers leur pays d'origine ou de résidence habituelle lorsqu'ils risquent d'être soumis à des traitements prohibés par les dispositions de la CEDH⁴⁴. En clair, cela signifie que les Etats devront chercher des pays tiers prêts à les accueillir. Cette solution est peu satisfaisante tant du point de vue de l'intéressé que du point de vue de la sécurité des Etats et de la lutte contre le terrorisme international.

Du point de vue des intéressés, on a déjà souligné l'absence de garanties satisfaisantes et le risque que ces dispositions soient appliquées de manière très large puisque le texte ne requiert qu'une simple présomption. Une telle solution laisse également craindre une violation indirecte du principe de non-refoulement par l'Etat de destination. On rappellera pour mémoire que, selon une jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection de l'article 3 CEDH aux cas de refoulement indirect perpétré par l'Etat tiers d'accueil, un tel acte engageant alors la responsabilité de l'Etat de renvoi⁴⁵.

⁴³ Article 33.2 de la Convention de Genève: " Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays."

⁴⁴ CEDH, Arrêt Chahal contre Royaume Uni, 19 novembre 1996, (1997) 23 EHRR 413.

⁴⁵ CEDH, Arrêt Cruz Varas contre Suède, 20 mars 1991, série A.

CommDH(2003)8rev.

Du point de vue de la sécurité des Etats, le renvoi constitue une solution à court terme, car on peut aisément imaginer que les Etats qui acceptent de reprendre de tels individus sont potentiellement peu actifs dans la lutte contre le terrorisme et que, en admettant que ces individus soient réellement dangereux, ils n'auront alors aucun mal à reprendre des activités liées au terrorisme international. Cette solution est également choquante car elle permet aux Etats de s'exonérer de leur responsabilité en matière de lutte contre le terrorisme internationale et de conférer une forme d'impunité aux auteurs d'actes répréhensibles.

II B. La proposition modifiée de directive sur la procédure d'asile : l'érosion continue du seuil des garanties procédurales

La question des garanties procédurales fait l'objet de négociations particulièrement délicates depuis trois ans. En effet, la première proposition de directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres a été présentée par la Commission le 20 septembre 2000⁴⁶. En raison du blocage des négociations durant deux années consécutives, les chefs d'Etats et de gouvernement ont été amenés à constater leur échec lors du sommet européen de Laeken en décembre 2001 et à demander à la Commission européenne de présenter une nouvelle proposition.

La nouvelle proposition modifiée a été présentée le 18 juin 2002 et contient des modifications considérables par rapport à la proposition initiale de septembre 2000. La Commission européenne ayant été contrainte de ménager les susceptibilités nationales, la version amendée de la proposition de directive est dans l'ensemble beaucoup plus restrictive que la première proposition. L'architecture d'ensemble de la proposition de directive a également été considérablement modifiée: conformément aux conclusions du Conseil de Laeken, il n'existe plus de distinction entre procédure de recevabilité et l'examen au fond de la demande. Les demandes considérées comme irrecevables sont à présents directement traitées dans le cadre de la procédure accélérée. En outre, le champ d'application des procédures accélérées a été élargi de manière si considérable que l'on peut désormais considérer que cette procédure constitue le principe, et la procédure régulière est l'exception. Si l'utilisation abusive des procédures d'asile est un problème que l'on ne peut nier, l'équilibre actuel du texte nous semble toutefois peu respectueux de certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'esprit protecteur de la Convention de Genève.

Les négociations sur ce nouveau texte ont débuté en février 2003. En dépit du fait que les positions des délégations nationales évoluent régulièrement, les développements ci-dessous montrent que le texte final de la directive risque d'être très en deçà des normes de droit international en général et de l'acquis normatif du Conseil de l'Europe en particulier. Schématiquement, nous pouvons articuler nos critiques autour des points suivants :

- Les restrictions concernant l'accès au territoire par le biais de la rétention des personnes en zones internationales et dans des centres fermés ;
- L'érosion des garanties procédurales offertes aux requérants, et en particulier l'effet non-suspensif du recours ;
- Le développement considérable du champ d'application des procédures accélérées, reflétant la dérive sécuritaire post 11 septembre mais également la volonté croissante des Etats membres de procéder à la « délocalisation » du traitement des demandes d'asile vers des pays tiers sûrs.

⁴⁶ COM (2000) 578 final, JOCE n° C 62 du 27.02.2001, p. 231.

1. Un durcissement relatif des dispositions concernant l'accès au territoire des Etats membres et à la procédure d'asile

L'ensemble des dispositions du projet de directive ayant trait à l'accès au territoire s'inscrit dans le cadre général de la politique migratoire restrictive développée par les Etats depuis de nombreuses années⁴⁷.

Ainsi, dans le cadre de la première proposition, le principe était que le requérant était en droit de rester sur le territoire de l'Etat membre responsable du traitement de sa demande durant toute la durée de la procédure. Ce droit est à présent clairement limité à la procédure de première instance⁴⁸. En raison des nombreuses dérogations prévues au principe de l'effet suspensif de l'appel, les Etats membres pourront inviter les candidats réfugiés à quitter le territoire durant l'examen de leur procédure d'appel, et ce, même dans le cadre de la procédure normale⁴⁹. Cette mesure est d'autant plus inquiétante que l'article 17 laisse toute latitude aux Etats membres concernant le placement en rétention qui peut notamment s'appliquer aux personnes qui ont présenté une demande d'asile à la frontière. L'article 35 permet aux autorités compétentes d'examiner les demandes aux frontières selon les procédures prévues par les lois et règlements en vigueur à la date de l'adoption de la directive. Le caractère très général des articles 17 et 35 et l'absence de garanties communautaires détaillées s'expliquent par le fait que la rétention et les demandes aux frontières ont cristallisé les dissensions entre les délégations. Lors du Conseil Justice et Affaires intérieures des 5 et 6 juin 2003, les délégations ont donc conclu un accord *a minima* sans parvenir à s'entendre sur la durée de la rétention, ni sur la qualité du contrôle juridictionnel. La faiblesse du texte communautaire est d'autant plus regrettable que la pratique de la rétention en zone internationale s'est considérablement accrue ces dernières années, les ONG dénonçant régulièrement les atteintes à l'intégrité physique des personnes retenues et les violations du principe de non-refoulement. Une codification communautaire détaillée aurait permis une meilleure application des instruments de droit international. Malgré la fiction juridique qui consiste à vouloir conférer un caractère international à ces zones, il convient de rappeler qu'en vertu des dispositions de l'article 1er de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, d'une part, et de l'article 2 de la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale, d'autre part, la notion de territoire s'étend pleinement aux zones portuaires et aéroportuaires. Par voie de conséquence, les dispositions des instruments internationaux de protection des droits de l'homme et des réfugiés s'y appliquent pleinement. Le respect du principe de non-refoulement s'applique donc pleinement à ces situations⁵⁰. Par ailleurs, en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, la question de la nature juridique de la « zone internationale » n'a pas d'intérêt pratique, car l'article 1 CEDH dispose que les droits énoncés par la Convention sont garantis pour toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats contractants⁵¹. La privation de liberté doit par conséquent être compatible avec l'article 5, alinéa 1, paragraphe (f) de la CEDH, qui autorise la détention légale des étrangers pour les empêcher d'entrer dans un pays sans autorisation nécessaire ou pour pouvoir les en renvoyer⁵². La Cour de Strasbourg a eu l'occasion de

⁴⁷ Voir Recommandation n° R (94) 5 relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens adoptée par le Comité des Ministres le 21 juin 1994.

⁴⁸ Voir article 6 (ASILE 31).

⁴⁹ Voir infra paragraphe 2 sur l'érosion des garanties procédurales

⁵⁰ JULIEN-LAFFERIERE F., "Treatment of Refugees and Asylum-seekers at Points of Entry", Actes du colloque *Droits de l'Homme sans frontières*, Conseil de l'Europe, 30 novembre-11 décembre 1989,

CAHAR DH-ED (89) 20

⁵¹ GIAKOUMOPOULOS C., "L'étranger en zone internationale et les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme" pp. 211-227 in ANAFE, *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la "zone internationale"*, L'Harmattan-ANAFE, Paris, 1993, 239 p.

⁵² Article 5, alinéa 1^{er} (f) CEDH : "Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] (f) s'il s'agit de l'arrestation de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours [...]."

CommDH(2003)8rev.

statuer sur la compatibilité du régime de rétention en zone internationale avec les dispositions de la CEDH à l'occasion de l'arrêt *Amuur contre France* du 25 juin 1996⁵³. En l'espèce, les requérants d'origine somalienne avaient fait l'objet d'un refus d'entrer et avaient été détenus durant vingt jours dans la zone de transit de l'hôtel Arcade de l'aéroport d'Orly. Contrairement à la décision de la Commission, la Cour a considéré que, en l'espèce, la rétention administrative pouvait être assimilée à un régime de privation de liberté malgré le fait que la législation française ait prévu la possibilité pour les étrangers de quitter la zone de transit à tout moment. Fidèle à sa position selon laquelle la Convention est un instrument garantissant des droits concrets et effectifs, la Cour a en effet considéré que « *la simple possibilité pour des demandeurs d'asile de quitter volontairement le pays où ils entendent se réfugier ne saurait exclure une atteinte à la liberté, le droit de quitter tout pays y compris le sien étant du reste garanti par le protocole n° 4 de la Convention ; en outre, elle revêt un caractère théorique si aucun autre pays offrant une protection comparable à celle escomptée dans le pays où l'asile est sollicité, n'est disposé ou prêt à les accueillir* »⁵⁴. Par ailleurs, la Cour a précisé que ce type de régime devait être strictement encadré par la loi et placé sous contrôle des autorités judiciaires⁵⁵.

Si les législations et la pratique des Etats membres sont en principe tenues de respecter les dispositions de la CEDH, on peut néanmoins déplorer que les gardes fous développés par la jurisprudence de la Cour ne soient pas refléter dans les dispositions communautaires afin de limiter la disparité des régimes nationaux et parfaire l'idée d'un niveau équivalent de protection dans un espace sans frontières intérieures. Le travail d'harmonisation est donc laissé au juge national et, dans une certaine mesure au juge communautaire : la lenteur du contrôle juridictionnel risque toutefois d'être préjudiciable aux demandeurs d'asile qui bénéficieront encore pendant de nombreuses années d'un traitement disparate et parfois peu compatible avec les normes internationales.

2. Une érosion sensible des garanties procédurales : le problème des recours non suspensifs

Les nouvelles dispositions relatives à la procédure régulière reprennent les grandes lignes de la résolution du Conseil sur les garanties minimales en matière d'asile, du 20 juin 1995⁵⁶. *Cette inspiration permet d'inscrire quelques principes clés au sein de la directive*. On peut ainsi se réjouir que l'obligation de notifier une décision par écrit, l'obligation de motiver une décision de rejet et d'informer le demandeur de ses droits durant toute la procédure. On peut également se féliciter des dispositions permettant l'accès à un conseil juridique et permettant à l'intéressé d'avoir accès au procès-verbal de son audition, garantie qui fait défaut dans de nombreux systèmes juridiques nationaux. En l'état actuel des négociations, le projet de directive prévoit que les dispositions relatives aux garanties procédurales sont applicables à l'ensemble des demandes d'asile qu'elles soient traitées dans le cadre de la procédure normale ou de la procédure accélérée. Si l'on peut se féliciter de ce principe général, force est de constater *qu'il souffre en réalité de multiples exceptions* et que les garanties procédurales prévues dans le cadre de la procédure accélérée sont généralement moindres. Par ailleurs, le niveau de garanties prévu est difficile à identifier, car le texte prévoit de nombreuses exceptions et des références croisées aux législations nationales. Hormis les éléments positifs précités, le niveau général des garanties prévu par la directive est très insuffisant et il convient de déplorer le caractère de plus en plus inquisitorial de la procédure, les obligations des demandeurs ayant été sensiblement accrues.

A cet égard, les restrictions concernant le droit à un recours suspensif constituent l'un des aspects les plus inquiétant du nouveau texte. Il convient de souligner que le droit à un recours suspensif automatique a été complètement bloqué suite aux dissensions entre Etats membres, et notamment à l'opposition farouche de l'Espagne. *Les dérogations incorporées dans la présente version constituent donc un compromis permettant de légitimer les pratiques nationales existantes*. Ainsi, selon l'article 39

⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Amuur contre France*, 25 juin 1996, *Rec. des arrêts et décisions*, 1996-III, pp. 827-859

⁵⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Amuur contre France*, *opus cité*, § 48, p. 849

⁵⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Amuur contre France*, *opus cité*, § 50 à 54, pp. 850-852

⁵⁶ JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 13

du projet de directive, le droit d'appel dans la procédure normale a un effet suspensif sauf si la loi en vigueur prévoit des dérogations à ce principe. La seule garantie résiduelle alors offerte au demandeur d'asile est de voir une juridiction compétente statuer, « *en fonction de sa situation personnelle* », sur son droit de rester sur le territoire pendant l'appel. Si l'expulsion du demandeur d'asile est théoriquement prohibée avant qu'une juridiction n'ait statué sur ce point, des exceptions sont explicitement prévues par la nouvelle directive si elle se justifie par des *motifs de sécurité nationale ou d'ordre public*.

Au contraire, dans le cadre de la procédure accélérée, l'article 40 du projet de directive prévoit qu'en principe l'appel est privé d'effet suspensif. Les demandeurs d'asile ne sont donc pas autorisés à rester sur le territoire de l'Etat membre concerné dans l'attente de l'issue du recours. *En outre, les cas sont plus nombreux où il peut être fait exception à la règle selon laquelle, il faut attendre, avant de procéder à l'expulsion, l'arrêt d'une juridiction sur la demande d'effet suspensif dans un dossier déterminé.* Contrairement à ce qui est prévu dans la procédure normale, ces exceptions ne sont pas limitées à des situations où le requérant constitue une menace pour l'ordre public, mais englobent également les demandes irrecevables ou les demandes subséquentes.

On peut s'interroger sur la compatibilité des exceptions prévues par les articles 39 et 40 avec la Convention européenne des droits de l'homme dont la cour a rappelé, dans l'arrêt Matthews contre Royaume Uni, qu'elle vise à garantir "*des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs*"⁵⁷. Dans l'affaire Amekrane contre Royaume-Uni, la Commission avait jugé contraire à la Convention le fait de livrer le requérant à des autorités étrangères alors même qu'il n'avait pas été entendu par un tribunal⁵⁸. Cette jurisprudence a été réitérée récemment dans l'arrêt Conka contre Belgique du 5 février 2002, décision dans laquelle la Cour a réaffirmé que l'article 13 CEDH s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention⁵⁹.

Par ailleurs, on peut déplorer que la proposition de directive ne reprenne pas les conditions dégagées par la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne le caractère accessible et adéquat du recours. Cette jurisprudence montre que le caractère effectif du recours s'apprécie *in concreto*, ce qui signifie que le recours doit non seulement exister mais encore être adéquat et accessible à l'intéressé. Dans l'affaire Plattform Artze für das Leben, la Commission a précisé que le recours était « *accessible* » si le requérant était à même d'intenter le recours et de déclencher la procédure nationale⁶⁰. Dès lors, les limites procédurales (qui ne sont pas, par elles-mêmes, contraires à la Convention) ne doivent être ni arbitraires, ni déraisonnables. Il est intéressant de souligner à cet égard que cette condition d'accessibilité du recours n'est pas explicitée dans le corpus de la directive et, qu'en pratique, ce principe risque fort d'être menacé dès lors que l'effet non suspensif du recours a été fortement étendu.

La jurisprudence de la Cour prévoit également que le recours doit être adéquat. Un recours « *adéquat* » s'entend d'un recours où les autorités de recours peuvent disposer de tous les éléments de fait pertinents et intervenir pour modifier la décision de renvoi si elles estiment que ces éléments révèlent l'existence d'un risque de traitements contraires à l'article 3 CEDH en cas d'exécution de la mesure de renvoi. Or, les amendements déposés par certaines délégations menacent le caractère adéquat du recours puisqu'ils tendent à limiter le contrôle des juridictions aux seuls éléments de droit.

Par ailleurs, la Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 CEDH suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention, lorsque les conséquences sont potentiellement irréversibles pour l'intéressé⁶¹. Il ressort de l'ensemble de ces règles jurisprudentielles que les exceptions prévues par la directive et permettant aux Etats membres d'expulser un demandeur

⁵⁷ CEDH, arrêt Matthews contre RU, n° 24833/94, CEDH 1999-I

⁵⁸ Commission européenne des droits de l'homme, Amekrane contre Royaume-Uni, req. n° 5961/72, décision du 11 octobre 1973, *annuaire de la CEDH*, vol. XVI, p. 357

⁵⁹ CEDH, Arrêt Conka contre Belgique, requ. n° 51564/99, 5 février 2002

⁶⁰ Rapport de la Commission dans l'affaire Plattform " Artze für das Leben ", série A, n° 139, pp. 25-32

⁶¹ CEDH, Arrêt Jabari contre Turquie, arrêt du 11 juillet 2000, n° 40035/98, non publié

CommDH(2003)8rev.

d'asile avant même que la juridiction ait statué sur la nécessité d'un recours suspensif au vu de sa situation personnelle sont manifestement incompatibles avec l'exigence d'un recours effectif. On rappellera à cet égard que le fait que la Cour ait décrété que l'article 13 CEDH ne peut s'appliquer aux personnes dont la demande est apparemment dépourvue de tout fondement⁶² ne peut justifier de supprimer suspensif dans les cas où une demande d'asile est irrecevable. *Il convient de souligner à cet égard que le caractère défendable d'un grief est une notion distincte de celle de demande manifestement infondée, au sens de l'acquis communautaire.* En effet, la Cour a affirmé que le fait que les autorités nationales déclarent une demande comme étant manifestement infondée ne la rendait pas *ipso facto* irrecevable au titre de l'article 13⁶³.

3. L'extension considérable du champ d'application des procédures accélérées

Une première remarque a trait à la prédominance de la procédure accélérée dans l'architecture générale du texte : en effet, alors que la procédure accélérée est en principe une alternative résiduelle par rapport à la procédure normale, son champ d'application est tellement élargie qu'elle devient le principe et la procédure normale l'exception. Le champ d'application de la procédure normale est d'ailleurs défini par défaut (c'est à dire tout ce qui ne relève pas de la procédure accélérée). Les dispositions consacrées à la notion de « demandes manifestement infondées » sont ainsi considérablement enrichies. Il convient de rappeler que la notion de demande manifestement infondée est relativement ancienne. Dès le début des années quatre-vingt, la notion de demande manifestement infondée est apparue dans les législations des pays européens afin de désengorger les instances de reconnaissance du statut de réfugié, encombrées par des requêtes qui n'avaient strictement aucun lien avec la Convention de Genève. Cette notion a d'ailleurs été consacrée, dès 1983, par le comité exécutif du Haut Commissariat pour les Réfugiés qui y voit alors la possibilité de concentrer les moyens disponibles sur les personnes ayant réellement besoin de protection. Selon les conclusions du HCR, « *les demandes ont été qualifiées de « clairement abusives » ou « manifestement infondées » et doivent s'entendre des demandes qui sont clairement frauduleuses, ou qui ne se rattachent ni aux critères prévus par la Convention de 1951, ni à d'autres critères justifiant l'octroi de l'asile*⁶⁴. »

L'article 29 de la proposition de directive prévoit des dispositions très détaillées sur la notion de fraude, d'abus et de défaut de coopération, toute notion de bénéfice du doute ayant été supprimée du texte. Par ailleurs, le concept de demande manifestement infondée peut dorénavant être appliqué lorsque « *le demandeur constitue un danger pour la sécurité de l'Etat membre ou, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté de cet Etat membre* ». Il convient de déplorer le caractère fourre-tout du chapitre III de la proposition de directive qui prévoit le même régime procédural aux demandes dénuées de tout fondement et frauduleuses aux personnes constituant un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale des Etats membres. Etant donnée l'application délicate du concept d'ordre public, la procédure accélérée paraît particulièrement inadaptée puisqu'elle entraîne une dérogation au principe de l'effet suspensif du recours et des droits procéduraux moindres. En ce qui concerne les dangers relatifs au principe de non-refoulement, on renverra à nos arguments concernant les clauses d'ordre public dans la directive de qualification.

Une seconde remarque a trait à la volonté de plus en plus perceptible chez certains Etats membres de *procéder à la délocalisation du traitement des demandes d'asile* par le biais de la procédure d'inadmissibilité entraînant le rejet des demandes provenant de pays tiers sûrs⁶⁵. Cette notion

⁶² Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Boyle et Rice contre Royaume-Uni, 27 avril 1988, série A, n° 131; Arrêt Powel et Rayner contre Royaume-Uni, 21 février 1990, série A n° 172

⁶³ Commission européenne des droits de l'homme, req. n° 18560/91, DS, SN et BT contre France, décision du 16 octobre 1992 (décision non publiée)

⁶⁴ Conclusions EXCOM n° 30 (XXXIV) relatives au problème des demandes d'asile manifestement infondées ou abusives, adoptées lors de la 34e session, 1983

⁶⁵ Voir l'article 25 et article 28 réserve britannique (ASILE 41/10722/03 du 24/06/03)

d'externalisation est d'autant plus inquiétante qu'elle est désormais intrinsèquement liée à la proposition britannique lancée en mars 2003 par le gouvernement de Tony Blair⁶⁶. Constatant la mauvaise gestion des procédures d'asile et leur détournement à des fins d'immigration économique, le gouvernement britannique a suggéré de limiter les arrivées spontanées de demandeurs d'asile en renforçant les capacités de protection des pays de transit situés à proximité des pays d'origine ou aux frontières extérieures de l'Union, mais également en établissant des mécanismes extra-territoriaux de traitement des demandes d'asile une proportion des personnes éligibles à la protection internationale pouvant être réinstallée vers l'Union européenne. Des propositions alternatives ont été également formulées par le HCR et la Commission européenne suite au sommet informel de Veria, des 28 et 29 mars 2003⁶⁷. On rappellera pour mémoire que, lors de son examen au Conseil européen de Thessalonique des 20 et 21 juin 2003, cette proposition n'a pas fait l'unanimité entre les Quinze Etats membres, certaines délégations dont la Suède et l'Allemagne ayant rejeté catégoriquement l'idée de centres fermés situés aux frontières extérieures de l'Union⁶⁸. Suite à ce sommet, le gouvernement britannique a abandonné l'idée de centres de transit aux frontières extérieures de l'Union mais maintient l'idée d'externalisation en proposant d'établir des zones internationales de protection dans des régions proches des pays générateurs de flux de réfugiés. Plusieurs pays, tels que l'Autriche, le Danemark, les Pays Bas et l'Irlande ont manifesté leur intérêt pour lancer un projet pilote dans la corne de l'Afrique.

Si les contours précis de ce projet pilote sont inconnus pour le moment, il suscite néanmoins de nombreuses inquiétudes au sein de la société civile. L'initiative britannique est en effet susceptible d'avoir un effet négatif sur l'adoption de critères communs en ce qui concerne la désignation de pays tiers ou d'origine sûrs. L'élargissement du concept de pays tiers sûr est d'autant plus critique qu'il aurait pour effet de diluer la responsabilité des Etats membres dans le cadre du système dit de Dublin. Il convient de rappeler que, dans l'affaire *T.I. c/ Royaume-Uni* (décision du 7 mars 2000), la Cour européenne des droits de l'homme a déjà donné une interprétation stricte des obligations des Etats membres dans l'application des mécanismes de partage des responsabilités. Il est important de noter que la Cour a considéré que les Etats membres « *ne peuvent s'appuyer de manière automatique (...) sur les accords de partage des responsabilités (...) Il serait incompatible avec l'esprit et l'objet de la Convention européenne des droits de l'homme que les Etats contractants puissent être ainsi absous de leurs responsabilités au titre de la Convention en relation avec le champ d'activité couvert par cette attribution* »⁶⁹. A la lumière de cette jurisprudence, un Etat ne peut être considéré comme un pays tiers sûr que s'il fournit à la personne concernée une protection effective et durable, qui comprend un accès effectif à une procédure d'asile équitable et satisfaisante. Or on peut se demander comment réconcilier des objectifs de "protection effective" avec une réalité locale faite d'instabilité politique et de misère économique, alors que la mise en place de zones de protection régionale viendrait encore ajouter un fardeau supplémentaire sur des pays déjà très fragilisés. Il est à cet égard tout à fait parlant que, si la Commission a reçu mandat d'explorer la faisabilité de schémas communautaires de réinstallation, les procédures et les quotas de réinstallation devraient être laissés à l'entière discrétion des Etats membres. Enfin, on peut également douter de la faisabilité d'un système international de partage des responsabilités alors que la Convention de Dublin s'est révélée relativement inefficace entre les pays membres de l'Union européenne.

⁶⁶ Pour une critique détaillée voir Gregor Noll, *Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones*, European Journal of Migration and Law, Volume 5, n° 3, 2003

⁶⁷ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Towards more accessible, equitable and managed asylum systems*, Brussels, 3 June 2003 COM(2003) 315 final ; UNHCR, Three Pronged Proposal, discours du Haut Commissaire Ruud Lubbers, Sommet informel de Veria, 28-29 mars 2003. Pour une lecture critique de ces trois propositions, voir Amnesty International, UK/EU/UNHCR Unlawful and Unworkable : Extra-territorial processing of asylum claims, doc. AI index IOR 61/004/2003, 18 juin 2003

⁶⁸ Conseil européen de Thessalonique, 21-22 juin 2003, conclusions de la présidence

⁶⁹ Plusieurs juridictions suprêmes ont déjà adopté ce point de vue. House of Lords, RV SSHD ex parte Adan & Aitseguer, 19 décembre 2000 (1999) 1, A C, 293; Cour administrative suprême d'Australie (vWGH), 08.03.2001, G 117/00

Conclusions

Ce bref exposé montre les difficultés suscitées par la mise en place d'une politique d'asile européenne commune. Si toutes les questions suscitées par le développement d'un droit régional des réfugiés n'ont pu être abordées dans le cadre restreint de cette recherche, les quelques points soulevés sont assez révélateurs de la tendance politique restrictive qui dominent les négociations. Le syndrome d'une harmonisation *a minima* est particulièrement palpable en ce qui concerne les garanties minimales encadrant les procédures d'asile. On parlera même de « re-nationalisation » du droit communautaire en raison de la multiplication des clauses de standstill. Une tendance dont on voit mal comment elle pourrait s'atténuer dans une Europe élargie à 25 membres, si les Etats membres décident de conserver le vote à l'unanimité au-delà de 2004. Or, cette harmonisation *a minima* suscite de nombreuses inquiétudes car elle menace la compatibilité de l'ordre juridique communautaire avec les normes internationales de protection des droits fondamentaux. A cet égard, l'éventualité d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et l'élargissement des compétences de la Cour de Justice permettraient d'améliorer considérablement la cohérence entre l'ordre juridique du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne. Les résultats de la convention pour le futur de l'Europe et la future conférence intergouvernementale seront donc déterminants. Parce que la politique d'asile constitue un élément essentiel de son patrimoine juridique, notre conviction est que l'Union européenne se doit de saisir des opportunités ouvertes par la future conférence intergouvernementale pour développer un modèle de protection inscrit dans le prolongement de la philosophie humaniste qui a présidé à la construction européenne.

Bibliographie indicative

ALLEWEDT R., "Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. IV, n° 3, 1993, pp. 360-376.

BOCCARDI I., *Europe and Refugees : Towards an EU Asylum Policy*, ed. Kluwer Law International, The Hague, 2002.

BOUTEILLET-PAQUET D., *L'Europe et le droit d'asile. L'émergence d'une politique européenne en matière d'asile et ses conséquences sur certains pays d'Europe centrale*, L'Harmattan, Paris, 2001

BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, ed. BRUYLANT, Bruxelles, 2002.

CARLIER J-Y et VANHEULE D. (sous la direction de.), *Europe and Refugees : A Challenge?*, Kluwer Law International, Netherlands, 1997, 280 p.

De SCHUTTER O., "La Convention européenne des droits de l'homme et l'Asile", *Revue du Droit des Etrangers*, n° 80-81, 1994, pp. 471-480.

FOURTEAU H., *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres. L'impact des garanties européennes contre la torture, les traitements inhumains et dégradants*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, 376 p.

GIAKOUMOPOULOS C., "L'étranger en zone internationale et les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme" pp. 211-227 in ANAFE, *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la "zone internationale"*, L'Harmattan-ANAFE, Paris, 1993, 239 p.

GUILD E., *The Developing Immigration and Asylum Protection and Asylum Policies of the EU. Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions, and Conclusions*, Kluwer Law International, Netherlands, June 1996, 530 p.

MOLE N., "Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme", Actes du Colloque du Conseil de l'Europe, *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des réfugiés, demandeurs d'asile et personnes déplacées*, 2-3 octobre 1995.

III. SANCTIONS AND REGULATION OF MIGRATION FLOWS by Nuala Mole

Introduction

This paper considers the impact of legal sanctions on the implementation of the international standards that govern the administration of immigration and asylum regimes in Europe. The paper does not attempt to analyse the policy considerations leading to these regimes. Many of the illustrations are taken from the United Kingdom, as this is the jurisdiction with which the author has most familiarity, but the phenomena described can be found across Europe.

The starting point is to acknowledge that the general right to *leave* any country which is enshrined in international instruments (UDHR, Art. 13(2); ICCPR, Art.12 (2); ECHR, Protocol No. 4, Art. 2(2)) is not complemented by a general right to *enter* any state, other than that of one's own citizenship. A key attribute of state sovereignty is the right of states to control the access of non-citizens to their territory and to exclude those they do not wish to admit. States therefore have a general right to control their borders and to impose sanctions on those who transgress their rules. However this right of States to control who passes their borders and enters or remains on their territory is not absolute, and is subject to the norms established under international law. International law imposes both substantive and procedural standards.

The most important norms of international law applicable in Europe prevent states from returning individuals to any situation where they will be at risk of exposure to the unlawful loss of their life, or to the death penalty, or to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, or to an inhuman or degrading situation. (ICCPR, Art. 7; ECHR, Art. 3; ECHR, Protocol No.6, Art. 1; UN Convention Against Torture and Other Degrading Treatment or Punishment, Art. 3(1)) This prohibition is wider in scope than the obligation of all European states under the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees, which prohibits the *refoulement* of those at risk of persecution for one of the reasons set out in Article 1 of that Convention.⁷⁰ In addition, exclusion measures aimed at a particular race may also violate the prohibition on inhuman and degrading treatment. (*East African Asians v. United Kingdom*, Commission Report of 1981) and the collective expulsion of aliens is forbidden (ECHR, Protocol No. 4, Art. 4; ICCPR, Art. 13). States also have an obligation to respect private and family life, and this may require the admission, protection from expulsion, or re-admission of those who cannot reasonably be expected to conduct their family or private life elsewhere. (This paper does not look at the privileged position of EEA nationals under EU law.)

In recent times many European states have demonstrated a greater attachment to their sovereign right to control admission to their territory than to compliance with either the letter or the spirit of their international obligations. The challenge posed by the need to reconcile State obligations for the protection of those who need it with the desire to control their borders and migration flows has been the main focus of much of the debate over migration control policy in Europe.

The real dilemma is that the individuals who are entitled to protection under international law are normally precisely those individuals that national immigration policies and laws are designed to exclude.

⁷⁰ "race, religion, nationality, or membership of a particular social group or political opinion"

The sanction regime

The use of the term sanction in this paper is broad. It encompasses;

1. Sanctions on third parties. Sanctions on third parties target those who assist migration which national legal regimes are seeking to prevent. They are often imposed irrespective of whether such migration is expressly guaranteed in international law. They are sometimes imposed on those who provide illegal employment, but they are primarily directed at transporters both knowing or innocent. Carrier sanctions have been imposed on airlines who allow people without proper documentation to fly, and on lorry drivers who transport migrants and asylum seekers along with their cargo. These sanctions are aimed at stopping the smuggling of people across borders. They make no distinction between carrying those entitled to international protection and those who are not. The fines can be very substantial. Sanctions including imprisonment, can also be imposed on traffickers, those who smuggle people across borders and then profit from their activities (usually prostitution) after their arrival in the host country.
2. Sanctions on the migrants themselves. These can range from criminal proceedings brought against those who break the rules of immigration regimes to detention, reduction in social welfare benefits, or the refusal of family reunion. These sanctions are deterrent in nature, aimed at discouraging those who want or are forced to migrate or seek asylum from attempting to reach a given State.
3. Sanctions on States. These are normally imposed by judicial bodies such as national and international courts like the European Court of Human Rights, which oversee the actions of States who may violate individuals' rights in the course of applying their immigration regimes. These sanctions are of vital importance in restraining States and protecting the rights of individuals. However, unlike the sanctions imposed on third parties and migrants, they rarely take the form of penalties or compensation. If the conduct is found to be unlawful, the most the courts will normally do is declare this to be the case.

This paper will now look at these three kinds of sanction in more detail.

1. Sanctions on third parties

(a) Employers

Those who employ undocumented workers are frequently liable to penalties imposed in addition to the normal measures taken against those who fail to pay tax or national insurance, or who fail to comply with other obligations which apply to all employers. These sanctions are of enormous importance, as it is the black market in labour that often encourages people to migrate to Western Europe. The UN Convention on the Rights of All Migrant Workers and their Families starts with the basic premise that workers who are non-documented or in an irregular situation are frequently employed under less favourable conditions of work than other workers and that certain employers find this an inducement to seek such labour in order to reap the benefits of unfair competition. The Convention goes on to say that recourse to the employment of migrant workers in an irregular situation will be discouraged if the fundamental human rights of all migrant workers are more widely recognized.⁷¹ It is widely recognized that regularizing the situation of migrant workers would benefit both the workers and the Member States and sanctioning employers is seen as a key step. It must, however, be complemented by extending a greater degree of protection to the workers themselves. The means to enforce these sanctions on employers are often lacking and violations of the labour laws are routinely undetected. The black market in labour is a dangerous phenomenon for migrants as they are vulnerable to exploitation from employers and often work in extremely low paying jobs which lack the health and safety standards

⁷¹ International Convention on the Rights of all Migrant Workers and their Families, Adopted by the General Assembly at its 45th session on 18 December 1990 (A/RES/45/158)

enjoyed by those in the regular labour market. They lack social protection of all kinds and are vulnerable to threats to bring their position to the attention of the immigration authorities if they complain. All too often, however the employer escapes detection or sanction and the migrants themselves are the ones who are targeted for penalties and expulsion.

(b) Carrier sanctions

Secondly there are carrier sanctions - sanctions imposed on those bringing in aliens without valid papers. Carrier sanctions started in the United States, where this type of fine has been imposed since the 1950s. Their use has been widely expanded in recent years. In earlier times it had been considered sufficient simply to require the carrier to pay the costs of returning the alien. Punitive fines are now imposed and sanctioned at EU level.⁷² The European Union agreed on a Directive on carriers' sanctions in June 2001, which came into force in August 2001. It unifies the fines which may be levied on carriers from between 3,000 and 5,000 Euros per person and the maximum amount of the penalty imposed as a lump sum for each infringement is not less than 500,000 Euros.⁷³ This means that airline and haulage employees effectively become part of the immigration service, a task thought by many to be well beyond their capabilities. Typically these are offences of strict liability and the carrier may be completely innocent, either unaware of the presence of the unlawful persons or unaware that the documentation was invalid.

There are also sanctions on knowing transporters, those who wilfully violate immigration regimes. Knowing transporters can be further broken down into two groups: smugglers and traffickers. The increasing reliance on both smugglers and traffickers can be seen as a direct result of the mechanisms designed to deter people from entering the European Union. It is important to make the distinction between smugglers and traffickers, which is often not found in the rhetoric surrounding immigration.

Smugglers help people to reach their destination when there is no legal way for them to travel. Contact between the smuggler and the migrant ends upon the arrival of the person in the destination country. Smugglers may act purely for financial gain or, more rarely, for altruistic reasons. Traffickers by contrast move people across borders and then continue to exploit them for profit after their arrival in the destination country. Traffickers often will not inform the person of the true nature of the work they will perform in the destination country and may threaten them or their families with harm if they are unable or unwilling to continue to pay the traffickers.⁷⁴ Trafficking is at its most repugnant when it involves women and, even worse, children being trapped in prostitution. Both smugglers and traffickers are often involved in organised crime, but smugglers may work on a one-off or occasional basis. People smugglers and traffickers are frequently also involved in other dangerous trades such as drugs and arms. The frequent link between organised crime and people smuggling and trafficking sucks the smuggled or trafficked individuals into the web of some of the world's most powerful criminals thereby increasing the breadth and depth of their influence. It is therefore a phenomenon of immense concern to governments and human rights defenders alike. However this trade only continues to grow and flourish because legal avenues for immigration have all been closed and the sealed borders become more and more impregnable to those outside the circle of organised crime. The latest initiatives aimed at deterring asylum seekers are likely to have the effect of driving migration further underground and further increasing the powers of those involved in organised crime. If the EU is serious about combating smuggling and especially trafficking and organised crime it will have to open up more legal channels for movement while addressing the root causes of migration in countries of origin and focusing on promoting the observance of human rights and the encouragement of economic development in those regions.

⁷² Mole, Nuala. *Asylum and the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publishing) 2000, p.34

⁷³ Council Directive 2001/51/EC supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985, (2001/51/EC)

⁷⁴ See *Asylum: Challenging Policy and Practice in the UK, EU and selected countries*, (Justice) 2002, p.24

To date there have been no cases brought before the European Court of Human Rights by the victims of traffickers complaining about the approach taken by states. The European Convention on Human Rights is engaged in these cases. Under the Convention the state owes a duty to the victims of trafficking to prohibit, prevent, detect, investigate, prosecute and punish those who commit the crime of trafficking in people, as well as fulfilling the parallel duty of taking all necessary reasonable steps to protect the witnesses and victims of traffickers.

2. Sanctions on the migrants

The second type of sanction is imposed directly on the migrants and those seeking protection under international law. There are a wide variety of mechanisms used by States to punish and deter those who seek to gain needed protection. These mechanisms force the protection seekers to enter the country illegally.

A foreseeable if unintended result of closing most of the other options to legal migration is the increasingly large numbers of people seeking asylum. Many of these people are not entitled to international protection, but the mechanisms for blocking access affect the genuine refugee and the ordinary migrant alike. This has proved an intractable problem, for although States pay lip service to their obligations in international law to provide protection to those who do need it, in closing all avenues of legal immigration they have made it impossible for such people to access asylum procedures legally. Increasing restrictions on legal migration and the absence of any mechanism enabling those who indisputably deserve international protection to seek asylum by using lawful methods of moving, has led to the wholly undesirable situation that even those in genuine need of protection must first “criminalize” themselves. More often than not this nowadays means being assisted by those involved in organised crime. There is virtually no means of accessing the asylum procedures in western States without breaking the law. States have been much more energetic in detecting and sanctioning the migrants who are the victims than in putting a stop to those engaged in the lucrative trade in smuggling and trafficking or devising ways in which the genuine asylum seeker can reach safety lawfully. The attempts to sanction migrants have been driven by the immigration services of the various Member States whose main target is achieved when the illegal immigrant is expelled, leaving the smugglers and traffickers free to work another day.

(a) Visa regimes

First, all states have in place visa regimes, which are often the principal means of controlling access to their territory. They affect the ability of those needing protection to reach safety and are often imposed on countries from which increasing numbers of asylum seekers come. People attempting to travel from visa countries to the EU can be turned back - often at the airport of embarkation - simply for non-possession of a visa. On March 15, 2001 a Council Regulation was adopted which listed the third countries whose nationals needed to be in possession of a visa when crossing external borders of the EU. The list of nationals needing to obtain visas includes those coming from several states that create large numbers of recognised refugees, including Afghanistan, Iraq, and Somalia.⁷⁵ While visas remain a legitimate tool for controlling access to territory, when their use is directed towards blocking access to those enjoying an internationally guaranteed right to protection they violate human rights standards. They also encourage crime. Protection seekers either travel without a visa or pay large sums to obtain forged travel documents to reach safety. No possibility exists of acquiring a visa as a refugee.

Almost all asylum seekers, whether genuine or not, are therefore already tainted with the pejorative label of “illegal immigrants” before anyone has considered their claim for international protection. States often impose penalties on them for falsifying documents or entering the country illegally, but in reality, asylum seekers have no other option. This was illustrated by the following exchange that took place in a debate in the UK’s Upper Chamber, the House of Lords:

⁷⁵ Council Regulation 453/2003

Lord Dholakia: My Lords, can the Minister explain whether there are any legal means by which an individual can enter this country and claim asylum?

*Lord Rooker: My Lords, I think the short answer to the noble Lord's question is no.*⁷⁶

This exchange illustrates the hollowness of the claims made by states that they respect Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights which state that:

“Everyone is entitled to seek and enjoy asylum from persecution”. To do so, however, they must first break the law.

