



## Journal of the African Union Commission on International Law (AUCIL)

The Legal, Political and Socio-Economic Consequences of  
Migration, Situation of Refugees and Internally Displaced  
Persons in Africa

**PROCEEDINGS OF THE 6TH FORUM**

## Journal de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI)

Les conséquences juridiques, politiques et socio-  
économiques de la migration et la situation des réfugiés et  
des déplacés internes en Afrique

**ACTES DU 6<sup>e</sup> FORUM**

NUMÉRO. 1, 2020

ISSUE NO. 1, 2020

First published 2020

Juta and Company (Pty) Ltd  
First Floor  
Sunclare Building  
21 Dreyer Street  
Claremont  
7708

© 2020 Juta and Company (Pty) Ltd

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publisher. Subject to any applicable licensing terms and conditions in the case of electronically supplied publications, a person may engage in fair dealing with a copy of this publication for his or her personal or private use, or his or her research or private study. See Section 12(1)(a) of the Copyright Act 98 of 1978.

The author and the publisher believe on the strength of due diligence exercised that this work does not contain any material that is the subject of copyright held by another person. In the alternative, they believe that any protected pre-existing material that may be comprised in it has been used with appropriate authority or has been used in circumstances that make such use permissible under the law.

Although every care is taken to ensure the accuracy of this publication, its supplements, updates and replacement material, the authors, editors, publishers and printers do not accept responsibility for any act, omission, loss, damage or the consequences thereof occasioned by a reliance by any person upon the contents hereof.

ISSN 1821-8962

Cover design: Jacques Nel  
Typesetter: Wouter Reinders  
Printed and bound by xxxxx

Première publication 2020

Juta and Company (Pty) Ltd  
First Floor  
Sunclare Building  
21 Dreyer Street  
Claremont  
7708

© 2020 Juta and Company (Pty) Ltd

Tous les droits sont réservés. Aucune partie de cette publication ne peut être reproduite ou transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou tout d'informations, sans l'autorisation écrite préalable de l'éditeur. Sous réserve des conditions de licence applicables dans le cas de publications fournies par voie électronique, une personne peut s'engager à utiliser équitablement une copie de cette publication pour son usage personnel ou privé, ou pour ses recherches ou études privées. Voir l'article 12 (1) (a) de la Loi sur le droit d'auteur 98 de 1978.

L'auteur et l'éditeur estiment, sur la base de la diligence raisonnable exercée, que cette œuvre ne contient aucun élément faisant l'objet d'un droit d'auteur dévolu par une autre personne. À titre subsidiaire, ils estiment que tout matériel préexistant protégé qui peut y être contenu a été utilisé avec l'autorité appropriée ou a été utilisé dans des circonstances qui rendent cette utilisation autorisée par la loi.

Bien que toutes les précautions soient prises pour assurer l'exactitude de cette publication, de ses suppléments, mises à jour et matériel de remplacement, les auteurs, éditeurs, éditeurs et imprimeurs n'acceptent aucune responsabilité pour tout acte, omission, perte, dommage ou les conséquences de ceux-ci occasionnés par une confiance par toute personne sur le contenu des présentes.

ISSN 1821-8962

Conception de la couverture par Jacques Nel  
Typographe et design par Wouter Reinders  
Imprimé et relié par XXX

# CONTENTS / CONTENU

Foreword	vii
<i>Avant-propos</i>	
ADEWALE E. IYANDA.....	vii
Statement by the Minister of Justice and Attorney-General of the Republic of Rwanda	
<i>Déclaration du Ministre de la Justice et Procureur General de la République du Rwanda</i>	
H.E. BUSINGYE JOHNSTON.....	1
Keynote speech on migration	
<i>Discours liminaire sur la migration</i>	
H.E. JUDGE ABDULQAWI A. YUSUF.....	11
The issue of migration in Africa: Keynote address	
<i>La question de la migration en Afrique</i>	
CHALOKA BEYANI.....	21
Migration in Africa: Filling in the gaps and strengthening the regional refugee protection and migration regime	
<i>La migration en Afrique : Comblér les lacunes et renforcer le régime régional de protection des réfugiés et de migration</i>	
CAROLINE NALULE.....	27
The problem of statelessness in Africa	
<i>La problématique de l'apatridie en Afrique</i>	
GÉRARD AÏVO.....	
Internally displaced persons in the IGAD region: The need for a legal regime	
<i>Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays dans la région de l'IGAD : Le besoin d'un régime juridique</i>	
SAMUEL BERHANU WOLDEMARIAM AND RETA ALEMU NEGA.....	79
Migrants and internally displaced people in Africa: International Committee of the Red Cross (ICRC) activities to address the humanitarian needs of the most vulnerable	
<i>Les migrants et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays en Afrique : Les activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour aborder les besoins humanitaires des personnes les plus vulnérables</i>	
LINDA ISABEL NGESA AND EVE MASSINGHAM.....	98
Displacement and African truth commissions	
<i>Le Déplacement et les commissions vérité en Afrique</i>	
EMMANUEL GUEMATCHA.....	122
The protection of migrants in detention under international law	
<i>La protection des migrants en détention par le droit international</i>	
GHISLAIN PATRICK LESSENE.....	139
Towards purposeful economic integration in Africa: Free movement of persons instead of illegal migration	
<i>Vers une intégration économique déterminée en Afrique : La libre circulation des personnes au lieu de la migration illégale</i>	
MICHAEL IMRAN KANU.....	165
The legal aspects of migration by sea	
<i>Les aspects juridiques de la migration par voie maritime</i>	
MAURICE K. KAMGA.....	188

<p>Actions filed by refugees in national courts  <i>Le contentieux des réfugiés devant les juridictions nationales</i>  PR. EDITH EMMANUELLE ADOUKI .....</p>	213
<p>Report of the 6th forum of the African Union Commission on  International Law  <i>Rapport du 6e forum de la Commission de l'Union africaine sur le droit  international</i>  AMB. JULIET S. KALEMA.....</p>	235

## **AUCIL Composition (2017-2018)<sup>1</sup> / Composition de la CUADI (2017-2018)<sup>2</sup>**

Amb (Prof) Sebastião Da Silva Isata	<i>Chairperson/Président</i>
Justice Abdi Ismael Hersi	<i>Vice Chairperson/Vice-Président</i>
Prof Hajer Gueldich	<i>General Rapporteur/Rapporteur Général</i>
Amb (Prof) Cheikh Tidiane Thiam	<i>Member/Membre</i>
Prof Daniel Makiesse Mwanawanzambi	<i>Member/Membre</i>
Justice Kholisani Solo	<i>Member/Membre</i>
Justice Naceesay Salla-Wadda	<i>Member/Membre</i>
Amb Juliet Semambo Kalema	<i>Member/Membre</i>
Prof Boniface Obinna Okere	<i>Member/Membre</i>
Dr Mohamed Barakat	<i>Member/Membre</i>
Hon Kathleen Quartey Ayensu	<i>Member/Membre</i>

## **AUCIL Current Composition (2020) / Composition actuelle de la CUADI (2020)**

Amb (Prof) Sebastião Da Silva Isata	<i>Chairperson/Président</i>
Justice Abdi Ismael Hersi	<i>Vice Chairperson/Vice-Président</i>
Dr Kevin Ferdinand Ndjimba	<i>Rapporteur General</i>
Prof Hajer Gueldich	<i>Member/Membre</i>
Amb Juliet Semambo Kalema	<i>Member/Membre</i>
Hon Kathleen Quartey Ayensu	<i>Member/Membre</i>
Ms Narindra Arivelo Ramanarivo	<i>Member/Membre</i>
Ms Sindiso H. Sichone	<i>Member/Membre</i>
Ms Ela Nchama Tomassa Bisi	<i>Member/Membre</i>
Dr Bélibi Sébastien Daila	<i>Member/Membre</i>
Prof Mohamed S. Helal	<i>Member/Membre</i>

---

<sup>1</sup> At the time of its 6th Forum.

<sup>2</sup> Au moment de la tenue de son 6ème Forum



## **FOREWORD / *AVANT-PROPOS***

Migration is not a new phenomenon; it has existed since the beginning of time and has shaped the world as we know it. Migration has different aspects, but more recently it has been viewed negatively, particularly in relation to refugees who have been displaced as a result of climate change, armed conflict or other man-made disasters. The magnitude of the current migration crisis has once again brought this phenomenon to the fore in international public discourse. Unfortunately, these conversations sometimes ignore the very positive impact that migration has had on the development of many modern states.

Historically, migration has been the subject of many disciplines, including international law, which has tried to come to grips with its ever-evolving nature. International law has addressed migration mainly through the development of norms and laws to regulate its impact on people and societies, and by creating international obligations for states and international organisations. Against this background, the African Union Commission on International Law convened its 6th Annual Forum, with the theme *The Legal, Political and Socio-Economic Consequences of Migration, the Situation of Refugees and Internally Displaced Persons in Africa*.

This third edition of the AUCIL journal comprises the various contributions made at the 6th Annual Forum. Participants from all over the world, including academics, migration experts, diplomats and students, gathered in Malabo, Equatorial Guinea, in December 2017 to deliberate on migration from a legal perspective, using both an African and a global lens. After hearing presentations from speakers on five panels, contributors and participants wove a collective tapestry of reflections, critiques, debates and ideas depicting the intersections of different areas of international law in constructing, shaping and defining multiple migration issues. The Forum highlighted the different categories of migrants, the regulatory mechanisms governing the rights of migrants and the ways in which states can address migration. The efforts of international organisations like the African Union, the International Organization on Migration and the office of the UN High Commissioner for Refugees were also considered. Such efforts include addressing migration through policies and the control and provision of resources for capacity-building initiatives.

The geographical focus on migration has had a significant impact on the identification of the applicable rights and legal categories

of migrants. For instance, existing continental and regional conventions, including African regional norms, provide a wider range of protections for an even larger group of internally displaced persons (IDPs). This may be a result of the enormity of the problem in Africa or of the fact that Africa hosts almost half of all IDPs in the world.

The 6th AUCIL Forum Proceedings offered a comprehensive and analytical review of the current state of international law applicable to migration and how its application can be optimised to address specific challenges in Africa. This journal provides insightful reading for anyone interested in migration.

**Adewale E. Iyanda**

***Acting Executive Secretary of the AUCIL (2017–2018)***



# **Statement by the Minister of Justice and Attorney General of the Republic of Rwanda**

## ***Déclaration du Ministre de la Justice et Procureur Général de la République du Rwanda***

*H.E. BUSINGYE JOHNSTON*

Excellencies,

Ladies and gentlemen,

All protocols observed,

On behalf of the Government of Rwanda, and the Chair of the Specialised Technical Committee (STC) on Migration, Refugees and Internally Displaced Persons, I thank the organisers for the invitation to give a statement at the opening of this important forum of the African Union Commission on International Law and African Union Law. Indeed, this forum is timely, after the disturbing information we received about 400,000 fellow Africans who are being traded and sold as unwanted animals in Libya. This is a situation that should not be acceptable to any of us here. My country has offered to resettle about 30,000 of these suffering brothers and sisters in Libya.

Thank you for this theme. Africa will be listening to your professional inputs into the political evolution of the subject. We are talking about people with rights and obligations, and states and regions.

Today, more people are 'on the move' than at any other time in history. According to the 2016 UN Migration report, the number of international migrants worldwide grew rapidly over the previous 15 years, reaching 244 million in 2015, up from 222 million in 2010 and 173 million in 2000.

Among the world's migrants are more than 21 million refugees who have been forcibly displaced from their own countries. Around 5.4 million refugees come from African countries—comprising about one-third of all refugees under the UNHCR's mandate. Some 86% of African refugees find asylum in other African countries.

In light of the above, it appears that the movement of people and goods is on an upward trajectory across the world, which calls for joint efforts at the international, continental and regional levels to cope with the current trend.

Excellencies,  
Dear friends,

The Organization of the African Unity (OAU), since its establishment in 1963, has pursued the idea of people-centred continental integration as one of its key priorities. The OAU recognised the significance of cross-border human movement, facilitating easy migration and mobility of Africans across borders to earn a decent living. In this context, the Treaty Establishing the African Economic Community (AEC), commonly known as the Abuja Treaty, was established in 1991. The Treaty explicitly calls for the free movement of persons stipulated in its article 43(2) and notes the requirement to develop and adopt a protocol on the free movement of persons, right of residence and right of establishment. The successor to the Organization of the African Unity (OAU), the African Union (AU), has inherited the commitment to the free movement of persons as a fundamental human right and integration imperative in Africa.

During the 2013 celebrations of the Golden Jubilee of the OAU/AU, African leaders adopted the 50th Anniversary Solemn Declaration and Agenda 2063. The 50th Anniversary Solemn Declaration placed particular emphasis on African identity, African citizenship and the African Renaissance. In this regard, the Declaration called for the affirmation of a common African identity and the celebration of unity in diversity as well as the institution of African citizenship. Significantly, one of the flagship projects of Agenda 2063 is the free movement of persons and the African passport, with the view to realising the ideals of African citizenship, Pan-Africanism and the African Renaissance.

The AU's high aspirations for the free movement of people across the continent, set out in Agenda 2063, calls on leaders of Africa to introduce an 'African Passport' to be issued by all member states, capitalising on the global migration towards e-passports and the abolition of visa requirements for all African citizens in all African countries by 2018. Agenda 2063 also aspires to a 'continent with seamless borders' where 'the free movement of people, capital, goods and services will result in significant increases in trade and investments amongst African countries rising to unprecedented levels, and in the strengthening of Africa's place in global trade.'

The 2016 African Development Bank report on visa openness found only 13 out of 55 countries allow all Africans to enter either without a visa or to obtain one upon arrival. This goes against the continent's goal to truly become one Africa and hinders inter-African

trade, which remains very low. Many countries still do more business with their former colonial powers than with their neighbours.

During the July 2015 Summit of the AU held in Johannesburg, South Africa, a Declaration on Migration Assembly/AU/Decl.6(XXV) was adopted, calling for AU Member States to accelerate the free movement of persons and the development of the African passport.

In January 2016, the African Ministers of Foreign Affairs Retreat in Mekele (Ethiopia) adopted the Decision of the Executive Council Doc. EX.CL/947(XXVIII), further recommitting the AU to the free movement of persons, and imploring Member States to relax visa regimes to allow for free movement. The ministers urged the AUC to develop the protocol on the free movement of persons to be adopted in January 2018.

During the July 2016 AU Summit held in Kigali, Rwanda, the AU Assembly adopted a Decision Assembly/AU/Dec.607(XXVII) on Free Movement of Persons and the African Passport, which identified the free movement of persons as a crucial element for deepening continental integration and unity in the spirit of Pan-Africanism, the African Renaissance and the realisation of Agenda 2063. Indeed, it was at the same Summit that the African passport was officially launched and issued to African heads of state. The Summit implored Member States to ensure the issuance of the African passport to their citizens in order to facilitate the free movement of persons.

Excellencies,

Dear friends,

What Africa needs to do in talking has been done. What Africa needs now is action to match. This is what Africa must focus on.

All this said, there are other narratives that predict the negative consequences of migration, especially in developed societies, which predict that their citizens are likely to lose job opportunities because of migrants. This is not a true picture of migration, and it needs to be discouraged. The said scenario can only happen in societies where migration is not well governed and managed.

The proposed Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration seeks to give meaning to the SDG 10.7 that aims to facilitate orderly, safe and regular migration and the mobility of people, including through the implementation of planned and well-managed migration policies to give meaning and effect to this aspiration. The UN General Assembly through Resolution 71/1 entitled New York Declaration on Refugees and Migrants agreed to conduct intergovernmental consultations and negotiations towards

the adoption of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration in 2018.

The Global Compact is to be guided by the 2030 Agenda for Sustainable Development (Resolution 70/1) and the Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development (Resolution 69/313), and will be informed by the Declaration of the High-level Dialogue on International Migration and Development adopted in October 2013 (Resolution 68/4). The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration seeks to address all aspects of international migration and specify a range of principles, commitments and understandings among Member States regarding international migration in all its dimensions; improve on its governance; and enhance co-ordination and partnership, among other areas of mutual interest.

In light of this, the African Union aims to adopt a Common African Position (CAP) on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. The CAP will be considered for adoption at the 2018 Ordinary Sessions of the Executive Council and the Assembly following the conclusion of various levels of consultations with Member States.

The adoption of a CAP on the Global Compact on Migration will be guided by the fact that human mobility and the free movement of all persons within the continent constitute one of the pillars of an integrated Africa as envisioned in the Abuja Treaty establishing the African Economic Community (1991), the recently concluded negotiations on the Protocol on the Free Movement of Persons, the Continental Free Trade Agreement and, more recently, Agenda 2063 on the 'Africa We Want'.

The CAP will serve as a guiding document for AU Member States in the intergovernmental negotiations on the Global Compact for Migration to ensure that Africa has a common voice and its concerns and expectations from new global commitments are properly reflected in the development of the Global Compact for Migration. It will provide a reference point for future national, continental and global discourses on migration management and co-operation.

Excellencies,

Dear friends,

Our continent continues to face various security challenges that fuel migration, including political, socio-economic and environmental challenges. These challenges include:

- Governance issues: power struggles, political exclusion, marginalisation, disputes over electoral processes and outcomes, corruption in the public and private sectors, etc;
- Refugee crises: many countries are hosts to large and small numbers of refugees from the neighbourhood, and forced movement continues to be one of the causes of insecurity in Africa and in other parts of the world;
- Colonial legacy: foreign interference, border disputes, etc;
- Radicalisation, religious fundamentalism and violent extremism;
- Poverty and unemployment;
- Resource competition and unequal access to resources;
- Climate change;
- Environmental degradation resulting from the growing population, economic development, and the increased demand for natural resources.

Transnational organised crime has taken advantage of unorganised migration and is driving:

- Terrorism;
- Human trafficking;
- Drug trafficking;
- Fraudulent acquisition of documents;
- Smuggling of goods, etc.

Understandably this causes fear about the likely impact of the implementation of the free movement of persons. But it is a fear we must confront, not hide away from. It calls for AU Member States to increase co-operation in security and intelligence, which will be done, anyway, because organised criminals will keep trying to move across our world, whether or not we adopt free movement policies.

I want to wholeheartedly encourage this forum to interrogate deeply the issue of refugees and internally displaced persons (IDPs). The phenomenon of refugees and IDPs seems to remain with us, yet we believe this should not be so and we consistently say so.

The causes are identified in our political, economic, social and cultural policies and practices.

Each of our countries ought to work to ensure that it addresses these causes on a consistent basis, so it is not a supplier of refugees or IDPs.

Each of our countries which becomes a recipient should also work to ensure either peaceful return or integration, in ways that ensure

refugees and IDPs continue to have decent lives and livelihoods, as good as those of nationals.

### **Current situation with regards to the free movement of people in Africa**

Excellencies,

Dear friends,

There is light at the end of the tunnel. Among the eight regional economic communities (RECs) recognised by the African Union (EAC, ECOWAS, COMESA, IGAD, SADC, CEN-SAD and AMU), all have adopted free movement of persons arrangements (of one form or another) in their own geopolitical spheres of influence.

The East African Community (EAC) and the Economic Community of West African States (ECOWAS) are recognised as being at an advanced level of implementation of the free movement of persons and goods. ECOWAS is the most connected region in Africa and is trading better than any other region in Africa. Central Africa and North Africa remain the most closed regions.

With reference to the 2017 Africa Visa Openness Index African Development Bank (AfDB) report, 45% of the top 20 most visa-open countries are found in East Africa, 30% in West Africa, 20% in southern Africa and 5% in North Africa. There is no country from Central Africa in the top 20 most visa-open countries.

A number of countries have started to adopt progressive visa policies to facilitate the free movement of persons:

- Seychelles offers visa-free access for all Africans;
- Mauritius, Seychelles, Rwanda, Ghana and Nigeria offer visas on arrival to all Africans;
- Côte d'Ivoire, Ethiopia, Gabon, Kenya, Nigeria, Rwanda, São Tome and Príncipe, Sierra Leone, Zambia and Zimbabwe have introduced electronic visa applications and simplified their visa process, including documents required, fees and processing time;
- ECOWAS and EAC have established visa-free regimes for their citizens;
- Kenya, Rwanda and Uganda have established a common visa—the East Africa Tourist Visa—for their visitors.

The AU Commission, through the Department of Political Affairs, commenced the process of developing the Draft Protocol on Free Movement of Persons in Africa, the Right of Residence and the Right of Establishment. A draft has been adopted by Member States experts, the STC on Migration, Refugees and Internally Displaced

Persons, and the STC on Justice and Legal affairs, and will hopefully be adopted by the January 2018 Summit.<sup>1</sup>

The Protocol provides for the progressive implementation of the Free Movement of Persons, the Right of Residence and the Right of Establishment in Africa. The first phase will focus on the implementation of the right of entry and the abolition of visa requirements, followed by the right of residence and right of establishment respectively.

The Protocol, if implemented, will spur development on the continent, strengthen integration, protect African citizens and facilitate the increase of trade between countries.

Excellencies,

Dear Colleagues,

Permit me to share with you Rwanda's experience, so far. Rwanda established a National Migration Policy and Strategy in February 2008. The policy describes Rwanda as an open-border country that facilitates and encourages visits of legitimate travellers and residents, and enhances national security through the effective management of migration and mobility.

It is through the implementation of this policy that the government of Rwanda started various initiatives aimed at opening its borders. Nationals of the East African Community were granted visa waivers for six months and receive work or residence permits free of charge. They work in the country as nationals.

Since January 2013, Rwanda took the initiative of allowing all Africans to obtain a visa upon arrival. This has had no negative effects in Rwanda and in the region. Instead, we have registered an increase of African travellers of about 149%.

Nationals of Rwanda, Kenya and Uganda use identity and student cards to travel within the three countries, and foreign residents can travel freely without visas. The three countries have established a common tourist visa.

Beginning next month, January 2018, all visitors will obtain visas upon arrival at any Rwanda entry point. Rwanda is in the final stages of adopting a policy of offering citizenship to refugees in our territory.

---

<sup>1</sup> Editor's note: It was subsequently adopted by the Executive Council, Thirty-Second Ordinary Session, 22–26 January 2018, Addis Ababa, ETHIOPIA EX.CL/1042(XXXII).

Excellencies,

Dear colleagues,

The realisation of free movement on the African continent will impact positively on various political, social, economic, cultural and developmental fronts, including increased integration; increased technological advancement, investment, industrial growth and job creation opportunities; labour mobility; larger markets for African goods and services and increased intra-regional trade; benefits of specialisation along comparative advantages, reducing 'brain drain'; repatriation of profits from nationals working in Member States; enabling students to pursue diverse educational opportunities; increased tourism revenue and cultural integration; increased benefits from the globalising world economy; and increased cultural exchanges between groups separated by colonial boundaries, etc.

On a related note we have realised that women cross-border traders also play a major role in trade and economic development at the household level. Informal trade, including informal cross-border trade (ICBT), domestic trade and re-export, is the main source of job creation in Africa, providing between 20 and 75% of total employment in most countries. In SADC, ICBT contributes around 30 to 40% of intra-SADC trade, with a value of US\$ 17.6 billion per year. More importantly, 70% of informal cross-border traders are women. According to UN Women, the contribution of women informal traders to national GDP amounts to 64% of value-added trade in Benin, 46% in Mali and 41% in Chad.

### **Challenges**

- Transnational security threats, such as cross-border conflicts, the presence of negative forces, smuggling, drug trafficking, human trafficking and terrorism;
- High unemployment rates, especially among the youth;
- Poverty and inequality, which trigger negative attitudes towards migrants, leading to xenophobia;
- Bureaucratic red tape, high visa and work permit fees, unclear requirements and regulations;
- Corruption, especially by some customs and immigration officials;
- Lack of harmony and inconsistency between regional protocols on free movement and national level policies, laws and regulations;
- Lack of appropriate skills and equipment required for effective border management.



### **Recommendations**

- Despite the security challenges associated with the free movement of people, none of them is insurmountable, and they cannot justify the option of closing the borders to genuine African travellers.
- Experience has shown that the benefits of opening up borders to Africans outweigh the negative consequences. Countries that are implementing the free movement of people and goods are neither in crisis nor have they faced serious security threats associated with the movement of persons. On the contrary, their economies are thriving.
- The promotion of the free movement of people and goods within Africa will boost individual country and regional economic development. African countries need to integrate, allow free movement of people, goods and labour for shared prosperity. Individual African countries cannot develop with closed borders. The launch of the 'Single Tourism Destination' (Kenya, Rwanda and Uganda) is a good sign of co-operation and co-ordination. After three years of implementation, these countries have not faced challenges due to the initiative.
- There is no clear correlation between the free movement of people and insecurity. Most African countries that have opened their borders are generally secure. Insecurity observed in a few of them is not caused by migrants but by internal governance issues.
- Criminals and related security threats do not respect borders, so it is therefore important that prevention mechanisms be equally borderless. The perception that migrants are a source of insecurity should be discussed openly with a positive outlook. However, this first requires a common understanding of the problem.

Permit me to suggest the following, Excellencies, ladies and gentlemen:

- African countries need to co-ordinate and co-operate in fighting criminality. The few crimes resulting from the free movement of persons will be addressed under this co-operation. Co-operation will also require the signature and ratification of the African Union Convention on Cross Border Co-operation adopted in 2007 in Niamey;
- African countries need to create policies that allow the free movement of people and goods;
- RECs need to fast track the integration agenda through the harmonisation of laws and regulations;

- African countries need to enhance co-operation and information sharing to minimise the security risks associated with the free movement of people;
- Countries also need to invest in appropriate skills and equipment to detect potential criminals.

### **Conclusion**

The benefits of free movement of persons in Africa far outweigh the challenges. The realisation of free movement for the African continent will impact positively on the political, social, economic, cultural and developmental fronts. While borders need to be opened, the prevailing concern must continually be addressed holistically to apprehend fugitives or criminals who may want to take advantage of the free movement of persons to commit crimes. Harmonisation and the convergence of AU policies with the various regimes existing at the RECS level are needed.

This would allow for more coherence, harmonisation, predictability and the co-ordination of policies and practices at the continental level. Africa needs to have a solid common position and speak with one voice during the Global Compact for Migration negotiations. I wish you fruitful deliberations and promise that as a chair of the STC we will listen very attentively to suggestions from your esteemed forum.

Thank you for your kind attention.

# Keynote speech on migration

## *Discours liminaire sur la migration*

H.E. JUDGE ABDULQAWI A. YUSUF\*

### **I INTRODUCTORY REMARKS**

I want to thank the African Union Commission on International Law and the organisers of this year's Forum on International Law and African Union Law for inviting me to deliver this keynote speech relating to displacement in Africa.

I regret that I could not attend the Forum in person this year, but I will share with you my thoughts from afar, with the kind assistance of Ambassador Sani Mohamed, who offered to deliver this speech on my behalf.

The theme of this year's Forum, Legal, Political and Socio-Economic Consequences of Migration: The Situation of Refugees and Internally Displaced Persons in Africa, is both topical and timely. It is one of the burning issues facing Africa today. It is a matter on which urgent decisions of legal and policy nature are required. The lives of millions of Africans depend on such decisions. As an international lawyer, I will, however, only address the legal aspects of these issues today.

### **II CONTEXTUAL PRELUDE**

But before doing so, let me begin by raising the following questions for your kind consideration.

Why are the children of Africa choosing to or being forced to leave their homelands? Why is Africa today home to over 12 million internally displaced people and almost 5.5 million refugees?<sup>1</sup> What is causing these millions of Africans to feel so hopeless or afraid that they will risk everything on perilous journeys to destinations unknown?

---

\* Vice-President, International Court of Justice. This speech was delivered on the occasion of the 6th Forum on International Law and African Union Law of the African Union Commission on International Law, themed Legal, Political and Socio-economic Consequences of Immigration: The Situation of Refugees and Internally Displaced Persons in Africa, 4 to 5 December 2017.

<sup>1</sup> Internal Displacement Monitoring Centre *2016 Africa Report on Internal Displacement* December 2016. Available at <http://internal-displacement.org/library/publications/2016/africa-report-2016/>.

As we speak, Africans are fleeing in the dark of night, some huddled inside smugglers' trucks, some packed inside boats, some escaping war, some bloodshed, disasters and persecution. Over the course of their journeys, many of these displaced persons will become further targets of insecurity, vulnerability and unspeakable abuse—as we know from the 'slave auctions' that have been held in Libya.<sup>2</sup>

In the Banjul Charter on Human and Peoples' Rights, it is enshrined that every human being is inviolable, that all forms of exploitation and degradation of man—particularly slavery—shall be prohibited, that every individual shall have the right to liberty and to the security of his person, a freedom of which none may be arbitrarily deprived.<sup>3</sup>

Are these mere words to be quoted? Why is the dignity of Africa's sons and daughters violated on African soil, despite the commitments in the Banjul Charter? Why is the sanctity of their lives being so endangered?

Now—it would be a mistake to assume that many of the displaced persons and refugees had a real choice of staying. As the Somali poet Warsan Shire, who was a refugee herself, writes, in reflecting on the experience of forced displacement:

no one leaves home unless  
home is the mouth of a shark  
you only run for the border  
when you see the whole city running as well

[. . .]

you have to understand,  
that no one puts their children in a boat  
unless the water is safer than the land

[. . .]

but home is the mouth of a shark  
home is the barrel of the gun  
and no one would leave home

---

<sup>2</sup> N Elbagir, R Razek, A Platt & B Jones *Exclusive Report: People for Sale* CNN, 2017. Available at <http://edition.cnn.com/2017/11/14/africa/libya-migrant-auctions/index.html>.

<sup>3</sup> Banjul Charter, arts 4–6.

unless home chased you to the shore  
 unless home told you  
 to quicken your legs  
 leave your clothes behind  
 crawl through the desert  
 wade through the oceans.<sup>4</sup>

There are, of course, the deep-rooted causes, some of them external to Africa: the scars of historical slave trade and colonialism persist in many of today's structures and inequalities, acting as a brake on development.

But there are also—and I would say more importantly—the internal and African causes of displacement and the plight of refugees and migrants. These include the internal conflicts that exist in many parts of the continent, the persistence of 'rule by big men', persecution by despotic regimes, preventable disasters, poverty and lack of development.

From fighting for self-determination from colonialism, the focus of the struggle of the peoples of Africa is shifting today to guaranteeing internal self-determination, socio-economic rights and the right to development. As was noted by the African Commission on Human and Peoples' Rights in one of its recommendations: 'the African Charter was enacted by African States to protect human and peoples' rights of the African peoples *against both external and internal abuse*'.<sup>5</sup>

It is time to use the Charter to fight internal abuse. The Preamble of the Constitutive Act of the African Union lays out that at the heart of African unity is the promotion and protection of human and peoples' rights, the consolidation of democratic institutions to better serve the people of Africa, and the ensuring of good governance and the rule of law on the continent.<sup>6</sup> These are the types of actions that can serve to prevent forced displacement.

### III LEGAL ASPECTS

Turning now to some of the legal issues raised by displacement and refugee flows, the question becomes: how can we use the public

---

<sup>4</sup> W Shire 'Home'. See <https://www.theguardian.com/books/2015/sep/16/poets-speak-out-for-refugees-;> full poem available at <http://www.warscapes.com/poetry/refugees-some-poems>.

<sup>5</sup> A A Yusuf *Pan-Africanism and International Law (The Pocket Books of The Hague Academy of International Law / Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye)* (2014) 155.

<sup>6</sup> Yusuf (n 5) 150.

law of Africa to prevent forced displacement in the first instance? Furthermore, to what extent can African public law be used to protect those who have already been displaced?

### **1. Preventing displacement**

First, to prevent displacement, in all its manifestations, a primary aim should be to address not only the symptoms, but also the root causes of forced and arbitrary displacement, where possible. To that end, the importance of good governance, the rule of law, human and peoples' rights and the realisation of the right to development within nations, cannot be underestimated.

Let me say a few words about the last of these, namely the right to development. It is a distinct international and African norm, born of African public law, and a norm that African states fought hard to include as part of the law of the United Nations, as an accepted principle in international law. Therefore, it is a right that we may hold dear. The right to development encompasses the 'right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and natural resources ... exercised in the interest of ... national development and of the wellbeing of the people of the State concerned'.<sup>7</sup> It implies a better use of the resources of the continent, one of the richest of the world in resources. Where societies guarantee equal rights and the distribution of the benefits of development, certain causes of arbitrary displacement can be prevented or at least reduced.

### **2. Protecting the already displaced**

Secondly, in addition to preventing forced displacement, African public law can also be used to protect those who have already been displaced within their countries and to govern the flows of refugees.

#### *(a) Protection of refugees*

In this context, let me start with the law in relation to refugees. Globally, there are over 65 million forcibly displaced people, of whom 22.5 million qualify more narrowly as refugees;<sup>8</sup> half of these refugees are under the age of 18.<sup>9</sup> In Africa, in turn, there are 18 million displaced people, of whom roughly 5.5 million qualify

---

<sup>7</sup> Yusuf (n 5) 211.

<sup>8</sup> A Roberts 'On the move' *The Economist: The World in 2018* (2017).

<sup>9</sup> UNHCR 'Figures at a Glance' available at <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>.

more narrowly as refugees.<sup>10</sup> These 5.5 million Africans thus make up almost a quarter of the total global refugee population.

Now, as you know, the 1951 UN Refugee Convention provides five categories for qualifying as a refugee: persecution on the basis of ethnicity, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion.<sup>11</sup> These categories were conceived in the light of Nazi persecution and Cold War politics. But, over the decades, external displacement has changed in character, and a shortcoming of the 1951 Convention is that it responds less readily to systemic and large-scale harm, such as severe socio-economic hardship, large-scale conflicts or environmental disasters.

In Africa, however, we have the benefit of the African Refugee Convention of 1969, which is more progressive than the United Nations 1951 Refugee Convention and which can provide better protection to refugees on the continent. The African Refugee Convention is legally binding within Africa, and one of its most important innovations is that it expands the definition of refugee from that contained in the 1951 Refugee Convention.<sup>12</sup> The African Refugee Convention qualifies as refugees, in addition to the five categories of the UN Refugee Convention, also ‘every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order ... is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge’.<sup>13</sup> This provision, originally aimed at protecting freedom fighters against colonial regimes, remains useful for situations of massive internal conflict and other large-scale events that can be considered as seriously disturbing the public order,<sup>14</sup> which could also include people fleeing due to environmental disasters, such as floods and drought.<sup>15</sup>

Another important aspect of the African Refugee Convention is that it provides objective criteria for determining refugee status.<sup>16</sup> Instead of the more individualistic notion of persecution in the 1951 Convention, the African Convention considers the prevailing conditions in a person’s country of origin as a whole, such as large-scale conflict or lack of socio-economic development that may cause

---

<sup>10</sup> Internal Displacement Monitoring Centre (n 1).

<sup>11</sup> Yusuf (n 5) 223.

<sup>12</sup> Yusuf (n 5) 221.

<sup>13</sup> African Refugee Convention, art 1(2).

<sup>14</sup> Yusuf (n 5) 222.

<sup>15</sup> See J McAdam *Climate Change, Forced Migration, and International Law* (2012) 48.

<sup>16</sup> Yusuf (n 5) 222–223.

the mass movement of people.<sup>17</sup> This is important in the African migration context, because those moving along eastern African migration routes are often fleeing conflicts and widespread rights violations, while displacement along the western African routes is 'primarily prompted by dire socio-economic conditions', such as poverty, unemployment and environmental events.<sup>18</sup>

I think it is also important to note that, globally, the majority of refugees not only come from but are also *hosted* by poor and middle-income countries, especially sub-Saharan African countries. Relative to the native population, up to 'eight out of ten of the top countries hosting refugees are in Africa'.<sup>19</sup> And many of these host states are not rich; yet, as noted by the UN High Commissioner for Refugees, globally, '[t]he biggest contributors providing a safe haven to the world's uprooted people are poorer communities'.<sup>20</sup>

But, in this regard, it is of course also necessary to alleviate the burden that hosting a disproportionate number of refugees may cause, especially on poor countries: the African Refugee Convention, for its part, provides comprehensive burden-sharing arrangements for accommodating refugees in African states. For instance, under the Convention, if a state 'finds difficulty in continuing to grant asylum to refugees', it may appeal to other states, either directly or through the African Union, to take 'appropriate measures' to help refugees and displaced persons, including regional resettlement or financial support.<sup>21</sup>

*(b) Protection of internally displaced persons (IDPs)*

Turning now to internal displacement, I would like to remind you that there are, in fact, over twice as many internally displaced Africans as there are refugees in Africa.<sup>22</sup> Of the 18 million total displaced people in Africa, over 12.5 million are *internally* displaced,

---

<sup>17</sup> Yusuf (n 5) 223.

<sup>18</sup> M S Fadel (Special Rapporteur on Refugees, Asylum-Seekers and Internally Displaced Persons in Africa, African Commission on Human and Peoples' Rights), European Society of International Law/African Association of International Law *International Legal Aspects of Migration: African and European Perspectives* (Report) (2016). Available at <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Conference%20Report%20AAIL-ESIL%20International%20Legal%20Aspects%20of%20Migration%2014102016.pdf>.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> UNHCR 'Poorer countries host most of the forcibly displaced, report shows' 17 February 2017. Available at <http://www.unhcr.org/news/latest/2017/2/58b001ab4/poorer-countries-host-forcibly-displaced-report-shows.html>.

<sup>21</sup> Yusuf (n 5) 227.

<sup>22</sup> Internal Displacement Monitoring Centre (n 1).



that is, displaced within their own countries of origin. The causes of internal displacement are similar to the causes of becoming a refugee, and one situation may often lead to the other. In 2015, for instance, over 2 million Africans were internally displaced by conflict and violence.<sup>23</sup> In the same year, over 1 million Africans were displaced by environmental disasters, predominantly floods.<sup>24</sup>

Africa is also the only continent or region of the world that has a binding legal instrument dealing with IDPs—the AU Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa of 2009, also known as the Kampala Convention. Internationally, there is a legal gap in relation to the protection of IDPs and few global norms exist to address the protection of those who have not yet crossed state borders. The United Nations attempted to articulate such norms in the UN Guiding Principles on Internally Displaced Persons, but these Principles are not legally binding. Because of these gaps at the international level, the Kampala Convention is often seen as the guiding text for the protection of IDPs—not only in Africa, but also globally.

Specifically, the Kampala Convention establishes a binding legal framework to guarantee assistance for and the protection of IDPs. Of course, general human and peoples' rights, such as those contained in the Banjul Charter, also serve to protect the displaced. But the Kampala Convention significantly strengthens these rights by imposing on states more specific obligations regarding protection. The Kampala Convention thus provides a kind of *lex specialis* in relation to the *lex generalis* of human rights.

One of the innovative aspects of the Kampala Convention is that it defines IDPs broadly, as including those who are forced to flee due to armed conflict, generalised violence, human rights violations, as well as natural or human-made disasters, among other reasons.<sup>25</sup> Its explicit recognition of displacement due to natural and human-made disasters also makes it an innovative instrument in relation to the increasing challenge of climate change-related disasters,<sup>26</sup> given that climate change causes more frequent and intensified disasters, including exacerbated floods, droughts and famine.<sup>27</sup>

State parties to the Kampala Convention, particularly home states, have legal obligations towards displaced people. These obligations

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Yusuf (n 5) 205.

<sup>26</sup> McAdam (n 15).

<sup>27</sup> Ibid.

consist of both protective and preventive obligations, and include the need to prevent arbitrary displacement due to racial discrimination, armed conflict and disasters, among others.<sup>28</sup> Significantly, beyond the obligations of states, the Convention also calls for holding multinational companies accountable for the displacing effects of their resource exploitation.<sup>29</sup>

#### IV CO-OPERATION AT THE INTERNATIONAL LEVEL

These African public law instruments, although they are innovative and progressive tools in the protection of refugees and IDPs, are inadequate in regard to migration to other continents. Their effect is limited to the African continent. They are not universal instruments. Earlier, in reference to the right to development, I touched briefly on the historical role that African states have played in the introduction of this concept into the debate at the universal level by seizing international law-making opportunities in which they effectively participated and to which they substantively contributed. They played a similar role in other international instruments, such as the Law of the Sea Convention in the 1970s, and the UN Resolutions on decolonisation in the 1960s. Likewise, today, there are important developments underway on the international level pertaining to migration and refugees, in which Africans can again help lead the way, most significantly the processes towards a Global Compact for Migration and a Global Compact on Refugees, respectively.<sup>30</sup>

As you may know, the New York Declaration for Refugees and Migrants was adopted at the UN General Assembly last September.<sup>31</sup> The process launched there regarding the Compact for Migration is now proceeding to negotiations, and is set to lead to the adoption of a Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, possibly by next year. As a second outcome of the New York Declaration, the UN High Commissioner for Refugees has also proposed a Global Compact on Refugees, to be presented to the General Assembly in 2018, a process about which consultations between UN Member States and other stakeholders are presently ongoing.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Yusuf (n 5) 206.

<sup>29</sup> Yusuf (n 5) 208–209.

<sup>30</sup> UN 'Refugees and Migrants' available at <http://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>.

<sup>31</sup> UN 'New York Declaration' available at <http://refugeesmigrants.un.org/declaration>.

<sup>32</sup> UN 'Compact on Refugees' available at <http://refugeesmigrants.un.org/refugees-compact>.

So—especially with much of the global North at a standstill with regard to migration—there is now, more than ever, a need for African states and stakeholders, as well as the African Union, to take a lead in developing the law on migration and further improving the law on refugees at the universal level. The public law of Africa and the African instruments mentioned above can help set the blueprint to pave the way for a better international system for the protection of displaced people, refugees and migrants—as has already been done on the continent.

Indeed, the New York Declaration’s call for ‘a more humane’ approach towards migrants is something on which the experience of Africans can provide invaluable guidance. African states should participate actively in these international exercises, to ensure that the humanity and generosity that permeates African public law instruments on refugees and the displaced can be transferred to the global level and become part of universal international law.

## V CONCLUDING REMARKS

To conclude, I must say that I find it profoundly regrettable that, almost 60 years after the independence of most African states, millions in Africa are still fleeing wars, persecution, conflicts or other crippling circumstances—and that far from receiving protection or assistance, many of the forcibly displaced become subject to even greater horrors on their way to refuge.

The Senegalese writer Felwine Sarr and the Cameroonian philosopher Achille Mbembe recently published an article in *Le Monde* titled ‘In the face of black slavery, restoring dignity must become an African passion’.<sup>33</sup> Sarr and Mbembe begin by reflecting on ‘the echoes of the inhuman treatment inflicted on black men and women in Libya [that] have been reaching us for some time, but [are being] suffocated by a habituation to chaos, to blind violence, to its multiple expressions, in a universe that is [right now] saturated by its basest, most sordid representations’.<sup>34</sup>

But rather than resort to hopelessness, Sarr and Mbembe call on a sense of African community, and for states to better protect the members of the African community from all forms of vulnerability, no matter where they are. They note too how, during the transatlantic

---

<sup>33</sup> F Sarr & A Mbembe ‘Face à l’esclavage des Noirs, restaurer la dignité doit devenir une passion africaine’ 25 November 2017 *Le Monde*. Available at [http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/11/25/face-a-l-esclavage-des-noirs-restaurer-la-dignite-doit-devenir-une-passion-africaine\\_5220237\\_3232.html#eiWe4koZpr23kdu.99](http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/11/25/face-a-l-esclavage-des-noirs-restaurer-la-dignite-doit-devenir-une-passion-africaine_5220237_3232.html#eiWe4koZpr23kdu.99).

<sup>34</sup> *Ibid* (loose translation).

slave trade, a part of the elites of the continent failed in their duty of protection, and how this, along with the chaos that colonialism portended, led to the destruction and dismembering of entire African societies. Those mistakes of the past should not be repeated in the Africa of today.

Like the authors of the *Le Monde* article, I have hope yet that the innovative ideas and legal tools to be found in the African Charter and Kampala Convention, for example, can still be used as legal shields to better protect the displaced and to help tackle the challenge of forced displacement and migration, and that African states will take their responsibilities towards their peoples more seriously, and actively promote and protect their welfare, both internally and externally.

To finish on a forward-looking note, I would like to refer to the words of the Ghanaian writer Ayi Kwei Armah who, while explaining the title of his novel on post-independence Africa, *The Beautiful Ones are not yet Born*, said the following: ‘The phrase “the beautiful one” is ancient, at least five thousand years old. To professional Egyptologists, it is a praise name for a central figure in Ancient Egyptian culture, the “dis-membered” and “re-membered” Osiris, a sorrowful reminder of our human vulnerability to division, fragmentation and degeneration, and at the same time a symbol of our equally human capacity for unity, cooperative action, and creative regeneration.’