The draft EU Council Directive on Minimum Standards for Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status addresses the question of false documents. It provides that if an applicant for asylum has without good reason misled the authorities with respect to his identity and/or nationality by presenting false information or by withholding relevant information that could have a negative effect on the decision, his application for asylum can be processed under an accelerated procedure. The same is also true of applicants who “in bad faith” destroy or dispose of an identity or travel document. The directive also allows the accelerated procedure to be applied to those who have unlawfully entered a Member State and who, without good reason, have not presented themselves to the authorities as soon as possible.⁷⁷ What the Directive completely fails to address is the question of the absence of any alternative – legal – method of reaching an EU state. The deadline for the EU to agree on the directive is May 2004, although there are doubts as to whether it will meet this target.

(b) Detention

One of the most controversial of sanctions, but one to which states have increasing recourse, is the detention of asylum seekers and migrants. States see detention as a way of deterring asylum seekers from coming to their country as well as a way of controlling asylum seekers' movement within the country.

The EU proposal for a Council Directive on Minimum Standards, referred to above, states that member states shall not hold an applicant for asylum in detention “for the sole reason that his application needs to be examined before a decision is taken by the determining authority.”⁷⁸ However the scope of Article 17 relating to detention is extremely broad and allows detention when it is deemed objectively necessary for an efficient examination of the application or when it is believed necessary for a quick decision to be made. This provision does not sit comfortably with the views of the European Court of Human Rights which has held that a provision which “authorises such deprivation of liberty - especially in respect of a foreign asylum-seeker - must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness”.⁷⁹

In the UK, the detention of people for the purpose of ‘fast-tracking’ their asylum claims was expanded with the opening of the Oakington Centre in March 2000. The Centre can hold up to 400 people when at full capacity. The legality of detaining asylum seekers for the purpose of an accelerated review of their application was challenged as a violation of Article 5.1 of the European Convention on Human Rights. The court at first instance found this to be a violation of an individual's rights under Article 5(1) as it

⁷⁶ Ibid, p.25

⁷⁷ *Amended Proposal for a Council Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*. COM (2002) final/2

⁷⁸ Ibid. Article 17 on Detention pending a decision by the determining authority

⁷⁹ *Amuur v. France*, Judgment of 25 June 1996, §50

CommDH(2003)8rev.

failed to take into account the reasons for each individual's detention.⁸⁰ However, this decision was overturned on appeal where it was found that the detention was justifiable because of the large backlog of asylum seekers waiting a decision on their status, although the backlog of applications was largely due to delays on the part of the UK Home Office.

Detention conditions in some jurisdictions are sub-standard, indicating an attitude of indifference to the health and safety of those seeking protection. In *Dougoz v. Greece* the European Court of Human Rights heard evidence from the applicant and the Committee for the Prevention of Torture (CPT) about conditions in a Greek detention centre. "There were no beds and the detainees were not given any mattresses or sheets or blankets. Some detainees had to sleep in the corridor. The cells were dirty and the sanitary facilities insufficient..."⁸¹ The Court found a violation of Article 3. The CPT has frequently criticised the poor conditions of immigration detention. The CPT has strongly criticised people being held for long periods of time in police stations or transit zones and has condemned the detaining of immigrants and those seeking international protection with criminal prisoners as "fundamentally flawed."⁸² The CPT has called for all immigration detainees to be entitled at the outset to inform a person of their choice about their situation and have access to a lawyer and a doctor. In addition, they should be informed immediately of their rights in a language they understand and have information about the procedures applicable to them. The CPT states, that in many of the countries it has visited, these requirements are not met, and detainees are often not informed of their rights and do not understand the judicial process and how they will be affected by it.

(c) Terrorist suspects and the withdrawal of fundamental rights

A more recent phenomenon to emerge is the assertion by the State that an asylum seeker, or even a recognised refugee, has suspected links to terrorism, which leads in turn to the withdrawal of fundamental rights. Since the events of September 11th the dialogue surrounding asylum has increasingly focused on security concerns. The proposed Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees reflects the current climate in Member States, stating that Member States may refuse to grant status to a refugee in cases where a person is considered to be a risk to the internal security of the Member State.⁸³ These provisions represent a broadening of restrictions permitted by the 1951 Geneva Convention, which under Article 1F only allows for the exclusion from refugee status of those who had committed a crime against peace or humanity, a serious non-political crime outside the country of refuge, or acts contrary to the purposes of the United Nations. The refusal to *grant* refugee status is a different issue from the expulsion of an individual under Article 33 (2) of the 1951 Convention. The provisions of Article 33(2) (which appear to permit *refoulement* of a refugee who presents a threat to national security) have largely been rendered devoid of application in Europe because the jurisprudence of the ECHR makes it clear that such matters will not affect the absolute nature of the protection guaranteed under Article 3 (see e.g. *Chahal v UK*, Judgment of 15 November 1996, and below Sanctions on States). Once accused of links with terrorism, asylum seekers have little access to justice and, under the provisions of several member states, can be detained on these charges. In the UK, aliens who cannot be returned to their country of origin because it is acknowledged that to do so would violate Article 3 ECHR, but who are *suspected* of having terrorist links, can now be detained indefinitely without any charge at all.⁸⁴ The UK has derogated from its obligations under Article 5 ECHR in order to do this. The Council of Europe's High Commissioner for Human Rights sent an opinion to the UK Joint Parliamentary Committee on Human Rights⁸⁵ expressing grave reservations about these measures. Their legality and the legality of the derogation are currently being challenged before the UK courts.

⁸⁰ *Saadi, and others v. Secretary of State for the Home Department*, 17 September 2001

⁸¹ *Dougoz v. Greece*, Judgment of 6 March 2001

⁸² *The CPT Standards: 'Substantive' Sections of the CPT General Reports*, p.41

⁸³ *Proposal for a Council Directive on Minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection*, 2001

⁸⁴ Ss21-23 Anti terrorism, Crime and Security Act 2001

⁸⁵ Opinion 1/2002

(d) Denial of legal assistance

Although most states now provide some kind of legal representation to enable people to challenge adverse decisions which could lead to their expulsion to face prohibited treatment, the refusal to fund legal advice or to provide assistance at the time of making the request for protection frequently leads to the poor presentation of the claim including the omission of salient elements, which is difficult to rectify on appeal or review. Those seeking protection are unfamiliar with the process of applying for asylum and the complexities of the procedures and are in a foreign, unfamiliar environment. They are unaware of their rights and obligations and are unsure of the steps to take in the application process. As a result, the content of asylum applications is often of poor quality, and those deserving of protection are not able to make their case in the most effective way. The provision of free, qualified, and independent legal advice is essential to the functioning of a fair asylum system. Access to free qualified legal assistance at an early stage would improve the quality of first instance examinations of the claim and would increase the chances of a correct and fair assessment of an applicant's case. The absence of such advice directly contributes to the large volume of decisions reversed on appeal.

(e) Denial of social assistance

Another deterrent being used to discourage asylum seekers is the refusal of social assistance support to those who fail to claim asylum immediately on arrival. States have been able to make the refusal or withdrawal of material support from those seeking protection another way of controlling the movement of migrants. In the UK support may be removed if people fail to report, and people may be obliged to travel up to 90 minutes or 25 miles by public transport as provided in the 2002 White Paper and Bill.⁸⁶ A voucher system was also set up in 2000 where asylum seekers were provided with vouchers exchangeable for goods instead of cash. They proved to be unpopular with shopkeepers, and they were phased out in 2002. Other States have similarly restrictive schemes.

(f) Forced deportations

The CPT has set standards for safeguards against ill treatment when forced deportations are carried out, stating that it "has received disturbing reports from several countries about the means of coercion employed in the course of expelling immigration detainees. Those reports have contained in particular allegations of beating, binding and gagging, and the administration of tranquillizers against the will of the persons concerned."⁸⁷ Amnesty International and The Committee on Migration Refugees and demography of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe have also carried out investigations into these practices.

(g) Future sanctions – the proposal for extra territorial processing of asylum claims

As a result of the intense pressure on governments to reduce the number of asylum seekers even more extreme measures are now being put forward, the latest being a UK proposal to the Greek Presidency of the EU calling for external processing and transit centres to be placed outside of the borders of Europe. On 28 March 2003, an informal meeting of EU Justice and Home Affairs (JHA) ministers discussed the UK's "new vision for refugees" and the proposed "external processing" of asylum-seekers and "protection in the region" (the so-called "safe havens" plans). UNHCR has given its approval with the proviso that the centres should be within the EU even if at its borders. The premise for the proposal is that those in need of protection would be able to access it as fast as possible, but the practical consequences for refugees would be dire. The transfer of responsibility for refugee status determination outside the territory of EU member states to third countries at the borders of Europe or in the region of origin could risk being incompatible with the fundamental right to seek and enjoy asylum enshrined in Article 14, 1 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) and Article 18 of the Charter of

⁸⁶ *Asylum: Changing Policy and Practice in the UK, EU and Selected Countries*, Justice, 2002, p. 39

⁸⁷ *The CPT Standards: 'Substantive' Sections of the CPT General Reports*, p.44. See also Mole, *Asylum and the ECHR CoE 2001 pp 40-42*

CommDH(2003)8rev.

Fundamental Rights of the European Union (2000). Serious practical difficulties arise if EU states are to transfer the processing of asylum applications to third countries and still comply with their international obligations. Much depends on whether the processing will be done by officials of the EU states, by officials of the states where the camps are located, or by officials of an international organisation such as IOM (UNHCR's role seems to be intended to be confined to assisting with the review of decisions). There are serious concerns regarding the capacity of countries bordering the European Union to undertake additional protection responsibilities. The current economic instabilities in the region and hostile public opinion, with increasing reports of violent attacks on ethnic minorities and asylum seekers, create an atmosphere of tension in which it may be impossible for the processing of applicants to be fairly and safely carried out. Under the ECHR, States are required to take all the steps that it is reasonable to expect them to take to prevent a harm of which they know or ought to have known (*Osman v UK*, Judgment of 28 October 1998). Moving asylum seekers to locations where their safety is precarious may well fail this test. At a time when the EU is about to agree on a common set of standards for processing the applications of those in need of protection, it would be incongruous to shift the responsibility for upholding those standards to third countries.⁸⁸

A number of issues are relatively clear. A state which had received a request for protection would not cease to be responsible for the outcome and consequences by simply transferring the task of processing that request to another state or organisation (see *T. I. v. UK*, ECHR Admissibility Decision of 7 March 2000).

It is not clear how the safety of the applicants would be ensured. Neither is it clear what jurisdiction would apply in these camps. Would the sending EU Member states have extra-territorial jurisdiction? Which state would be responsible for the procedural safeguards against the expulsion of refugees? Where would the requisite pool of interpreters be found? And finally, the issue of returns is a problematic one for many Member states. Their ability to return people whose claims have been refused is questionable. What would happen to people from external processing centres who did not succeed in their asylum applications? Would they become the problem of the State that hosted the processing centre, thereby effectively shifting the burden away from the EU? Or would the EU Member states have to take responsibility for the return of these people, many of whom could not, for practical reasons, be returned? The list of practical questions posed by the opening of such centres is endless.

What is clear however, is that such centres would function to allow governments to attempt to dilute their responsibility for providing protection to those in need by shifting the burden to the regions of origin or to organisations like IOM. The centres would equally dilute the ability of migrants to access effective protection.

The EU produced its own Communication⁸⁹ which rejected the most radical elements of the UK proposals, preferring to explore UNHCR's counter proposal. Although the EU did not take up the UK proposal (which has support from the Dutch, the Danes, and the Austrians) at the Thessaloniki summit in June 2002⁹⁰ rumours about the proposed location of the camps have been rife. Press reports suggest that EAR money has already been given to build the camps in Croatia.⁹¹ Under what budget line this has been done remains unclear – as it remains unclear whether people in the locality were informed about the intended purpose of the camps.

⁸⁸ See Report of Amnesty International June 2003 – “UK/EU/UNHCR Unlawful and unworkable – Amnesty International's views on proposal for extra-territorial processing of asylum claims”

⁸⁹ Towards more accessible, equitable and managed asylum systems, Brussels 3 June 2003 COM(2003)315 final

⁹⁰ Conclusions Thessaloniki summit, para 26

⁹¹ The Observer, DATE

3. Sanctions on States who violate international law

The discussion above seems to suggest that states are able to act with impunity and to take whatever measures they wish to reduce or negate their obligations under international law. Fortunately, in many countries legal practitioners are vigilant in challenging states when they overstep the limits.

Sometimes national courts will condemn state practice. The legality of carrier sanctions is in question now following a decision by a United Kingdom court in 2001 which ruled that sanctions imposed by the UK Immigration and Asylum Act of 1999 imposing fines on individual lorry drivers for transporting people in their lorries was unlawful, violating the right to a fair trial in Article 6 of the European Convention on Human Rights.⁹² The court held that it was “unworkable in practice and unfair in law”. Also in Austria, a ruling by a court of appeal of the Land of Lower Austria has overturned a decision reached at the first instance court to fine an airline 36,000 Euros for transporting 12 passengers lacking the documentation necessary to enter Austria.

The time when sanctions may be imposed on carriers, forcing them to act as a first instance immigration service, may be nearing an end.

In *R v. Adimi*, the UK Court of Appeal found there was no way to access asylum without resorting to false representations or documents.⁹³ Asylum seekers could nevertheless be subject to criminal charges for resorting to false travel documents and illegal entry into the country. The court found “the combined effects of visa requirements and carriers’ liability have made it well-nigh impossible for refugees to travel to countries of refuge without false documents.”⁹⁴ It held that the practice of carrying out a criminal prosecution for entry into the UK by false documents before the asylum claim had been determined was unlawful (cf Article 31 1951 Geneva Convention). If the claim for asylum has not been made as soon as reasonably practical after the claimant’s arrival in the UK claimants can be denied all government support. This was held by the courts to be flawed since the risk that an asylum seeker would be subjected to inhuman or degrading treatment by being denied support could result in a violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights.⁹⁵

There is no supranational mechanism⁹⁶ under the 1951 Geneva Convention to monitor compliance or to sanction states that fail to comply with their obligations under that treaty. As the European Court has frequently noted, the European Convention on Human Rights contains no express provision relating to asylum, but the Court has long held that the prohibition on torture or inhuman and degrading treatment applies equally to the expulsion of an individual to a situation where he or she would risk exposure to prohibited treatment or conditions⁹⁷.

The European Court of Human Rights has adopted a robust stand on matters of principle⁹⁸. In *Chahal* for example, it specifically found that issues of national security could not justify expulsion to face prohibited treatment. However the Court has sometimes proved much weaker in applying those principles in practice. In *Vilvarajah v. UK* (Judgment of 30 October 1991), whilst upholding the principles it has previously enunciated, it found no violation of Article 3 when a group of young men were ill-treated on return to Sri Lanka exactly as they had alleged they would be when making their asylum claim. Their asylum appeals in the UK courts (heard after their return) were also successful. The Human Rights Court nevertheless found that there were no special features of their case that would have enabled the UK to foresee that they were at real risk of ill treatment as they had claimed they would be.

⁹² *International Transport Roth GMBH and others v. SSHD*, 5 December 2001, QBD.

⁹³ *R v. Uxbridge Magistrates Court ex p Adimi and others*, 29 July 1999

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *R v. Secretary of State for the Home Department*, 18 March 2003, CA

⁹⁶ Other than the theoretical possibility of an inter-state case before the ICJ

⁹⁷ See generally *Mole, Asylum and the European Convention on Human Rights* CoE 2001

⁹⁸ *Soering v UK*, Judgment of 7 July 1989, *Cruz Varas v Sweden* Judgment of 20 March 1991, *Chahal v UK*, Judgment of 15 November 1996, *D v UK*, Judgment of 2 May 1997, *Hilal v. UK*, Judgment of 6 March 2001

CommDH(2003)8rev.

In *HLR v France*⁹⁹, the Court clearly stated that Article 3 applied to situations where the applicant was at risk from non-state actors in the country of destination, but found, on the merits, that a Colombian drug dealer would not be at risk if returned to Colombia after he had given the French authorities extensive information about the operation of a big drug cartel in return for a reduced charge and sentence. The information had led to the arrest and imprisonment of some of the key members of the cartel, which was still active in Colombia.

The Court had until recently also adopted a rather weak approach to its own procedural mechanisms. Under Rule 39 of the Rules of Court, interim measures are provided for. Rule 39, para. 1 states that the Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.¹⁰⁰ This power is most frequently invoked to prevent the expulsion of an individual to a situation where he claims he would be at risk of prohibited treatment. The Court will “indicate” to the state that the applicant should not be expelled until the Court has had the opportunity to consider the case. The Court held in a much-criticised judgement in the case of *Cruz Varas v Sweden* that a state did not violate the Convention by failing to comply with such an “indication”. Emboldened perhaps by the approach of the ICJ in the *Le Grand* case¹⁰¹, recently in *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*,¹⁰² the Court found that Turkey’s failure to comply with a Rule 39 indication violated the enjoyment of the right of individual petition (Article 34). This was an important advance, if a somewhat pyrrhic victory for the applicants as the Court found that there was “insufficient evidence” of ill-treatment or lack of a fair trial on return. (This lack of evidence was unsurprising since the applicants’ lawyers had been unable to contact their clients after the expulsion.)

The Court has taken the same divided approach to principle and practice in the cases concerning family life and immigration. Article 8 of the European Convention on Human Rights provides for the right to respect for private and family life. Article 8 paragraph 2 states that except in certain restricted circumstances, this right should not be interfered with by the state. A foreigner who has contracted a genuine marriage, even where there are children of the marriage, may be refused the regularisation of his stay in the spouse’s home state under national immigration laws. The Court has frequently found that there is no interference with the Article 8 rights if the couple and their children could go and live in the foreigner’s home state. There being no interference, there is no need for the State to justify its actions under Article 8(2)¹⁰³. The low point of the case law was the decision in *Gul v Switzerland*¹⁰⁴ where the Court found that there was no violation of Article 8 by the refusal of the Swiss authorities to permit a left behind older child to join his parents in Switzerland. It held that the family could return to Turkey to enjoy their family life, even though this option had never been advanced by the Swiss Government in the proceedings and the mother had been granted residence in Switzerland on the express ground that her life and health would be in danger if she returned. No consideration was given in the judgement to the position of the much younger child of the family who was settled in foster care in Switzerland because of the mother’s physical handicaps. A step forward in the case law was marked by the decision in *Sen v. The Netherlands*,¹⁰⁵ where the Court found a violation of Article 8 when The Netherlands refused to grant family reunion for the left behind older child of a Turkish family who had been established for many years in The Netherlands.

⁹⁹ Judgment of 29 April 1997

¹⁰⁰ *RULES OF COURT (October 2002) REGISTRY OF THE COURT STRASBOURG*, Rule 39 para.1

¹⁰¹ *Germany v USA*, ICJ Judgment of 27 June 2001

¹⁰² Judgment of 6 February 2003

¹⁰³ see eg *Abdulaziz, Cabales, Balkandali v. UK* Judgment of 28 May 1985, *Kamara v UK*, Admissibility Decision of 31 August 1994, *Sorabjee v. UK*, Admissibility Decision of 23 October 1993

¹⁰⁴ Judgment of 19 February 1996

¹⁰⁵ Judgment of 21 December 2001

A more positive approach has been taken to cases involving the expulsion of second generation immigrants. However, the Court's approach has varied. In *Moustaquim v. Belgium*¹⁰⁶ the Court found that the expulsion of a person who had lived in Belgium since the age of two violated the Convention. The later decisions in *Boughanemi*¹⁰⁷ and *Bouchelkia*¹⁰⁸ refused to find violations in similar circumstances. In relation to the collective expulsions of aliens, the Court has been reluctant to use the full strength of its sanctioning power towards states.¹⁰⁹

(a) Friendly settlements

The threat of public embarrassment caused by the finding of a violation will often be sufficient to lead to the lifting of an expulsion order once a case is communicated by the Court to the government, but before there has been a ruling on the merits. This is to be welcomed even though it demonstrates the protection gaps that exist at the national level. It is difficult to see how a state has complied with its obligations under Articles 1 and 13 of the Convention if it only acts correctly after a complaint has been taken to Strasbourg.

(b) Execution of judgments

The Committee of Ministers, and not the Court, is responsible for overseeing the execution of judgments.¹¹⁰ The recent decision in *Mehemi(2) v. France*¹¹¹ is illustrative of the approach to immigration cases. In *Mehemi (1)* (Judgment of 26 September 1997), discussed below, the Court had found that the applicant's right to respect for family life had been violated by his expulsion from France. The French Government, who had known for weeks of the date on which the Court's judgment would be delivered, then took more than five months after the violation had been found to issue him with the necessary visa to return to France, and then still maintained the exclusion order in force (which affected his right to social benefits) despite allowing him to return to France. Mr Mehemi complained again to Strasbourg and the Court found that neither the delay of five months in issuing the visa to return nor the maintaining of the exclusion order violated the Convention. It is difficult to follow the logic whereby Mr Mehemi's exclusion from France constituted a violation of the Convention from the date of the expulsion until the date of the judgment in *Mehemi (1)* but the same continuing interference with family life was no longer in violation of Article 8 from the date of the judgment till the date on which the visa to return was issued. It is as though the Court was saying that the violation somehow ceased upon the delivery of the first judgment.

(c) Article 41 – Just satisfaction

It is clear from the sections on sanctions on third parties and sanctions on migrants above that some quite draconian measures are taken by states against both those groups ranging from criminal charges leading to imprisonment to the imposition of heavy fines.

The European Court, however, has never sanctioned a state by imposing a monetary award in an Article 3 expulsion case. In many cases no damages claim is submitted, but even where a claim is made it is rejected. The Court consistently holds that the finding of a violation (or a potential violation if expulsion has not actually been carried out) is sufficient just satisfaction. Even in cases where a violation of procedural rights has been found such as occurred in *Jabari v Turkey*¹¹² or *Mamutkulov* no pecuniary award was made. In the Article 8 cases the same approach is normally taken, although in *Moustaquim* (discussed above) the applicant was awarded 100,000 BF (2,500 euros) by way of non-pecuniary damage for five years exclusion from family and friends. In *Boultif*¹¹³ and *Sen*¹¹⁴ (Article 8 family cases

¹⁰⁶ Judgment of 18 February 1991

¹⁰⁷ Judgment of 24 April 1996

¹⁰⁸ Judgment of 29 January 1997

¹⁰⁹ See *Conka v. Belgium*, Admissibility Decision of 13 March, 2001

¹¹⁰ Article 46(2) ECHR

¹¹¹ Judgment of 10 April 2003

¹¹² Judgment of 11 July 2000

¹¹³ Judgment of 2 August 2001

CommDH(2003)8rev.

in which the applicants had actually been expelled or excluded), the applicants made no application for just satisfaction. In *Mehemi v. France* (1), in contrast with *Moustaquim*, the Court found that the applicant's unlawful separation from his family for five years following an expulsion did not require compensation. (In marked contrast to *Mehemi*, in the Article 8 cases concerning the separation of families by the unlawful taking of children into public care substantial awards are frequently made by the Court.) In *Ahmed v. Austria* (Judgment of 17 December 1996), the court knew that the applicant had been deprived of his refugee status and therefore had had no means of subsistence whilst challenging his threatened expulsion but nevertheless made no award. The applicant, who remained destitute, ironically committed suicide some months after winning his case in Strasbourg. If no expulsion to face treatment contrary to Article 3 takes place, the Court refuses to recognise that the applicants living under this threat during the domestic and ECHR procedures must have suffered the kind of anxiety and anguish which requires compensation. Contrast this approach with that taken in *Comingersoll v. Portugal* (Judgment of 6 April 2000), where the Court felt able to award non-pecuniary damages of 7,500 euros for the anxiety and inconvenience caused to members of the management team of a company by delay in the enforcement of civil proceedings.

The Court will only award just satisfaction to compensate the victim and not to punish the offending state. Although there are proposals currently under discussion¹¹⁵ to amend the ECHR to permit sanctions to be imposed on states who fail to comply with judgments or who are repeat offenders before the Court, there is as yet no generally accepted proposal to make the radical changes that would be required to enable the Court, as a general rule, to impose penalties in appropriate circumstances on offending states in addition to, or instead of, awarding just satisfaction to the victims of violations.

Conclusions

It appears that, for the time being at least, states will continue to adopt increasingly severe deterrents and sanctions in their attempt to reduce the number of persons arriving at their frontiers or seeking to remain once they have entered. These deterrents and sanctions all pay lip service to the observance of international obligations but often make their implementation in practice almost impossible. Whilst national courts can, and do, act from time to time as a check on the measures taken by states, they are more likely to pay "due deference" to the decision of the policy makers. The European Court of Human Rights remains the essential ultimate guardian of the rights of vulnerable foreigners and the only body that can rise above national attitudes to protect their rights. The right of individual petition secured by Article 35 of the Convention, with all its imperfections described above, remains the only avenue whereby national governments can be held in check when their own courts will not intervene. It is therefore essential that the proposals currently under discussion for the reform of the Court do not remove from these vulnerable individuals this essential procedural safeguard, and that the threat of the Court's sanctions, such as they are, continues to act as an incentive to states to meet their international obligations in applying and implementing national and European policies.

¹¹⁴ Judgment of 21 December 2001

¹¹⁵ CDDH(2003)006 Final – proposal C4

**IV. TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS – VIOLATION OF HUMAN RIGHTS
WITH PARTICULAR EMPHASIZES ON SOUTHEASTERN EUROPE
by Igor-Davor GAON,
Permanent Representative of Bosnia and Herzegovina to the Council of Europe**

Background

Trafficking in human beings is a global phenomenon, which is strongly affecting countries in political and economic transition or post-conflicts period. Mostly, these countries are the countries of origin. But, this phenomenon is also affecting the more economically developed countries, as countries of destination as well as countries of transit.

Modern society tries nowadays to fight against trafficking in persons, drug trafficking, smuggling of goods, etc. However, smuggling people, selling and using them, putting them into slavery and using as cheap labour and sexual objects is the deepest and darkest side of organized crime.

Each year, hundreds of thousands of people have been caught in the snare of organized crime and have been turned into goods for sale, or eventually for resale. This is nothing else but the slavery of the third millennium. Back in the past, people could have read about this only in the newspapers, and such stories were never referred to Europe. However, today, this happens here, on our doorsteps. Everything started with the fall of Berlin Wall and the opening of East and Southeast Europe, which resulted in stronger alliances of criminal networks around the world.

To the entire process, one should add war victims who have been involuntarily moved from their homes, and then, due to different reasons or inadequate relations with the host-country, have availed themselves of different ways of entering the “promised land”, and in this way have become the victims of trafficking in persons.

Each person, living in difficult situation is attracted by the opportunity and possibility to improve its own situation of the life in country where he can find a new job, better salary.

Around 150 million people all over the world are living outside their country of origin and every year they are joined by 3-4 million emigrants. This number also includes 12 million or so refugees, driven from their homes by war, hardship and persecution. These 150 million people represent only 3% of the world population. But, they generate debate and controversy, which does not correspond with this modest number. To ask about the right of immigrants is to re-open many uncomfortable questions. Migrants by definition for examples do many of the “3D” job (dirty, dangerous and difficult) and work for desperately low pay. There have been numerous theories of migration, but they can be categorized into two groups: the individual and the structural.

The “individual theory” considers that each migrant, as a rational human being, is looking for available options, which offer the highest wage rates and the best prospects of finding work.

But, migration is not necessarily an individual decision. Sometimes, or better to say often, a whole family plans the strategy.

The “structural theory” is rather different. In this view, the migrant is more like a ball in a pinball machine, knocked around by forces beyond his or her control. These forces could be economic or social or political in nature, pushing people out of one country and pulling them towards another.

CommDH(2003)8rev.

In the receiving country, the structural forces, which attract the immigrant, could be a shrinking population or a shortage of people to work as domestic servants. In these circumstances, the daughter of a landless Moldavian farmer might find herself in difficult situation to resist the forces “impelling” her to work in Kosovo or Italy.

Namely, this is completely in context with Recommendation No. R (2000) 11 and Explanatory memorandum adopted by Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 May 2000: *A whole range of factors contribute to the development of trafficking in human beings, whose underlying causes may be described without any hesitation as “structural”*.¹¹⁶

In the period between 1970 and the 1980s, Western European countries have been a destination for traffickers who brought women and men from Asia and Latin America. The situation has dramatically changed since the fall of Berlin Wall in the early 1990s. Increasingly, women from Eastern European countries have become the dominant group on the “market” in Western Europe and also within the region of Central and South Eastern Europe.

Trafficking in human beings doesn’t spare anyone - women, men, girls and boys - but the fact is that majority of trafficked persons are women and girls¹¹⁷, because a new situation has had a special effect on women. The reality of the post conflict situation and economic situation made the position of women in domestic labour markets very weak, causing more women to be unemployed and the feminization of poverty, which has resulted in a dramatic increase of migration, especially in younger women.

As an alternative to the restrictive immigration policy of the Western Europe, organized crime offered a kind of illegal migration, which, of course, represents a violation of human rights named “trafficking in human beings” with sexual slavery in the background.

In the early 1990s, trafficking in human beings became a serious problem in the region under the Stability Pact for South East Europe umbrella¹¹⁸. Although this issue has received attention, which increased with time, this problem is far from being solved. On one side there is a cross-border organized crime¹¹⁹; on the other side there is an insufficient degree of awareness of the problem and a lack of

¹¹⁶ Trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation, Recommendation No. R (2000) 11, see paragraphs 23 and 24, page 4 and 24-25

¹¹⁷ There are very little data on the trafficking of men into Western Europe. The experience is different in the United States, where men are identified as victims of trafficking and forced labour (www.cia.gov/csi/monograph/women/trafficking.pdf).

¹¹⁸ The Stability Pact initiative was founded in 1999 by more than 40 partner countries and organisations, including the countries of the region and their neighbours. In September 2000, a Task Force on Trafficking in Human Beings was created under Working Table III of the Stability Pact.

¹¹⁹ Organized crime is a worldwide present phenomenon and has been identified as a crime that is better organized and spreading faster throughout the world than any world legal business. Each country defines organized crime in its own way and in accordance with its legislation, dealing with it within the frame of its own criminal code.

Unfortunately, as world globalisation makes progress, the number of the completely open to all kinds of cooperation, but also to organized crime, increases as well. Thanks to its excellent organization, organized crime is spreading more and more, and has easily recognizable international dimensions. A state alone has a hard time struggling against this kind of crime, so that tackling this problem requires both a regional and global approach. This can be accomplished through collecting and processing the information, and classifying and exchanging that information, which requires international cooperation in an open combat against this phenomenon, including uniform legislation.

However, many factors influence organized crime because this phenomenon varies from state to international level, while the rapid technological revolution over the last ten years has provided excellent equipment and a sophisticated approach to international crime. Due to modern technology this crime is well connected and state border limits do not exist any more, opening a number of opportunities for this crime and, thereby, decreases the ability of those who are supposed to combat and prevent it.

harmonization in the criminal laws of the states, which together make the situation very difficult in terms of combating organized crime. Also, another factor is responsible for the low level of efforts in treating of this problem – restrictive government approach to combating “illegal migration”, organized crime and legal or illegal prostitution. This not only render migrants more vulnerable to traffickers, but often leads to trafficked persons being swiftly returned to their home countries as undocumented migrants into the very same conditions from which they left, rather than being identified as victims of crime or to be included in a programme of prevention and protection.

More or less, governments tend to treat trafficked persons as criminals rather than victims because of their irregular status (residence, employment) or because they are working in prostitution, although they are in fact victims of trafficking and sexual slavery. On that way, the victims cannot stay in receiving country to recover and co-operate with investigators and thereby contribute to increase the chances that traffickers will be successfully prosecuted.

Finally, we cannot ignore corruption and the fact that public officials are sometimes, also, involved in trafficking.

Introduction

The word “slavery” seems to belong to a different time and place – an “uncivilized” land, far away, in an era long ago. But in fact there is slavery going on right here and right now, a slavery of the third millennium, one that is capturing our daughters, sisters, nieces, and cousins: sexual slavery, involving the ensnaring and sometimes outright abduction of women who have set out in search of a better life and better opportunities to support themselves and their families. The women and children of Southeast Europe are for sale – and human traffickers are buying and selling them for profit.

Most people do not realize just how big the business of human trafficking has become, especially in Southeast Europe. Each year, 700,000 women and girls are victims of some kind of human trafficking,¹²⁰ and 200,000 of them pass through the Balkans¹²¹. In terms of money made each year, this is the largest single criminal activity in Southeast Europe, exceeding even the trafficking of drugs. On a worldwide level, the business of human trafficking generates *seven billion* US dollars of income each year.¹²²

Who are the victims of human trafficking? They are our neighbours, our family, girls and women who never thought that they would end up slaves in a foreign land, forced to sell their bodies to generate income for men who beat them, rape them, starve them, allow them to become infected with venereal diseases, and even sometimes kill them.

Here is the story of one victim of trafficking – we will call her Dana.¹²³

The European Commission in its report “A Union Policy Against Corruption”, dated May 1997 underlined that the creation of a uniform market at the European Union level and signing the Schengen Agreement would cause a virtual abolition of and higher vulnerability of border control

¹²⁰ http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/index_en.htm

¹²¹ According to the US Drug Enforcement Administration (DEA), 200 000 victims of trafficking pass through the Balkans region.

¹²² Widgren, J. (1994), International Response to Trafficking in Migrants and the Safeguarding of Migrant Rights, paper presented on the 11th IOM Seminar on Migration, Geneva.

¹²³ Dana is not her real name. Also, in order to protect this woman’s identity, some details have been taken from the stories of other victims of human trafficking and combined with hers.

The road to Italy

Dana grew up in a small town in Moldova, where she lived with her parents. Even though she had a good education (high school and two years of faculty), she couldn't find decent work in either her hometown or in the capital, Chisinau. Dana watched American and European movies and television programmes, and saw how there was better work and a higher standard of living in the West. She decided that she needed to leave Moldova in order to make enough money to support her family, who were slipping further and further into poverty. One day, Dana was talking with her friend about moving to Western Europe and finding work. The friend had seen an ad in the newspaper about restaurant jobs in Italy, and passed the information along. Dana met with the man who had placed the ad, and he told her that not only could he arrange for a job in a restaurant in Italy, but that he would take care of all of the details of emigration, including paperwork.

The day that Dana left Moldova, this man had her fill out job and visa applications, and made sure that she had her passport with her. They drove to the Romanian border, where she was dropped off to wait for the man's associate while he went around picking up other employees. The man reassured her that his associate would take care of the border crossing, and that they would all meet up again in Romania. At the Romanian border, the associate gathered together Dana's passport and paperwork and conferred with the border guards at length – eventually they were waved through. By then it was late at night, and they drove through darkness until they reached a nightclub. The associate delivered her to the nightclub owner, and drove away. The situation seemed a little scary, so Dana checked her paperwork to make sure everything was in order, and saw immediately that her passport was missing. Now she knew she was in trouble – but she had no idea how bad the trouble would be.

Dana asked the nightclub owner for help – but instead of helping her, he threatened to beat her, especially if she didn't do exactly what she was told. Her nightmare had begun. The nightclub owner locked her into a small room at the back of the club and left her there – when he returned, he raped her. Dana was completely at his mercy: he controlled how much and when she ate, and when she was allowed to go to the toilet. She frantically tried to find a way to escape, but there was none.

After several days of being locked in the back room, beaten, starved, and raped repeatedly by the nightclub manager, Dana was picked up by a new man who drove her to Serbia. He too threatened to punish her brutally if she didn't behave, and eventually delivered her to an apartment in Belgrade where she was held hostage with several other women who had fallen for the same trap. The man who was in charge of the apartment brought Dana and another woman to a Belgrade slave market; they were purchased by an Albanian man and smuggled into Albania. In Albania, Dana was once again sold at a new slave market, and ended up being smuggled into Italy where she was forced by her Albanian owner to work as a prostitute in a brothel. She was in Italy, her original destination, but in conditions she could never have expected.

In Italy

By the time Dana arrived in Italy, she was in terrible shape mentally and emotionally. She had spent much of her life protecting her virtue and reputation, and had already been nervous about leaving her home to go work abroad. Then she had suddenly been thrust into a nightmare: repeatedly raped and beaten, threatened with further punishment, suddenly under the control of men who cared nothing for her except for the amount of money she could earn for them. She didn't speak Italian beyond the few words she learned in preparation for her trip.

Dana's pimp put her to work on the streets and controlled every element of her life. After a few weeks he handed her over to another pimp and disappeared. While she was working for this second pimp, handing over all her money to him each morning and then being locked into an apartment with other trafficked women, she was picked up on the streets by the police and arrested for prostitution. She was unable to show that she was in the country legally and so was given a 15-day deportation notice. Her pimp then sold her to yet another pimp, and a few days later she was arrested once more on charges of

prostitution. This time the police kept her in custody, and then, after it was confirmed that she was Moldavian, they arranged for her to be deported.

Back to Moldova

After Dana's arrest, her parents were informed that she had been working as a prostitute in Italy and had been deported because she did not have proper authorization to be in the country. Soon, word of her arrest for prostitution and deportation spread through the community, and she was the primary subject of gossip for weeks. Pressure from neighbours and other family members convinced Dana's parents that she would be a black mark not only on the family, but on the community as well. They arranged for a family friend to meet Dana on her way back to her hometown and take her instead to the home of a distant relative in a village located in a different region.

Now Dana has been back in Moldova for a year. She is living in exile from her family and friends, from her home and community. She still has the same problems finding work as before, but her situation is much worse than before she left: she is still traumatized from her terrible experiences, and her chances of finding a Moldavian husband are now almost non-existent. Dana has no idea why or how she fell into the situation that she did, and has no sense that she was the victim of an organized system of human trafficking – this is because no one has treated her like a victim. Instead, they have treated her like a prostitute, criminal, and fallen woman.

Dana is thinking about leaving Moldova once more and looking for work in Western Europe again. She thinks that she was just the victim of a run of terrible luck, and that if she is more careful this time, things will turn out better.

But will they?

Chapter one: Combating human trafficking - identification of phenomenon

The battle against human trafficking is a difficult one – the system of human trafficking, and the social and economic systems that facilitate human trafficking, is diverse and hard to pin down. What's worse, many people simply do not realize just how serious the issue of human trafficking is. They do not understand that the most vulnerable part of their population is being siphoned off and forced to earn a profit for people who only undermine the local economy instead of supporting it.

Most people, including government officials, simply do not recognize the seriousness of the phenomenon of human trafficking and sexual slavery. Why is there such indifference to this phenomenon? There are many factors that contribute to the inability or unwillingness to acknowledge the issue of human trafficking:

- Governments tend to avoid admitting that there is human trafficking and sexual slavery in their territory; this is true for countries that are sources, transit points, and destinations for trafficked women and girls.
- Victims of human trafficking come from developing or underdeveloped countries. The governments of these countries have “more important things” to take care of, other crises to attend to – fighting human trafficking is low on their list of priorities.
- In addition, the women and children who are trafficked often come from the lowest socio-economic levels of their country. Even if their families learn of their plight, they usually do not have the knowledge or resources to pressure governments, particularly on an international level.
- Prostitution is either legal or tolerated phenomenon in some countries, and sexual slavery is being neglected and equalized with « paid sex », the later being sometimes legal. Therefore, it seems that sexual slavery is becoming legitimate.

CommDH(2003)8rev.

- Criminal codes do not recognize the severity of the crime of human trafficking, and often do not recognize human trafficking as a separate crime; human trafficking is treated as a less serious crime than drug trafficking or arms smuggling.
- Even if criminal codes were sufficient, prosecution and the execution of justice would still be uneven due to corruption and the influence of organized crime at various levels of government.
- Due to a lack of understanding of the nature of human trafficking, combined with the absence of appropriate laws and protocols, the victims of human trafficking are often treated as criminals, even though they themselves are the victims of crime.
- For many countries it is cheaper to treat trafficked persons as criminals than to recognize them as victims of trafficking, which includes protection and assistance (safe accommodation, medical care and services, rehabilitation, etc.). This approach also undermines data collection on trafficking in women and girls.
- Diplomatic representatives of a victim's country of origin in a destination country of the victim of a trafficking in many cases don't want to communicate with the victim, avoiding on that way to give help (translation, documents supplying, money for travel ticket, accommodation, etc).
- The lack of co-operation between diplomatic representatives and victims of trafficking leads to the fact that local authorities simply provide deportation of persons to another country, or region, or state border where that person usually becomes again victim of trafficking. Therefore, the destiny of victims of trafficking more or less depends on criminal codes and activities of NGOs of destination countries.
- Finally, even though the literature on the subject of trafficking in women is growing, data on the number of trafficked persons are very limited and the overall number of victims of trafficking in the EU is still unknown. The only fact that is clear is that the number of victims is surely higher than the official statistics of the EU Member States.

For instance, in March 2001 the European Commission reported that around 120,000 women and children have been trafficked into Western Europe¹²⁴. But the report did not explain how they came up with this number.

Namely, the EU supported a research in trafficking in Member States under the umbrella of the STOP Programme (Sexual Trafficking of Persons). The EU is supplied with data by the national law enforcement agencies, which had been supplied with that data by the local and regional law enforcement offices. However, frankly speaking, many of these local or regional offices pay little attention to human trafficking.

Consequently there are no scientifically reliable statistics about the number of victims of trafficking in EU Member States in a form of a published material, at the moment. Also, lack of data is evident in Central and Southeast Europe and statistics mostly depend on the presence of international agencies or international NGOs, even though domestic NGOs sometimes try to improve the situation.

¹²⁴ EC.2001b: 2

Furthermore, the UN Centre for International Crime Prevention (UNCICP) in Vienna is developing a database on people who are trafficked. According to a news article¹²⁵, after “studying thousands of cases of human trafficking, the UNCICP report the following conclusions:

“Eighty to 90 percent of them become victims of sexual exploitation, the rest victims of forced labour,” “nearly half of the victims of trafficking were children, and 96 percent were females” “there were some 700,000 to 1 million cases of human trafficking annually around the world”

Ann Jordan¹²⁶ reacted with “Stop-Traffic (E-mail)” (14 May 2003) expressing its scepticism towards this statistic: “The UN is constantly using the statistic of about 1 million people trafficked and it would be very useful to have some information on how this number is compiled. I know that a number of people have attempted to find its origin, without any success.

The lack of data on trafficking on the European level is a reflection of factors mentioned above and due to that fact governments are able to avoid tackling the phenomenon of trafficking and can point a finger at other countries and regions and say that perhaps human trafficking can be found elsewhere - but not in their region, ignoring the fact that trafficking in human beings represents a serious violation of human rights.

Chapter two: How women and girls become ensnared in sexual slavery

Southeast Europe is a location for three different stages of human trafficking:

1. Women and girls from Southeast Europe are ensnared by traffickers, shipped across borders, and forced to work as prostitutes, often in Western Europe. In other words, Southeast Europe is a *region of origin*.
2. Women and girls who have been ensnared by traffickers in some of Southeast Europe countries are smuggled through the area of Southeast Europe en route to their final destination; they may also be sold and resold in one of the slave markets found in Southeast Europe. Southeast Europe is a *region of transit*.
3. Women and girls who have been ensnared by traffickers in some of Southeast Europe countries are forced to work as prostitutes in Southeast Europe; their clients can be men from international organizations located in Southeast Europe or local men. Southeast Europe is a *region of destination*.

In this chapter, we will focus on Southeast Europe as a region of origin, and the ways that women and girls from the countries and regions of Southeast Europe are ensnared and recruited by traffickers. Women and girls are taken from Albania, Bulgaria, Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYR Macedonia), Moldova, Serbia and Montenegro including Kosovo, Romania, and Ukraine. It is very important to underline that for instance Albania, Bosnia and Herzegovina, Serbia and Montenegro including Kosovo and FRY Macedonia are countries of destination (“The Independent”, 21 January 2002). They end up in Western Europe, Scandinavia, Turkey, even Asia and North America. Here is how:

Most often the victim of trafficking is someone who has made the decision to leave the country and look for work abroad – they are usually in a difficult financial situation, and think that work abroad, even if obtained through illegal channels, is the only way they can better their situation. There are several ways that traffickers make contact with their victims:

¹²⁵ The Associated Press, May 14, 2003

¹²⁶ Ann Jordan is Director, Initiative Against Trafficking in Persons International Human Rights Law Group

CommDH(2003)8rev.

- The victim reads a newspaper ad offering a well-paid job in Western Europe – the person who has placed the ad is a trafficker, and instead of assisting with migration and employment will funnel the woman into the system of trafficking.
- Someone who the victim already knows, often a woman or even a member of the victim's family, offers her an attractive job in Western Europe – again, instead of assisting with employment, this contact person places the victim into the hands of traffickers.
- Victims are approached by a trafficker directly, someone who claims to have contacts for good jobs in Western Europe.
- Victims are simply abducted by traffickers.
- Women who are already working in the sex industry are contacted by traffickers or their recruiters, who suggest that they move abroad to find more lucrative work – instead, the women end up in conditions of sexual slavery, with working and living conditions *far* worse than those they were promised.
- A woman who is looking for a husband accepts a marriage proposal from a man, who leaves aboard, arranged by member of her family, neighbour or acquaintance. Instead of getting married, the woman ends up in hands of trafficker.

Who are the traffickers involved in the recruiting and subsequent exploitation of these women? Because trafficking is so profitable, criminal organizations from many different regions take part in ensnaring women and girls in Southeast Europe – they include: Albanian criminal organizations, Balkan regional mafia, Eastern European criminal organizations, and Western European criminal organizations, Turkish¹²⁷, Bulgarian¹²⁸, Ukrainian¹²⁹, and Russian¹³⁰ criminal groups are also involved.

Albanian criminal groups are dominant in human trafficking in Southeast Europe – it has been estimated that they control more than 60% of Balkan trafficking, using the same routes for humans and for drugs, and they also control street prostitution in several cities of Western Europe¹³¹.

How does a recruited woman become trapped by traffickers? Most often she is tricked into turning over her passport to the trafficker, who will tell her that it is being taken for a visa stamp – the trafficker will pretend to be facilitating her passage to the country of destination. Passports themselves are valuable, since once they are falsified; they can be used for the transport of multiple trafficked women.

Once the ensnared women are without documents, they are vulnerable and their positions are weakened, and they are more liable to cooperate. This lack of valid documentation also keeps them from going to the police in the destination country: their exploiters (traffickers, brothel owners, nightclub owners, or bar owners) tell them that they have no legal status and no right to live or work in the country, and that they will end up in jail if they go to the police or have any contact with them.

¹²⁷ Cretin, T. (2002) *Mafias du monde*, Presses Universitaires de France, p. 67-68
 Hurriyet, 26 February 1997
 Cumhuriyet, 7 December 1999

¹²⁸ Le Nouvel Observateur, 20-28 août 2002

¹²⁹ Messages, avril 2003

¹³⁰ Agence France Presse, 12 February 1998.

Also, <http://www.antislavery.org/homepage/antislavery/traffickingrussia.htm>

¹³¹ The Guardian, March 26, 2003. See at <http://www.guardian.co.uk/comment/story/0,3604,921977,00.html>

Once they have been ensnared, had their documentation stolen, and been smuggled across national borders, the women are sold to pimps, brothel owners, and bar and nightclub owners, all of whom can be considered slave owners. Their living and working conditions are nightmarish, and violate their human rights in many ways:

- They have no control over their lives or their work, and are completely at the mercy of their exploiters. Their exploiters decide everything: what sexual services they will provide, how many days a week, and to how many men. They control what they wear, what they eat, and their access to medical care.¹³²
- They are forced to have unprotected sex with multiple clients; this makes them vulnerable to unwanted pregnancy and to sexually transmitted diseases, including HIV/AIDS.
- Sometimes they are forced by their exploiters to become drug addicts; this makes them easier to control.
- They are sold and resold without any choice or control on their part – 50% of women and girls who are forced into sexual slavery have their owner, place of residence, and sometimes even country of residence changed.
- They are subject to both physical and psychological abuse. They are raped by their exploiters, and beaten if they show resistance (and sometimes even if they don't). The exploiters also use psychological blackmail – because traffickers in Western Europe often have ties to organized crime in the victims' countries of origin, they blackmail victims by threatening to harm their families if they do not cooperate.
- They end up in a foreign country where they probably don't speak the language, are isolated, do not have contacts, and do not have a support system. They don't know where to go for help, and don't even know how to ask for help.
- Even if they ask for help, the local police are sometimes in collusion with traffickers, and instead of helping the victims and referring them to organizations that provide assistance; they return the victims to the slaveholders.

Victims end up hopeless and despairing, infected with venereal disease, underfed, and ill. They can be arrested and treated as criminals: denied medical care, legal aid, and restitution, and seen as a burden to the judicial system, which usually treats them as illegal aliens and not as victims of organized crime. They then become double victims: victimized first by traffickers, and then victimized by countries that criminalize them. Many victims are deported back to their home countries, where they face all the same problems that drove them to leave in the first place, with the additional burdens of mental and physical trauma, and social stigma and ostracism. Finally, some victims end up dead – either murdered by their exploiters when they became too problematic or no longer useful, or as the result of suicide.

Chapter three: Some facts about sexual slavery in Europe

Because currently there is no integrated and comprehensive system for collecting data on human trafficking, it is impossible to present definitive statistics and information. Instead, this chapter presents a sampling of information about forced prostitution and human trafficking in Europe – the data that we do have show that Southeastern and Eastern Europe have become the most important sources for prostitutes in Western Europe, trafficked or otherwise.

¹³² Medical care is “charged” to the victim, and considered part of the “debt”; she must work off for the exploiter who purchased her

CommDH(2003)8rev.

Following the Interpol's estimations, there are around 300 000 women from South-eastern European countries engaged in prostitution in Western Europe¹³³, where they "live" and "work" in different types of conditions including sexual slavery. The lack of reliable data on migration, connected with trafficking in women and girls and prostitution in Europe, is the problem, but some data do exist, however incomplete and indicate that phenomenon of trafficking in human beings is growing up.

- It is estimated that 75% of the prostitutes in Germany are originally from Southeast Europe or countries of the former Soviet Union.¹³⁴ Russian women are the third largest group of victims of trafficking into Germany, after Lithuanian and Ukrainian women.
- In Vienna, prostitutes from Eastern and South-eastern Europe outnumber Austrian prostitutes by a magnitude of 5 to 1¹³⁵, and approximately 80% of the "hostesses" and bar dancers in Vienna are from Eastern and South-eastern Europe.
- In France, according to the Central Anti-Human-Trafficking Office, 12,000 to 15,000 people were engaged in prostitution in 2001¹³⁶. For instance, in Nice, 2 out of 3 prostitutes are from Eastern Europe. Data also indicate that all Eastern European nationalities were involved: Rumanian, Hungarian, Bulgarian, Czech, Croatian, Serb, Russian, Ukrainian, Slovak, Moldavian and Lithuanian women worked as prostitutes in early 1990s. Albanian women from Kosovo, FRY of Macedonia and Albania joined them in 1997.
- According to IOM data, 10-20% (2 000 to 6 000) out of 20 000 to 30 000 illegal female migrants, who enter the sex industry in Italy each year, are trafficked. Albanian women are usually sold to Italy.¹³⁷
- Between 1998 and 2003, more than 10,000 Albanian women and children were sold. An investigation in 1998 determined that at that time about 5000 of the 14,000 Albanian women and girls living in Western Europe had been forced into prostitution and were living in conditions of sexual slavery.¹³⁸ It is believed that up to 60% of victims from Albania are girls under the age of 18¹³⁹.
- There are estimates that 20,000 women currently labour in sexual slavery in the Czech Republic.¹⁴⁰
- In Greece, research has shown that almost over half of trafficked women and girls are from Russia and Ukraine, and one third of women, from the other half, are from the Balkans.¹⁴¹
- In Belgium, data indicated that women are trafficked from Albania, Romania, Bulgaria and Russia, but also from Nigeria and China¹⁴².
- The majority of females trafficked to the Netherlands are from Central and Eastern Europe¹⁴³.

¹³³ ¹ DOC. 9795, 25 April 2003, Parliamentary Assembly of the Council of Europe

¹³⁴ Dusch, S. (2002), *Le trafic d'êtres humains*. Presses Universitaires de France, p.147

¹³⁵ *ibid*, p. 148

¹³⁶ *Le Figaro*, 27 février 2001

¹³⁷ *8ú, ŕng in Migrants*, IOM, n°23, April 2001

¹³⁸ *Jutarnje novine*, 3 January 2002

¹³⁹ *Albanian Daily News*, 19 April 2001

World News Tonight, 21 May 2001

BBC, 9 April 2001

¹⁴⁰ *Oslobodjenje*, 8 July 2001

¹⁴¹ Dusch, S. (2002), *Le trafic d'êtres humains*. Presses Universitaires de France, p. 157

¹⁴² OIPC-Interpol, *assemblée generale*, Budapest, 24-28 September 2001

¹⁴³ Doc. 9795, 25 April 2003, Parliamentary Assembly of the Council of Europe

- Switzerland is also destination country. The women who migrate into Switzerland usually come from Poland, Russia, Czech Republic, Lithuania and Albania¹⁴⁴.
- According to IOM, in the last two years Russian border guards have intercepted 5 000 Russian women trying to leave the country with non-valid papers. The final goal for these women was to reach Italy, Turkey, Germany, Finland, but also Bulgaria¹⁴⁵.
- In the last two or three years, Belgrade became the primary marketplace for the buying and selling of human beings in Southeast Europe. There are several marketplaces and also public auctions there. Buyers come from all over Europe and the Middle East to buy women in Belgrade: prices for women here range from US \$1000 to US \$3000¹⁴⁶.

Examples of rescues of trafficked women:

- In a raid in Vienna in 1998, police rescued 20 girls and women who had been trafficked from Hungary and Slovakia – they had been locked in an apartment and forced to be prostitutes. The youngest of the rescued girls was 16 years old; she had been purchased for US \$960.
- In 1999, police in Brussels started running extensive document checks on the street, and found a significant number of juvenile prostitutes. Twenty-five of these girls, between 14 and 16 years old, had been trafficked from Bulgaria, Albania, and Ukraine.
- Spain, September 2002. The police have dismantled a network operating in a sex club in Bellvei (Tarragona) in which they had detained twenty foreign women as well as persons in charge for them (five Romanian, four Russian, three Belorussian, one Ukraine and one Lithuanian woman, also there were women from Columbia, Brazil and Sierra Leone). The police released a Russian citizen believed to be kidnapped. They were staying illegally in Spain and police began the operation after receiving a report from Interpol in Moscow that a woman named Larisa had been kidnapped and forced against her will into sex work¹⁴⁷.
- Belgrade, December 2000. Yugoslav police arrested two men for allegedly organizing immigration of young women into Bosnia and Herzegovina, precisely into entity Republika Srpska. The daily newspaper “Politika” reported that police, also in the operation, netted seventy women, mostly minors, from Moldova and Romania who were to be illegally transferred to the entity Republika Srpska in order to work in bars. These two men were working together with their partners in Romania. The price for transfer into Republika Srpska was 250 euros for each woman¹⁴⁸.
- Bosnia and Herzegovina. In a raid on 20 June 2002 in a bar named “Roky” in Vitez (Canton Central Bosnia) five women foreign women (from countries of Southeast Europe) were found to be victims of trafficking and had been forced in prostitution. These five women identified twenty-five policemen as guests of the bar; it stands in their statements given to “STOP” team of IPTF (International Police Task Force)¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Gaon, I.D., Reflection Tables on Immigration and Human Rights. Trafficking in human beings, Athens, 4-5 April 2003

¹⁴⁵ Trafficking in Migrants, IOM, n°23, April 2001

¹⁴⁶ [Stop-traffic] News/Balkans; October 18, 2002

¹⁴⁷ See: www.Lavanguardia.Es/web/20020912/31704229.html

¹⁴⁸ Agence France Presse. December 5, 2000

¹⁴⁹ Published on ONASA news agency, web site, Sarajevo, 29 August 2002

CommDH(2003)8rev.

Examples of the arrest and prosecution of traffickers:

- Spain, June 2001. 69 people were arrested under charges of trafficking in women for purposes of prostitution. International nature of trafficking can be seen in the nationalities of the people arrested, which included two Italians, a Lebanese person, a Romanian, a Russian, a Polish, and a Cuban. The criminal ring had both legal and illegal enterprises: the legal enterprises included discos, bars, and car sales¹⁵⁰.
- Western Europe, October 2002. Trans-border police raids resulted in the arrest of 80 people for involvement in human trafficking. Traffickers were arrested in Italy, Spain, Portugal, France, Austria, Poland, Ukraine, Belarus, and Russia; the people arrested included travel agents, managers of transportation companies, and “hotel” owners. Police concluded that there was close cooperation between Russian and Italian organized crime groups in the trafficking of women and children.¹⁵¹

Examples of the arrest and deportation:

- Italy, August 2002. In an operation by Italian police, 449 illegal immigrants were caught and many of them accused of solicitation, pimping and dealing drugs. Deportation began immediately. Police said that many of them were sent home to Albania and other Balkans states. Human trafficking for the sex trade has boomed across Europe in the last decade and Italy has at least 500 000 street prostitutes, most of whom are immigrants from Eastern Europe, estimates say¹⁵².
- France, Loiret, 2001. The Bulgarian trafficking network was discovered and dismantled in June 2001. The network was built by 10 persons: eight from Bulgaria, one from France and one from Turkey. These ten persons used two women as a liaison between them and prostitutes from Southeast Europe that were victim of trafficking. After prosecution, they were sentenced on five years of imprisonment, but instead to end up in prison, nine of them were deported (the tenth man was French).¹⁵³

Chapter four: Why is there so much human trafficking in Southeast Europe?

This chapter gives a brief explanation of why Southeast Europe is plagued with the problem of human trafficking – it is no accident that women and girls from this region in particular are being entrapped into forced prostitution and sexual slavery. Human trafficking is always closely connected with economic factors and migration patterns; since the early 1990s, the countries of Southeast Europe have suffered from economic and social instability and decline, along with increasingly porous borders and mass migration in and around the region.

The transition from a state economy to a market economy has been a difficult one for the countries of Southeast Europe, particularly when combined with regional conflict and post-conflict political realities. The newly formed and transitional governments are often weak and in flux, and do not yet have tight controls, a well-run infrastructure and consistent law-enforcement in place. This has led to a flourishing black market economy, the corruption of government employees (including police and border guards), the spread of organized crime and the widespread smuggling of drugs, luxury products, arms, and people wishing to migrate. Unemployment has increased, salaries for the jobs that do exist are lower, there is a wider gap between rich and poor than before, and more and more people are living in poverty with substandard living conditions and minimal access to social resources.

¹⁵⁰ Prostitution et Société, juillet-septembre 2001

¹⁵¹ [Stop-traffic] News/Balkans: October 18, 2002

¹⁵² The Associated Press, August 14 2002

¹⁵³ Prostitution et Société, octobre-décembre 2002

Women have been especially hard hit by these new economic and social norms. The level of unemployment among women is much higher than among men, more women live in poverty than men, and in worse conditions. Even when they can find work, it is often limited to “traditional women’s work,” where they earn significantly less money than men. This situation is known as the “feminisation of poverty,” and can be found in many other regions in the world – studies have shown that the feminisation of poverty is a result of social, economic and political discrimination against women.¹⁵⁴ Women are denied access to economic resources more often than men, resources such as sources of income, ownership of property, inheritance, loans, and vocational training for skills that will make them more qualified for employment.

What this means is that leaving the country to find work becomes an attractive option for many women, or may seem like the only option, especially if there are dependent family members to support. Economic factors are often combined with other factors that encourage the young women of Southeast Europe to migrate. There has been a raise in the level of violence against women in Southeast Europe, especially domestic violence.

Women often have a difficult position in the family – on one hand, they may be responsible for the well being of the family, especially economically, but on the other hand they are often excluded from decision-making processes. Since the beginning of the transition, women have had less representation in government, and less and less influence on public and political life.

For these women, the West seems to offer better opportunities overall – not only the chance to find employment and make more money than it is possible in Southeast Europe, but also to live a Western lifestyle, with a better quality of life, including less discrimination against women. This perception is enhanced by watching American and European movies and television programmes, or reading newspaper articles about life in the West. But the images that these sources present tend to be glamorised ones, and show the benefits of migrating to the West to work, but almost never show the risks and costs.

Women who have decided to leave the country for economic betterment become vulnerable to the snares of human traffickers. They are usually aware of the existing migration patterns (legal and otherwise) into the West, and know that they will need a passport and help with buying or arranging visa documents, transportation, a job and a place to live.

However, most of these migrating women are young, sometimes without suitable level of education, and without experience of travelling abroad.

They don’t understand the reality of life and work in the West, and don’t have a basis of comparison for salaries and working conditions – they are unable to judge which offers are “too good to be true.” In addition, they often plan to move abroad alone, leaving them isolated and without the protection of family and friends, and do not have either contacts or a support system in the country to which they plan on emigrating.

Finally, social pressures on the women of Southeast Europe to be virtuous and marriageable, but also to economically support their parents and other dependent family members, means that they are straining against cultural taboos and taking an enormous personal risk by moving abroad. While most of the women who migrate to the West do not end up victims of trafficking, they may end up entering the sex industry, more or less voluntarily; this helps contribute to the perception of migrating women as “loose” women who deserve what they get.

Western European countries contribute to a certain extent to the problem of trafficking of Southeast European women and girls. These countries have strict migration policies, and it is difficult to get a residence permit or a work permit.

¹⁵⁴ See: Limanowska, B. (2002) Report “Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe”

CommDH(2003)8rev.

However, there is also an unacknowledged demand for immigrants and the cheap labour they provide – Western Europeans tend to have longer life spans, lower birth rates, and a lack of desire to do low-prestige and low-level labour.

This combination of restrictive migration policies with demands for migrant workers of Western European countries on one side, and difficult economic situation in Southeast European countries and desire of their citizens for better life on another side, creates a black market of labour and provides economic motivation for people to smuggle illegal immigrants into countries where they can find work.

However, this pattern of mass migration when combined with systems of smuggling people greatly facilitates human trafficking – many victims of human trafficking think that they are simply going to be smuggled into a Western European country for domestic or restaurant work, and end up sold into slavery as a sex worker.

In some ways it comes down to luck – a woman may end up transported to Western Europe and set up with illegal employment, or may end up forced into prostitution and sexual slavery. The system of human smuggling, and the system of human trafficking that lurks just underneath, means that once a woman decides to migrate and place herself in the hands of smugglers there is no way for her to tell which fate will be hers.

To conclude, there are several reasons why human trafficking is flourishing in Southeast Europe. Young women are driven by social and economic factors to migrate to the West, and the porous borders¹⁵⁵ and instability of Southeast European countries have contributed to mass migration within the region, often irregularly.

The flourishing black market, high level of organized crime and corruption mean that systems for all kinds of smuggling are in place, and human traffickers take advantage of these migration patterns and smuggling systems – the same routes and systems are used for trafficking women and trafficking drugs. When combined with a lack of interest in identifying and prosecuting human traffickers, deriving from lack of adequate legislation, law enforcement system and financial means, this has led to a dramatic increase in the amount of human trafficking in Southeast Europe.

The naivety, isolation, and powerlessness of women migrating out of Southeast Europe means that too many women who think that they are en route to a better life in the West end up exploited and victimized by human traffickers.

Chapter five: Defining human trafficking

One of the problems with the international fight against trafficking in human beings is that there is no single agreed upon definition of trafficking in human beings.

Trafficking in human beings is an aspect of migration and in the contemporary world it is primarily women and girls who are trafficked.

At the beginning of 20th century, this was recognized by the League of Nations in a number of agreements designed to combat the sale of women and children. This was better known as the: “white slave trade”, because white women were forced into prostitution.

¹⁵⁵ For example, in Bosnia and Herzegovina, only about 40 of possible 432 border crossings are guarded

In 1949, the UN General Assembly approved a new Convention to replace the earlier international conventions of 1904¹⁵⁶, 1910¹⁵⁷, 1921¹⁵⁸ and 1933¹⁵⁹. The new one was called the Convention for the Suppression of Traffic in Persons and of the Exploitation of Prostitution of Others.

However this treaty was not widely ratified and has been criticized for its lack of definition of trafficking, lack of enforcement mechanisms, and for addressing trafficking as solely the cross-border movement of persons into prostitution.

Due to this convention “trafficking” has often been fused together with exploitation of prostitution. Also the convention didn’t include trafficking for other purposes, and didn’t cover all contemporary forms of trafficking.

After 1947 several international treaties were adopted which tackled the context of trafficking.

As the scale of human trafficking increased in the 1990s attention was more paid to phenomenon, and lack of a clear definition of trafficking in persons in the 1949 Convention led various organizations to adopt their own definitions of trafficking.

For instance, the November 1996 European Commission Communication on Trafficking in Women for the Purpose of Sexual Exploitation defined trafficking for sexual exploitation as:

“Trafficking for the purpose of sexual exploitation covers women who have suffered intimidation and/or violence through trafficking. Initial consent may not be relevant, as some enter the trafficking chain knowing they will work as prostitutes, but who are then deprived of their basic human rights, in conditions which are akin to slavery.”

The definition pointed out that women, who entered the EU on regular or irregular way, could be considered to have been trafficked.

In 1998, Communication from the European Commission¹⁶⁰ mentioned that the definition should be changed “by including also women who are trafficked abroad and forced to perform other forms of commercialised sex than prostitution, as well as women who are forced into marriage for the purpose of sexual commercial exploitation”.

The International organization for Migration (IOM) adopted its definition in May 1999, which mentioned that trafficking exists when:

“migrants illicitly engaged (recruited, kidnapped, sold, etc.) and/or moved, either within national or across international borders;[and] intermediaries (traffickers) during any part of this process obtain economic or other profit by means of deception, coercion, and/or other forms of exploitation under conditions that violate the fundamental rights of migrants”.

This definition was a great contribution to the adoption of a new international standard, the Trafficking Protocol, and show, a movement away from the 1949 Convention.

¹⁵⁶ International Agreement of 18 May 1904 for the Suppression of the White Slave Traffic

¹⁵⁷ International Convention of 4 May 1910 for the Suppression of the White Slave Traffic

¹⁵⁸ International Convention of 30 September 1921 for the Suppression of the Traffic in Women and Children

¹⁵⁹ International Convention of 11 October 1933 for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age

¹⁶⁰ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, For Further Actions in the Fight Against Trafficking in Women; COM (1998) 22-, Brussels, 1998

CommDH(2003)8rev.

Namely, in December 2000, The United Nations Convention Against Trans-national Organized Crime, accompanied by protocols on trafficking and smuggling (The Protocols)¹⁶¹ has been signed by 124 states, The smuggling protocol by 78 and the trafficking protocol by 81.

In the period between 1990 and 2000 the question "who is a victim and who is not a victim of trafficking?" provoked much debate. This happened because there is no clear black and white distinction between "voluntary" prostitution and forced prostitution, or between smuggling and trafficking.

prostitution.....	forced prostitution sexual slavery
smuggling	trafficking

In the Protocols, the UN defines the distinct terms of trafficking and smuggling as follows:

"Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs;

"Smuggling of migrants" shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident.

"Smuggling" means irregular transportation of a person or group of persons across the state border which brings a benefit / profit to the smuggler.

The definition only mentioned the transportation of a person across the border for a profit. That means that during transportation exploitation of a person doesn't exist, what is not always the case. Also the smuggled person is very often in a situation of high risk to be injured or to lose his/her life. So, smuggling could be seen as a human rights abuse, but smuggling does not have the intention to abuse the person.

"Trafficking", by definition, means that trafficked person is an object of exploitation. From the beginning of the operation the aim is the exploitation of the person to reach a profit. Trafficking also goes together with abduction, coercion, fraud, deception etc. Trafficking includes an element of smuggling but not necessarily.

According to the UN definition, trafficking could, but it is not always the case, include elements of international migration. Trafficking can be realized within a country, for instance from rural to more urban area.

SMUGGLERS	TRAFFICKERS
• provide a service for a (high) price • Organize transfer of people emigrating or seeking asylum – there is no further contact	• buy and sell people • sometimes providing a service to the people being smuggled, but exploiting

¹⁶¹ The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime

after the migrant is delivered to the agreed-upon destination • services include: hiding people in vehicles, bribing officers, serving as guides	them for labour, including forced prostitution • victims are often dehumanised into consumer goods that are delivered and sold for a profit • intimidate and abuse the people they are smuggling through rape, beatings, and other forms of violence
---	--

Reservations about these definitions have been expressed by some experts who made comments on Protocol. Namely, in some cases it is quite difficult to make a distinction between smuggling and trafficking. There are many points where a smuggled person can be exposed to violation and exploitation during transportation to the destination or after arriving on destination. This problem can be seen through the destiny of irregular migrant who can lose their life during the smuggling or upon arrival.¹⁶²

Also sometimes it is very difficult to divide women, with clear distinction, in two groups – those who are trafficked and those who are smuggled.

Several case studies show that many women who decided to go abroad were already aware of the risk and consciously entered in the adventure. On the other hand, in many public debates at present, all women who work as prostitutes abroad are considered to be victims of trafficking. This later perception is wrong in the same way, as when somebody believes that sexual slavery doesn't exist. In fact, it is very difficult to differentiate between the woman who is victim and the woman who is not.

Sometimes a woman can decide to go abroad, knowing that she will work in the sex industry, but then conditions under which she has to work could be changed and everything could become unacceptable for her; such as a payment of the debt, number of clients, limited freedom, sex without protection etc. In these conditions she can be considered as a victim of trafficking.

Also, another woman can find that those conditions are acceptable for her, and then we have a question: "Is she really a victim of trafficking since she doesn't mind the conditions in which she is working?"

The second question is how to look at a woman who pays the smuggler to help her to cross the border to work as prostitute. She does not depend on anybody; she works alone and after a while comes back home with some money.

Sometime we can pose a question: What does a smuggler or trafficker represent for a woman involved in prostitution? Our research has shown that for them they are exploiters but also a helpful.

Finally, we should think about just how "voluntary" the voluntary prostitution really is. Research has shown that many women enter the sex industry because of "dire economic need" that is placed in a social context where employment options are extremely limited.¹⁶³

Entering into prostitution may seem the lesser evil of a range of bad options for a woman who is trying to escape from domestic abuse, or simply has no other way to put a roof over her head and feed her family.

These questions show how complicated the matter of migrant prostitution is, but they should not, in any way, discourage us in our intention to combat trafficking.

¹⁶² Horbek, S., (2002) "Prostitution in a Global Context: Changing Patterns." *Transnational Prostitution*. London: Zed Books Ltd.

¹⁶³ Ibid

CommDH(2003)8rev.

At the beginning of this chapter we underlined the problem of defining trafficking in human beings, but in deferent definitions some elements are common:

- Human trafficking is a fundamental violation of human rights.
- Human trafficking leads to exploitation and forced labour – this labour is often prostitution in slavery-like conditions.
- Human trafficking involves the recruitment of women and girls for the purpose of prostitution or involvement in other forms of the sex-industry, and they are often transported across national borders, sometimes legally.
- Human trafficking often begins with deception.
- Human trafficking preys upon the weak: traffickers capitalize on the hopeless situation of women and girls in their home countries.
- Human trafficking produces victims. Even women who have decided to work in the sex industry abroad because they are in a desperate economic situation do not expect the miserable, violent, dangerous enslavement that they will end up in once they put their fate into the hands of traffickers. It often involves force, violence, rape, abuse, exposure to illness, and torture. Some victims of human trafficking are murdered by traffickers; others end up committing suicide.

To sum up, the key elements of human trafficking are:

- the recruitment, transportation, harbouring, transfer, and receipt of people;
- threats, coercion, force, fraud, and deception;
- the placement of people in slavery, slavery-like conditions, and forced labour services including: forced prostitution and other sexual services, domestic servitude, bonded sweatshop labour, other debt bondage.

Chapter six: Who is responsible for human trafficking?

There is no single person or single criminal group, system or government that is entirely responsible for human trafficking. Some people and groups, in particular organized crime, are more clearly responsible for trafficking and forced prostitution than others. But, in reality a wide range of different people and situations contribute to the problem of trafficking, either by creating systems and situations where human trafficking is both possible and profitable, or by directly engaging in trafficking activities.

Both, human trafficking and organized crime, in Southeast Europe are apparently characterized by “weak, almost non existing, organisation and hierarchy” giving the wrong picture that the involved people are often only loosely associated with each another, or have loose connections with organized crime. However, the connections are stronger than we can imagine.

This wrong picture can make difficult seeing the patterns and systems of human trafficking – even victims themselves sometimes do not realize that their situation is the end result of human trafficking.

Let’s go back to Dana’s story, found in the introduction of this paper. Many different people played roles in Dana’s victimization and exploitation, sometimes very small roles – the blame cannot be placed on any one person or organization.

Dana herself does not realize that she was ensnared and exploited by an established trafficking system.

Let’s look more closely at the people who played a part in her descent into sexual slavery, and how their activities contribute to the problem of human trafficking in Southeast Europe:

- *The man who placed the ad about restaurant job in Italy.* This man makes extra money, which he needs in order to support his family, by supplying a passport thief, situated near the border with

Romania, with both young women as well as with their passports, and therefore knows that the women end up having their passports stolen. This man can work alone in connection with some corrupted authorities or could be also a part of organized crime, or both. He supplied Dana with passport, which can be original or false. Usually one passport can be changed several owners.

- *The passport thief.* This man does more than just stealing passports. He has a deal with a nightclub owner in Romania to deliver young women to him, and gets a nice sum of money for each woman he delivers. Sometimes he forces the women to have sex with him before he turns them over to the nightclub owner. He is also addicted to heroin, which the nightclub owner supplies to him. Also, he has an excellent link with the man who placed the ad about restaurant job in Italy.
- *The border officials.* These men are paid so little for their work that they rely on the bribes paid to them by smugglers of various kinds in order to supplement their incomes. They take bribes in order to be able to put food on the table. From their point of view, they have no problem helping young women from Moldova to go abroad to find work, but at the same time they are partly aware that these women might end up in forced prostitution.¹⁶⁴
- *The nightclub owner.* This man makes extra money by being a “transit point” for women and for drugs – he delivers the women to organized crime groups, and also distributes the drugs that he gets from them.
- *The driver to Serbia.* He can be from Romania or from Serbia, he is the part of network, and he is involved in several deferent “jobs”. On behalf of his “employer”, this man pays the nightclub owner a “holding fee” for the women held hostage in the club and then smuggles them into Serbia where they are sold on a slave market.
- *The Belgrade man who imprisons and sells women.* He is also a part of organized crime and belongs to one of clans from Belgrade (Zemun, Surcin, Zvezdara).
- *The man who buys Dana in Belgrade.* This man is a part of an organized crime group. He thinks of his job as “harvesting a crop” in Serbia and selling it on Albanian marketplace. It doesn’t make much of a difference to him that the “crop” is human. The criminal group, with which he is loosely associated, gives him “protection” and contacts; in exchange, he gives them a percentage of his profit.
- *The gang “Boss”.* The head of the organized criminal group wasn’t mentioned in Dana’s story because she never encountered him. He has no contact with the women whose enslavement brings him such a great profit. He thinks of his business as a franchise, and has “traders” located throughout Southeast Europe – they provide him with a steady stream of profit, and his personal level of risk is minimal.
- *The man who buys Dana in Albania.* This man traffics women from Albania into Italy on a standard smuggling route on the Adriatic. In Italy he resells the women he purchased to pimps working in Italy (many of them Albanians) and then loads up his boats with cigarettes, which he sells upon his return to Albania.
- *Dana’s pimp in Italy.* The pimp is part of some clan or family, which is the same as the clan or family that the man who bought Dana belongs to. For them we can say that they are part of a well organized network which functions without mistakes.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Apparently corruption of border guards is the rule rather than the exception – see Limanowska, B. (2002), Report “Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe”

¹⁶⁵ Cretin, T.(2002), *Mafias du monde*. Presses Universitaires de France, p. 6-20

CommDH(2003)8rev.

The actions and illegal activities of the people who took part in Dana's story are exploited by organized crime and used to turn women into commodities and slaves. In addition, their activities take place against the backdrop of two systems that help continue the human trafficking process: the black market, and the black market of labour.

The black market

The black market has been an integral part of the economy of Southeast Europe for more than three generations. During communist times, the black market was perceived as benign force, an unofficial system that allowed people to obtain goods or services that were either highly regulated by the communist government or unavailable. The people who engage in black market activity in Southeast Europe are not automatically villains or evil; they are often simply taking every opportunity to provide for themselves and their families.

But the black market contributes to the problem of human trafficking in Southeast Europe. Whenever money and goods are exchanged outside of the legitimate economy, there is the potential for blackmail, extortion, and human exploitation.

A thriving black market is usually the sign that a country has social, political or economic problems – countries that have effective governments and developed economies have less black market activity than countries with transitional or unstable governments and economies.

One could explain how the black market contributes to the problem of human trafficking as follows:

- Government restrictions, for example, on the movements of people and goods between countries, create demands – demands for stolen passports, demands for stolen merchandise, demands for cheap labour.
- Where there is a need, people will find a way to supply it, and this is how a black market emerges. However, because the black market is not under government restrictions and is able to evade government enforcement, it is a system that is vulnerable for exploitation by organized crime. Criminal organizations take advantage of opportunities introduced by black market habits and systems, and introduce human trafficking and drug trafficking to the black market economy – these activities are dangerous, but extremely profitable.

The black market of labour

The imbalance between transitional countries and their more stable neighbours creates a different kind of supply and demand than the one found in black markets in post-communists Southeast Europe. In stable, wealthy countries, there is a demand for cheap labour to do manual, low-prestige, or “dirty” work for little pay.

And in transitional countries with unstable economies, widespread poverty, and little local economic opportunity for betterment, there is a significant number of people who have reached such a point of despair that they are willing to put themselves at risk and move to another country where they will be able to make a living, and maybe make enough money to send home to their families and contribute to their support.

Because of economic and social instability, widespread poverty, and highly unfavourable position of women at the “job market” (the women are the first to lose a job), Southeast Europe has become a major source for illegal and exploited migrants to the West.

When the stable countries have easy immigration laws, access to temporary work permits, legitimate jobs, and social services available for immigrants, there is very little need or demand for a black market of labour.

However, when the countries that have the need for cheap labour have stringent immigration laws and work to repel potential immigrants, keep the jobs filled by these immigrants outside the system of legal employment, and deny social services to these immigrants, then there is a situation for exploitation by the black market of labour. Smuggling of humans becomes profitable, because people are willing to pay to get to the jobs that they need.

Once smuggling and systems of illegal immigration are in place, the system is very easy to exploit for human trafficking – in particular, sometimes it is hard for a migrant to tell the difference between a smuggler and a trafficker.

Globalisation and sex trade

All those people in Dana's story from Moldova to Italy are part of the same chain, which is result of world globalisation including a black market and black market of labour.

Globalisation or so-called post-contemporary society, or a new form of international relations, which is characterised by the erosion of state power, has great influence on migration, regular or irregular, and sex industry including trafficking.

This erosion of state power is visible through the building of the European Union with a more global market, where marketing enter in whole areas of life including the need for sex out of classical relations.

On the other hand this erosion of power is visible also on the East but in opposite direction, where transition from one political system to another is very painful.

Globalisation also made stronger institutions such as the IMF, World Bank, the WTO, some regional banks and international organisations such as the EU. Lately, the actions of these Institutions all over the world provoked a lot of debates, publications and books with positive and negative opinions¹⁶⁶. But, everybody agrees that the motto of the World Bank: "Our dream is a world without poverty" is only a dream.

Another outcome of globalisation is the expansion of the exchange of information, expansion of tourism, increasing of migration and related prostitution which is in connection with trafficking and sex slavery.

Our research is also in line with other authors who have pointed that social relations and local culture, what we call "*common values of traditional family*", working class culture, gender culture and neighbourhood culture become weaker and weaker¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Stiglitz, J.E. (2002), *Globalisation and Its Discontents*. Penguin Books, London.

Legrain, Ph. (2002), *Open World: the truth about globalization*. Great Britain, Abacus.

Chomsky, N. (1994), *World Orders, Old and New*. Pluto Press, London

¹⁶⁷ Analysing situation concerning trafficking in human beings in the region of former Yugoslav countries, we found that Slovenia and Croatia are only countries of transit. These two countries really preserved common values of traditional family including gender culture, neighborhood culture etc. Also economy of these two countries is in permanent progress and spread out equally more or less throughout the entire state territory. These elements, including the absence of international organizations and military forces, saved these two countries from becoming countries of origin or destination. This is not the case in Bosnia and Herzegovina, therefore this country is transit and destination country but not country of origin because Bosnia and Herzegovina also preserved more or less common values of traditional family and relationships in society based on good neighborhood relations.

CommDH(2003)8rev.

Finally we are witnessing the disappearance of common culture of communities or relationships inside of communities. As a result of these destructions in society, especially in South-East Europe, women became a decision makers and persons who have to think about the future of the family. “This is hidden matriarchy”, was the expression of one higher-educated woman in Ukraine, “they are in a position to make a decision on when and how they will migrate, on a regular or an irregular way, with a readiness to be victims of trafficking and with the hope that everything will be fine¹⁶⁸.”

Usually, the husband is the one that stays at home, waiting on money and caring about the family.