This figure Osiris of ancient Egypt reminds us of the extremes, of the division and fragmentation of Africa through the colonial project, and of Africa’s capacity to unite again, to regain all its members. It is thus through the ability to foster unity, co-operative action and creative regeneration that the suffering of the displaced will be overcome. So, yes, there is the need to remember African societies again, to re-assemble them for the future, to re-stitch together the fragments that together form the beautiful unity and strength of African peoples. In other words, let us ensure that ‘the beautiful ones’ are concretised here and *now*.

**The issue of migration in Africa:  
Keynote address**

***La question de la migration en Afrique***

CHALOKA BEYANI

Excellencies and members of the African Union Commission on International Law,  
Distinguished delegates and participants,  
All protocols observed,

Allow me first of all to express my sincere and heartfelt thanks to the African Union Commission on International Law for inviting me to speak at this event. My thanks also go to the broader African Union, and the Office of the High Commissioner for Refugees, for their support and co-operation in this event. Not least, immeasurable thanks are due to the government and people of Equatorial Guinea for hosting this event and welcoming us to their homeland.

The issue of migration in Africa is one of the most challenging and will remain so for successive generations to come. The scope of the problem is phenomenal. Estimates show that there are about 5.6 million refugees and about 12 million internally displaced persons in Africa.

In examining the phenomenon of migration in Africa, account must be taken of the fact that the history of Africa is one of migration, in time and space, in the northern, western, eastern, central and southern parts of the continent. Barring the slave trade within and outside Africa, migration in pre-colonial Africa had positive effects and contributed to the resolution of protracted conflicts, as communities migrated elsewhere in search of peaceful environments, security, livelihoods, water, land and resources.

Specific problems, which continue to have reverberating consequences for the problem of migration, are apparent. The creation of the colonial state did not only constrain migration by creating artificial boundaries and borders where none existed; it also destroyed existing economic, social and political ties between communities, and denied communities their ownership of and access to resources. Colonial domination and control thus forcibly displaced many communities from their lands and sources of livelihood, restricting their residence to specific areas in which

economic productivity and livelihoods were poor. The negative effects of these factors, among others, continue to impact on the forced movement of people within and across Africa in modern times.

Although colonialism gave rise to these problems, the major factor affecting migration as an enduring problem is that the post-colonial state has not, in the main, been reformed to rectify the social, economic and politically fragmenting imbalances that are the root cause of migration in Africa. At independence, most of the new African governments assumed control of the state with the same repressive state apparatus that had been devised by colonial regimes against their own people, and the economic structures of many of the African states are still outward- rather than inward-looking.

In other words, most African populations remain socially, economically and politically disenfranchised, and their search for well-being means that they have to migrate internally to urban areas where services, access to livelihoods, energy, water and resources are concentrated. Resorting to migration across borders takes place for the same reasons, although there are additional reasons that have to do with continuing internal struggles for the fulfilment of economic and political self-determination; political, economic and social inclusion; protection of their identity; and electoral disputes. These struggles are manifested in varying and vicious internal armed conflicts which indicate that self-determination on the part of certain population groups in Africa is far from being attained.

Migration is a complex and multi-faceted concept, which basically connotes the movement of persons within or between states. A further dimension is the movement of persons between states belonging to integrated regional economic communities (RECs), eg, the Economic Community of West African States (ECOWAS), the East African Community (EAC), the Inter-Governmental Authority on Development (IGAD), the Southern African Development Community (SADC) and CEMAC in Central Africa. These RECs offer highly significant and welcome developments in the quest for regulating and managing migration in Africa, which should be promoted and strengthened further. For example, reciprocal agreements or agreements between such regional entities could be concluded to enable respective nationals to move freely in each other's RECs.

There is also a complexity about the term 'migration', which arises from the causes of migration, patterns of migratory flows, and the constructed categories of migrants that correspond to these. Ordinary migration within or between states is that which is

deemed to be voluntary and lawful or documented on the face of it. It presupposes lawful entry and admission into states by the issuance of immigration visas, with temporary or permanent residential status, or the abolition of such visas. This is what underlies the commonly held conception of migration in the Westphalia model of statehood.

Migration of this type is prompted by adventure, the search for a better lifestyle, established employment prospects, business opportunities, investments, etc. For these wealthy categories of migrants, the protection accorded to them is evident in the principle of diplomatic protection, which is expressed in modern passports, whereby the issuing states 'request all those whom it may concern to allow the bearer to pass freely without let or hindrance and to afford the bearer such assistance and protection as may be necessary'.

Forced migration is deemed to be involuntary by virtue of the force of circumstances that compel or oblige persons to move or flee from their homes, places of residence or habitual residence. It is characterised by coercion against the will or choice of persons to remain, and conjures up, for example, images of persons on overcrowded and precarious-looking boats attempting to cross the Mediterranean from North Africa to Europe, or those fleeing violence, disorder, human rights violations, armed conflict, hunger, famine or starvation, disasters and the effects of climate change.

In formal terms, the category of forced migration includes refugees, undocumented migrants, victims of human trafficking, those who are smuggled and internally displaced persons. There could be others who perhaps do not meet these neat classifications, eg the homeless, and those dehumanised by elitist laws as rogues and vagabonds.

The point to be made is that no form of migration is strictly voluntary. Persons migrate because there is an interest, an incentive, inducement, coercion or a disruptive uprooting force on their safety, security, dignity, well-being or livelihood. The adverse effects of climate change and disasters will continue to displace and dislocate individuals and populations. Migration will endure for as long as the effect of these elements continue to impact on the fabric of society and humanity, and as a consequence of displacement as an adaptation to climate change, which the Cancun Agreements encapsulated in 2010.

In most cases the pattern of migration is based on the causes of movement and such causes are related to specific legal regimes. This is the reason why it is misleading to use the term 'migration'

as a generic or omnibus term. Migration across boundaries, whether voluntary or involuntary, plainly involves nationals of third states who are protected by the broad framework of international human rights law. Refugees are a special category of protected persons with status in international law, because of their well-founded fear of persecution on the grounds of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol.

Similarly, the 1969 AU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa was adopted based on the conception that refugees in Africa were a result of wars of national self-determination, the struggle for independence and liberation, foreign aggression, occupation and events seriously disturbing public order. The complementarity between the UN 1951 Convention and the AU 1969 Convention remains as relevant today as it ever was.

It was at the Arusha Conference in 1967, when the draft of the AU Convention was being reviewed, that the former and late President of Tanzania, Mwalimu Julius Nyerere, openly acknowledged that Africans were persecuting Africans, quite apart from colonial rule. It suffices to say that the issue of refugees has outlived the liberation of Africa and thus stands as an enduring phenomenon against the odds of expectation on which the 1969 Convention was founded.

Beyond these specific regimes, the framework of human rights has developed to the extent that migrants who are illegally present in a country should be protected from harm in terms of personal security, as well as acquired rights, eg private relationships such as marriage, family or the length of time migrants have lived in a country, protection from inhumane or degrading treatment, and protection from unlawful detention in countries of transit or destination. Indeed, the Inter-American Court on Human Rights has held against the illegal detention of migrants by countries of transit.

There is protection too in the sphere of economic, social and cultural rights, particularly protection from exploitation or slavery in matters of employment. Where undocumented migrants are employed, it is the factor of employment and not illegal stay that triggers the bond of protection. It is clear too that the right to health is important to migrants as human beings and to the state in which they are located, especially where contagious diseases are concerned. Providing treatment in such cases far outweighs the argument about health resources being spent on migrants. Everyone benefits from such provisions.



There is also protection for victims of trafficking and smuggling, in the regulatory standards for their treatment in international human rights law. Protection against this so-called 'modern day slavery', which espouses servitude and the rights of ownership of other human beings, can be traced to Conventions against white slavery in the 1900s, Conventions against slavery generally in 1926 and 1956, and now the Palermo Protocol against Trafficking and Smuggling 2000. Trafficking in women and children, and increasingly in men too, continues to be a form of slavery in which the victims or survivors suffer exploitation, abuse and slavery, owing to ineffective protection for migrants, refugees and internally displaced persons.

As we speak, migrants in Africa are being sold as slaves in Libya. In the presence of Hon Busingye Johnston, the Minister of Justice and AG for Rwanda, we applaud the initiative of Rwanda to receive some 30,000 migrants held, exploited and tortured in some parts of Libya.

It is this vulnerability that traffickers and smugglers take advantage of, to exploit and dehumanise migrants. It must be borne in mind that the failure or neglect to protect migrants from slavery and trafficking involves international responsibility. On the African continent, the ECOWAS Court of Justice is on record in holding Niger responsible for its failure to protect a woman from slavery. The European Court of Human Rights has held against France, Cyprus and Russia for their failure to protect victims of slavery, servitude and trafficking.

In so far as IDPs are concerned, the initial resistance to their protection has been transformed into a more positive framework for applying the 1998 Guiding Principles on Internal Displacement. It is indeed satisfying to note that Africa pioneered the setting of legally binding standards for the protection of IDPs when the African Union adopted the Kampala Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in 2009.

This Convention, pioneered by Africa, sets out a framework of standards for the treatment of IDPs in terms of protection and assistance, throughout the period of displacement, as well as for applying durable solutions to them. This is important because it is the lack of protection for and assistance to IDPs that increases migration flows considerably, since they go in search of security and welfare elsewhere. The challenge now lies in effectively implementing the Kampala Convention alongside the 1969 AU Refugee Convention. It is appropriate that the 10th and 50th anniversaries of both

Conventions will be celebrated in 2019, which will mark Africa's remarkable achievement in standard-setting for IDPs and refugees.

Migration in Africa and elsewhere is an enduring phenomenon and will continue to be. This is not an aberration: migration is the history of humankind since pre-colonial times, to colonialism, which itself was a manifestation of migration, and to post-colonial times in our era. More must be done to regulate migration liberally on a continent-wide basis, based on the principles of hospitality and solidarity in Africa.

Looking forward, our tools are the realisation of the 1991 Abuja Treaty establishing the African Economic Community as a framework under which a Protocol on Free Movement in Africa was envisaged and is currently being negotiated, the implementation of the African Migration Policy, the establishment of the African Union Humanitarian Agency and the implementation in Africa of the New York Declaration for Refugees and Migrants and the Comprehensive Refugee Response Framework that it sets, and the emerging Global Compacts on Refugees and for Migrants. An important topic for discussion is the protection of migrants at sea, which involves the law of the sea, in the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and on the high seas.

I hope that the deliberations of the African Union Commission on International Law will add significant momentum to the attainment of these initiatives, and, on behalf of other participants, I do indeed applaud and commend the Commission for examining the topic of The Legal, Political and Socio-Economic Consequences of Migrants: The Situation of Refugees and Internally Displaced Persons in Africa at their 6th Forum.

Thank you very much.

# **Migration in Africa: Filling in the gaps and strengthening the regional refugee protection and migration regime**

## ***La migration en Afrique : Comblent les lacunes et renforcer le régime régional de protection des réfugiés et de migration***

CAROLINE NALULE

### **ABSTRACT**

*African states have long recognised the need for context-specific and custom-made solutions to the various aspects of migration. Africa has taken exceptional initiatives in developing regional legal frameworks on refugees and internally displaced persons (IDPs). This paper focuses on the OAU Refugee Convention, which is half a century old. Yet, despite its much-celebrated innovative aspects, it contains significant gaps, is outdated in some aspects and seems rather incomplete. The paper proposes amending the Refugee Convention to make it more responsive to the contemporary refugee situation in Africa and to enhance the protection of refugees and their rights. In regard to voluntary migration, the paper focuses on the prospects of free movement of persons on the continent. Significant progress has been made within individual regional blocs towards meeting this objective. However, in a more general sense, the free movement of persons, which is key to facilitating and increasing intra-African migration and integration, is yet to be fully enjoyed and effectively realised in Africa. The paper strongly advocates for a regional approach towards migration. Regional economic communities (RECs) are in a more advantageous position than either the African Union or individual states to promote and manage migration in all its manifold dimensions.*

**Keywords:** OAU Refugee Convention; refugee protection; migration; free movement of persons; regional economic communities (RECs)

**RÉSUMÉ**

*Les États africains ont longtemps reconnu le besoin des solutions spécifiques au contexte et sur mesure aux divers aspects de la migration. L'Afrique a pris des mesures exceptionnelles pour développer les cadres juridiques régionaux sur les réfugiés et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (PDI). Ce papier met l'accent sur la Convention de l'OUA relative aux réfugiés, vieille de presque un demi-siècle. Or, en dépit de ses aspects innovants chaudement accueillis, elle comporte d'importantes lacunes, est démodée à certains égards et semble plutôt incomplète. Le présent document propose de modifier la Convention relative aux réfugiés pour la rendre plus attentive à la situation contemporaine des réfugiés en Afrique, et pour améliorer la protection des réfugiés et leurs droits. En ce qui concerne la migration volontaire, le document met l'accent sur les perspectives de la libre circulation des personnes sur le continent. Des progrès importants ont été faits au sein des blocs régionaux individuels pour réaliser cet objectif. Cependant, dans un sens plus général, la libre circulation des personnes, qui est un élément clé pour faciliter et augmenter la migration et l'intégration intra-africaines, doit encore être pleinement exercée et effectivement réalisée en Afrique. Ce document plaide fortement en faveur d'une approche régionale à la migration. Les communautés économiques régionales (CER) sont dans une position plus avantageuse que soit l'Union africaine, soit les États membres pour promouvoir ou gérer la migration dans ses multiples dimensions.*

**Mots clés :** Convention de l'OUA relative aux réfugiés; protection des réfugiés; migration; libre circulation des personnes; communautés économiques régionales (CER)

**I INTRODUCTION**

Migration, be it forced or voluntary, is a topical and yet controversial issue in Africa today. On the one hand, there is the move to open up borders in order to promote free trade between African countries, and, on the other hand, there is increasing concern about national security, terrorist threats, conflict spill-overs and the protection of citizens' interests. Hence there are two opposing forces at work across the continent. The reality, however, remains that migration

is a fact of life and cannot be absolutely controlled, but may only be regulated. Yet migrants, including refugees, internally displaced persons (IDPs) and voluntary migrants, are still vulnerable all over the continent. The enjoyment of their rights remains very much at stake.

This is the case despite the existence of a legal protection regime on the continent, at least for refugees and IDPs. Other migrants are yet to be comprehensively included in any regional or continental framework. This paper aims, first, to point out some of the gaps and prospects in the migrants' protection regime in Africa, focusing specifically on the 1969 Organization of African Unity (OAU) Convention governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (OAU Refugee Convention). The paper argues that the OAU Refugee Convention, despite its innovative aspects, is an incomplete document that ignored a number of critical issues,<sup>1</sup> which are presented in the next part. The paper also offers some tentative solutions that are worth exploring in order to strengthen refugees' protection in Africa.

Secondly, the paper considers the normative framework on migration in Africa, pointing out the lack of a comprehensive regional law, despite the development of a wide-ranging policy framework. It specifically discusses opportunities and initiatives for boosting migration on the continent based on the free movement regime under regional economic communities (RECs). While acknowledging the strides made within some RECs in promoting the free movement of persons, the paper highlights some shortcomings and obstacles to the exercise and enjoyment of this freedom. The aim of the discussion on migration generally is not so much to consider the various international and regional laws that touch on migration, as to examine the opportunity of improving intra-African migration through already existing and functioning structures. This approach to migration in Africa presumes that migration or human mobility is key to promoting African integration, hence the importance of the free movement regime.

The paper is therefore divided into parts. The first part deals specifically with the OAU Refugee Convention. It identifies and discusses the limitations of the refugee protection regime in Africa

---

<sup>1</sup> Okoth-Obbo holds a similar view arguing that the OAU Refugee Convention is not as comprehensive as it should be and was 'unable to capture all the "specific aspects of refugee problems in Africa"'. See G Okoth-Obbo 'Thirty years on: A legal review of the 1969 OAU Refugee Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa' (2001) 20(1) *Refugee Survey Quarterly* 79–138 at 99.

and suggests some solutions that are worth exploring and, possibly, implementing. The next part deals with migration in Africa generally. However, it specifically focuses on the free movement of persons for the reasons explained above. The final part is the conclusion.

## II THE 1969 OAU REFUGEE CONVENTION: SHORTCOMINGS AND TENTATIVE SOLUTIONS

### 1. The expanded definition

The OAU Refugee Convention serves as a supplement to the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees (CSR). It therefore preserves the definition of ‘refugee’ as contained in the CSR. However, in response to the peculiarities of the African situation, it expands the definition of refugee to include:

every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.<sup>2</sup>

This definition is considered the most innovative feature<sup>3</sup> of the OAU Refugee Convention, setting it quite apart from the 1951 CSR. However, a closer look discloses its contextual emphasis that was significant at the time it came into force. The listed circumstances, namely ‘external aggression, occupation and foreign domination’, are quite reflective of the colonial (and immediate post-colonial) period and independence struggles that prevailed at the time of the Convention’s adoption. Instances of external aggression, occupation and foreign domination can be said to be of less significance today than was the case then. These are no longer the main refugee-causing situations in Africa today. The current refugee situations are mainly due to internal conflicts or governance-related issues,<sup>4</sup> for example, the conflicts in South Sudan, the Democratic Republic of Congo, Nigeria, Somalia, Central African Republic, etc. Moreover,

---

<sup>2</sup> OAU Refugee Convention, art I.2.

<sup>3</sup> Okoth-Obbo (n 1) 109 para 64, 112–115.

<sup>4</sup> C Mwakideu ‘Mixed picture for Africa in 2017 Armed Conflict Survey’ 9 May 2017 *DW*, available at <http://www.dw.com/en/mixed-picture-for-africa-in-2017-armed-conflict-survey/a-38765465>.

the devastating effects of climate change are also a major cause of displacement today.

Consequently, the operative part of the definition contained in Article I.2 of the OAU Refugee Convention is the one that relates to ‘events seriously disturbing public order’. In fact, most refugees recognised on a *prima facie* basis fall under this category, in cases of persons fleeing armed conflict or situations of generalised violence in their countries of origin or nationality. Although this category may appear more open, there is the danger of interpreting ‘events seriously disturbing the public order’ in a narrow and restrictive sense. The use of the conjunctive ‘or’ may be interpreted under the *ejusdem generis* rule,<sup>5</sup> in which case such events should be related to prior listed events thus requiring an element of externality. Such an interpretation would not only have the adverse effect of excluding a substantial number of persons from refugee protection, but would also be context-inappropriate, failing to respond to the contemporary situation.

There is therefore a need to remove the colonial and immediate post-colonial era connotations from the OAU Refugee Convention refugee definition. The definition should be updated to reflect more generalised and recurring refugee-causing situations prevalent in contemporary and protracted conflicts in Africa. The 1984 Cartagena Declaration on Refugees provides a model expanded definition that better stands the test of time and might serve the African region well: a refugee is defined to include a person fleeing situations that have throughout the ages been known to produce refugees. These are ‘threat to life, safety or freedom by generalized violence or terrorism, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other events that seriously disturb public order’.<sup>6</sup> These circumstances are more generally stated, and are not peculiar to a historical period, and thus provide room for a more liberal or purposive and unrestricted interpretation. This provision appears to be a lot more inclusive, capturing a wider net of persons who should be protected under refugee law.

---

<sup>5</sup> MB Rankin ‘Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on’ (2005) 21(3) *South African Journal on Human Rights* 406–435 at 428; M Rwelamira ‘Some reflections on the OAU Convention on Refugees: Some pending issues’ (1983) XVI *Comparative and International Law Journal of South Africa* 155–178 at 177; M Sharpe ‘The 1969 OAU Refugee Convention and the protection of people fleeing armed conflict and other situations of violence in the context of individual refugee status determination’ (UNHCR, 2013) 17, available at <http://www.refworld.org/pdfid/50fd3edb2.pdf>.

<sup>6</sup> Cartagena Declaration on Refugees, para 3.

## 2. Shared responsibility

The OAU Refugee Convention calls for co-operation between states in respect of burden-sharing, particularly where any one member state has difficulty with continuing to grant asylum to refugees.<sup>7</sup> As practical and well-meaning as this provision may be, it is questionable whether it has been used. There does not seem to be any information available indicating how this article has been brought into effect. Accordingly, it may be concluded that the OAU Refugee Convention simply provided an ideal solution without outlining any concrete steps on how to bring it into effect. While it may be easy for a member state to communicate its difficulty with continuing to host refugees, it may not be as easy for other states to accept a share of the responsibility,<sup>8</sup> particularly at the present time when states are adopting more restrictive migration and asylum policies. If there were some form of benefits or other incentives for states to take on the additional responsibility, the possibility of burden-sharing might be more feasible. The question then arises as to what such benefits or incentives might be.

One proposition is for African states to establish a common fund, specifically for refugee situations and other humanitarian crises. The creation of a fund would clearly demonstrate the AU's commitment to recognising the granting of asylum as a humanitarian act.<sup>9</sup> The benefit or incentive could take the form of contribution proportions. States hosting higher numbers of refugees would contribute less than those states with relatively small numbers. The proportion of the contribution of each state should, as a matter of course, be calculated by considering a state's political and economic circumstances, which might significantly impact on such a contribution. The Trust Fund for victims established in terms of the Rome Statute of the International Criminal Court<sup>10</sup> may provide a working model for the suggested African common fund. Awards for reparations made by the Court against a convicted person may be paid through the Trust Fund.<sup>11</sup> The Trust Fund is used for reparations to victims of

---

<sup>7</sup> OAU Refugee Convention, art II.4.

<sup>8</sup> The European Union has provided an example of how difficult it is to compel states to accept refugees through refugee quotas. See I Traynor 'EU plans migrant quotas forcing states to "share" burden' 10 May 2015 *The Guardian*, available at <https://www.theguardian.com/world/2015/may/10/european-commission-migrant-quota-plan-mediterranean-crisis>.

<sup>9</sup> The OAU Refugee Convention categorically defines the approach of African states to the grant of asylum to refugees as humanitarian—see preamble para 2 and art II.2.

<sup>10</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, art 79.

<sup>11</sup> Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court, rule 98.



international crimes, and also to provide assistance to victims in the form of physical rehabilitation, psychological rehabilitation and material support.<sup>12</sup> The structure and practices of the Trust Fund can be adapted for the common fund that this paper is proposing for refugees and other humanitarian concerns in Africa.

Another proposal is that states responsible for producing refugees or causing a refugee situation should be legally obliged to compensate states that are hosting those refugees. Under international law, it is an accepted principle that a state is responsible for its internationally wrongful act.<sup>13</sup> Situations that create refugees often entail breaches of international human rights law, international humanitarian law or international criminal law. If we apply this principle of state responsibility to refugee law, we can state the following: a state that is responsible for creating a situation that produces refugees through wrongful acts that amount to breaches of international law should bear the responsibility for its wrongs. Accordingly, the responsibility of the transgressing state or states might necessarily include compensation to those states that have been most affected by the former's wrongful act or acts.<sup>14</sup> A number of scholars have argued in favour of the host country's right to compensation,<sup>15</sup> but these calls seem not to have borne any fruit, at least not in international law. Nevertheless, if such an obligation existed, it might be an incentive for some states to offer protection to refugees.

On the other hand, considering the political, social and economic conditions of African countries that produce refugees, some of which are among the poorest states, eg Somalia and South Sudan, the obligation to compensate might be unworkable. A state that is embroiled in conflict may find it difficult to meet its obligations towards its own citizens, and obliging it to pay compensation to a

---

<sup>12</sup> More information on the Trust Fund is available at <https://www.trustfundforvictims.org/>.

<sup>13</sup> See Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art 1 available at [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf); also *Case Concerning the Armed Activities in the Congo: Democratic Republic of Congo v Uganda*, Judgment, ICJ Reports 2005, p 168 para 259.

<sup>14</sup> Draft Articles on Responsibility of States, art 36 lays down the obligation of a state responsible for an internationally wrongful act to compensate for any damage caused thereby, provided such damage is not made good by restitution. Damage here includes both material and moral damage.

<sup>15</sup> See for instance LT Lee 'The right to compensation: Refugees and countries of asylum' 80 *American Journal of International Law* (1986) 532-567 at 552-564; HR Garry 'The right to compensation and refugee flows: A "preventive mechanism" in international law?' (1998) 10(1/2) *International Journal of Refugee Law* 97-117 at 103-110.

country hosting its nationals as refugees might just worsen its socio-economic situation. This concern is quite justified when one views compensation in purely monetary terms. However, compensation should be defined in a broader sense, which extends beyond monetary payments, to include dual citizenship opportunities, or trade, diplomatic or other lawful concessions mutually agreed upon between the concerned states. Taking into account the fact that Africa is presently moving towards greater economic and political integration, the environment is all the more conducive to the negotiation of such deals and trade-offs. A legally binding obligation under the regional refugee protection regime would definitely compel states to ensure that such discussions and negotiations are held.

### 3. Compensation for refugees

International human rights law stipulates that any person whose rights are violated has a right to an effective remedy by competent national authorities.<sup>16</sup> This therefore provides a legal basis for compensation for refugees since, in most cases, their status is a result of the violation of their rights. Furthermore, the violation of the rights may continue in the course of their exile, for instance, loss and damage to property, work or business etc.<sup>17</sup> However, the CSR contains no stipulations on the right to an effective remedy or the right of compensation for damages and losses incurred during and as a result of refugees' status. Accordingly, it is arguable that, apart from the principle of *non-refoulement*, refugee law does not provide for the right to an effective remedy, or specifically a right to compensation, for refugees in the same way as human rights law does.<sup>18</sup>

Under the African legal regime, there is no express provision for the right to an effective remedy. It is not provided for under the OAU Refugee Convention or under the African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR). Attempting to address this glaring gap, the African Commission on Human and Peoples' Rights (the African Commission) decided to elaborate on the right to a fair trial provided for in the ACHPR<sup>19</sup> by promulgating the Principles

---

<sup>16</sup> Universal Declaration of Human Rights, art 8; International Covenant on Civil and Political Rights, art 2; see also C Nalule *The Right to an Effective Remedy in International Law: A Case Study of Uganda* (LLM Thesis, Lund University, 2007) 12–29, available at <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1555231>.

<sup>17</sup> *Jimenez Vaca v Colombia* Human Rights Committee Decision of 25/3/2002.

<sup>18</sup> Nalule (n 16) 3739.

<sup>19</sup> ACHPR, arts 7 and 26.

and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa. These principles expressly provide for the right to an effective remedy by competent national authorities. In addition, the African Commission has dutifully upheld this right in its decisions, including those that concern refugees.<sup>20</sup>

Moreover, recent normative developments on the continent have recognised the significance of this right by making provision for it in various ways. For instance, the IDP Convention provides that states shall provide persons affected by displacement with effective remedies.<sup>21</sup> Such remedies shall include just and fair compensation or other reparations as may be deemed appropriate.<sup>22</sup> The International Conference of the Great Lakes Region (ICGLR) has gone a step further to set up a number of legal frameworks, including one relating to the recovery of land and properties by returning refugees and IDPs. It is yet to be seen how this works in practice and how it is implemented in the member states, but at least it provides a strong starting point.

In light of the shortcomings of the refugee law framework and the progressive precedents available across the region, the OAU Refugee Convention can be strengthened by including the right to an effective remedy, or specifically the right to compensation for refugees. Such a provision would effectively enhance the protection of the rights of refugees, particularly upon their return to their states of origin. The OAU Refugee Convention has a wider reach than the two regional and sub-regional instruments mentioned above. It has more ratifications than the IDP Convention and is not as geographically exclusive as the ICGLR. It would therefore be simpler to amend the OAU Refugee Convention so as to provide for this right. Moreover, although compensation may take the form of damages or other reparations,<sup>23</sup> it may also be provided in other innovative ways. These may include special measures or affirmative action for affected communities or groups and dual citizenship arrangements between states of origin and host states. A fair and

---

<sup>20</sup> *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Guinea*, ACHPR Communication no 249/02; *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v Angola*, ACHPR Communication no 292/04; *Union interafricaine des droits de l'homme and others v Angola*, ACHPR Communication no159/96.

<sup>21</sup> IDP Convention, art 12(1).

<sup>22</sup> *Ibid*, art 12(2).

<sup>23</sup> For instance, the government of Uganda restored the properties of the returned persons of Indian descent who had been expelled during the Idi Amin regime.

just solution can be reached only through effective consultations between governments and refugees.

#### **4. Monitoring and implementing institutional mechanisms**

The OAU Refugee Convention appears to be silent on a specific institution or body to oversee its implementation. It specifically mentions only the Administrative Secretary-General, whose responsibilities include calling for voluntary repatriation,<sup>24</sup> making reports to responsible organs of the OAU<sup>25</sup> and receiving instruments of ratification.<sup>26</sup> There is no specific oversight or treaty monitoring role given to this office. Regardless, a Commission on Refugees was established within the OAU to examine the issue of refugees and to make recommendations to the Council of Ministers. This role was taken over by the Sub-Committee on Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons in Africa, established under the Permanent Representatives' Committee, an organ of the AU. Its mandate includes policy development and co-ordination; following up the situation of refugees, IDPs and returnees; and co-ordinating with the AU Commission, UN humanitarian agencies, regional organisations, RECs and NGOs, etc. In addition, the Department of Political Affairs of the AU Commission also deals with issues of refugees. The African Commission has also established the office of the Special Rapporteur on refugees, asylum-seekers, migrants and IDPs to monitor the situation of the persons that fall under his or her mandate. The OAU Refugee Convention also recognises the mandate of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and emphasises the need for the OAU and Member States to co-operate with it.<sup>27</sup> Arguably, the OAU Refugee Convention assigns the protection role to the UNHCR which has the international mandate to do so.

It therefore appears that there is no shortage of bodies overseeing refugees and related matters on the continent. On the contrary, there are several that seem to be carrying out the same or similar functions. The question is whether they are well co-ordinated and also effective in executing their functions. Is there a good reason for having similar structures with similar objectives under different establishments, while there is a real concern over inadequate funding?

---

<sup>24</sup> OAU Refugee Convention, art V(4).

<sup>25</sup> OAU Refugee Convention, art VII.

<sup>26</sup> OAU Refugee Convention, art X.

<sup>27</sup> OAU Refugee Convention, preamble para 11, art VIII.

The ideal solution, in my view, would be to establish a permanent, independent and dedicated institution or organisation to systematically and comprehensively deal with all issues relating to refugees, IDPs and other humanitarian issues. In other words, it would function like a regional UNHCR and work in close collaboration with the UNHCR. Such an institution can be justified for a few reasons. Foremost is the fact that most African countries are still in a transitional phase, one way or another, and so conflicts still abound. Such conflicts are a recurring problem. Some of the protracted conflicts on the continent seem to have no clear end in sight. Furthermore, besides conflicts, there are new triggers for displacement, such as environmental disasters, infrastructural development, etc. All this implies that the problem of refugees and the displacement of persons will continue for a long while. Yet the current structures seem unsustainable, and may also not be in the best position to effectively handle the crisis, which seems to grow in magnitude. A more permanent establishment would have the necessary technical skills and expertise to respond to refugee and other humanitarian crises both proactively and reactively.

Besides, one of the aims of the OAU Refugee Convention is to provide African solutions to African problems.<sup>28</sup> In normative terms, this seems to have been achieved to some extent. From a functional viewpoint, however, the lack of an implementing body or institution seems to have left the Convention incomplete and should be considered a major oversight. Such an institution would not only oversee the implementation of the OAU Refugee Convention but would also play all the co-ordination roles and ensure that the rights of refugees and other persons falling under its mandate are protected. The African Commission established under the ACHPR, among other international treaty-based bodies and organisations, provides a good example of having an independent treaty-based body oversee the implementation of the treaty. The establishing of a similar institution or organisation under the OAU Refugee Convention should therefore be seriously considered.

## 5. Rights of refugees

Save for the principle of *non-refoulement* expressly mentioned in the OAU Refugee Convention, there is no express articulation of the specific rights of refugees or minimum standards of treatment. This sets it apart from its counterpart, the CSR, which lays down a series

---

<sup>28</sup> OAU Refugee Convention, preamble para 8.

of rights that should be enjoyed by refugees in host countries. It may be argued that since the OAU Refugee Convention complements the CSR, it was deemed unnecessary that the former reiterates the provisions of the latter. While this might be the case, the picture completely changes upon taking a closer look at the reservations and declarations made by a number of African countries under the CSR. Although both the CSR and the OAU Refugee Convention have roughly the same number of African states parties, that is 46 in each case, a significant number of these states have entered reservations and declarations on various provisions of the CSR. Incidentally, most of these provisions concern the treatment of refugees or rights that may be enjoyed by refugees in a host state. The table below contains an inexhaustive list of examples of some of the CSR provisions upon which reservations have been made by the states indicated in the second column. In contrast, no reservations have been entered under the OAU Refugee Convention.

**Table 1: UN CSR: Examples of reservations by African countries**

UN CSR provision	Countries with reservations
Art 7: Exemption from reciprocity	Angola, Botswana, Madagascar, Malawi, Uganda
Art 8: Exemption from exceptional measures	Angola, Ethiopia, Madagascar, Uganda
Art 9: Provisional measures essential to national security	Angola, Ethiopia, Madagascar, Uganda
Art 12(1): Domicile determining personal status of refugee	Botswana, Egypt
Art 13: Acquisition of moveable and immovable property	Angola, Malawi, Mozambique, Uganda
Art 15: Right of association	Angola, Malawi, Mozambique, Uganda
Art 16: Access to courts	Uganda
Art 17: Wage-earning employment	Angola, Botswana, Ethiopia, Madagascar, Malawi, Mozambique, Sierra Leone, Uganda, Zambia, Zimbabwe
Art 22: Public education	Egypt, Ethiopia, Malawi, Mozambique, Zambia, Zimbabwe
Art 23: Public relief	Egypt, Zimbabwe

UN CSR provision	Countries with reservations
Art 26: Freedom of movement	Botswana, Malawi, Mozambique, Namibia, Rwanda, Zambia, Zimbabwe

The failure to articulate rights that may be enjoyed by refugees or asylum-seekers is a lacuna within the African refugee protection regime. This lacuna was, however, largely addressed by the coming into force of the ACHPR, which applies to all persons and not specifically to refugees. The nature of the reservations made under the CSR demonstrates that states may not be able or willing to confer rights on refugees that give them the same standing as nationals. Accordingly, this unwillingness or inability might affect the protection of the rights of refugees under the ACHPR. This places refugees in a more vulnerable situation, as is clearly illustrated in contemporary problems of xenophobia, the expulsion of refugees and the failure by states to provide them with adequate protection.

Yet, in a more positive development, a number of African states, including some that have made reservations under the CSR, have enacted laws that guarantee a series of rights to refugees. What this might possibly imply is that states are more willing and able to commit to protecting the rights of refugees at the domestic level, which may not have been the case when they acceded to the CSR. The following have specifically stood out for their best practices and hospitality towards refugees: Uganda, Rwanda, South Africa and Ghana.<sup>29</sup> The progress made in the law and practice regarding refugees raises hope that, in the spirit of finding solutions to the African refugee problem, African states can now agree to a minimum of standards or rights pertaining to refugee protection and welfare. At the sub-regional level, the ICGLR has set a remarkable normative trend in this regard.

Refugee protection and welfare in Africa would therefore be greatly promoted if some basic rights and standards of treatment were included in the OAU Refugee Convention. This could probably lead to the actualisation of some of the aspirations contained in the OAU Refugee Convention preamble, namely, adopting a humanitarian approach to the problems of refugees in Africa,<sup>30</sup> affirming the principle that all human beings shall enjoy fundamental rights and

<sup>29</sup> Uganda Refugees Act, 2006; Rwanda Law No 13 of 2014 relating to Refugees; South African Refugee Act 130 of 1998; Ghana Refugee Law of 1992.

<sup>30</sup> OAU Refugee Convention, preamble para 2.



freedoms without discrimination,<sup>31</sup> and solving all problems faced by the continent in the African context.<sup>32</sup>

## 6. Incorporating a role for regional communities

As Africa moves towards deeper integration, states are co-operating more as regional blocs on areas of mutual concern. This co-operation has extended to the aspect of refugees and migration, as is evident from some of the RECs, for instance, the East African Community (EAC),<sup>33</sup> the IGAD<sup>34</sup> and the ICGLR. This trend indicates that refugee issues are increasingly taking on a regional approach rather than a national one. Therefore, the role of the Sub-Committee on Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons in Africa to co-ordinate RECs, among others, should be given serious consideration. Despite RECs being considered as building blocks for African economic and political integration, the nature of their relationship with the AU regarding issues of refugees is presently not very clear. This should be clarified under the OAU Refugee Convention to avoid a multiplicity of functions, roles and responsibilities.

Another substantive issue that requires serious consideration in regard to regional integration relates to the free movement of persons provisions. A number of RECs in Africa have endorsed the free movement of persons within the REC, albeit to varying degrees. This is most notable in the Economic Community of West African States (ECOWAS), the EAC, the Common Market for East and Southern Africa (COMESA) and the Southern African Development Community (SADC). The free movement of persons has implications for refugees within a REC. For example, would asylum-seekers still be regarded as 'refugees' in the strict sense of the term in a neighbouring state to which they enjoy rights of entry and exit? This question becomes more valid in a region like ECOWAS which has embraced the concept of community citizenship. Accordingly, all nationals of Member States are considered community citizens. It has been reported that ECOWAS has issued a statement to the effect that refugees would be 'guaranteed equal treatment under the free movement protocols with other community citizens'.<sup>35</sup> Therefore, refugees from any

---

<sup>31</sup> OAU Refugee Convention, preamble para 6.

<sup>32</sup> OAU Refugee Convention, preamble para 8.

<sup>33</sup> The EAC Treaty, art 129(4) stipulates that the partner states shall establish common mechanisms for the management of refugees.

<sup>34</sup> The IGAD has an entire programme on migration and refugees. It has also developed a Regional Migration Policy Framework that deals with numerous migration issues including refugees. Available at <http://migration.igad.int/>.

<sup>35</sup> A Boulton 'Local integration in West Africa' (2009) 33 *Forced Migration Review*



ECOWAS member state can freely move into another member state and may even enjoy rights of residence and establishment if they fulfil the necessary requirements. From a regional perspective, such a situation appears more like one of internal displacement rather than a refugee situation. Hence, as regional integration deepens, the IDP Convention may take on greater significance than the OAU Refugee Convention. Nevertheless, RECs would be better placed to deal with the issue of refugee redistribution, should it arise, than say a single nation state working with humanitarian agencies. Consequently, RECs ought to be accorded more recognition within the African refugee protection legal and policy framework.

### 7. Humanitarian action versus security concerns

Regarding matters of security, the OAU Refugee Convention is particularly concerned with the prohibition on subversive activities by asylum seekers or refugees.<sup>36</sup> It does not contain a comprehensive provision to guide the balance between refugee protection and security concerns,<sup>37</sup> specifically national security. Moreover, security concerns, variously manifested, have become a recurring issue on the continent. There is a real threat of terrorism and the trafficking and smuggling of persons, among other issues. There have been a number of cases before the African Commission challenging the mass expulsion of refugees over alleged security issues,<sup>38</sup> xenophobic attacks on refugees, and Kenya's threat to close one of the biggest refugee camps citing national security concerns. Not only has a nation's security been regarded as threatened, but also the security of refugees in host states. This was the case, for instance, where some victims of the Rwandan genocide who had sought asylum in neighbouring countries came face to face with some of the perpetrators of the genocide, who had in turn become asylum seekers or refugees.

Thus, there is need to balance refugee protection with security concerns but, admittedly, it may not be possible to address these through legislation. States should improve their screening processes so as to separate the criminals from persons who are in genuine need

---

32–34 at 33 available at <http://www.fmreview.org/protracted/boulton.html>.

<sup>36</sup> OAU Refugee Convention, preamble paras 4 and 5, art III.

<sup>37</sup> The only explicit security measure contained in the OAU Refugee Convention appears in art 2(6), which recommends that refugees should be settled at a reasonable distance from their country of origin.

<sup>38</sup> *La Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme (RADDHO) v Zambia* ACHPR Communication no 71/92, para 31; *IHRDA v Guinea* (n 20) paras 44–72; *IHRDA v Angola* (n 20) paras 66–70.

of protection. Persons who need to account for their wrongs should do so, particularly if they have committed international crimes or human rights violations for which there is universal jurisdiction. In order for the screening of persons to be more effective, governments need to improve their co-operation and collaboration. Hence regional integration efforts should be intensified in this aspect, a point that has been stressed in the preceding sub-section.

The OAU Refugee Convention should emphatically render it obligatory for states parties to ensure that any suspicious asylum-seeker or refugee is accorded a fair hearing before a court of law as the final phase of the screening process.<sup>39</sup> In most countries, cases regarding asylum or refugee determination procedures are handled administratively and may never get to national courts of law. And yet, courts, rather than administrative authorities, are better suited to balance the issues of national security against refugee protection. The judicial balancing act usually applies the principles of objectivity, legitimacy, proportionality and consideration of the rights of those affected, which an administrative authority may not necessarily apply. The judicial hearing, as emphasised on numerous occasions by the African Commission,<sup>40</sup> should equally be emphasised in the OAU Refugee Convention.

### III AFRICA'S APPROACH TO MIGRATION ON THE CONTINENT: SOME SALIENT AND PENDING ISSUES

#### 1. The normative framework

Recent statistics indicate that most migration of and by Africans take place within Africa.<sup>41</sup> The migration discourse, however, seems more focused on emigration from Africa as well as continual engagement with the African diaspora in other parts of the world. The migration statistics therefore call for greater attention to be paid to intra-African migration in all its various dimensions.

It is worth noting at the outset that, save for the regional conventions on refugees and IDPs, Africa does not have a comprehensive regional legal framework concerning migrants generally, including those

---

<sup>39</sup> Important to note here is that the screening process should be per individual and not *en masse*. Even where one has been *prima facie* recognised as a refugee during a mass inflow of refugees, the screening process is an individual one. See for instance *Union interafricaine v Angola* (n 20) paras 14–16.

<sup>40</sup> See, for instance, *IHRDA v Angola* (n 20) paras 61–65; *Union interafricaine v Angola* (n 20).

<sup>41</sup> African Union *The Revised Migration Policy Framework for Africa and Plan of Action (2018–2017)* 5.

that migrate through legal means. The regulation and management of migration is an aspect that has by and large been left to each individual state. Accordingly, issues of migration are to a great extent still matters of state sovereignty and territorial integrity. Yet some states, judging by their laws and practices, continue to view migration in terms of 'control', rather than in terms of 'regulation', 'management' or even 'facilitation'.<sup>42</sup>

Additionally, although African states have, in comparison to other regions, demonstrated great support for the international convention dealing with migrant workers and members of their families (CMW), not more than half the African states have ratified it.<sup>43</sup> Even then, most of those states that have ratified it are yet to domesticate it. This therefore leaves a gap in the protection of the rights of migrants. But in regard to the deplorable aspects of migration that pose a tremendous challenge on the continent, African states have demonstrated greater commitment to the international instruments that prohibit the smuggling of migrants, trafficking in persons, and transnational organised crime.<sup>44</sup>

Notwithstanding the lack of a legal framework, the AU has developed an elaborate migration policy framework (AU MPF)<sup>45</sup> that touches upon virtually all issues pertaining to migration in Africa. The AU MPF not only presents a deeply insightful vista of the migration situation in Africa, but also outlines a vision of migration

---

<sup>42</sup> For instance, it has been observed that the migration-related laws of southern African countries focus on enforcement, control and exclusion. See J Crush, V Williams & S Peberdy 'Migration in southern Africa', a paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, September 2005, at 24–25, available at <http://womin.org.za>. Moreover, this is a trend that is observable even beyond Africa. See M Özden 'For the respect of the rights of all migrant workers' *Critical Report No 9* (CETIM, 2011) at 7–8.

<sup>43</sup> International Convention on the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families, adopted by General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990. By 31 December 2017, it had been ratified by only 21 African states, while 10 others are only signatories. The ILO Conventions on migrant workers have even fewer ratifications. The Migration for Employment Convention, 1949 (No. 97) has only 10 African states parties, while the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143) has only seven African states parties.

<sup>44</sup> The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by General Assembly Resolution 55/25 of 15 November 2000, has been ratified by 51 African states, while only one state is a signatory. The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, adopted by General Assembly Resolution 55/25, has been ratified by 49 African states, while two are signatories. The Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, adopted by General Assembly Resolution 55/25, has been ratified by 40 African states, while four are signatories. Information available at <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>.