Returning to the West, disappearance of common culture is reflected by the fact that a lot of people live alone. There are many single adults, and not all of them are integrated into local networks. And for such a man sometimes only a prostitute can give some moments of recognition or satisfaction. Therefore the experience of many single people is that sex is only possible for them if it is paid.

Since the community doesn’t give a feeling of belonging, loneliness is common. Also, it is necessary to take in account that many people work very long hours and have little time for a social life, in that case there is an increasing need for relaxation, from massage, to dancing bars, brothels, street prostitution, and sex tourism.

The phenomenon of globalisation and its outcome has been recognised by organised crime which “jumped in the open space” to fulfil the need for paid sex by using different types of methods of exploitation, including trafficking and sex slavery.

What about customers or clients?

Men, as customers in prostitution, have been by definition ignored in public debates and in legislation. In the last twenty years several studies have been done. These studies analysed the position of men in the sex industry as tourists, soldiers, or simply customers in the city. According to some authors, increasing of male demand for paid sex is logical in the sense that “privileges”, which were formally restricted by class, race and gender, are now available to everybody, namely now it is not necessary to be rich to have paid sex.

We also analysed the relationship between customers and prostitutes and found that these relations can differ in many ways: from sex as a need to so-called “open-ended “ relationships. Some researches show that many men are looking for something that is more than sex - some type of recognition or simply to meet another human being.

The case studies also show that migrant women in prostitution are not only in the sex industry to make money, at least, after a certain period of time, they are also able to create a life under new circumstances¹⁶⁹. Of course, a trafficker doesn’t think about this type of sociology or philosophy, but instead has a feeling for the need of the market and men as customers or clients.

This is certainly one of the prime causes of the existence of trafficking in human beings, a phenomenon that meets a precise demand on the part of “clients” whose behaviours closely follow the evolution of European societies.

It therefore appears that clients of the sex trade play a vital role in trafficking (traffickers will do everything to satisfy this “demand”).

¹⁶⁸ Interview Ukraine, Kiev 10 July 2002

¹⁶⁹ Ibid. “This couple, both of them, were friends of my, we studied together. They had two children. She decided to go to work in Italy. What was she working in Italy, I will not tell you, but you can assume. She was sending money on a regular way for almost two years. Then, a letter came, and she asked for divorce - she had found an older man and he was ready to adopt her children.”

Very few studies have been made on these issues. One of the reasons is the fact that the client of the sex trade is anonymous or entirely invisible. In Recommendation No. R (2000) 11 the drafters wished to encourage governments to initiate research in this direction¹⁷⁰.

Chapter seven: The role of organized crime

Human trafficking in Europe is inextricably linked to organized crime – the fight against trafficking must take into account measures against organized crime. The rise of organized crime in Southeast Europe is currently one of the region's biggest problems, and it is directly linked to the last decade's difficult transition from state-based economies and regional and ethnic conflict towards market economy and stability.

International conferences¹⁷¹ and studies have shown that countries in transition are particularly vulnerable to organized crime, and that the activities of criminal organizations can develop more quickly and become stronger than the legal economy of these countries. Criminal organizations generate sources of income through the operation of black-market exchanges, including the sale of cigarettes, alcohol, and other luxury items.

Then, supported by this black market income, organized crime becomes stronger and undermines the country's economy and tax collection. This undermines the transition to the new economy: people have no confidence in their politicians because the government lacks the funds to provide necessary social services such as retirement funds and health insurance, and infrastructure improvements.

Further problems include police forces more easily susceptible to corruption due to extremely low salaries and judicial systems that are still limited in power, with the end result of weak police enforcement and the inability of a government to ensure the rule of law.

Each country defines organized crime in its own way and in accordance with its legislation, and prosecutes organizations within its own criminal code. The working definition of organized crime used in this paper is as follows:

- organized crime involves at least two people, but almost always more;
- organized crime has as its aim the acquisition of power and profit;
- organized crime uses violence or intimidation, and direct influence on politics, the media, the economy, the judiciary, and the government;
- organized crime is often characterized by decentralization, flexibility, adaptability, use of modern technology, and high-level networking;
- organized crime is typically international rather than contained by state borders.

Some typical activities that organized crime is engaged in include: arms trafficking, drug trafficking, smuggling of legal products to avoid taxes and duties, trafficking in persons, sexual slavery, computer crime, false account keeping, illegal production, corruption, ecological crime. Many of these activities are made possible by the global economy and global financing.

Human trafficking is now the third-biggest activity for organized crime in Europe, surpassed only by trafficking in drugs and arms. Human trafficking would exist without organized crime, but not at such a high level – one of the reasons that so many women and children are being ensnared and sold into sexual slavery is because the networks used for human trafficking were already in place within several types of criminal organizations.

¹⁷⁰ See Council of Europe Committee of Ministers' Recommendation No. R (2000) 11, page 21

¹⁷¹ An important conference on organized crime took place in Naples, Italy in 1994

CommDH(2003)8rev.

The large organizations are characterized by a hierarchical international structure with political and economic contacts at all levels, in the countries of origin, countries of transit and in the destination countries. They are those who in fact organise trafficking in human beings and buy, sell and exploit victims of trafficking.

The medium sized organizations do not sell frequently the victims to other groups. They buy them and keep them under control, placing them in their own clubs, brothels, saunas, strip-bars etc.

In general, smaller criminal organizations transfer victims across borders and sell them to bigger criminal organizations. These bigger criminal organizations then organize the direct exploitation of the victims, who are sometimes resold and transferred over yet another national border.

The smaller and medium sized organizations are building large organizations.

There is a strong connection between drug trafficking and human trafficking¹⁷² – very often the same routes, same people, and same organizations are used for trafficking both drugs and women.¹⁷³ The fight against human trafficking is therefore a simultaneous attack on drug trafficking and sales.

Clearly, in order to better trace and solve the problem of human trafficking, it is necessary to have better procedures to trace, identify, and fight organized crime in Europe. Because of the “decentralized”, diverse, and international nature of organized crime, a single state cannot by itself grapple with organized crime networks that operate within its boundaries: the approach to fighting organized crime must be simultaneously regional and international.

It is quite difficult to identify and trace criminal organizations, not only because they are transnational, but because they also engage in legal activities. It is necessary to set up a system of international cooperation for the collection, processing, and sharing of information on criminal organisations within Europe, including systematic methods for the identification and prosecution of organized crime. Targeting heads of organised crime, identifying and rooting out established “rings”, and prosecuting criminals is extremely labour intensive and beyond the abilities of transitional countries.

The “decentralized” nature of criminal activity, along with the criminal use of sophisticated computer and communications technology, makes it easy for these activities to operate just “under the radar” of law enforcement, and also to disperse in anticipation of a raid and re-emerge elsewhere. The battle against organized crime must take place on several fronts: local, regional, and international law enforcement, as well as through cooperative efforts between nations to achieve social and economic stability in the region.

Chapter eight: Migration flows in and around Southeast Europe

Migration is a natural phenomenon; it is something as natural and typical for human beings as life or death, or a desire for better life. The process of migration can be a one step process or a two-step or sometimes, a multi-step process. The first step process can be moving from a rural to an urban area for the purpose of searching a job. The next step could be moving to the country where migrants can enter without problems and stay shorter or longer period of time. And then, migration can continue.

This type of migration has been a significant form of population movement through history. The 1948 Universal Declaration of Human Rights (Article 13) states that: “...everyone has the right to leave any country including his own.”

¹⁷² This has been noted by the Drug Enforcement Administration of the United States

¹⁷³ An example: boats that bring trafficked women from Albania to Italy return carrying cigarettes

But the 1968 International Covenant on Civil and Political Rights (Article 12) sets limits by stating that these rights shall be subject to restrictions provided by law when required for national security, peace and public order, public health or moral, or the rights and freedom of others.

Although migration is a basic human right, the international legal order contains remarkable recognition of the right of freedom of movement and residence, it is circumscribed by many qualifications and restrictions set by governments.

Migrants may be accepted only if, in a country, there exists a demand for foreign labour¹⁷⁴ (in that case they are very flexible), or privilege treatment for nationals of states, family reunification, or in particular cases, the humanitarian protection afforded to refugee.

But what about people who cannot use one of these doors? They are probably forced into using other channels, more or less very dangerous, ending up in a terrible situation as victims of smuggling or trafficking.

Since the early 1990s Southeast Europe has become a region of mass migration. Where there is mass migration, there is also irregular migration. Where there is irregular migration, there is smuggling of human beings, and where there is smuggling of human beings, trafficking in human beings and exploitation are also commonly found.

Western Europe recognized the phenomenon, and irregular immigration has become one of the major issues in the public debate.

The Council of Europe has a human rights approach to migration. In addition, it would be normal that Europe accepts migrants because European society is built also on the contribution of migrants and Europe needs them. However, Western Europe, with its strict migration policy, continues to resist immigration flows, though demographic trends suggest that even a significant increase in immigration will not by itself be able to meet future labour market demands.

Irregular migration in and around Southeast Europe is mostly controlled by organized crime with international network that covers entire region and also with good links with border service, police, and border guards.

People migrate to Western Europe from all over the world. In fact, the European Union estimates that by year 2023, 35 million people from Asia and Eastern Europe will have migrated to the European Union. Here we will focus geographically on migration that concerns Southeast Europe in two ways:

- as a transition point for migrants;
- as a point of origin for migrants voluntary and otherwise.

There are four kinds of transitory people that can be found in Central, Eastern and Southeast Europe:

1. People moving within the regions of Central, Eastern and South-Eastern Europe and staying in one of the countries of these regions temporarily, but for a significant period of time. These people may later try to immigrate to Western Europe from one of these regions.
2. People who are moving throughout Central, Eastern and South-Eastern Europe, looking for economic betterment within one of the countries of the region. These people have often been classified as “tourists” because there were no visa requirements for them.¹⁷⁵

¹⁷⁴ When the industrialised countries faced whit labour shortages at times of full employment in the 1950s and 1960s Europe did not hesitate to recruit workers from Turkey, former Yugoslavia, Morocco, Algeria, India, Pakistan, etc. When the North and West were importing labour, the countries of the South and East encouraged its own people to migrate

¹⁷⁵ Migrants in groups 1 and 2 often have a valid international passport from their country of origin and move to a country that has no visa requirements as their first step in migration

CommDH(2003)8rev.

3. People who are using the countries of Central, Eastern, and South-Eastern Europe as a very temporary transit point en route to Western Europe, their ultimate destination. The high number of these transitory people has caused these regions to be labelled as a “new migration space.”
4. People who are moving due to war and political changes. The height of this transitory movement was between the years 1991 and 1997. For example, after the fall of the Soviet Union, over 10 million people voluntarily moved within Eastern Europe. In addition, refugees fleeing from conflicts in the former Yugoslavia between 1990 and 1995 flooded the region: for example, 80,000 of these refugees ended up in Hungary, mostly as transitional country. And conflicts in the Caucasus – most significantly in Armenia, Azerbaijan and Chechnya – have caused a flow of approximately one million refugees into Russia.

Unfortunately, many countries had, and some of them still have, very weak or non-existent legislation to penalize persons or organizations involved in smuggling or trafficking of humans.

On the other hand, strict migration and asylum policies of the Western European countries make it very difficult for citizen of Southeast Europe to enter the EU legally, what once had, and still has, as a consequence the fact that potential migrants become victims of organized crime.

That means that people who live in economically depressed countries such as Albania, Romania, Moldova, Ukraine, etc., were targeted from the early beginning. But criminal groups acting in Western Europe also recognized the phenomenon and made link with Southeast European crime groups for the purpose of organizing the sex trade in Western Europe. It is common knowledge that organized crime in Western Europe is composed of domestic as well as of crime groups from Southeast Europe, precisely of different ethnic groups from this region.

For instance, South-Eastern European mafia in the region of Strasbourg, Colmar, Mulhouse (France) organized “excellent” network of prostitutes who live in Germany and during the night work on the streets of these cities. They work in small groups, where one woman is “capo” with the duty to take care of “business” and money. The work of several small groups is under the control of, usually, a man who is also from Southeast Europe.

The bigger chief (also Southeast European) is in Germany, controlling the “business” from distance and keeping prostitutes under control when they are in a hotel. The real “head” of this business is sitting in one of organised crime’s centres in Southeast Europe, preparing a new group for the trip to France. Prostitutes who were in France have to go back home because they can stay in France only three month without visa, if they come from a Southeast European country.

This scheme represents a simplified migration flows and trafficking in human beings:

1. Within Central, Eastern and South-eastern Europe

From:	To:
Moldova,	Romania, Czech Republic, Poland, Hungary, Serbia and Montenegro including Kosovo, Bosnia and Herzegovina, FYR of Macedonia, Albania
Ukraine,	Czech Republic, Poland, Romania, Bulgaria, Serbia and Montenegro including Kosovo, Bosnia and Herzegovina, FYR of Macedonia, Albania
Romania,	Czech Republic, Hungary, Croatia, Slovenia, Slovakia, Serbia and Montenegro including Kosovo, FYR of Macedonia, Bulgaria, Albania, Bosnia and Herzegovina
Bulgaria,	Czech Republic, Romania, FYR of Macedonia,

(before the new visa regime towards EU)	Serbia and Montenegro including Kosovo, Bosnia and Herzegovina, Albania
Serbia and Montenegro including Kosovo	Hungary, Croatia, Slovenia, Romania, Bosnia and Herzegovina, FYR of Macedonia, Albania
Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYR of Macedonia)	Albania, Turkey, Kosovo, Bulgaria, Croatia
Bosnia and Herzegovina	Serbia and Montenegro including Kosovo, Croatia
Croatia	Hungary, Slovenia, Serbia and Montenegro

2. Continuing from Central, East and Southeast Europe into Western Europe¹⁷⁶

From:	To:
Czech Republic, Slovakia, Slovenia, Hungary	Austria
Poland, Czech Republic	Germany
Albania, FYR of Macedonia, Bulgaria	Greece
Albania, Slovenia	Italy
Poland	Scandinavia

According to these two schemes we can speak of transnational prostitution migration, which is mostly considered as a kind of “trafficking in women and girls”. As seen in the previous chapters women from Southeast and Central Europe are passive victims, meaning that nobody takes into account the migration intentions and aims of the women, therefore they are marginalized as social actors, which have as consequences that destination countries treat them rather as criminals than persons who need help what is a cruel violation of human rights.

Patterson has given a general definition of a migration system: “A migration system, then, is any movement of persons between states, the social, economic and cultural effects of such movements and the patterned interactions among such effects.”¹⁷⁷

The migration system is composed of a group of countries between which exist movements of population, economic and political relations. Interactions between societies are created not only by the flows of people but also by the flows of information, services, goods and ideas.

To understand relations in a migration system, one should consider them in a different type of context. But how to analyse transnational prostitution migration? According to the migration system approach, international migration flows should be seen as a result of the interaction between macro and microstructures. The macrostructures can be seen as political economy of the world market and the laws and policy concerning migrants. The microstructures are the social and informal networks as well as practices developed by migrants and their communities in order to cope with the consequences of migration.

Unfortunately this approach could be only partly useful. On the macro level, it was found that one important factor that pushed women from Southeast Europe to immigrate to Western Europe was economic deprivation, and domestic violence.

The micro level is not applicable so much for women victims of transnational trafficking. They are isolated in condition of slavery without right to contact other people, except customers. In that case there are only in an environment of women in the same position. Interaction of these women with the

¹⁷⁶ Once an irregular migrant or victim of trafficking finds herself/himself in one of Western European countries, she/he can continue moving within these countries without any major problems

¹⁷⁷ Patterson, O. (1987) in W. Alonso (ed), *Population in an Interacting World* (Cambridge, MA: Harvard University Press): 227-62

CommDH(2003)8rev.

rest of society does not exist until the moment of their contact with police. Sometimes if they are lucky to be protected witnesses in the trial against trafficker, what is really rare, it could be possible for them to stay in the country as new immigrant. Then, it would be possible to speak of micro level and interaction between immigrant and society.

Therefore transnational prostitution migration should be regarded as some sort of transnational labour migration, considered as special form of migration where a woman is exposed to violation, exploitation and humiliation without any right to make her own decisions.

Chapter nine: conclusions and ideas for solutions

In this paper; you have learned about the system of human trafficking in Southeast Europe and its negative effect not only on the individual victims of trafficking, but also on the region as a whole. The sale of women and girls of Southeast Europe for exploitation here and elsewhere undermines the economic and social systems of the region. The system of human trafficking is perpetuated and facilitated by other negative systems and situations: the economic and political difficulties of most of the countries of Southeast Europe, economic inequality with neighbouring countries, the black market and the black market of labour, unfavourable position of women and girls, and irregular mass migration to the countries of Western Europe.

Unfortunately, it is still difficult to completely comprehend the size and severity of the problem of human trafficking because there simply is not enough data. Information gathering and analysis needs to become systematic, methodical, and structured in the same way in each country – and information needs to be shared among all the countries affected by human trafficking.¹⁷⁸

How can we solve the problem of human trafficking in Southeast Europe?

Because the problem has so many angles, takes place in so many countries, and so many different kinds of people are involved, one may think, “This problem is just too hard – how can we possibly fix everything?” But there is concrete action that can be taken at every level of government, by the police, and even by regular citizens that can help attack the system of trafficking and assist the women and girls who are victims of this terrible form of exploitation. Three things are key:

- prevention
- protection
- prosecution

There are different ways of preventing women and girls from becoming victims of human trafficking; ways that victims can be protected and assisted; and ways to improve the prosecution of traffickers so that in the future human trafficking will no longer be a low-risk/high profit criminal enterprise.

Prevention

- *Informational campaigns and raising awareness.*¹⁷⁹ Potential victims of trafficking, including school children, need to be educated as to the dangers of trafficking and the ways that they can be ensnared. Any campaign should include information about:

¹⁷⁸ The Americas have begun to develop a programme for information gathering and analysis that can be used as a role model; this programme is run by the International Institute of Implementation of Law on Human Rights, which is working with the Inter-American Committee for Women and the Inter-American Institute of Children

¹⁷⁹ Many international organisations and protocols recommend informational anti-trafficking campaigns, along with informational campaigns that promote respect and equality for women, including the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW); The United Nations Trafficking Protocol; The Hague Ministerial Declaration of the European Union; the Council of Europe Committee of Ministers

- The real opportunities for migration and employment in Western Europe. For example, what are the actual jobs and salaries available for women migrating out of Southeast Europe? What kinds of jobs and salaries are too good to be true, and thus bait being used by traffickers rather than real jobs?
- What can happen in the process of migration, and how smuggling of migrants can easily turn into human trafficking for forced labour and forced prostitution.
- Health dangers associated with the sex industry, especially sexually transmitted diseases and HIV/AIDS.

Information campaigns also need to be directed at government officials such as embassy workers and police officers in destination countries so that they understand the problem of human trafficking, how to correctly identify victims of trafficking, and how to direct victims to the proper avenues of assistance.

- *Improvement of the social and economic situation for women in Southeast Europe.* Studies have shown that the majority of women who choose to migrate are escaping untenable economic situations, violence at home, or both. Illegal migration places these women at risk for entrapment by traffickers; a risk that could be avoided if they were able to live safely at home with a decent job that provided a living wage. Here are some ways to improve the position of women in the region:
- *Fight domestic violence in Southeast Europe.* The level of domestic violence in the countries of Southeast Europe has greatly increased in the last decade, and this is one of the major factors that causes women to choose risky emigration over staying at home in an abusive situation. Protection from domestic violence is a human rights issue.¹⁸⁰ In 1997, the Council of Europe set out a comprehensive plan to combat violence against women: similar plans need to be adopted and put into place by the countries of Southeast Europe.
- *Promote gender equality, particularly in the labour force.* Women in Southeast Europe disproportionately suffer from the difficult economic situation – their unemployment rates are higher, their salaries when they do work are lower, and they are often segregated into lower-paid, lower-prestige, and less-secure work “traditionally reserved for women.” In addition, during the transition the number of women in governmental positions in Southeast Europe has also dropped dramatically. Therefore, strategies for economic improvement in Southeast Europe *must* take gender into account in order to address this inequity.
- *Develop micro credit programmes.* Micro credit – small loans given to “micro entrepreneurs,” people who run very small businesses – has been proven to be a successful way to provide women with attractive local options for better work so they don’t have to migrate. Micro-credit organisations (which can be banks or religious organisations) offer small loans either directly to an individual or to a “community bank,” which has an interdependent system in place to guarantee that loans will be paid back – group responsibility and group pressure means that the repayment rate can be over 99%. Some micro-credit organisations specifically target women: for example, Mikra, a Micro-Credit Organisation in Bosnia and Herzegovina that is run by the religious charity Catholic

¹⁸⁰ Many conferences and international organisations promote the development of programmes that fight domestic violence: e.g., The United Nations, The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, and the Council of Europe’s European Convention on Human Rights

CommDH(2003)8rev.

Relief, makes loans only to female entrepreneurs.¹⁸¹ Micro credit loans can be used for rural business, for example, to buy farm animals, or for urban businesses, for example, to buy goods that can be sold in the local market. Most importantly, micro credit loans are successful – they allow women, whose businesses are too small to qualify for a traditional bank loan, to create job opportunities that allow them to support themselves and their families.

- *Change immigration laws and policies in destination countries.* It has been shown that restrictive immigration laws and policies in destination countries contribute to illegal migration, and thus also contribute to trafficking in women and girls. When women and girls in Southeast Europe decide that they need to migrate in order to have a better life, but legal migration is not an option due to restrictive policies, they turn to smugglers, who claim that they will facilitate illegal migration but may in some cases turn out to be traffickers who then force the women into sexual slavery. If destination countries were to allow more opportunities for women to immigrate legally, and worked in conjunction with countries of origin, this would most likely lessen incidences of human trafficking.

Protection and assistance

Victim protection and assistance are directly related to the prosecution of traffickers: in order to build cases against traffickers and provide testimony in person, victims need to be assisted, stabilized, and protected. There are three major components to this process:

- victim identification
- victim assistance
- victim protection

Victim identification

Trafficked women and girls are only able to access assistance and protection after they have been identified as victims. There are currently six ways that victims are identified:

1. The victim is picked up in a police raid on a bar, brothel, nightclub, hotel, saunas or studio for massage etc.
2. The victim is picked up during regular police document controls: for example, on the street, at traffic checkpoints, or during bar inspections for working conditions.¹⁸²
3. The victim escapes and turns to the police or her national embassy for help.
4. A client of the brothel/bar/nightclub informs the police.
5. Parents, friends, or family ask for help from an NGO, the police, government and its diplomatic or consular representatives, or politicians.
6. The contract with the “owner” is terminated, and the victim is allowed to depart, after which she goes to the police or her embassy.

However, there are currently no guidelines or protocols for local police to identify trafficking victims or put them in contact with the appropriate victim assistance services.

It is estimated that 65% of trafficked women and girls are not identified as victims, and are not referred for victim assistance. In addition, only 7% of trafficked women and girls end up receiving long-term assistance with reintegration.¹⁸³ People who should be counted as victims of trafficking but aren't under

¹⁸¹ For more information on Mikra, see

http://www.catholicrelief.org/where_we_work/eastern_europe_&_the_caucasus/bosnia_and_herzegovina/mikra.cfm

More information on micro credit can be found at www.katalysis.com and at www.grameen-info.org/mcredit/unreport.html

¹⁸² These first two ways are the most common pathways of victim identification

¹⁸³ See Limanowska, B., (2002), Report “Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe”

current systems of identification, include women who do not want to return to their country of origin, or can't decide during police interrogation, and women who do not understand what trafficking is or do not understand their own legal standing. These women are sometimes too traumatized to communicate with the police, especially if they are being questioned in the location where they are being held in bondage. They also may be afraid of the police, either because the police are in collusion with traffickers, or because the women fear that they are now liable for criminal prosecution for prostitution, illegal employment, illegal immigration, etc. The sad fact is that these women may be right – trafficked women without valid documents¹⁸⁴ will sometimes be treated as victims, but will more often be criminalized and imprisoned or deported. Women who are deported to the border are then often picked up by traffickers once more and re-enter the cycle of trafficking.

All real victims of trafficking need to be identified as victims and not criminalized only because they do not have the proper residence permits or employment permits.

Victim Assistance

Along with improvement in the systems of victim identification should come improvement in systems of victim assistance. Victims of trafficking need basic assistance: safe accommodation, medical care, psychological counselling, and legal counselling.

NGOs are the main organisations that provide victim assistance. Governments need to supply NGOs with sufficient resources, financial and otherwise, and need to set up systems that facilitate good cooperation between the police and NGOs.

Destination countries should provide trafficked persons with legal residence status – these countries are reluctant to provide such status, but this is a human rights issue. Destination countries could use “humanitarian residence permits” on an either temporary or permanent basis, and should also consider granting asylum in some cases.¹⁸⁵

Systems need to be developed that ensure that all women who are victims of trafficking receive both short-term and long-term assistance. IOM provides assistance for many victims of trafficking, but only for those people who are willing to return to their country of origin. If a woman is not willing to return or can't decide at the moment, she isn't recognized as victim of trafficking, and doesn't qualify for assistance: this needs to be changed. Women who do decide to return to their countries of origin need to be provided with good long-term assistance in reintegration – without this assistance, many returned victims face both the same lack of opportunities as before *and* new social problems like ostracism. Somewhere between 30 and 50% of women and girls who are victims of trafficking and are returned home without good re-integration services, end up either being trafficked again or working in the sex industry abroad.¹⁸⁶ Reintegration programmes should include medical and psychological assistance, protection, vocational training, assistance in finding a job, and micro credit for potential entrepreneurs. These reintegration programmes need to be supported by the National Plan of Action for each country of origin and backed up by government cooperation with NGOs.

Victim Protection

Programmes for victim protection and witness protection need to be developed in both destination and origins countries. In destination countries, victims need a safe place to live, protection from traffickers, assistance with stabilization so they can serve as witnesses for the prosecution of traffickers. In countries of origin, victims and their families need to be protected from retribution from traffickers.

¹⁸⁴ *ibid.*

¹⁸⁵ This humanitarian temporary residence status has been recommended by the Council of Europe and is required by a 1997 Council Joint Action of the European Union, as well as resolutions by the European Parliament in 1989, 1993, 1996, and 2000. Italy and the Netherlands already provide temporary residence permits for victims of human trafficking

¹⁸⁶ Limanowska, B. (2002), Report «Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe»

Prosecution

Prosecution of human traffickers is a means of prevention: prosecuting traffickers and imposing heavy criminal sentences should not only remove them from the system of trafficking, but also serve as a deterrent for other traffickers. Unfortunately, there are many obstacles that make the prosecution of human traffickers exceedingly difficult.

One major problem is with the legal systems within which traffickers would be prosecuted. Many countries do not have a legal code in which human trafficking is a distinct criminal offence. In these countries, traffickers are prosecuted under existing laws (such as laws against smuggling or prostitution-related crime), or they are not prosecuted at all. Sometimes prosecution is limited to traffickers who forced victims into prostitution, and excludes traffickers who exploit their victims with forced domestic and factory labour, forced servitude, or other sexual services such as pornography and striptease. Finally, even if human traffickers are convicted, they face only minor penalties, which are not at all proportionate to the severity of the crime – sentences are often only months, or a year or two – ten times shorter than sentences for drug traffickers.

Another major problem with prosecution of traffickers lies in the enforcement of legal codes. Prosecution relies upon judges who may not understand the nuances of the complex laws used to fight trafficking, and who may not also understand just what human trafficking is. Corruption on the part of judges and police may mean that traffickers are not prosecuted or given only a slap on the wrist. The lack of witness protection programmes means that women and girls are often afraid to testify due to fear of revenge – sometimes they leave behind written testimony, but this testimony lacks force in a courtroom setting, especially if a trafficker has witnesses present used to vouch for his or her character.

There are several ways to overcome these problems with legal codes and their enforcement:

- The international community needs to develop and confirm a standard definition of trafficking, and to harmonise legislation taking into account the transborder nature of trafficking movements.
- The legal codes of every country in Southeast Europe should conform with regards to trafficking. Each of these states needs to sign and ratify important international documents on trafficking, including:
 - The UN Convention against Transnational Organized Crime and its supplementing Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children; also the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air;
 - The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Optional Protocol, which allows individual complaints and commissions of inquiry;
 - The UN Convention on the Rights of Child as well as the Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography;
 - The UN Convention on the Rights of Migrant Workers and their Families;
 - The European Convention on Extradition and UN Crime Convention.
- The countries of Southeast Europe need to fight corruption of the police and the judiciary – this will have positive effects beyond the fight against trafficking,
- The police and the judiciary need to be trained about anti-trafficking laws and how they can be applied and enforced,
- Anti-trafficking measures should include the confiscation of assets and shutting down of legal enterprises run by traffickers.

Chapter ten: The international community concern

The development of communications and the economic imbalance in the world have made trafficking more international than ever. First there was the white slave traffic, then trafficking from South to North and now there is a trafficking in human beings from less developed regions to the more prosperous ones, whatever their geographical location is (but in particular to Western Europe).

The international community recognised and has taken actions to combat this phenomenon. There are a number of international agencies and organisations working on this issue.

United Nations (UN)

Member states of the United Nations have stressed that trafficking in human beings is a flagrant violation of victims' fundamental rights. They have noted that trafficking has become a major activity of international organised crime and called for the elimination of this phenomenon and assistance to the victims of this form of violence, who are mainly women and girls.

United Nations brought several convention, reports, resolutions and programmes of action.

In 1949, the UN General Assembly approved a new Convention for the Suppression of Traffic in Persons and of the Exploitation of Prostitution of Others. The new Convention replaced the earlier international conventions (see Chapter Five). The UN General Assembly also adopted in 1979 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women¹⁸⁷, and 1989 Convention on the Rights of the Child¹⁸⁸.

Both of them call the states parties to fight against sexual exploitation of women in first case, and children in second case.

It is very important to underline the Vienna Programme of action, adopted by the World Conference on the Human Rights (Vienna, 14-15 June 1993) and the Declaration on the Elimination of Violence Against Women adopted by the General Assembly (December 1993).

Also, the Cairo Programme of Actions (September 1994) and the Beijing Platform for Action (September 1995), which established Additional Protocol to the Convention on the Rights of the Child (adopted in 2000), deserve the attention.

However, these treaties were not adequate enough to fight against the new growing phenomenon of trafficking in human beings. For this reason, in December 2000 the UN opened for signature in Palermo the Convention against Transnational Organised Crime and its two Protocols (see Chapter Five).

- Since 1997, The UN High Commissioner for Human Rights (UNHCHR) has taken an active interest in the problem of trafficking in human beings, focusing in particular on trafficking in women and children.¹⁸⁹
- UNHCHR is currently in the process of developing guidelines for the integration of human rights into national, regional and international anti-trafficking initiatives.
- In 1999, a joint UNHCHR/Council of Europe Trafficking Prevention Programme for Eastern and Central Europe was launched.

¹⁸⁷ CEDAW, General Assembly Resolution 34/180, 18 December 1979

¹⁸⁸ CRC, General Assembly Resolution 44/25, 20 November 1989

¹⁸⁹ UN special rapporteur on violence against women, its causes and consequences (document E/CN.4/1977/47)

CommDH(2003)8rev.

- UNHCHR also worked with the Council of Europe on the organisation of a seminar in Athens (2000) aimed at developing a sub-regional plan of action against trafficking in human beings in SEE.
- The United Nations Children Fund (UNICEF) in cooperation with the Council of Europe organised in November 2001 the Budapest Preparatory Conference for Europe on Protection of Children Against Sexual Exploitation. Also in December 2001, UNICEF co-sponsored the Second Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children in Yokohama, Japan.

International Labour Organisation (ILO)

ILO is very active on the issue of trafficking in human beings in relation to forced labour, abuse of migrant workers, discrimination at work, and child labour. The ILO addresses trafficking in human beings through its Forced Labour Convention¹⁹⁰ and the Worst Forms of Child Labour Convention¹⁹¹. The ILO is developing a programme to combat trafficking in children and young people for labour and sexual exploitation in the Balkans and Ukraine. In 2001, in report “Stopping Forced Labour”, ILO identified current problems of forced labour and trafficking throughout Europe.

Interpol

Interpol is responsible for promoting co-operation and mutual assistance between the criminal police authorities. In that regard, Interpol should play a major role in combating trafficking. In accordance with the terms of reference, Interpol adopted a multidisciplinary approach calling for co-ordination of the activities of all authorities.

United Nations Organisation for Education, Science and Culture (UNESCO)

UNESCO is presently developing a new tool for people working on human trafficking issues: “The UNESCO Trafficking Statistics Project”. This is now a first step towards clarifying what we know, what we think we know, and what we do not know about trafficking. Namely UNESCO is tracing the origin of numbers of citations by various sources attempting to ascertain the methodology by which these numbers were calculated, and evaluating their validity.

Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE)

With its 55 Member States, the OSCE is the biggest organisation for regional security in the world. From the beginning of the Nineties, OSCE has been engaged in a number of activities to fight against trafficking in human beings such as: in the field of law enforcement, public awareness, research, training and support for NGOs.

In Moscow in 1991 the CSCE¹⁹² Member States recognised the need to eliminate every form of violence towards women including trafficking¹⁹³.

In 1999, with Charter for European Security, adopted in Istanbul, trafficking was considered not only as trafficking in women but generally trafficking in any human being¹⁹⁴.

Also Member States recognised the need for implementation of relevant legislation to prosecute trafficking and to protect victims.

¹⁹⁰ Nos. 29 and 105

¹⁹¹ No 182

¹⁹² Conference for security and Cooperation in Europe was replaced by OSCE in 1995

¹⁹³ See: OSCE Human Dimension Commitments-A reference Guide, Warsaw, 2001, p.241

¹⁹⁴ *ibid*, p. 299

At the Vienna Ministerial Council in 2000, Member States made the decision that countries of origin, transit and destination of trafficking in human beings should fight together against trafficking. Decision defines trafficking in human beings as: **“an abhorrent human right abuse and a serious crime”**¹⁹⁵.

Also at the Bucharest Ministerial Council of 4 December 2001, the OSCE proposed to member states, to support investigations, law enforcement and crime prevention of victim of trafficking¹⁹⁶.

ODIHR’s anti-trafficking activities target at the prevention and protection of human rights. In this context ODIHR designed “Reference Guide for Anti-trafficking legislative Review”. Finally in 2001, OSCE adopted Anti-Trafficking Guidelines and expanded its Code of Conduct¹⁹⁷.

More or less, the OSCE plays a very important role in anti-trafficking work and specific actions are taken by the OSCE:

- to provide training and capacity building for NGOs;
- to raise public awareness;
- to ensure victim support;
- to develop regional co-operation.

European Union (EU)

EU member states have undertaken actions to maximise co-operation in the fight against trafficking in human beings, and against trafficking in women and children in particular. The anti-trafficking strategy identifies the root causes of trafficking as poverty, unemployment and lack of economic opportunities.

The European Parliament has adopted a series of Resolutions: the Resolution on the protection of witnesses in the fight against organised crime, the Resolutions on trafficking in human beings, and the Resolutions on victims of violence who are minors.

The European Conference on trafficking in women for the purpose of sexual exploitation, held in Vienna (10-11 June 1996), organised by the European Commission in collaboration with the IOM, resulted in the Communication by the Commission to the Council and the European Parliament on this subject¹⁹⁸. This document was later (1998) supplemented by a second Communication¹⁹⁹. The main conclusions of these texts were the need for national, regional and international co-operation and co-ordination between the authorities responsible for migration, justice and social affairs and NGOs. Also, the same document asked for mutual co-operation between organisations such as the UN, CoE, EU and other organisations.

This action was strengthened by the adoption of Joint Actions of the Council based on Article K.3 of the European Union Treaty concerning action to combat trafficking in human beings and the sexual exploitation of children.

The two additional Communications have been adopted in 2000²⁰⁰ and 2003²⁰¹. The one adopted in 2000 contains two Proposals for Council Framework Decisions on Combating Trafficking in Human Beings and on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child pornography.

¹⁹⁵ See: <http://www.osce.org/odihr/documents/trafficking/at-dec-28nov00.pdf>

¹⁹⁶ See: <http://www.osce.org/odihr/documents/trafficking/at-dec6-minc.pdf>

¹⁹⁷ Permanent Council Decision No.426, PC. DEC/426, 12 July 2001

¹⁹⁸ COM (96) 567 final

¹⁹⁹ COM (98) 726 final

²⁰⁰ COM (2000) 0854 final

²⁰¹ COM (2003) 323 final

CommDH(2003)8rev.

In the June 2003 European Commission adopted Communication on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders and the return of illegal residents.

Also several Declarations were adopted. We would like to emphasise The Hague and Brussels Declaration. The Hague Declaration contains guidelines for effective measures to prevent and combat trafficking in women for the purpose of sexual exploitation. The goal of the Brussels Declaration was developing a mechanism for European and international co-operation and the implementation of concrete measures, standards and best practices to combat trafficking in human beings.

Finally, the Council Framework Decision from 2000 contains provisions on States jurisdiction over crimes related to trafficking in human beings, on the introduction of penalties and on the protection of victims.

The Framework Decision entered into force on 1 August 2002 and the EU member states must implement it before 1 August 2004.

Finally, EU invested a lot of energy to develop a multi-disciplinary strategy to prevent trafficking and parts of it are: STOP and DAPHNE programs.

The general strategy of EU is:

- to develop an equal legislation in EU and candidate countries;
- to collect data and to provide research in field of gender;
- to improve prosecution of traffickers;
- to combat organized crime;
- to provide support and assistance for victims of trafficking.

The Stability Pact for South Eastern Europe

The Stability Pact for SEE is a political agreement adopted at the Cologne Meeting on June 1999, as an European Union initiative. It has been created by more than 40 partner countries and international organisations with the aim to ensure peace, democracy, respect of human rights, economic prosperity and stability in the whole region.

In September 2000, in the framework of the Third Working Table, a Task Force on Trafficking in Human Beings was created, with the aim to fight against trafficking through promotion of training programmes and strengthening national legislation in the field of prevention, protection and assistance programmes for the victims of trafficking.

The Council of Europe (CoE)

The CoE is composed of 45 countries, which can be seen in terms of trafficking as countries of origin, transit and destination. Since the beginning of the Nineties, CoE and its Steering Committee for Equality Between Women and Men (CDEG) have started to pay a great attention to trafficking in human beings.

The CDEG organised different types of activities such as the seminar on action against traffic in women and forced prostitution as violations of human rights and human dignity (Strasbourg 1991). As a result of this work, a Plan of action against traffic in women and forced prostitution (EG (96) 2) was prepared. That was the first true platform for government action.

The CDEG organised also an international seminar and workshop including several seminars in a number of countries of origin.

Under the authority of the CDEG the Group on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation (EG-S-TS) was set up.

In 1991 the Committee of Ministers of the CoE adopted the Recommendation No R (91) 11, concerning sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults. In this document CoE invited Member States to adopt specific measures related to trafficking, such as the supervision of the activity of different agencies, border police and protection of the victims. The Recommendation suggested also exchange of information between Countries throughout Europe and the creation of a European register of missing children.

The Committee of Ministers of the CoE, bearing in mind the Declaration adopted at the Second Summit of the CoE (October 1997) in which the heads of state and government of the member states of the CoE decided “to seek common responses to the challenges posed by the growth (...) in organised crime (...) throughout Europe” and affirmed their determination “to combat violence against women and all forms of sexual exploitation of women”, Recommendation No. R (96) 8, Recommendation No R (97) 13 and the Recommendation mentioned above, including the several Recommendations of the Parliamentary Assembly, adopted in May 2000 Recommendation No 11 on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation with following Explanatory memorandum.

The Parliamentary Assembly of the Council of Europe has also adopted some Recommendations and Resolutions: Rec. 1065 (1987) on the traffic in children and other forms of child exploitation, Rec. 1211 (1993) on clandestine migration: traffickers and employers of clandestine migrants, Rec. 1325 (1997) on trafficking in women and forced prostitution in Council of Europe Member States, Rec. 1545 (2002) on a Campaign against trafficking in women and Resolution 1099 (1996) on the sexual exploitation of children.

Also the Parliamentary Assembly recommended to the Committee of Ministers to elaborate a European Convention on Traffic in Women, open to Member and also to non-Member States of the Council of Europe.

At the beginning, it has been stipulated that this Convention should have been based on the definition of trafficking in women included in Rec. No. 11 (2000), which states that “trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation includes the procurement by one or more natural or legal persons and/or organisation of the exploitation and/or transport or migration-legal or illegal- of persons, even with their consent, for the purpose of their sexual exploitation, *inter alia* by means of coercion, in particular violence or threats, deceit, abuse of authority or of position of vulnerability”. This definition seems to be insufficient for fighting against all forms of slavery. For this reason, now, exists a proposal to take into account the Palermo Protocol on trafficking in persons with its definition of trafficking. But, on the other hand, it would be good to take into consideration some comments and criticism of this definition (see page 20).

Finally, as a conclusion, the CoE has focus on three areas of trafficking:

- Legal reform;
- Law enforcement;
- Victim assistance.

During the 5th European Ministerial Conference²⁰² on equality between women and men, the CoE outlined three concrete objectives:

- to promote equal opportunities, rights, freedoms and respect of women and men;
- to prevent and combat violence against women and trafficking in human beings;
- to develop gender mainstreaming within the council of Europe and at the national level.

²⁰² Declaration and Programme of Action: Gender Equality: a core issue in changing societies. CoE, Skopje 2003

CommDH(2003)8rev.

Although activities to ensure the fulfilment of these objectives are separated from anti-trafficking activities, these activities have to be seen as a contribution to combating trafficking.

International Organisation for Migration (IOM)

The IOM is an organisation which is working in the area of assistance for the victims of trafficking and trafficking prevention. In May 2001, the IOM signed a Memorandum of Understanding with the SECI Centre in the field of assistance to repatriated trafficked women in the Balkan region. The aim of IOM is to assist trafficked persons to return voluntarily to their countries of origin. the IOM is the author of several reports concerning migrations and trafficking in human beings that emphasise:

- the illegal nature of new form of slavery;
- the lack of an adequate legislation in many countries of the world concerning trafficking;
- the problem of testimonies by the victims of trafficking.

Concluding remarks

Many International Organisations take part in the fight against trafficking in human beings. However, some of them strongly support strict standards for the implementation of legislative instruments such as international conventions which have to be implemented by State Parties. Others support soft laws such as resolutions, plan of action, recommendations, the implementation of which depend on State decision.

The International Organisations, on one side, and the Countries of the world, on the other side, run at different speeds in the fight against this modern form of slavery. It is clear that States Parties have to care about the implementation of international standards provided by Trafficking Protocol and other treaties, but also about cooperation with NGOs, which became very important interlocutors in the field to combating trafficking. Unfortunately, in many transition countries, but not only transition countries, NGOs still wait to be recognised by government as partner in:

- prohibiting trafficking;
- investigating, prosecuting, and punishing traffickers;
- protecting victims.

Because trafficking is not only a criminal justice issue, but also a human rights issue.

V. QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES A CARACTÈRE PERSONNEL DANS LE CADRE DES ACCORDS DE SCHENGEN
par Philip GAFFET, Avocat

Sans l'esprit des accords de Schengen, il est probable que les quatre grandes libertés de circulation, et notamment les libres circulations des personnes et de l'information, mises en exergue par les Communautés européennes (CE) seraient restées une réalité virtuelle et que ce chantier européen qui a fait l'objet d'adhésions successives et qui dépasse le cadre de la CE, sans l'englober totalement²⁰³ est très certainement le catalyseur et le fédérateur des énergies européennes.

Schengen reconnaît moins de valeur à la souveraineté territoriale de chacun des États membres et plus à l'instauration d'un espace de liberté européen qui soit également sécurisé. C'est ce "double avantage" paradoxal de plus de liberté et de plus de sécurité qui est un véritable défi européen²⁰⁴.

Sur le versant sécuritaire, l'accord cadre de Schengen de 1985 et la Convention d'application du 19 juin 1990, prévoient notamment la création d'un Système d'Information de Schengen (SIS) qui est un gigantesque fichier informatique dans lequel deux catégories de données sont portées par les autorités des États Schengen. Ces données sont relatives aux objets et aux personnes.

Seules les informations relatives aux personnes seront considérées en l'occurrence. Sont signalées et donc inscrites au SIS : les personnes recherchées sur le plan pénal (extradition, personnes citées devant un tribunal répressif ou devant y comparaître en qualité de prévenu ou de témoin), les personnes disparues ou devant être placées sous protection et les étrangers qui sont signalés aux fins de non-admission ou qui constituent une menace pour l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationales²⁰⁵.

Le SIS est conçu à l'origine pour la régulation de l'immigration et pour une politique de coopération pénale.

La conception et l'évolution de ce SIS laissent apparaître des travers qui sont dus autant au fait qu'il n'est pas toujours compatible avec le Droit International (I) et que son application peut entraîner une perte du sens politique (II).

²⁰³ L'accord de Schengen, signé le 14 juin 1985 par l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas est entré en vigueur à l'égard de ces États le lendemain, aucune condition de ratification n'étant nécessaire. Quant à la Convention d'application de ces accords signée le 19 juin 1990, elle aurait dû entrer en vigueur, après ratification, à l'égard de l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays Bas en date du 1^{er} novembre 1993, mais sa mise en application est intervenue effectivement entre ces États le 26 mars 1995 ; elle a également été signée, puis ratifiée, ultérieurement par l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, l'Autriche, le Danemark, la Finlande et la Suède. Hors CE, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sont devenus associés au système de Schengen par une décision du Conseil, du 17 mai 1999, postérieure à l'accord pris entre ces deux États et la CE à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen. Le Royaume Uni et l'Irlande ne sont pas pleinement associés aux accords de Schengen

²⁰⁴ Pour un exposé complet sur ce paradoxe, voir l'ouvrage de Daphné BOUTEILLET PAQUET : "L'Europe et le droit d'asile", éd. L'Harmattan, dans lequel l'auteur emprunte l'expression "double avantage" à VAN DEN RIJ T W. (cf. note n° 13, page 139)

CommDH(2003)8rev.

I. Le non-respect du Droit international dans le cadre du SIS peut se mesurer au regard de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (A) puis de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CEDH), instrument du Conseil de l'Europe (B).

A - La conception du SIS est critiquable au regard de plusieurs instruments internationaux et le premier, à l'aulne duquel l'on peut mesurer le SIS, est la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, appelée encore "Convention 108", élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 1^o octobre 1985 entre les premiers signataires.

Cette Convention 108 a été ratifiée par tous les États parties aux accords de Schengen²⁰⁶.

Le rapport explicatif de cette Convention 108 précise en introduction que l'objet de la Convention est la protection des données, c'est-à-dire la protection juridique des individus vis à vis du traitement automatisé des données à caractère personnel les concernant.

Cette protection apparaît indispensable au regard de l'utilisation croissante de l'informatique à des fins administratives et de gestion car elle apparaît comme l'outil le moins coûteux, auquel il peut être adjoint des logiciels de traitement et d'exploitation, et qu'enfin ces données informatiques sont facilement transmissibles par télécommunications.

Cette Convention 108 entend combler un vide dans la protection des données, vide que, ni la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CEDH), ni les législations internes ne pouvaient combler.

Le rapport explicatif indique en outre et notamment qu'il ne doit pas être fait de différence selon que les opérations de traitement s'effectue dans un ou plusieurs pays dans le cadre des flux transfrontières. C'est pourquoi, les garanties énoncées dans cette Convention 108 s'étendent à toute personne physique indépendamment de sa nationalité ou de son lieu de résidence.

Ainsi, tout étranger ayant pénétré sur le territoire d'un État partie à la Convention 108, ou étant retenu dans une de ses zones d'attente, dite "zone internationale", située sur un point d'accès au trafic international²⁰⁷ fait l'objet de la protection instaurée par la Convention 108.

Seul le Luxembourg a émis des réserves à la ratification de cette Convention 108, lors du dépôt de son instrument de ratification le 10 février 1988, déclarant ne pas appliquer la Convention, notamment aux : "banques de données qui sont établies pour le compte des institutions de droit international public". Cette ratification de la Convention 108 par le Luxembourg, qui intervient après la signature de l'accord de Schengen et pendant les travaux qui amèneront sa Convention d'application, est manifestement faite sous la réserve d'exclure les instruments de Schengen de son champ d'application.

²⁰⁶ L'autriche, le Danemark, la France, l'Allemagne, le Luxembourg et la Suède ont signé cette Convention à la date d'ouverture à la signature, soit le 28.01.81 ; le Portugal signera le 14 mai 1981, l'Espagne le 28 janvier 1982, la Belgique le 07 mai 1982, l'Italie le 02 février 1983, la Grèce le 17 février 1983, Les Pays Bas le 28 janvier 1988 et la Finlande le 10 avril 1991. Les ratifications interviendront ultérieurement, la plus tardive étant celle de l'Italie au 29 mars 1997. Le Royaume de Norvège et la République d'Islande signeront, puis ratifieront cette Convention respectivement le 20 février 1984 et le 25 mars 1991

²⁰⁷ Sur la responsabilité de l'État dans ses zones d'attente cf. notamment l'arrêt AMUUR de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25.06.96 et dans une moindre mesure l'arrêt PIERMONT de la même Cour en date du 27.04.95.

Ce sera le seul État signataire des instruments de Schengen qui adoptera cette position et l'on peut se demander si elle doit être attribuée au mérite de la lucidité ou de la franchise.

Cette Convention 108 ne semble pas disposer du self executing qui permettrait aux particuliers de l'invoquer directement, dans les situations contentieuses, puisqu'elle instaure seulement une obligation pour les États de prendre les mesures nécessaires pour donner effet aux principes de base pour la protection des données, mesures qui doivent être prises au plus tard au moment de l'entrée en vigueur de la Convention à leur égard²⁰⁸. En revanche, l'article 8 de cette Convention 108 édicte des droits et garanties complémentaires qui par cette caractéristique peut avoir un caractère autonome et disposer du self executing.

Ces droits de l'article 8 pourraient, pris isolément, être invoqués directement par des particuliers dans des situations contentieuses.

Il reste qu'une carence de l'État peut certainement entraîner sa responsabilité.

Deux grands principes sont dégagés par cette Convention 108 en son article 8 : un principe de publicité et un principe de contrôle, selon lesquels les informations portées au fichier automatisé doivent faire l'objet de vérifications et toute personne, dont les données sont portées au SIS doit en être informée, et doit avoir un droit d'accès et de rectification.

La conception du SIS ne respecte aucun de ces principes lorsque ne sont précisément désignées, dans aucun texte international, les personnes qui peuvent alimenter le fichier automatisé en signalement. C'est le droit national de la partie contractante signalante qui s'applique au signalement²⁰⁹. Cela induit des inégalités, voire des discriminations, car des systèmes étatiques sont plus avancés que d'autres dans la protection des personnes.

En outre, Schengen ne rajoute rien sur le contrôle des personnes signalantes (fonctionnaires ou autres...) qui ne se sont donc soumises qu'à des contrôles nationaux pour un travail de grande envergure internationale. Ceci est d'autant plus paradoxal que les personnes pouvant consulter le SIS sont dûment répertoriées.

Cette alimentation obscure du SIS ne permet donc aucune publicité, interdit tout contrôle effectif et peut ouvrir la voie à des fichages faits dans l'intérêt exclusif d'un État.

En pratique, il apparaît que ce fichier peut être alimenté par tout fonctionnaire sur des fondements parfois spécieux qui peuvent être parfois préjudiciables. En outre, les communications sur le fonctionnement du SIS sont rarissimes.

La Convention 108 fait apparaître la notion de "maître du fichier" qui est définie comme étant la personne ou l'organe responsable en dernier ressort du fichier et non pas les personnes qui procèdent aux opérations de traitement conformément aux instructions du maître du fichier²¹⁰.

En la matière le droit d'accès, de rectification ou d'effacement s'exerce de la manière suivante :

²⁰⁸ Cf. article 4 de la Convention

CommDH(2003)8rev.

L'effacement du signalement ou sa rectification ne peuvent qu'être consécutifs à une procédure entre États à laquelle l'étranger ou plus généralement le requérant ne participe pas²¹¹. Ici, il convient de noter que, systématiquement, la communication des informations à la personne fichée et les modalités de cette communication ne peuvent se faire sans prévenir l'État signalant qui doit pouvoir prendre position auparavant. En pratique, cela permet à l'État signalant de vérifier si son fichage est correct et de prévenir toute action en responsabilité. C'est le seul véritable contrôle du fichier qui s'effectue en la matière, mais qui malheureusement n'intervient que lorsqu'une personne sait qu'elle est fichée et demande la nature des données qui sont inscrites à son encontre, si elle peut se maintenir sur le territoire de Schengen.

Pour être complet, il convient de souligner ici que la communication des données peut être refusée, en application de l'article 109 alinéa 2 de la Convention d'application des accords de Schengen, si elle peut nuire à l'exécution de la tâche légale consignée dans le signalement²¹².

Cette procédure fait apparaître qu'il n'y a pas de maître du fichier dans le cadre du SIS mais une notion plus vague et plus floue d'États légèrement responsables, qui exercent des péréquations entre eux si leur responsabilité peut être mise en cause et si la procédure instaurée entre États est respectée.

Ici, il convient de préciser que le Joint Supervisory Authority of Schengen (JSA) en charge, depuis 1998 semble-t-il de l'étude de la conformité des accords de Schengen avec les droits de la personne, ne fait qu'un travail d'information qui, en outre apparaît limité pour l'instant à la Belgique et aux Pays-Bas²¹³.

La notion de maître du fichier est une notion importante qui permet à la personne fichée d'avoir un interlocuteur plus neutre qui pourra l'orienter. C'est le maître du fichier qui va personnaliser l'orientation du fichage, qui pour l'instant reste ambiguë et parfois fondée sur des desseins nationaux (quotas ou dans un autre sens facilitations diplomatiques).

En outre, le maître du fichier peut et doit faire connaître son travail, ce qui peut faire prendre conscience à toute personne susceptible d'être fichée qu'elle peut l'être et de demander alors un droit d'accès.

Aujourd'hui, nous sommes réellement dans une nébuleuse technocratique²¹⁴ à la fois dans un cadre qui va en-deçà et au-delà de la CE, ce qui rend le fichage Schengen obscur, voire même méconnu dans les milieux judiciaires.

B - La conception du SIS fait apparaître des incompatibilités également avec la CEDH qui est le deuxième instrument international normatif qui permet de mesurer la légalité du SIS.

Comme nous l'avons vu supra, toute personne citée devant un tribunal répressif ou devant y comparaître en qualité de prévenu ou de témoin peut être inscrite au SIS.

En pratique et dans beaucoup d'États ce fichage n'est pas systématique et concernera les étrangers pour lesquels sera demandé une interdiction du territoire, ou tous ceux qui sont liés à des trafics illicites internationaux.

Aucune circulaire ou document de synthèse publiés ne vient expliquer pourquoi des personnes qui bénéficient de la présomption d'innocence instaurée par l'article 6.2 CEDH (prévenu, ou mieux encore témoin !) peuvent faire l'objet d'un fichage. Ici, l'on peut craindre des erreurs, approximations dans ce fichier gigantesque qui apparaît plus de police préventive que fait pour réguler l'immigration.

Dans aucun pays de l'espace Schengen, cette possibilité de fichage n'apparaît dans l'acte qui convoque la personne devant le tribunal.

Cette obscurité devient encore plus préjudiciable lorsque la personne n'aura pas été condamnée et, en l'occurrence, dans aucun État de l'espace Schengen, aucune information ne parviendra à la personne susceptible d'être fichée sur l'effacement éventuel de ses données²¹⁵. Il n'y a, en effet, aucun garde-fou sur un effacement des données dans ce type de situation.

Enfin, cette obscurité devient catastrophique et encore plus illégale quand de telles données pourront interdire à tout étranger vivant régulièrement ou non sur un État partie, de se maintenir ou de pénétrer sur le territoire de l'espace Schengen de par l'automatisme d'expulsion que cette Convention induit.

Il apparaît qu'une des conséquences majeures de l'exploitation du SIS est que tout étranger non ressortissant de la CE, inscrit au SIS pour non-admission, peut d'office être reconduit à la frontière dans le cadre de procédures distinctes de celles du droit national²¹⁶.

Le fichage peut également entraîner, de façon plus discrétionnaire, la reconduite à la frontière, l'expulsion ou la surveillance plus ou moins resserrée de l'étranger dans les autres cas de fichage.

Ces procédures peuvent d'abord toucher des étrangers résidant régulièrement sur un État de l'espace Schengen et qui seraient condamnés ou fichés par un autre État de l'espace Schengen que leur État de résidence.

Ainsi, une interdiction du territoire par exemple en Norvège peut entraîner l'interdiction de résidence sur tout l'espace Schengen, sans que cela soit débattu dans l'instance norvégienne. Cela aura bien entendu des conséquences sur l'étranger demeurant, par exemple, en Italie qui y verra son droit au séjour jusque-là tranquille et paisible remis en cause.

Cependant, l'article 1 du protocole n° 7 de la CEDH instaure des garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers, résidant régulièrement, qui sont complètement antinomiques à l'esprit du SIS.

Si la personne concernée peut, dans certains droits nationaux, faire valoir des considérations liées à ses liens familiaux (article 8 CEDH) ou à son état de santé (article 3, voire 2 CEDH), pour un maintien sur le territoire de l'État, ce maintien ne pourra exister, comme nous l'avons vu supra, qu'après un effacement du signalement auquel l'étranger ne participe pas pour des raisons qui tiennent aux procédures subséquentes prévues dans le cadre du SIS.

Cet effacement est impraticable dans le cadre des procédures précipitées que la Convention d'Application des Accords de Schengen offre.

Enfin, il convient de rappeler ici que les accords de Schengen ont été élaborés pour assurer la libre circulation des personnes sur tout le territoire des États signataires de la Convention de Schengen.

Sur cette dynamique, il est apparu impossible aux États signataires de laisser une personne, fichée pour non admission dans un État de Schengen, pénétrer dans un autre État de Schengen car, du fait de cette libre circulation des personnes et de l'abolition des frontières, ce serait aplanir tous les

CommDH(2003)8rev.

obstacles administratifs pour virtuellement autoriser cette personne à pénétrer dans un État où elle n'est pas admise.

Ainsi une personne dont le séjour a été refusé en Espagne se verra interdite d'accès sur tout le territoire des États de Schengen et ne pourra pas, par exemple, débarquer à l'aéroport d'Helsinki, pour n'importe quel type de séjour, voire même en transit.

Comme toujours cet aspect de l'interdiction d'accès géographique présenté comme ponctuel dans la procédure (un État) et qui s'étend effectivement à une communauté d'États liés par des traités, n'a jamais été débattu dans l'instance judiciaire ou administrative et pose d'énormes problèmes juridiques. L'étranger, non ressortissant d'un État de Schengen, qui souhaite accéder même temporairement sur un autre État du territoire de Schengen, subit souvent une situation impraticable.

Dans cette occurrence, les problèmes juridiques se posent en amont et en aval de l'interdiction qui a contribué au fichage sur le SIS.

En amont, il convient de constater que la liberté de circulation et surtout la dignité d'un individu injustement fiché sont des droits fondamentaux rattachés à l'état des personnes et à caractère civil. Parfois le litige survient en matière pénale. Il apparaît que les procédures d'interdiction et de fichage qui sont judiciaires et/ou administratives ne sont jamais portées équitablement à la connaissance de la personne concernée qui ne connaît jamais la portée géographique de l'interdiction, en contravention à l'article 6 CEDH et aux droits de la défense qui ont souvent une portée constitutionnelle dans certains États du territoire de Schengen.

Toujours en amont, le problème prendra encore plus d'acuité lorsqu'un nouvel État va adhérer à la Convention d'Application des Accords de Schengen et qu'il appliquera scrupuleusement les mesures d'interdiction d'accès et d'éloignement prises sur les fichages au SIS pratiquées par les États plus anciens et sur des personnes qui résident sur son territoire, non concernées auparavant.

En aval de l'interdiction et du fichage, lorsque la situation est la plupart du temps verrouillée, l'énorme portée géographique de l'interdiction va très souvent porter atteinte aux droits de la personne proprement dite et des personnes qui lui sont proches.

L'étranger littéralement victime d'ostracisme, au sens antique du terme, ne pourra donc rejoindre un concubin sur l'espace de Schengen, ni militer ou s'exprimer sur les plans syndicaux, politiques et/ou religieux qui requièrent de nos jours une dimension internationale. Ce sera autant d'atteintes aux articles 8, 10, 11 et 12 CEDH.

Les personnes proches de cet étranger « ostracisé », qu'ils s'agissent de personnes physiques ou morales, peuvent également être atteintes dans leur droits fondamentaux. La vie familiale s'avère impossible, comme la diffusion des idées politiques ou religieuse entravée.

Ainsi la Cour Administrative Fédérale d'Allemagne, Cour suprême de cassation a, dans un arrêt du 10 juillet 2001, jugé qu'une association religieuse avait un intérêt à agir dans une instance administrative sur le refus d'entrée opposé à son leader charismatique à l'aéroport de PARIS, consécutivement à un fichage d'origine allemande dans le SIS²¹⁷. C'est affirmer que cette association subit un grief, voire un préjudice. Il en serait de même d'un syndicat ou d'un parti politique.

Il n'est donc pas douteux que le non-accès au territoire de Schengen pose des problèmes fondamentaux de dimension juridique mais aussi culturelle, en face desquels les procédures restent inadaptées.

Ce n'est pas l'étranger qui est au centre de la procédure qui le concerne au premier chef, mais il est plutôt inséré dans une logique diplomatique ou de police qui le dépasse et qui est un glissement par rapport aux buts premiers du SIS.

En tout état de cause, il apparaît que le fichage reste succinct pour des raisons pratiques de taille de mémoire et ne comporte pratiquement jamais, dans les informations accessibles à l'écran, les références de la décision exécutoire qui est à la source du fichage. Celle-ci est destinée à apparaître plus tard, en cas de contestation, quand l'État signalant est prévenu d'une demande de droit d'accès sur les données qu'il a inscrites.

Cette décision exécutoire, source du fichage, est cependant obligatoire pour le respect des droits de la personne fichée et ne serait-ce que pour organiser un auto-contrôle du fichage.

L'absence de décision exécutoire peut entraîner l'annulation du fichage informatique et, consécutivement, de la procédure de reconduite à la frontière subséquente²¹⁸. Ici, il conviendra cependant d'observer, encore une fois, que l'étranger requérant au droit d'accès au SIS, ne peut avoir connaissance du fichage brut qui a provoqué la procédure d'éloignement, mais qu'à un fichage relooké par l'État signalant, après la procédure préalable de l'article 109 de la Convention d'Application des Accords de Schengen.

L'on peut donc s'interroger sur la valeur d'un tel droit d'accès qui s'exerce de surcroît, dans de nombreux États de l'espace Schengen de manière indirecte, donc sans réelle connaissance des données par le requérant.

Ainsi n'est offert à l'étranger, très souvent précarisé, aucune procédure vraiment contradictoire pour résister aux contentieux administratifs d'éloignement qui lui sont opposés sur le fondement du SIS.

Ces mesures d'éloignement sont rattachées à des contestations touchant à l'État des personnes (famille, santé...) et ont un caractère civil. En outre, lorsque l'étranger réside régulièrement sur un État de l'espace Schengen, il est protégé par le protocole n° 7 à la CEDH.

Il y a dans cette organisation du SIS une contravention structurelle à l'article 6 CEDH qui pourrait parfois faire surgir l'article 14 CEDH.

Cette situation peut être le paradigme d'une perte de sens qui s'étend au politique.

CommDH(2003)8rev.

II. Tout projet humain est porteur de sens exprimé de façon consciente ou inconsciente par ses acteurs

Ainsi, dans le cadre d'un procès d'anthologie, à la juge soviétique, agacée qui demande narquoise à Joseph BRODSKY : " qui donc vous a fait poète ?", le futur prix Nobel de littérature répond, pensif : "et qui donc m'a fait humain ?".

Le juge suit sa logique qui pourrait être plus universelle, rétorque BRODSKY.

Le droit n'est pas une fin en soi, il est l'instrument d'une politique qui sous-tend des choix métaphysiques.

Sous cet éclairage, il est légitime de se demander si le SIS n'est pas l'objet de confusions graves (A) et si sa conception même ne le rend pas, à terme, obsolète (B).

A - Un constat s'impose de prime abord, c'est celui qu'aucun des États partie aux instruments de Schengen, n'avaient de fichiers regroupant autant de données que le SIS.

Le SIS a entraîné très rapidement une politique restrictive d'octroi de visas "court séjour" et une gestion commune de l'éloignement des étrangers considérés comme indésirables.

Ainsi, vu des pays tiers, l'Europe de Schengen peut certainement paraître plus unie, voire monolithique que vue de l'intérieur.

En effet, l'émergence d'une conscience européenne chez les nationaux est longue à venir et peut certainement apparaître mieux avec la libre circulation des personnes sur l'espace Schengen.

Ensuite, un deuxième constat apparaît : le SIS est un fichier hétéroclite qui regroupe notamment le terroriste présumé ou non, le témoin dans une procédure pénale et l'étranger qui ne peut pas ou plus être admis.

Toute construction humaine dégage des signes perceptibles par tous qui, dans une approche sémiotique, vont avoir des caractéristiques propres. D'abord un ancrage dans le réel, puis l'on pourra nettement dégager une promesse politique et enfin le signe s'adresse à l'esprit.

Le fichage dans le cadre du SIS s'ancre dans la réalité de l'immigration et dans celle de la rationalisation administrative. Les Etats concernés se doivent de trouver un positionnement. La promesse politique de maîtriser l'immigration se dégage nettement et le fichage s'adresse à l'esprit des Européens de Schengen de façon plutôt particulière.

Cette activité administrative de la gestion de l'accès au territoire de Schengen est destinée à encadrer cette « nouvelle Europe » qui n'apporte, semble-t-il, comme nouveauté importante qu'un crible très fin dans l'accès au territoire.

Ce cadre sous-tend deux notions maîtresses. La première est : c'est cette Europe-là que nous exposons et que nous avons produite. Dans cet exposé valorisant apparaît, de façon transitive, la convoitise de l'autre, de l'étranger, et donc la deuxième notion, celle de protection de l'œuvre par un fichage de même dimension : gigantesque.

Le fichage informatique du SIS qui est édifié de façon très approximative dans le biotope des droits de l'homme ne suscite paradoxalement que peu de réactions legalistes, car au-delà des craintes liées au terrorisme, il apparaît comme le pendant d'une construction politique qui serait convoitée et dont il convient d'être fier.

Dans cette approche politique biaisée (nous ne sommes en fait propriétaire que du passé et l'avenir est étranger) apparaît et est communiqué un système de valeurs spécieux.

Ce système apparaît d'abord centré sur une question récurrente qui est l'identité européenne qui ne peut être, dans le système de Schengen, que résolument monoculturelle, d'essence judéo-chrétienne.

Ceci est conforté par les derniers débats sur l'entrée de la Turquie dans l'Union européenne qui se présente comme un cénacle où chaque État guette son reflet.

Il reste choquant que le catalyseur de cette conscience européenne soit le rejet des étrangers des pays tiers et leur fichage pour bien inscrire leur extranéité dans le temps et dans l'espace. Choquant également que les premiers et uniques investissements, très lourds d'ailleurs, soient allés dans cette voie.

Pour revenir aux principes de base kantien, l'homme est une fin en soi et non un moyen.

L'étranger des pays tiers, souvent en situation précaire, ne peut être le moyen pour l'Europe de se sentir exister et échanger.

Puis, ce SIS propose une harmonisation et des échanges culturels en vase clos sans apport extérieur notable. Sur ce point il suffit de constater que les échanges universitaires ont considérablement diminué depuis plus de dix ans sur le territoire de Schengen. Quel rayonnement et quel avenir peut-on espérer de la fermeture proposée par le SIS ?

Enfin, ce SIS ne laisse pas une grande place à l'étranger et il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner comment est articulé l'espace de la rencontre européenne pour l'immigrant dont le SIS est la représentation.

Dans cet espace de rencontre, l'étranger fait l'objet d'un examen très scrupuleux de son identité. S'il sollicite l'asile politique, il sera souvent retenu administrativement et après une analyse de sa situation et de celle de son pays de quelques heures, il pourra être autorisé à pénétrer sur le territoire de Schengen. Il lui sera alors pris ses empreintes digitales malgré le principe d'inviolabilité du corps humain.

Dans cette rencontre, l'administration des États de Schengen veut apparaître comme hyper-organisée, voire tentaculaire, titulaire d'une grande puissance et gestionnaire d'une très grande connaissance scientifique (politique, informatique, etc.).

Pour certains gestionnaire de terrain ou même dans la hiérarchie, cette rencontre entre l'immigrant et l'administration européenne recouvre une opposition axiologique entre nature et culture.

C'est peut-être un des héritages du colonialisme. Il reste que dans ces développements de signification l'administration qui fiche l'étranger le manipule, lui envoyant plusieurs messages subliminaux et elle veut notamment, de façon plus ou moins consciente, lui donner :

- ⇒ une impression d'isolement dans le flux migratoire et le sentiment qu'il ne peut être dissimulé dans une foule anonyme. Parfois cette impression peut être plus forte et s'apparenter à un marquage (prise d'empreinte digitale) ;
- ⇒ le sentiment que la docilité est la mère de la tranquillité ;
- ⇒ l'induction d'une renonciation consentante à sa propre identité.

CommDH(2003)8rev.

Sur ce dernier point, nous pouvons envisager l'identité en-soi comme une tension dialectique à l'échelle d'une vie entre le « caractère » (ce par quoi l'on est reconnu à travers le temps) et la « parole tenue » (le fondement éthique de soi, ce qui oriente profondément sa propre existence et les choix que l'on fait)²¹⁹.

L'identité met donc en prise deux forces au cours d'une vie : une force de perpétuation qui pousse une personne à se faire reconnaître au fil du temps à travers les mêmes signes, les mêmes gestes et habitudes. Bien sûr, l'identité n'est pas que reproduction du même ; elle oscille vers un second pôle qui est celui de la constance éthique du sujet, c'est-à-dire la fidélité de ce dernier aux valeurs qui jalonnent sa vie. C'est ce deuxième pôle qui pourra amener le sujet à rompre, en fonction de circonstances, avec l'existant et les signes qui l'identifiaient aux yeux de l'extérieur, mais sans jamais renier son projet de vie.

C'est cette absence de renonciation à ce que la personne imagine qu'elle peut faire de sa vie qui constitue sa dignité.

Il peut entrer dans le « caractère » d'un émigrant, ou même d'un voyageur, d'accepter les aléas du déplacement à plus ou moins long terme, surtout si celui-ci est incontournable ou effectué sous une contrainte.

Il ne rentre certainement pas, par exemple, dans le fondement éthique d'un demandeur d'asile d'être retenu aux frontières dans des délais extravagants par rapport aux diligences administratives effectuées, sans véritable procédure judiciaire protectrice, ni de donner ses empreintes digitales, comme le délinquant qu'il est présumé être. Le tout en étant fiché sans information préalable.

Il ne rentre pas non plus, par exemple, dans le fondement éthique d'un voyageur non ressortissant d'un État Schengen, d'être fiché avant et/ou après son arrivée sans en avoir véritablement conscience et y avoir donné son consentement et sans pouvoir consulter, ni encore moins vérifier quelles informations, donc quel regard, l'autorité fichante porte sur lui.

Mais l'étranger dont le but est d'accéder au territoire de Schengen ne peut que passer sous ces fourches caudines de l'administration de Schengen sous peine de se voir interdire d'accès. Il lui est donc implicitement proposé un pacte faustien : l'échange de l'accès au territoire contre son indépendance et sa volonté d'esprit.

Le SIS est la trace sémiotique de cette construction édiflée car l'étranger, du fait de sa volonté d'émigrer, représente un danger diffus, qui n'est ni circonscrit, ni défini.

Comment peut-on, enfin, interpréter la coexistence, dans un même fichier de terroristes, de prévenus sur le plan pénal et d'étrangers qui veulent circuler et ne le peuvent pour des considérations uniquement administratives ?

Comme, dans le fichier, l'étranger est voisin du terroriste ou du prévenu pénal il peut s'y amalgamer.

La prise des empreintes digitales des demandeurs d'asile dans le cadre d'EURODAC procède de la même logique que le SIS et envoie le même signe à l'esprit. Habituellement l'on prend les empreintes digitales d'une personne qui fait l'objet d'une procédure pénale, qui est en détention ou condamné définitivement. Ici, ce sont les empreintes de celui qui allègue une persécution dans son pays d'origine qui seront prélevées avant toute discussion²²⁰.

L'étranger ne bénéficie donc, par nature, d'aucune présomption de bonne foi, ce qui est très certainement une atteinte à sa dignité. Le SIS entretient l'image fantasmagique d'un étranger dangereux.

Il est nécessaire pour une Europe libre, que chacun s'implique, autant que possible et de toutes ses forces, à cette aspiration vers la compréhension et le sens, face au chaos et à la représentation démoralisante de la situation planétaire représentée comme immaîtrisable.

L'aspect policier, voire militaire du SIS n'aspire à aucune compréhension et ne donne aucun sens. Les concepteurs du SIS confondent les valeurs et les genres dans l'élaboration de leur fichier, dont la dimension enfin peut leur échapper.

B - Il convient de souligner ici que le SIS ne remplace aucun fichier national, mais s'ajoute à toute une mosaïque de fichiers qui existent dans chaque État de l'espace Schengen et dont l'énumération prendrait des dizaines de pages pour chacun. Le SIS n'a donc aucun objectif de rationalisation tout en restant géré sur le plan national.

Compte tenu de la centaine de milliers d'informations et de données qui est introduite dans le SIS chaque année, il est légitime de s'interroger d'abord sur le coût d'une telle gestion qui est inaccessible, puis sur le rapport, l'utilité d'un tel investissement.

L'immigration est-elle mieux maîtrisée avec un tel outil et dans quelles proportions ?

Puis, la gestion de ces millions de données pose question. Peut-elle être réellement faite, avec quel investissement humain et dans quelle mesure ou intérêt européens ?

Ne nous trouvons-nous pas plutôt avec un stockage de millions d'informations inexploitable de par leur nombre ? Ne nous trouvons-nous pas plutôt avec une somme d'États qui font expansion de leur souveraineté nationale et présentent une illusion européenne ?

Il semble donc que le projet d'augmenter les fonctions du SIS²²¹ en y adjoignant le nom des étrangers entrant régulièrement sur un État de l'espace Schengen pour vérifier qu'ils repartent bien dans le délai de leur visa, les dossiers d'empreintes digitales des demandeurs d'asile, des prévenus et condamnés, les photographies et autres empreintes ADN ou biométriques peut paraître prématuré.

Il conviendrait très certainement avant de supprimer les fichiers nationaux qui recoupent les fonctions du SIS, de désigner un maître du SIS au sens de la Convention 108, de donner un véritable droit accès à l'information accessible usuellement à l'État qui consulte le SIS, de mettre en discussion une véritable procédure budgétaire en rapprochant coût et profit, de subdiviser le SIS pour que le terroriste ne voisine plus l'étranger en exil parfois forcé et d'investir autant pour les étrangers qui sont accueillis sur l'espace Schengen que pour ceux qui en sont rejetés.

Nous pourrions alors dire que ce n'est plus l'autorité qui fait le droit mais la vérité.

VI. FROM IMMIGRATION TO INTEGRATION : CLOSED CHANNELS AND OPEN QUESTIONS

by Jan Jařab, Commissioner for Human Rights of the Czech Republic

Abstract: Europe is facing a number of difficult issues in its dealing with migrants and asylum seekers. The accession countries seem particularly unprepared for the launch of active policies towards immigration; policies of almost automatic deterrence are obviously unsuccessful, and indeed they often produce exactly the opposite of the desired effect. On the other hand, the discourse of those who promote human rights and inter-cultural understanding should move from the mere denouncement of easily identified negative attitudes („racism“, „xenophobia“) to a serious discussion of dilemmas associated with the long-term integration of migrants – an issue for which easy and ready-made answers are not available.

Starting points

It is perhaps fitting that the first point in a discussion of migration, race, ethnicity, xenophobia, integration and related topics should consist of a recognition of the ambiguous character of language. As many contemporary authors have pointed out, language is not a neutral tool serving to describe realities; it plays an active part in their construction. Before we enter any discourse on the aforementioned issues, we should be prepared that we are coming to a terminological minefield.

The term „immigrant“ is sometimes perceived in the narrow form, as distinct from „refugee“ or „asylum seeker“, as well as from categories of people who have become citizens of the host country. Yet equally often politicians and journalists refer to all of these people (from refugees to established citizens of foreign birth, or even second-generation citizens) as immigrants, using the word as an umbrella term for everyone who is not „native“. In Czech legislation, where the term „immigrant“ does not exist at all, the umbrella term „foreigner“ is employed, which is perhaps even more explicit in separating „us“ and „them“, because it applies to the accidental tourist equally as to the long-term resident.

Also the term “nationalism” – which so often surfaces in debates concerning xenophobia and attitudes to minorities and migrants – means different things for people from different parts of Europe, let alone from the USA or South America. In the description of far right-wing parties throughout Europe, as well as in discourse concerning the Balkans, it has come to be identified (at least in casual usage, if not always in the academic one) with the insistence on an ethnically homogeneous nation state, or even with retrograde tendencies which imagine communities as natural, biological, linked by blood. In the Americas, by contrast, the word is far more likely than in Europe to mean simply patriotism, while “nation” is equated with the state. In Brazil, for instance, politicians will proudly emphasize that they are „nationalist“ and mean exactly the opposite than identifying their ethnic identity with the state - by contrast, they mean being patriotic regardless of their diverse ethnic descent.. When Czechoslovakia was divided into the Czech Republic and Slovakia, one American newspaper headline read “Czechs and Slovaks break up the nation”, while from an East European view the nations – as „natural“ entities – were breaking up a state, which may be conceived of as an „artificial“, „unnatural“ entity.

Even the term “nationality” is ambiguous. The prevalent usage in America and most of Europe makes nationality a synonym of citizenship; yet in Eastern Europe (and in this sense the Czech Republic does belong to the East), “nationality”, *národnost* and other nouns derived from the term for “nation” mean an ethnic identity, not citizenship. This creates confusions even inside individual societies. For instance, of some 150 thousand Roma or Gypsies who live in the Czech Republic only about 11 thousand declared Roma *národnost* (which was to mean “ethnic identity”) in the last census, mostly because they were afraid that it might compromise their citizenship.

In Europe – and in particular in Central and Eastern Europe - the term “ethnic”, as in “ethnic minority”, is often juxtaposed to “national”, as in “national minority”. There are legitimate forms of such usage in a number of countries’ legislations where only minorities which are seen as having links to a different nation-state are recognized as “national minorities” (e.g., the Hungarian minorities in neighbouring states), while

CommDH(2003)8rev.

those who do not have such links (for instance the Roma - Gypsies) are called “ethnic minorities”. Yet the Council of Europe Framework Convention on the Rights of National Minorities uses the term “national minority” for both types of communities, whether they have some attachment to another nation state, and in this case Czech legislation has gone in that direction, too, recognizing both the Germans (Poles, Hungarians...) and the Roma as „national minorities“.

Similar problems may arise with the use of the term “race”. For continental European, it is often a word to be avoided; and when it is used, then mostly by people who believe that humanity is in fact divided into distinct biological groups. In the Czech context, using the term almost automatically places the speaker among the racists. However, in the USA and the United Kingdom, “race” has been to some extent transformed into a self-identified category which has a strong dimension of cultural identity - and the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination defines the terms “racial discrimination”, “race” as an umbrella term which explicitly includes culturally based ethnic differences.

Such terminological pitfalls cannot be entirely avoided; at the very least, however, they have to be taken into account.

Where do the accession countries (e.g., the Czech Republic) stand

The prominent Canadian theorist of multiculturalism, Will Kymlicka, describes three fundamental types of interactions – and tensions - between majorities and minorities, which require different approaches. The first situation concerns interactions between the majority and remnants of indigenous populations (for instance Native Americans). The second involves established minorities with territorial claims for autonomy or even separation. In the third type, which is most open to various potential solutions, the settled population is dealing with the arrival of new migrants. Those three situations are rarely present at the same time; most New World countries display the first and third, many European ones deal with the second and third, and perhaps only Canada may safely be said to face all three types. The Czech Republic, unlike some other countries of Central and Eastern Europe which are in the process of accession to the European Union, does not have to deal with second challenge (mainly due to the fact that over the last 60 years, it has solved one such conflict by deporting the people in question, and another through achieved separation). It is beginning, however, to face the third – new migration.

What can the relatively new democracies, the states which are in the process of accession to the European Union, contribute to the solution of issues concerning migration, race and ethnicity? What historical baggage are they bringing into the European Union? Many have developed towards ever-increasing ethnic homogeneity, which has left them to some extent impoverished. Ethnic and cultural homogeneity is not an evil in itself; indeed, it was - as Ernest Gellner has pointed out in his works on nationalism - one of the key elements of successful modernization in Western nation-states. What is problematic in Central and Eastern Europe is that homogeneity was so often achieved simply through exclusion of the other. As the Polish dissident Adam Michnik had prophetically predicted in January 1990, in the midst of the euphoria over the sudden fall of the Soviet satellite system, the 1990s brought a wave of exclusionary nationalism which has tried to find illegitimate shortcuts to this homogeneity.