<sup>45</sup> African Union (n 41).

management, and encourages states to incorporate human rights and other international law standards in their domestic laws. It also includes an action plan for its implementation. Despite its richness, mainly in the contextual and visionary aspect, it largely lacks concrete and practical propositions on how to attain the desired goals, on who bears a specific obligation or responsibility, and by when the desired goal should be attained. The purpose that it best serves in the circumstances is as a guiding document that should provide the basis for the regional legal framework.

Just as regional laws have been developed to deal with forced migration (regarding refugees and IDPs), so too can a regional law on the protection of migrants and their rights be developed. The AU MPF has already identified the issues and concerns regarding migration on the continent and can therefore be the basis for a harmonised and context-specific regional law or laws.

## **2. RECs, the free movement of persons and some pending issues**

Within the RECs, the migration aspect is provided for in the various REC treaties under the free movement provisions,<sup>46</sup> albeit to varying degrees.<sup>47</sup> The free movement provisions generally extend to factors of production, including labour, capital and services. In any case, the movement of the non-human factors of production may necessarily involve the movement of persons. Among the eight RECs recognised by the AU, only ECOWAS and the EAC can be seen as making significant progress, in both law and practice, towards the realisation of the free movement of persons, that is, all nationals of the Member States of the REC enjoy free movement within other Member States. Some of the other RECs, such as COMESA and SADC, have also established visa-free travel and separate border counters for citizens of Member States, and they each have varying degrees of

---

<sup>46</sup> ECOWAS Protocol relating to the Free Movement of Persons, Residence and Establishment; Treaty Establishing the EAC, art 104, and the EAC Common Market Protocol, arts 7–9; Treaty establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa, art 164; Treaty of the Southern African Development Co-operation, art 2(d); Protocol on Freedom of Movement and Rights of Establishment of Nationals of Member States within the Economic Community of Central African States (ECCAS); Treaty instituting the Arab Maghreb Union (AMU), art 1; Agreement on the IGAD, art 7; Treaty establishing the Community of Sahel-Saharan States (CEN-SAD), art 1(b).

<sup>47</sup> Apart from ECOWAS and the EAC, other RECs have not yet implemented the relevant regional laws on the free movement of persons. In COMESA, ECCAS and SADC, the relevant protocols have not yet come into force although they have been adopted. In the AMU, IGAD and CENSAD, the free movement of persons remains an aspiration and they are yet to adopt the relevant protocols.

free movement. Nevertheless, there are still some serious challenges regarding free movement among the various RECs. For instance, within the EAC, concerns over national interests and open labour markets still hamper the full enjoyment of freedom of movement.<sup>48</sup> Within ECOWAS, there are practical challenges to the full realisation of free movement, including border road blocks.<sup>49</sup> In the case of SADC, the Facilitation of Free Movement Protocol has not yet received the required number of ratifications. Similarly, in COMESA, the protocol on free movement of persons, labour, services and the right of establishment and residence is yet to come into force, despite being concluded in 2001. In early 2018, the AU adopted the Protocol relating to the free movement of persons, right of residence and right of establishment, but it is yet to acquire the minimum number of ratifications for the Protocol to come into force.<sup>50</sup>

In comparison to the EU, citizens do not have to go through border control in each and every European state they travel to, nor do they need permits of any sort for short stays in EU countries. It therefore seems that free movement in Africa is not yet completely free. Border controls and checks are still firmly in place, and even in regions where there is visa-free travel, a national of one REC's Member State still needs to get a pass or permit before entering another Member State. These formal, and usually highly bureaucratised, procedures and processes are inhibiting intra-African migration or travel. With the exception of a few states, Africans who are not nationals of a host state may in some cases be treated in the same way as non-African foreigners. This is the case, for instance, in regard to fees or levies such as visa fees, access to tourist sites or places, etc. This lack of special consideration is quite evident in the tourism business in Africa. Such laws and practices in African countries tend to be self-defeating and antithetical to the realisation of greater union and solidarity among African peoples and nations.<sup>51</sup> Therefore, although the progress made in some RECs is so significant that it provides hope for the realisation of the continental free movement of persons, the aspiration for the free movement of persons envisioned in the Treaty establishing the African Economic Community (AEC Treaty) is in reality still but a dream. Furthermore, even the free

---

<sup>48</sup> W Okumu 'A charter for social development and governance: The political economy of "regional goods"' in R Ajulu (ed) *A Region in Transition: Towards a New Integration Agenda in East Africa* (2010) 225–248 at 233–237.

<sup>49</sup> See the ECOWAS court case *Femi Falana & another v The Republic of Benin & others*, ECW/CCJ/APP/10/07.

<sup>50</sup> By January 2020, it still had only four ratifications.

<sup>51</sup> Constitutive Act of the African Union, art 3(a).

movement regime as provided for in the various REC treaties is not so extensive and contains inherent limitations that may be seen as defeating the very objective of ensuring free movement of persons who are nationals of REC Member States.

*(a) Economic rationalisation of the free movement of persons and excluded groups*

There is no denying that the rationale for free movement within RECs is primarily economic. During the common market phase of economic integration, there should be no obstacles to the free movement of the factors of production, including labour and services. Thus the free movement provisions within REC treaties are usually associated with the common market. In practice, though, free movement may occur even before this stage of integration is officially attained. Consequently, owing to its economic rationalisation, the free movement of persons within RECs is still highly exclusive and not all citizens of Member States may benefit from these provisions.

Where the free movement of labour and services is guaranteed within RECs, the target group is still restricted and selective. This is so because the emphasis is usually on workers and businesspeople who work in the formal sector, therefore excluding a large proportion of persons who work in the informal sector. Among this group are domestic workers and casual labourers who work in the agricultural sector. Perhaps there is more regional movement in the informal sector than in the formal sector. Therefore, regional free movement protocols need to recognise the informal sector, ensure that the rights of persons involved are adequately protected, and that the regulatory framework facilitates their freedom of movement without making the process cumbersome or prohibitive.

Besides, even where free movement extends to all persons (nationals of Member States), there are still some groups of persons or communities who may not be adequately catered for by the law or who are completely excluded from, for instance, the cross-border communities. Africa's partition experience resulted in previously united communities and even families being divided by borders. While these cross-border communities have always taken advantage of the porous borders, the free movement of persons regime does not give them any special consideration. In fact, rather than making it easier for these communities to interact, it may only have bureaucratized and highly formalised their movement across

borders.<sup>52</sup> If the African Union is to meet its objective of achieving greater unity and solidarity between the African countries and the peoples of Africa,<sup>53</sup> then the cross-border communities need to be given some special attention and recognition. The recognition of shared ethnicities across borders should be accompanied by some special treatment, which may include the elimination of visa or special pass requirements, the ability to move with basic documents such as IDs, and, possibly, the granting of dual citizenship to affected persons.

Nomadic pastoralists also need to be specially provided for in the free movement laws. Nomadic pastoralism is widely accepted as a way of life and most regions in Africa have such communities.<sup>54</sup> Incidentally, in most cases they are also cross-border communities. It is therefore common for nomadic pastoralists to move across states. However, they are not provided for under the free movement laws since they do not fall within any of the categories of factors of production, nor do their reasons for movement fit into the commonly recognised lawful reasons for inter-state travel. Yet, as citizens of REC Member States they should enjoy freedom of movement.<sup>55</sup> Furthermore, as recognised communities, they have a right to enjoy their culture within accepted limits. Accordingly, RECs need to specifically provide for nomadic pastoralists, and recognise and facilitate their migratory way of life without necessarily hampering it with highly formalised and bureaucratic processes and procedures.

The free movement provisions within REC treaties also tend to exclude stateless persons, because freedom of movement is enjoyed only by nationals of Member States of the REC. Therefore, persons or communities who have not been recognised as nationals of any state are excluded from enjoying this freedom, mainly because they lack identification or travel documents. In Africa, across all regions, there are some communities that have migrated from one African state to another but are not recognised by either state as nationals. For example, within the EAC, the Pemba in Kenya originated from Tanzania. Members of this community clearly belong to the East African region, but because they lack citizenship status, they are

---

<sup>52</sup> C Nalule *Advancing Regional Integration: Migration Rights of Citizens in the East African Community* (unpublished PhD thesis, University of the Witwatersrand, 2017) 119.

<sup>53</sup> Constitutive Act of the African Union, art 3(a).

<sup>54</sup> African Union *Policy Framework for Pastoralism in Africa: Securing, Protecting and Improving the Lives, Livelihoods and Rights of Pastoral Communities* 7–8, available at <https://au.int/en/documents/30259/policy-framework-pastoralism-africa>.

<sup>55</sup> Nalule *Advancing Regional Integration* (n 51) 120.



not considered citizens of the community that may lawfully benefit from the free movement of persons regime. The problem of stateless communities should be effectively addressed in the regional communities. RECs should be able to draft laws that facilitate the free movement of persons who, though lacking formal citizenship, have long been recognised as belonging to the region. This should not, however, shift the responsibility from states or take away the sovereign right of states to grant citizenship. States should support the African Commission's efforts to promote the right to a nationality and ensure that no one is rendered stateless.

### **3. Civil registration and national identification in relation to migration**

In the realm of state sovereignty, migration, and specifically freedom of movement, the right to enter and leave one's country of origin, is a prerogative of citizens. Therefore, a formal acknowledgement and proof of one's citizenship or nationality is crucial for migration, among other things. Hence, documents such as passports and national IDs are necessary not only as proof of citizenship but also for the enjoyment of all rights that come with citizenship status. One of these rights is freedom of movement both in and outside one's country of origin or residence. In the case of the free movement of persons within RECs, as earlier mentioned, only citizens or nationals of Member States may fully enjoy and exercise this right.

Most African countries, however, have a challenge with their civil registration and nation identification systems. In regard to civil registration, birth registration rates have been reported to be quite low. Apparently fewer than 45% of children below the age of five in sub-Saharan Africa have been registered.<sup>56</sup> Without effective civil registration systems and processes, it becomes difficult to properly identify citizens. Consequently, civil registration alone is not an effective basis for issuing national identification documents. Moreover, even with the national IDs, just less than half of all African countries are said to have introduced a national ID programme.<sup>57</sup> So most countries in Africa do not issue national IDs to their citizens. With regard to travel, however, most countries recognise only national passports as valid travel documents. Yet passports are not easily accessible to all citizens of a state, except for those with an

---

<sup>56</sup> A Gelb & A Diofasi 'ID for development: Opportunities and challenges for Africa' *African Policy Review* available at <http://africapolicyreview.com/id-for-development-opportunities-and-challenges-for-africa/>.

<sup>57</sup> *Ibid.*



express intention to travel. The overall implication of this state of affairs is that a large proportion of the African population do not have proper identification, let alone travel documents, and so they cannot exercise their freedom of movement.

A marked improvement in the registration and identifications of nationals of every African state would not only benefit efforts at better migration management in Africa, but would also undoubtedly improve the prospects of intra-African migration<sup>58</sup> and specifically the free movement of persons within RECs. Within the EAC, for instance, national IDs are accepted as valid travel documents in Kenya, Rwanda and Uganda. Since national IDs are more easily obtained than national passports, a lot more people can travel between the three EAC states. This initiative should be imitated in all RECs in order to promote regional migration and enable more of the intended beneficiaries to actually exercise their freedom of movement within their respective regions.

*(a) The African passport initiative*

In 2016, the AU launched the African passport, in a bid to accelerate the free movement of persons on the continent and thus boost regional trade. It was expected that by 2018 all African citizens would have an African passport. As pointed out in the preceding sub-section, passports are important and crucial for migration, and an African passport would greatly enhance the movement of persons across the continent. The realities on the ground, in addition to the setbacks discussed above, currently render the African passport rather superfluous.<sup>59</sup> First of all, most African countries still require visas from citizens of other African countries. It is therefore doubtful that an African passport will lead to the automatic removal of visa requirements. Second, considering that not all citizens of a state, for one reason or another, have yet acquired a national passport, what then would be the motivation to acquire an African passport, which might be regarded as a secondary travel document? The EAC provides a very good example in this respect. The EAC passport was launched in 1999 and has been available for more than a decade. However, it is only recognised within the EAC region and has not yet acquired international recognition as a valid travel document.

---

<sup>58</sup> A Mbembe 'Africa needs free movement' 24 March 2017 *Mail & Guardian*.

<sup>59</sup> D'Orsi discusses the shortcomings of the African passport project, pointing out its poor timing and context-inappropriateness. C d'Orsi 'Why barriers to a pan-African passport may be insurmountable' *The Conversation* available at <http://theconversation.com/africa>.

In this case, the national passport, or even the national ID, serves as a more valuable travel document than the regional passport. For these reasons, the EAC passport is not popular. Furthermore, if every African were to have a national passport, in addition to a regional passport (as in ECOWAS or the EAC), an African passport might not serve any useful purpose in the circumstances. One wonders whether the African passport would have any comparative advantage over national or regional passports. A strong case needs to be made for the African passport, otherwise it may only lead to a multiplicity of travel documents.

Rather than replicating the efforts of the RECs, the AU should focus on more pressing issues, such as negotiating visa-free travel for Africans. It should undertake a comprehensive study on why African countries are still reluctant to relax visa requirements for Africans and seek solutions to its Member States' fears. The issue of passports should be handled by the RECs. RECs, as opposed to the AU, are in a more advantageous position to effect the harmonisation of travel documents, since most countries belong to more than one REC. The table below illustrates the multiple membership of most African countries, although it does not show all the RECs on the continent. Consequently, RECs can negotiate inter-regional travel concessions for their citizens just as it is done within the REC itself. The recognition and acceptance of one regional passport by another REC would greatly improve migration prospects on the continent. The AU, therefore, needs to let the RECs actually serve as its building blocks in regard to the promotion of the free movement of persons across the continent. The efforts of both the RECs and the AU should focus on boosting and supporting inter-REC co-operation, as is currently happening with the Tripartite Free Trade Area between SADC, the EAC and COMESA.

**Table 2: Member states of RECs**

Country	COMESA	EAC	ICGLR	IGAD	SADC
Angola			✓		✓
Burundi	✓	✓	✓		
Botswana					✓
Central African Republic			✓		
Comoros	✓				

Country	COMESA	EAC	ICGLR	IGAD	SADC
Republic of Congo			✓		
Democratic Republic of Congo	✓		✓		✓
Djibouti	✓			✓	
Egypt	✓				
Eritrea	✓			✓	
Ethiopia	✓			✓	
Kenya	✓	✓	✓	✓	
Lesotho					✓
Libya	✓				
Madagascar	✓				✓
Malawi	✓				✓
Mauritius	✓				✓
Mozambique					✓
Namibia					✓
Rwanda	✓	✓	✓		
Seychelles	✓				✓
Somalia				✓	
South Africa					✓
Republic of South Sudan		✓	✓	✓	
Sudan	✓		✓	✓	
Swaziland	✓				✓
Tanzania		✓	✓		✓
Uganda	✓	✓	✓	✓	
Zambia	✓		✓		✓
Zimbabwe	✓				✓

\* Note that countries that appear to be members of a single REC may be members of other RECS not included in the table.

#### **4. Migration and related threats**

Although this paper is arguing for freer movement across borders with less regulatory and bureaucratic inhibitions, the argument is not made unmindful of the real threats, fears and negative perceptions regarding migration. States have voiced concerns over human trafficking, people smuggling, threats to national security (in some cases, full-blown terrorist attacks), fears of unjust acquisition of land by foreigners and exacerbation of the prevailing unemployment situation. Consequently, the question is whether the benefits of increased intra-African migration could outweigh the costs involved.

Although some of these fears and threats may not be totally eliminated, states' ability to deal with them would be boosted by regional co-operation and networking between states. The implementation of civil registration and national identification systems by African states would, among others, contribute to improving security systems and datasets, which might be integrated across regions, make it easier to plan effectively for the use and distribution of available resources and improve migration management on the continent. RECs appear to provide a readily available opportunity and good starting point for addressing migration management through their free movement of persons regime. All Member States and the AU as a whole should support the efforts centred on migration within the various RECs. Since RECs serve as building blocks for the AEC and AU, any progress made within the RECs should be a positive step towards the fulfilment of the continent's integration goals.

#### **IV CONCLUSION**

Migration in Africa as elsewhere is a common yet complex phenomenon. Inasmuch as states may desire to restrict and control migration, human nature, human activity, needs and aspirations dictate otherwise. Consequently, migration may be voluntary or forced. Forced migration can be neither controlled nor adequately regulated. It mostly calls for a humanitarian approach, which the OAU Refugee Convention sets out to emphasise. Despite the well-meaning motivations of this Convention, including its progressive elements, it still has some gaps in the protection of the rights of refugees on the continent. The situation of refugees in Africa is still very precarious, half a century since the Convention came into force, and even though it has been ratified by almost all African states. This paper has identified some of the gaps in the OAU Refugee Convention, as well as some of what may be considered its *passé*

provisions. The OAU Refugee Convention ought to be amended so that it can respond more adequately to the refugee situation in Africa as it continues to persist and unfold. The IDP Convention, which is a more recent, yet more comprehensive regional instrument, although it may not have as many ratifications, contains some significant innovations that should be incorporated into the refugee protection framework. The paper has also suggested some solutions that may be further examined and explored. Hopefully, if implemented, they can significantly improve the situation of refugees and their enjoyment of their rights in Africa.

Regarding voluntary migration, the paper has mainly focused on the free movement regime within RECs. The free movement of persons across the continent is critical to boosting inter-regional and intra-regional migration. Despite the progress made in some RECs in facilitating the free movement of persons, there are still serious setbacks and challenges, some of which have been discussed in this paper. Generally, African countries need to be more open to intra-African migration and need to remove all self-imposed obstacles to free movement. By retaining these obstacles, they are also defeating the objective of African integration. Some African states and RECs have implemented initiatives that encourage migration, for example, the recognition and granting of dual citizenship, the opening up of labour markets, and offering permanent residence to community citizens, which is the case in ECOWAS. Such positive initiatives, and some others mentioned in this paper, ought to be replicated across the continent.

Arguably, RECs in Africa currently present the best opportunity to realise the objective of free movement on the continent and to generally improve migration prospects. ECOWAS and the EAC are setting the trend in this respect. Regarding the situation of refugees and IDPs, the ICGLR and the IGAD could serve as models for a regional approach to dealing with such humanitarian crises and situations. The role of RECs should therefore not be overlooked, but should rather be amplified. They should receive all the support they need from Member States, AU, civil society, donors and development partners and agencies. The AU, in particular, should not be seen as duplicating the efforts of the RECs but should rather ensure that they serve as the building blocks for its aspirations and goals.

**BIBLIOGRAPHY****Books and chapters in books**

Okumu, W 'A charter for social development and governance: The political economy of "regional goods" in R Ajulu (ed) *A Region in Transition: Towards a New Integration Agenda in East Africa* (2010) 225–248

**Journal articles, theses and papers**

Boulton, A 'Local integration in West Africa' (2009) 33 *Forced Migration Review*, available at <http://www.fmreview.org/protracted/boulton.html>

Crush, J, V Williams & S Peberdy 'Migration in southern Africa', a paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, September 2005, available at <http://womin.org.za>

D'Orsi, C 'Why barriers to a pan-African passport may be insurmountable' 19 July 2016 *The Conversation* available at <https://theconversation.com/why-barriers-to-a-pan-african-passport-may-be-insurmountable-62602>

Garry, RH 'The right to compensation and refugee flows: A "preventive mechanism" in international law?' (1998) 10(1/2) *International Journal of Refugee Law* 97–117

Gelb, A & Diofasi, A 'ID for development: Opportunities and challenges for Africa' *African Policy Review*, available at <http://africapolicyreview.com/id-for-development-opportunities-and-challenges-for-africa/>

Lee, TL 'The right to compensation: Refugees and countries of asylum' (1986) 80 *American Journal of International Law* 532–567

Mbembe, A 'Africa needs free movement' 24 March 2017 *Mail & Guardian*

Mwakideu, C 'Mixed picture for Africa in 2017 Armed Conflict Survey' 9 May 2017 *DW*, available at <http://www.dw.com/en/mixed-picture-for-africa-in-2017-armed-conflict-survey/a-38765465>.

Nalule, C *Advancing Regional Integration: Migration Rights of Citizens in the East African Community* (unpublished PhD thesis, University of the Witwatersrand, 2017)

Nalule, C *The Right to an Effective Remedy in International Law: A Case Study of Uganda* (LLM thesis, Lund University, 2007), available at <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1555231>

- Okoth-Obbo, G 'Thirty years on: A legal review of the 1969 OAU Refugee Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa' (2001) 20(1) *Refugee Survey Quarterly* 79–138
- Özden M, 'For the respect of the rights of all migrant workers' *Critical Report No 9* (CETIM, 2011)
- Rankin, BM 'Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on' (2005) 21(3) *South African Journal on Human Rights* 406–435
- Rwelamira, M 'Some reflections on the OAU Convention on Refugees: Some pending issues' (1983) 16 *Comparative and International Law Journal of South Africa* 155–178
- Sharpe, M 'The 1969 OAU Refugee Convention and the protection of people fleeing armed conflict and other situations of violence in the context of individual refugee status determination' (UNHCR, 2013), available at <http://www.refworld.org/pdfid/50fd3edb2.pdf>
- Traynor, I 'EU plans migrant quotas forcing states to "share" burden' 10 May 2015 *The Guardian*, available at <https://www.theguardian.com/world/2015/may/10/european-commission-migrant-quota-plan-mediterranean-crisis>

### **International and regional conventions, resolutions and reports**

- African Union Policy Framework for Pastoralism in Africa: Securing, Protecting and Improving the Lives, Livelihoods and Rights of Pastoral Communities
- African Union *The Revised Migration Policy Framework for Africa and Plan of Action*
- Agreement on the Intergovernmental Authority on Development Constitutive Act of the African Union
- East African Community Common Market Protocol
- ECOWAS Protocol Relating to the Free Movement of Persons, Residence and Establishment
- IGAD Regional Migration Policy Framework
- ILO Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143)
- ILO Migration for Employment Convention, 1949 (No. 97)
- International Convention on the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families, adopted by General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990
- International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

- Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, adopted by General Assembly Resolution 55/25
- Protocol on Freedom of Movement and Rights of Establishment of Nationals of Member States within the Economic Community of Central African States
- Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, adopted by General Assembly Resolution 55/25
- Treaty establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa
- Treaty establishing the Community of Sahel-Saharan State
- Treaty establishing the East African Community
- Treaty instituting the Arab Maghreb Union
- Treaty of the Southern African Development Community
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by General Assembly Resolution 55/25 of 15 November 2000

#### **Cases**

- Case Concerning the Armed Activities in the Congo: Democratic Republic of Congo v Uganda* Judgment, ICJ Reports 2005
- Femi Falana & another v The Republic of Benin & others* ECW/CCJ/APP/10/07
- Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v Angola* ACHPR Communication no 292/04
- Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Guinea* ACHPR Communication no 249/02
- Jimenez Vaca v Colombia* Human Rights Committee Decision of 25/3/2002
- La Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme (RADDHO) v Zambia* ACHPR Communication no 71/92
- Union interafricaine des droits de l'homme and others v Angola* ACHPR Communication no 159/96



# La problématique de l'apatridie en Afrique

## *The problem of statelessness in Africa*

GÉRARD AÏVO\*

### **RÉSUMÉ**

*L'apatridie est un phénomène relativement ancien, mais qui a pris de l'ampleur au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. L'apatride est une personne sans nationalité et qui, par conséquent, ne jouit de la protection juridique et diplomatique d'aucun Etat. Ce statut engendre une détresse humaine, une vulnérabilité certaine et une indigence socioéconomique. Aujourd'hui, des millions de personnes sont apatrides à travers le monde avec une accélération du phénomène en Afrique.*

*La volonté des Etats de limiter le phénomène au plan international remonte à la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle avec l'adoption, le 12 avril 1930, de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Mais en raison de l'accroissement du nombre d'apatrides suite à la Seconde Guerre mondiale, les Etats ont adopté deux autres conventions, à savoir la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 et la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961, afin de réduire, voire d'éradiquer l'apatridie.*

*Dans le cadre de la présente étude, il convient de s'interroger sur les facteurs à risque d'apatridie et d'analyser les forces et faiblesses des approches de solution des Etats et des juges, afin de lutter efficacement contre le phénomène.*

**Mots-clés :** Acte d'état civil; administration; apatride; apatridie; Conventions internationales; dignité humaine; discrimination; droits fondamentaux; droit du sang; *jus sanguinis*; droit du sol; frontières; *jus soli*; juge; jurisprudence; HCR; législation; nationalité; pièce d'identité; protection

---

\* Enseignant-chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi (UAC-Bénin); Chercheur associé au centre de droit international (Lyon-France); Membre du Réseau des universitaires francophones d'Afrique de l'Ouest sur l'apatridie; Mail : aivogerard2000@yahoo.fr

**ABSTRACT**

*Statelessness is a relatively old phenomenon, but one that has grown in seriousness since the aftermath of the Second World War. The stateless person is someone without a nationality and who does not therefore enjoy the legal and diplomatic protection of any state. This causes human distress, vulnerability and socio-economic destitution. Today, millions of people around the world are stateless, particularly with an acceleration of the phenomenon in Africa.*

*The determination of states to limit the phenomenon on an international level goes back to the first half of the twentieth century with, on 12 April 1930, the adoption of the Convention Concerning Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws. However, owing to the increase in the number of stateless persons following the Second World War, states adopted a further two conventions, namely the Convention Relating to the Status of Stateless Persons of September 28, 1954 and the Convention on the Reduction of Cases of Statelessness of August 30, 1961, in order to reduce or even eradicate statelessness.*

*The present study examines the risk factors for statelessness and analyses the strengths and weaknesses of the approaches or solutions put forward by states and the legal order so as to effectively combat the phenomenon.*

**Keywords:** Civil status certificate; administration; stateless; statelessness; international Conventions; human dignity; discrimination; fundamental rights; blood right; *jus sanguinis*; birthright; borders; *jus soli*; judge; jurisprudence; UNHCR; legislation; nationality; ID card; protection

**I INTRODUCTION**

*Se faire dire « non » par le pays où je vis ; se faire dire « non » par le pays où je suis née ; se faire dire « non » par le pays d'où mes parents sont originaires ; se faire dire encore et encore « vous n'êtes pas des nôtres ! ». On a l'impression de ne plus exister, de ne plus savoir même pourquoi on vit. Être apatride, c'est avoir en permanence le sentiment d'être sans valeur. <sup>1</sup> »*

---

<sup>1</sup> UNHCR, *Nationalité et apatridie* 2010, 5.

Cette affirmation de Lara, une ancienne apatride, résume toute la problématique du phénomène de l'apatridie. Il s'agit d'un phénomène lancinant, silencieux mais néfaste. L'apatridie n'est pas un phénomène nouveau et la première action des États sur le plan international dans le but de la résorber remonte à la première moitié du 19<sup>e</sup> siècle, avec l'adoption à La Haye, le 12 avril 1930, de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité.

Toutefois, elle a pris de l'ampleur au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. D'après les chiffres du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), il y aurait 10 millions (10 000 000) d'apatrides dans le monde dont sept cent cinquante mille (750 000) en Afrique de l'ouest<sup>2</sup>. Mais en réalité, il est difficile d'avoir des statistiques fiables sur la question, car les États ne sont pas toujours disposés à fournir les informations nécessaires à ce sujet ou n'ont pas les moyens de le faire. Toutefois, le manque ou l'insuffisance de données fiables en la matière ne peut oblitérer le caractère crucial de la problématique de l'apatridie dans le monde en général et en Afrique en particulier.

Avant d'aller plus loin dans la réflexion sur l'apatridie, il convient de se mettre d'accord sur l'objet de la présente étude. Sur le plan doctrinal, Jean Salmon définit l'apatride comme étant « un individu sans nationalité<sup>3</sup> ». Selon le *Dictionnaire des droits de l'homme*, « l'apatridie équivaut généralement à une forme d'inexistence juridique qu'on a pu comparer à une “mort sociale” (...) une négation de l'individu par son expulsion hors du droit<sup>4</sup> ». Quant à l'Institut de Droit International (IDI), il précise que le mot « désigne tout individu qui n'est considéré par aucun État comme possédant sa nationalité<sup>5</sup> ». Sur le plan conventionnel, c'est la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 qui en fournit une définition laconique mais consensuelle. En effet, selon l'article 1er paragraphe 1 de la Convention de 1954, « le terme “apatride” désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation. » Autrement dit, l'apatride est une personne sans la nationalité d'aucun des 93 États existants et qui, par conséquent, ne jouit de la protection juridique et diplomatique d'aucun État. Il s'agit donc d'une personne qui ne peut jouir des

<sup>2</sup> UNHCR, *Nationalité et apatridie* 2010, 1.

<sup>3</sup> Salmon J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, 2001, 69.

<sup>4</sup> Andriantsimbazovina J. et autres (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 2008, 45 et 46.

<sup>5</sup> IDI, « Statut juridique des apatrides et des réfugiés », *Annuaire*, session de Bruxelles, 1936, 294.

droits fondamentaux que confère la législation d'un pays à tous ses citoyens. Ainsi, l'on peut dire sans exagération qu'un apatride est une personne juridiquement « nue » ou pire, juridiquement « inexistante »<sup>6</sup>. Et comme le dit si bien Arnaud de Nanteuil, « en perdant sa nationalité, l'apatride perd en définitive le “droit d'avoir des droits” dans l'ordre juridique de l'État sur le territoire duquel il se trouve (...) »<sup>7</sup>. Le droit à la nationalité sensé être un droit élémentaire de toute personne humaine, est devenu une question sensible pour tous les États du monde qui, parfois, dénie ce droit aux migrants, mais surtout à nombre de leurs propres ressortissants qui ont des difficultés ou qui sont dans l'impossibilité d'apporter la preuve de leur nationalité.

Apatridie et nationalité sont donc deux notions étroitement liées<sup>8</sup>. En effet, selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la nationalité est le « lien politique et juridique entre une personne et un État donné, qui unit l'une à l'autre par des sentiments de loyauté et de fidélité, donnant à la personne concernée droit à la protection diplomatique dudit État »<sup>9</sup>. La Cour internationale de justice, dans *l'affaire Nottebohm* de 1955<sup>10</sup>, la définit comme « un lien juridique fondé sur un fait social d'attachement, un rapport authentique d'existence, des intérêts et des sentiments, ainsi que sur l'existence de droit et d'obligation réciproques. » Ainsi, la nationalité confère à une personne des droits et devoirs, c'est-à-dire, la protection juridique consacrée par la législation d'un pays et qui, par conséquent, fait de cette personne le citoyen de ce pays. C'est le refus de cette nationalité et des droits inhérents qui fait de la personne en question un apatride. Or, l'apatridie a des conséquences dramatiques sur le statut juridique, la vie et la dignité de la personne qui en est victime. Son appartenance à l'humanité lui est presque déniée.

À ce sujet, il convient de rappeler les propos saisissants de Hannah Arendt, qui affirme dans son ouvrage *Les Origines du totalitarisme* que :

---

<sup>6</sup> À ce propos, la Cour interaméricaine des droits de l'homme fera le constat que « l'apatridie rend impossible l'exercice des droits civils et politiques d'une personne et la place dans une situation de vulnérabilité extrême. » Cf. Ciadh, *Ninas Yean y Bosico c. République Dominicaine*, 8 septembre 2005, in Burgorgue Larsen L. et Ubeda De Torres A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, 2008, 607.

<sup>7</sup> Nanteuil A., « Réflexion sur le statut d'apatride en droit international », in SFDI, *Le droit international et la nationalité*, 2012, 320.

<sup>8</sup> Verwilghen M., « Conflits de nationalité, plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, 47-61.

<sup>9</sup> Ciadh, *Castillo-Petruzzi et al. contre Pérou*, mai 1999.

<sup>10</sup> CIJ, *Affaire Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), 6 avril 1955.

« Être déchu de sa citoyenneté, c'est être privé de son appartenance au monde, c'est comme revenir à l'État sauvage, à l'État d'homme des cavernes... Un homme réduit à cette seule condition d'homme perd jusqu'aux qualités qui permettent aux autres de le reconnaître comme un des leurs... Il peut vivre et mourir sans laisser de trace, sans apporter la moindre contribution au monde commun<sup>11</sup>. »

Ainsi, être apatride c'est finalement être un 'fantôme' sans visibilité juridique (sans pièces d'identité), sociale (difficulté d'intégration dans la société), professionnelle (difficulté de prétendre à un travail qualifié et décent) et donc économique (manque ou insuffisance de moyens de subsistance).

La volonté des États de limiter le phénomène au plan international remonte à la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle avec l'adoption, le 12 avril 1930, de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Mais en raison de l'accroissement du nombre d'apatrides suite à la Seconde Guerre mondiale<sup>12</sup>, les États ont adopté deux autres conventions, à savoir la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 et la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961, afin de réduire, voire d'éradiquer l'apatridie.

Si aujourd'hui, en raison de ces conséquences humanitaires dramatiques, les États, les organisations internationales et les ONG se sont saisis de la problématique de l'apatridie en vue de la résorber, il faut se rendre à l'évidence qu'elle ne suscite pas le même intérêt de la part de la doctrine, notamment francophone, qui s'illustre par une relative indifférence contrairement à la doctrine anglaise<sup>13</sup>. Seules quelques rares études académiques y sont directement consacrées,<sup>14</sup> contrairement à des thématiques connexes, telles que

<sup>11</sup> Arendt H, *Les Origines du totalitarisme*, 1973.

<sup>12</sup> Dupuy P-M., *Droit international public*, 2008. 77.

<sup>13</sup> On peut citer entre autres Weissbrodt D., Collins C., 'The Human Rights of Stateless Persons', *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006245-276; Doebbler C., 'A human rights approach to statelessness in the middle East', *Leiden Journal of International Law*, vol. 2002533; Weis P., *Nationality and Statelessness in International Law* (2nd Ed.), Kluwer, 1979; De Chickera A., *Unravelling Anomaly: Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, 2010; etc.

<sup>14</sup> Verwilghen M., « Conflits de nationalité, plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999. 47-61 ; Nanteuil A., « Réflexion sur le statut d'apatride en droit international », in SFDI, *Le droit international et la nationalité*, 2012319-336 ; Likibi R., *Droit de l'apatridie : pratiques et controverses*, Publibook, 2013 ; Browen M., *La nationalité, la migration et l'apatridie en Afrique de l'Ouest*, UNHCR, Juin 2015; Soma/Kabore V., « Les causes et conséquences de l'apatridie », *Revue CAMES/SJP*, n° 001, 2016179-191 ; Aïvo G., « Frontières et apatridie », *Revue africaine de la démocratie et de la gouvernance*,

la nationalité,<sup>15</sup> ou voisines, telles que les migrants et les réfugiés.<sup>16</sup> Le but de la présente étude est donc de contribuer au développement de la réflexion sur la question de l'apatridie afin de la sortir un tant soit peu de son 'isolement doctrinal'.

Il faut dire que les problèmes liés à la nationalité et à l'apatridie se posent particulièrement en Afrique, où les cadres juridiques ainsi que les moyens administratifs de recensement des populations et d'enregistrement des naissances sont insuffisants ou défectueux et, parfois, incompatibles avec les normes internationales. Dans les législations nationales africaines, les conditions d'accès à la nationalité sont variables : elles sont accessibles dans certains pays, discriminatoires dans d'autres, et parfois en contradiction avec les normes internationales et régionales. Ce sont souvent la discrimination, les conflits de loi et les modifications des frontières,<sup>17</sup> entre autres, qui génèrent des difficultés de reconnaissance de la nationalité dont le refus engendre l'apatridie des personnes concernées

Dans le cadre de la présente étude, il conviendra d'analyser, d'une part, les risques d'apatridie générés par la variabilité des modalités d'accès à la nationalité dans les législations nationales et les pratiques administratives qui les sous-tendent (II), avant de montrer, d'autre part, l'évolution de la réglementation aux plans international et régional africain et les approches de solutions institutionnelles et jurisprudentielles envisagées pour résorber les problèmes d'apatridie qui se posent sur le continent africain (III).

---

vol. 3, n° 1 et 2, 2016107-124.

<sup>15</sup> Cf., entre autres, SFDI, *Le droit international et la nationalité*, 2012 ; Castro F. (de), « La nationalité, double et supra-nationalité », *RCADI*, 1961, 526 ; Makarov A. N., « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, 1949, 279 et s ; Giraud E., « Le droit de la nationalité, sa valeur, son application », *RGDIP*, 1924, 30 et s. ; Manby, B., *La nationalité en Afrique*, 2011. Manby, B., *Les lois sur la nationalité en Afrique : Une étude comparée*, 2ème Edition, Open Society Foundations, 2010.

<sup>16</sup> A'titre illustratif, la bibliographie numérique complète du Max Planck Institut sur les différentes thématiques du droit international ne recense seulement que 22 références sur l'apatridie, alors qu'elle en dénombre 815 concernant la notion de 'réfugié'. Cf.: [www.mpil.de/wu/en/pub/library/catalogues\\_databases/doc\\_of\\_articles/pil.cfm](http://www.mpil.de/wu/en/pub/library/catalogues_databases/doc_of_articles/pil.cfm) ; NANTEUIL A., « Réflexion sur le statut d'apatride en droit international », in SFDI, *Le droit international et la nationalité*, op. cit.321.

<sup>17</sup> Aïvo G., « Frontières et apatridie », *op. cit.*

## II DES RISQUES D'APATRIDIE AU NIVEAU DES APPROCHES VARIABLES D'ATTRIBUTION DE LA NATIONALITÉ PAR LES ÉTATS

Les États africains ont adopté des approches juridiques variables d'attribution de la nationalité et l'application de leur législation par les services administratifs d'État civil n'est pas toujours efficace.

### 1. Les risques au niveau législatif

L'octroi de la nationalité fait partie des attributs de la souveraineté des États en vertu de leur compétence personnelle. Il s'agit d'une compétence discrétionnaire fondée notamment sur leur législation en matière de nationalité<sup>18</sup>. Presque tous les pays disposent d'une législation sur la nationalité. Certaines datent du lendemain des indépendances (Bénin et la plupart des États africains) et d'autres ont subi des réformes pour s'adapter aux réalités nouvelles (Côte d'Ivoire et Sénégal par exemple). Ces législations ont consacré des approches variables sur les modalités d'octroi de la nationalité. Il s'agit de l'obtention de la nationalité par la filiation, par la naissance sur le territoire, par le mariage et par la naturalisation.

La première modalité est l'obtention de la nationalité par la filiation (enfant). Elle obéit à un critère fondamental. Il s'agit du *jus sanguinis*, défini comme « le critère en vertu duquel la nationalité originaire d'un individu lui est conférée en raison de sa filiation »<sup>19</sup>. Ici, l'enfant bénéficie de la nationalité de ses parents en raison de leur lien de sang. Ce critère d'attribution de la nationalité est celui retenu par la législation de certains pays africains. C'est le cas de la Côte d'Ivoire. L'article 6 du Code de la nationalité ivoirienne<sup>20</sup> dispose que :

« Est ivoirien :

- 1 - L'enfant légitime ou légitimé, né en Côte d'Ivoire, sauf si ses deux parents sont étrangers ;
- 2 - L'enfant né hors mariage, en Côte d'Ivoire, sauf si sa filiation est légalement établie à l'égard de ses deux parents étrangers, ou d'un seul parent, également étranger. »

<sup>18</sup> Dupuy P.-M., *Droit international public, op. cit.* ; Combacau J., Sur S., *Droit international public*, 2006.

<sup>19</sup> Salmon J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, 2001, 633.

<sup>20</sup> Loi n° 61-415 du 14 décembre 196 modifiée par la Loi n° 72-852 du 21 décembre 1972 et la Loi 2013-649 du 13 septembre 2013.

L'article 7 ajoute que:

« Est ivoirien :

- 1 - L'enfant légitime ou légitimé, né à l'étranger d'un parent ivoirien ;
- 2 - L'enfant né hors mariage, à l'étranger, dont la filiation est légalement établie à l'égard d'un parent ivoirien. »

C'est donc le lien de filiation, le lien de sang avec l'ascendant au premier degré, qui est retenu. Ce critère du *jus sanguinis* est également retenu par le Code sur la nationalité au Bénin (art. 12), au Mali (art. 8)<sup>21</sup>, au Niger (art. 11)<sup>22</sup>, au Sénégal (art. 5), au Togo (art. 1er)<sup>23</sup> et à la République du Congo (art. 7),<sup>24</sup> etc. En effet, au Bénin, l'article 12 de la Loi 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité dahoméenne dispose que :

« Est dahoméen :

- 1°- l'enfant né d'un père dahoméen;
- 2°- l'enfant né d'une mère dahoméenne lorsque le père est inconnu ou n'a pas de nationalité connue. »

Allant dans le même sens, l'article 5 de la Loi n° 2013-05 du 8 juillet 2013 portant modification de la Loi n° 61-10 du 7 mars 1961 déterminant la nationalité sénégalaise, modifiée, précise que : « Est sénégalais tout enfant né d'un ascendant au premier degré qui est sénégalais. » Concernant la deuxième modalité relative à l'obtention de la nationalité par la naissance sur le territoire de l'État, elle se fait en vertu du critère du *jus soli*, défini comme le « critère en vertu duquel la nationalité originaire d'un État est conférée à un individu en raison du territoire sur lequel sa naissance s'est produite. » Ici, l'enfant acquiert la nationalité d'un pays du fait de sa naissance sur le territoire du pays. Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples, car la législation de la plupart des pays africains a consacré un double *jus soli*. On peut citer l'exemple du Bénin (art. 7), de la République du Congo (art. 8), du Mali (art. 12), du Niger (art. 8), du Sénégal (art. 1er), etc.

<sup>21</sup> Loi n° 62-18 AN-RM du 03 février 1962 modifiée par la Loi 95-70 du 25 août 1995 portant modification du Code de la nationalité malienne.

<sup>22</sup> Ordonnance 84-33 du 23 août 1984 portant Code de la nationalité nigérienne.

<sup>23</sup> Ordonnance 78-34 du 7 septembre 1978 portant Code de la nationalité togolaise.

<sup>24</sup> Loi n° 35-1961 du 20 juin 1961 portant Code de la nationalité congolaise.



Selon l'article 7 alinéa 1er du Code de la nationalité dahoméenne : 'Est dahoméen l'individu né au Dahomey d'un père qui y est lui-même né.' Quant à l'article 8 du Code de la nationalité de la République du Congo, il dispose que : 'Est congolais l'enfant né au Congo : 1) Soit d'un père congolais et d'une mère née au Congo ; 2) Soit d'un père né au Congo et d'une mère congolaise; 3) Soit d'un père et d'une mère eux-mêmes nés au Congo.' Ainsi, pour que l'enfant bénéficie de la nationalité par le droit du sol, il faut non seulement qu'il soit né sur le territoire de l'État concerné, mais aussi, ses parents doivent y être nés.

Au regard de l'analyse qui précède, il ressort que la plupart des pays africains ont consacré la possibilité pour l'enfant d'accéder à la nationalité soit par le *jus sanguinis*, soit par le *jus soli*. Cependant, il convient de signaler le caractère discriminatoire de la plupart de ces législations. La discrimination est relative au sexe ou basée sur le genre. En effet, si l'homme peut transmettre sa nationalité à son enfant, ce n'est pas le cas de femme, à qui ce droit est souvent dénié avec pour corollaire le risque d'apatridie pour son enfant en cas de décès de son père ou en cas de refus du père de reconnaître l'enfant. À titre illustratif, on peut citer l'exemple des Codes de nationalité du Bénin (art. 12), du Togo (art. 3) et du Mali (art. 20), avec des exceptions notables comme celle de la Côte d'Ivoire (art. 6) et du Sénégal (art. 5), etc.

Par ailleurs, il faut préciser que de nombreux pays ouest-africains n'ont pas prévu de dispositions concernant les enfants trouvés sur leur territoire. C'est le cas de la Côte d'Ivoire, du Liberia, du Nigeria, de la Sierra Leone, du Togo et du Sénégal. Seule la législation de quelques rares États confère la nationalité aux enfants trouvés sur le territoire, tels que le Burkina Faso (art. 143) ; le Cap-Vert (art. 8-c-d) ; la Guinée Bissau (art. 5-1 (a-d)) et le Togo (art. 2)<sup>25</sup>, etc. Même les législations de certains États qui ont prévu cette mesure de sauvegarde sont assez restrictives dans la mesure où elles ne visent pas tous les enfants trouvés, mais seulement les 'nouveaux nés'<sup>26</sup>. Or, selon les statistiques de l'UNICEF, il y aurait 13 millions d'orphelins en Afrique de l'Ouest. Ces enfants sont confrontés de manière aigüe à un risque d'apatridie (le cas notable des enfants Talibé au Sénégal).