The Czech Republic, too, has become increasingly ethnically homogeneous over the last two centuries, having lost – in one way or other – its Germans and Hungarians, its Jews and Slovaks. Also the experience of two totalitarian regimes has itself contributed to a rather closed, narrow-minded and xenophobic attitude of mainstream Czech society towards refugees and migrants. The Czech society is often credited with being the least romantic about its national mythology, the most secular, least anti-Semitic of Central and Eastern Europe. That may indeed be the case; yet it has inherited from the 50 years of insecurity a certain narrow-mindedness and xenophobia which need not even be connected to national pride and “positive” emphasis on cultural identity. By contrast; it seems to be that the Czech form of xenophobia is more based on insistence on general bourgeois values (secondary virtues, *Sekundartugenden*) rather than on anything specifically Czech.

When it comes to migration, the Czechs – and their political representatives – still continue to see themselves as a country which is simply not there for „immigrants“. Those trends which head for the Czech Republic and other accession countries are often overlooked also by foreign observers of migration because of their traditional emphasis on migration from the so-called Third World to the First, with its underlying historical roots of colonial empires and exploitation, with strong connotations of „race“ as the key factor, and with the mix of fading superiority feelings („white man’s burden“) and a growing sense of guilt. All this is absent from the Czech situation as well as from that of most other accession countries. The flow of migrants – and to a lesser degree also of refugees or would-be refugees – consists primarily of white people from countries of the former Soviet Union; there are few if any historical precedents for such population moves, and no history of colonial rule and empire – in fact, the reverse is true, i.e., these more advanced countries were themselves reduced for half a century to Soviet political satellites.

Significantly, there are no feelings of guilt among the Czechs and other citizens of Central Europe towards those people who come from the territory which once was the USSR; indeed, often the feelings are quite the opposite. (It might also be argued that after 50 years of state-sponsored destruction of Christian values, guilt is hardly a valid concept in Czech culture even there in such situations where it would be much more appropriate.)

At any rate, it is very difficult to argue with the Czech public that there should be a moral duty to accommodate these migrants, as might well be argued in former colonial powers such as France, the United Kingdom or Netherlands. And the often repeated imperative that the receiving countries should try to prevent migration by providing economic assistance to the source countries, which may well apply to interactions between Western countries and their former colonies or African and Asian „failed states“, makes hardly any sense in the East European context, where modestly successful small countries receive an influx of migrants from ailing giants such as Russia or the Ukraine. It is obvious that the accession countries have little or no power to influence the desperate economic conditions in these places of origin, and thus to affect the migration trends.

Second specific: the Roma as half-migrants

Apart from the „ahistoric and guilt-free“ flow of economic migrants from the former Soviet Union, the Czech Republic and several other accession countries display another feature which sets them apart from others: the presence of relatively large Roma (Gypsy) minorities, which share some characteristics with the historic national minorities - indeed, in the Czech Republic the Roma are recognised and represented as such a minority - while it shares others with the migrants. The original community of Czech Roma, which was very tiny, was almost entirely annihilated by Nazi persecution, and the current Roma population has come from Slovakia after 1945, partly as a result of forcible removal from East Slovakian rural slums, partly (later) of their own volition.

Unlike the Roma in most countries of Western Europe (with the notable exceptions of Spain and Portugal), most East European Roma – and certainly the Czech ones - are no longer nomadic, having been sedentarized for generations. Thus, the issue which Czech society faces is fundamentally different from those which most West European societies deal with when addressing Roma issues. Unlike neighbouring countries which have significant populations of poor rural dwellers, Czech Roma are almost exclusively urban. The key question is not how to adjust modern society to the lifestyle of a tiny nomadic group living on its fringes, but how to deal with the existence of a socially excluded urban underclass which has a strong ethnic denominator. This underclass is composed of people who were forcibly urbanised and turned into factory workers but who have over the last 14 years become largely unemployed, surviving uneasily in the welfare benefit trap. Rather than retaining a traditional culture in any worthy sense of the word, they, they have been largely absorbed by that phenomenon for which Oscar Lewis coined the term “culture of poverty”.

Thus, three types of Government policies need to be addressed to the Roma: anti-discrimination legislation and its enforcement, support of cultural rights, and affirmative action such as the creation of Roma teaching assistants and Roma social streetworkers, who are themselves members of the community, stipends for Roma secondary school students, and so forth. However, the positive impact of these integration policies has so far been much smaller than the negative effect of 1990s laissez-faire economics, of widespread popular resentment and open discrimination towards the Roma, who are seen by most of the Czech public as „unable to adjust“. The term xenophobia is literally true in this context: the Roma, though a vast majority of them are now Czech citizens (having lost the citizenship temporarily after the break-up of federal Czechoslovakia), are seen by the majority as a foreign element, as a part of „them“, not „us“.

Interfaces between the Roma situation and problems with asylum

The plight of the Roma is also linked to asylum issues. Significant numbers of Czech Roma have until recently been making asylum claims in the United Kingdom, which has now made it virtually impossible for them to make an effective claim under the new Asylum Act. It is apparent that while legal categories may be differentiated, in fact it is exceedingly difficult to draw a clear line between „economic migrants“ and „refugees“. While the country does not carry out any intentional persecution of the Roma, it may well be argued – as the asylum seekers do – that it fails to protect them from discrimination by private agents and from racially motivated attacks by members of neo-Nazi fringe groups.

Most of the Roma asylum seekers, however, appear to have been well aware for a long time of the negligible chances to actually receive asylum but were willing to strive for the status of asylum seeker as if it were a goal in itself, even if it should be temporary. Initially, some of the Roma literally burnt bridges behind them and landed in desperate situations after being deported. Later, most of the asylum seekers appear to have been calculating with the near certainty of a return, taking the stay abroad as a welcome „respite“ or even alternating short stays at home and in various host countries.

Ironically, while the Czech Republic is a source of Roma asylum seekers who claim that life for them is becoming unbearable, it has increasingly become also a destination for large numbers of Slovak Roma asylum seekers. Unlike migrants from the former Soviet Union, these Roma are following a traditional route - escaping from the life in rural slums which is sometimes being romanticized as “traditional” but is in fact even less promising than the life in urban ethnic ghettos. In making their claims, they often do not even claim persecution – just like some citizens of the Ukraine, who may quite openly state that they are using the asylum claim to legalise at least their stay in the country while they are employed outside the regular job market. The issues are linked, as the Ukrainians (estimates vary from 100.000 to 200.000, mostly adult males) have effectively pushed the Roma (some 150.000, out of which about one third would be represented by adult males) out of their traditional low-skilled jobs in the building industry.

The weakness of restrictive policies

Most of those who come from the Ukraine and other parts of the former Soviet Union do not, however, apply for asylum - fortunately enough, because that would probably cause a breakdown of the asylum system. To the extent that they do it, it is because the Aliens Act which regulates “normal” immigration had become so restrictive that many people were simply pushed into a different channel.

Of course, such unintended consequences in one area of having made tougher rules in another area are not specific to the Czech Republic. What might be to some extent specific is the way in which the approach to newcomers has been affected over the 1990s by the radical swing of the political pendulum to a „Thatcherist“ Right which idolised businessmen as those who generate profit and progress. As a consequence, it was very easy in the first half of the 1990s for those claiming to do business to establish temporary residence in the Czech Republic, as a result of which many shady businessmen and members of organised crime easily gained foothold in the country. This contrasts with the rather more restrictive attitude to immigrants seeking regular employment, and particularly with the attitudes of the authorities to

the poorest and most desperate newcomers – i.e., the asylum seekers – were the most repressive (with the possible exception of refugees from war-stricken Bosnia who generated more sympathy in both the public and the authorities).

The Czech Republic displays extremely low recognition rates for asylum seekers (under 1%) as well as a very difficult access to citizenship, both on the legislative level and on the level of individual decision-making by the Ministry of Interior which decides about the cases and against whose decision no appeals can be made. A majority of those who fulfill the criteria do not get the citizenship anyway. In addition, the state has been so far very reluctant to admit political participation for non-citizens, or at least the recognition of long-term resident groups of non-citizens (i.e., the Vietnamese) as members of national minorities

On the whole it may be said that conditions have become increasingly restrictive for all categories of newcomers, from businessmen and employment-seeking migrants to refugees. The paradox, which is not unique to the Czech Republic or to the new member states of the European Union, is that such a generally restrictive approach is most damaging for the honest immigrant or genuine asylum seeker; only the most motivated succeed. Obviously, those persons who are willing to commit offences, bribe officials, or are linked to organised crime have a greater chance to push through than those who follow the requirements of the law. The Czech society has been slow to recognise that it may need immigrants also for simple demographic reasons, because of population ageing. Yet it may safely be said that the country already is a country of immigration; that it will be more true in the future; and that it will be a necessary development which will require active policies.

In 2002, the Ministry of Labour and Social Affairs finally proposed a first pilot program for „active immigration“, which immediately became the target of a particularly vicious and demagogic pre-election campaign by the right-wing opposition (the Civic Democratic Party) which deliberately confused these potential new immigrants with „illegal migrants“. The leader of the ODS, former Prime Minister (and current President) Václav Klaus, expressed vigorously his views that not even the tiny fraction of asylum seekers who are recognised as refugees are genuinely fleeing from persecution; that the Czech Republic should insist on its „sovereign right to reject foreigners“, and that perhaps the best way to deal with residence permits would be to sell them in auctions like any other items on the market. Under these conditions, not surprisingly, the Ministry of Labour and Social Affairs decided to act very cautiously and the new pilot program has developed slowly, remaining largely on paper.

In the approach to „illegal migrants“ as the archetypal villain, as well as in ignoring the fact that many people who enter illegally are in fact genuine asylum seekers who simply could not enter otherwise, the Czech Republic is of course not unique at all. There is a lack of recognition that these unfortunate individuals should also be seen as fellow human beings whose human dignity has been often threatened and trampled upon both in their country of origin and on the way to their new destination, and indeed, that it often continues to be trampled upon by illegal networks which operate inside our own „advanced“ and „safe“ countries. These people frequently face the risk of degrading treatment from three sources: organized crime, i.e., traffickers and mafia-style employers, racist elements in society, and the authorities themselves. In fact, the authorities often apply repression against migrants (both „legal“ and „illegal“) in ways which may actually - though perhaps unwittingly - carry out the wishes of the racists who would like to see the immigrant treated as harshly as possible, or even the wishes of mafia bosses who desire to have „troublemakers“ or „whistleblowers“ deported back to the country of their origin.

There is an urgent need to challenge this vicious circle of repression and marginalization, in which marginality justifies repression, and repression pushes the unfortunate immigrant further into social exclusion and „deviant“ behaviour, thus justifying more repression. There can be little doubt that those cases of trafficking where people are being placed in conditions close to slavery, represent perhaps the most urgent challenge to a European order founded on human rights. And it is surely a tragic failure if the authorities react by blaming or punishing the victims rather than the perpetrators.

From prescriptive to reflective discourse

All that has been said so far on the matter of migration and xenophobia may well be described as a critical and prescriptive discourse. However, beyond this critical and prescriptive line of thought, there appears to be a need for a shift in the perspective – from simple criticism of evils such as racism and xenophobia to the much more challenging questions of how to achieve effective integration of minorities and migrants. The key word in that perspective shift is „culture“.

The recognition of the importance of cultural issues comes gradually. In the Czech Republic, the nation-wide public awareness campaign is still officially labelled as the „campaign against racism“. However, it has increasingly been transformed from a campaign against an evil called racism into a campaign *for* something – and that something was first described as tolerance but in the following years it is gradually reconceptualized as inter-cultural understanding. Yet it remains true that culture, and issues linked to it, are only rarely being mentioned in the „classic“ discourse of human rights, which tends to be dominated by lawyers and activists.

Does this avoidance of culture and cultural issues mean that cultures, those of majority societies as well as those of immigrants, are largely irrelevant in the integration process? Or is it a shared understanding among those who defend human rights that culture is something that should be left out of the discourse for precisely the opposite reason, i.e., because it has a potential for abuse by flag-waving xenophobes and those who adhere to simplistic notions such as vulgarized versions of an inevitable „clash of civilizations“?

Host states need coherent and successful long-term policies of integration even if interest is more likely to center on solution of the immediate and often dramatic problems of recent arrivals. Without a successful long-term integration process, it may be exceedingly difficult to persuade the authorities (let alone the general public) in favour of more generous attitudes to the newcomers. And for integration policies to be successful, we need inter-cultural understanding, which means more than just „tolerating“ the other; it involves a certain degree of knowledge of the other and their culture, but it also requires a self-reflection of our own culture.

The pitfalls of ethnocentrism – and of attempts to „purge“ it

The greatest practical obstacle to successful long-term integration, at least if the Czech experience is representative, may lie in the ethnocentrism of majority societies, in their tendencies to judge others using their own taken-for-granted cultural criteria which reflect the values of their Western mainstream societies as if these criteria were entirely neutral. However, culture is hardly ever neutral. Though the cultures of Western host countries are, by and large, less rooted in traditional values than the cultures of immigrants from Asia, Africa, Latin America or the Balkans, they are not value-free.

To what extent are we in the Western world capable of distinguishing which part of our own culture is a cherished but perhaps quirky remnant of our tradition; and which part is a mix of universalistic, humanistic and democratic values of the West with other aspects of nowadays' fluid and consumerist version of modernity, i.e., a globalised „shopping-centre“ culture where identities are open to individual choice? And from this mix, what do we actually want the immigrant to conform to? The particular country's specifics, the shared Western universalistic aspirations, or the contemporary consumerism?

This is, of course, a difficult issue to which the author cannot claim to have any definite answer; but some answers which are often encountered on part of many well-intentioned people appear to be clearly wrong. Above all, it is a common reaction of human rights activists to declare war on ethnocentrism and label it as yet another (cultural) form of racism which must be banned and eradicated, if necessary by decree and by force. On the other hand, the authorities, policy makers and other well-meaning members of the public often believe that we can either leave the problem of ethnocentrism, and cultural issues as such, outside the integration approaches.

The first approach, while it purports to be aware of the problem of ethnocentrism, is actually self-defeating. The majority's ethnocentrism - regardless of which group forms the majority in a particular country - cannot be banned and eradicated any more than the minority's ethnocentrism, or indeed than any individual's egoism. Furthermore, it is illogical to claim that immigrant and minority cultures, which are themselves necessarily ethnocentric, should be respected as sacrosanct, while those of the majority populations - regardless of to what prevails in their aforementioned mix of traditional, universalist and globalized-consumerist values - should not. This is particularly true in small and close-knit majority societies such as for instance the Danish one.

Also, the approach which stresses „authenticity“ and „tradition“ of migrants' cultures over modernity may ironically encourage home-grown traditionalists and nationalists to raise fears of a purported risk of „loss of cultural identity“ on part of the majority. It seems obvious that rather than pursuing its own cultural ethnocentrism as yet another fatal sin, the majority culture can sensibly take it into account by taking a relativistic attitude, i.e., by struggling to understand which of its judgements are ethnocentric and why, as well as by acquiring knowledge of why those of other groups (immigrants and minorities) are different.

The second option, denial or glossing over of cultural diversity - exemplified by slogans such as „after all, we are all the same“ - is also deeply problematic. While it may serve a purpose in the struggle against racism which aims to deny some people's essential humanity and equal rights, it certainly does not prepare us well for the self-reflection of our own culture's values and their potential conflict with those of minority cultures. Ultimately, denial of cultural difference leads to denial of culturally sensitive approaches.

It is questionable, too, if we can make cultural differences innocent by „sweet and easy tolerance“, by treating different cultures as if they meant just different types of entertainment. In fact, this is a superficial approach, which we often see both on part of the authorities and on part of those who profess a love for „multiculturalism“, under the slogan of „everyone can keep his/her own culture“.

Beyond catchy slogans

We may easily repeat the mantra „integration, not assimilation“, as indeed we need to do whenever we encounter the still so often dominant mainstream assimilationists who urge that immigrants and minorities should simply throw their cultures away if they want to be recognized as persons with full rights, period. However, what lies underneath that mantra? After all, culture is *not* just entertainment; not just a set of different and colourful folkloric costumes, songs and dances. In the broader, anthropological sense, cultures involve such key existential values as how persons belonging to those communities perceive honour, shame and guilt; how they experience time; how communities arrange the hierarchy of responsibilities between one's obligations to God or gods, to larger society (*polis*), to kin, and to oneself. Modern Western culture, after all, is based not only on the elevation of the individual but also on placing obligations to the *polis* over those stemming from kinship and blood ties, and where this hierarchy does not work, for instance in Southern Italy or in parts of Latin America, "amoral familism" continues to undermine civil society.

And if we do approach cultural difference as an important factor to be taken into account in integration policies, should we see it merely as a management task – management of difference – or does it raise serious dilemmas of a political, ethical, or even philosophical nature? Who are *we*, and where are *we* going? What do we mean when we say, almost mechanically at times, that „integration is not assimilation, but of course, those who are being integrated should in the process acquire some common core values of the host society“? What are the common core values which we wish them to acquire? Is it Durkheim's civil religion or Habermas' constitutional patriotism, i.e., a level of identification with a set of Western values which are seen as deeply humane and having universalistic aspirations? And if so, how do we arrange for this set to include human rights and liberal democracy, but somehow to downplay those European values which grow from a historic narrative of each country's ethnic nationalism?

There are many among us who believe that we should not ask that much of the immigrant, that merely the observance of laws and simple civility should suffice. Others would perhaps add a requirement that immigrants adopt a certain level of so-called secondary virtues, such as hard work, diligence, and so forth.

CommDH(2003)8rev.

Pro-minority activists often tend to favour such options which do not ask for any degree of acceptance of „core values“, because it appears less assimilationist. However, it may mean that members of some groups may be effectively denied the rights which other citizens of Western democratic societies have, simply because the collectivity to which they belong do not traditionally place any value on these rights (e.g., the well-known example of disadvantaged Muslim women in Western countries). Indeed, the strategy may be counterproductive for whole immigrant communities, as it may easily happen that groups which have a different attitude to secondary virtues will be even more easily labelled as „bad“, not coping even with a minimum standard.

Unlike America, Europe does not have a clear picture nowadays of what its values are. Of course, it has a much more difficult role; such a „constitutional“ set of values is somewhat more easily achieved in the New World, with its historic narrative of immigration and revolution against the colonial powers, than in the Old World. A shared European identity which would override the national ones might offer a more reasonable chance for immigrants to identify with it than they can have with old national ones. However, so far it remains a hypothetical one; even the process of drafting of the new Constitution has by no means caught the imagination of Europeans comparably to that of the U. S. Constitution 200 years ago. And it will remain a hugely demanding task to facilitate (let alone create) such a European identity unless the bulky documents overloaded with detail will be replaced by readable messages with a clear vision of joint democratic future.

Perhaps the greatest problem may lie not just in the obvious cultural differences between European countries themselves, in contrast to the cultural unity of early North American colonies, but also in the fact that today's debate suffers from profound separations in various levels of discourse. In the times of Jefferson, Hamilton and Madison, the debate of leading politicians represented simultaneously a debate of leading intellectuals of the time as well as being central in the perception of the general public. Nowadays, the often exceedingly complicated and elitist discourse of intellectuals is largely separated from the bland discourse of politicians and bureaucrats, while both are quite distant from that of the general public, which is increasingly dominated by entertainment culture. In this situation, the promise of a new European identity – which would permit cultural pluralism and fluid, multi-layered „national“ identities while promoting civic virtues – will probably be difficult to achieve.

Conclusion

The author is convinced that issues of approaches to integration and values, which should guide them, are not merely academic questions; they have major implications for practical policies. Conflicts do arise between authentic but essentially pre-modern values of immigrant communities and some core values of the host countries. An honest search for answers, rather than denial of the complexity of these problems, is essential in order to generate public support for the inclusion of immigrants in the network of solidarity, which guarantees the relatively high level of social rights in advanced European countries.

APPENDIX I

RECOMMENDATION OF THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS

CONCERNING the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders

[CommDH/Rec(2001)1]

CommDH(2003)8rev.

The Commissioner for Human Rights, acting in accordance with Resolution (99) 50 of the Committee of Ministers on the Council of Europe Commissioner for Human Rights adopted on 7 May 1999 (“the Resolution”),

Having noted during his various trips and visits to Council of Europe member States that a problem common to most of them is the precarious legal and humanitarian situation of aliens wishing to enter their territory;

Recalling that this problem has already been the subject of many studies at the Council of Europe and, in particular, several recommendations of the Committee of Ministers;

Noting, however, that there has been no significant improvement in the situation since the adoption by the Committee of Ministers of Recommendation R(94)5 on “guidelines to inspire practices of the member States of the Council of Europe concerning the arrival of asylum-seekers at European airports”;

Recalling that the conditions in which asylum-seekers and other people are held in airport waiting areas have been the subject of a number of surveys carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (“the CPT”);

Bearing in mind the work currently being carried out by the Parliamentary Assembly’s Committee on Migration, Refugees and Demography to produce a report on “Rendering more humane the procedures for expelling illegal immigrants and rejected asylum seekers”;

Recalling the seminar organised by the Commissioner for Human Rights on “Human rights standards applying to the holding of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and to the enforcement of expulsion orders”, which took place from 20 to 22 June 2001 in Strasbourg;

Recalling that the seminar was attended by representatives of national and international NGOs, government experts, representatives of professional trade unions, including the *Association belge des pilotes de lignes* (Belgian association of airline pilots), representatives of the United Nations High Commission for Refugees, as well as members of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly, the Registry of the European Court of Human Rights, and the Secretariat of the CPT;

Recalling that during the seminar the participants studied the legal framework and practice with respect to foreigners arriving at the border of a member State, particularly in relation to the European Convention for the Protection of Human Rights (“the ECHR”), the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, and the relevant provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union;

Considering that Article 3e of the Resolution states that the Commissioner for Human Rights shall “identify possible shortcomings in the law and practice of member States concerning the compliance with human rights as embodied in the instruments of the Council of Europe, promote the effective implementation of these standards by member States and assist them, with their agreement, in their efforts to remedy such shortcomings”;

Bearing in mind Article 8-1 of the Resolution,

Would like to issue the following recommendations:

I. Rights of aliens on their arrival at the border of a member State

1. Everyone has the right, on arrival at the border of a member State, to be treated with respect for his or her human dignity rather than automatically considered to be a criminal or guilty of fraud.

2. On arrival, everyone whose right of entry is disputed must be given a hearing, where necessary with the help of an interpreter whose fees must be met by the country of arrival, in order to be able, where appropriate, to lodge a request for asylum. This must entail the right to open a file after having being duly informed, in a language which he or she understands, about the procedure to be followed. The practice of *refoulement* “at the arrival gate” thus becomes unacceptable.

3. As a rule there should be no restrictions on freedom of movement. Wherever possible, detention must be replaced by other supervisory measures, such as the provision of guarantees or surety or other similar measures. Should detention remain the only way of guaranteeing an alien’s physical presence, it must not take place, systematically, at a police station or in a prison, unless there is no practical alternative, and in such case must last no longer than is strictly necessary for organising a transfer to a specialised centre.

4. Detained foreigners must be given the right to contact anyone of their choice in order to notify that person of their situation.

II. Detention conditions

5. As far as possible, member States should bring their national legislation into line in terms of the procedural guarantees available to foreigners being held and the maximum period of detention permitted at each stage of the proceedings.

6. Member States should avoid holding unaccompanied minors, pregnant women, mothers with young children, the elderly, and people with disabilities in waiting areas. Where appropriate, unaccompanied minors must be placed in specialised centres, and the courts immediately informed of their situation. Members of the same family should not be separated.

7. Aliens held pending authorisation of entry must be placed in a specialised centre, and under no circumstances during their detention must they be placed with ordinary prisoners. The same applies to aliens awaiting enforcement of an expulsion order except, of course, in the case of persons expelled on having served their sentence and persons detained at the border with a view to being extradited.

8. All detainees, however long they are held, must have the right to emergency medical care as required by their state of health.

9. On no account must holding centres be viewed as prisons.

10. Governments must guarantee maximum transparency in respect of how holding centres operate, by ensuring at least that independent national commissions, ombudsmen and NGOs, lawyers and close relatives of detainees have access to them. In particular, their operation must be regularly monitored through the courts.

11. It is essential that the right of judicial remedy within the meaning of Article 13 of the ECHR be not only guaranteed in law but also granted in practice when a person alleges that the competent authorities have contravened or are likely to contravene a right guaranteed by the ECHR. The right of effective remedy must be guaranteed to anyone wishing to challenge a *refoulement* or expulsion order. It must be capable of suspending enforcement of an expulsion order, at least where contravention of Articles 2 or 3 of the ECHR is alleged.

CommDH(2003)8rev.

III. Implementation of expulsion measures

12. Where forced expulsion is unavoidable, it must be carried out with complete transparency in order to ensure that fundamental human rights have been respected at all stages.

13. The best way to avoid using methods which might traumatisé both those being expelled and those responsible for enforcing expulsion orders is to have the person concerned agree to return voluntarily.

14. When expulsion orders are to be enforced, it is crucial at every stage of the procedure to inform the persons concerned of what lies ahead so that they can prepare themselves psychologically for their return. In accordance with Article 4 of Protocol No 4 to the ECHR, collective expulsion is prohibited.

15. Threats must not be used to persuade persons subject to an expulsion order to board any form of transport. The wearing of masks making it impossible to identify staff executing forced expulsion orders must be banned outright.

16. Holding centre staff and immigration and expulsion officers must receive proper training so as to minimise the risk of violence.

17. The following must be prohibited outright:

- use of any means which may cause asphyxia or suffocation (adhesive tape, gags, helmets, cushions etc) and use of incapacitating or irritant gas; use of restraints which may induce postural asphyxia must also be avoided;
- use of tranquillisers or injections without prior medical examination or a doctor's prescription;

18. For safety reasons, the use during aircraft take-off and landing of handcuffs on persons resistant to expulsion should be prohibited.

The Commissioner for Human Rights invites the authorities of the member States of the Council of Europe to take account of these recommendations when drawing up and applying their legislation and practices in this field.

ANNEXE I

RECOMMANDATION DU COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME

**RELATIVE
aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des
Etats membres du Conseil de l'Europe
et à l'exécution des décisions d'expulsion**

[CommDH/Rec(2001)1]

CommDH(2003)8rev.

Le Commissaire aux Droits de l'Homme agissant en vertu de la Résolution (99) 50 du Comité des Ministres sur le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, adoptée le 7 mai 1999 (ci-après, la Résolution),

Ayant pu constaté, lors de ses différents voyages et visites dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, l'existence d'un problème commun à la majorité des Etats membres, à savoir la situation juridique et humanitaire précaire des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres ;

Rappelant que ces problèmes ont déjà fait l'objet d'un grand nombre de travaux au sein du Conseil de l'Europe et, notamment, de plusieurs recommandations du Comité des Ministres ;

Constatant toutefois que, depuis l'adoption par le Comité des Ministres de la Recommandation R(94) 5 « relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens », la situation n'a pas connu d'amélioration significative ;

Rappelant que les conditions de rétention des demandeurs d'asile et d'autres personnes dans les zones d'attente d'aéroports ont fait l'objet d'un certain nombre d'enquêtes du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants (ci-après, le CPT) ;

Tenant compte du travail actuel de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie de l'Assemblée Parlementaire élaborant un rapport intitulé « Humanisation des procédures d'expulsion des immigrés clandestins et demandeurs d'asile déboutés » ;

Rappelant que le Commissaire aux Droits de l'Homme a organisé, du 20 au 22 juin 2001 à Strasbourg, un séminaire consacré à l'étude des « Principes des droits de l'homme applicables à la rétention des étrangers souhaitant entrer sur le territoire d'un Etat membre du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion » ;

Rappelant que des représentants des ONG nationales et internationales, des experts gouvernementaux, des représentants des syndicats professionnels, dont l'Association belge des pilotes de lignes, des représentants du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, ainsi que des membres de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, des membres du Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme et du Secrétariat du CPT ont pris part à ce séminaire ;

Rappelant que durant le séminaire, les participants ont examiné le cadre juridique et la pratique concernant les étrangers se trouvant à la frontière d'un Etat membre, tenant compte tout particulièrement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après, la CEDH), de la Convention relative au Statut des réfugiés de 1951, mais également des dispositions législatives et réglementaires nationales, ainsi que des dispositions pertinentes de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu que l'article 3-e de la Résolution stipule que le Commissaire aux Droits de l'Homme « identifie d'éventuelles insuffisances dans le droit et la pratique des Etats membres en ce qui concerne le respect des droits de l'homme tels qu'ils ressortent des instruments du Conseil de l'Europe, encourage la mise en œuvre effective de ces normes par les Etats membres et les aide, avec leur accord, dans leurs efforts visant à remédier à de telles insuffisances » ;

Compte tenu de l'article 8-1 de la Résolution,

formule les recommandations suivantes :

I. Droits des étrangers à l'arrivée à la frontière d'un Etat membre

1. A l'arrivée à la frontière de tout Etat membre, toute personne a le droit d'être traitée avec respect pour sa dignité humaine et de ne pas être considérée d'emblée comme un délinquant ou un fraudeur.
2. Dès l'arrivée, toute personne, dont le droit d'entrée est remis en cause, doit être entendue, s'il le faut à l'aide d'un interprète à charge de l'Etat d'arrivée, pour être en mesure, le cas échéant, de formuler une demande d'asile, ce qui doit impliquer pour elle le droit de remplir un dossier après avoir été dûment renseignée, dans une langue qu'elle comprenne, sur la procédure à suivre. Dès lors, tout refoulement « au pied de l'avion » est inadmissible.
3. Toute restriction à la liberté de mouvement doit demeurer l'exception. La rétention doit, aussi souvent que possible, être remplacée par d'autres moyens de contrôle, tels que garantie, cautionnement ou moyens similaires. Lorsque la rétention est le seul moyen de s'assurer de la présence physique d'un étranger, elle ne doit pas s'effectuer, de manière systématique, dans un commissariat de police ou une prison, sauf impossibilité matérielle. En pareil cas, la rétention ne doit pas dépasser la durée strictement nécessaire pour organiser un transfert dans un centre spécialisé.
4. Les étrangers retenus doivent avoir le droit de contacter toute personne de leur choix pour l'informer de leur situation.

II. Conditions de rétention

5. Les Etats membres devraient harmoniser autant que possible les législations nationales pour ce qui est, d'une part, des garanties procédurales accordées aux étrangers faisant l'objet d'une mesure de rétention et, d'autre part, de la durée maximale de rétention à chaque étape de la procédure.
6. Les Etats membres devraient éviter de retenir dans les zones d'attente des mineurs non accompagnés, les femmes enceintes, les mères avec des enfants en bas âge, les personnes âgées et les personnes handicapées. Un mineur non accompagné doit être placé, le cas échéant, dans un centre spécialisé et sa situation doit être immédiatement portée à l'attention des autorités judiciaires. Les membres d'une même famille ne devraient pas être séparés.
7. Les étrangers retenus en attendant une autorisation d'entrer doivent être placés dans un centre spécialisé, et ne doivent sous aucun prétexte être mélangés, lors de leur rétention, avec des détenus de droit commun. Il en est de même de ceux qui attendent l'exécution d'un ordre de quitter le territoire, sauf, évidemment, les cas de personnes expulsées après avoir purgé leur peine et de personnes détenues à la frontière en vue de leur extradition.
8. Toute personne en rétention, quelque que soit la durée de celle-ci, doit avoir le droit aux soins médicaux d'urgence que nécessite son état de santé.
9. Les centres de rétention ne doivent surtout pas être assimilés à des prisons.
10. Les autorités nationales doivent garantir une transparence maximum du fonctionnement des centres de rétention en reconnaissant au moins un droit d'accès à ces centres aux commissions nationales indépendantes, à l'Ombudsman ou aux ONG, aux avocats et aux parents des retenus. Il faudra surtout assurer le contrôle régulier du fonctionnement de ces centres par l'autorité judiciaire.

CommDH(2003)8rev.

11. Il est indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la CEDH, lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la CEDH. Ce droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire. Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la CEDH.

III. Exécution des mesures d'expulsion

12. Une expulsion forcée, si elle doit avoir lieu, doit se faire selon un processus absolument transparent, permettant de s'assurer qu'à toutes les étapes les droits fondamentaux de la personne ont été respectés.

13. La meilleure solution pour éviter l'utilisation de moyens traumatisants pour les expulsés, comme pour le personnel devant exécuter les décisions, est le retour volontaire.

14. Lorsqu'une décision d'expulsion doit être exécutée, il est fondamental d'informer la personne concernée tout au long de la procédure de ce qui l'attend pour qu'elle puisse se préparer psychologiquement à l'idée du retour. Les expulsions collectives sont interdites, tel que stipulé par l'article 4 du Protocole 4 de la CEDH.

15. Les personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement ne doivent pas faire l'objet de menaces pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport. Le port de masques rendant impossible l'identification du personnel chargé de l'exécution d'une mesure d'expulsion forcée doit être absolument prohibé.

16. Le personnel des centres de rétention, ainsi que les fonctionnaires des services d'immigration ou d'escorte, doivent recevoir une formation adéquate, destinée à réduire au minimum les risques de violences.

17. Doivent être absolument prohibés :

- l'usage de tous moyens présentant un risque d'asphyxie ou de suffocation (tels que sparadrap, bâillon, casque, coussin, etc.), ainsi que l'usage de gaz incapacitant ou irritant ; l'usage de moyens de contention pouvant conduire à une asphyxie posturale doit également être évité ;
- l'usage de tranquillisants ou de piqûres sans examen médical préalable et sans prescription d'un médecin ;

18. Dans un avion, il devrait être interdit, pour des raisons de sécurité, de menotter les personnes expulsées de force durant le décollage et l'atterrissage.

Le Commissaire aux droits de l'homme invite les autorités des Etats membres du Conseil de l'Europe à tenir compte des recommandations ci-dessus pour ce qui est de l'élaboration et la mise en œuvre concrète de leurs législations et de leurs pratiques en la matière.

APPENDIX II

**OPINION 1/2002
OF THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS,
Mr ALVARO GIL-ROBLES**

**on certain aspects of the United Kingdom
2001 derogation from Article 5 par. 1 of the
European Convention on Human Rights**

[CommDH(2002)7]

I. Introduction

1. By letter of 9th April 2002, the Joint Committee on Human Rights requested the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe (the Commissioner) to submit an opinion concerning a number of issues raised by the United Kingdom's derogation from article 5 (1) of the European Convention for Human Rights (the Convention) in respect of certain provisions of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001. The call for evidence concerned, in particular, the adequacy of the parliamentary scrutiny of the measures taken by the United Kingdom Government to this effect.
2. The Commissioner submits this opinion in accordance with Articles 3(e), 5 (1) and 8 (1) of Resolution (99) 50 of the Committee of Ministers on the Commissioner for Human Rights. Article 3(e) instructs the Commissioner to "identify possible shortcomings in the law and practice of member States concerning the compliance with human rights as embodied in the instruments of the Council of Europe". Article 5(1) states that "the Commissioner may act on any information relevant to the Commissioner's functions", including "information addressed to the Commissioner by governments, national parliaments, national ombudsmen or similar institutions in the field of human rights, individuals and organisations." In accordance with Article 8(1) "the Commissioner may issue recommendations, opinions and reports."

II. Derogations under Article 15 of the ECHR:

3. Article 15 of the Convention allows States to derogate from a number of its articles "in times of war or other public emergency threatening the life of the nation" provided that the measures taken do not exceed those "strictly required by the exigencies of the situation". States seeking to derogate must inform the Secretary-General of the Council of Europe of the measures taken and the reasons therefor.
4. The European Court of Human Rights (the Court) is competent to decide on the validity of derogations. It has, however, granted states a large margin of appreciation in assessing both the existence of a public emergency and the strict necessity of the measures subsequently taken. National authorities are, "by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, [...] in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the measures necessary to prevent it"²²²
5. The Convention does not expressly require an effective domestic scrutiny of derogations under Article 15, and the Court has not yet had occasion to pronounce on the matter. The requirement is, however, easily discerned.
6. The Court has repeatedly emphasised the close relationship between democracy and the rights guaranteed by the Convention, stating, for instance, that "democracy appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it"²²³.
7. The separation of powers, whereby the Government's legislative proposals are subject to the approval of Parliament and, on enactment, review by the courts, is a constitutive element of democratic governance.
8. Effective domestic scrutiny must, accordingly, be of particular importance in respect of measures purporting to derogate from the Convention: parliamentary scrutiny and judicial review represent essential guarantees against the possibility of an arbitrary assessment by the executive and the subsequent implementation of disproportionate measures.
9. It is, furthermore, precisely because the Convention presupposes domestic controls in the form of a preventive parliamentary scrutiny and posterior judicial review that national authorities enjoy a large

margin of appreciation in respect of derogations²²⁴. This is, indeed, the essence of the principle of the subsidiarity of the protection of Convention rights.

10. This opinion is not concerned with the judicial review of derogations.
11. The parliamentary scrutiny of derogations is consistent with the Constitutional norms of several European countries regarding the use of emergency powers. Declarations of different types of emergencies typically require simple or qualified parliamentary majorities, or are subject, along with the related measures, to subsequent parliamentary confirmation²²⁵.
12. The formal requirement of the parliamentary approval of derogations is not on its own sufficient, however, to guarantee an independent assessment of the existence of an emergency and the necessity of the measures taken to deal with it. It is clear that the effectiveness of the parliamentary scrutiny of derogations depends in large measure on the access of at least some of its members to the information on which the decision to derogate is based.

III. The adequacy of the UK procedure with respect to derogations

13. The rights guaranteed by the Convention were incorporated into United Kingdom domestic law by the Human Rights Act 1998. Section 3 of the Act provides that, in so far as it is possible to do so, primary legislation must be read and given effect in a way which is compatible with Convention rights. Under Section 4, the court, in this case the Court of Appeal or House of Lords, may make a declaration of incompatibility of a provision of primary or secondary legislation with a right guaranteed by the ECHR. In respect of new legislation, Section 19 requires that the Minister in charge of a Bill make a statement before parliament (a “statement of compatibility”) to the effect that the Bill’s provisions are compatible with the Convention rights.
14. The Human Rights Act outlines in sections 14 and 16 the procedure for derogating from Convention rights for the purposes of domestic law. The Secretary of State responsible designates the derogation through a statutory instrument in the form of an Order in Council, which must subsequently be included in Schedule 3 of the Act. The order designating the derogation comes into effect immediately, but expires after a period of 40 days unless both Houses pass a resolution approving it. A designation order may be made in anticipation of a proposed derogation.
15. The Home Secretary first announced proposals to combat the “the threat from international terrorism” on 15th October 2001. On 11th November 2001 the Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001 was made by the Home Secretary. It came into effect two days later. The Designated Derogation Order was debated in Parliament on 19th November and approved on 21st November 2001. The first draft of the Anti-terrorism, Crime and Security Bill 2001 was laid before Parliament on 12th November 2001 and received Royal Assent on 13th December 2001. The Secretary General of the Council of Europe was informed of the United Kingdom’s derogation by Note verbale on 18th December 2001.

CommDH(2003)8rev.

16. It is clear from the related chronology that the United Kingdom Parliament enjoyed, in principle, two separate occasions on which to scrutinise the derogation in question; firstly, on approving the Derogation Order and, secondly, when passing the derogating provisions of the Anti-terrorism, Crime and Security Bill²²⁶.
17. It is to be noted that the derogation was designated for the purposes of domestic law in anticipation, not merely, as is provided for by Section 14(6) of the Human Rights Act, of the United Kingdom's derogation from its obligations under the Convention, but prior also to the enactment of the legislation necessitating the derogation, in this case, even, before the proposed Bill had been laid before Parliament. Two related problems would appear to arise in respect of this chronology.
18. It is not clear, firstly, that this sequence is consistent with the legal nature of derogations. A derogation is made in respect of certain measures that would otherwise infringe rights guaranteed by the Convention and is constituted by its formal announcement (under the Convention, through notification of the Secretary General of the Council of Europe) *in relation to* those measures. Indeed the Court has shown some flexibility with regards to the timing of notifications, accepting delays of up to two weeks following the adoption of the measures in question²²⁷, suggesting that the derogation comes into force not on notification but on promulgation. This is unsurprising since it is only the measures themselves that can define the scope of the derogation. Indeed, the notification or, for the purposes of domestic law, the designation of a derogation will, on its own, be of no legal consequence. The effect of the procedure adopted in respect of the United Kingdom derogation was, therefore, oddly, to invert the formal requirement; instead of the order sanctioning the measures, the measures confirmed the order.
19. There is, secondly, a risk that this sequence will undermine the effectiveness of the parliamentary scrutiny of the derogation. A designated derogation comes into effect immediately, and, therefore, unless the measures themselves have been examined beforehand, prior to any scrutiny whatsoever. The United Kingdom parliament must, however, subsequently approve the order. Parliament's ability to scrutinise the necessity of the derogation at this stage, might appear, in this case, to have been limited by the fact that the derogating measures had not yet been finalised. Indeed, the first draft of the proposed Bill was laid before Parliament only the day after the designated derogation was made, the House of Commons, having, furthermore, only one week to consider the Bill before being asked to approve the order. It is true that the designated derogation has no effect until the enactment of the attendant measures. However, the practise of designating a derogation prior to the debating of the derogating measures risks not only eliminating an effective scrutiny of the order itself, but also potentially reducing the urgency of a detailed scrutiny of the subsequent measures. This will especially be the case where the derogation order enables the Secretary of State to make a declaration of compatibility in respect of the Bill he wishes to put forward. In effect, two small parliamentary hurdles are substituted for one large one.
20. The Commissioner is of the opinion, therefore, that it would be both more coherent and provide a greater guarantee of effective parliamentary scrutiny if, as a general rule, derogations were designated for the purposes of domestic law - and the Secretary General notified - only after the measures requiring them have been promulgated.
21. In the instant case, the Commons' debates of 19th November suggest that its members were well acquainted with the proposed provisions of the Anti-terrorism, Crime and Security Bill, reasonably precise indications of which were, in any case, already available since 15th October. Nor do the debates during the subsequent passage of the Bill reveal an absence of concern over the real necessity of taking the significant step of derogating from Convention rights. What the latter debates do reveal, however, is that several members of Parliament felt insufficiently informed as to the extent of the threat and unable to assess, therefore, whether it constituted a public emergency and whether the relevant provisions of the Bill were strictly required.