<sup>25</sup> Soma/Kabore V., « Les causes et conséquences de l'apatridie », *op. cit.*, 180.

<sup>26</sup> Par exemple, l'article 10 du Code congolais de la nationalité dispose que : « L'enfant nouveau-né trouvé au Congo est résumé jusqu'à preuve du contraire être né au Congo. » Voir aussi l'article 10 du Code béninois de la nationalité.

Quant à la troisième modalité, elle concerne l'obtention de la nationalité par alliance. Il s'agit de l'obtention de la nationalité par le mariage. C'est le domaine par excellence de la discrimination entre l'homme et la femme en matière d'acquisition de la nationalité. En effet, de nombreuses législations nationales en Afrique offrent la possibilité à une femme étrangère d'acquérir la nationalité de son mari. Ainsi, un mari peut transmettre sa nationalité à son épouse étrangère. En revanche, la femme qui épouse un étranger ne peut lui transmettre sa nationalité. C'est le cas au Bénin (art. 18), au Mali (art. 23), au Niger (art. 14), en Guinée (art. 49), au Nigeria (art. 26), en Sierra Leone (art. 7), au Togo (art. 5), etc. Ces situations peuvent générer des risques d'apatridie pour l'homme étranger de nationalité inconnu, mais à qui son épouse ne peut transmettre sa nationalité par le mariage.

De même, il y a la discrimination raciale dans les critères d'attribution de la nationalité dans certains pays, même si ce sont des cas rares qui ont cours au Liberia (art. 22 et 27 de la Loi de 1986) et à la Sierra Leone (art. 2 de la Loi de 1973). Dans ces États, les étrangers non africains ne peuvent acquérir la nationalité de ces pays.

Enfin, en dehors des modes discriminatoires d'acquisition de la nationalité consacrés par de nombreuses législations africaines et qui sont des facteurs générateurs d'apatridie ou de risque d'apatridie, il convient de préciser que d'autres facteurs contenus dans ces législations concourent également au même résultat. Il s'agit des conditions de renonciation à la nationalité<sup>27</sup> et celles de déchéance de la nationalité<sup>28</sup> dont la réglementation nous paraît perfectible.

---

<sup>27</sup> Certaines législations offrent la possibilité à leurs ressortissants de renoncer à leur nationalité pour demander la nationalité d'un autre pays. Mais elles n'ont pas prévu de mesure de sauvegarde pour s'assurer que cette renonciation leur garantit au préalable l'obtention d'une autre nationalité. La preuve de la détention ou de l'assurance d'obtenir une autre nationalité n'est pas demandée. C'est le cas au Burkina Faso (art. 186), au Liberia (art. 22.1), au Nigeria (art. 29 de la constitution) et au Togo (art. 23). Ce faisant, ces législations ne sont pas conformes aux règles internationales, notamment l'article 7 de la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie, qui dispose que : « (...) *Un individu possédant la nationalité d'un État contractant et qui sollicite la naturalisation dans un pays étranger ne perd sa nationalité que s'il acquiert ou a reçu l'assurance d'acquérir la nationalité de ce pays (...)*. » Il y a donc un risque d'apatridie pour les ressortissants de ces pays, qui peuvent renoncer à leur nationalité sans la garantie d'obtenir la nationalité étrangère sollicitée.

<sup>28</sup> Cette possibilité est prévue par la législation de plusieurs pays de l'Afrique de l'Ouest en cas d'atteinte ou de préjudice grave aux intérêts de l'État ou de déloyauté. On peut citer par exemple les législations de la Sierra Leone (art. 17), du Nigeria (art. 30 de la Constitution), du Mali (art. 43), du Togo (art. 29), du Burkina Faso (art. 189), de la Côte d'Ivoire (art. 54.4), de la Gambie (art. 13.b), du Bénin (art. 51) et du Sénégal (art. 21). Cependant, la pratique de la déchéance de la nationalité est rare (le cas de

Au regard de l'analyse qui précède, il apparaît clairement que la plupart des lois adoptées au lendemain des indépendances en Afrique ne sont pas conformes aux normes internationales relatives à l'apatridie, notamment sur les principes d'égalité et de non-discrimination. Nous y reviendrons dans la seconde partie de cette étude. Mais avant, il convient de mettre l'accent sur un autre facteur important d'apatridie ou de risque d'apatridie : les défaillances institutionnelles et administratives dans le processus d'enregistrement des naissances.

## **2. Les risques au niveau de la pratique institutionnelle et administrative**

L'insuffisance des mécanismes d'enregistrement à l'état civil dans la plupart des États africains constitue une des causes importantes de l'apatridie ou du risque d'apatridie. Ce problème est dû non seulement au fait que les services de l'état civil et les centres hospitaliers sont souvent concentrés dans les centres urbains au détriment des campagnes et des zones frontalières. Quand ces centres existent dans les campagnes, ils sont souvent très éloignés des villages. Ce qui fait que beaucoup de femmes continuent d'accoucher à la maison et n'enregistrent pas leurs enfants, ou ne le font pas dans les délais légaux requis. La culture du nomadisme de certaines populations, notamment peulh, la guerre<sup>29</sup> et les conditions de vie dans les camps de réfugiés<sup>30</sup> aggravent la difficulté d'enregistrement des naissances. L'ensemble de ces différents facteurs justifie le faible taux d'enregistrement des naissances et de documentation dans de nombreux pays africains.

En effet, le taux d'enregistrement dans les pays d'Afrique de l'Ouest varie entre 4 % (Libéria), 50 % (Côte d'Ivoire) et 90 % (Cap-Vert). On peut également citer l'exemple particulier de la frontière entre le Bénin et le Burkina Faso où, dans la région litigieuse de Kourou/Koalou (68 km carré), revendiquée par les deux pays, on note l'absence ou l'insuffisance de services d'État civil et d'hôpitaux.

---

Oussama Ben Laden déchu de sa nationalité saoudienne pour cause de terrorisme). Il faut préciser que le droit international prévoit cette possibilité, mais à condition que la personne déchue ne risque pas l'apatridie du fait de cette déchéance (art. 8 de la Convention de 1961 sur la réduction de l'apatridie).

<sup>29</sup> Par exemple, le taux d'enregistrement des naissances a chuté de 20% lors du conflit armé qui s'est éclaté au début des années 2000, pour se situer aujourd'hui approximativement à 50 %. Cf. UNHCR, *Nationalité et apatridie en Afrique de l'Ouest : note d'information*, avril 2014, 15.

<sup>30</sup> À titre illustratif, dans 103 camps, seulement 46 % des nouveau-nés ont un certificat de naissance. Cf. UNHCR, *Global Strategic Priorities* ; UNHCR, *Nationalité et apatridie en Afrique de l'Ouest : note d'information*, avril 2014, 15.

Or, ceux qui ne se font pas enregistrés courent le risque d'apatridie car ils peuvent un jour ne pas être reconnus ni par le Burkina Faso ni par le Bénin<sup>31</sup>. Il y a aussi le cas des populations de Diffa situées à la frontière entre le Niger et le Nigeria, où 82 % de la population n'a pas de document d'identification et 61 % courent le risque d'apatridie<sup>32</sup>. Enfin, il y a le cas des enfants talibés au Sénégal qui généralement ne sont pas enregistrés et n'ont aucun papier d'identité. Ces exemples illustrent bien les insuffisances et les défaillances dans la prise en compte administrative et institutionnelle des populations, notamment celles vivant dans les campagnes et dans les zones frontalières, au sein des pays africains qui ont ainsi du mal à protéger efficacement celles-ci contre les risques d'apatridie. Or, l'acte de naissance est le document juridique de base qui informe sur le lieu de naissance, les liens familiaux et confère au moins une présomption de nationalité. Il apparaît alors comme l'élément de preuve par excellence pour avoir la nationalité dans les pays qui pratiquent le *jus soli*<sup>33</sup>. Il apparaît donc que l'enregistrement des naissances est un des moyens essentiels de prévention des cas d'apatridie, parce qu'il permet l'établissement des documents d'identité des personnes et facilite la détermination de leur nationalité.

En dehors du problème d'enregistrement et de la mauvaise application de la loi, il y a le problème de la conservation des documents d'État civil dû au défaut d'informatisation desdits documents. Ces documents ne sont généralement pas protégés contre l'humidité, la poussière, les intempéries ou la moisissure, et sont parfois abandonnés par l'administration dans des locaux inappropriés. Cela rend difficile la délivrance des duplicatas et autres copies originales aux usagers qui peuvent de ce fait se retrouver dans l'impossibilité de prouver leur identité et par conséquent leur nationalité, risquant ainsi fortement l'apatridie.

Et pourtant, les règles de droit international et régional de protection de lutte contre l'apatridie ont posé un certain nombre de principes juridiques et indiqué des mesures préventives vis-à-vis desquels les législations nationales ne sont pas toujours en conformité.

<sup>31</sup> Aïvo G., « Frontières et apatridie », *op. cit.* 113.

<sup>32</sup> Cf. Hassane B., *Étude sur la problématique de la documentation et le risque d'apatridie au sein des populations déplacées du Nord Nigéria vers la région de Diffa (Niger)*, Rapport final, juin 2015. 7.

<sup>33</sup> Mais dans les pays qui pratiquent le *jus sanguinis*, c'est le certificat de nationalité des parents qui constitue la preuve du lien de sang avec leur enfant (filiation) et qui lui permet d'avoir la nationalité.

### **III DES APPROCHES JURIDIQUES ET JURISPRUDENTIELLES PERFECTIBLES AU PLAN INTERNATIONAL ET RÉGIONAL**

La réglementation de la lutte contre l'apatridie a beaucoup évolué sur le plan international dont les grandes étapes sont la Convention de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité ; la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 et la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961 ; sans oublier les conventions protégeant les catégories vulnérables, comme les enfants et les femmes. Le continent africain va progressivement s'inscrire dans cette dynamique en adoptant un certain nombre d'instruments juridiques en la matière (1) dont le juge régional apparaît comme le meilleur garant du respect par les États (2).

#### **1. Des réglementations internationales et régionales progressistes**

La compétence d'attribution des États en matière d'octroi de la nationalité doit s'exercer conformément aux engagements qu'ils ont pris dans les traités internationaux et régionaux. Au plan international, cela apparaît clairement dans la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui dispose en son article 1er que :

« Il appartient à chaque État de déterminer, conformément à sa propre législation, qui sont ses propres citoyens. Cette législation doit être reconnue par les autres États dans la mesure où elle est conforme aux conventions internationales, aux usages internationaux et aux principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. »

Ce doit être le cas de tous les États qui sont parties à la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 et la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961, y compris les conventions régionales africaines, européennes et interaméricaines en la matière<sup>34</sup>. Cette disposition est renforcée par l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui dispose que :

---

<sup>34</sup> Voir entre autres la Convention interaméricaine des droits de l'homme de 1969 (art. 20) ; la Convention européenne sur la nationalité (Conseil de l'Europe) de 1997 ; la Convention européenne sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'État (Conseil de l'Europe) de 2006 ; la Charte africaine relative aux droits et au bien-être de l'enfant de 1999 (art. 6) ; le Pacte des droits de l'enfant dans l'Islam de 2005.

« Tout individu a droit à une nationalité. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité. » Cela suppose que chaque État doit prendre les dispositions nécessaires pour éviter que ses ressortissants deviennent des apatrides. La Convention relative aux droits de l'enfant est plus précise concernant les mesures spécifiques de réduction de l'apatridie. En effet, son article 7 dispose que :

« L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride. »

Abondant dans le même sens, le Comité permanent du HCR affirme :

« (Les) États devraient assurer l'enregistrement systématique des naissances et l'établissement d'acte de naissance afin de conférer une identité juridique et une nationalité effective aux enfants ; le HCR et l'UNICEF devraient coopérer pour aider les pays intéressés par ces démarches<sup>35</sup>. »

L'enregistrement des naissances est un des moyens essentiels de prévention des cas d'apatridie, parce qu'il permet l'établissement des documents d'identité des personnes et facilite la détermination de leur nationalité.

Au plan régional africain, l'analyse se limitera aux cadres de l'Union africaine et de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

Dans le cadre de l'Union africaine, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne fait aucune référence à la nationalité. Toutefois, dans les affaires *Amnesty International/Zambie* de 1999<sup>36</sup> et *Modise/Bostwana* de 2000<sup>37</sup>, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples fait une interprétation large de l'article 5<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Comité permanent du HCR, 14 février 2006, doc. n° EC/57/SC/CRP.6, n°5.

<sup>36</sup> ComADHP, Communication 212/98, 1999.

<sup>37</sup> ComADHP, Communication 97/93, 2000.

<sup>38</sup> Art. 5 : « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture

de la Charte pour garantir le droit à la nationalité aux ressortissants des États membres. Elle a affirmé que la privation de leur droit à la nationalité les empêche de jouir de leurs droits fondamentaux, portant ainsi atteinte à leur dignité.

En revanche, les instruments juridiques protégeant les catégories vulnérables comme les enfants et les femmes font expressément référence à la nationalité. En effet, l'article 6 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 dispose que :

« 1. Tout enfant a droit à un nom dès sa naissance ; 2. Tout enfant est enregistré immédiatement après sa naissance ; 3. Tout enfant a droit d'acquérir une nationalité ; 4. Les États parties à la présente Charte s'engagent à veiller à ce que leurs législations reconnaissent le principe selon lequel un enfant a droit d'acquérir la nationalité de l'État sur le territoire duquel il/elle est né (e) si, au moment de sa naissance, il/elle ne peut prétendre à la nationalité d'aucun autre État conformément à ses lois. »

Le droit à la nationalité est aussi garanti à la femme par le Protocole additionnel à la Charte africaine relatif aux droits de la femme en Afrique, adopté le 11 juillet 2003 à Maputo. Selon l'article 6 (g) et (h) du Protocole :

« g) La femme mariée a le droit de conserver sa nationalité et d'acquérir la nationalité de son mari (...)

h) La femme a le même droit que l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants sous réserve des dispositions contraires dans les législations nationales et des exigences de sécurité nationale. »

Cette réserve opérée par cette disposition est regrettable parce que les États peuvent en faire un usage abusif en restreignant les modalités d'acquisition de la nationalité par la femme et en la discriminant par rapport à l'homme.

Concernant le projet de Protocole de l'UA sur la nationalité, son processus d'élaboration et d'adoption est engagé comme suit : il y a la Résolution 234 (CADHP/Rés.234 LIII) de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur le droit à la nationalité adoptée le 22 avril 2013 à sa 53<sup>ème</sup> Session ordinaire à Banjul en Gambie. Dans cette résolution, la Commission, considérant la

---

physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites.' »

nécessité d'effectuer une recherche approfondie sur des questions se rapportant au droit de la nationalité, « Décide de confier la tâche au Rapporteur Spécial sur des réfugiés, demandeurs d'asile, déplacés et les migrants en Afrique. » Ensuite, la 'feuille de route' pour la mise en œuvre de la Résolution 234, adoptée en mai 2013 à Addis Abeba en Éthiopie et la réunion entre parties prenantes tenue en avril 2014 à Midrand en Afrique du Sud, vont accélérer le processus de rédaction du Projet de protocole. En outre, l'adoption par la Commission de L'Étude sur le droit à la nationalité en Afrique en sa 55<sup>ème</sup> Session ordinaire tenue à Luanda en Angola du 28 avril au 12 mai 2014 et l'adoption par la Commission le 12 mai 2014<sup>39</sup> de la Résolution 277 sur L'Élaboration d'un Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur le droit à la nationalité en Afrique ont constitué un pas de plus dans le processus de réalisation du projet de Protocole. En effet, cette Résolution 277 vise à mettre en œuvre la Résolution 234 en recommandant l'adoption d'un Protocole à la Charte africaine. Elle décide de confier la tâche d'élaborer un Protocole au Rapporteur Spécial sur les réfugiés, demandeurs d'asile, personnes déplacées et les migrants en Afrique. Elle invite les organisations de la société civile et les autres parties prenantes à soutenir le mécanisme. Enfin, le projet de Protocole a finalement été adopté par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et par la Commission africaine pour le droit international. Mais il n'est pas encore validé par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement.

Dans le cadre de la CEDEAO, le Protocole A/P5/5/82 portant Code de la citoyenneté de la communauté a été signé à Cotonou (Bénin) le 29 mai 1982. Le Protocole ne prévoit pas le droit à la nationalité et se contente de définir la citoyenneté communautaire fondée sur la nationalité des ressortissants des États membres. La citoyenneté communautaire dépend donc de l'acquisition de la nationalité d'un État membre. Ce statut unique de citoyen vise à favoriser l'intégration sous-régionale sans pour autant déposséder les États de leur prérogative régalienne d'attribution de la nationalité<sup>40</sup>.

Il importe de souligner le rôle important que joue le HCR<sup>41</sup> dans l'amélioration et le renforcement du cadre légal et institutionnel en matière de lutte contre l'apatridie aussi bien au sein des États qu'au

---

<sup>39</sup> Commission africaine, 55<sup>ème</sup> Session ordinaire, Luanda, Angola, 28 avril-12 mai 2014.

<sup>40</sup> HCR, *Nationalité et apatridie en Afrique de l'Ouest : note d'information*, avril 20145.

<sup>41</sup> Le Haut Commissariat pour les réfugiés.



niveau des organisations régionales africaines. À titre d'exemple, il convient de mentionner l'implication déterminante du HCR dans le processus d'adoption de la Déclaration d'Abidjan sur l'éradication de l'apatridie, le 25 février 2015 en Côte d'Ivoire, par les Ministres des États membres de la CEDEAO. Il y a également le rôle d'appui du HCR dans les réformes législatives nationales en matière de lutte contre l'apatridie dans certains pays africains tels que la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Bénin, le Mali, le Niger, le Liberia, etc. Le HCR accompagne les réformes des États conformément aux quatre piliers de sa mission : identification, prévention, protection et réduction. Grâce au dynamisme du HCR et à la volonté politique de leurs gouvernements respectifs, quatre pays disposent de plan d'action de lutte contre l'apatridie, à savoir le Bénin, la Gambie, le Mali et le Liberia. Quatre autres pays sont en train d'élaborer le plan d'action : il s'agit de Guinée Bissau, de la Guinée Conakry, du Sénégal et de la Côte d'Ivoire. Cela s'inscrit parfaitement dans les deux axes de la campagne « *I BELONG* » menée par le HCR et qui vise la sensibilisation et la mise en place de plans d'action au sein des États. Tous ces efforts ont contribué à la réforme du Code de nationalité dans certains pays tandis que d'autres ont engagé le processus de modification de leur code de nationalité, notamment en Afrique de l'Ouest.

Toutefois, malgré les progrès importants réalisés, des efforts restent à faire pour parfaire le cadre juridique et les mécanismes nationaux de sa mise en œuvre dont nous avons précédemment mis en lumière les failles.

## **2. Des solutions jurisprudentielles mitigées**

Le juge est la sentinelle du droit. Il veille à son application effective en sanctionnant toute violation par action ou par omission. En matière de garantie des droits contre l'apatridie, l'action du juge est systématiquement dirigée contre les États, seuls détenteurs du pouvoir discrétionnaire de détermination des critères d'attribution de la nationalité.

En effet, selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, cette compétence de l'État n'est plus absolue et exclusive, car les législations nationales en la matière doivent être conformes aux engagements des États aux plans internationaux et régionaux<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> CIADH, *Avis consultatif, Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, para 32-34, 1984. Voir UNHCR, *Nationalité et apatridie*, *op. cit.* Cf. également la décision de la Cour internationale de la justice, *Avis consultatif sur les décrets de nationalité de la Tunisie et du Maroc*, 1923.

C'est à ce niveau que le juge international ou régional peut jouer un rôle déterminant en amenant les États à respecter leurs engagements internationaux de manière générale et en particulier en ce qui concerne le droit de la nationalité et la lutte contre l'apatridie. Dans ce dernier cas, si le juge régional africain est prompt à protéger efficacement les personnes privées de nationalité dont il est appelé à trancher le contentieux en matière de nationalité, ce n'est pas le cas du juge international qui se montre réservé à prendre en compte la protection des populations frontalières en cas de règlement des différends territoriaux.

Au niveau régional africain, il convient d'analyser quelques décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui témoignent de son efficacité en matière de protection du droit à la nationalité. En effet, on peut citer l'affaire *Amnesty International/Zambie* 1999<sup>43</sup> et l'affaire *Modise/Bostwana*, 2000<sup>44</sup>.

Dans la première affaire, la communication a été introduite par Amnesty International pour le compte des sieurs William Steven Banda et Feu John Lyson Chinula. Les deux hommes politiques ont été déportés de force au Malawi respectivement en 1991 et 1994 sous prétexte qu'ils constituaient un danger pour la paix en Zambie et ne sont pas des zambiens. Dans sa décision, la Commission africaine a affirmé que :

« en forçant (les requérants) à vivre comme des apatrides, dans des conditions dégradantes, le gouvernement de la Zambie les a privés de leur famille et a privé ces familles du soutien des hommes, ce qui constitue une violation de la dignité de l'être humain et par conséquent, une violation de l'article 5 de la Charte, qui garantit le droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique<sup>45</sup>. »

Dans la seconde affaire, le sieur Modise revendique la citoyenneté botswanaise dans les circonstances ci-après : son père, citoyen botswanais, a immigré en Afrique du Sud pour y travailler. Pendant son séjour, il s'est marié et le requérant est né de ce mariage. Sa mère étant décédée quelque temps après sa naissance, il a été amené au Botswana où il a grandi. Le demandeur revendique par conséquent

<sup>43</sup> ComADHP, Communication 212/98, 1999.

<sup>44</sup> ComADHP, Communication 97/93, 2000. HCR, *Nationalité et apatridie en Afrique de l'Ouest : note d'information*, avril 2014, 4-5.

<sup>45</sup> ComADHP, Communication 212/98, 1999, para 58.

la nationalité botswanaise par le lien de sang. Il allègue qu'en 1978, il était l'un des fondateurs et responsables du parti d'opposition, le Botswana National Front. Il estime que c'est à cause de ses activités politiques qu'il a été déclaré « immigré indésirable » au Botswana par le gouvernement. Dans cette affaire, la Commission africaine a affirmé que les autorités botswanaises, en déniant la nationalité de ce pays au requérant, ont violé l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Selon la Commission, les dispositions de l'article 5 de la Charte impliquent un droit à une nationalité parce que ce droit est indispensable à la jouissance des autres droits et libertés fondamentaux garantis par la Charte, notamment la protection de la loi, le respect de la dignité, le droit de partir et de revenir dans son pays, de participer au gouvernement de son pays, d'accéder au service public et d'avoir une vie familiale<sup>46</sup>.

En ce qui concerne le juge international, c'est la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ) qui est ici mise en lumière en raison de sa richesse en matière de délimitation territoriale. Or, la modification des frontières entre États est une des causes importantes d'apatridie dans le monde. Il s'agit donc de voir à travers l'analyse de sa jurisprudence, si le juge de la CIJ prend en compte la protection des populations frontalières contre l'apatridie.

En réalité, la CIJ a pendant longtemps ignoré le sort des populations frontalières dans les décisions portant sur le règlement des différends territoriaux. On peut citer par exemple les affaires *Burkina Faso/Mali* du 22 décembre 1986, Bénin/Niger du 12 juillet 2005. À titre illustratif, il convient d'analyser quelques décisions de la CIJ.

Par exemple, dans son jugement rendu le 22 décembre 1986 dans l'affaire *Burkina Faso/Mali*, la Cour, se basant sur la reconnaissance par les deux parties de la frontière établie avant l'indépendance par l'administration française, a partagé la zone frontalière litigieuse de façon presque égale entre les deux États. Le Mali a reçu la partie occidentale et le Burkina Faso la partie orientale sans que la Cour ne se prononce sur la question de la nationalité des personnes habitant cette localité.

De même, dans le différend territorial entre le Bénin et le Niger qui ont saisi le 11 avril 2002 par un compromis la CIJ, cette dernière a adopté une position similaire. Ce différend porte sur la détermination de l'appartenance des îles situées à la frontière entre les deux États dans le bassin du fleuve Niger. Le Bénin réclamait

---

<sup>46</sup> ComADHP, Communication 97/93, 2000. Cf. HCR, *Nationalité et apatridie en Afrique de l'Ouest : note d'information*, avril 2014, 4-5.

la totalité des îles alors que le Niger demandait le partage. Dans la décision rendue le 12 juillet 2005, les juges de la CIJ ont finalement attribué neuf îles au Bénin situées sur la rive droite du fleuve, et 16 au Niger dont l'île de Lété, la plus grande et la plus disputée par les deux États, situées sur la rive gauche<sup>47</sup>. Dans cette décision, les juges ne se sont pas préoccupés des questions liées à la nationalité des populations habitant ces différentes îles, estimant sans doute, comme elle a eu à l'affirmer dans plusieurs de ses décisions précédentes, que la question de nationalité relève de la souveraineté des États. On pourrait en déduire que les populations habitant ces îles sont considérées comme étant désormais les ressortissants du pays auquel leur île a été attribuée par la Cour. Cependant, en pratique, les choses ne sont pas aussi simples, et l'expérience malheureuse de Lara, une ancienne apatride en témoigne :

« Un jour, j'étais entre deux frontières [*sic*] sans pouvoir entrer dans un pays ou dans l'autre. Une expérience que je n'oublierai jamais ! Je ne pouvais rentrer dans l'État que je venais de quitter, ni dans celui où j'étais née, où j'avais grandi et vécu ! J'étais de nulle part. J'ai encore en mémoire cette sensation d'être perdu dans un aéroport<sup>48</sup>. »

Cependant, il faut préciser que la Cour a évolué positivement dans sa jurisprudence dans l'affaire *Burkina Faso/Niger* du 16 avril 2013 où après avoir délimité la frontière entre les deux États, elle :

« exprime le souhait que chaque Partie, en exerçant son autorité sur le territoire qui relève de sa souveraineté, tienne dûment compte des besoins des populations concernées, en particulier des populations nomades ou semi-nomades, et de la nécessité de surmonter les difficultés qui pourraient surgir pour ces populations du fait de la frontière<sup>49</sup>. »

Cette évolution est certes louable, mais insuffisante, car la cour n'émet qu'un souhait qui ne lie pas nécessairement les États parties. Or, le juge, après avoir décidé de la manière dont le redécoupage des territoires doit se faire entre les États parties à un différend territorial, devrait aussi faire obligation aux États de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des populations frontalières

<sup>47</sup> CIJ, *Différend frontalier Bénin/Niger*, 12 juillet 2005.

<sup>48</sup> UNHCR, *Nationalité et apatridie*, *op. cit.* 15

<sup>49</sup> CIJ, *Burkina Faso/Niger* du 16 avril 2013, para. 11250.

contre les risques d'apatridie, et ce, conformément à leurs engagements internationaux et surtout conformément à l'article 10 de la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie et à la Résolution 55/153 de l'Assemblée générale de l'ONU de 2001 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États<sup>50</sup>. Ainsi, cela pourrait amener les États concernés à prendre des dispositions à cet effet dans l'accord de succession ou de sécession. Mais pour le moment, la pratique des États en la matière reste perfectible.

### BIBLIOGRAPHIE

- Aïvo G., « Frontières et apatridie », *Revue africaine de la démocratie et de la gouvernance*, vol. 3, n° 1 et 2, 2016, pp. 107–124.
- Andriantsimbazovina J. et autres (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 2008, pp. 45 et 46.
- Arendt H., *Les origines du totalitarisme*, New York, Ed. Harcourt Brace, 1973.
- Burgogue Larsen L. et Ubeda De Torres A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 607.
- De Castro F., « La nationalité, double et supra-nationalité », *RCADI*, 1961, 526.
- De Chickera A., *Unravelling Anomaly: Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, London: Equal Rights Trust, 2010.
- Doebbler C., 'A human rights approach to statelessness in the middle East', *Leiden Journal of International Law*, vol. 2002, p. 533.
- Dupuy P-M., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2008, p. 77.
- Giraud E., « Le droit de la nationalité, sa valeur, son application », *RGDIP*, 1924.
- Hassane B., Étude sur la problématique de la documentation et le risque d'apatridie au sein des populations déplacées du Nord Nigéria vers la région de Diffa (Niger), Rapport final, juin 2015, p. 7.

---

<sup>50</sup> Un texte composé d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, présenté par la Commission du droit international (CDI) sous la forme d'une déclaration, est joint en annexe à la présente résolution adoptée le 30 janvier 2001. Ses articles 23 et 26 offrent le droit d'option aux populations en cas de succession d'État lorsqu'elles remplissent les conditions requises par deux ou plusieurs États prédécesseurs ou successeurs. Cf. aussi la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978 et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État de 1983.

- Idi, « Statut juridique des apatrides et des réfugiés », *Annuaire*, session de Bruxelles, 1936, p. 294.
- Likibi R., *Droit de l'apatridie : pratiques et controverses*, Publibook, 2013, 420.
- Makarov A. N., « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, 1949, 279.
- Manby B., *La nationalité en Afrique*, Editions Karthala, Paris, 2011.
- Manby B., *La nationalité, la migration et l'apatridie en Afrique de l'Ouest*, UNHCR, juin 2015, 128
- Manby B., *Les lois sur la nationalité en Afrique : Une étude comparée*, 2ème Edition, Open Society Foundations, 2010.
- Nanteuil A., « Réflexion sur le statut d'apatride en droit international », in SFDI, *Le droit international et la nationalité*, Paris, Pedone, 2012, pp. 319–336.
- SFDI, *Le droit international et la nationalité*, Paris, Pedone, 2012, 524.
- Soma/Kabore V., « Les causes et conséquences de l'apatridie », *Revue CAMES/SJP*, n° 001, 2016, pp. 179–191.
- UNHCR, *L'apatridie en Afrique de l'Ouest*, p. 1.
- UNHCR, *Nationalité et apatridie*, 2010, p. 5.
- UNHCR, *Nationalité et apatridie en Afrique de l'Ouest : note d'information*, avril 2014.
- Verwilghen M., « Conflits de nationalité, plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, pp. 47–61.
- Weis P., *Nationality and Statelessness in International Law* (2nd Ed.), Kluwer, 1979.
- Weissbrodt D., Collins C., 'The Human Rights of Stateless Persons', *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006, pp. 245–276.

## **Internally displaced persons in the IGAD region: The need for a legal regime**

### ***Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays dans la région de l'IGAD : Le besoin d'un régime juridique\****

SAMUEL BERHANU WOLDEMARIAM<sup>†</sup> AND RETA ALEMU NEGA<sup>‡</sup>

#### **ABSTRACT**

*Forced human displacement is on the rise. It has proved to be one of the persistent challenges facing humanity. With an estimated number of 41.3 million internally displaced persons (IDPs) at the end of 2018, the problem of internal displacement accounts for the largest share of displaced persons around the world today. The Inter-Governmental Authority on Development (IGAD) represents one of the most affected regions of the world in terms of both the number of displaced persons and exposure to the root and precipitant causes of human displacement. Hence, responding to internal displacement is one of the challenges facing the region and its member states. This paper acknowledges the primary responsibility of states to respond to the internal displacement of people. It is, however, ironic that domestic laws governing internal displacement are for the most part non-existent. Apart from the African Union Continental Convention, whose application is crippled by its low rate of ratification, there is also no regional legal framework at the IGAD level. This paper seeks to analyse the legal consequences of having few or no laws governing internal displacement and the urgent need to implement a legal regime.*

---

\* The views expressed in this paper are solely those of the authors. They do not necessarily represent the official positions of the Ethiopian Foreign Ministry or the government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia.

† Samuel Berhanu Woldemariam (LLB, LLM) is currently a PhD (Law) candidate at the University of Newcastle, Australia, conducting research on the topic Forced Human Displacement, the State and International Law: A Critical Look from the South. He was previously a legal officer at the International Legal Affairs Directorate of the Ethiopian Foreign Ministry.

‡ Reta Alemu Nega (LLB, LLM) is the DCM at the Ethiopian Embassy in Washington DC. Reta also served as Director-General of the International Legal Affairs Directorate of the Ethiopian Foreign Ministry.

**Keywords:** displacement; internally displaced persons (IDPs); human rights; protection; assistance

### **RÉSUMÉ**

*Le déplacement forcé des populations est en hausse. Il s'est avéré être l'un des défis les plus persistants que devra relever l'humanité. Au nombre estimé de 40,3 millions de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (PDI) à la fin de 2016, le problème du déplacement intérieur représente la plus grande part des personnes déplacées dans le monde aujourd'hui. L'Autorité inter-gouvernementale pour le développement (IGAD) représentent l'une des régions les plus affectées du monde en termes du nombre de personnes déplacées ainsi que de l'exposition aux causes fondamentales et précipitantes du déplacement des populations. Ainsi, répondre au déplacement interne est l'un des défis auxquels est confrontée la région et ses États membres. Le présent document reconnaît la responsabilité primaire des États de répondre au déplacement interne des populations. Il est, cependant, ironique que les lois domestiques régissant le déplacement interne soient pour la plupart non existantes. À part la Convention continentale de l'Union africaine, dont l'application est handicapée par son faible taux de ratification, il n'y a pas non plus de cadre juridique au niveau de l'IGAD. Ce document cherche à analyser les conséquences juridiques et le besoin urgent de mettre en œuvre un régime juridique.*

**Mots clés :** déplacement; personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (PDI); droits de l'homme; protection; assistance

## **I INTRODUCTION**

History indicates that human beings have always been on the move in search of resources and better environmental conditions, or escaping conflicts and fleeing persecution.<sup>1</sup> With the emergence of the state and territoriality, the free movement of people gradually became constrained as states began to assert sole rule over their territories.<sup>2</sup> This understanding of territoriality is now at the heart

---

<sup>1</sup> See generally G Dawson & S Farber *Forcible Displacement throughout the Ages: Towards an International Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Forcible Displacement* (2012).

<sup>2</sup> See generally B Barry et al *Free Movement* (2015).



of the distinction between refugees and internally displaced persons (IDPs). The 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees<sup>3</sup> defines 'refugee' as any person who:

owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, *is outside the country of his nationality* and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being *outside the country of his former habitual residence* as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.<sup>4</sup> [emphasis added]

IDPs, on the other hand, are individuals and groups who have been dislodged from their principal place of residence as a result of external factors that disturb their normal day-to-day lives, but who remain within the bounds of the territory of their country of origin. The Guiding Principles on Internal Displacement<sup>5</sup> provide a working definition of IDPs as persons:

who have been forced to flee their homes suddenly or unexpectedly in large numbers, as a result of armed conflict, internal strife, systematic violations of human rights or natural or man-made disasters; and who are *within the territory of their own country*.<sup>6</sup> [emphasis added]

The African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (otherwise known as the Kampala Convention),<sup>7</sup> which is currently the sole binding legal instrument for the protection and assistance of IDPs, similarly defines IDPs as persons or groups of persons:

---

<sup>3</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, opened for signature 28 July 1951, vol 189, p 137 (entered into force 22 April 1954).

<sup>4</sup> Ibid, art 1(A)(2).

<sup>5</sup> ECOSOC Commission on Human Rights *Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission Resolution 1997/39, E/CN.4/1998/53/Add.2*, 54th sess, Agenda Item 9(d), (11 February 1998) (Guiding Principles on Internal Displacement).

<sup>6</sup> Ibid 5.

<sup>7</sup> African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), opened for signature 23 October 2009 (entered into force 6 December 2012).

who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and *who have not crossed an internationally recognized State border*.<sup>8</sup>

Both refugees and IDPs are forcibly displaced persons. The causes of their flight are often similar. However, we can clearly see from the above definitions of refugees and IDPs that territory is a defining factor. While refugees have crossed international boundaries, IDPs remain within the borders of their country of nationality or residence.<sup>9</sup> Territoriality, however, goes beyond serving as a defining element. Its strongest implication is to be sought in the relation between the displaced person and the country of origin. A refugee is outside of the country of origin because, owing to the circumstances of the departure, the refugee is 'unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country'.<sup>10</sup> The inability to avail oneself of the protection of one's government remains a crucial factor in establishing one's refugee status. It is also the main reason for the promotion of the instrument of international protection.<sup>11</sup>

Unlike refugees, IDPs remain within the sphere of protection of their state. Irrespective of the cause for and the fact of their displacement, they remain within their state, where they are entitled to the protection of their rights as humans and, perhaps most importantly, as citizens. Therefore, where questions of protection and assistance arise, the concerned state is expected to assume the responsibility and afford assistance and protection. With a view to strengthening the framework of protection for IDPs within the IGAD<sup>12</sup> region, this paper describes the extent of the problem in the region, the existing legal and policy frameworks, and the legal consequences of governing the internal displacement regime without

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> It is, however, possible that transitions between these two phenomena occur, for example, where IDPs cross borders and become refugees and where refugees return to their country and find themselves internally displaced.

<sup>10</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, art 1(A)(2).

<sup>11</sup> E Feller et al *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (2003) 37.

<sup>12</sup> The Inter-Governmental Authority on Development (IGAD) is a regional organisation created by countries in the Horn of Africa, and comprising Djibouti, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Somalia, South Sudan, Sudan and Uganda.

or with few rules in effect. Recommendations and conclusions are made at the end, calling for stronger national legislative frameworks and for a regional legal framework that can strengthen the protection of and assistance offered to IDPs at the IGAD level.

## II THE EXTENT OF THE PROBLEM OF INTERNAL DISPLACEMENT IN THE IGAD REGION

Forced human displacement continues to rise throughout the world. According to the 2018 Global Trends report of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 70.8 million people around the world had been forced from their homes at the end of 2018.<sup>13</sup> The report shows that the global figure of displaced people has grown from 43.3 million in 2009 to 70.8 million in 2018, and has been on the rise since 2011.<sup>14</sup> Internally displaced persons (IDPs) constitute the majority of displaced persons (41.3 million), which is 15 million more than the number of refugees that stood at 25.9 million at the end of 2018.<sup>15</sup>

The IGAD region hosts one of the largest numbers of IDPs. The Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC) indicated that, at the end of 2018, the number of IDPs in the IGAD region included 2,137,000 in Ethiopia, 162,000 in Kenya, 2,648,000 in Somalia, 1,869,000 in South Sudan, 2,072,000 in Sudan, 32,000 in Uganda and 31,000 in the Abyei Area on the border between Sudan and South Sudan.<sup>16</sup> This adds up to about 7.27 million IDPs in the IGAD region, constituting about 17.6% of the global population of IDPs.

As staggering as this number is, a critical concern for the region remains the fact that states in the region are exposed to the root and precipitant causes of human displacement. The region is characterised by high levels of poverty, conflict, maladministration and weak institutional and legal frameworks that pose challenges to development.<sup>17</sup> The IDMC 2019 report identifies conflict, violence

---

<sup>13</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) *Global Trends: Forced Displacement in 2018* (20 June 2019) 1.

<sup>14</sup> *Ibid.* 4.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (NRC/IDMC) *Grid 2019: Global Report on Internal Displacement* (May 2019) 118–120. The report provides limited data for Djibouti, reporting that there were 9,400 new displacements in 2018 due to disaster. The report does not provide data for Eritrea.

<sup>17</sup> See generally Intergovernmental Authority on Development *IGAD State of the Region Report: A Popular Version* (Information and Documentation Section, IGAD Secretariat, 2016); see also UNHCR and World Bank Group *Forced Displacement and Mixed Migration in the Horn of Africa* Report No ACS14361, 12. The report states ‘The HOA—which covers Djibouti, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Somalia, South Sudan,

and disaster as the main causes of internal displacement in the region.<sup>18</sup> The IGAD has also recognised these root causes as the main drivers of human displacement in the region. The IGAD Regional Migration Policy Framework (RMPF) identifies conflict, terrorism, natural disasters, poverty and the impacts of climate change as some of the causes of migration and human displacement in the region.<sup>19</sup>

### III LEGAL AND POLICY FRAMEWORKS FOR THE PROTECTION OF IDPs

Protecting and assisting IDPs ordinarily and primarily falls under the responsibility of states.<sup>20</sup> The default understanding of sovereignty, which leaves a state to manage affairs within its territory, leaves IDPs who are geographically located within the territory of the state subject to the national laws and policies of the concerned state. Accordingly, responsibility rests with states to provide appropriate legal and institutional frameworks to achieve this goal. Currently only Kenya<sup>21</sup> and Sudan<sup>22</sup> from the IGAD region have enacted national laws addressing the problem of internal displacement. The remaining IGAD members do not have similar legislation. Sudan<sup>23</sup>

---

Sudan, and Uganda—is plagued by persistent governance, security, and development challenges, despite its rich endowment in human, social, and natural capital. The region is witness to inequalities within and between countries, high poverty levels, too many children dying of preventable or treatable causes, high and stagnant stunting rates, poor education outcomes, and frequent violence against women and children (UNICEF 2014). The main regional and international risks and threats emanate from a long, complex history of weak governance, further exacerbated by increasing environmental degradation and entrenched poverty. This is particularly acute along often marginalized, underserved, and impoverished peripheral border areas. The complex cultural, social, and political nature of these conflicts is compounded by the increasing contestation over scarce natural resources, especially in areas affected by climate change and ungoverned and ungovernable territories.<sup>7</sup>

<sup>18</sup> Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (n 16) 48.

<sup>19</sup> See IGAD Council of Ministers *IGAD Regional Migration Policy Framework* 45th Ordinary Session (11 July 2012) 38, 45.

<sup>20</sup> Guiding Principles on Internal Displacement (n 5) principle 3; C Phuong *The International Protection of Internally Displaced Persons* (2005) 208.

<sup>21</sup> The Prevention, Protection and Assistance to Internally Displaced Persons and Affected Communities Act 2012. The Act also adopts the 1998 United Nations Guiding Principles on Internal Displacement as jointly applicable to all IDPs in Kenya.

<sup>22</sup> The Sudanese national law on internal displacement is contained in the Doha Document for Peace in Darfur (DDPD), which was adopted in May 2011. The English and Arabic versions of the document are available at <https://unamid.unmissions.org/doha-document-peace-darfur>.

<sup>23</sup> Republic of the Sudan *The National Policy for Internally Displaced Persons (IDPs)* (2009). The policy document is available at [http://www.internal-displacement.org/static\\_content/law-and-policy/sudan/Sudan\\_IDPPolicy.pdf](http://www.internal-displacement.org/static_content/law-and-policy/sudan/Sudan_IDPPolicy.pdf).

and Uganda,<sup>24</sup> on the other hand, have adopted national policies on IDPs in 2009 and 2004 respectively.

Apart from the national legal and policy frameworks, there is an increasing reliance on international law as a complement to national protection schemes, regarding assistance for and protection of IDPs.<sup>25</sup> The traditional argument that a state should be left to regulate whatever goes on inside its territory has also been increasingly challenged since the 1990s.<sup>26</sup> An understanding of the protection of IDPs as an issue of protection of their basic human rights is a prominent reason in this regard.<sup>27</sup> Human rights violations are one of the causes of human displacement.<sup>28</sup> Human rights issues surface again, since displacement opens the door further to violations of the rights of displaced persons.<sup>29</sup> The implementation of international human rights law norms is, therefore, embraced as an approach to responding to internal displacement. A clear example of this are the Guiding Principles, which derive primarily from international human rights law and international humanitarian law. The protection of human rights is thus placed at the centre of the engagements that many international bodies have with internal displacement, giving the phenomenon more and more of an international character.

The adoption of the Kampala Convention was a significant step in bringing the issue of internal displacement to the international arena. The African Union pioneered its adoption, which gave the issue of IDPs international law status, at least on the African continent. The Convention is currently the only binding international agreement for protecting and assisting IDPs. Unlike the refugee regime, for which there is a relatively stronger domestic and international legal framework, a void is observed with respect to legal frameworks for

---

<sup>24</sup> Republic of Uganda *The National Policy for Internally Displaced Persons* (2004). The policy document is available at [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/Uganda\\_IDPpolicy\\_2004.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/Uganda_IDPpolicy_2004.pdf).

<sup>25</sup> It is not the purpose of this paper to delve deep into the conceptual arguments regarding the responsibility to protect or the conception of sovereignty as a responsibility which is being advocated to justify an international involvement in the area of internal displacement. For an analysis of these debates, see generally Phuong (n 20) 208ff.

<sup>26</sup> See generally R Plender 'The legal basis of international jurisdiction to act with regard to the internally displaced' (1994) 6(3) *International Journal of Refugee Law* 345.

<sup>27</sup> Phuong (n 20) 5: 'The urgent need for protection is a matter of human rights protection. The link between refugee protection and human rights protection has long been established and a similar link exists between the protection of internally displaced persons and human rights protections.'

<sup>28</sup> See AF Bayefsky & J Fitzpatrick *Human Rights and Forced Displacement* (2000) 3.

<sup>29</sup> See M Stavropoulou 'Displacement and human rights: Reflections on UN practice' (1998) 20(3) *Human Rights Quarterly* 515 at 516.

protecting and assisting IDPs. This can be seen from the following table of Convention ratifications and national legislation.

**Table 1: A matrix of Convention ratifications and national IDP laws**

IGAD Members	1951 Refugee Convention	1967 Protocol on the Status of Refugees	OAU Refugee Convention	Kampala Convention	National IDP Laws
Djibouti	✓	✓	✗	✓	✗
Eritrea	✗	✗	✗	✗	✗
Ethiopia	✓	✓	✓	✗	✗
Kenya	✓	✓	✓	✗	✓
Somalia	✓	✓	✗	✗	✗
South Sudan	✗	✗	✓	✗	✗
Sudan	✓	✓	✓	✗	✓
Uganda	✓	✓	✓	✓	✗

**Sources:** United Nations Treaty Series Online ([https://treaties.un.org/pages/Content.aspx?path=DB/UNTS/pageIntro\\_en.xml](https://treaties.un.org/pages/Content.aspx?path=DB/UNTS/pageIntro_en.xml)); OAU/AU Treaties, Conventions, Protocols & Charters (<https://au.int/en/treaties>); IDMC: IDP Laws and Policies (<http://www.internal-displacement.org/law-and-policy>).

The implementation of the Kampala Convention faces a major challenge because of its low rate of ratification. With only Djibouti, Ethiopia and Uganda from the IGAD region as its members, and half of Africa yet to ratify it, its implementation has been crippled. Advocacy tools are being used to promote the Convention's ratification, including the recent adoption of the Harare Plan of Action by the conference of states parties. The Plan of Action aims to promote the implementation of the Convention by, among others, encouraging the adoption of national policies for the prevention of internal displacement, and for protecting and assisting IDPs.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> African Union Commission 'Plan of Action for the implementation of the Kampala Convention adopted by conference of states parties' (2017) available at <https://au.int/web/en/pressreleases/20170406/plan-action-implementation-kampala-convention-adopted-conference-states>.

The Guiding Principles on Internal Displacement<sup>31</sup> provide another legal framework. They identify rights and guarantees relevant to protecting people from displacement, to protecting and assisting them during displacement, as well as during return, resettlement or reintegration.<sup>32</sup> Though in the domain of soft law, these guiding principles have been widely recognised by states as statements of existing rules of international law. The IGAD, for example, in its 2003 Khartoum Declaration on IDPs in the IGAD Sub-Region, recognised the guiding principles as ‘a useful tool for developing and evaluating appropriate national policies and legislation on internal displacement’<sup>33</sup> and noted that ‘the Principles compile the existing international law related to internal displacement’.<sup>34</sup>

Another important instrument is the 2012 IGAD Regional Migration Policy Framework (IGAD-RMPF).<sup>35</sup> As part of the overall matrix of migration, the RMPF addresses, though briefly, the problem of internal displacement in the region. The RMPF acknowledges internal displacement as a ‘frequent feature’<sup>36</sup> of the region and identifies conflicts, human rights violations, disaster and the effects of climate change as its root causes.<sup>37</sup> It also provides certain recommendations on strategies to reduce the number of IDPs.

However, given the magnitude of internal displacement in the region, the policy’s treatment of it may be regarded as shallow. The RMPF does not critically analyse the structural and root causes of internal displacement. A major flaw of the policy also pertains to the fact that its recommendations and analysis were copied from the 2006 Migration Policy Framework for Africa.<sup>38</sup> This was done at the expense of studying and analysing the unique challenges faced in the IGAD region and seeking regional co-operative strategies to address internal displacement.

#### **IV GOVERNANCE OF THE IDP REGIME THROUGH LAW**

The importance of having legal frameworks for the governance of a state’s response to a phenomenon, whether at the domestic or

---

<sup>31</sup> Guiding Principles on Internal Displacement (n 5).

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> IGAD Council of Ministers *Khartoum Declaration: Ministerial Conference on Internally Displaced Persons in the IGAD Sub-Region* (2 September 2003) Preamble.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> IGAD Regional Migration Policy Framework (n 19).

<sup>36</sup> Ibid 38.

<sup>37</sup> Ibid 45.

<sup>38</sup> African Union, Executive Council *The Migration Policy Framework for Africa* 9 sess (2006).



international level, cannot be over-emphasised. The presence of legal frameworks that serve as tools in the furtherance of policy objectives is a prerequisite for the effective governance of a regime. The regime of internal displacement is no exception in this regard. The effective protection of and assistance for victims of internal displacement requires that there be a clear law that defines IDPs and internal displacement, identifies the rights and obligations of actors, and establishes institutional mechanisms for proper administration. The shortage of legal frameworks on internal displacement in the IGAD region is one of the greatest obstacles to protecting and assisting IDPs.

In this paper, we identify three basic legal consequences arising from the lack of legal frameworks on internal displacement in the IGAD region: the implications for legal status, human rights and state obligations. The authors know that legal frameworks do not in and of themselves furnish solutions. As complex as the social, economic and political situations and challenges in the IGAD region are, the argument here is not that the adoption of legal instruments will provide the ultimate solution or relief for IDPs in the region. Rather, the intention is to highlight some of the practical challenges associated with the lack of laws governing internal displacement, in the hope that IGAD member states will resolve to take measures, primarily by adopting legislation, to better protect the rights of their citizens.

### **1. Implications for identification as a vulnerable group**

The first legal consequence pertains to the identification of IDPs as a vulnerable group. International human rights law has embraced the protection of the rights of certain groups who, owing to their age, societal construction or gender, or their physical condition, are considered vulnerable. 'Vulnerability signifies actual or potential exposure to harm.'<sup>39</sup> In his 2015 annual report on the human rights of IDPs, the then Human Rights Council Special Rapporteur on the Human Rights of IDPs, Chaloka Beyani, stated that '[d]isplacement, whether caused by conflict, violence or disaster, usually leads to extreme poverty and renders IDPs highly vulnerable'.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> I Nifosi-Sutton *The Protection of Vulnerable Groups Under International Human Rights Law* (2017).

<sup>40</sup> Human Rights Council *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Chaloka Beyani*, 29 sess, Agenda Item 3, UN Doc A/HRC/29/34 (1 April 2015) para 19.



Similarly, in her 2016 annual report on the human rights of IDPs, the current Human Rights Council Special Rapporteur on the Human Rights of IDPs, Cecilia Jimenez-Damary, identified IDPs as ‘uniquely vulnerable’.<sup>41</sup> The rapporteur highlighted the existing protection gap for IDPs who are often rendered ‘invisible and impoverished’.<sup>42</sup> She also stressed that:

[f]ailure by Governments to identify them as internally displaced persons leaves many unable to access assistance and support. Denial or neglect of the problem of internal displacement often means that, at the national level, no protection or support mechanisms exist.<sup>43</sup>

Being an IDP is a factual situation in the same way as being a refugee is. As the physical presence of refugees in states other than their own attests to the fact of their external displacement, so does the presence of the IDPs in areas other than their place of residence attest to the fact of their internal displacement. This factual situation requires legal recognition, leading to their identification as a vulnerable group, in order to provide them with adequate protection and assistance. Therefore, understood as a legal recognition of a factual situation, the identification of IDPs as a vulnerable group, or more loosely granting them IDP status, is similar to the granting of refugee status.

The basic difference between ‘IDP status’, as called for in this paper, and ‘refugee status’ lies in the source of the law granting them. Refugee status has an international character and is conferred by states in observance of their obligations under international law. It is not conferred until the particular individual is vetted by the domestic procedure and identified with reference to the legal definition of a ‘refugee’ that operates in the concerned state. An IDP status, however, understood as identification as a vulnerable group, is purely within the domestic purview and conferred by a state pursuant to its domestic laws. Walter Kälin has summarised this point well, arguing:

---

<sup>41</sup> Human Rights Council *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons*, 32 sess, Agenda Item 3, UN Doc A/HRC/32/35 (29 April 2016) para 58.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

Becoming displaced within one's own country of origin or country of habitual residence does not confer special legal status in the same sense as does, say, becoming a refugee. This is because the rights and guarantees to which internally displaced persons are entitled stem from the fact that they are human beings and citizens or habitual residents of a particular state. Those rights and guarantees emanate from the peculiar vulnerability and special needs that flow from the fact of being displaced. ... Internally displaced persons need not and cannot be granted a special legal status under international law comparable to refugee status. Rather, as human beings who are in a situation of vulnerability they are entitled to the enjoyment of all relevant guarantees of human rights and humanitarian law applicable to the citizens or habitual residents of the country concerned, including those that are of special relevance to them. This does not rule out the possibility of administrative measures such as registration on the domestic level to identify those who are displaced and need special assistance. However, lack of such registration would not deprive internally displaced persons of their entitlements under human rights and humanitarian law.<sup>44</sup>

Therefore, it is important to confer legal status on IDPs at the domestic level by defining who they are. A major challenge to managing internal displacement and to protecting and assisting IDPs in the IGAD region is the shortage of binding rules enabling the identification of IDPs as a vulnerable group. In the absence of a legal definition of the term in a state's domestic rules or international agreements, an overly generalised policy reference to the subject matter of internal displacement and acknowledgement of the phenomenon does not necessarily address the particular needs of IDPs.

Their identification as a vulnerable group by domestic legislation is a prerequisite for protection. Drawing an analogy from the refugee regime is useful here. The term 'refugee' has been defined by the 1951 Refugee Convention, the 1969 OAU Convention and the domestic laws of states. Using these legal definitions, the relevant actors are in a position to identify a person or a group of persons as belonging to the 'refugee' class and to confer 'refugee status'. The definition sets refugees apart from other individuals or groups and

---

<sup>44</sup> W Kälin *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations* Studies in Transnational Legal Policy No 38, The American Society of International Law, Washington DC (2008) 4–5.

entitles them to the assistance and protection due to them in terms of the law.

The same is required in the internal displacement regime. Though the term 'IDP' has been defined by the Kampala Convention, currently Djibouti and Uganda are the only parties from the IGAD region. In states that have ratified the Convention or enacted domestic laws, the identification of IDPs as a vulnerable group and the subsequent protection and assistance can be done with relative ease. In the remaining IGAD member states, or more generally in all states that do not have IDP laws or policies, such a definition is lacking and this renders the IDP population indistinguishable as a vulnerable group. Hence, they cannot be distinguished from the rest of the population, obtain legal status and be properly protected and assisted.

## **2. Implications for human rights**

The second legal consequence relates to the protection of the human rights of IDPs. The absence of an appropriate legal framework has a bearing on the protection of the human rights of IDPs and the assistance they require. Human rights converge with forced displacement as both a cause and a consequence. Human rights violations often result in human displacement and human displacement inevitably results in the violation of the human rights of displaced persons.<sup>45</sup> The vulnerability of IDPs subjects them to difficult ordeals. The former Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Chaloka Beyani, noted:

[Displacement] typically results in loss of land, homes and property, loss of employment or livelihood, food insecurity, lack of access to basic services[.] Displacement may cause IDPs to be more at risk of violence, including sexual and gender based violence, trafficking and other forms of abuse, either in the context of ongoing conflicts or due to the perilous and poor conditions in which IDPs find themselves.<sup>46</sup>

The Guiding Principles have properly categorised the application of human rights in situations of internal displacement. The Principles identify the rights relevant to the protection of people from displacement, those applicable during and after displacement and

---

<sup>45</sup> See Stavropoulou (n 29) 516.

<sup>46</sup> Human Rights Council *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons* (n 40).

those relevant during return.<sup>47</sup> In the context of protection from displacement, the Guiding Principles place utmost importance on respect for obligations under human rights and humanitarian laws.<sup>48</sup> Displacement is a decision people make as a last resort. Even under terrible circumstances, people try to remain in their homes, hoping that conditions will improve. Accordingly, the effective implementation of human rights obligations, in times of both peace and conflict, is a crucial factor in trying to prevent internal displacement.

The Guiding Principles place the same emphasis on respect for human rights during displacement. Principles 10 to 23<sup>49</sup> describe the human rights to which IDPs are entitled, by drawing their content from international human rights Conventions, international humanitarian laws and international refugee law. The value of human rights is also reflected in the Principles applicable during return, resettlement and reintegration.<sup>50</sup>

Therefore, in the absence of a law, IDPs are rendered helpless and at risk of the continued violation of their human rights in the same way that they are left unidentified as a vulnerable group. It is worth noting that, currently, there is no specific human rights treaty solely applicable to displaced people.<sup>51</sup> The Kampala Convention does not provide a list of rights to which IDPs are entitled. It limits itself to stating the obligations of states and other actors before, during and after displacement. Hence, we look to international human rights instruments, only to find that the instruments are not adequate as there are normative gaps in addressing the unique challenges of IDPs.<sup>52</sup> Accordingly, IDPs are left in a situation where their rights as a vulnerable group are not recognised and there are no mechanisms to enforce these rights.

This gap can potentially be filled by enacting national laws on internal displacement. By identifying the factual situations and the particular vulnerabilities of IDPs, these laws could provide for the

---

<sup>47</sup> Guiding Principles on Internal Displacement (n 5).

<sup>48</sup> *Ibid*, principle 1.

<sup>49</sup> *Ibid*.

<sup>50</sup> *Ibid*, principles 28–30.

<sup>51</sup> See GS Goodwin-Gill 'The international law of refugee protection' in E Fiddian-Qasmiyeh et al (eds) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (2014) 44. 'The Convention, however, is not like most other human rights treaties, and it is styled a convention relating to the *status* of refugees, rather than one on the rights of refugees.'

<sup>52</sup> Bayefsky & Fitzpatrick (n 28) 77. 'For instance, the law is silent on restitution of property lost as a consequence of displacement during internal or international armed conflict or to compensation for its loss.'

protection of people from displacement and for human rights-driven protection and assistance in the event of displacement.

### 3. Implications for state obligations

The third consequence of the absence of laws governing internal displacement pertains to its implications for state obligations towards IDPs. It has been mentioned that states are the primary bearers of responsibility when it comes to protecting and assisting IDPs. But, in the absence of rules governing the regime, these state obligations are not identifiable and states cannot be held accountable.

A state's obligations towards refugees are relatively well articulated under international and domestic laws. In the IGAD region, save for Eritrea and South Sudan, all IGAD member states are parties to the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol. Again, save for Djibouti, Eritrea and Somalia, all IGAD member states are parties to the 1969 OAU Refugee Convention (See table 1). This shows that there is more favourable legal protection for refugees in the IGAD region than there is for IDPs. The absence of a legal framework for the protection of IDPs puts them in a less privileged position in their own country than refugees who are granted or who are in the process of being granted asylum in the same country.<sup>53</sup>

This is not to claim that refugees are obtaining protection and assistance at the cost of IDPs. In fact, apart from the constraints that a large number of refugees may impose on host communities, the protection and assistance of refugees is mainly undertaken by the UNHCR in the IGAD region. However, the aim here is to show the implications of inadequate legal frameworks. This inadequacy leads to a situation in which a state exercises no more obligations towards IDPs than it does towards the general population of the state. This ultimately results in turning a blind eye to the suffering of IDPs.

One consequence of this is that the lack of protection and assistance may push IDPs towards becoming refugees.<sup>54</sup> The

---

<sup>53</sup> See LT Lee 'The London Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons' (2001) 95(2) *American Journal of International Law* 454 at 457.

<sup>54</sup> 'Internal displacement is frequently the first stage in a process leading to refugee and migrant movements. Those forced to flee their homes yet remaining in their countries ... constitute a highly vulnerable population often living in the most difficult conditions. Without addressing root causes, prevention, and effective internal protection, today's IDPs will be tomorrow's refugees and migrants. Those who remain in conditions of insecurity, socio-economic deprivation, inadequate housing and food, poor access to education, health-care or livelihood opportunities and with little prospect of sustainable solutions may inevitably look beyond national borders for solutions. It is also worth noting that Principle 15 of the Guiding Principles states that IDPs have the right to seek asylum in another country. Those IDPs who find themselves in grave danger to

IDMC admits that ‘there is a lack of data and information when it comes to the scale, scope and patterns of IDPs’ flight across international borders and the factors that prompt or inhibit such onward movements’.<sup>55</sup> Nevertheless, considering IDPs are people in a refugee-like situation in their own country, the possibility of flight to a neighbouring country cannot be ruled out. The Guiding Principles also recognise the right of IDPs to leave their country and their right to seek asylum in another country.<sup>56</sup>

## V CONCLUSION

The rate of internal displacement in the IGAD region is one of the highest in the world. Coupled with the challenges of development in the region, the root causes of displacement remain the main concern. A more serious acknowledgment of the plight of IDPs in the form of commitment to providing a legal framework for their protection and assistance is, therefore, required. As the primary bearers of responsibility in protecting and assisting IDPs, IGAD member states are first and foremost called upon to craft their own national policies and enact laws governing internal displacement. Providing for laws regulating internal displacement is a foundation in the endeavour to protect the rights of citizens who are forcibly displaced.

Such laws need to be in keeping with the international standards of protection and assistance. The Guiding Principles have provided a good model that can be reproduced or domesticated in consideration of the domestic realities of a state. This helps to identify the IDP population and attend to their needs as a vulnerable group. It also enables the establishment of a central authority with responsibilities in identifying, registering, protecting and assisting IDPs. Moreover, this will go a long way in strengthening the human rights framework for protecting and assisting displaced persons.

The success that is achieved in governing internal displacement internally will inevitably have regional implications. It is a fact that IGAD member states host and generate a large number of refugees. Most of these refugees from the region go to a neighbouring country seeking protection. Although there is little research on how internal displacement impacts the refugee flow in the region, it is

---

their survival may end up deciding to flee and seek asylum.’ OHCHR, Statement by the UN human rights mechanisms on the occasion of the UN High Level Summit on large movements of refugees and migrants, 16 September 2016, available at <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20516&LangID=E>.

<sup>55</sup> Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (n 16) 51.

<sup>56</sup> Guiding Principles on Internal Displacement (n 5) Principle 15.

not unrealistic to suggest that a lackadaisical response to IDPs may serve as a force to push them further into becoming refugees.<sup>57</sup>

This points to the need to co-operate at a regional level to improve the social, economic and political conditions in IGAD member states. Although internal displacement is an internal problem for a state, it has regional implications, as noted above. Therefore, an equally important measure is initiating efforts to study the problem of internal displacement in the region with a view to developing an IGAD-wide model legal framework. Member states could then use this as a model law to write their national laws or it could possibly be developed to form a binding regional framework that complements the existing national framework.

## BIBLIOGRAPHY

### Books and chapters in books

- Barry, B et al *Free Movement* (Taylor & Francis, 2015)
- Bayefsky, AF & J Fitzpatrick *Human Rights and Forced Displacement* (Springer Netherlands, 2000)
- Dawson, G & S Farber *Forcible Displacement throughout the Ages: Towards an International Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Forcible Displacement* (Marthinus Nijhoff Publications, 2012)
- Feller, E et al *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press, 2003)
- Goodwin-Gill, GS 'The international law of refugee protection' in E Fiddian-Qasimiyeh et al (eds), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (Oxford University Press, 2014)
- Kälin, W *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations* Studies in Transnational Legal Policy No. 38, The American Society of International Law, Washington DC, 2008
- Nifosi-Sutton, I *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law* (Taylor & Francis, 2017)
- Phuong, C *The International Protection of Internally Displaced Persons* (Cambridge University Press, 2005)

---

<sup>57</sup> General Assembly New York Declaration for Refugees and Migrants, 71/1, 71 sess, Agenda Items 13 and 117, UN Doc A/RES/71/1 (3 October 2016) para 20. This point was also noted by the UN General Assembly in adopting the New York Declaration for Refugees and Migrants, which states: 'We recognize the very large number of people who are displaced within national borders and the possibility that such persons might seek protection and assistance in other countries as refugees or migrants.'



**Journal articles, theses and papers**

- Lee, LT 'The London Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons' (2001) 95(2) *American Journal of International Law* 454–458
- Plender, R 'The legal basis of international jurisdiction to act with regard to the internally displaced' (1994) 6(3) *International Journal of Refugee Law* 345–361
- Stavropoulou, M 'Displacement and human rights: Reflections on UN practice' (1998) 20(3) *Human Rights Quarterly* 515–554

**International and regional conventions, resolutions and reports**

- African Union, Executive Council, The Migration Policy Framework for Africa, 9 sess (2006)
- African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), opened for signature 23 October 2009 (entered into force 6 December 2012)
- Convention relating to the Status of Refugees, opened for signature 28 July 1951, vol. 189 (entered into force 22 April 1954)
- ECOSOC Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission Resolution 1997/39, E/CN.4/1998/53/Add.2, 54th sess (11 February 1998)
- General Assembly, New York Declaration for Refugees and Migrants 71/1, 71 sess, UN Doc A/RES/71/1 (3 October 2016)
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Chaloka Beyani, 29 sess, UN Doc A/HRC/29/34 (1 April 2015)
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons 32 sess, UN Doc A/HRC/32/35 (29 April 2016)
- IGAD Council of Ministers, IGAD Regional Migration Policy Framework 45th Ordinary Session (11 July 2012)
- IGAD Council of Ministers, Khartoum Declaration: Ministerial Conference on Internally Displaced Persons in the IGAD Sub-Region (2 September 2003)
- Intergovernmental Authority on Development IGAD, State of the Region Report: A Popular Version (Information and Documentation Section, IGAD Secretariat, 2016)
- Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (NRC/IDMC), Grid 2019: Global Report on Internal Displacement (May 2019)



UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Global Trends:  
Forced Displacement in 2018 (20 June 2019)

UNHCR and World Bank Group, Forced Displacement and Mixed  
Migration in the Horn of Africa Report No: ACS14361

**Laws and policies**

Prevention, Protection and Assistance to Internally Displaced  
Persons and Affected Communities Act 2012

Republic of the Sudan, The National Policy for Internally Displaced  
Persons (IDPs) (2009)

Republic of Uganda, The National Policy for Internally Displaced  
Persons (2004)

# **Migrants and internally displaced people in Africa: International Committee of the Red Cross (ICRC) activities to address the humanitarian needs of the most vulnerable\***

## ***Les migrants et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays en Afrique : Les activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour aborder les besoins humanitaires des personnes les plus vulnérables***

LINDA ISABEL NGESE<sup>†</sup> AND EVE MASSINGHAM<sup>‡</sup>

### **ABSTRACT**

*For many persons, their migration, forced or otherwise—or internal displacement—has made them very vulnerable. This paper discusses some of the vulnerabilities that migrants and Internally Displaced Persons experience and gives an insight into the International Committee of the Red Cross (ICRC) activities, programmes and policies to address them. The paper closely examines the ICRC's prevention, protection and assistance activities, which work in tandem and in different phases to address the humanitarian consequences of migration and internal displacement.*

**Keywords:** migrants; internally displaced persons; prevention; protection; assistance

### **RESUMÉ**

*Pour de nombreuses personnes, leur migration, forcée ou non—ou leur déplacement interne—les a rendues très vulnérables. Ce document examine certaines des vulnérabilités que connaissent les migrants et les personnes déplacées et donne un aperçu des activités, programmes et politiques du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour y faire face. Le document examine de près les activités de prévention, de protection et d'assistance du*

---

\* The authors would like to thank their colleagues, Dr Angela Cotroneo, Stephanie Le Bihan, Emily Richard, Jelena Nikolic, Eleni Kartsonaki and Diane Misenga Kabeya for their very helpful comments on earlier drafts.

<sup>†</sup> Regional Humanitarian Affairs Adviser, ICRC Nairobi.

<sup>‡</sup> Regional Legal Adviser, ICRC Nairobi, 2016–2018.

*CICR qui fonctionnent en tandem et en différentes phases pour faire face aux conséquences humanitaires des migrations et des déplacements internes.*

**Mots-clés :** les migrants; les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays; la prévention; protection; assistance

---

## I INTRODUCTION

UNHCR statistics reveal that there are now 65.6 million forcibly displaced people<sup>1</sup> worldwide and that 28,300 people are forced to leave their homes each day.<sup>2</sup> Roughly two-thirds of these people are internally displaced and current trends suggest that they will remain so for years, without any prospects of finding a lasting solution to their displacement. Additionally, numbers of voluntary migrants, around 3% of the global population each year, are ever increasing with global population increases. The International Organisation for Migration (IOM) reports that, in 2015, the number of migrants worldwide was the highest ever recorded, at 244 million.<sup>3</sup> From a continental perspective, it is clear that Africa is heavily affected by internal displacement and migration. Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC) figures from 2016 point to a figure of 12.6 million internally displaced people (IDPs) in Africa, as a result of conflict and violence, and 6.1 million living as refugees.<sup>4</sup> While globally Syria and Afghanistan are the countries that have produced the most refugees, South Sudan comes in third, contributing 1.4 million to the total figure of 22.5 million refugees as at the end of 2016.<sup>5</sup> The UN statistics also reveal that 30% of the total number of the world's IDPs and refugees or asylum seekers are being hosted in Africa (this being the highest by region, with the Middle East

---

<sup>1</sup> UNHCR includes within this figure for forced displacement refugees, IDPs and those awaiting asylum determinations: UNHCR Fact Sheet: Global Forced Displacement, Geneva, August 2016, available at <http://www.unhcr.org/publications/brochures/579b31e54/fact-sheet-global-forced-displacement.html>.

<sup>2</sup> UNHCR Figures at a Glance, available at <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>.

<sup>3</sup> *IOM Releases Global Migration Trends 2015 Factsheet* Press Release 19 April 2016, available at <https://www.iom.int/news/iom-releases-global-migration-trends-2015-factsheet>.

<sup>4</sup> IDMC *2017 African Report on Internal Displacement* December 2017, available at <http://internal-displacement.org/library/publications/2017/africa-report-2017>.

<sup>5</sup> UNHCR Figures at a Glance, available at <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>.

accounting for 26%).<sup>6</sup> Further, migration is a significant feature of the African landscape. As recently as January 2018, the African Union Peace and Security Council acknowledged the huge challenge facing Africa, because of migration movements taking place on the continent, and the inhumane conditions that some African migrants are suffering on their migration routes.<sup>7</sup> Not all migrants are in need, and as the African Union notes, it is important to acknowledge that migration can also bring benefits to the continent.<sup>8</sup> However, for many persons, their migration, forced or otherwise—or internal displacement—has made them very vulnerable.

The ICRC, and indeed the broader International Red Cross and Red Crescent Movement<sup>9</sup>, has an interest in all those made vulnerable by migration or internal displacement. The ICRC has first-hand understanding of the experiences and suffering of migrants and IDPs because of its humanitarian work in many parts of the world, including Africa. IDPs and migrants fall within the care and concern of the ICRC in armed conflicts, chronic armed violence and along many migratory trails. They are important individuals in the mission and operations of the ICRC, and the ICRC mandate has an intrinsic interest in activities that prevent human suffering, protect and assist vulnerable individuals and increase respect for international law. IDPs and migrants' vulnerabilities often result because they are fleeing or transiting through areas of armed conflict or other situations of violence. Their circumstances also make them easy targets for abuse and exploitation.<sup>10</sup> Some lose contact with their families, while many suffer serious illness and cannot get access to medical care.<sup>11</sup> Some migrants may be detained for entering or remaining in a country irregularly. Both IDPs and migrants may face

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> African Union 'Press Statement of the 740th PSC Open Session on Migration, Development and Security in Africa' 5 January 2018, available at <http://www.peaceau.org/en/article/the-740th-meeting-of-the-au-psc-an-open-session-on-migration-development-and-security-in-africa>.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Comprising the ICRC, the International Federation of the Red Cross and Red Crescent Movement (which has a particular mandate in situations of natural disaster) and the 190 National Red Cross and Red Crescent societies globally.

<sup>10</sup> See Amnesty International *'Libya is Full of Cruelty': Stories of abduction, sexual violence and abuse from migrants and refugees* (2015) and United Nations Office on Drugs and Crime *Smuggling of migrants into, through and from North Africa* (2010).

<sup>11</sup> See Médecins Sans Frontières *Violence, vulnerability and migration: Trapped at the gates of Europe—A report on the situation of sub-Saharan migrants in an irregular situation in Morocco* (2013). See also 'Overcoming migrants' barriers to healthcare', available at <http://www.who.int/bulletin/volumes/86/8/08-020808/en/> and ML Norredam et al *Migrants' access to healthcare* (2007).

discrimination when they seek help. By engaging with stakeholders (international and national) and migrants and IDPs themselves, ICRC action aims to address their needs and ensure that they receive the protection they are entitled to under international and domestic law.

The ICRC has prevention, protection and assistance activities designed to help both IDPs and migrants. It endeavours to prevent suffering by promoting and strengthening international humanitarian law (IHL also known as the laws of war or the law of armed conflict) and universal humanitarian principles. The ICRC aims to persuade—through confidential dialogue—authorities, armed forces and armed groups to fulfil their obligations to prevent the forced displacement of civilians, as prohibited under IHL (unless temporary evacuation is required for their own security or by imperative military reasons), as well as other violations of IHL and other relevant bodies of law that would result in displacement. In parallel, the ICRC seeks to improve its understanding of the events that cause displacement, to help prevent their recurrence. The ICRC focuses on supporting an environment conducive to respect for the legal frameworks that protect people affected by armed conflict and other situations of violence. In this way, legal frameworks are used both to try to foster an environment that would prevent the conditions that might cause forced displacement within a country or across its borders, and to try to ensure better protection for those made vulnerable by migration or internal displacement. Law, while not being a panacea, can contribute to the prevention of some of the root causes of migration and internal displacement (such as violations of IHL) as well as provide some protection to those made vulnerable by migration and internal displacement. Under international law, states have the primary responsibility to protect their people. While states do not always live up to their obligations, there are in fact very clear legal obligations on states to prevent forced displacement and to respond to vulnerable populations whose humanitarian needs are not being met (including to protect and assist IDPs). Migrants and IDPs are not entirely left in a legal vacuum. Domestic legal frameworks may provide recourse in some instances for some vulnerabilities in countries of residence, transit and destination. The ICRC, in its dialogue with states and other actors, seeks to draw attention to relevant legal frameworks and to the responsibilities inherent therein.

In this paper we will look at some of the ICRC's activities in Africa that respond to the humanitarian needs of those made vulnerable

by migration and internal displacement.<sup>12</sup> We aim to provide an overview of why and how the ICRC works with these vulnerable populations. The approach of the paper is to split the contributions into activities for IDPs, followed by activities for migrants. IDPs and migrants (including refugees and asylum-seekers) may share similar needs and vulnerabilities (eg related to family separation or the fact of being in an unfamiliar environment deprived of community support networks). However, for the ICRC, internal displacement and migration are two distinct humanitarian issues with particular characteristics and governed by different legal frameworks, each deserving of its own operational approach. While it 'is important to allow for possible connections between the challenges of internal displacement and migration',<sup>13</sup> and indeed in some cases ICRC programmes (including those mentioned below) will address both IDPs and migrants, the majority of people forced to leave their homes by armed conflict or other situations of violence do not cross an international border.<sup>14</sup> Therefore, while the ICRC recognises that there are similarities between the needs of IDPs and migrants, and that in certain contexts links exist between the two phenomena, the ICRC also continues to stress their different needs, legal frameworks and longer-term solutions.<sup>15</sup>

## II HUMANITARIAN NEEDS OF IDPs, AND THE ICRC'S SPECIFIC ACTIVITIES TO ADDRESS THEM IN AFRICA

The ICRC has a specific focus on addressing the humanitarian needs of IDPs, notably in conflict areas where the ICRC's mandate requires it to engage in a number of activities in support of the civilian population in armed conflict. IDPs are defined by the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons (Kampala Convention), adopting the definition from the UN Guiding Principles on Internal Displacement:<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> See further, on the humanitarian needs of migrants, S Le Bihan 'Addressing the protection and assistance needs of migrants: The ICRC approach to migration' *International Review of the Red Cross* (2018) 99 (904).

<sup>13</sup> Movement Policy on Internal Displacement: Resolution 5, Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Nairobi, 23–25 November 2009, at 37, available at <https://www.icrc.org/en/publication/1124-movement-policy-internal-displacement-resolution-no-5-2009-council-delegates>.

<sup>14</sup> UNHCR *Global Forced Displacement Hits Record High*, 20 June 2016, available at: <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/6/5763b65a4/global-forced-displacement-hits-record-high.html>.

<sup>15</sup> ICRC *Internal Displacement: Our Approach and Strategy 2016–2019*, adopted May 2016, on file with authors.

<sup>16</sup> Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add.1, 11 Feb-

persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalised violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognised State border.<sup>17</sup>

The work that the ICRC does in relation to internal displacement is focused on three aspects. First, the ICRC prevention activities try to help strengthen IHL compliance so as to reduce the effects of armed conflict on civilians and thereby reduce instances of displacement. Second, the ICRC protection and assistance activities seek to address the specific needs of IDPs during their displacement. This is done both by reminding the authorities of their responsibilities to protect and assist IDPs and by providing support where unaddressed needs persist. Third, the ICRC protection and assistance activities seek to provide some support to the communities hosting IDPs, who may be negatively affected by the influx of new arrivals sharing scarce resources.

### **1. Promoting IHL: Protection for IDPs in an area of armed conflict**

IHL, which applies in times of armed conflict, protects those not or no longer taking part in hostilities and seeks to limit the means and methods of warfare. IHL does not specifically recognise any of the groups discussed in this article as a protected group.<sup>18</sup> However, IHL, in protecting those not or no longer taking part in the fighting, clearly protects IDPs as civilians as long as they do not take part in the hostilities. IDPs also have a number of rights

---

ruary, New York: United Nations.

<sup>17</sup> African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa, adopted by the Special Summit of the African Union, 22 October 2009, Kampala (Kampala Convention). While these Guiding Principles are not in themselves legally binding, they contain numerous rules that are part of existing international human rights law (IHRL) and international humanitarian law (IHL). Furthermore, the Guiding Principles have enjoyed wide support from the international community and many states have incorporated them into their domestic legal systems.

<sup>18</sup> Refugees are mentioned to ensure that they are not treated as enemy aliens exclusively because of their nationality and are treated without adverse distinction: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 UNTS 287 (entered into force 21 October 1950) (GCIV), Article 44; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977, 1125 UNTS 3 (entered into force 7 December 1978) (API), art 73.

under IHL, including the right to life and humane treatment,<sup>19</sup> the right to be cared for when sick or wounded,<sup>20</sup> protection against direct attack<sup>21</sup> and access to essential relief supplies, including medical stores, essential foodstuffs, clothing,<sup>22</sup> bedding, shelter and other supplies essential to the survival of the civilian population.<sup>23</sup> IHL also provides protection against the forcible displacement of populations.<sup>24</sup> Special provisions address the displacement of children.<sup>25</sup>

The ICRC, particularly through the Legal Advisory Service, works with states to ensure that IHL is well understood and that IHL obligations are adopted and implemented by states. The Legal Advisory Service organises training, workshops and seminars for inter-ministerial audiences on key IHL themes and supports states, where requested, with drafting and the domestic implementation of IHL treaties and principles.<sup>26</sup>

## 2. Promoting the Kampala Convention: Special protections for IDPs in Africa

The Kampala Convention, to which there are currently 27 states parties,<sup>27</sup> is the first binding instrument specifically concerning the rights of IDPs. Adopted in 2009, and entering into force in 2012, the Kampala Convention requires states to introduce measures to prevent internal displacement, to protect those who are displaced,

---

<sup>19</sup> Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949, 75 UNTS 31 (entered into force 21 October 1950) (GCI); Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August 1949, 75 UNTS 85 (entered into force 21 October 1950); Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949, 75 UNTS 135 (entered into force 21 October 1950); GCIV, common art 3.

<sup>20</sup> Ibid, GCIV, art 16; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June 1977, 1125 UNTS 609 (entered into force 7 December 1978) (APII), art 7.

<sup>21</sup> API, art 51; APII, art 13.

<sup>22</sup> GCIV, art 23. See also art 55 regarding situations of occupation and APII, art 18 regarding situations of non-international armed conflict.

<sup>23</sup> API, art 69.

<sup>24</sup> GCIV, art 49; API, arts 51(7) and 78(1); APII, arts 4(3)(e) and 17; J-M Henckaerts & L Doswald-Beck (eds) *Customary International Humanitarian Law Volume 1: Rules* (2005) (ICRC Customary Law Study) rules 129 and 132.

<sup>25</sup> See, for example, APII, art 4(3)(e), API, art 78(1);

<sup>26</sup> See further, ICRC *The ICRC Legal Advisory Service on International Humanitarian Law* (2015), available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-advisory-services-international-humanitarian-law>.

<sup>27</sup> African Union *List of Countries which have signed, ratified/acceded to the Kampala Convention* 15 June 2017, available at <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa>.



and to seek sustainable solutions for those who are displaced.<sup>28</sup> The Convention covers a broad range of reasons for arbitrary displacement, including armed conflict, natural disasters, development as a result of harmful practices, generalised violence, human rights violations and discriminatory policies.<sup>29</sup> It establishes obligations, not just on states, but also on the African Union,<sup>30</sup> international organisations and humanitarian agencies,<sup>31</sup> and by implication on members of armed groups.<sup>32</sup> The Convention also includes compensation provisions that require states parties to provide ‘effective remedies’, through a legal framework, to persons affected by displacement.<sup>33</sup> Specifically, article 12(3) provides that a ‘State Party shall be liable to make reparation to internally displaced persons for damage when such a State Party refrains from protecting and assisting internally displaced persons in the event of natural disasters’.

The three pillars of the Convention—prevention of, support during and sustainable solutions after internal displacement—all seek to address vulnerabilities at the different stages of the displacement lifecycle. To prevent internal displacement, states parties are required to respect international law, devise early warning systems, implement disaster risk reduction strategies, protect communities with special attachments to land and criminalise acts of arbitrary displacement.<sup>34</sup> To do this, they may seek to co-operate with other actors such as international organisations or humanitarian agencies.<sup>35</sup> The state has the primary obligation to provide protection and humanitarian assistance.<sup>36</sup> States must facilitate needs assessments, organise relief action and respect humanitarian principles.<sup>37</sup> Where states are unable to meet the needs and vulnerabilities of the IDPs, they must organise relief action and allow the ‘rapid and unimpeded passage’ of said relief.<sup>38</sup> They must also facilitate the work of humanitarian agencies and international organisations.<sup>39</sup> Finally, the Convention provides that states ‘seek lasting solutions to the problem of displacement by promoting and creating satisfactory conditions for

---

<sup>28</sup> Kampala Convention, including arts 2,4,5,9 and 11.

<sup>29</sup> *Ibid.*, art 4(4).

<sup>30</sup> *Ibid.*, art 8.

<sup>31</sup> *Ibid.*, art 6.

<sup>32</sup> *Ibid.*, art 7.

<sup>33</sup> *Ibid.*, art 12.

<sup>34</sup> *Ibid.*, art 4.

<sup>35</sup> *Ibid.*, art 4(3).

<sup>36</sup> *Ibid.*, art 5(1).

<sup>37</sup> *Ibid.*, art 5.

<sup>38</sup> *Ibid.*, art 5(7).

<sup>39</sup> *Ibid.*

voluntary return, local integration or relocation on a sustainable basis and in circumstances of safety and dignity'.<sup>40</sup>

The Kampala Convention is approaching its tenth anniversary and it seems to be gaining some momentum in the run-up thereto. The ICRC's recent analysis of states' actions to implement and operationalise the Kampala Convention demonstrates<sup>41</sup> that states are engaging in a number of good practices to implement the Convention, although more efforts are necessary to translate the obligations contained in the Convention into concrete improvements for IDPs on the continent.<sup>42</sup> The first meeting of the Conference of States Parties to the Kampala Convention took place in April 2017 in Harare and the Plan of Action was adopted.<sup>43</sup> The African Union has been working on a model law to provide guidance to states interested in adopting domestic implementing legislation.<sup>44</sup> The ICRC has held a number of seminars on this topic, including jointly with the Intergovernmental Authority on Development, in 2016 and 2017,<sup>45</sup> and, for example, with the Ministry of Humanitarian Affairs in South Sudan.<sup>46</sup> A number of states also indicated an interest in joining the Convention before the 2019 anniversary. There is potential for this instrument to make a difference for the internally displaced in Africa if the political will exists.

### 3. Protection and assistance activities for IDPs

For the ICRC, protection and assistance are interconnected and inseparable elements of its mandate. The ICRC adopts a holistic

---

<sup>40</sup> Ibid, art 11.

<sup>41</sup> ICRC *Translating the Kampala Convention in Practice: A Stocktaking Exercise* October 2016.

<sup>42</sup> Ibid, see particularly 26–27, 39–40, 47, 54–55, 61.

<sup>43</sup> African Union, Plan of Action for the Implementation of the Kampala Convention adopted by Conference of States Parties 6 April 2018, available at <https://au.int/en/pressreleases/20170406/plan-action-implementation-kampala-convention-adopted-conference-states>.

<sup>44</sup> African Union, (Draft) Model Law for the Implementation of the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa introduced at the Fifth Ordinary Session of the African Union Commission on International Law (AUCIL), 26 November–5 December 2012, Addis Ababa, Ethiopia, AUCIL/Legal/Doc.6(V), on file at the ICRC; Presentation by Renny Mike Wafula, Nairobi, 10 October 2017 (on file with ICRC).

<sup>45</sup> ICRC, *Kenya: IGAD and ICRC hold seminar on the Kampala Convention*, 10 October 2016, available at <https://www.icrc.org/en/document/igad-and-icrc-hold-seminar-kampala-convention>; IGAD, Seminar on Kampala Convention: Jointly organised by IGAD and ICRC in Nairobi, 10 October 2017, available at <https://igad.int/divisions/economic-cooperation-and-social-development/2016-05-24-03-16-37/1673-seminar-on-kampala-convention-jointly-organized-by-igad-and-icrc-in-nairobi>.

<sup>46</sup> Reported on South Sudan Broadcasting Corporation Radio, Juba, 22 June 2017.

view of internal displacement and endeavours to engage in all phases of displacement by first trying to prevent displacement in the first phase, by helping those who are displaced and their host communities in the second phase, and by promoting durable solutions for IDPs in the final phase.

The ICRC's protection response is strongly based on trying to ensure respect for basic rights.<sup>47</sup> There are four groups of rights that concern the ICRC during displacement:

1. Rights relating to physical safety and integrity (eg right to life and the right to be free of torture);
2. Basic rights relating to the basic necessities of life (eg right to food, water, essential healthcare and shelter);
3. Other economic, social and cultural rights (eg the right to work, to receive restitution or compensation for lost property, the right to education);
4. Other civil and political rights (eg the right to obtain personal documentation, political participation, access to courts, freedom from discrimination).<sup>48</sup>

During the first phase, the pre-displacement phase, the ICRC engages in activities such as restoring essential services, maintaining critical infrastructure and building resilience among resident communities, which can help to avoid displacement. The ICRC also engages in protection dialogue training and programmes related to supporting the domestic implementation of IHL. The protection dialogue<sup>49</sup> continues until the second phase, when acute displacement happens, as well as in the third phase when longer-term needs become more prominent in situations of protracted displacement. In these phases, the ICRC will expand its dialogue with the authorities on their responsibility to protect and assist IDPs, and may support them to establish laws or policies to prevent and address internal displacement. The needs will clearly change over time—from immediate needs relating to physical safety and the necessities of life in the acute phase of displacement, to include other economic, social and cultural rights, such as the right to work and to education,

---

<sup>47</sup> ICRC, Protection Policy (September 2008) 90(871) *IRRC*.

<sup>48</sup> Resolution 5, Movement Policy on Internal Displacement, adopted at the Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Nairobi, 21–25 November 2009.

<sup>49</sup> *Ibid.* 'Prior to a protection dialogue, ICRC will conduct an analysis of risks, threats and needs and also identify issues at stake or negative administrative measures including possible patterns of displacements and IHL violations which cause forced displacement of civilian population.'

as well as civil and political rights, as IDPs move into a period of protracted displacement.