22. An effective parliamentary scrutiny presupposes an informed and independent assessment. The information relevant to proposed derogations is likely, however, to be of a sensitive and perhaps publicly undisclosable nature. Whilst it might, under such circumstances, be acceptable to restrict Parliamentary access to such information, the failure to disclose any information at all, where it is maintained that such information exists, is manifestly incompatible with the requirement of the democratic control of executive authority which is of particular importance in respect of measures limiting rights guaranteed by the Convention.
23. One mechanism amongst many might be to make the information warranting the derogation available to a specially constituted ad hoc Committee. The Committee, made up, perhaps, of selected representatives from a limited number of concerned Parliamentary Committees, could, in turn, report their assessments to both Houses. One might have included, for example, in respect of the derogation in question, the Home Affairs Committee, the Joint Committee on Human Rights and the Joint Committee on Statutory Instruments. It is to be noted in this respect that special parliamentary commissions competent to examine classified information exist in several Council of Europe member States for the control of secret services.²²⁸

IV. The review and renewal of derogations

24. The need for effective parliamentary scrutiny applies equally to the periodic review and possible renewal of derogations. The Human Rights Act 1998 provides, in section 16 1(b), that designated derogations shall lapse 5 years after the initial order is made and, in section 16 (2), that the Secretary of State may extend the order for a further period of 5 years at any time prior to the initial order's expiry. In respect of renewals, the derogation order comes into force, unlike the original order, only on its approval (within 40 days) by Parliament. The Human Rights Act makes no mention of review.
25. In the absence of any review procedure, the Commissioner is of the opinion that the 5 year period provided for by the Human Rights Act 1998 is excessive. It must be recalled that derogations are valid only for so long as the public emergency obtains and that much can change in 5 years. In the opinion of the Commissioner derogations ought to be subject to renewal conditional on the approval of Parliament no later than 12 months after coming into effect.
26. The provisions of the Human Rights Act 1998 are improved upon in respect of the derogating sections of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, which, under section 29 (1) of the Act, expire 15 months after the coming in to force of the Act. The Secretary of State may, under section 29 (2), revive the sections for subsequent periods not exceeding 1 year each, subject to the approval of Parliament (Section 29 3(b)). The Secretary of State shall, under section 28 (1) "appoint a person to review the operation" of the derogating measures within 14 months of the Act's coming into force and within 11 months of each of renewal.

CommDH(2003)8rev.

27. The review procedure is unclear. Question marks remain over the independence of the reviewer, his or her access to the necessary information and the subsequent availability of his or her conclusions. The requirement that the Secretary of State put the report before Parliament as soon as is practicably possible presents some difficulty. It is hard to foresee a practical obstruction that would justify delaying its immediate disclosure. There is no guarantee, furthermore, that the disclosure of the report would coincide with the request that Parliament approve an extension order.
28. It would perhaps be preferable, therefore, to merge the review and renewal procedures, such that the timeframes were identical for both and the review was conducted by, or in tandem with, a selected number of Committee members who might advise both houses on its approval of the new derogation Order.

V. Considerations on the justification of the United Kingdom 2001 derogation

29. Sections 21-23 of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 provide for the potentially indefinite detention of foreign nationals the Home Secretary suspects of involvement in international terrorism and whom he is unable to deport owing to a well-founded fear of persecution in the country of origin and the inability to secure a third country of destination²²⁹.
30. In his report on his visit to Spain and the Basque Country²³⁰, the Commissioner recognised the threat of terrorism as "... [affecting] not only the fundamental rights of individuals but also the free exercise of certain civil and political rights which are the basis and foundation of every democracy". States have, as a result, an essential obligation to protect both their institutions and their citizens against terrorist actions. It is important, however, that the threat of terrorism is combated with due respect for the rule of law and without prejudice to the European human rights *acquis*, which constitutes the cornerstone on which our democratic societies are based.
31. The Court has recognised terrorism as a "threat to the organised life of the community of which the State is composed"²³¹ capable of constituting grounds for derogating and has, as indicated above, given States a large measure of discretion in their assessment regarding the existence of a public emergency and the necessity of the measures taken to deal with it.
32. In the instant case, the Commissioner has not had access to any additional classified information on which the decision to derogate might have been based and is consequently unable to express a firm opinion on the existence of a public emergency within the meaning of Article 15 of the Convention. The Commissioner would, however, like to raise the following considerations.
33. Whilst acknowledging the obligation of governments to protect their citizens against the threat of terrorism, the Commissioner is of the opinion that general appeals to an increased risk of terrorist activity post September 11th 2001 cannot, on their own, be sufficient to justify derogating from the Convention. Several European states long faced with recurring terrorist activity have not considered it necessary to derogate from Convention rights. Nor have any found it necessary to do so under the present circumstances. Detailed information pointing to a real and imminent danger to public safety in the United Kingdom will, therefore, have to be shown.
34. Even assuming the existence of a public emergency, it is questionable whether the measures enacted by the United Kingdom are strictly required by the exigencies of the situation.
35. In interpreting the strict necessity requirement, the Court has so far declined to examine the relative effectiveness of competing measures, preferring instead to allow such an assessment to fall within the margin of appreciation enjoyed by national authorities²³². This does not exclude the possibility, however, that demonstrable availability of more or equally effective non-derogating alternatives will

not cast doubt on the necessity of the derogating measures. This might especially be the case where so important right as the right to liberty and security is at stake. It is, at any rate, not clear that the indefinite detention of certain persons suspected of involvement with international terrorism would be more effective than the monitoring of their activity in accordance with standard surveillance procedures.

36. The proportionality of the derogating measures is further brought into question by the definition of international terrorist organisations provided by section 21(3) of the Act. The section would appear to permit the indefinite detention of an individual suspected of having links with an international terrorist organisation irrespective of its presenting a direct threat to public security in the United Kingdom and perhaps, therefore, of no relation to the emergency originally requiring the legislation under which his Convention rights may be prejudiced.
37. Another anomaly arises in so far as an individual detained on suspicion of links with international terrorist organisations must be released and deported to a safe receiving country should one become available. If the suspicion is well founded, and the terrorist organisation a genuine threat to UK security, such individuals will remain, subject to possible controls by the receiving state, at liberty to plan and pursue, albeit at some distance from the United Kingdom, activity potentially prejudicial to its public security.
38. It would appear, therefore, that the derogating measures of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act allow both for the detention of those presenting no direct threat to the United Kingdom and for the release of those of whom it is alleged that they do. Such a paradoxical conclusion is hard to reconcile with the strict exigencies of the situation.
39. Whilst detention under the derogating powers of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act requires that the individual be an undeportable foreigner, it is triggered, ultimately, only on the suspicion of involvement with an international terrorist organisation. Though the reasonableness of the Home Secretary's suspicion is justiciable, it remains the case that the detention is effected without any formal accusation and subject only to a review in which important procedural guarantees are absent. The indefinite detention under such circumstances represents a severe limitation to the enjoyment of the right to liberty and security and gravely prejudices both the presumption of innocence and the right to a fair trial in the determination of one's rights and obligations or of any criminal charge brought against one. It should be recalled that an ill-founded deprivation of liberty is difficult, indeed impossible, to repair adequately.

CommDH(2003)8rev.

40. In so far as these measures are applicable only to non-deportable foreigners, they might appear, moreover, to be ushering in a two-track justice, whereby different human rights standards apply to foreigners and nationals.
41. Whilst Article 15 of the Convention does not prohibit derogations tending to this effect or preclude restrictions of the rights outlined above, it is clear that such measures can be justified only under the most limited of circumstances.

Alvaro GIL-ROBLES,
Commissioner for Human Rights

ANNEXE II

**AVIS 1/2002
DU COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME,
M. Alvaro GIL-ROBLES**

**sur certains aspects de la dérogation à l'article 5 par. 1 de la
Convention européenne des droits de l'homme,
adoptée par le Royaume-Uni en 2001**

[CommDH(2002)7]

I. Introduction

1. Par lettre du 9 avril 2002, la Commission mixte sur les droits de l'homme a demandé au Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe (le Commissaire) de soumettre un avis concernant un certain nombre de questions soulevées par la dérogation du Royaume-Uni à l'article 5 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention), eu égard à certaines dispositions de la loi « Anti-Terrorism, Crime and Security » (anti-terrorisme, criminalité et sécurité) de 2001. La demande d'informations concernait notamment l'adéquation du contrôle parlementaire sur les mesures prises par le gouvernement britannique à cet effet.
2. Le Commissaire soumet le présent avis conformément aux articles 3(e), 5 (1) et 8 (1) de la Résolution (99) 50 du Comité des Ministres sur le Commissaire aux Droits de l'Homme. L'article 3(e) charge le Commissaire "d'identifier d'éventuelles insuffisances dans le droit et la pratique des Etats membres en ce qui concerne le respect des droits de l'homme tels qu'ils ressortent des instruments du Conseil de l'Europe". L'article 5(1) stipule que "le ou la Commissaire peut intervenir sur la base de toute information pertinente au regard de ses fonctions", y compris "les informations que lui adressent des gouvernements, des parlements nationaux, des médiateurs nationaux ou autres institutions similaires, des particuliers ou des organisations". Conformément à l'article 8(1), "le ou la Commissaire peut émettre des recommandations, avis et rapports".

II. Dérogations en vertu de l'article 15 de la CEDH

3. L'article 15 de la Convention autorise les Etats à déroger à un certain nombre de ses articles "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation", à condition que les mesures soient adoptées "dans la stricte mesure où la situation l'exige". Les Etats cherchant à déroger à cet article doivent informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées.
4. La Cour européenne des Droits de l'Homme (la Cour) est habilitée à décider de la validité des dérogations. Elle a toutefois accordé aux Etats une large marge d'appréciation dans l'évaluation de l'existence d'un danger public et de la stricte nécessité des mesures prises ultérieurement. Les autorités nationales, "en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer"²³³.
5. La Convention ne demande pas expressément qu'un contrôle interne effectif des dérogations en vertu de l'article 15 soit mené et la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question. Cette demande est toutefois implicite.
6. La Cour a souligné à de nombreuses reprises la relation étroite entre la démocratie et les droits garantis par la Convention, en déclarant par exemple que la "démocratie apparaît comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle"²³⁴.
7. La séparation des pouvoirs, conformément à laquelle les projets de loi du gouvernement sont soumis à l'approbation du Parlement et lors de leur entrée en vigueur au contrôle des tribunaux est un élément constitutif de la démocratie.

8. Un contrôle interne efficace doit, par conséquent, être particulièrement important en ce qui concerne les mesures qui dérogeraient à la Convention : le contrôle parlementaire et le contrôle juridictionnel représentent des garanties essentielles contre la possibilité d'une évaluation arbitraire par l'exécutif et la mise en œuvre ultérieure de mesures disproportionnées.
9. En outre, c'est précisément parce que la Convention demande implicitement un contrôle interne sous la forme d'un contrôle parlementaire préventif et d'un contrôle juridictionnel postérieur que les autorités nationales bénéficient d'une large marge d'appréciation en matière de dérogations²³⁵. C'est en effet l'essence du principe de subsidiarité de la protection des droits de la Convention.
10. Le présent avis ne concerne pas le contrôle juridictionnel des dérogations.
11. Le contrôle parlementaire des dérogations est conforme aux normes constitutionnelles de plusieurs pays européens concernant l'utilisation des pouvoirs d'exception. La proclamation des différents types d'état d'urgence doit généralement être approuvée à la majorité parlementaire simple ou qualifiée ou faire l'objet, ainsi que les mesures connexes, d'une confirmation parlementaire ultérieure²³⁶.
12. Cependant, la condition formelle selon laquelle les dérogations doivent être approuvées par le Parlement n'est pas en soi suffisante pour garantir une évaluation indépendante de l'existence d'un danger et de la nécessité des mesures prises pour y faire face. Il est évident que l'efficacité du contrôle parlementaire des dérogations dépend dans une large mesure de l'accès de certains de ses membres au moins aux informations sur lesquelles repose la décision d'exercer une dérogation.

III. L'adéquation de la procédure britannique en matière de dérogations

13. La loi de 1998 sur les droits de l'homme a permis d'incorporer les droits garantis par la Convention dans le droit interne britannique. L'article 3 de la loi prévoit que, dans la mesure du possible, les lois et règlements doivent être interprétés et mis en application de façon à être compatibles avec les droits de la Convention. En vertu de l'article 4, la Cour – en l'occurrence, la Cour d'appel ou la Chambre des Lords – peut faire une déclaration d'incompatibilité d'une disposition de la législation principale ou subordonnée avec un droit garanti par la CEDH. Aux termes de l'article 19 de la nouvelle législation, le Ministre chargé d'un projet de loi doit faire une déclaration devant le Parlement (une "déclaration de compatibilité") pour établir que les dispositions du projet de loi sont compatibles avec les droits de la Convention.
14. La loi sur les droits de l'homme décrit, dans les articles 14 et 16, la procédure de dérogation aux droits de la Convention aux fins du droit interne. Le Ministre responsable met en place la dérogation par le biais d'un instrument statutaire, sous la forme d'un arrêté du Conseil, qui doit par la suite être inclus dans l'annexe 3 de la loi. L'arrêté établissant la dérogation entre en vigueur immédiatement, mais expire après une période de 40 jours, à moins que les deux Chambres n'adoptent une résolution destinée à l'approuver. Un arrêté établissant une dérogation peut être préparé en prévision d'une dérogation proposée.
15. Le Ministre de l'Intérieur a tout d'abord annoncé des propositions visant à lutter contre "la menace de terrorisme international" le 15 octobre 2001. Le 11 novembre 2001, l'arrêté 2001 de dérogation expresse à la loi de 1998 sur les droits de l'homme a été promulgué par le Ministre de l'Intérieur. Il est entré en vigueur deux jours plus tard. L'arrêté de dérogation expresse a été débattu au Parlement le 19 novembre et approuvé le 21 novembre 2001. La première version du projet de loi « Anti-terrorism, Crime and Security » de 2001 a été présentée devant le Parlement le 12 novembre 2001 et a reçu l'assentiment royal le 13 décembre 2001. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a été informé de la dérogation du Royaume-Uni par note verbale le 18 décembre 2001.
16. D'après la chronologie, il est évident que le Parlement du Royaume-Uni a bénéficié en principe de deux occasions distinctes pour examiner la dérogation en question : premièrement, en approuvant

CommDH(2003)8rev.

l'arrêté de dérogation et deuxièmement en adoptant les dispositions dérogatoires du projet de loi « Anti-terrorism, Crime and Security »²³⁷.

17. Il convient de noter que la dérogation a été établie aux fins du droit interne, pas seulement en prévision, comme le stipule l'article 14 (6) de la loi sur les droits de l'homme, de la dérogation du Royaume-Uni à ses obligations en vertu de la Convention, mais également préalablement à l'adoption de la législation nécessitant la dérogation, – en l'espèce, avant même la présentation devant le Parlement du projet de loi. Deux problèmes semblent se poser quant à cette chronologie.
18. Premièrement, il n'est pas établi que cet ordre soit cohérent avec la nature juridique des dérogations. Une dérogation concerne certaines mesures qui, faute de quoi, porteraient atteinte aux droits garantis par la Convention et fait l'objet d'une annonce officielle (en vertu de la Convention, par notification du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe) *en relation avec* ces mesures. Ainsi, la Cour a fait preuve d'une certaine souplesse en ce qui concerne le délai des notifications, acceptant des retards allant jusqu'à deux semaines à compter de l'adoption des mesures en question²³⁸, suggérant que la dérogation entre en vigueur non pas sur notification mais sur promulgation. Ce n'est guère surprenant puisque seules les mesures peuvent définir la portée de la dérogation. En effet, la notification ou l'adoption d'une dérogation aux fins du droit interne n'aura en soi aucune implication juridique. Curieusement, dans la procédure de dérogation du Royaume-Uni, l'ordre normal est inversé : ce n'est pas l'arrêté qui a sanctionné les mesures, mais les mesures qui ont confirmé l'arrêté.
19. Deuxièmement, il y a un risque que cet ordre ne nuise à l'efficacité du contrôle parlementaire de la dérogation. Une dérogation expresse entre en vigueur immédiatement et, par conséquent avant tout contrôle quel qu'il soit, à moins que les mesures elles-mêmes n'aient été examinées au préalable. Le Parlement du Royaume-Uni doit toutefois approuver l'arrêté ultérieurement. La capacité du Parlement à contrôler la nécessité de la dérogation à ce stade pourrait sembler, dans ce cas, avoir été limitée par le fait que les mesures dérogatoires n'étaient pas encore finalisées. En effet, la première version du projet de loi n'a été présentée devant le Parlement que le lendemain de l'élaboration de la dérogation expresse, la Chambre des Communes ne disposant en outre que d'une semaine pour examiner le projet de loi avant de devoir approuver l'arrêté. Il est vrai que la dérogation expresse n'a aucun effet jusqu'à l'adoption des mesures qui l'accompagnent. Toutefois, la pratique consistant à élaborer une dérogation avant de débattre des mesures dérogatoires comporte un double risque : l'arrêté lui-même risque de ne pas être contrôlé de manière efficace et les mesures ultérieures risquent de ne pas être immédiatement soumises à un contrôle approfondi.

Ces risques sont notamment présents lorsque l'arrêté de dérogation habilite le Ministre compétent à faire une déclaration de compatibilité en ce qui concerne le projet de loi qu'il souhaite présenter. En effet, deux petits obstacles parlementaires en remplacent un grand.

20. Par conséquent, le Commissaire est d'avis que cela serait plus cohérent, et que le contrôle parlementaire aurait davantage de chance d'être efficace, si, en règle générale, les dérogations n'étaient établies aux fins du droit interne – et notifiées par le Secrétaire Général – qu'après la promulgation des mesures donnant lieu à ces dérogations.
21. En l'espèce, les débats à la Chambre des Communes du 19 novembre laissent penser que ses membres étaient bien informés des dispositions proposées pour le projet de loi « Anti-terrorism, Crime and Security » ; des renseignements relativement précis étaient, en tout cas, déjà disponibles depuis le 15 octobre. Les débats tenus lors de l'adoption ultérieure du projet de loi ont eux aussi soulevé la question de la réelle nécessité de prendre l'importante mesure de déroger aux droits de la Convention. Toutefois, ces derniers débats suggèrent que plusieurs membres du Parlement ne se sentaient pas suffisamment informés quant à l'ampleur de la menace ni capables d'évaluer, par conséquent, si elle constituait un danger public et si les dispositions pertinentes du projet de loi étaient strictement nécessaires.
22. Un contrôle parlementaire efficace suppose une évaluation éclairée et indépendante. Les informations concernant les dérogations proposées risquent cependant d'être de nature délicate et ne pourront peut-être pas être divulguées publiquement. Même si, dans certaines circonstances, il pourrait être acceptable de restreindre l'accès du Parlement à ces informations, ne divulguer aucune information, alors même que l'on maintient que ces informations existent, est manifestement incompatible avec la nécessité de contrôle démocratique d'une autorité exécutive, contrôle qui revêt une importance particulière pour ce qui est des mesures limitant les droits garantis par la Convention.
23. Un mécanisme parmi tant d'autres pourrait consister à rendre accessibles les informations justifiant la dérogation à une Commission ad hoc spécialement constituée. Cette Commission, éventuellement composée de représentants sélectionnés parmi un nombre limité de Commissions parlementaires concernées, pourrait, à son tour, rendre compte de ses évaluations aux deux Chambres. Il pourrait s'agir par exemple, en ce qui concerne la dérogation en question, de la Commission des affaires intérieures, de la Commission mixte sur les droits de l'homme ou de la Commission mixte sur les instruments statutaires. Notons à cet égard que plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe sont dotés de commissions parlementaires spéciales habilitées à examiner les informations classées secrètes afin de pouvoir assurer un contrôle sur les services secrets²³⁹.

IV. Le contrôle et le renouvellement des dérogations

24. La nécessité d'un contrôle parlementaire efficace s'applique aussi bien au contrôle périodique qu'au renouvellement éventuel des dérogations. La loi de 1998 sur les droits de l'homme prévoit, à l'article 16 1 (b) que les dérogations expresses sont valables 5 ans à compter de l'élaboration de l'arrêté initial, et stipule à l'article 16 (2) que le Ministre compétent peut proroger l'arrêté pour une période de 5 ans, à tout moment avant l'expiration de l'arrêté initial. En ce qui concerne le renouvellement, l'arrêté de dérogation entre en vigueur, contrairement à l'arrêté original, seulement après approbation du Parlement (dans un délai de 40 jours). La loi sur les droits de l'homme ne mentionne pas de contrôle.
25. En l'absence de procédure de contrôle, le Commissaire considère que la période de 5 ans prévue par la loi de 1998 sur les droits de l'homme est excessive. Il convient de rappeler que les dérogations ne sont valables que tant que l'état d'urgence est en vigueur et que la situation peut changer radicalement en 5 ans. Le Commissaire estime que les dérogations devraient faire l'objet d'un renouvellement subordonné à l'approbation du Parlement pas plus de 12 mois après leur entrée en vigueur.
26. Les dispositions de la loi de 1998 sur les droits de l'homme ont fait l'objet d'une amélioration en ce qui concerne les articles dérogatoires de la loi « Anti terrorism, Crime and Security » de 2001, qui, en vertu de l'article 29 (1), expirent 15 mois après l'entrée en vigueur de la loi. Le Ministre compétent

CommDH(2003)8rev.

peut, aux termes de l'article 29 (2), remettre en vigueur les articles pour des périodes ultérieures ne dépassant pas un an chacune, sous réserve de l'approbation du Parlement (article 29 3 (b)). En vertu de l'article 28 (1), le Ministre compétent « désigne une personne pour superviser l'opération » des mesures dérogatoires dans un délai de quatorze mois après l'entrée en vigueur de la loi et de 11 mois pour chaque renouvellement.

27. La procédure de contrôle n'est pas claire. Des points d'interrogation subsistent quant à l'indépendance de la personne chargée du contrôle, à son accès aux informations nécessaires et à la communication ultérieure de ses conclusions. La condition selon laquelle le Ministre compétent doit présenter le rapport devant le Parlement dès que cela est possible en pratique comporte des difficultés. On ne voit pas quelle obstruction pratique pourrait justifier de reporter sa divulgation immédiate. Rien ne garantit en outre que la divulgation du rapport ait un lien avec la demande faite au Parlement d'approuver un arrêté de prorogation.
28. Par conséquent, il serait peut-être préférable de regrouper les procédures de contrôle et de renouvellement pour que les délais soient identiques pour les deux et que le contrôle soit effectué par ou en collaboration avec un nombre précis de membres de la Commission qui pourraient donner des conseils aux deux chambres quant à l'approbation du nouvel arrêté de dérogation.

V. Considérations sur la justification de la dérogation de 2001 du Royaume-Uni

29. Les articles 21-23 de la loi « Anti-terrorism, Crime and Security » de 2001 prévoient la détention potentiellement illimitée des ressortissants étrangers que le Ministre de l'Intérieur soupçonne d'être impliqués dans le terrorisme international et qu'il ne peut pas expulser en raison d'une crainte fondée de persécution dans le pays d'origine et l'incapacité de trouver un pays de destination tiers²⁴⁰.
30. Dans son rapport sur sa visite en Espagne et au Pays basque²⁴¹, le Commissaire a reconnu la menace du terrorisme comme "... [affectant] non seulement les droits individuels fondamentaux mais aussi le libre exercice de certains droits civiques et politiques qui sont la base et le support de toute démocratie". Les Etats ont, par conséquent, une obligation essentielle de protéger leurs institutions et leurs citoyens contre les actes terroristes. Il est toutefois important que la menace terroriste soit combattue en respectant dûment l'Etat de droit et sans porter préjudice aux acquis des droits de l'homme européens, qui constituent la pierre angulaire sur laquelle nos sociétés démocratiques reposent.
31. La Cour a reconnu que le terrorisme est une "menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat"²⁴², menace capable de fournir des motifs de dérogation et a, comme indiqué ci-dessus, donné aux Etats une large marge d'appréciation dans leur évaluation concernant l'existence d'un danger public et la nécessité des mesures prises pour y remédier.
32. En l'espèce, le Commissaire n'a pas eu accès aux informations supplémentaires classées secrètes sur lesquelles la décision de dérogation pourrait avoir été fondée et il est par conséquent incapable d'émettre un avis ferme sur l'existence d'un danger public au sens de l'article 15 de la Convention. Le Commissaire voudrait toutefois soulever les aspects suivants.
33. Tout en reconnaissant l'obligation des gouvernements de protéger leurs citoyens contre la menace terroriste, le Commissaire est d'avis que la mise en garde générale contre un risque accru d'activité terroriste après le 11 septembre 2001 ne peut pas en soi être suffisante pour justifier la dérogation à la Convention. Plusieurs Etats européens confrontés depuis longtemps à une activité terroriste fréquente n'ont pas jugé nécessaire de déroger aux droits de la Convention. Aucun Etat n'a jugé bon de le faire dans les circonstances actuelles. Il conviendra donc de présenter des informations détaillées mettant en évidence un danger réel et imminent qui menace la sécurité publique du Royaume-Uni.

34. Même en supposant l'existence d'un danger public, rien ne garantit que les mesures adoptées par le Royaume-Uni soient strictement requises par les exigences de la situation.
35. En interprétant la condition de stricte nécessité, la Cour n'a pas jusqu'à présent examiné l'efficacité relative d'autres mesures ; elle a préféré que cette évaluation relève de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales²⁴³. Ceci n'exclut pas la possibilité que l'existence avérée de mesures autres que des dérogations, plus efficaces ou tout aussi efficaces, ne puisse remettre en cause la nécessité de mesures dérogatoires. C'est notamment le cas lorsqu'un droit aussi important que le droit à la liberté et à la sûreté est en jeu. En tout état de cause, il n'est pas évident que la détention illimitée de certaines personnes soupçonnées de participation au terrorisme international soit plus efficace que la surveillance de leur activité conformément aux procédures appliquées en la matière.
36. La proportionnalité des mesures dérogatoires est également contestée par la définition des organisations terroristes internationales énoncée à l'article 21(3) de la loi. Il semblerait que l'article permette la détention illimitée d'un individu soupçonné d'entretenir des liens avec une organisation terroriste internationale – que celle-ci constitue ou non une menace directe pour la sécurité publique du Royaume-Uni – et n'ayant peut-être donc aucune relation avec la situation d'urgence qui est à l'origine de la législation en vertu de laquelle les droits de cet individu garantis par la Convention risquent d'être bafoués.
37. On constate une autre anomalie dans la mesure où un individu arrêté car soupçonné de liens avec des organisations terroristes internationales doit être libéré et expulsé dans un pays d'accueil sûr qui soit disposé à l'accueillir. Si le soupçon est fondé et que l'organisation terroriste représente une menace réelle pour la sécurité du Royaume-Uni, ces individus resteront, sous réserve de contrôles possibles par l'Etat d'accueil, en liberté pour organiser et mener, bien qu'étant assez éloignés du Royaume-Uni, une activité nuisant potentiellement à sa sécurité publique.
38. Il semblerait donc que les mesures dérogatoires de la loi « Anti-terrorism, Crime and Security » permettent non seulement la détention de personnes ne présentant pas de menace directe pour le Royaume-Uni mais aussi la libération de personnes que l'on soupçonne de constituer une telle menace. Il est difficile de concilier cette conclusion paradoxale avec les strictes exigences de la situation.
39. Bien que la détention en vertu des pouvoirs dérogatoires de la loi « Anti-terrorism, Crime and Security » ne s'applique qu'aux étrangers non expulsables, elle est déterminée en fin de compte uniquement par la suspicion de participation à une organisation terroriste internationale. Même si le caractère raisonnable de la suspicion du Ministre de l'Intérieur est justifié, il n'en demeure pas moins qu'il est procédé à la détention sans procédure d'accusation en bonne et due forme, sur un simple examen qui ne prend pas en compte certaines garanties de procédure importantes. La détention illimitée dans ces circonstances représente une sérieuse restriction à l'exercice du droit à la liberté et à la sécurité et porte sérieusement atteinte à la présomption d'innocence et au droit à un procès équitable dans la détermination des droits et obligations d'un individu ou de toute charge retenue contre lui. Il convient de rappeler qu'il est difficile, voire impossible, de donner réparation de manière satisfaisante à une privation de liberté sans fondement.
40. Ces mesures n'étant applicables qu'aux étrangers non expulsables, elles pourraient par ailleurs conduire à une justice à deux vitesses, selon laquelle des normes différentes en matière de droits de l'homme s'appliqueraient aux étrangers et aux nationaux.
41. Bien que l'article 15 de la Convention n'interdise pas les dérogations ayant cet effet ni les restrictions des droits évoquées plus haut, il est évident que de telles mesures ne peuvent se justifier que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.

CommDH(2003)8rev.

Alvaro GIL-ROBLES,
Commissaire aux Droits de l'Homme

APPENDIX III

OPINION OF THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Mr ALVARO GIL-ROBLES

**on certain aspects of the
proposal by the Government of Finland for a new Aliens Act**

[CommDH(2003)13]

Introduction

1. On 24 September 2003, an informal meeting was held in Strasbourg between the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland and the Commissioner. The discussions focused on a proposal by the Government of Finland for a new Aliens Act²⁴⁴. Following this meeting, the Commissioner would like to offer some observations relating to the proposal, which might be useful in the further considerations of the draft Act. The present opinion by the Commissioner is submitted in accordance with Articles 3(e), 5 (1) and 8 (1) of Resolution (99) 50 of the Committee of Ministers on the Commissioner for Human Rights.²⁴⁵
2. The report the Commissioner for Human Rights published on his visit to Finland in 2001²⁴⁶, addressed already certain issues relating to the Finnish Aliens Act, particularly to the provisions concerning the accelerated procedure under which some applications for international protection are considered.
3. While the Commissioner will limit his observations only to certain provisions included in the draft Act, certain observations of general nature are warranted.
4. The overall objectives of the proposal – the promotion of good governance and enhanced legal protection in matters relating to foreigners – are praiseworthy.
5. Also, the intentions to increase clarity of the legislation, and to include in the legislation provisions on matters that are currently regulated by administrative practice, are very important in terms of strengthening legal certainty.
6. The Commissioner also welcomes that the drafting process has been guided by provisions of international human rights instruments, including the European Convention on Human Rights and other Conventions adopted under the auspices of the Council of Europe, as well as by the jurisprudence of the European Court of Human Rights.
7. The initiative by the Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament to meet and discuss the draft Act with the European Court of Human Rights, the United Nations High Commissioner for Refugees and the Commissioner, further demonstrates the importance attached by Finland to the international standards in this field.
8. In this opinion, the Commissioner would like to make certain proposals aimed at ensuring that the procedures envisaged for processing applications for international protection do not deviate from obligations arising from the European Convention on Human Rights.

Accelerated procedures and the European Convention on Human Rights

Background

9. According to the Government Bill, the provisions relating to international protection would remain largely unmodified, mainly because a reform of these provisions took place as recently as in year 2000. That reform introduced in the legislation the notion of an accelerated procedure and the concepts of safe country of origin, safe country of asylum and manifestly unfounded applications.
10. Chapter six of the new draft Act provides that a person seeking international protection can be granted asylum or a permission to stay on other protection grounds: a permission to stay may be granted to a foreigner who does not fulfil the criteria for receiving asylum, but who would be threatened in his or her country of origin with death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment, or who cannot return to his or her home country due to an armed conflict or environmental disaster (article 88). In addition, a person can be granted a permission to stay on the ground that he/she is in need for temporary protection.
11. The draft law envisages an accelerated procedure in four different situations: 1) when the applicant arrives from a so-called safe country of origin or from a safe country of asylum; 2) when the application is manifestly unfounded; 3) when the application is subject to the procedure set forth in the Dublin Convention and 4) when it involves the re-examination of the status.
12. It is stated in the Government Bill to the Parliament, that the objective of the 2000 amendments was to speed up the asylum procedures by reducing the number of unfounded applications.²⁴⁷ It was further noted that, prior to the amendments, there had been several asylum seekers from EU candidate countries, such as Poland, the Czech Republic and Slovakia, but that the legislative amendment had had the desired effect of significantly decreasing the number of asylum-seekers from those countries. It therefore appears that, in addition to the objective of reducing the length of the procedures, the drafters were motivated by an assumption that all applications from certain countries are unfounded – an assumption that may not always be accurate.
13. In view of the Commissioner, reducing the length of the procedures for granting asylum is clearly a legitimate and desirable goal also from the point of view of the applicant. However, relying heavily on a presumption of abuse of the asylum system may compromise the objectivity and accuracy of the decision-making process. It has moreover the potential of stigmatising asylum-seekers in general and of reinforcing the negative stereotypes towards asylum-seekers among the public.
14. Even in generally safe democratic countries, there may well be situations where not all individuals or groups of individuals can be safe. For instance, a state may be unable to provide effective protection against certain acts by private persons, such as so-called honour killings mostly perpetrated by close family members of the victim, or against racist violence. In such situations, it is not sufficient to assess merely the willingness of the country to provide protection against such acts, but also the real ability of the state to do so. Moreover, severe discrimination against one group of people may well reach the level justifying international protection, even if the majority population in the country generally enjoys effective human rights protection.
15. The Commissioner would therefore like to underline that no decision of return should be taken merely, or predominantly, on the basis of the general situation in a country.

CommDH(2003)8rev.

The need to guarantee effective exercise of the right to be free from torture, and inhuman or degrading treatment

16. In view of the above, relying on the concepts of safe countries or a presumption of abuse, clearly carries the risk of denying genuine asylum-seekers the right to seek and enjoy asylum – a fundamental right which was guaranteed already in the 1948 Universal Declaration of Human Rights - and of violating the principle of non-refoulement guaranteed under the 1951 Convention on the Status of Refugees. From the point of view of the European Convention on Human Rights, it can jeopardize the effective enjoyment of the right to be free from torture, or inhuman or degrading treatment guaranteed in Article 3 of the Convention. The European Court on Human Rights has declared in several judgments that Article 3 implies the obligation not to expel a person to a country where he or she might be subjected to torture, or inhuman or degrading treatment.²⁴⁸ The Commissioner appreciates that this is clearly recognised in the Constitution of Finland, which states that “[n]o alien may be expelled, extradited or returned if, on account of this, he/she risks the death penalty, torture or other degrading treatment.” Accordingly, the draft Act stipulates that “a permission to stay may be granted to a foreigner who would be threatened in his or her country of origin by torture or other inhuman or degrading treatment”.²⁴⁹
17. Article 3 of the European Convention is a non-derogable provision for which no exceptions are allowed under any circumstances. As the Court has noted, it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe.²⁵⁰ It is therefore necessary to ensure that all possible safeguards are taken in order to prevent possible violations of this fundamental right, including by ensuring that procedures relating to entry and stay in a country do not jeopardize the effective exercise of this right.

The notion of torture and inhuman and degrading treatment

18. It is to be recalled that the prohibition of torture or degrading or inhuman treatment within the meaning of Article 3 of the European Convention is not limited to acts where pain or suffering is intentionally inflicted on a person. The concept is significantly wider than that, and this should be recognized by officials processing applications for international protection.
19. Guidance as to the interpretation of the meaning of Article 3 can be found in the jurisprudence of the European Court and the European Commission of Human Rights, which have considered claims of torture, or inhuman or degrading treatment or punishment in various contexts. In general terms, the Court has noted that:

“The notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causing severe suffering, mental or physical, which, in a particular situation, is unjustifiable. The word ‘torture’ is often used to describe inhuman treatment, which has a purpose, such as obtaining of information or confession, or the infliction of punishment, and is generally an aggravated form of inhuman treatment. Treatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience.”²⁵¹
20. Continued or severe discrimination on grounds such as race or ethnicity can amount to degrading treatment under Article 3, for reasons of being grossly humiliating. In the *East African Asians* case, the European Commission of Human Rights found racial discrimination to be degrading treatment contrary to Article 3 as “an interference with [the applicants’] human dignity”.²⁵² The Commission noted, inter alia, that:

“A measure which does not involve physical ill-treatment but which lowers a person in rank, position, reputation or character can constitute “degrading treatment” provided it attains a minimum level of severity”²⁵³

21. When observing the situation and treatment of certain minorities in Europe, most notably the Roma, it has become increasingly obvious to the Commissioner that, even in countries that are considered generally safe, there might be instances of discrimination of such severity as to amount to degrading treatment within the meaning of Article 3²⁵⁴. It is of great importance that such considerations are taken into account when deciding whether a person should be granted a permission to stay in a country on protection grounds.
22. Also, the person’s medical state is relevant when considering the compatibility of an expulsion order with Article 3. The Court has noted that if a person is ill, his extradition or deportation may cause such suffering as to amount to inhuman treatment²⁵⁵. Also, the lack of access to proper medical care in the country or origin may amount to degrading treatment. In *Tanko v. Finland*,²⁵⁶ the European Commission on Human Rights stated that it ‘does not exclude that a lack of proper care in a case where someone is suffering from a serious illness could in certain circumstances amount to treatment contrary to Article 3’.
23. These examples, just to give a few, illustrate the diversity of the circumstances, which may amount to inhumane or degrading treatment and thereby constitute prohibited grounds of expulsion.
24. The Court has noted that ill treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. In *Ireland v. UK*, the Court stated that “the assessment of this minimum is, in the nature of things, relative: it depends on all the circumstances of the case, such as duration of the treatment, its physical or mental effects, and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.”²⁵⁷
25. It follows from the above, that any assessment as to the possible applicability of Article 3 must be based on the individual circumstances of each case. This is why the concept of safe countries, if implemented without strict judicial and procedural safeguards, fits so poorly with the obligations arising from Article 3. These concepts are predominantly based on the general assessment of the situation in a given country and fail to give sufficient consideration to the fact that, even within generally safe countries, there might be individuals or groups of individuals who would risk to be

CommDH(2003)8rev.

subject to torture or inhuman or degrading treatment upon return. An applicant may find it difficult – or even impossible – to substantiate his claims under an accelerated procedure to which he or she might be subject to the basis of a safe country assumption. Accelerated procedures frequently involve quick interviews, which tend to be insufficiently thorough for an appropriate assessment of all the facts pertaining to the situation of the individual.