Displacement often deprives IDPs of the life they are accustomed to. Many displaced families can no longer earn a living, hence access to basic needs such as food, shelter and water can prove arduous. To address this, the ICRC adopts flexible multi-disciplinary responses, drawing from protection, assistance, prevention and co-operation activities to mitigate the consequences of displacement on IDPs and host communities. Depending on the context and the need, the services can include services to allow IDPs to restore and maintain contact with loved ones (see p. 112 regarding the Restoring Family Links programme) and, in close co-operation with the National Red Cross or Red Crescent Society, the distribution of essential items like food and water; micro-economic initiatives to promote self-reliance, such as seed and farming tools; hygiene and health-care programmes, such as first aid, surgery and limb-fitting services, wherever people are exposed to landmines or the unexploded remnants of war.<sup>50</sup> During the final phase of displacement, and where circumstances allow, the ICRC facilitates the return of IDPs to their homes. Depending on the conditions in the place of return, and on whether IDPs are being integrated or relocated, a variety of programmes may be organised and may include:

- activities to strengthen the ability of the local branch of the National Society to provide adequate services;
- return kits containing food and hygiene items;
- help in resuming a livelihood (tools, seeds) and generating income;
- shelter materials;
- means to rebuild social networks;
- strategies to clear explosive remnants of war;
- Restoring Family Links;
- activities aimed at enhancing community development;
- protection works aimed at ensuring full respect for the letter and spirit of the relevant law and the rights of the individual.

---

<sup>50</sup> In eastern DRC, the ICRC trains specialists in war surgery to ensure the best possible treatment for patients with bullet or knife wounds. ICRC maintains an expatriate surgical team in Bethesda hospital in Goma. See ICRC, *DRC: An Innovative Approach to Lifesaving War Surgery* 2 October 2015, available at: <https://www.icrc.org/en/document/drc-lifesaving-war-surgery>.

Throughout the course of displacement the ICRC strives to ensure that its programmes are designed and implemented in full consultation with the affected population. By conducting an initial analysis and seeking recommendations from the affected community, the ICRC tries to ensure that the acquired information is used to accurately design programmes that will benefit and empower the IDPs while at the same time promoting self-reliance and strengthening resilience. Strict compliance with the Fundamental Principles, particularly impartiality, neutrality and independence, is crucial in order to secure unimpeded access to the populations in need of protection and assistance.

#### **4. Influencing decision-making and policy affecting IDPs and the broader public debate**

The ICRC is engaged in policy efforts aimed at influencing the debate and encouraging a further reflection on what should constitute an effective response for IDPs. The ICRC is focused on a number of issues, including urban services in protracted conflict situations and the need for a new paradigm beyond the humanitarian/development divide. The ICRC has identified that it ‘must pay particular attention to four parts of the problem of internal displacement: (1) the possible connection between internal displacement and migration; (2) the impact of gender, age, disability, etc on people’s experience of displacement; (3) urban displacement; and (4) camp management’.<sup>51</sup>

The ICRC has developed some resources to support this work. Chief among them is *Translating the Kampala Convention into Practice: A Stocktaking Exercise*.<sup>52</sup> In February 2016, the ICRC commissioned this study designed to compile examples of best practices in implementing the Kampala Convention and the key obligations contained therein. The findings were published in a report that identified lessons learnt, best practices and key challenges to states’ efforts to translate the Kampala Convention into real improvements for IDPs.<sup>53</sup> The report is being used by ICRC delegations in Africa in discussions with the authorities on states’ obligations to protect and assist IDPs, and to support the adoption of national legal frameworks and policies to achieve those ends. At the continental level, it informs the ICRC’s dialogue with the African Union and multilateral or sub-regional forums on promoting ratification and implementation of the Kampala Convention. In other regions, the

---

<sup>51</sup> See further, ICRC (n 15).

<sup>52</sup> ICRC (n 41).

<sup>53</sup> Ibid.

ICRC will use the report's findings and recommendations to show what states can do to address internal displacement more effectively at the national and regional levels. In 2018, the ICRC will undertake a study on urban displacement and commission a stocktaking on the guiding principles on IDPs to add to the policy work in this area.

The ICRC has appointed an Advisor on IDPs and participates in the global and continental discourse on IDP issues. In April 2017, the ICRC Advisor on IDPs participated in the first conference of states parties to the Kampala Convention to present the findings of the ICRC stocktaking exercise. Key messages shared were the specific needs and challenges of IDPs, the importance of adopting domestic laws and policies on IDPs as part of an effective government response, and the role of parliamentarians in ensuring that IDPs receive adequate attention and response at the national, regional and global levels. The ICRC jointly organised a side event on protracted displacement at the UN Economic and Social Council in New York in 2016, and was among the panellists at the launch of the IDMC's global and Africa report on internal displacement in 2017. The ICRC maintains contact with the Special Rapporteur on the Human Rights of IDPs and the Special Rapporteur on Refugees, Asylum-Seekers and Internally Displaced Persons established by the African Commission on Human and People's Rights, and brings an operational perspective to the global protection cluster task team on IDP law and policy.

### **III HUMANITARIAN NEEDS OF VULNERABLE MIGRANTS, AND THE ICRC'S ACTIVITIES TO ADDRESS THEM IN AFRICA**

'Migrants are persons who leave or flee their habitual residence to go to new places—usually abroad—to seek opportunities or safer and better prospects. Migration can be voluntary or involuntary, but most of the time a combination of choices and constraints are involved.'<sup>54</sup> Migrants include, but are not limited to, refugees and asylum-seekers (categories of person who have their own specific legal protections).<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) Policy on Migration, adopted 17th General Assembly of the IFRC, Nairobi, Kenya, November 2009, available at: <https://www.icrc.org/en/document/migration-policy-red-cross-and-red-crescent-movement>.

<sup>55</sup> Refugees are persons who are outside their own country (either their country of nationality or former habitual residence for stateless persons), who have a 'well-founded fear of persecution' for a certain specific and recognised reasons (such as political opinion, race, religion) and are 'unwilling or unable to avail [themselves]

The causes of migration are many and varied, often involving a mix of push and pull factors. Whatever the reasons, migrants can become vulnerable at many stages of their journeys as they travel from their home countries, often through other countries, to their intended destination. Although many migrants arrive safely in their destination countries and integrate into new communities, others endure great hardships that can affect their physical integrity, mental health and well-being, and that of their family. Migrants can transit through areas of armed conflict or other situations of violence, where they become trapped. And all along their routes, they face many risks, including being easy targets for abuse and exploitation. Some migrants lose contact with their families; many suffer accidents or serious illness and cannot get access to medical care; others are detained for entering or remaining in a country irregularly. Still others face discrimination when they seek help. Every year, thousands of migrants die or disappear along the way, leaving their families to wait in anguish for answers. It is these vulnerable migrants that the ICRC seeks to help.

The ICRC is of the view that categorising migrants by what caused them to move is problematic because the focus should be on their humanitarian needs and not on their reasons for being in such need.<sup>56</sup> The ICRC adopts a comprehensive approach based on vulnerabilities, rather than the reason(s) for people's movement across borders. It is important to ensure a focus on addressing these people's vulnerabilities, regardless of their 'category', and indeed the approach of the International Red Cross and Red Crescent Movement is that the 'primary focus should always be on migrants

---

of the protection of the government'. *An asylum-seeker is someone who has crossed an international border in order to seek protection from persecution, but for whom that determination of protection has not yet occurred. Everyone has the right to seek and to enjoy asylum from persecution.* See further, UN General Assembly Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, available at <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html> (hereinafter Refugee Convention); Organization of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (OAU Convention) 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45, available at <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html>; H Obregón 'The protection of migrants under international humanitarian law' *IRRC*, Gieseken (2018) 99(904).

<sup>56</sup> Indeed, the mandate of the humanitarian agencies who seek to assist such people is often defined by the category of persons it assists. For example, UNHCR takes the view that it is important to distinguish between refugees and other migrants to prevent dilution of the protection owed to them. UNHCR *UNHCR Viewpoint: 'Refugee' or 'migrant'—Which is right?* 11 July 2016, available at: <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html>. Cf T Lind 'Humanitarian assistance to migrants irrespective of their status—towards a non-categorical approach' *IRRC* (2009) 91(875) 569.



whose survival, dignity or physical and mental health is under immediate threat'.<sup>57</sup>

It should also be noted that the ICRC does not encourage or discourage migration, but rather engages in dialogue with the authorities concerned—in both transit and destination countries—to ensure that the rights of vulnerable migrants are respected throughout their journeys.

### **1. Promotion of IHL and other relevant legal frameworks: Protection for migrants**

As the ICRC notes in its first comment on the Global Compact for Migration:

All migrants enjoy protection under international human rights law and other bodies of international law. These legal commitments have been made by States themselves, in recognition that rights must be universally protected and that all individuals deserve protection. Refugees and asylum seekers also enjoy special protection under international refugee law. Specific categories of migrants, such as victims of trafficking or children, are protected under certain international instruments. In armed conflicts, migrants are also protected under international humanitarian law [as civilians].<sup>58</sup>

As noted above, when talking about IDPs, the ICRC, particularly through the Legal Advisory Service, works with states to ensure that the relevant legal frameworks are well understood and that applicable obligations are adopted and implemented by states.

### **2. Protection and assistance activities**

For migrants, ICRC endeavours to ensure that they do not go missing. Three programmes are designed to specifically address this.

#### *(a) Restoring Family Links (RFL) services for migrants*

The Family Links Network, made up of the ICRC and 191 national societies, works to restore and maintain contact between family members, thereby preventing people from disappearing or getting

---

<sup>57</sup> *Supra*, 54

<sup>58</sup> ICRC *ICRC Comment on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 27 March 2017, available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-comment-global-compact-safe-orderly-and-regular-migration>. See further, Obregón (n 56).



separated. Migrants may experience challenges in communicating with or finding their family members. When they are able to restore or maintain contact along migratory routes or at points of destination (or sometimes in places of detention) through the Family Links Network, they can remain accounted for and do not go missing. To better address these needs, the Family Links Network has adapted its services to suit the challenges of restoring family links across numerous borders. A varied range of services and tools are available on the ICRC website<sup>59</sup> and include helping people get in touch with loved ones by phone, handwritten messages and the ICRC website; collecting and centralising tracing requests; registering and following up on individuals to prevent their disappearance, especially vulnerable people such as unaccompanied children; assisting elderly people and migrants with health problems; reuniting families; and helping the authorities determine what happened to migrants who are unaccounted for. In line with the ICRC's data protection rules, the ICRC works in migrants' best interests by ensuring that they and their relatives understand and consent to how their information will be handled.

*(b) Visiting migrants in places of detention*

The ICRC works in places of detention, either alone or in partnership with national societies,<sup>60</sup> to visit detainees<sup>61</sup> in both criminal and

---

<sup>59</sup> See [www.familylinks.icrc.org](http://www.familylinks.icrc.org); <https://familylinks.icrc.org/europe/en/Pages/background-information.aspx>.

<sup>60</sup> The IFRC Policy on Migration, at section 5.4, provides guidance to all national societies on addressing the needs and vulnerabilities of migrants by providing that: 'Migrants who are detained in the course of the migratory process may be exposed to heightened risks. Under certain circumstances and conditions, National Societies may contribute to improving their treatment and conditions of detention. However, National Societies should ensure that their work for migrants in detention is carried out in the migrants' interest, and thus does no harm. National Societies choosing to initiate activities for detained migrants, such as the provision of specific services or monitoring of detention conditions, shall follow guidelines developed for this purpose under the lead of the ICRC.' IFRC Policy on Migration, adopted 17th General Assembly of the IFRC, Nairobi, Kenya, November 2009, available at <https://www.icrc.org/en/document/migration-policy-red-cross-and-red-crescent-movement>.

<sup>61</sup> ICRC *Activities for the Benefit of Detained Migrants, Refugees and Asylum Seekers: Basic and Practical Guidelines for National Societies* 2009. For the ICRC, there is no distinction between 'detention centre' and 'retention centre'. The term 'detained migrants' refers to all persons deprived of their liberty as a result of migration. The different kinds of detention places where migrants may be held include specialised immigration detention or holding facilities or centres (also often referred to as 'retention centres' or 'retention facilities'), prisons, police stations or military camps, airport, railway or port holding facilities and transit zones, and any other places where migrants are deprived of their liberty.

dedicated immigration detention facilities. During these visits, ICRC staff assess the conditions of detention, treatment of the detainees and respect for the due process rights of the detainees, and evaluate whether they can maintain contact with the outside world, such as with their families and consular authorities, if they want to do so. During such visits, the ICRC provides direct assistance and RFL services where these are needed or supports national societies working in the field of detained migrants by providing expertise and financial assistance.<sup>62</sup> The ICRC also strives to maintain constructive dialogue with the detaining authorities throughout the visit to support the authorities' efforts to make improvements. The ICRC encourages authorities to use detention as a last resort and to use alternatives, especially for vulnerable groups such as children and traumatised individuals. The ICRC also provides expertise and support to National Red Cross and Red Crescent societies that work with detained migrants. Workshops on detention are an opportunity to discuss best practices and ways in which the International Red Cross and Red Crescent Movement can help detainees more effectively.

*(c) Humanitarian forensic support*

For the ICRC, dignified burial and traceability of remains fulfil important humanitarian functions. They preserve the dignity of the dead—whether identified or not—and ensure they are not forgotten by leaving the possibility of identification open. A burial site is also important and the ICRC works to ensure the preservation and documentation of graves which may help the family cope with its grief, especially if a body is identified but not repatriated. To

---

<sup>62</sup> Ibid 22. Migrants sometimes lack services other detainees are entitled to owing to the undetermined length of their stay. Some national societies therefore address these unmet needs by providing 'specific services' to detained migrants, such as social welfare services (moral support, distribution of clothing and educational and recreational items, etc); organising recreational activities (plays, conferences, etc); legal counselling; information about detainee rights; health services and other assistance (monitoring and detection of nutritional problems, provision of food and medicines, assistance to pregnant women, assistance to women with children, assistance to drug-dependent detainees, etc); arranging for or providing language training, information about the country and its culture and traditions; arranging for work, including vocational training; restoring and maintaining family links, including collecting and distributing Red Cross messages, arranging for phone contacts, providing phone cards when allowed by authorities, facilitating and financing family visits, etc; assistance to foreigners who have served a sentence for a criminal offence and who are awaiting deportation; helping to find alternatives to detention; vocational training and psychological follow-up to facilitate the social rehabilitation of the detainees once released; providing information about return, if so wished by the detainee.

achieve this for migrants who die en route, the ICRC offers forensic support and encourages communication and co-operation among forensic services, and promotes forensic best practices for ensuring that bodies are handled in a professional and dignified manner, that deaths are documented and the persons identified as far as possible, and that bodies are repatriated or given a proper burial.<sup>63</sup>

In contexts where there is no recognition of the legal status of a missing person, families of missing persons, including migrants, often face administrative, legal and economic challenges, because their relative is missing. To assist such families, the ICRC works with authorities to ensure that, where possible, they notify the families and issue an official declaration of absence or certificate of absence, as applicable. In addition, the ICRC also provides psycho-social support for migrant and IDP families to boost their well-being.<sup>64</sup>

### **3. Influencing decision-making and policy affecting migrants and the broader public debate**

The ICRC is engaged in policy efforts aimed at influencing the debate on the global response to migrants. For example, the ICRC has made two comments on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration<sup>65</sup> in order to assist states to develop and agree on the Global Compact. In the first comment, the ICRC urges states to make three concrete commitments in the Global Compact:

1. Do not lower the bar—states must respect their obligations under international law and ensure that their domestic

---

<sup>63</sup> See, for example, *ICRC Activities for Migrants in Greece* 5 September 2016, available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-greece-activities-migrants>. In Greece, the ICRC assisted in the reconstruction and preservation of the graves by working together with the municipality, the local funeral director, the caretaker of the cemetery, church charity institutions, the Registry office, a forensic pathologist and local volunteers, and by analysing photos of the burials over time. The local funeral director, with the assistance of the ICRC, placed headstones with inscriptions on the individual graves, created an outline for each grave and documented the exact location of each burial, which ensures the traceability of migrants' remains, once positively identified.

<sup>64</sup> In Senegal, for example, the ICRC and the Senegalese Red Cross (SRC) set up a project in 2015 intended to help families cope with the absence of their loved ones. By June 2017, almost 200 relatives of missing migrants—including children—had participated in a multi-disciplinary programme to respond to the variety of needs of families. It included mental-health and psycho-social group activities, commemorative events, literacy classes and vocational training. Under the programme, families were also able to benefit, when needed, from micro-credits to start income-generating activities: see <https://familylinks.icrc.org/europe/en/Pages/background-information.aspx>. See also Croix-Rouge sénégalaise and Comité international de la Croix-Rouge *Barça ou Barsak: Étude sur les besoins actuels des familles de migrants sénégalais disparus* (2013).

<sup>65</sup> See further <https://www.iom.int/global-compact-migration>.

legislation and procedures contain adequate safeguards to protect the safety and dignity of migrants.

2. Address the assistance and protection needs of migrants—their needs must be decisive factors in guiding national and international responses.
3. Prevent forced displacement in armed conflict and other situations of violence—ensure greater respect for applicable norms and increase efforts to prevent and resolve these situations, which are often the root causes of forced displacement.<sup>66</sup>

As part of these commitments, the ICRC called on states to pay special attention to the principle of *non-refoulement*, the use of force, family separation, unaccompanied children, missing people, immigration detention and migrants caught in armed conflicts.<sup>67</sup>

In the second comment, which focused on immigration detention, the ICRC has articulated three key messages on immigration detention for the Global Compact:

1. Detention for immigration related reasons should be avoided—liberty should be the norm; if there are grounds for deprivation of liberty, alternatives to detention should be considered first.
2. States should commit to ending the detention of children and family separation for immigration-related reasons—in the ICRC's experience, the best interests of the child are not served by such detention.
3. Immigration detention is not only harmful for individuals, it is also costly for societies; it is in the interest of states to avoid detention and identify non-custodial alternatives.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> See ICRC (n 59). See also 'The critical challenges of migration and displacement', speech delivered by the ICRC President Peter Maurer at the National Autonomous University of Mexico, 18 October 2017, available at <https://www.icrc.org/en/document/speech-migration-and-internal-displacement-national-and-global-challenges>.

<sup>67</sup> ICRC (n 59).

<sup>68</sup> International Detention Coalition *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (2015).

The ICRC recently published a policy paper on missing migrants.<sup>69</sup> Migration was a key topic and featured prominently throughout the discussions and meetings at the 32nd Red Cross and Red Crescent International Conference. Two areas have been specifically identified for further work by the ICRC: (1) an enhanced protection dialogue with authorities and weapon-bearers, to address the use of force against migrants, among other issues, and (2) an enhanced response concerning healthcare activities where relevant. A number of staff are specifically allocated to support the work of ICRC delegations in the implementation of the strategy on migration and a regularly convened working group on migration functions as a consultative forum to ensure a coherent, transversal and transregional approach.

#### IV CONCLUSION

Intra-continental migratory flux has increased over the last decade. The problem of IDPs has equally followed an upward trajectory with the onset of new conflicts and disasters. While migration and internal displacement are not novel concepts, recent developments demonstrate the increasing vulnerability that migrants and IDPs face as well as the legal challenges in securing their rights. While the concept of migration has evolved, the legal framework has remained largely unchanged, although migrants continue to be vulnerable to issues such as slavery, unlawful or incommunicado detention, sexual violence and deaths during perilous journeys. For IDPs, the concept of durable solutions poses numerous challenges and many African countries are yet to sign and ratify the Kampala Convention. While the push and pull factors regarding migrants and IDPs cannot be ignored, most of the needs and vulnerabilities arising are the consequence of poor policies on migration and internal displacement, as well as the failure to follow the spirit of the law.

While this paper has not been able to list all the activities that the ICRC engages in for both IDPs and migrants, we have drawn attention to some key aspects of the work, at both a regional and global level, to support those experiencing vulnerability as a result of migration and internal displacement. The ICRC continues to engage of migration policies, including the adoption of the Global Compact for Migration, so as to secure additional protection for migrants, while also addressing the concerns raised about terminology and the

---

<sup>69</sup> ICRC Policy Paper *Missing migrants and their families* 30 August 2017, available at <https://www.icrc.org/en/document/missing-migrants-icrc-recommendations-policy-makers>.

categorisation of different migrants under different legal regimes. For IDPs, the ICRC advocates for the adoption, ratification and implementation of the Kampala Convention. While it is inevitable that there will be migrants and IDPs at any point in time, the duty nonetheless remains to protect their rights, as does the responsibility to increase awareness and assistance when migrants and IDPs are in need.

## **BIBLIOGRAPHY**

### **Books and chapters in books**

- Amnesty International *'Libya is Full of Cruelty': Stories of abduction, sexual violence and abuse from migrants and refugees* (2015)
- Croix-Rouge sénégalaise and Comité international de la Croix-Rouge *Barça ou Barsak: Étude sur les besoins actuels des familles de migrants sénégalais disparus* (2013)
- Henckaerts, J-M & L Doswald-Beck (eds) *Customary International Humanitarian Law Volume 1: Rules* (ICRC Customary Law Study, 2005)
- International Detention Coalition *There are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention* (2015)
- Norredam, ML et al *Migrants' Access to Healthcare* (2007)

### **Journal articles**

- ICRC 'Protection Policy' (2008) 90(871) *International Review of the Red Cross*
- Le Bihan, S 'Addressing the protection and assistance needs of migrants: The ICRC approach to migration' (2018) 99(904) *International Review of the Red Cross*
- Lind, T 'Humanitarian assistance to migrants irrespective of their status—Towards a non-categorical approach' (2009) 91(875) *International Review of the Red Cross* 567
- Obregón Giesken, H 'The protection of migrants under international humanitarian law' (2018) 99(904) *International Review of the Red Cross*

### **Speeches**

- 'The critical challenges of migration and displacement', Speech delivered by the ICRC President Peter Maurer at the National Autonomous University of Mexico, 18 October 2017, available at <https://www.icrc.org/en/document/speech-migration-and-internal-displacement-national-and-global-challenges>

**International and regional conventions, resolutions and reports**

African Union (Draft) Model Law for the Implementation of the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa, introduced at the Fifth Ordinary Session of the African Union Commission on International Law (AUCIL), 26 November–5 December 2017, Addis Ababa, Ethiopia, AUCIL/Legal/Doc.6(V), on file at the ICRC; Presentation by Renny Mike Wafula, Nairobi, 10 October 2017 (on file with ICRC)

African Union ‘Press Statement of the 740th PSC Open Session on Migration, Development and Security in Africa’ 5 January 2018, available at <http://www.peaceau.org/en/article/the-740th-meeting-of-the-au-psc-an-open-session-on-migration-development-and-security-in-africa>

African Union Plan of Action for the Implementation of the Kampala Convention adopted by Conference of States Parties 6 April 2018, available at <https://au.int/en/pressreleases/20170406/plan-action-implementation-kampala-convention-adopted-conference-states>

ICRC *Activities for the Benefit of Detained Migrants, Refugees and Asylum Seekers: Basic and Practical Guidelines for National Societies* 2009

ICRC Movement Policy on Internal Displacement: Resolution 5, Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Nairobi, 23–25 November 2009, at 37, available at <https://www.icrc.org/en/publication/1124-movement-policy-internal-displacement-resolution-no-5-2009-council-delegates>

ICRC *The ICRC Legal Advisory Service on International Humanitarian Law* (2015), available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-advisory-services-international-humanitarian-law>

ICRC *DRC: An Innovative Approach to Lifesaving War Surgery* 2 October 2015, available at <https://www.icrc.org/en/document/drc-lifesaving-war-surgery>

ICRC *Internal Displacement: Our Approach and Strategy 2016–2019*, adopted May 2016, on file with authors.

ICRC *ICRC Activities for Migrants in Greece* 5 September 2016, available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-greece-activities-migrants>

ICRC *Translating the Kampala Convention in Practice: A Stocktaking Exercise* October 2016



- ICRC *Kenya: IGAD and ICRC hold seminar on the Kampala Convention*, 10 October 2016, available at <https://www.icrc.org/en/document/igad-and-icrc-hold-seminar-kampala-convention>
- ICRC *ICRC Comment on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 27 March 2017, available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-comment-global-compact-safe-orderly-and-regular-migration>
- ICRC Policy Paper *Missing Migrants and their Families* 30 August 2017, available at <https://www.icrc.org/en/document/missing-migrants-icrc-recommendations-policy-makers>
- IDMC *2017 African Report on Internal Displacement* December 2017, available at <http://internal-displacement.org/library/publications/2017/africa-report-2017>
- International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) Policy on Migration, adopted 17th General Assembly of the IFRC, Nairobi, Kenya, November 2009, available at <https://www.icrc.org/en/document/migration-policy-red-cross-and-red-crescent-movement>
- IOM *Releases Global Migration Trends 2015 Factsheet* Press Release 19 April 2016, available at <https://www.iom.int/news/iom-releases-global-migration-trends-2015-factsheet>
- Médécins Sans Frontières *Violence, vulnerability and migration: Trapped at the Gates of Europe—A report on the situation of sub-Saharan migrants in an irregular situation in Morocco* (2013)
- UNHCR *Global Forced Displacement Hits Record High*, 20 June 2016, available at: <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/6/5763b65a4/global-forced-displacement-hits-record-high.html>
- UNHCR *UNHCR Viewpoint: ‘Refugee’ or ‘migrant’—Which is right?* 11 July 2016, available at <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html>
- UNHCR *Fact Sheet: Global Forced Displacement*, Geneva, August 2016, available at <http://www.unhcr.org/publications/brochures/579b31e54/fact-sheet-global-forced-displacement.html>
- United Nations Office on Drugs and Crime *Smuggling of migrants into, through and from North Africa: A thematic review and annotated bibliography of recent publications* (2010)
- WHO ‘Overcoming migrants’ barriers to healthcare’, available at <http://www.who.int/bulletin/volumes/86/8/08-020808/en/>



### **International and regional conventions and resolutions**

African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa, adopted by the Special Summit of the African Union, 22 October 2009, Kampala (Kampala Convention)

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949, 75 UNTS 31 (entered into force 21 October 1950)

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August 1949, 75 UNTS 85 (entered into force 21 October 1950)

Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949, 75 UNTS 135 (entered into force 21 October 1950)

Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 UNTS 287 (entered into force 21 October 1950)

Organization of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa 10 September 1969, 1001 UNTS. 45, available at <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html>

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977, 1125 UNTS 3 (entered into force 7 December 1978)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June 1977, 1125 UNTS 609 (entered into force 7 December 1978)

United Nations Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add.1, 11 February, New York

UN General Assembly Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, available at <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>

### **Laws and policy**

International Red Cross and Red Crescent Movement, Resolution 5, Movement Policy on Internal Displacement, adopted at the Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Nairobi, 21–25 November 2009

# Displacement and African truth commissions

## *Le Déplacement et les commissions vérité en Afrique*

EMMANUEL GUEMATCHA\*

### **ABSTRACT**

*The article explores the relationships between African truth commissions and displacement in Africa. It examines the origin of the relationships and relies on the mandate and final reports of African truth commissions. It shows that many African truth commissions have dealt with displacement in Africa, investigated its causes and consequences and made recommendations. As a tool of transitional justice, African truth commissions are useful and can help to obtain the full picture of displacement in Africa.*

**Keywords:** truth commissions; forced displacement; refugees; displaced persons; Africa

### **RÉSUMÉ**

*L'article explore les liens entre les commissions vérité africaines et la problématique du déplacement des populations en Afrique. Il examine les origines des liens en s'appuyant sur le mandat des commissions vérité africaines et leurs rapports. Il constate que plusieurs commissions vérité africaines ont enquêté sur les problèmes relatifs aux déplacements des populations, déterminé leurs causes et conséquences et fait des recommandations. En tant qu'instrument de la justice transitionnelle, les commissions vérité africaines constituent un mécanisme pouvant permettre d'avoir une vue d'ensemble des problèmes posés par le déplacement des populations en Afrique.*

**Mots-clés :** Commissions vérité; déplacement forcé; réfugiés; personnes déplacées; Afrique

---

\* Emmanuel Guematcha is 'Maître de conférences' of International Law at French Guiana University (Cayenne, French Guiana) and lecturer of Transitional Justice at Paris Ouest University (Paris, France).

## I INTRODUCTION

Armed conflicts, violence, dictatorships and their consequences are among the major causes of displacement of peoples in Africa.<sup>1</sup> Confronted by armed conflict and violence or living under a dictatorship in their country, many Africans flee to other countries or to other regions in their country, to save themselves and to find a better way of life. In the transitional period that follows a conflict, and as displaced people are trying to come to terms with their violent pasts, many African states turn to truth commissions, which are temporal, official and non-judicial bodies, to investigate the human rights and international humanitarian law violations or crimes that have taken place.<sup>2</sup> These states include Uganda, Chad, South Africa, Liberia, Sierra Leone, Côte d'Ivoire, Ghana, Kenya, Burundi, Mali, Morocco, Democratic Republic of Congo, Togo, Burkina Faso, Nigeria and Libya.<sup>3</sup> Because these truth commissions deal with human rights and international humanitarian law violations committed during these violent periods or armed conflicts, it is interesting to question the role they play as a tool of transitional justice in the area of displacement in African states.<sup>4</sup> Truth commissions in Uganda, Chad, South Africa, Ghana, Sierra Leone, Liberia, Kenya, Côte d'Ivoire, Mali and Libya have variably considered or have been asked to consider displacement, internally displaced persons and refugees in their findings.<sup>5</sup>

Relying primarily on the legal instruments that establish African truth commissions and on the published final reports of the truth commissions, this article examines the relationships between

---

<sup>1</sup> Conclusions of the Seminar on Protection of African Refugees and Internally Displaced Persons, held in Harare, 16–18 February 1994, reprinted in African Commission on Human and People's Rights Seventh Annual Activity Report of the African Commission (1993–1994) 201; Internal Displacement Monitoring Centre/Norwegian Council of Refugee Africa Report on Internal Displacement (2016) 13.

<sup>2</sup> See the definition of truth commissions in the Report of the United Nations Secretary General *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616, 4 August 2004, para 50. For more details on truth commissions, see P Hayner *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (2011); M Freeman *Truth Commissions and Procedural Fairness* (2006); E Wiebelhaus-Brahm *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy* (2010); E Guematcha *Les commissions vérité et les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire* (2014).

<sup>3</sup> A list of truth commissions and details about their core elements are available in United States Institute of Peace *Truth Commissions Digital Collection*, available at <https://www.usip.org/publications/2011/03/truth-commission-digital-collection>.

<sup>4</sup> For a brief analysis of truth commissions and displacement beyond Africa, see M Bradley *Truth-Telling and Displacement: Patterns and Prospects* (2013).

<sup>5</sup> See Part II of this article for more details on those truth commissions and their link with displacement.

African truth commissions and displacement: Who establishes the link between African truth commissions and displacement? To what extent do African truth commissions participate in the resolution of the problems caused by emigration and the flow of refugees and internally displaced persons in African states? Accordingly, part II of the article identifies the origin of the link between African truth commissions and displacement. Part III weighs the participation of the commissions in the resolution of the problems posed by displacement in Africa. The article concludes that lessons can be drawn from the work of African truth commissions on displacement.

## **II THE ORIGIN OF THE LINK BETWEEN AFRICAN TRUTH COMMISSIONS AND DISPLACEMENT**

Sometimes, the legal instruments creating truth commissions in Africa establish the link between displacement and the African truth commissions. However, for the most part, many African truth commissions define the link through their activities and final reports, even when those legal instruments do not mandate that they deal with displacement.

### **1. Legal instruments creating African truth commissions**

Few of the legal instruments, such as Acts and decrees, used to establish truth commissions explicitly refer to displacement. This was the case in Uganda, Libya and Mali. The first truth commission created in Uganda by its president in 1974 was assigned to conduct an inquiry into the ‘persons believed to be living outside Uganda, the reasons and circumstances that led to their quitting Uganda as far as such reasons and circumstances can be ascertained’, among other tasks.<sup>6</sup> A second truth commission that was set up in Uganda was created by the Minister of Justice in 1986, and it followed the same path. The Minister of Justice mandated the commission to ‘inquire into ... the causes and circumstances surrounding the massive displacement of persons and expulsion of people including Uganda citizens from Uganda and the consequent disappearance or presumed death of some of them’.<sup>7</sup> In 2013, the Libyan General National Congress mandated the Libyan Fact-Finding and Reconciliation Commission to ‘[s]tudy the conditions of both internally and externally displaced persons, and adopt

---

<sup>6</sup> Uganda, Commission of Inquiry into the Disappearances of People in Uganda since 25 January 1971, Charter, 1974, A, (c).

<sup>7</sup> Uganda, Legal Notice Creating the Commission of Inquiry into Violations of Human Rights, The Commission of Inquiry Act, Legal Notice No 5, 16 May 1986, (Cap 56), (f).

decisions for the application of the necessary measures to ensure a dignified life for them, enable them to enjoy their rights as other Libyans and to prevent any discrimination against them.<sup>8</sup> Thus the Libyan truth commission was to pursue the question of returning ‘externally displaced Libyan citizens in addition to solving the issue internally’.<sup>9</sup> The Libyan General National Congress emphasised the issue of displacement by confirming a place for the discussion of displacement in the operation and organisation of the fact-finding commission. It did so by creating a ‘department of displaced persons’ within the commission<sup>10</sup> and asking the board of the commission to address ‘the issue of refugees and displaced persons or missing persons’.<sup>11</sup> The 2014 legal instruments establishing the Malian Truth, Justice and Reconciliation Commission followed the example of Libyan law. The President of Mali issued an ordinance that established the truth commission and mandated the commission to create the conditions for the return and social reinsertion of refugees and displaced persons.<sup>12</sup> Accordingly, the president issued a decree that the truth commission’s operations and organisation establish a working group for the return and social reinsertion of refugees and displaced persons.<sup>13</sup>

The Liberian Parliament enacted a truth commission in 2005, but it did not mandate the commission to investigate displacement, unlike the afore-mentioned truth commissions. However, its preamble underlined that, in Liberia, ‘the violence during the 1980s created even greater violence and armed conflict during the 1990s, decimating and displacing much of the population, internally and externally’.<sup>14</sup>

However, there are other countries whose authorities do not mandate that displacement be focused on. One might ask why the authorities establishing the truth commissions, for example, in Sierra

---

<sup>8</sup> Libya, General National Congress, Law No 29 of 2013 on Transitional Justice, 28 Muharram 1434/2 December 2013, art 7. The Libyan truth commission has not, to date, begun its activities and is still ineffective.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid, art 8, para 5.

<sup>11</sup> Ibid, art 11, para 11.

<sup>12</sup> Mali, Ordonnance portant création de la Commission vérité, justice et réconciliation, Ordonnance N° 2014 003 PRM 2014, 15 January 2014, art 2.

<sup>13</sup> Mali, Décret portant organisation et modalités de fonctionnement de la Commission vérité, justice et réconciliation, Décret No. 2014 0013 P-RM, 15 January 2014, art 9(5). The activities of the Malian truth commission are ongoing.

<sup>14</sup> Liberia, An Act to Establish the Truth and Reconciliation Commission (TRC) of Liberia, enacted by the National Transitional Legislative Assembly on May 12, 2005, see the third para of the preamble.

Leone, South Africa, Chad or Côte d'Ivoire, fail to mandate these commissions to deal with forced displacement, despite the fact that these countries have had to deal with this issue.<sup>15</sup> They seem to share the approach that when it is time to make a transition, the revelation of the truth should focus mainly on what are considered to be severe or gross violations of civil and political rights, such as injury to life and body.<sup>16</sup>

However, within the legal instruments used to establish truth commissions, the reference to human rights violations, violence, abuses, crimes or international humanitarian law violations has a strong link with refugees and internally displaced persons (IDPs).<sup>17</sup> Indeed, those experiences are at the root of displacement. It is for this reason that, despite the legal instruments remaining silent on this issue, several truth commissions refer to or address displacement in their final reports.

## 2. Final reports of African truth commissions

The truth commissions of Uganda (1986), Liberia, Sierra Leone, Kenya, South Africa, Côte d'Ivoire and, occasionally, Chad and Ghana examine and sometimes identify details about the situation of displaced persons and refugees during the periods of violence in these countries.<sup>18</sup> When they report on displacement, African truth

---

<sup>15</sup> For South Africa, see O Ibeanu 'Apartheid, destabilization and displacement: The dynamics of the refugee crisis in Southern Africa' (1990) 3(1) *Journal of Refugee Studies* 47–63 at 53–56; for Chad, C Watson *The Flight, Exile and Return of Chadian Refugees: A Case Study with a Special Focus on Women* (1996); for Côte d'Ivoire and Sierra Leone, F Charrière & M Frésia *West Africa as a Migration and Protection Area* UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) Report (2008) 11.

<sup>16</sup> On the bias that gives priority to civil and political rights violations, see L Arbour 'Economic and social justice for societies in transition' (2007) 40(1) *New York University Journal of International Law and Politics* 1–27 at 4–5.

<sup>17</sup> For the mention of human rights or international humanitarian law violations, crimes or violence in the legal instruments establishing truth commissions, see: Chad, Décret N°014/P.CE/CJ/90 portant création de la commission d'enquête sur les crimes et détournements commis par l'ex-Président, ses co-auteurs et/ou complices, 29 December 1990; Sierra Leone, Truth and Reconciliation Commission Act 2000, Supplement to the Sierra Leone Gazette, Vol. CXXXI, no 9, 10 February 2000, para 6; Ghana, National Reconciliation Commission Act, Act 611, 2002, part 1(3); Kenya, Truth, Justice and Reconciliation Commission Bill, 2008, part 2 (5, 6); Nigeria, Instrument Constituting Judicial Commission of Inquiry for the Investigation of Human Rights Violations, S.I. 8, 1999; Côte d'Ivoire, Ordonnance no 2011–167 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de la commission dialogue, vérité et réconciliation, 13 juillet 2011, art 5.

<sup>18</sup> Uganda (1986), The Report of the Commission of Inquiry into Violations of Human Rights, Findings, Conclusions and Recommendations (1994) ch 8 at 461–511 [Uganda (1986), Truth Commission Report]. South Africa, South African Truth and Reconciliation Commission Report 7 vol (1998), vol 5, ch 4 at 168, and ch 5 at 191 [South Africa, Truth

commissions proceed to do so in three ways. First, they generally provide an individual or collective account of the experiences of internally or externally displaced persons. Second, they sometimes focus on the experiences of specific categories of persons, such as women and children. Third, some of them rely on international law to examine forced displacement.

In respect of the broad account on displacement, the South African truth commission referred to the fact that in South Africa there were ‘thousands of “internal” refugees’.<sup>19</sup> However, Priscilla Hayner points out that the South African truth commission did not investigate ‘the forced removal and displacement of millions of people based on race’.<sup>20</sup> Uganda’s 1986 truth commission dedicated large portions of its findings to forced displacement, focusing on its characteristics in many regions of Uganda and on the people who were targeted, especially ethnic and racial groups.<sup>21</sup> The Kenyan Truth, Justice and Reconciliation Commission remarked that the post-electoral violence in Kenya ‘led to a massive displacement’.<sup>22</sup> Some African truth commissions have reported that forced displacement was one of the most, if not the most, recurrent violation committed during the conflict experienced by some African states. In order to give a clear picture of that recurrence, the reports often refer to statistics. The truth commission of Sierra Leone, for example, stated that incidents of ‘forced displacement were reported more than any other violations’.<sup>23</sup> According to the commission, forced displacement represented 19.8% of the violations reported, putting it at the top

---

Commission Report]. Sierra Leone, Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone, *Witness to Truth* 3 vol (2004), vol 2, ch 2 at 35 and 103; vol 3 (A), ch 4 at 491–492; vol 3 (B), ch 3 at 144–146; vol 3 (B), ch 4 at 265–266 [Sierra Leone, Truth Commission Report]. Liberia, Truth and Reconciliation Commission, Consolidated Final Report 4 vol (2009) vol 2 at 270–272; vol 3, Title 1 at 34; vol 3, Title 2 at 40–43 [Liberia, Truth Commission Report]. Kenya, Report of the Truth, Justice and Reconciliation Commission 4 vol (2013) vol III at 34; vol II (C) at 112–141 and 197–201 [Kenya, Truth Commission Report]. Côte d’Ivoire, Commission dialogue, vérité et réconciliation, Rapport final (2014) at 75 [Côte d’Ivoire, Truth Commission Report]. Chad, Rapport de la commission nationale d’enquête du ministère tchadien de la justice, Les crimes et les détournements de l’ex-président Habré et de ses complices, L’Harmattan (1993) at 58–59 [Chad, Truth Commission Report]. Ghana, The National Reconciliation Commission Report (2005) ch 3, para 3.1.3.2 [Ghana, Truth Commission Report]. Nigeria, Human Rights Violations Investigations Commission (Aka Oputa Panel Report) 9 vol (2002) vol 3 at 155, para 6. 17 [Nigeria, Truth Commission Report].

<sup>19</sup> South Africa, Truth Commission Report, *ibid*, vol 5, ch 5 at 191, para 98.

<sup>20</sup> Hayner (n 2) 266.

<sup>21</sup> Uganda (1986), Truth Commission Report (n 18) ch 8 at 461–511.

<sup>22</sup> Kenya, Truth Commission, Nairobi Report (n 18) vol III, 2013, at 34 para 87.

<sup>23</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) ch 2 at 35 para 86.



of the violations brought to the commission's attention.<sup>24</sup> Forced displacement was also the most perpetrated violation in the final report of the Liberian truth commission. The commission reported that acts of forced displacement represented 36% of the violations investigated and that this percentage was far above the second highest type of violation, which was killings.<sup>25</sup> In the final report of the Côte d'Ivoire truth commission, forced displacement represented 49.38% of the violations reported and was noted as being the second most committed violation, the destruction of goods being the first.<sup>26</sup> Significantly, when they provide a broad picture of displacement, some truth commissions do not only consider the displacement or forced displacement that occurred during the period of violence, armed conflict or turmoil, but also trace the phenomenon back to the period of colonisation. For example, the truth commission of Ghana refers to colonisation to explain the displacement of men from the poor northern territories of Ghana who migrated to the south of that country in search of job opportunities.<sup>27</sup> The Kenyan truth commission followed the same line of argument when it described the forced displacement of people in Kenya during the colonisation and post-independence periods.<sup>28</sup>

In respect of the account about the displacement of categories of people who are vulnerable, some African truth commissions focused on the experiences of women, children and sometimes the aged. For example, the truth commission of Sierra Leone reported that 'the people worst affected by sudden and forced displacement were usually in the most vulnerable groups: children, women and the aged'.<sup>29</sup> The truth commissions of Liberia, Sierra Leone and Kenya dedicated segments of their reports to women as victims of displacement.<sup>30</sup> In doing so, they justified the need to bring to light the gender dimension of forced displacement. The Liberian truth commission raised the concern when it characterised the gender dimension as being 'traditionally overwhelmingly neglected'.<sup>31</sup> According to the Kenyan truth commission, there are differences in the

---

<sup>24</sup> Ibid, para 87.

<sup>25</sup> Liberia, Truth Commission Report (n 18) vol. 2, 2009 at 270.

<sup>26</sup> Côte d'Ivoire, Truth Commission Report (n 18) 75.

<sup>27</sup> Ghana, Truth Commission Report (n 18) ch 3, para 3.1.3.2.

<sup>28</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18) vol. II (C) at 113, paras 252–253.

<sup>29</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol. 3 (B), ch 4 at 265, para 142.

<sup>30</sup> Liberia, Truth Commission Report (n 18) vol 3, Title 1 at 34; Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (B), ch 3 at 144–146; Kenya, Truth Commission Report (n 18) vol. II (C) at 119–140.

<sup>31</sup> Liberia, Truth Commission Report, *ibid*.



forced displacement experiences of men and women, women being more vulnerable.<sup>32</sup> Children are also a category that displacement deeply affects, according to these three truth commissions.<sup>33</sup>

In respect of the mobilisation of international law in the field of forced displacement, the work of the truth commissions of Kenya and Sierra Leone reflects upon the actual state of international law. To date, only refugees have received specific protection in terms of a global international legal binding instrument, namely the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees. The truth commission of Kenya has demonstrated awareness of this fact. It has dedicated substantial developments to the legal issues surrounding forced displacement in international law and has distinguished the status of refugees in international law and the situation of displaced persons who, *stricto sensu*, have no specific status under international law.<sup>34</sup> In this regard, the Kenyan commission has noted that while there is a Convention that recognises the rights of refugees, there is no international legally binding instrument on displaced persons at the global level.<sup>35</sup> Given the silence of international law on displaced persons at the global level, the commission relies on soft law. In identifying the rights of displaced persons, it uses a non-legally binding instrument, Pinheiro's *Principles on Housing and Property Restitution of Refugees and Displaced Persons*, which recognises the rights of both refugees and displaced persons.<sup>36</sup> The same rationale is found in the final report of the truth commission of Sierra Leone. It relies on the 1951 Convention on Refugees when it deals with refugees.<sup>37</sup> In respect of displaced persons, it refers to the development of Principles within the United Nations on the subject and to a Report on the Guiding Principles on Internally Displaced Persons.<sup>38</sup>

Unlike the truth commission of Sierra Leone and its final report published in 2004, and before the major legal developments on

---

<sup>32</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18) vol. II (C) at 119, para 268.