Prohibition of collective expulsions

26. In situations where several persons originating from the same country are seeking international protection, relying on the assumption that the applications arrive from a safe country, may easily lead to collective expulsions, a practice prohibited under Protocol 4 to the European Convention of Human Rights. In the case of *Conka v. Belgium*, the European Court ruled that Belgium had violated the Convention, when expelling a group of 74 Slovak Romani asylum seekers. The Court noted that collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. The Court noted that in this case, the procedure did not afford sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account.²⁵⁸

The procedure envisaged under the draft Aliens Act

27. Article 98 of the draft Aliens Act, which includes general provisions relating to the decision-making procedure on an application involving international protection, requires that the conditions are assessed in an individual manner, taking into consideration the description of the applicant about his or her circumstances in the country in question. According to the draft law, this important principle applies to both regular and accelerated procedures, however, in the Commissioner's view, certain adjustments to the draft Act would be required in order to ensure that the effective application of this principle is not jeopardized in the latter situation.
28. With regard to situations where the concept of a "safe country of asylum" is applied, the draft Act provides that the application will not even be considered in its merits (art 103). Hence, although the person is must be interviewed, none of the personal circumstances of the individual will in fact be taken into consideration when deciding upon a refusal of entry. The Commissioner also finds that the definition of a 'safe country of asylum' is too vague in the draft Act (art 101). For instance, it does not contain a requirement of a guarantee from the third country that the application will be properly dealt with there, or even that the country allows the person to re-enter. This may easily lead to a situation where the person is sent from one country to another with no one taking the responsibility for processing the asylum claim. In the Commissioner's view, such an 'orbit situation' may in itself amount to degrading treatment in certain circumstances, for instance if the person is stuck at airport detention centres in successive countries for extended periods of time.
29. By definition, the assessment of "a safe country of origin" relies heavily on the general conditions of the country: 1) a stable and democratic society; 2) an independent and impartial judicial system and fair trial; and 3) whether the country has adhered to the principal international human rights conventions and respects them, and whether serious human rights violations have taken place in the country (art 100). Whilst the provision also requires that the country in question is safe for the individual concerned, the emphasis on the general conditions, as well as the fact that the decision must be taken under an accelerated procedure of seven days, may easily delude the decision making process. The risks of 'summary proceedings' are even higher if lists of "safe countries" are adopted. As noted above, it is also to be recalled that a risk of ill-treatment does not need to be attributable to the state, and therefore it is not sufficient to examine the actions of a state when assessing whether a country is safe or not. It is increasingly common that a person may be in need of international protection against a non-state actor in situations where the state is either unable or unwilling to provide protection. Such might be the case for instance if the police cannot afford effective protection against violent attacks by skinheads or neo-nazi groups.²⁵⁹

30. According to Article 101 of the draft Act, an application may be rejected as manifestly unfounded on a number of grounds, including where “the claims of the applicant are clearly not credible” (article 101, para. 1). Issues relating to credibility are difficult to determine and its assessment often involves a degree of subjectivity. In view of the Commissioner, the risks of making an inaccurate decision on the basis of credibility of the applicant are so significant that ‘credibility’ should not be a ground to declare a decision manifestly unfounded. Moreover, making an assessment about the credibility in a hasty manner undermines the well-established principle of giving the applicant the “benefit of the doubt”. The 2000 Aliens Act presently in force does not include the possibility of rejecting a claim as manifestly unfounded on the basis of credibility and hence the introduction of this provision might result in increasing the risks of denying protection for genuine refugees.²⁶⁰
31. Where the applicant has arrived from a safe country of asylum or a safe country of origin, the application must be processed within seven days from when the interview record was finalised and registered with the Directorate of Immigration. If the Directorate cannot process the application within the said time limit, the application may be considered as manifestly unfounded and dealt with accordingly. The draft Act does not envisage a specific timeframe for an accelerated procedure in situations where it is deemed manifestly unfounded. It has been brought to the attention of the Commissioner that there have been situations where a person had to wait for a decision for two years.
32. The assessment of a need for international protection is clearly a complicated procedure. For instance, as it is noted in the Government Bill, guidance can be found from the practice of international human rights monitoring bodies, including from the case law of the European Court of Human Rights with regard to a threat of inhuman treatment. It also notes that the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women must be taken into consideration in the assessment process. A thorough process frequently requires consultations with different organisations, which takes time. For making an appropriate analysis of an individual case in light of all these provisions and practices, the time frame of seven days given to the decision-makers seems to be insufficient. This is particularly the case given the limited resources available to the Directorate of Immigration.

The execution of a negative decision and the appeal procedure

33. According to the proposal, a decision on refusal of entry taken under an accelerated procedure can be executed within eight days from the date when the applicant was given notice of it. In the Commissioner’s view, this timeframe is insufficient for the applicant to adequately prepare an appeal with the assistance of a legal representative and linguistic help. The applicant might also need to seek further evidence substantiating his claim, which may be impossible to obtain within such a short

CommDH(2003)8rev.

timeframe. Moreover, even if the applicant does not wish to make an appeal, eight days for arranging his or her departure may be extremely short, particularly in situations where the applicant has been waiting for the decision for a long time, in some cases up to one year, even in cases where the provision on manifestly unfounded application is applied²⁶¹.

34. Another problem relates to the effectiveness of the appeal procedure. According to the draft Act, the applicant has 30 days to appeal to the Administrative Court of Appeals of Helsinki against a negative decision. Despite the filing of an appeal, the person can be removed from Finland within the above-mentioned eight days period, unless the administrative court otherwise decides²⁶². This leads to a situation where a person can be removed from Finland even before he or she has lodged an appeal, or before the appeal has been considered. It is evident that a decision against removal by the appellate court has little, if any significance if the applicant has already been returned. Consequently, the right to appeal, as provided for in the current draft, seems ineffective.
35. The Commissioner raised concerns about this issue already during his visit to Finland in 2001, shortly after similar provisions had been included in the 2000 Aliens Act. Since the new proposal does not envisage changes in this respect, the Commissioner's observations of that time remain valid. The Commissioner would therefore like to reiterate the following comments that he made in the report on his visit to Finland²⁶³:

“...regard should be *given* to the need for effective (and not just legally prescribed) availability of the right to a judicial remedy, within the meaning of Article 13 European Convention on Human Rights, when it is claimed that the competent authorities have infringed or are likely to infringe one of the rights secured by the ECHR. This right to an effective remedy must be granted to all those who wish to challenge a decision on refusal of entry or removal from the territory. Such an appeal should have the effect of suspending the execution of a deportation order at least where a possible violation of Articles 2 and 3 ECHR is alleged.”
36. The Commissioner would also like to recall a recommendation of the Committee of Ministers relating to the right of rejected asylum-seekers to an effective remedy against decisions on expulsion, which states, inter alia, that “a remedy before a national authority is considered effective when.... the execution of the expulsion order is suspended until a decision under 2.2 is taken”.²⁶⁴
37. In respect of other obligations relating to expulsion procedures, the Commissioner would like to refer to his Recommendation concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe Member State and the enforcement of expulsion orders.²⁶⁵

Commissioner's recommendations

As regards the accelerated procedures

38. Respect for the important principle of an individual approach, required by the European Convention on Human Rights, must be given full effect in each case. Even when arriving from a “safe country of origin” or a “safe country of asylum ” the person applying for protection should be given the opportunity to be heard by a specialist and explain why, in his/her specific individual circumstances, the country concerned cannot be regarded as “safe” and these considerations must be fully taken into consideration in the decision-making process. In particular, the Commissioner would like to make the following recommendations:
- It must be ensured that those conducting the interviews and making the decisions are acquainted with what might constitute torture or inhuman or degrading treatment and the manner in which interviews of possible victims should be conducted;
 - The grounds for declaring an application “manifestly unfounded” and the definition of a “safe country of asylum” should be harmonised with the commitments undertaken by Finland within the Executive Committee of the UNHCR. This means, for instance, that credibility should not be a ground for declaring an application manifestly unfounded and that additional criteria would need to be added for the assessment of a ‘safety’ of a country;
 - The timeframe of seven days for deciding upon applications involving “safe countries” should be extended to allow sufficient time to assess all facts pertaining to the case and to analyse them in light of international human rights obligations and information about the situation of the country;
 - The timeframe of eight days for the execution of the decision on refusal of entry order should be extended in order to give sufficient time and facilities for the preparation of the applicant’s appeal, including appropriate legal and linguistic assistance;
 - It should be ensured that a decision on refusal of entry not be executed as long as the time limit for appeal is not exhausted;
 - It should be ensured that the appeal be given an automatic effect of suspending the execution of the decision on refusal of entry, unless the court seized with the appeal decides otherwise.

As regards other matters relating to international protection

39. The criteria for granting asylum, as defined in draft Article 87, are identical to the definition of a refugee as contained in the 1951 United Nations Convention on the Status of Refugees. The Commissioner welcomes that in the Government proposal, it is explained that gender based persecution against women and persecution on grounds of sexual orientation can fall under the category of a ‘membership in a particular social group’. It is important that this interpretation of the concept of a ‘membership in a particular social group’ be made widely known among those who make decisions on asylum applications, through for instance, administrative circulars or handbooks.
40. The Commissioner welcomes that the special situation of children is recognised in Article 6 of the draft law, which requires that the best interest of the child is taken into account and includes a provision on the right of the children to be heard whenever decisions affecting them are being made. It also requires that decisions concerning children are to be made promptly.
41. It is important that this general provision be given full effect in the detailed provisions of the law, particularly when it comes to separated children. In this context, the Commissioner recommends that:

CommDH(2003)8rev.

- provisions on family reunification of separated children should give priority to family reunification in Finland if it is in the best interest of the child;
 - under 18-years old siblings of a separated child should be considered as family members for the purposes of reunification;
 - it should be ensured that separated children are not subject to accelerated procedures.
42. It has been brought to the attention of the Commissioner that the 1951 Convention refugee recognition rate is very low in Finland, varying from less than 0.2 to 1 percent. While the number of asylum-seekers having been granted a residence permit on other grounds of need of protection is significantly higher, it is to be recalled that the rights attached to such other protection statuses are lower than those afforded to recognised refugees. The Commissioner therefore underlines the importance of reassessing the very strict criteria which appear to be applied for granting the 1951 Convention refugee status.

ANNEXE III

AVIS DU COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, M. ALVARO GIL-ROBLES

**sur certains aspects
du projet de loi sur les étrangers du Gouvernement finlandais**
[CommDH(2003)13]

Introduction

1. Le 24 septembre 2003, une rencontre informelle s'est tenue à Strasbourg entre la Commission du droit constitutionnel du Parlement finlandais et le Commissaire. Les débats se sont focalisés sur une proposition du Gouvernement finlandais tendant à l'adoption d'une nouvelle Loi sur les étrangers²⁶⁶. Donnant suite à cette entrevue, le Commissaire souhaite présenter quelques observations concernant cette proposition qui pourraient se révéler utiles ultérieurement, lors de l'examen du projet de loi. Le présent avis du Commissaire est présenté conformément aux articles 3 (e), 5 (1) et 8 (1) de la Résolution n° (99) 50 du Comité des ministres relative au Commissaire aux droits de l'homme²⁶⁷.
2. Le rapport publié par le Commissaire aux droits de l'homme à la suite de sa visite de 2001 en Finlande²⁶⁸ traitait déjà de certains aspects de la Loi finlandaise sur les étrangers, et notamment des dispositions concernant la procédure accélérée applicable à l'examen de certaines demandes de protection internationale.
3. Si le Commissaire entend limiter ses observations à certaines dispositions du projet de loi, quelques remarques générales s'imposent.
4. Les visées globales de ce projet, à savoir, la promotion d'une saine gestion des affaires publiques et le renforcement de la protection juridique des étrangers, sont louables.
5. Aussi, l'intention de clarifier la législation et d'inclure dans la loi des points qui relèvent actuellement de la pratique administrative est très importante pour renforcer la certitude légale.
6. Le Commissaire se réjouit en outre de ce que le processus de rédaction ait été guidé par des dispositions issues des instruments du droit international humanitaire telles que la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres traités adoptés sous les auspices du Conseil de l'Europe, ainsi que par la jurisprudence issue de la Cour européenne des droits de l'homme.
7. Le fait que la Commission du droit constitutionnel du Parlement finlandais ait pris l'initiative d'approcher la Cour européenne des droits de l'homme, le Haut commissaire des Nations Unies aux réfugiés et le Commissaire pour discuter ce projet de loi prouve également l'importance attachée par la Finlande aux normes internationales dans ce domaine.
8. Dans le présent avis, le Commissaire souhaite faire certaines propositions visant à garantir que les procédures envisagées pour le traitement des demandes de protection internationale ne dévient pas des obligations issues de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁶⁶ Projet de loi gouvernemental du 13 juin 2003 visant à la promulgation d'une nouvelle loi sur les étrangers (disponible en finnois et en suédois).

²⁶⁷ L'article 3(e) enjoint au Commissaire d'« identifier les lacunes éventuelles dans les lois et la pratique des États membres en ce qui concerne le respect des droits de l'homme, tels que définis dans les instruments du Conseil de l'Europe. » Il est déclaré à l'article 5 (1) que le « Commissaire peut intervenir sur la base de toute information recueillie dans le cadre de ses fonctions », et notamment « sur la base d'informations adressées au Commissaire par les gouvernements, les parlements nationaux, les médiateurs nationaux ou d'autres instances assimilées oeuvrant dans le domaine des droits de l'homme, des personnes physiques ou des organisations ». Conformément à l'article 8 (1), « le Commissaire peut émettre des recommandations, des avis et produire des rapports ».

²⁶⁸ Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, concernant sa visite en Finlande du 4 au 7 juin 2001, adressé au Comité des ministres et à l'Assemblée parlementaire, 19 septembre 2001 (CommDH (2001) 7).

Les procédures accélérées et la Convention européenne des droits de l'homme

Contexte

9. Dans le projet de loi gouvernemental, les dispositions relatives à la protection internationale demeurent largement inchangées, principalement parce qu'une réforme de ces dispositions est intervenue récemment, en 2000. Cette réforme a introduit la notion de procédure accélérée et les concepts de pays d'origine sûr, de pays d'asile sûr et de demandes manifestement injustifiées.
10. Il est prévu, au chapitre 6 du nouveau projet de loi, qu'une personne demandant une protection internationale puisse bénéficier de l'asile ou d'un permis de séjour accordé pour d'autres motifs : un permis de séjour peut être accordé à un étranger qui ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de l'asile mais qui, dans son pays d'origine, est passible de la peine de mort, risque d'être soumis à la torture ou à d'autres formes de traitements inhumains ou dégradants, ou ne peut retourner dans son pays d'origine, frappé par un conflit armé ou une catastrophe écologique (article 88). En outre, un permis de séjour peut être accordé aux personnes qui ont besoin d'une protection temporaire.
11. Dans ce projet de loi, il est envisagé d'appliquer une procédure accélérée dans quatre cas :
 - 1) lorsque le demandeur vient d'un pays d'origine ou d'asile dit sûr ; 2) lorsque la demande est manifestement injustifiée ; 3) lorsque la demande est soumise à la procédure établie par la Convention de Dublin ; et 4) lorsqu'il s'agit de réexaminer le statut de l'intéressé.
12. Il est indiqué dans le projet gouvernemental adressé au Parlement que l'objet des amendements introduits en 2000 était d'accélérer les procédures liées à l'asile en réduisant le nombre des demandes sans fondements²⁶⁹. Il est également à noter qu'avant l'introduction de ces amendements, la Finlande recevait des demandes d'asile émanant de pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne comme la Pologne, la République tchèque et la Slovaquie, et que les amendements législatifs avaient eu l'effet voulu, puisqu'ils avaient permis de réduire significativement le nombre de demandes en provenance de ces pays. Il apparaît donc qu'outre l'objectif consistant à raccourcir la durée de la procédure, les rédacteurs se fondaient sur l'hypothèse que toutes les demandes émanant de certains pays étaient injustifiées – hypothèse qui pourrait ne pas toujours être exacte.
13. De l'avis du Commissaire, réduire la durée de la procédure d'examen des demandes d'asile constitue clairement un objectif légitime et un résultat souhaitable, également du point de vue du demandeur. Toutefois, en supposant trop systématiquement que les demandes d'asile sont abusives, on risque de compromettre l'objectivité et l'adéquation du processus de prise de décision. De surcroît, une telle supposition risque de stigmatiser les demandeurs d'asile en général et de renforcer les stéréotypes dévalorisants à leur égard circulant dans le public.
14. Même dans les pays démocratiques généralement sûrs, on peut rencontrer des situations dans lesquelles tous les individus ou tous les groupes ne sont pas en sûreté. Ainsi, un État peut ne pas être en mesure de protéger efficacement tous ses citoyens contre les agissements de personnes privées, comme dans le cas des « dettes de sang », qui sont des assassinats généralement commis par des proches de la victime, ou contre les crimes à motivation raciste. Dans ces cas particuliers, il ne suffit pas simplement d'évaluer le degré de volonté du pays de protéger les individus contre de

²⁶⁹ Projet gouvernemental, op. cit note 2, p. 99

CommDH(2003)8rev.

tels actes, il faut se demander quelle est sa capacité effective d'assurer une telle protection. De plus, des cas de discrimination grave à l'encontre d'un groupe peuvent atteindre des proportions qui justifient l'octroi d'une protection internationale, même si la majorité de la population jouit effectivement de la protection des droits de l'homme.

15. Le Commissaire souhaite donc souligner qu'aucune décision de retour ne peut être prise en se fondant simplement, ou surtout, sur la situation générale prévalant dans un pays.

Nécessité de garantir l'exercice effectif du droit de ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant

16. Au vu de ce qui précède, le fait de se fonder sur les concepts de pays sûr ou de présomption d'abus fait clairement courir le risque de refuser à d'authentiques demandeurs le droit de demander et d'obtenir l'asile (droit fondamental déjà garanti par la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948), et de commettre une violation du principe interdisant l'expulsion énoncé dans la Convention relative au statut des réfugiés de 1951. Sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, cela peut compromettre la jouissance effective du droit de ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant garanti à l'article 3 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré dans plusieurs arrêts que l'article 3 impliquait l'interdiction d'expulser une personne vers un pays dans lequel elle risque d'être soumise à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant²⁷⁰. Le Commissaire croit savoir que ce fait est clairement reconnu par la constitution finlandaise, puisqu'elle dispose qu'« aucun étranger ne pourra être expulsé, extradé ou renvoyé si, de ce fait, il risque la peine de mort ou d'être soumis à la torture ou à d'autres traitements dégradants. » En conséquence, le projet de loi stipule qu'« un permis de séjour peut être accordé à un étranger qui, dans son pays d'origine, est menacé de torture ou d'autres traitements inhumains ou dégradants. »²⁷¹

17. L'article 3 de la Convention européenne est une disposition ne souffrant aucune dérogation et aucune exception, quelles que soient les circonstances. Comme la Cour l'a fait observer, cet article consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques constituant le Conseil de l'Europe²⁷². Partant, il convient de s'assurer que toutes les précautions possibles sont prises pour éviter les éventuelles violations de ce droit fondamental, notamment en s'assurant que les procédures relatives à l'entrée et au séjour dans un pays ne compromettent pas l'exercice effectif de ce droit.

La notion de torture et de traitements inhumains ou dégradants

18. Il convient de rappeler que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants visée à l'article 3 de la Convention européenne ne concerne pas uniquement les souffrances et les tourments infligés délibérément. Ce concept couvre un champ nettement plus étendu, et ce fait devrait être reconnu par les représentants officiels qui traitent les demandes de protection internationale.

²⁷⁰ Voir, par exemple l'affaire Conka v. Belgium, demande n° 51564/99, arrêt du 5 février 2002, paragraphes 56 à 63 ; Chahal v. United Kingdom, arrêt du 15 novembre 1996, demande n° 22414/93.

²⁷¹ Article 88 du projet de loi, traduction non officielle.

²⁷² Soering v. United Kingdom, paragraphe 88.

19. Nous trouvons des indications concernant l'interprétation de l'article 3 dans la jurisprudence issue de la Cour européenne et de la Commission européenne des droits de l'homme, qui ont examiné des allégations de torture et de traitements inhumains ou dégradants dans différents contextes. En termes généraux, la Cour a indiqué :

« La notion de traitement inhumain s'applique, au minimum, à des traitements qui infligent délibérément de grandes souffrances morales ou physiques et qui, dans un contexte donné, sont injustifiables. Le terme de torture est souvent employé pour décrire les traitements inhumains infligés dans un but précis, comme celui d'obtenir des renseignements, des aveux, ou d'infliger un châtimement ; il s'agit généralement d'une forme aggravée de traitement inhumain. Un traitement ou une sanction doivent être considérés comme dégradants s'ils humiliant grossièrement la personne qui les subit en public, ou s'ils la conduisent à agir contre sa volonté ou sa conscience. »²⁷³

20. Une forme persistante ou grave de discrimination motivée par l'appartenance raciale ou ethnique peut constituer un traitement dégradant au sens de l'article 3, parce qu'elle est grossièrement humiliante. Dans l'affaire *East African Asians*, la Commission européenne des droits de l'homme a conclu que la discrimination raciale constituait un traitement dégradant contrevenant à l'article 3 car elle « portait atteinte à la dignité humaine [du demandeur] »²⁷⁴. La Commission a notamment fait observer :

« Une mesure qui ne fait pas intervenir de mauvais traitements physiques mais qui rabaisse le statut, le rang social, la réputation ou la renommée d'une personne peut constituer un traitement dégradant si un certain niveau de gravité est atteint »²⁷⁵.

21. L'observation de la situation de certaines minorités européennes, en particulier celle des Roms, et de la manière dont ces minorités sont traitées, a conduit le Commissaire à conclure que, de toute évidence, même dans les pays réputés sûrs, des cas de discrimination suffisamment graves pour constituer des traitements dégradants au sens de l'article 3 peuvent se produire²⁷⁶. Il est très important que de telles considérations soient prises en compte au moment de décider si une personne doit bénéficier d'un permis de séjour pour assurer sa protection.

22. En outre, l'état de santé du demandeur est également pertinent lors de l'examen de la conformité d'un ordre d'expulsion avec les dispositions de l'article 3. La Cour a noté que si une personne est malade, son extradition ou son expulsion peuvent causer des souffrances assimilables à un traitement inhumain²⁷⁷. De plus, le manque d'accès à des soins médicaux appropriés dans le pays

²⁷³ *The First Greek Case*, procès-verbal du 5 novembre 1969, Annuaire n° 12, p. 186.

²⁷⁴ Commission européenne des droits de l'homme, Décisions et procès-verbaux, 78-A, page 62 (pages 1 à 70).

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ Voir également le Deuxième rapport sur la Finlande du Comité européen contre le racisme et l'intolérance, dans lequel il est déclaré : « l'ECRI souligne la nécessité d'éviter d'introduire dans le système des procédures qui pourraient porter atteinte au principe suivant lequel toute demande d'asile doit être examinée individuellement et non en référence à des présomptions concernant la situation des différents groupes de population dans un pays donné. Ceci est particulièrement vrai à l'égard des Roms/Tziganes, vu les cas largement avérés de racisme et la violence dont sont victimes les membres de cette communauté dans un certain nombre de pays européens. » Doc. CRI (2002) 20, adopté le 14 décembre 2001 et rendu public le 23 juillet 2002.

²⁷⁷ Voir *Bulus v. Sweden*, n° 9330/81, 35 DR 57 (1984) ; 39 DR 75 (1984) F Sett (démence).

CommDH(2003)8rev.

d'origine peut être assimilé à un traitement inhumain. Dans l'affaire *Tanko v. Finland*²⁷⁸, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré qu'elle « n'excluait pas la possibilité que l'absence de soins appropriés puisse, lorsque la personne souffre d'une maladie grave, et dans certaines circonstances, être assimilée à un traitement contraire à l'article 3 ».

23. Ces exemples, pour ne citer qu'eux, illustrent la diversité des circonstances qui peuvent constituer un traitement inhumain ou dégradant et qui sont autant de motifs d'interdire l'expulsion.
24. La Cour a noté que les mauvais traitements doivent atteindre un certain degré de gravité pour entrer dans le champ d'application de l'article 3. Dans l'affaire *Ireland v. UK*, elle a déclaré que « l'évaluation de ce degré, est, par nature, relative : elle dépend de toutes les circonstances de l'affaire, par exemple de la durée du traitement, de son impact physique et moral, mais aussi, dans certains cas, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime »²⁷⁹.
25. Il s'ensuit que toute évaluation de la possibilité d'appliquer l'article 3 doit reposer sur les circonstances propres à une affaire. C'est pourquoi le concept de pays sûr, s'il est mis en œuvre sans garanties judiciaires et procédurales strictes, cadre si mal avec les obligations découlant de l'article 3. Ce concept repose avant tout sur une évaluation générale de la situation dans un pays donné, et il ne tient pas suffisamment compte du fait que, même dans des pays généralement sûrs, il se peut que des personnes ou des groupes de population risquent d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants à leur retour. Les demandeurs faisant l'objet d'une procédure accélérée parce qu'ils viennent de pays présumés sûrs pourraient trouver difficile, voire impossible, de réunir les preuves à l'appui de leur demande d'asile. Les procédures accélérées font souvent intervenir des interrogatoires rapides qui ont tendance à être insuffisamment approfondis pour évaluer correctement tous les faits pertinents afférents à la situation du demandeur.

Interdiction des expulsions collectives

26. Lorsque plusieurs personnes en provenance du même pays d'origine demandent une protection internationale, le fait de supposer que les demandeurs viennent d'un pays sûr peut facilement conduire à procéder à une expulsion collective, pratique interdite par le quatrième protocole de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Conka v. Belgium*, la Cour européenne a conclu que la Belgique avait violé la convention en expulsant un groupe de 74 Roms slovaques demandeurs d'asile. La Cour a fait observer que toute mesure obligeant un groupe d'étrangers à quitter le pays doit être considérée comme une mesure d'expulsion collective, sauf si cette mesure est prise à l'issue d'un examen raisonnable et objectif du cas particulier de chacun des étrangers du groupe, pris individuellement. La Cour a noté qu'en l'espèce, la procédure n'offrait pas de garanties suffisantes pour établir que les circonstances personnelles de chacune des personnes concernées avaient été véritablement et individuellement prises en considération²⁸⁰.

²⁷⁸ N° 23634/94 (1994) (pas de procès-verbal).

²⁷⁹ *Ireland v. United Kingdom*, Arrêt du 18 janvier 1978, Séries A, n° 25, paragraphe 162

²⁸⁰ Affaire *Conka v. Belgium*, demande n° 51564/99, arrêt du 5 février 2002, paragraphes 56 à 63.

Procédure envisagée dans le projet de loi sur les étrangers

27. L'article 98 du projet de loi sur les étrangers, qui inclut des dispositions générales relatives à la procédure de prise de décision concernant les demandes de protection internationale, exige que l'examen des circonstances soit effectué individuellement, en tenant compte de la description donnée par le demandeur des circonstances le concernant personnellement dans le pays en question. Conformément au projet de loi, ce principe important s'applique aussi bien aux procédures régulières qu'aux procédures accélérées ; cependant, de l'avis du Commissaire, certains ajustements seraient nécessaires pour garantir que l'application effective de ce principe ne soit pas compromise dans le second cas.
28. Dans les cas où le concept de « pays d'asile sûr » est appliqué, le projet de loi prévoit que la demande ne sera pas examinée sur le fond (article 103). Aussi, même si la personne doit être interrogée, de fait, aucune des circonstances particulières qui lui sont propres ne sera prise en considération au moment de décider de lui refuser l'entrée du territoire. Le Commissaire juge en outre que la définition de « pays d'asile sûr » est trop vague dans le projet de loi (article 101). Ainsi, il ne contient aucune obligation en matière d'obtention auprès du pays tiers de la garantie que la demande sera dûment traitée sur place, ou même que le pays autorisera la personne à entrer de nouveau. Ceci pourrait facilement conduire à des situations dans lesquelles les demandeurs seraient renvoyés d'un pays à un autre, sans qu'aucun ne prenne la responsabilité de traiter leurs demandes. De l'avis du Commissaire, une telle « mise en orbite » pourrait en elle-même, dans certains cas, constituer un traitement dégradant, par exemple si la personne concernée se retrouve successivement bloquée dans les centres de détention des aéroports de différents pays pendant un laps de temps relativement long.
29. Par définition, l'évaluation de ce qu'est un « pays d'origine sûr » dépend largement de la situation générale régnant dans le pays considéré : 1) une société démocratique stable ; 2) un pays dotée d'un système judiciaire indépendant et impartial garantissant des procès équitables ; 3) un pays ayant adhéré aux principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, respectant ses obligations conventionnelles et un pays dans lequel, ou non, des violations graves des droits de l'homme sont commises (article 100). Bien que cette disposition précise que le pays en question doit être sûr pour l'individu concerné, l'accent mis sur la situation générale, et le fait que la décision soit prise, au terme d'une procédure accélérée, en sept jours, risquent fort d'induire les décideurs en erreur. Les dangers inhérents aux procédures sommaires sont encore plus évidents lorsque des listes de « pays sûrs » sont adoptées. Comme nous l'avons déjà mentionné, il convient également de garder à l'esprit que les risques de mauvais traitements ne sont pas nécessairement attribuables à l'Etat ; c'est pourquoi il ne suffit pas d'examiner les actes de l'Etat pour déterminer si un pays est sûr. Les cas où des personnes doivent être protégées internationalement contre des acteurs non-gouvernementaux parce que l'Etat n'est pas en mesure ou refuse d'offrir sa protection sont de plus en plus communs. Tel pourrait être le cas, par exemple, si la police ne pouvait protéger effectivement certains citoyens contre les agressions perpétrées par des skinheads ou des groupuscules néonazis²⁸¹.

²⁸¹ Dans ce contexte, le Commissaire voudrait rappeler la situation d'un groupe de personnes d'origine rom venu de Slovaquie orientale qui avait demandé asile à la Finlande en 1999. D'après le Bureau finlandais des réfugiés, nombre de demandeurs avaient fait état de mauvais traitements infligés par des skinheads. Cependant, en raison de la procédure accélérée, le temps avait manqué pour réunir les certificats médicaux à verser au dossier des éléments de preuve. De plus, il semblerait que des infirmières travaillant dans les centres de réception finlandais auraient indiqué à des chercheurs d'Amnesty International qu'elles avaient observé des taux de stérilisation anormalement élevés parmi les femmes de ce groupe. En dépit de quoi, les demandeurs d'asile avaient été renvoyés sans retard. Par la suite nous

30. Conformément à l'article 101 du projet de loi, une demande peut être refusée comme étant manifestement injustifiée pour un certain nombre de motifs, notamment lorsque « les allégations du demandeurs ne sont manifestement pas crédibles » (article 101, paragraphe 1). La question de la crédibilité est souvent difficile à trancher et son évaluation fait généralement intervenir un certain degré de subjectivité. De l'avis du Commissaire, le risque de prendre une décision erronée en se fondant sur la crédibilité des propos du demandeur est si élevé que l'absence de « crédibilité » ne devrait pas constituer un motif pour déclarer une demande « manifestement injustifiée ». De surcroît, le fait d'évaluer la crédibilité dans la hâte porte atteinte au principe bien établi qui consiste à accorder au demandeur le « bénéfice du doute ». La Loi sur les étrangers de 2000 actuellement en vigueur n'inclut pas la possibilité de rejeter une demande d'asile comme étant manifestement injustifiée faute de crédibilité, et l'introduction de cette disposition pourrait conduire à refuser une protection à d'authentiques réfugiés²⁸².
31. Lorsqu'un demandeur arrive d'un pays d'asile ou d'origine sûrs, sa demande doit être traitée dans les sept jours suivant la rédaction définitive du procès-verbal d'interrogatoire et son enregistrement auprès de la Direction de l'immigration. Si la Direction ne peut traiter la demande dans les délais impartis, celle-ci doit être considérée comme manifestement injustifiée et traitée en conséquence. Le projet de loi ne prévoit pas de délais spécifiques pour la procédure accélérée lorsque la demande est jugée manifestement injustifiée. Selon des renseignements portés à la connaissance du Commissaire, il est arrivé qu'une personne attende deux ans qu'une décision intervienne.
32. Il est clair que l'évaluation de la nécessité d'accorder une protection internationale constitue une procédure complexe. Ainsi, le projet de loi gouvernemental mentionne la possibilité de se référer à la pratique des organismes internationaux de surveillance des droits de l'homme, et notamment à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les risques de traitements inhumains. Il y est aussi indiqué que le processus d'évaluation doit également tenir compte de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Une procédure minutieuse nécessite souvent la consultation de différentes organisations, ce qui prend du temps. Le délai de sept jours accordé au processus de prise de décision paraît insuffisant pour analyser correctement un cas individuel à la lumière de toutes ces dispositions et de cette jurisprudence. Ceci est d'autant plus vrai que les ressources de la Direction de l'immigration sont limitées.

L'exécution des décisions de rejet et la procédure d'appel

33. Conformément au projet de loi, la décision de refus d'entrée sur le territoire prise dans le cadre de la procédure accélérée peut être exécutée dans les huit jours suivant la date à laquelle le demandeur s'est vu notifier la décision. De l'avis du Commissaire, ce délai ne permet pas au demandeur de préparer correctement son appel, avec l'aide d'un avocat et d'un traducteur-interprète. Le demandeur peut aussi souhaiter rassembler des éléments de preuve supplémentaires à l'appui de sa

sont parvenues des allégations concernant la stérilisation forcée, ou sous la contrainte, de femmes roms en Slovaquie orientale, ce qui pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant. Voir par exemple, le rapport « *Body and Soul* » Centre for reproductive rights and Poradna organisation, 2003.

²⁸² Rappelons que la Conclusion n° 30 du Comité exécutif du HCR de 1998 ne reconnaît pas ce motif de rejet.

demande, ce qui risque de se révéler impossible dans un laps de temps aussi court. De surcroît, même si le demandeur renonce à faire appel, un délai de huit jours pour arranger son départ semble extrêmement court, en particulier s'il a attendu longtemps (parfois plus d'un an) la décision le concernant, en dépit de l'application de la disposition relative aux demandes injustifiées²⁸³.

34. L'efficacité de la procédure d'appel pose également problème. Conformément au projet de loi, le demandeur dispose de 30 jours pour introduire un recours auprès de la Cour administrative d'appel d'Helsinki contre une décision de rejet. Bien qu'ayant formé un recours, le demandeur peut être expulsé de Finlande dans le délai susmentionné de huit jours, sauf si le tribunal administratif en décide autrement²⁸⁴. Ainsi, une personne peut être expulsée de Finlande avant même qu'elle ait pu interjeter appel, ou avant que son appel ait été examiné. Il est évident qu'une décision prise par la Cour d'appel à l'encontre de l'expulsion présente peu d'intérêt, voire aucun, lorsque le demandeur a déjà été expulsé. En conséquence, le droit de faire appel, tel qu'il est prévu dans le projet actuel, semble sans effet.
35. Le Commissaire a déjà fait part de ses préoccupations à ce sujet lors de sa visite en Finlande de 2001, peu après que des dispositions similaires ont été introduites dans la Loi sur les étrangers de 2000. Comme le nouveau projet n'envisage pas de modifications à cet égard, les observations faites par le Commissaire à ce moment-là demeurent valables. Il souhaite donc réitérer les commentaires suivants, présentés dans le compte rendu de sa visite en Finlande²⁸⁵ :

« [...] Il convient de tenir compte de la nécessité de mettre à disposition un droit de recours légal effectif (et non une formalité prescrite par la loi) au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'il est allégué que les autorités compétentes ont méconnu ou risquent de méconnaître l'un des droits garantis par la CEDH. Ce droit à un recours effectif doit être accordé à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refus d'entrée sur le territoire ou un ordre d'expulsion. Au moins dans le cas de violations alléguées des articles 2 et 3 de la CEDH, un tel recours doit avoir pour effet de suspendre l'exécution de l'ordre d'expulsion ou de renvoi. »

36. Le Commissaire souhaite en outre rappeler une recommandation du Comité des ministres concernant le droit des demandeurs d'asile déboutés à un recours effectif contre les décisions d'expulsion, dans laquelle il est notamment déclaré qu'un « recours porté devant une instance nationale sera considéré comme effectif si [...] l'exécution de l'ordre d'expulsion est suspendu dans l'attente d'une décision prise en vertu de l'article 2.2²⁸⁶ ».

²⁸³ Selon des renseignements obtenus auprès de l'organisation qui fournit l'aide judiciaire aux demandeurs d'asile, la durée moyenne du processus de prise de décision est toujours d'un an, et l'introduction de la procédure accélérée n'a pas modifié ces délais moyens.

²⁸⁴ En vertu de la loi qui demeurait en vigueur au début de l'année 2000, tout ordre d'expulsion doit être approuvé par le tribunal administratif avant exécution.

²⁸⁵ Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme, concernant sa visite en Finlande du 4 au 7 juin 2001 à l'intention du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire, 18 septembre 2001 (CommDH (2001) 7).

²⁸⁶ Recommandation n° R (98) 13 du Comité des ministres adressée aux Etats membres concernant le droit des demandeurs d'asile déboutés à un recours effectif contre les ordres d'expulsion dans le cadre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 18 septembre 1998.

37. A propos des autres obligations liées aux procédures d'expulsion, le Commissaire souhaite renvoyer le lecteur à sa Recommandation concernant les droits des étrangers qui entrent sur le territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe et l'exécution des ordres d'expulsion²⁸⁷.

Recommandations du Commissaire

À propos des procédures accélérées

38. Dans chaque cas, il convient de donner pleinement effet au principe important de l'approche individualisée, requise par la Convention européenne des droits de l'homme. Même lorsqu'il arrive d'un « pays d'origine sûr » ou d'un « pays d'asile sûr », le demandeur d'asile doit se voir accorder la possibilité d'être entendu par un spécialiste et d'expliquer pourquoi, dans sa situation particulière, le pays en question ne peut être considéré comme « sûr », et il doit être pleinement tenu compte de ces considérations au moment de trancher. En particulier, le Commissaire souhaite faire les recommandations suivantes :

- Il convient de s'assurer que les personnes qui conduisent les interrogatoires et prennent les décisions soient informées de ce qui peut constituer un acte de torture ou un traitement inhumain ou dégradant et de la manière dont les interrogatoires de victimes potentielles doivent être conduits ;
- Il convient d'harmoniser les motifs permettant de déclarer une demande « manifestement injustifiée » et la définition de ce qu'est un « pays d'asile sûr » avec les engagements pris par la Finlande au sein du Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés. Ceci signifie notamment que la crédibilité ne devrait pas constituer un motif permettant de déclarer une demande manifestement injustifiée, et que des critères supplémentaires doivent compléter l'évaluation du degré de « sûreté » d'un pays ;
- Le délai dans lequel doit être tranchée la demande concernant un « pays sûr » (sept jours) devrait être prolongé afin d'accorder suffisamment de temps pour évaluer tous les faits se rapportant à la requête et d'en faire l'analyse à la lumière des obligations internationales relatives aux droits de l'homme et d'informations sur la situation économique du pays ;
- Le délai d'exécution de la décision de refus d'entrée sur le territoire (huit jours) devrait être prolongé afin d'accorder suffisamment de temps et de moyens au demandeur pour préparer son appel, notamment en lui accordant une aide judiciaire et linguistique appropriée ;
- Il convient de s'assurer que la décision de refus d'entrée sur le territoire n'est pas exécutée tant que le délai prévu pour interjeter appel n'est pas expiré ;
- Il convient de s'assurer que l'appel a un effet suspensif automatique sur l'exécution de la décision de refus d'entrée sur le territoire, à moins que le tribunal saisi de l'appel n'en décide autrement.

²⁸⁷ Recommandation du 19 septembre 2001, CommDH/Rec(2001)1.

À propos des autres questions liées à la protection internationale

39. Les critères d'octroi de l'asile définis dans le projet d'article 87 sont identiques à la définition du réfugié contenue dans la Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés (1951). Le Commissaire se réjouit de voir expliqué, dans le projet du Gouvernement, que les persécutions sexistes contre les femmes et les persécutions pour des questions de préférences sexuelles peuvent relever du concept « d'appartenance à un groupe social particulier ». Il est important que cette interprétation du concept « d'appartenance à un groupe social particulier » soit largement diffusée parmi ceux qui décident de l'issue des demandes d'asile, au moyen, par exemple, de circulaires administratives ou de manuels.
40. Le Commissaire se réjouit que la situation particulière des enfants soit reconnue à l'article 6 du projet de loi, qui exige la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, en incluant une disposition sur le droit des enfants à être entendus chaque fois qu'une décision les concernant directement doit être prise. Il y est également prévu que les décisions concernant les enfants soient prises promptement.
41. Il importe de donner pleinement effet à cette disposition générale dans les dispositions détaillées de la loi, en particulier lorsque des enfants séparés sont en cause. Dans ce contexte, le Commissaire recommande ce qui suit :
- les dispositions concernant la réunification familiale d'enfants séparés doivent accorder la priorité à la réunification familiale en Finlande, si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande ;
 - les frères et sœurs âgés de moins de 18 ans d'un enfant séparé doivent être considérés comme des membres de la famille aux fins de réunification ;
 - il convient de s'assurer que les enfants séparés ne soient pas soumis à des procédures accélérées.
42. D'après les renseignements dont dispose le Commissaire, le taux de reconnaissance du statut de réfugié au titre de la Convention de 1951 est très faible en Finlande, puisqu'il varie entre 0,2 et 1 %, alors que le nombre de demandeurs d'asile ayant obtenu un permis de séjour pour les protéger à d'autres titres est notablement plus important. Il convient de rappeler que les droits découlant de ces autres statuts de protection sont moins étendus que ceux accordés aux réfugiés reconnus. C'est pourquoi le Commissaire souligne l'importance de réexaminer les critères très stricts qui semblent être appliqués à l'octroi du statut de réfugié au titre de la Convention de 1951.