<sup>33</sup> Sierra Leone Truth Commission Report (n 18) vol 3 (B) ch 4 at 265–266; Liberia, Truth Commission Report (n 18) vol 3, Title 2 at 40–43; Kenya, Truth Commission Report, *ibid*, at 197–201.

<sup>34</sup> Kenya, Truth Commission Report, *ibid*, at 112, para 249.

<sup>35</sup> *Ibid*.

<sup>36</sup> Commission on Human Rights, Final Report of the Special Rapporteur, Paulo Sérgio Pinheiro *Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*, Doc. UN E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 June 2005, Annex.

<sup>37</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol. 3 (B), ch 3 at 145, para 231.

<sup>38</sup> *Ibid*, at 144, para 227, and at 146, para 233. For the UN report, see Report of the Representative of the Secretary-General on Internally Displaced Persons, Francis Deng, Doc UN A/56/168, 21 August 2001.

displacement in Africa took place, the truth commission of Kenya emphasised that African regional law should focus on displaced persons. The report mentions two protocols adopted by the 2006 International Conference on the Great Lakes Region to which Kenya is a state party: the Protocol on the Protection and Assistance to Internally Displaced Persons, and the Protocol on the Property Rights of Returning Persons.<sup>39</sup> The truth commission also relied on the 2009 African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention). In mobilising these instruments, the Kenyan truth commission asserted that many provisions of the instruments provide specific rights for the vulnerable, such as displaced women and children.<sup>40</sup> The reference to the 2009 Kampala Convention in a report that examines forced displacement that occurred during the post-electoral violence of 2007/2008 requires our attention. The Convention had not yet been adopted at the time of the post-electoral violence in Kenya. Even if the Kenyan truth commission's intention was to apply the Convention to the plight of displaced persons after the Convention was adopted, the use of that instrument would still be inconsistent with international law since Kenya has neither signed nor ratified the Kampala Convention nor adhered to its stipulations. The justification of the reference to the Kampala Convention certainly lies in the will to insist on the existence of the rights of displaced persons.<sup>41</sup>

The use of and reference to international law and soft law in the area of forced displacement by these truth commissions remind us that the practice of forced displacement is a violation of well-established legal provisions or principles. By noting that there is no global international legally binding instrument protecting displaced persons, the truth commission of Kenya implicitly paid attention to one of the limits of international law. However, not all the truth commissions dealing with forced displacement have relied explicitly on law or international authority. In any event, displaced persons and refugees are entitled to human rights protection just like any other person. One can rightly assert that forced displacement falls into the broad notion of human rights violations, which is at the heart of the truth commissions' mandates. Those mandates also give

---

<sup>39</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18) vol. II (C) at 112, para 249.

<sup>40</sup> Ibid, at 120–122, paras 269–272.

<sup>41</sup> For more on the Kampala Convention, see AM Abebe *The Emerging Law of Forced Displacement in Africa: Development and Implementation of the Kampala Convention on Internal Displacement* (2017).

them an opportunity to participate in the resolution of the problems in the area of displacement.

### **III THE PARTICIPATION OF AFRICAN TRUTH COMMISSIONS IN THE RESOLUTION OF THE PROBLEMS CAUSED BY DISPLACEMENT IN AFRICA**

The African truth commissions that do deal with displacement participate in the resolution of the problems caused by refugees and IDPs in two main ways: they help in the understanding of the problems, and they make recommendations to mitigate the problems and to prevent their repetition.

#### **1. Helping to understand the problems**

To better understand the issue of forced displacement and provide an account, many African truth commissions, for example in Kenya, Liberia and Sierra Leone, have given voice to displaced persons and refugees, and some have relied on existing documents on the issue.<sup>42</sup> Their final reports reflect the documents, the testimonies and the experiences of displaced persons and refugees. These reports identify the causes of the problems, investigate their consequences and establish responsibilities.

The identification of the causes of forced displacement in African states can be deduced from the context of the creation of truth commissions. The reasons for the creation of a truth commission are the same as the reasons for the decision to move and seek refuge. If the truth commission is created because a state has faced violence, armed conflict or large-scale human rights violations, then violence, armed conflict and large-scale human rights violations are the major causes of forced displacement. Consequently, the reasons leading to a truth commission are among the main causes of forced displacement.

African truth commissions also explicitly determine the causes of forced displacement. Some, like the truth commission of Kenya, find that many factors lead to displacement. Before independence, forced displacement in Kenya was mainly due to the eviction of communities from their lands in order to accommodate the colonisers.<sup>43</sup> After independence, the phenomenon continued. However, then the displacement was a result of 'natural disasters, violent conflict, and

---

<sup>42</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18) vol. II (C) at 113–115, paras 253–257; Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (A), ch 4 at 491–492, paras 99–104; Liberia, Truth Commission Report (n 18) vol 2, 2009, at 272.

<sup>43</sup> Kenya, Truth Commission Report, *ibid*, at 113, para 252.

State sanctioned evictions', with violent conflicts characterised by ethnic clashes and post-electoral violence being the major causes.<sup>44</sup> At the heart of forced displacement in Sierra Leone, according to the truth commission, was a feeling among the population that, because of the conflict, violations could occur if they did not move.<sup>45</sup> In the same vein, according to the Liberian truth commission, '[p]eople feared the violations of international human rights and humanitarian law, and fled to wherever they could go.'<sup>46</sup> Fear was also a cause of forced displacement, according to the final report of the 1986 Uganda truth commission.<sup>47</sup> The fear of violence that caused people to leave or flee was not always provoked by a real conflict. It may have been caused by the perception that a conflict could break out. In South Africa, explaining the voluntary emigration of white South Africans after the collapse of the apartheid regime, the truth commission pointed to 'fears of imminent civil war'.<sup>48</sup> However, beyond the sense of insecurity, according to the Sierra Leone truth commission, violations do materially happen, forcing people to flee.<sup>49</sup> In South Africa, the 'political conflict' during the apartheid regime motivated people to leave.<sup>50</sup> In summary, the African truth commissions stated that forced displacement was mainly caused by violence, armed conflicts, human rights violations and the fear of retribution.

The final reports of many African truth commissions contain details of the consequences of forced displacement, as well as emigration and immigration. First, their observations show that the main consequences of forced displacement are human rights violations. Forced displacement affects the choice of individuals and compromises their freedom. It also generates other violations. People flee because they fear violations of their rights or because they have suffered retribution. For these individuals, fleeing means that they may find peace somewhere far away from the place where they usually live. But fleeing does not result in peace for the many who are forced to leave. Many who do decide to move face multiple violations when they reach the place where they intend to stay.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, at 113–114, para 253.

<sup>45</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (B), ch 4 at 265, para 141.

<sup>46</sup> Liberia, Truth Commission Report (n 18) vol 3, Title 1, at 34.

<sup>47</sup> Uganda, Report of the Commission of Inquiry into Violations of Human Rights: Verbatim Record of Proceedings, 1995, vol 2, at 1578.

<sup>48</sup> South Africa, Truth Commission Report (n 18) vol 5, ch 4, at 168, para 189.

<sup>49</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (B), ch 4, at 265, para 141.

<sup>50</sup> South Africa, Truth Commission Report (n 18) vol 5, ch 5, at 191, para 98.

<sup>51</sup> See, for example, the account of the truth commission of Liberia on that matter:

Most violations against IDPs and refugees generally occur in the camps where they seek refuge. Many truth commissions report poor living conditions, including insufficient food, healthcare issues and disease, promiscuity, killings, loss of property, lack of education, insecurity and so on.<sup>52</sup> The most vulnerable, such as women and children, experience several violations. Gender-based violence is usually reported. Sexual violence against women and girls who live in the camps is one of the most reported crimes, for example, in the final reports of the truth commissions of Liberia,<sup>53</sup> Sierra Leone<sup>54</sup> and Kenya.<sup>55</sup> Children, especially in the context of an armed conflict, are subjected to forced enlistment in armed forces or armed groups, to slave labour and to economic and sexual exploitation in the camps.<sup>56</sup> Sometimes, a repressive regime pursues political opponents who have sought refuge in foreign countries and violates their rights. The Chadian truth commission reports that, in the context of repression, members of the Chadian opposition living abroad have sometimes been abducted or killed.<sup>57</sup>

Second, according to some African truth commissions, forced displacement disrupts social links and jeopardises the social fabric of a state. Forced displacement that occurs suddenly because of an attack can lead to the separation of families.<sup>58</sup> For example, the truth commission of Sierra Leone has described this as ‘the most dramatic and painful experiences involved in the events surrounding forced displacement’.<sup>59</sup> The truth commission of Liberia, a truth commission which dedicates segments of its report to the diaspora, describes the trauma endured by the Liberian diaspora because of the disruption of social and family links.<sup>60</sup> The South African truth commission mentions the ‘psychological distress’ and trauma resulting from displacement.<sup>61</sup>

---

Liberia, Truth Commission Report (n 18) vol 3, Title 2, at 41.

<sup>52</sup> See the reports of the truth commissions of Sierra Leone, Kenya and Liberia (n 18) on forced displacement.

<sup>53</sup> Liberia, Truth Commission Report (n 18) 272; see also vol 3, Title I, at 34.

<sup>54</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (B), ch 3, at 146, para 235.

<sup>55</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18) at 126–127, paras 285–286.

<sup>56</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (B), ch 4, at 266, para 145; Liberia, Truth Commission Report (n 18) at 272.

<sup>57</sup> Chad, Truth Commission Report (n 18) at 58–59.

<sup>58</sup> Liberia, Truth Commission Report (n 18), vol 3, Title 2 at 42; Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 3 (A), ch 4 at 492, para 103; Kenya, Truth Commission Report (n 18) at 137–138, para 317.

<sup>59</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report, *ibid.*

<sup>60</sup> Liberia, Truth Commission Report (n 18) at 321. See also vol 3, Title VII of the report, which is specifically dedicated to the Liberian Diaspora, at 11.

<sup>61</sup> South Africa, Truth Commission Report (n 18), vol 5, ch 5, at 191, para 98.

Third, the effect of emigration on the economy is also underlined in the final report of truth commissions. In the post-apartheid context, for example, the South African truth commission noted that '[e]migration also had economic consequences for the country, as it was those with skills who were most likely to emigrate.'<sup>62</sup>

Some African truth commissions establish responsibilities for forced displacement. Some states, for example Kenya, have been accused of being responsible for the forced displacement of their population.<sup>63</sup> However, in the context of armed conflicts such as that in Sierra Leone, armed groups are also viewed as being responsible for forced displacement.<sup>64</sup>

## 2. Making recommendations

The plight of displaced persons and refugees after a conflict period is always a matter of concern. The amelioration of the difficult conditions in which refugees and displaced persons find themselves living and the facilitation of their return are challenging. Establishing the truth about forced displacement, or finding its causes and consequences, does not solve the problems. Solving the problems requires solutions and guarantees that displacement will not be repeated. In their final reports, African truth commissions make recommendations to the state. Several recommendations, including reparations such as restitution, financial compensation, rehabilitation and satisfaction are made in order to address the victims' needs.<sup>65</sup> Displaced persons and refugees, among others, are entitled to benefit from those recommendations.

However, some African truth commissions have made specific recommendations in the area of forced displacement. Generally they have recommended improving the living conditions of displaced persons and refugees and ensuring respect for their rights and

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, at 168, para 189.

<sup>63</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18) at 112, para 249: 'Forced displacement often represents a failure on the part of the State to ensure the safety of those within its territory.' See also at 119, para 267 where the commission reports the failure of the Kenyan government to resettle the internally displaced persons.

<sup>64</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18) vol 2, ch 2, at 103, para 521. The truth commission accuses the armed group Revolutionary United Front (RUF).

<sup>65</sup> For the recommendations and reparations proposed by African truth commissions which deal with forced displacement, see South Africa, Truth Commission Report (n 18), vol 5, ch 5, at 170–195; Kenya, Truth Commission Report (n 18) at 97–124; Liberia, Truth Commission Report (n 18) at 377–381; Nigeria, Truth Commission Report (n 18) vol 6, at 46–52 and vol 7, at 55; Sierra Leone, Truth Commission Report (n 18), vol 2, ch 4; Chad, Truth Commission Report (n 18) at 98; Uganda (1986), Truth Commission Report (n 18) ch 13 at 590 and at 627–628.

dignity. Aware of the difficulties that are faced by people who return—they sometimes have nothing left—many African truth commissions formulated the conditions upon which their return was to take place. The Sierra Leone truth commission, noting that the financial situation of the state was destroyed by the armed conflict, stated that '[r]eturnees from the war lacked the capital necessary to restart any business activities. Providing financial services to the victims of the conflict will help many of them generate an income and become financially independent.'<sup>66</sup> The truth commission recommended rehabilitation for displaced women and proposed that women be considered in the micro-credit schemes.<sup>67</sup> It called on '[c]ommunities to act with compassion in accepting female ex-combatants and displaced persons back into society'.<sup>68</sup> The South African truth commission recommended that 'a multi-disciplinary programme, involving all relevant ministries and departments (such as health, welfare and housing) be put in place to resettle displaced persons and address the problems of displaced communities'.<sup>69</sup> In Kenya, victims of forced displacement were specifically targeted by the reparation programmes proposed by the truth commission.<sup>70</sup> For example, if a person's death was due to forced displacement, the members of his or her family could 'claim pensions, medical and psychosocial vouchers'.<sup>71</sup> The Kenyan truth commission also prescribed deadlines for the implementation of its recommendations for refugees and displaced persons. According to the commission, the Kenyan government, within 18 months, had to facilitate and resettle Kenyan refugees living in Uganda, and it had to fast-track 'the operationalisation of the Prevention, Protection and Assistance to Internally Displaced Persons and Affected Communities Act, No. 56 of 2012' within six months of their return. Finally, the government had to ratify the 2009 Kampala Convention within 24 months.<sup>72</sup> The Commission also proposed that refugees and IDPs should receive reparations within 36 months.<sup>73</sup> The truth commission of Uganda recommended that the rights of displaced or expelled persons be

---

<sup>66</sup> Sierra Leone, Truth Commission Report, *ibid*, at 262, para 184.

<sup>67</sup> *Ibid*, ch 3, at 173, para 356.

<sup>68</sup> *Ibid* 213.

<sup>69</sup> South Africa, Truth Commission Report (n 18), vol 5, ch 5, at 191, para 99.

<sup>70</sup> Kenya, Truth Commission Report (n 18), vol 4, at 103.

<sup>71</sup> *Ibid* at 105.

<sup>72</sup> *Ibid* at 68.

<sup>73</sup> *Ibid*.



respected and advised avoiding violent conflict that could affect the population.<sup>74</sup>

Despite the generous recommendations of truth commissions, their implementation is always a challenge for states. Many scholars have reported on the lack of implementation of several recommendations of truth commissions.<sup>75</sup> For example, in the area of forced displacement, the recommendation of the Kenyan truth commission regarding the ratification of the Kampala Convention has not been implemented. The poverty suffered by the majority of the population in Kenya, Sierra Leone and Liberia suggests that the consequences of forced displacement during the violent periods in these countries are yet to be addressed.

#### **IV CONCLUSION: LESSONS TO BE DRAWN FROM THE WORK OF TRUTH COMMISSIONS IN THE AREA OF DISPLACEMENT**

Many African truth commissions do investigate displacement in the history of African states and, even if their work is never sufficient, they offer several suggestions on how to resolve the issue. Three main lessons can be drawn from their work. First, truth commissions present an opportunity in the post-conflict period to obtain a complete picture of displacement and the problems that it involves. Displacement should always be included in their mandate, especially in post-armed conflict situations; and, if displacement is not specifically included, truth commissions should always address the problem in their reports. Second, forced displacement is a multi-dimensional problem. It has multiple causes and it has many consequences for individuals, communities and the state. This means that its solutions should take into consideration those multiple dimensions through an inclusive strategy. This inclusive strategy should take into account the situation at the macro level and at the state level, but also at the community and individual levels. Third, resolving the problems requires the engagement of the state in the implementation of the commissions' recommendations. Certainly, in the aftermath of violence and conflict, states face many challenges. But they must address the problem of displacement because its resolution is one of the conditions of a lasting peace and a cornerstone of a state's reconstruction.

---

<sup>74</sup> Uganda (1986), Truth Commission Report (n 18) ch 13 at 611–612.

<sup>75</sup> See among others, Hayner (n 2) at 6; Monica Dorothy ACIRU *Transitional Justice in Practice: Truth Commissions and Policies of Victim Reparations* (doctoral thesis, University of KU Leuven, 2017) at 355–375.



**BIBLIOGRAPHY****Books**

- Abebe, AM *The Emerging Law of Forced Displacement in Africa: Development and Implementation of the Kampala Convention on Internal Displacement* (Routledge, 2017)
- Freeman, M *Truth Commissions and Procedural Fairness* (Oxford University Press, 2006)
- Guematcha, E *Les commissions vérité et les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire* (Pedone, 2014)
- Hayner, P *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (Routledge, 2011)
- Wiebelhaus-Brahm, E *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy* (Routledge, 2010)

**Journal articles**

- Arbour, L 'Economic and social justice for societies in transition' (2007) 40(1) *New York University Journal of International Law and Politics* 1–27
- Ibeanu, O 'Apartheid, destabilization and displacement: The dynamics of the refugee crisis in Southern Africa' (1990) 3(1) *Journal of Refugee Studies* 47–63

**Truth commission reports**

- Chad, Rapport de la commission nationale d'enquête du ministère tchadien de la justice, *Les crimes et les détournements de l'ex-président Habré et de ses complices*, L'Harmattan (1993)
- Côte d'Ivoire, Commission Dialogue, vérité et réconciliation, Rapport final (2014)
- Ghana, The National Reconciliation Commission Report (2005)
- Kenya, Report of the Truth, Justice and Reconciliation Commission, 4 vol (2013)
- Liberia, Truth and Reconciliation Commission, Consolidated Final Report, 4 vol (2009)
- Nigeria, Human Rights Violations Investigations Commission (Aka Oputa Panel Report), 9 vol (2002)
- Sierra Leone, Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone, Witness to Truth, 3 vol (2004)
- South Africa, South African Truth and Reconciliation Commission Report, 7 vol (1998)
- Uganda (1986), The Report of the Commission of Inquiry into Violations of Human Rights, Findings, Conclusions and Recommendations (1994)

**Other reports**

- Bradley, M *Truth-Telling and Displacement: Patterns and Prospects* (Research Brief) (International Center for Transitional Justice / Brookings–LSE, 2013)
- Conclusions of the Seminar on Protection of African Refugees and Internally Displaced Persons, held in Harare, 16–18 February 1994, reprinted in African Commission on Human and People’s Rights, Seventh Annual Activity Report of the African Commission, 1993–1994
- Internal Displacement Monitoring Centre/Norwegian Council of Refugees Africa Report on Internal Displacement, 2016
- Report of the United Nations Secretary-General *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616, 4 August 2004
- Watson, C *The Flight, Exile and Return of Chadian Refugees: A Case Study with a Special Focus on Women*, Geneva (United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD) (1996)

**Laws**

- Chad, Décret N°014/P.CE/CJ/90 portant création de la commission d’enquête sur les crimes et détournements commis par l’ex-Président, ses co-auteurs et/ou complices, 29 December 1990
- Liberia, An Act to Establish the Truth and Reconciliation Commission (TRC) of Liberia, National Transitional Legislative Assembly, 12 May 2005
- Libya, General National Congress, Law No 29 of 2013 on Transitional Justice, 28 Muharram 1434/2 December 2013
- Mali, Ordonnance portant création de la Commission vérité, justice et réconciliation, Ordonnance N° 2014 003 PRM 2014, 15 January 2014
- Mali, Décret portant organisation et modalités de fonctionnement de la Commission vérité, justice et réconciliation, Décret No 2014 0013 P-RM, 15 January 2014
- Uganda, Commission of Inquiry into the Disappearances of People in Uganda since 25 January 1971, Charter, 1974
- Uganda, Legal Notice Creating the Commission of Inquiry into Violations of Human Rights, The Commission of Inquiry Act, Legal Notice No 5, 16 May 1986 (Cap 56)

# La protection des migrants en détention par le droit international

## *The protection of migrants in detention under international law*

GHISLAIN PATRICK LESSENE

### RÉSUMÉ

*La situation dramatique des migrants en Afrique—et particulièrement des migrants en détention— a été mise en évidence par la médiatisation de la vente de migrants détenus comme esclaves en Libye. La tragédie de milliers de migrants africains atteste de la pertinence d'analyser l'état du droit international dont l'évolution a permis l'éclosion de normes protectrices des migrants en détention doublement vulnérables.*

**Mots-clés :** Détention; droit international; migrants; protection; soft law

### ABSTRACT

*The plight of migrants in Africa—and in particular, migrants held in detention—was highlighted by the media coverage of detained migrants being sold as slaves in Libya. The tragedy of thousands of African migrants attests to the relevance of analysing the status of international law, the evolution of which has enabled the emergence of standards designed to protect doubly vulnerable migrants in detention.*

**Key words:** detention; international law; migrants; protection; soft law

---

## I INTRODUCTION

Comment protéger des personnes migrantes en détention sur le continent africain ? En effet, au-delà des apparences et de la médiatisation de l'immigration des africains vers l'Europe, l'Afrique demeure le continent qui accueille le plus de migrants car le flux

migratoire intra-africain est le plus élevé<sup>1</sup>, d'où l'importance de la protection de ces personnes migrantes doublement vulnérables en raison de leur migration mais également de leur détention.

De manière générale, la problématique de la protection des migrants en Afrique est étroitement liée à celle d'une protection effective des personnes privées de liberté, qui a été à l'origine de l'élaboration de normes protectrices de cette catégorie d'individus.

Le concept de détention ou de privation de liberté étant peu défini par les textes africains, qui parlent plutôt d'emprisonnement, de réclusion ou de détention perpétuelle ou à temps, il y a donc lieu de se référer aux textes internationaux et à la jurisprudence pour tenter de cerner cette notion.

Les règles minima pour le traitement des détenus du 31 juillet 1957 et du 31 mai 1977, révisées et adoptées le 17 décembre 2015 comme Les Règles Nelson Mandela<sup>2</sup> et l'Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement du 9 décembre 1988, définissent la détention comme la condition des personnes détenues, c'est-à-dire privées de la liberté individuelle. Pour le Protocole facultatif à la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 18 décembre 2002, la détention ou privation de liberté se définit comme :

« toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique (article 4 §2 du Protocole facultatif). »

On peut affirmer avec certains auteurs que « la privation de liberté consiste en un confinement de l'individu incarcéré sans possibilité d'organiser sa vie et séparé des siens, de son milieu professionnel,

---

<sup>1</sup> On estime à peu près que 80 % des migrations s'opèrent à l'intérieur du continent africain (<https://afrique.latribune.fr/politique/politique-publique/2017-04-17/anti-cliche-80-de-la-migration-en-afrique-ne-se-fait-pas-vers-les-pays-du-nord-interview.html>).

<sup>2</sup> Les règles minima révisées ont été adoptées à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies le 17 décembre 2015 et sont maintenant connues sous le nom des Règles Nelson Mandela afin de « honorer l'héritage de l'ancien Président de l'Afrique du Sud, M. Nelson Rolihlahla Mandela, qui a passé 27 ans en prison dans le cadre de sa lutte pour les droits humains dans le monde, l'égalité, la démocratie et la promotion d'une culture de la paix. »

etc. »<sup>3</sup>. C'est donc le placement ou la rétention d'une personne, contre son gré, dans un lieu approprié pour des raisons diverses<sup>4</sup>.

Les Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques, adoptés par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 13 mai 2008 lors de sa 131<sup>ème</sup> session ordinaire, donne une définition large et plus complète de la privation de liberté. Le préambule dispose que la privation de liberté s'entend comme :

« [u]ne forme quelconque de détention, d'emprisonnement, d'institutionnalisation ou de garde d'une personne, pour des raisons d'assistance humanitaire, de traitement, de tutelle, de protection ou pour cause de délits et d'infractions à la loi, ordonnée ou contrôlée de facto par une autorité judiciaire, administrative ou toute autre autorité, dans une institution publique ou privée, dans laquelle cette personne ne peut disposer de sa liberté ambulatoire. Sont censées entrer dans cette catégorie de personnes non seulement les personnes privées de liberté pour cause de délits ou pour cause d'infractions et de manquements à la loi, que celles-ci soient mises en examen ou condamnées, mais aussi les personnes qui sont sous la surveillance et la responsabilité de certaines institutions telles que: les hôpitaux psychiatriques et autres établissements pour personnes handicapées physiques, mentales ou sensorielles; les institutions pour les enfants et les personnes âgées; les centres pour migrants, réfugiés, demandeurs d'asile ou du statut de réfugié, apatrides et sans papiers; et toute autre institution analogue destinée à la privation de liberté des personnes. »

Quant à la notion de personnes migrantes, il s'agit de :

- a) (...) personnes qui se trouvent hors du territoire de l'État dont elles possèdent la nationalité ou la citoyenneté, mais qui ne relèvent pas de la protection juridique de cet État, et qui se trouvent sur le territoire d'un autre État ;
- b) (...) personnes qui ne jouissent pas du régime juridique général inhérent au statut de réfugié, de résident permanent, de naturalisé ou d'un autre statut octroyé par l'État d'accueil ;

---

<sup>3</sup> Bouloc B., *Droit pénal général*, Editions Dalloz, Paris, 19<sup>ème</sup> édition, 2005, p.61, n°561.

<sup>4</sup> Murdoch J., *Le traitement des détenus : critères européens*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007.

- c) (...) personnes qui ne jouissent pas non plus d'une protection juridique générale de leurs droits fondamentaux en vertu d'accords diplomatiques, de visas ou d'autres accords<sup>5</sup>. »

La migration concerne le passage des frontières politiques et administratives pour un minimum de temps. Elle inclut les mouvements de réfugiés, des personnes déplacées et des migrants économiques. La migration interne renvoie au mouvement d'une zone (province, district ou municipalité) à une autre.

Par migrants, nous entendons ici toutes personnes (hommes, femmes et enfants) qui se trouvent en dehors de leurs lieux habituels de résidence quelles que soient les circonstances (réfugiés, demandeurs d'asile, déplacés internes, apatrides, etc.).

Quels sont les principes protecteurs que les migrants en détention en Afrique peuvent invoquer? Quels sont les droits des personnes migrantes en détention en Afrique ? Ces droits sont-ils différents en temps de paix qu'en temps de conflit armé ? Comment assurer une meilleure protection des migrants détenus au regard des derniers événements, dont la vente de migrants d'Afrique subsaharienne détenus et vendus comme esclaves en Libye ? Quels sont les recours offerts aux personnes détenues en cas d'abus de leurs droits ?

Ces interrogations mettent en exergue la nécessité d'analyser les principes fondamentaux applicables à la détention ainsi que la protection des personnes migrantes par le droit international (II). Elles appellent également à s'intéresser aux différents droits énoncés par les normes internationales en leur faveur au regard de l'acuité de la tragédie que vivent les personnes migrantes lors de leur détention (III).

## **II APERÇU DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA PROTECTION DES PERSONNES MIGRANTES EN DÉTENTION**

L'analyse du droit international fait ressortir l'émergence progressive de principes fondamentaux protecteurs des migrants en détention. Il s'agit tout d'abord de principes découlant des règles générales du droit international (1) ainsi que ceux édictés par certaines institutions spécialisées (2).

---

<sup>5</sup> Pizarro G.R., *Human rights of migrants*, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights in A/57/292, Note by the Secretary-General, 9 August 2002.

## **1. Les principes généraux et les garanties du droit international protecteurs des personnes migrantes en détention**

### *(a) Les principes généraux du droit international protecteurs des migrants en détention en Afrique*

Les principes généraux qui seront abordés dans cette section se rapportent au principe de la légalité de la détention, ceux de l'indérogeabilité des normes impératives de droit et de l'intangibilité de certains droits humains reconnus à tout migrant en détention.

#### *(i) Le principe de la légalité de la détention*

Le principe de la légalité de la détention exige le respect de l'ensemble des garanties procédurales (motivation de la décision de détention, accès au juge, information du détenu, recours contre une détention arbitraire, etc.). La légalité de la détention est consacrée notamment par les textes universels des droits de l'homme tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 9), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 9) et les déclarations spécifiques aux personnes privées de liberté. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 6) et les textes spécifiques africains ont également consacré ce principe. Le principe de la légalité de la détention est également énoncé par le droit international humanitaire, notamment les Conventions de Genève (notamment l'article 126 de la troisième Convention) et les Protocoles additionnels de 1977 (article 75 du Protocole additionnel I et article 4 du Protocole additionnel II). Le droit international pénal le consacre également (article 7, 1 e et i du Statut de la Cour pénale internationale).

Au niveau national, le principe de la légalité de la détention a été énoncé dans certains textes constitutionnels, lois et codes ou dans des règlements.

Le principe de la légalité des lieux de détention implique que tout migrant soit détenu dans un lieu connu et soumis à un contrôle.

#### *(ii) Le principe de l'indérogeabilité des normes impératives de droit*

La protection des personnes migrantes détenues se présente, à notre avis, comme une conséquence de l'obligation de respecter les normes impératives de droit international, applicables également en matière de détention.

En effet, les règles fondamentales relatives à la protection de l'intégrité physique et morale de toute personne (dont le migrant)

privée de liberté (interdiction de la torture et des mauvais traitements, respect du droit à la vie, etc.) font partie des normes impératives ou *jus cogens* qui ne sauraient être limitées en aucune façon et requièrent de la part des États un respect total. La notion de *jus cogens* est consacrée par l'article 53 de la Convention de Vienne sur les traités de 1969 en ces termes :

« [e]st nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

Il s'agit de normes de première importance pour la communauté internationale et des normes de droit objectif. Elles sont partagées par « toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement par exemple par les États de l'Ouest et de l'Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d'un continent ou d'un autre »<sup>6</sup>. Ces normes ne sont pas seulement obligatoires, mais impératives pour les États qui doivent les respecter en tous lieux et en toutes circonstances. Elles sont indérogeables et imposent des obligations essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale et leur violation est sanctionnée comme crime international. Elles édictent aussi des droits intangibles en faveur de toute personne privée de liberté, notamment le droit à la dignité, le droit à la vie, à l'intégrité et à la sécurité et le droit de ne pas subir de torture ou tout autre traitement cruel, inhumain ou dégradant<sup>7</sup>.

En raison de la nature des interdictions des actes attentatoires à l'intégrité physique des personnes privées de liberté, les États se doivent de prendre toute mesure pour éviter et prévenir ces actes en tout lieu et en tout temps en garantissant un traitement humain à tout migrant en détention et en respectant sa dignité humaine<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Ago, R. *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1971, Volume 134, p.323.

<sup>7</sup> Lessène, G.P. *Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention*, L.G.D.J., Schulthess, Collection Genevoise, septembre 2012.

<sup>8</sup> Ibidem.



La dignité humaine est un des attributs inaliénables de l'individu. Elle est le principe matriciel' des droits fondamentaux, voire leur raison d'être,<sup>9</sup> et constitue un « principe fondateur qui traduit l'essence même de la conception humaniste de la conscience universelle tirée d'une exigence éthique fondamentale »<sup>10</sup>.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a qualifié la dignité humaine de droit fondamental dont les êtres humains doivent jouir sans discrimination. C'est un droit naturel qui doit être respecté en tout temps et en tout lieu<sup>11</sup>. Ainsi, l'exposition à une souffrance et une indignité personnelles viole le droit à la dignité humaine<sup>12</sup>.

*(iii) Le principe de l'intangibilité des droits des migrants en détention*

Par droits intangibles, il faut entendre les droits irréductibles auxquels on ne doit porter atteinte, quelles que soient les circonstances ; des droits qui constituent le verrou et le socle dont la destruction emporte l'être humain dans toute son intégralité ; ce sont des droits dont les frontières demeurent irrévocablement infranchissables sous aucun prétexte. Autrement dit, ce sont des droits absolus et imposables *erga omnes*. Il s'agit d'un noyau dur qui est fort limité puisqu'il n'est constitué que de quatre droits : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et du travail forcé ou obligatoire et le principe de la légalité des délits et des peines. Ces droits sont indiscutablement communs à tous les instruments<sup>13</sup>. Le noyau dur se situe au rang des 'considérations élémentaires d'humanité', de l'appréciation de la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire du *Détroit de*

---

<sup>9</sup> Mathieu, B. « Pour une reconnaissance des "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211–215.

<sup>10</sup> Israël, J.J., *Droits fondamentaux*, L.G.D.J., 1998, p.338.

<sup>11</sup> Articles 5 et 19 de la Charte africaine.

<sup>12</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 97/93, *John K. Modise c. Botswana*, décision prise lors de la 27<sup>ème</sup> session de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2002–2007*, Institut pour les droits humains et le développement en Afrique, 2008, p.219.

<sup>13</sup> Fall, I., Sous-secrétaire général aux droits de l'homme de l'ONU en 1995, in préface de l'ouvrage collectif de Prémont, D., Stenesen, C. et Oseredczuk, I., *Droits intangibles et états d'exceptions; non-derogable rights and states of emergency*, Bruylant, Bruxelles, 1996. Une analyse et un point de vue qui permettront de répondre au vide de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur le sujet.

*Corfou*<sup>14</sup> de 1947 et dans son avis consultatif sur *la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* rendu en 1996<sup>15</sup>.

Le respect de ces droits interdit aux États de prendre des mesures incompatibles avec les autres obligations du droit international. Il renforce également les droits non-dérogeables, qui font partie du droit coutumier et forment une sorte de *jus cogens* des droits de l'homme<sup>16</sup>.

De surcroît, la protection des migrants en détention renforce l'inaliénabilité de leurs droits. Le préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et celui de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 mentionnent les « droits égaux et inaliénables » de « tous les membres de la famille humaine » et indiquent que « ces droits procèdent de la dignité inhérente à la personne humaine. » De la même façon, le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme fait référence aux droits « inaliénables » et à la dignité « inhérente » à tous les êtres humains. L'article 7 de la troisième Convention de Genève de 1949 affirme également le caractère inaliénable de ces droits. Il est donc interdit aux États de mettre les personnes migrantes privées de liberté dans une situation de vulnérabilité physique ou morale au point qu'ils renoncent à ces droits ou qui a pour effet de les réduire à néant.

Ainsi, la protection des personnes migrantes en détention permet de préserver le caractère irréductible de leurs droits et de *jus cogens* des règles fondamentales de droit dont elles ne sauraient être exclues.

*(b) Les garanties du droit international en tant que protection des migrants en détention*

Il s'agit des garanties découlant du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

*(i) Les garanties du droit international des droits de l'homme*

Les garanties du droit international concernent la « trinité de droits »<sup>17</sup>, le droit de contester toute détention et le contrôle des lieux de détention.

<sup>14</sup> CIJ, Arrêt, 22 mai 1947, *Affaire du Détroit de Corfou* (Royaume-Uni contre Albanie), Rec.194922.

<sup>15</sup> Rec. CIJ. 1996-I, p. 257, §. 79.

<sup>16</sup> M'Baye, K., *Les droits de l'homme en Afrique*, 2ème ed., Éditions A. Pedone, Paris, 1992, p. 52.

<sup>17</sup> Comité européen pour la prévention de la torture (CPT), 12ème *Rapport général*, CPT/ Inf (2002) 15, § 40. Il s'agit de la notification de la détention à un tiers, l'accès à

## 2. La trinité de droits

Il s'agit de la notification de la détention, de l'accès à un avocat et de l'accès à un médecin.

### *(a) L'obligation de notifier la détention à un tiers*

L'obligation de notifier la détention à un tiers, premier élément de la « trinité de droits », signifie que toute personne migrante détenue a le droit d'exiger de la police ou des forces de sécurité de pouvoir informer un proche ou un tiers de sa situation. Pour le principe 16-1 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement de 1988 :

« [d]ans les plus brefs délais après l'arrestation et après chaque transfert d'un lieu de détention ou d'emprisonnement à un autre, la personne détenue ou emprisonnée pourra aviser ou requérir l'autorité compétente d'aviser sa famille ou, s'il y a lieu, d'autres personnes de son choix, de son arrestation, de sa détention ou de son emprisonnement, ou de son transfert et du lieu où elle est détenue. »

La règle 68 des Règles Nelson Mandela dispose qu'un prévenu doit immédiatement pouvoir informer sa famille de sa détention. De même, la directive 6 c) des Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique de 2003 énonce que les informations relatives au détenu (notamment le lieu de détention) seront communiquées aux parents de la personne arrêtée, à son représentant légal ou à toute autre personne ayant un intérêt légitime à prendre connaissance de cette information.

Pour le Comité des droits de l'homme, les personnes arrêtées ou détenues devaient être autorisées à prendre contact avec leur famille « dès le moment de l'arrestation »<sup>18</sup> et il recommande que soit instaurée l'obligation d'aviser sans retard les proches d'un individu de son arrestation<sup>19</sup>.

---

un avocat et l'accès à un médecin, auxquels il faut ajouter l'information sur les droits. Voir aussi Lessène, G.P., *Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention*, L.G.D.J., Schulthess, Collection Genevoise, septembre 2012.

<sup>18</sup> Comité des droits de l'homme, *Observations finales sur la République Populaire Démocratique de Corée*, A/56/40, § 86-18.

<sup>19</sup> Comité des droits de l'homme, *Observations finales sur l'Inde*, A/52/40, § 438.

La notification doit être appliquée dès le tout début de la privation de liberté (c'est-à-dire, dès le moment où les intéressés sont contraints de rester avec la police ou les forces de sécurité)<sup>20</sup>.

Le droit de prévenir un proche ou un tiers inclut celui d'informer le tiers de la détention. Pour les migrants étrangers, il s'agit de prévenir leur consulat, s'ils le désirent.

*(b) L'accès à un avocat*

L'accès à un avocat constitue le deuxième élément de la « trinité de droits ». Le principe 17 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement de 1988 prévoit que : « [t]oute personne détenue pourra bénéficier de l'assistance d'un avocat. L'autorité compétente l'informerá de ce droit promptement après son arrestation et lui fournira des facilités raisonnables pour l'exercer. » La Ligne directrice 20, (c) des Lignes directrices et de mesures d'interdiction et de prévention de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique « Lignes directrices de Robben Island » de 2002, abonde dans le même sens puisqu'il reconnaît aux personnes privées de liberté « [l]e droit d'accès à un avocat » de même que les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique de 2003 (Disposition M, 2, a).

Selon le Comité des droits de l'homme, les personnes en état d'arrestation doivent avoir « immédiatement accès à un conseil et [pouvoir] contacter leurs familles »<sup>21</sup>.

*(c) L'accès à un médecin*

Le dernier élément de la trinité des droits est l'accès à un médecin. Les personnes migrantes détenues devraient jouir du droit formellement reconnu à l'accès à un médecin. En d'autres termes, il faut toujours appeler sans délai un médecin si une personne demande un examen médical.

### **3. Le droit de contester la légalité de la détention**

Le droit pour les migrants détenus, ou pour toute personne agissant en leur nom, d'introduire un recours devant un tribunal afin de

<sup>20</sup> Morgan, R., et Evans, M., *Les normes du CPT en matière de détention par la police et de détention préventive*, brochure n° 5, APT, mai 2002, p.15.

<sup>21</sup> Comité des droits de l'homme, *Observations finales sur le Koweït*, A/55/40 (2000), § 472. Voir l'Observation générale n° 20 du Comité des droits de l'homme du 10 mars 1992, § 11, et l'Observation générale n° 2 du Comité contre la torture du 24 janvier 2008, § 13.

contester la légalité de la détention et plus généralement d'assurer leur sécurité, constitue une garantie essentielle de protection des personnes migrantes en détention. Ce droit est énoncé dans l'article 9-4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: « [q]uiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »<sup>22</sup> L'Ensemble de principes relatifs à la détention contient en son principe 32 une disposition similaire. Il en est de même des Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique de 2003 (Directives M, 4).

Les proches et les autres personnes agissant pour le compte des migrants détenus doivent avoir la possibilité effective d'introduire un recours judiciaire permettant d'assurer la protection des détenus, en particulier lorsque ces derniers ne peuvent eux-mêmes user de cette voie de recours<sup>23</sup>.

#### **4. Le contrôle des lieux de détention**

Les normes internationales mettent à la charge des États un devoir de contrôle des lieux de détention. Ce contrôle désigne le processus d'inspections régulières de tous les aspects de la détention, au moyen de visites sur le terrain et de l'analyse du registre de détention. Le contrôle peut être interne, c'est-à-dire, effectué par des mécanismes nationaux, ou supranational (ce qui veut dire que les États doivent autoriser des mécanismes internationaux à assurer ce contrôle).

##### *(a) L'exigence de contrôle interne*

L'exigence d'un contrôle interne des lieux de détention est posée dès 1957. En effet, les Règles 83 à 85 des Règles Nelson Mandela exigent que des inspecteurs qualifiés et expérimentés, nommés par une autorité compétente, procèdent à l'inspection régulière des établissements et services pénitentiaires. Ils veilleront en particulier à ce que ces établissements soient administrés conformément aux

---

<sup>22</sup> Le Comité des droits de l'homme a fait observer que l'article 9-4 s'applique à toutes les personnes privées de leur liberté par arrestation ou détention, et que les États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques doivent également « veiller à ce que des voies de recours utiles soient prévues dans les autres cas où un individu se plaint d'être privé de sa liberté en violation du pacte » (Observation générale 8, § 1).

<sup>23</sup> Rodley, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, 2nd ed., 1999, Oxford University Press, p. 338.

lois et règlements en vigueur et dans le but d'atteindre les objectifs des services pénitentiaires et correctionnels.

Le Principe 29, §1 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement de 1988 est plus précis puisqu'il exige l'indépendance de ces mécanismes de contrôle :

« [a]fin d'assurer le strict respect des lois et règlements pertinents, les lieux de détention doivent être inspectés régulièrement par des personnes qualifiées et expérimentées, nommées par une autorité compétente distincte de l'autorité directement chargée de l'administration du lieu de détention ou d'emprisonnement et responsables devant elle. »

L'obligation de contrôle est également affirmée par la Ligne directrice 41 des Lignes directrices de Robben Island de 2002. Quant au Protocole facultatif à la Convention contre la torture de 2002, il exige que chaque État partie « administre, désigne ou met en place [...] un ou plusieurs mécanismes nationaux de prévention indépendants en vue de prévenir la torture à l'échelon national' (article 17) ».

Le but de ce contrôle des lieux de détention par une autorité indépendante est d'apporter une importante contribution à la prévention des actes attentatoires aux droits des personnes migrantes détenues et de s'assurer que les conditions de détention soient humaines. De plus, elle devrait examiner toutes les questions liées au traitement des personnes détenues : l'enregistrement de la détention, les informations données aux personnes détenues sur leurs droits et l'exercice effectif de ces droits. C'est pourquoi les textes prévoient que les transferts de détenus d'un service de sécurité à un autre doivent faire l'objet d'une décision judiciaire et d'un contrôle indépendant.

### *(b) L'exigence d'un contrôle supranational*

Le contrôle supranational des lieux de privation des personnes migrantes peut être effectué par des mécanismes universels ou onusiens<sup>24</sup> ou par des mécanismes régionaux<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Il s'agit du Comité des droits de l'homme, du Rapporteur Spécial sur la torture, du Sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture (SPT), du Groupe de travail sur les arrestations arbitraires, du Rapporteur Spécial sur les migrations, etc. Voir aussi Lessène, G.P., *op.cit.*, 293-311.

<sup>25</sup> Il s'agit notamment de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, du Comité pour la

(i) *Les garanties du droit international humanitaire*

Autrefois dénommé ‘droit de la guerre’, le droit international humanitaire (DIH) est un ensemble de règles, conventionnelles ou coutumières, qui ont spécifiquement pour but de régler les problèmes humanitaires qui surgissent lors des conflits armés. L’objet principal est de protéger les personnes et les biens qui sont, ou qui peuvent être, affectés par un conflit armé et de limiter les droits des parties à un conflit d’utiliser n’importe quels moyens ou procédés de guerre.

Le DIH comprend deux catégories distinctes. D’une part, on trouve les normes qui réglementent la conduite des hostilités, se fondent sur la conservation de l’entité étatique et se situent à la croisée des nécessités d’ordre militaire et des exigences de l’humanité. Elles sont désignées sous l’expression de ‘droit de La Haye’. D’autre part, on trouve un droit de l’assistance qui tend essentiellement à assurer la protection des victimes des conflits qui sont tombées au pouvoir de l’ennemi. Il est communément appelé ‘droit de Genève’<sup>26</sup>.

L’essentiel du DIH est constitué par les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, les deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 et le troisième Protocole additionnel de 2005.

Il convient d’analyser les garanties communes en cas de conflit armé international et non international avant de se pencher sur l’accès au lieu d’internement.

## **5. Les garanties fondamentales communes**

Ces garanties sont celles de l’article 75 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1977 et les articles 4 et 5 du Protocole additionnel II, qui énoncent le principe du traitement humain et interdisent tout acte violant la dignité de la personne privée de liberté (meurtre, torture, traitements humiliants et dégradants) et dégagent ses droits (droit à l’alimentation, droit à la santé, droit au travail, accès à un médecin, etc.).

---

prévention de la torture en Afrique (CPTA) et du Rapporteur Spécial sur les prisons, les conditions de détention et l’action policière en Afrique. Voir aussi Lessène (G.P.), *op.cit.*, 293–311.

<sup>26</sup> En référence à la ville de la Haye (Pays-Bas) et à Genève (Suisse), lieux d’adoption de la majorité des règles du DIH. Cependant, pour les commentateurs des Protocoles additionnels de 1977 : « On utilise assez couramment en doctrine l’expression “droit de Genève” pour désigner les règles de droit humanitaire fixant le droit des victimes à la protection et l’expression “droit de La Haye” pour désigner les règles de droit humanitaire qui régissent la conduite des hostilités. Cette distinction est aujourd’hui quelque peu artificielle, les Protocoles contenant des règles des deux types. » Sandoz, Y., Swinarski, C. et Zimmermann, B. (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, XXVII.

D'emblée, il convient de relever que les garanties fondamentales étudiées précédemment (accès à un avocat, à un médecin, etc.) sont également reconnues à toute personnes privées de liberté par le DIH.

## 6. Les garanties relatives au lieu d'internement

Il faut distinguer selon qu'on est dans un conflit armé international ou non international.

### (a) Lors du conflit armé international

De manière générale, la période de privation de liberté pendant les conflits armés internationaux est régie par de nombreuses dispositions qui visent à assurer aux prisonniers militaires et civils des garanties fondamentales et le respect de la légalité de la détention. Celles-ci diffèrent selon qu'il s'agit de prisonniers de guerre<sup>27</sup>, de personnes bénéficiant du traitement réservé aux prisonniers de guerre<sup>28</sup>, de civils internés<sup>29</sup>, de personnes faisant l'objet d'une procédure pénale<sup>30</sup> ou de personnes privées de liberté pour des raisons liées au conflit mais ne bénéficiant pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions des Conventions de Genève ou du Protocole additionnel I<sup>31</sup>.

Au-delà de la légalité de la détention *stricto sensu* et des conditions d'internement, le DIH met à la charge des Parties belligérantes l'obligation de désigner le lieu d'internement des personnes privées de liberté selon qu'elles sont des prisonniers de guerre ou considérées comme tels<sup>32</sup> ou de simples détenus civils<sup>33</sup>.

Par ailleurs, les États ont l'obligation de créer de bureaux nationaux de renseignement visant à enregistrer les données personnelles des personnes privées de liberté<sup>34</sup> et de les transmettre à l'Agence centrale de recherches<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> Art 4 de la troisième Convention de Genève de 1949.

<sup>28</sup> *Idem* et art 78 de troisième Convention de Genève de 1949.

<sup>29</sup> Art 42-43 et 79-135 de la quatrième Convention de Genève de 1949.

<sup>30</sup> Art 99 à 108 de la troisième Convention de Genève de 1949 ; art 27, 30, 33, 37-38, 71-76 et 126 de la quatrième Convention de Genève de 1949.

<sup>31</sup> Art 75 du Protocole additionnel I de 1977.

<sup>32</sup> Art 22, al.1 et 23, al 3 et 4 de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre.

<sup>33</sup> Art 71 à 78 de la quatrième Convention de Genève.

<sup>34</sup> Art 122 de la troisième Convention de Genève ; art 136 à 139 de la quatrième Convention de Genève et article 33 du Protocole additionnel I de 1977.

<sup>35</sup> Art 122, al. 8 de la troisième Convention et 137, al.3 de la quatrième Convention de Genève ; art 123, al. 2 de la troisième Convention et 140, al. 2 de la quatrième Convention de Genève.



Enfin, il pèse sur les parties belligérantes une obligation d'autoriser les visites des lieux d'internement par les représentants ou délégués des puissances protectrices et ceux du CICR en vue de la protection et du traitement humain des prisonniers de guerre (article 126 de la troisième Convention de Genève) et des détenus civils (76 et 143 de la quatrième Convention de Genève).

Il convient maintenant d'analyser la question sous l'angle du conflit armé non international.

#### *(b) Le conflit armé non international*

Les personnes touchées par un conflit armé non international, qu'elles soient internées, détenues ou privées de liberté en raison d'une infraction pénale, bénéficient d'une protection en vertu des dispositions pertinentes du DIH. L'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 interdit de les exposer à la violence et affirme le caractère obligatoire du traitement humain ou d'humanité auquel elles ont droit. Cette obligation d'humanité vise à éviter aux prisonniers d'être victimes de torture ou de disparitions. C'est dans ce sens-là que l'on peut comprendre les articles 4 et 5 du Protocole additionnel II.

L'article 4 réaffirme le principe du traitement humain et de la non-discrimination dont bénéficie les personnes migrantes privées de liberté en période de conflit armé non international.

L'article 5 complète les garanties de l'article 4 et le principe de traitement humain de l'article 3 commun. Il pose par ailleurs des obligations actives à la charge des parties belligérantes. Le premier paragraphe énonce une obligation absolue qui prohibe « les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes ».

À côté de ces principes, certaines institutions spécialisées ont dégagé des principes qu'il y a lieu d'aborder.

### **7. Les principes spécifiques dégagés par les organismes spécialisés en matière de migration**

Ces principes relèvent soit du Haut Commissariat des Nations Unies aux réfugiés (HCR), soit du Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

À la fin de 2012, le HCR a dégagé de nouvelles lignes directrices sur la détention des demandeurs d'asile. Elles reflètent la politique du HCR et visent à aider les gouvernements et autres organes de prise

de décisions au sujet de la détention des personnes<sup>36</sup>. Au nombre de 10, ces principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention mettent en lumière des éléments cardinaux pour la protection des migrants détenus.

Quant au CICR, il a formulé en avril 2016 des orientations en matière de détention administrative des migrants<sup>37</sup>.

L'analyse de ces deux textes permettent de dégager des principes essentiels à la détention des migrants.

*(a) La détention devrait être une mesure exceptionnelle*

Pour le CICR, il convient de toujours envisager en premier lieu la liberté et les alternatives à la détention; la détention devrait, en d'autres termes, demeurer une mesure de dernier ressort<sup>38</sup>.

Quant au HCR, il rappelle que l'article 31 de la Convention de 1951 sur les réfugiés dispose que les demandeurs d'asile ne doivent pas faire l'objet de sanctions pénales du seul fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, sous réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons, reconnues valables, de leur entrée ou présence irrégulières. En effet, leur situation les contraint souvent d'arriver sur un territoire ou d'y entrer sans autorisation préalable, dès lors ils peuvent ne pas être en mesure de respecter les formalités légales d'entrée comme les migrants ordinaires et de se procurer les documents nécessaires avant leur fuite en raison de leur crainte d'être persécutés et/ou du caractère urgent de leur départ<sup>39</sup>.

La détention aux fins du contrôle de l'immigration ne saurait, par définition, revêtir un caractère punitif.

*(b) La détention ne peut être ordonnée que sur une base individuelle et non discriminatoire*

Une décision de placement en détention ne doit pas être fondée sur une règle imposée de manière systématique à une catégorie de

---

<sup>36</sup> Haut Commissariat des Nations Unies aux réfugiés, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, UNHCR, 2012, disponibles à : <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=520cc0ea4>.

<sup>37</sup> CICR, *Document d'orientation du CICR sur la détention des migrants*, Genève, avril 2016, disponible à : [file:///C:/Users/gh8460/Downloads/detention-migrants-cicr%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/gh8460/Downloads/detention-migrants-cicr%20(2).pdf)

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Principe directeur 2.

personnes<sup>40</sup>. L'évaluation individuelle est un élément crucial pour permettre l'examen du cas particulier de chaque personne, pour éviter des décisions de détention qui ne sont pas nécessaires et pour garantir que la détention est justifiée et n'est utilisée qu'en dernier ressort.

*(c) La détention doit être nécessaire, raisonnable et proportionnelle à un but légitime*

La détention de migrants ne peut être utilisée que lorsqu'une évaluation individuelle confirme l'existence d'une base acceptable qui pourrait justifier la détention, en particulier si l'on estime qu'un migrant peut présenter un risque pour l'ordre public, la santé publique ou la sécurité nationale. Une évaluation individuelle de l'existence de tels risques permettra de déterminer si la détention administrative est considérée nécessaire, raisonnable et proportionnelle, après avoir envisagé des mesures non privatives de liberté<sup>41</sup>.

*(d) La détention devrait être de durée limitée*

La détention ne doit pas durer au-delà de la période pour laquelle l'État peut invoquer une justification appropriée ; elle devrait être limitée dans le temps. Dès lors, la détention sans limitation de durée pour des raisons liées à l'immigration est arbitraire au regard du droit international des droits de l'homme<sup>42</sup>.

*(e) Les conditions de vie en détention administrative ainsi que le traitement des personnes détenues ne devraient pas être de nature punitive*

Si des migrants font l'objet d'une mesure de détention administrative, il est essentiel que leur liberté ne soit pas restreinte au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Les migrants devraient, par exemple, pouvoir se déplacer librement à l'intérieur de leur lieu de détention ; les membres d'une même famille ne devraient pas être séparés ; les migrants doivent pouvoir maintenir des contacts significatifs avec le monde extérieur. Il est important, à cette fin, que les migrants en situation irrégulière soient séparés des personnes soupçonnées ou accusées d'une infraction pénale ou déjà condamnées pour une telle infraction. Tous les lieux où séjournent des migrants privés de liberté

---

<sup>40</sup> Principes directeurs 4 et 5.

<sup>41</sup> Principe directeur 4.

<sup>42</sup> Comité des droits de l'homme, Communication n°458/1991, 21 juillet 1994, *Observations Mukong c. Cameroun*, §. 9.8.

doivent offrir des conditions de vie dignes. Les autorités détentrices doivent garantir leur sécurité personnelle et satisfaire à leurs besoins tant matériels que psychologiques, y compris en matière d'accès à des soins médicaux adéquats. Ils doivent être protégés contre toutes les formes de mauvais traitements et d'exploitation, y compris les violences sexuelles<sup>43</sup>.

*(f) Les migrants détenus doivent être autorisés à avoir des contacts avec les membres de leur famille*

Les États doivent autoriser les migrants détenus à prendre contact avec leur famille, et ils devraient aussi veiller à ce que les migrants disposent des moyens techniques et financiers pour ce faire. De nombreux migrants perdent tous leurs biens pendant leur voyage ou au moment de leur arrestation et n'ont pas les moyens de passer un appel téléphonique international. Les autorités devraient offrir aux migrants détenus, au minimum, la possibilité de passer un premier appel téléphonique gratuit à leur famille, dans le pays ou à l'étranger, afin qu'ils puissent informer leurs proches de leur situation. En outre, si les migrants ont des parents ou des amis en mesure de leur rendre visite, ceux-ci devraient pouvoir le faire aisément<sup>44</sup>.

*(g) Le respect des garanties procédurales fondamentales est essentiel*

Un certain nombre de garanties procédurales fondamentales doivent être respectées.

Tout d'abord, les migrants doivent être informés dans le plus court délai et dans une langue qu'ils comprennent des raisons de leur détention ainsi que de leurs droits, y compris les possibilités d'interjeter appel.

Ensuite, la décision de placement en détention doit être prise par une autorité dûment habilitée, conformément aux critères fixés par la loi.

De même, les migrants ont le droit d'être enregistrés et détenus dans un lieu de détention officiellement reconnu.

Par ailleurs, si le migrant le souhaite, les autorités diplomatiques ou consulaires compétentes doivent être informées sans délai de sa détention. Les migrants doivent être informés de leur droit d'informer

---

<sup>43</sup> CICR, *Document d'orientation du CICR sur la détention des migrants*, Genève, avril 2016, disponible à : [file:///C:/Users/gh8460/Downloads/detention-migrants-cicr%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/gh8460/Downloads/detention-migrants-cicr%20(2).pdf)

<sup>44</sup> *Ibidem* ; Principe directeur 8.

leurs autorités consulaires ou diplomatiques et de communiquer avec elles.

Il est également à noter que la décision de placement en détention doit être examinée dans le plus court délai par une autorité judiciaire ou par une autre autorité indépendante. La procédure devrait prévoir le droit d'interjeter appel. La nécessité du maintien en détention doit être revue devant un organe judiciaire ayant le pouvoir d'ordonner leur libération si leur détention est illégale.

Enfin, les migrants devraient être autorisés à bénéficier d'une assistance juridique dans toutes les procédures relatives au maintien en détention. Ils devraient pouvoir assister en personne aux délibérations ou être représentés par leur représentant légal<sup>45</sup>.

*(h) Devant la persécution, les migrants ont le droit de chercher et bénéficier de l'asile*

Le statut irrégulier des migrants ou le fait qu'ils soient détenus ne devrait pas les priver du droit de demander asile ou de poursuivre une procédure de demande d'asile. Les migrants devraient par conséquent recevoir les informations nécessaires concernant ce droit et être autorisés à l'exercer, ce qui inclut d'avoir accès aux procédures d'asile<sup>46</sup>.

*(i) Toute détention de personnes appartenant à un groupe vulnérable devrait être évitée*

La situation particulière de certaines catégories de migrants particulièrement vulnérables—comme les enfants, les personnes victimes de torture ou de traite, les personnes atteintes de handicap ou de problèmes de santé mentale, ainsi que les personnes âgées—devrait être prise en considération<sup>47</sup>.

L'analyse des principes dégagés par le droit international et les institutions spécialisées en matière de migration permet de cerner la nécessité et l'évolution de la protection des migrants en détention. Mais au-delà des principes, le droit international reconnaît des droits spécifiques aux migrants en détention desquels découlent des devoirs pour les États.

### **III APERÇU DES DROITS DES MIGRANTS EN DETENTION**

De manière générale, les personnes migrantes en détention doivent être séparées en catégories distinctes (1). Elles ont droit

---

<sup>45</sup> Ibidem ; Principe directeur 7.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Principe directeur 9.

à des conditions de vie dignes et à des modalités de détention appropriées et elles doivent également bénéficier d'un encadrement sécuritaire adéquat (2) et de conditions psychologiques maximales au quotidien (3).

### **1) La séparation catégorielle des personnes privées de liberté**

Le principe de base applicable à tous les détenus est celui de la non-discrimination énoncé par les textes. Les normes internationales exigent également la séparation des personnes privées de liberté en catégories distinctes : les femmes (i), les mineurs (ii) et les personnes en détention préventive (iii).

#### *(a) Les femmes*

Le principe de la séparation des femmes migrantes des autres détenus est affirmé par plusieurs instruments juridiques. Les Règles Nelson Mandela exigent que les hommes et les femmes soient séparés (Règle 11(a)).

Les Lignes directrices de Robben Island prévoient que les États doivent : « Prendre des mesures pour que les jeunes, les femmes ou toute autre personne appartenant à un groupe vulnérable soient détenus séparément dans des locaux appropriés » (Ligne 36).

En matière de surveillance, seules des fonctionnaires féminins doivent assurer la surveillance des femmes détenues. Ceci n'exclut pas cependant que, pour des raisons professionnelles, des fonctionnaires du sexe masculin, notamment des médecins et des instituteurs, exercent leurs fonctions dans les établissements ou sections réservés aux femmes.

Les autorités pénitentiaires doivent tenir compte des besoins spécifiques des migrantes détenues en matière de soins de santé, notamment les soins génésiques et une hygiène spécifique.

#### *(b) Les mineurs*

Un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable (article 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et règle 11 (a) des Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté.)

Les enfants migrants placés en détention doivent être traités de manière à développer leur sens des valeurs et de la dignité, à faciliter leur réintégration dans la société, à respecter leurs intérêts et à tenir compte de leurs besoins. Ils doivent être séparés des adultes (article 28, §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 ;

article 10, § 2(b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Règle 11 (d) des Règles Mandela ; Ligne 36 directrice des Lignes directrices de Robben Island).

*(c) Les détenus en détention préventive*

Le migrant en détention préventive est : « Tout individu arrêté ou incarcéré en raison d'une infraction à la loi pénale et qui se trouve détenu soit dans des locaux de police soit dans une maison d'arrêt, mais n'a pas encore été jugé » (Règle 84,1 des Règles Nelson Mandela). Jouissant de la présomption d'innocence, les migrants prévenus doivent être séparés des détenus condamnés (Règle 85).

**2) L'exigence de conditions de détention dignes**

L'exigence de conditions de détention dignes porte tant sur les conditions matérielles (a), la garantie d'une bonne santé (b), la sécurité du migrant détenu (c) et la possibilité de recourir pour exiger le respect de ces conditions (d).

*a) Des conditions matérielles décentes et humaines*

*i) L'hébergement*

Les Règles Nelson Mandela et la Déclaration de Kampala exigent que les cellules ou chambres destinées à l'isolement nocturne ne soient occupées que par un seul détenu. De même, lorsqu'on recourt à des dortoirs, ceux-ci doivent être occupés par des détenus soigneusement sélectionnés et reconnus aptes à être logés dans ces conditions. La nuit, ils seront soumis à une surveillance régulière, adaptée au type d'établissement considéré.

Les locaux de détention doivent répondre aux exigences de l'hygiène, compte tenu du climat, notamment en ce qui concerne le cubage d'air, la surface minimum, l'éclairage, le chauffage et la ventilation (Règle 13 des Règles Nelson Mandela).

*ii) L'alimentation et l'accès à l'eau potable*

Les migrants détenus ont droit à une nourriture saine et équilibrée aux heures normales des repas. Ils doivent pouvoir disposer de l'eau potable dont ils ont besoin. L'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels garantit le droit à une alimentation adéquate en tant que composante du droit de toute personne à un niveau de vie adéquat. Le § 2 de l'article 11 stipule en particulier que les États parties reconnaissent le droit fondamental de toute personne à être à l'abri de la faim.

Le droit à une nourriture suffisante s'entend, d'une part, de la disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu ; et d'autre part, de l'accessibilité ou de la possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme.

Pour le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels :

« 6. Le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer. Le droit à une nourriture suffisante ne doit donc pas être interprété dans le sens étroit ou restrictif du droit à une ration minimum de calories, de protéines ou d'autres nutriments spécifiques » (Observation générale n°12 (1999)).

Quant au droit à un approvisionnement adéquat en eau potable, il est précisé par le Comité sur les droits économiques sociaux et culturels dans son Observation générale n°15 (2002) sur le droit à l'eau potable (articles 11 et 12 du Pacte ; Règle 22 des Règles Nelson Mandela).

### iii) *L'habillement et la literie*

Les migrants détenus ont droit à une tenue appropriée et à la possibilité de se changer régulièrement.

Dans l'idéal, tous les détenus doivent avoir un lit individuel et à une literie individuelle suffisante, entretenue convenablement et renouvelée de façon à en assurer la propreté (Règle 21 des Règles Nelson Mandela).

### (b) *Le droit à la santé*

Le paragraphe 1 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît à tout détenu : « Le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. » L'état de santé tant physique que mentale de tout être humain affecte son mode de vie, la façon dont il travaille, ainsi que son comportement.



Le droit à la santé comprend des soins appropriés<sup>48</sup>, des soins spécialisés<sup>49</sup> et une hygiène acceptable<sup>50</sup>.

(c) *La sécurité*

Garantir l'ordre implique l'existence d'un ensemble de règles qui régissent la vie quotidienne de tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de la prison afin d'assurer que tous—personnel, détenus et visiteurs—peuvent vaquer à leurs occupations sans craindre pour leur propre sécurité. Le personnel comme les détenus doivent agir dans le cadre de ces règles. Le personnel doit démontrer qu'il s'acquitte de sa tâche de manière décente et humaine, dans le cadre de la loi (Règles 27, 33 et 40 des Règles Mandela).

Les procédures disciplinaires en vigueur dans le cadre des prisons doivent être régies par les principes élémentaires de justice. Parmi ces derniers figurent le droit à connaître la nature et l'auteur de l'accusation portée, à présenter sa propre défense et à interroger des témoins.

(d) *Le recours effectif*

Le droit à un recours effectif est affirmé par plusieurs textes. Selon la Directive C des Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique de mai 2003, tout détenu a droit à un recours effectif devant les tribunaux compétents contre des actes attentatoires aux droits garantis, même lorsque les actes ont été commis par des personnes dans le cadre de leurs fonctions officielles.

Le droit à un recours effectif intègre l'accès à la justice, la réparation des préjudices subis et l'accès aux informations concrètes concernant les violations.

Les Lignes directrices de Robben Island stipulent que les États devraient prendre les mesures nécessaires à la mise en place de mécanismes indépendants et accessibles qui puissent recevoir toute personne se plaignant des actes de torture ou de mauvais traitements (Ligne directrice 17).

---

<sup>48</sup> Principe 25 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ; Règle 24 des Règles Nelson Mandela.

<sup>49</sup> Règle 27 des Règles Mandela.

<sup>50</sup> Règles 23 et 35 des Règles Mandela.

### 3) L'exigence de conditions psychologiques optimales

Aux termes de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le traitement des détenus par les autorités pénitentiaires doit avoir pour but essentiel d'encourager leur amendement et leur reclassement social. Son objet est d'aider les détenus à pouvoir, une fois libérés, vivre en respectant la loi, et subvenir à leurs besoins. Ce traitement doit être de nature à encourager le respect d'eux-mêmes et à développer leur sens de la responsabilité. Il est donc primordial d'offrir aux migrants détenus des possibilités de développement personnel par le travail (article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), les études et activités culturelles (principe 6 des Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus et Résolution 1990/20 du Conseil économique et social du 24 mai 1990 sur l'éducation dans les prisons) et les activités religieuses (Règle 65 des Règles Nelson Mandela).

Enfin, le contact avec l'extérieur est crucial pour la personne migrante détenue et pour son équilibre psychologique. C'est pourquoi : « Les détenus doivent être autorisés, sous la surveillance nécessaire, à communiquer avec leur famille et ceux de leurs amis auxquels on peut faire confiance, à intervalles réguliers tant par correspondance qu'en recevant des visites » (Règle 58 des Règles Mandela).

Pour les détenus étrangers, des facilités raisonnables pour communiquer avec leurs représentants diplomatiques et consulaires doivent leur être accordées. Pour ceux qui n'ont pas de représentants diplomatiques ou consulaires dans le pays ainsi que les réfugiés et les apatrides, les mêmes facilités doivent leur être accordées de s'adresser au représentant diplomatique de l'État qui est chargé de leurs intérêts, ou à toute autorité nationale ou internationale qui a pour tâche de les protéger.

## IV CONCLUSION

L'analyse du droit international démontre une volonté évidente de garantir une protection aux migrants détenus en Afrique. Toutefois, les réalités quotidiennes et dramatiques des migrants en détention sur le continent permettent de mesurer le fossé à combler pour garantir une meilleure perméabilité du droit international et africain de la détention—dont celle des migrants—dans le corpus juridique national. On peut expliquer cette situation par le caractère *soft law* ou droit mou de la plupart des instruments juridiques cités, qui n'ont pas de valeur contraignante. Dès lors, les États disposent d'une assez large marge de manœuvre, qui justifie en partie le manque de

volonté politique pour assurer le respect des dispositions des textes contraignants (*hard law*).

En définitive, la situation des migrants en détention atteste une fois de plus des efforts à fournir pour une pleine effectivité du droit international sur le continent africain.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Livres et chapitres de livres**

- Ago, R., *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1971, Volume 134, p.323
- Bouloufiq B., *Droit pénal général*, Editions Dalloz, Paris, 19<sup>ème</sup> édition, 2005, p.61, n°561
- CICR, *Document d'orientation du CICR sur la détention des migrants*, Genève, avril 2016
- Haut Commissariat des Nations Unies aux réfugiés, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, UNHCR, 2012
- Israël, J.J., *Droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 338
- Lessène (G.P.) *Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention*, L.G.D.J., Schulthess, Collection Genevoise, septembre 2012
- Mathieu, B. « Pour une reconnaissance des “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme », *Recueil Dalloz*, 1995
- M'Baye, K., *Droits de L'homme eu Afrique*, 2<sup>ème</sup> edition, Éditions A Pedone, Paris, 1992
- Morgan, R., et Evans, M., *Les normes du CPT en matière de détention par la police et de détention préventive*, brochure n° 5, APT, mai 2002, p.15
- Murdoch J., *Le traitement des détenus : critères européens*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007
- Pizarro, G.R., *Human rights of migrants*, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights in A/57/292, Note by the Secretary-General, 9 August 2002
- Prémont, D., Stenesen, C. et Oseredczuk, I., *Droits intangibles et états d'exceptions; non-derogable rights and states of emergency*, Bruylant, Bruxelles, 1996
- Rodley, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, 2nd ed., 1999, Oxford University Press, p. 338

Sandoz, Y., Swinarski, C. et Zimmermann, B. (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, XXVII

### **Jurisprudence**

1. **Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**  
Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 97/93, *John K. Modise c. Botswana*.
2. **Comité des droits de l'homme**  
Comité des droits de l'homme, *Observations finales sur la République Populaire Démocratique de Corée*, A/56/40.  
Comité des droits de l'homme, *Observations finales sur l'Inde*, A/52/40.  
Comité des droits de l'homme, *Observations finales sur le Koweït*, A/55/40.  
Comité des droits de l'homme, Communication n°458/1991, 21 juillet 1994, *Observations Mukong c. Cameroun*.

# **Towards purposeful economic integration in Africa: Free movement of persons instead of illegal migration**

## ***Vers une intégration économique déterminée en Afrique : La libre circulation des personnes au lieu de la migration illégale***

MICHAEL IMRAN KANU<sup>\*†</sup>

### **ABSTRACT**

*Illegal migration has beguiled the youths of Africa, typified by the treacherous Mediterranean crossing to Europe in recent years. This migration typology, once instigated by political conflicts, is now driven by socio-economic factors. Emigration in search of green pastures is, however, dwarfed by the huge but inconspicuous intra-Africa movement by Africans across international borders for trade, cultural or family ties, and of course, safety from conflicts. But, as migration within and out of African is motivated by economic factors, this article examines the African Union's agenda on economic integration through the lens of the free movement of persons. It investigates the nexus between migration, free movement and economic growth through integration and further provides an outline of the African Union's framework on migration, mainly the free movement of persons. It does so with the view of making a case for the revision of the present fragmented and complex migration normative framework. This paper argues for the revision of the policy of an unconditional progressive approach to free movement and calls for the acceleration of economic integration in Africa through the said free movement of persons. This economic integration*

---

<sup>\*</sup> Department of Legal Studies, Central European University, Budapest, Hungary.  
Email: Kanu\_Michael@phd.ceu.edu

<sup>†</sup> Note: since the submission of this paper for the African Union International Law Commission 6th Forum on The Legal, Political and Socio Economic Consequences of Migration, Situation of Refugees and Internally Displaced Persons in Africa held from 1 and 12 December 2017, the Thirtieth Ordinary Session of the African Union Assembly held in Addis Ababa, Ethiopia on 29 January 2018 adopted the Protocol to the Treaty Establishing the African Economic Community Relating to Free Movement of Persons, Right of Residence and Right of Establishment providing for the progressive implementation of free movement of persons, right of residence and right of establishment in Africa.

*approach will act as a desirable catalyst for the overall continental integration aspirations.*

**Keywords:** Africa; African Union; economic integration; migration; free movement of persons

### **RÉSUMÉ**

*La migration illégale a séduit les jeunes de l'Afrique, typifiée par la traversée périlleuse de la Méditerranée vers l'Europe ces dernières années. Cette typologie, une fois intentée par les conflits politiques, est maintenant actionnée par les facteurs socio-économiques. L'émigration à la recherche des verts pâturages est, toutefois, éclipsée par la circulation massive mais imperceptible intra-africaine par les Africains à travers les frontières internationales pour le commerce, les liens culturels ou familiaux ou, bien sûr, la protection contre les conflits. Or, étant donné que la migration à l'intérieur et à l'extérieur de l'Afrique est motivée par les facteurs économiques, cet article examine l'ordre du jour de l'Union africaine en ce qui concerne l'intégration économique dans l'optique de la libre circulation des personnes. Il examine la connexion entre la migration, la libre circulation et la croissance économique à travers l'intégration, et offre, en plus, un aperçu du cadre de l'Union africaine sur la migration, en particulier la libre circulation des personnes. L'idée est de plaider pour une révision de l'actuel cadre normatif fragmenté et complexe de la migration. Ce document préconise une révision de la politique d'une approche progressiste sans conditions à la libre circulation et demande l'accélération de l'intégration économique en Afrique à travers ladite libre circulation des personnes. Cette approche d'intégration économique va agir comme catalyseur désirable pour les aspirations générales d'intégration continentale.*

**Mots clés :** Afrique; Union africaine; intégration économique; migration; libre circulation des personnes

## **I INTRODUCTION**

The African Union<sup>1</sup> (AU) in its constitutive framework has committed itself and its member states to the extraordinary objective of 'building

---

<sup>1</sup> The AU was born out of the Organization of African Unity (OAU), then primarily aimed at addressing African liberation from colonisation and apartheid. Now, however, the AU is focused on Africa's development and integration through the instrumentality of its Constitutive Act. See Constitutive Act of the African Union 2000; African Union

a peaceful, prosperous and integrated Africa'.<sup>2</sup> Therefore, economic integration through the free movement of persons (FMP) stands out as one key objective of the AU.<sup>3</sup> The FMP objective was initiated (and was to be co-ordinated) by the African Economic Community (AEC), within the framework of the regional economic communities (RECs).<sup>4</sup> The continental treaty obligations and commitments are embedded in the policy agenda of the AU, ie the visionary Agenda 2063, which sets out the strategy and timeline for building a peaceful, economically viable and integrated Africa. The 2063 Agenda includes FMP as a means of fostering economic growth. Aspiration 2 in the 2063 Agenda aims at an 'integrated continent, politically united, based on the ideals of Pan Africanism and the vision of Africa's Renaissance: [Therein] accelerating progress towards continental unity and integration for sustained growth, trade, exchanges of goods, services, *free movement of people* and capital'.<sup>5</sup> This vision of free movement in Africa formalises the existing migration typology, which is the frequent informal voluntary movement of Africans across international borders within Africa.<sup>6</sup> Unfortunately, it is, however, atypical of the fatal Mediterranean emigration spectacle, but a possible panacea to the exodus of Africans to Europe.

In 2016, the AU Assembly of Heads of States and Governments (Assembly) resolved to revise the AU Constitutive Act (CA) in order to promulgate an 'effective legal instrument ... [that will] accelerate, facilitate and deepen the efficiency and the integration process on

---

*Sirte Declaration* (Sirte, Libya, September 1999); CAA Packer & D Rukare 'The new African Union and its Constitutive Act' (2002) 96 *American Journal of International Law* 365 at 366, 369.

<sup>2</sup> The objectives of the AU, see Constitutive Act of the African Union, art 3.

<sup>3</sup> *Ibid*, art 3(c) and (j); also see objectives of the AEC: African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community' [1991] Abuja, Nigeria, art 4, especially art 4(d); KD Magliveras & GJ Naldi 'The African Union—A new dawn for Africa?' (2002) 51 *International & Comparative Law Quarterly* 415 at 415–416.

<sup>4</sup> The AEC Secretariat, now the AU Commission, is the institution responsible for leading the quest for the economic integration of the whole continent: Constitutive Act of the African Union, art 33(2); African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community', art 3.

<sup>5</sup> African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community', art 43; Aspiration 2 will be achieved through: '(i) establishing a United Africa; (ii) fast tracking of the CFTA; (iii) improving connectivity through newer and bolder initiatives to link the continent by rail, road, sea and air; and (iv) developing regional and continental power pools, as well as ICT': African Union 'Agenda 2063' iv, 12, 94 et seq. See <https://au.int/en/agenda2063>, especially 'Chapter 4: Agenda 2063: Goals, Priority Areas, Targets and Indicative Strategies' (my emphasis).

<sup>6</sup> See A Adepaju 'Linkages between internal and international migration: The African situation' (1998) 50 *International Social Science Journal* 387.

the continent'.<sup>7</sup> This comes in the wake of the Assembly's mandate to the AU Commission to put forward a draft Protocol on FMP.<sup>8</sup> The CA revision process presents a watershed moment that allows us to look at FMP as a pivotal tool for economic integration and growth. Free movement ought not to be an outcome of the political and institutional process, but part of or the catalyst for continental integration. In this context, FMP will ease administrative and immigration control costs, including the undocumented costs of policing illegal immigration. Fortuitously, the AU started the 'long walk' towards attaining free movement of persons with the launch of the African passport in July 2016, and the AU urged member states to adopt the passport while calling for its recognition internationally.<sup>9</sup>

This article, therefore, firstly examines the nexus between migration, free movement and economic integration and growth. It further provides an outline of the AU framework on migration (mainly voluntary movement) and FMP with the view to making a case for the revision of the present fragmented and complex migration normative framework. This paper argues for the revision of the present policy of an unconditional progressive approach to free movement and calls for the acceleration of economic integration in Africa through the free movement of persons. This economic integration approach will act as a desirable catalyst for the overall continental integration aspirations. The new FMP regime must, however, balance the needs of host and home countries, especially in respect of labour concerns and addressing work substitutability and complementarity, the main contentious issues in voluntary migration.

## **II NEXUS TO ECONOMIC GROWTH AND IMMIGRATION, FREE MOVEMENT: AN OVERVIEW**

The dominant view on the primary reason for voluntary movement across international borders is the disparity between economies and the level of countries' development. When people migrate voluntarily, this may have political, social, demographic, but importantly, economic implications in both the host and home countries. Invariably, the economic factor is more pronounced.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Decisions, Declarations and Resolution of the Assembly of the African Union: Twenty-Sixth Ordinary Session, 30 to 31 January 2016, Addis Ababa, Ethiopia: Assembly/AU/Dec. 597(XXVI), Assembly/AU/Dec. 597(XXVI).

<sup>8</sup> Assembly of the African Union 'Decision on Free Movement of Persons and the African Passport' Assembly/AU/Dec. 607(XXVII).

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Adepoju (n 6) 387 and 389; see DF Heisel 'Theories of international migration',



For example, the current treacherous Mediterranean migration from Africa to Europe is largely blamed on the economic aspirations of young African migrants emigrating in hopes of 'better lives', dwarfing political instability as the cause of such voluntary movement.<sup>11</sup> Equally, within Africa, the xenophobic attacks in South Africa are largely blamed on the perceived usurping of jobs by African migrants, especially low-level jobs that were previously 'the preserve' of poor South Africans.<sup>12</sup>

Ordinarily, there are high levels of formal immigration controls in AU member states, ameliorated only by the few African regional economic zones and their free movement agreements.<sup>13</sup> Immigration systems characterised by high levels of control not only demonstrate lack of social trust but also impose high costs on the economies of countries and an administrative burden, mostly in the form of a complicated legal regime to control migration flows.<sup>14</sup> The reasons for such controls include security (in the age of global terrorism) and the protection of the national labour markets. When emigration is based on labour motivation, the major concern for host countries

---

available at <http://www.popline.org/node/410533>.

<sup>11</sup> See K Uchehara 'Sub-Saharan African countries and migration to Europe: Exploring the motivations, effects and solutions' (2016) 49 *Sub-Saharske Afričke Zemlje I Migracije U Evropu: Istraživanje Motivacije, Učinaka I Rješenja* 79; M Hernández-Carretero & J Carling 'Beyond "kamikaze migrants": Risk taking in West African boat migration to Europe' (2012) 71 *Human Organization* 407.

<sup>12</sup> See B Dodson 'Locating xenophobia: Debate, discourse, and everyday experience in Cape Town, South Africa' (2010) 56 *Africa Today* 2; M Neocosmos 'The politics of fear and the fear of politics: Reflections on xenophobic violence in South Africa' (2008) 43 *Journal of Asian and African Studies* 586; M Neocosmos *From Foreign Natives to Native Foreigners: Explaining Xenophobia in Post-Apartheid South Africa: Citizenship and Nationalism, Identity and Politics* (2010).

<sup>13</sup> Within the AEC, the regional economic communities (RECs) facilitate regional economic integration between their members. The AU recognises eight RECs: Arab Maghreb Union (UMA), Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), Community of Sahel-Saharan States (CEN-SAD), East African Community (EAC), Economic Community of Central African States (ECCAS), Economic Community of West African States (ECOWAS), Intergovernmental Authority on Development (IGAD) and Southern African Development Community (SADC). See 'Regional Economic Communities (RECs)' available at <https://au.int/en/organs/recs>; A Adepoju 'Fostering free movement of persons in West Africa: Achievements, constraints, and prospects for intraregional migration' (2002) 40 *International Migration* 3; AM El-Agraa 'The enigma of African economic integration' (2004) 19 *Journal of Economic Integration* 19; OJ Nnanna 'Economic and monetary integration in Africa' *G24 Meeting, Singapore. The Role of Membership Rules in Regional Organizations* (2006), available at [https://www.g24.org/wp-content/uploads/2016/01/Session-1\\_1-9.pdf](https://www.g24.org/wp-content/uploads/2016/01/Session-1_1-9.pdf).

<sup>14</sup> A Hodosi 'The effects of immigration on the socio-economic landscape of the United Kingdom' (2012) 3 *Eastern Journal of European Studies* 121, available at <https://www.ceeol.com/content-files/document-523064.pdf>; see F Herreros & H Criado 'Social trust, social capital and perceptions of immigration' (2009) 57 *Political Studies* 337.

is the fear of immigrants taking away local jobs and suppressing wages.<sup>15</sup> Some empirical studies, however, have supported the view that migrants have a negligible effect on the welfare of locals and positive satisfaction is attained when migrants' assimilation is successful.<sup>16</sup> A study has examined the causality relationship between immigration, unemployment and the economic growth of 22 OECD host countries and robustly claims that international migration does not cause unemployment in local economies:

[Using] annual data over the 1980–2005 period for 22 OECD countries, [Boubtane et al found] ... that, only in Portugal, unemployment negatively causes immigration, while in any country, immigration inflow does not cause unemployment. On the other hand, ... [their results show] that, in four countries (France, Iceland, Norway and the United Kingdom), growth positively causes immigration inflow, while in any country, immigration inflow does not cause economic growth.<sup>17</sup>

Generally, empirical studies on the impact of immigration on labour market in host countries conclude that migration flows do not reduce the labour market prospects of natives. The effect of immigration is largely dependent on whether labour immigrants substitute or

---

<sup>15</sup> H Brücker et al 'Migration and imperfect labor markets: Theory and cross-country evidence from Denmark, Germany and the UK' (2014) 66 *European Economic Review* 205 at 205.

<sup>16</sup> A Akay, A Constant & C Giulietti 'The impact of immigration on the well-being of natives' (2014) 103 *Journal of Economic Behavior & Organization* 72 at 77, 79, 87; however, studies show various determinants of labour migration impact on the outcome: see MA Clemens 'Economics and emigration: Trillion-dollar bills on the sidewalk?' (2011) 25 *Journal of Economic Perspectives* 83. See K Kim & JE Cohen 'Determinants of international migration flows to and from industrialized countries: A panel data approach beyond gravity' (2010) 44 *International Migration Review* 899, on the importance of demographic, geographical and social variables. For language, culture and historical determinants, see AM Mayda 'International migration: A panel data analysis of the determinants of bilateral flows' (2010) 23 *Journal of Population Economics* 1249; X Clark, TJ Hatton & JG Williamson 'What explains cross-border migration in Latin America?' available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=431701](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=431701). For age, see Kim & Cohen.

<sup>17</sup> E Boubtane, D Coulibaly & C Rault 'Immigration, unemployment and GDP in the host country: Bootstrap panel Granger causality analysis on OECD countries' (2013) 33 *Economic Modelling* 261, 261, 268; for detailed discussion and insight into the literature, see L Okkerse 'How to measure labour market effects of immigration: A review' (2008) 22 *Journal of Economic Surveys* 1; SP Kerr & WR Kerr 'Economic impacts of immigration: A survey' (2011) Working Paper 16736, available at <http://www.nber.org/papers/w16736>.

complement local employees. Accordingly, ‘moderately large inflows of immigrants ... do not pose serious economic threats to natives’.<sup>18</sup>

Historically, and as a consequence of the artificial nature of African borders, African migrants have always considered the continent (or more accurately the regions) as one economic zone, within which trade in goods and services naturally flows.<sup>19</sup> Further, intra-Africa migration has always been characterised by movements within and across national frontiers to mostly neighbouring countries, with employment and trade being the main motivating factors.<sup>20</sup> Migrants are usually from countries with small economies, low per capita income and deteriorating economic performance. ‘Except for a few [countries] (most notably Nigeria and Côte d’Ivoire), these countries are not viable economic entities as producers, consumers or trading partners.’<sup>21</sup> As such, it is no surprise to note that South Africa is the destination of choice in Africa, while South Africans, on the other hand, emigrate to higher-income countries in the OECD.<sup>22</sup> Interestingly, the 2005 migration estimates show that only 1% of migrants were expatriate professionals in Africa.<sup>23</sup> This resonates with the claim that economic growth and the wage gap between real wages at home and abroad are the real pull factors for emigration.<sup>24</sup> The claim, therefore, by economists is that the evident measure or cause of migration is the ‘real wages’ of workers, thus consolidating the nexus between employment and the voluntary movement of people. So, people emigrate from lower-income countries to higher-income countries in the region, and those in the region opt for the OECD countries.

---

<sup>18</sup> JB Grossman ‘The substitutability of natives and immigrants in production’ (1982) *The Review of Economics and Statistics* 596, 602; also see Boubtane, Coulibaly & Rault (n 17) 261; GE Johnson ‘The labor market effects of immigration’ (1980) 33 *ILR Review* 331.

<sup>19</sup> Adepoju (n 6) 387. See A Adepoju ‘Operationalizing the ECOWAS Protocol on Free Movement of Persons: Prospects for sub-regional trade and development’ in M Panizzon et al (eds) *The Palgrave Handbook of International Labour Migration* (2015); A Adepoju ‘Patterns of migration in West Africa’ in T Manuh (ed) *At Home in the World? International Migration and Development in Contemporary Ghana and West Africa* (2005).

<sup>20</sup> REB Lucas ‘Migration and economic development in Africa: A review of evidence’ (2006) 15 *Journal of African Economies* 337, 314, 359; see Adepoju (n 6).

<sup>21</sup> Adepoju ‘Operationalizing the ECOWAS Protocol’ (n 19).

<sup>22</sup> Lucas (n 20) 346, 354, 359.

<sup>23</sup> *Ibid* 346.

<sup>24</sup> *Ibid* 361, 365–366; TJ Hatton & JG Williamson ‘Where are all the Africans?’ in JG Williamson & TJ Hatton (eds) *Global Migration: Two Centuries of Policy and Performance* (2005).

The utility of immigration manifests in remittances and the lessening of the employment burden on small countries in Africa, which are characterised by fast population growth rate and small or weak economies.<sup>25</sup> By 2000 it was estimated that over 2.79 million expatriate sub-Saharan Africans are in OECD countries, notably from South Africa, Nigeria, Kenya and Angola, leading to the claim of a 'brain drain' in Africa.<sup>26</sup> Studies have also shown that emigration benefits the host countries positively, especially when immigrants do not compete with locals in the labour market.<sup>27</sup> Further, there is a need for labour sustainability and complementarity for countries that suffer skilled labour loss to OECD countries. In a recent study of South African immigration policy, it was argued that South Africa historically had a net attraction of skilled workers from Europe and Africa, but increased emigration in a period of tightening immigration rules had led to a 'brain drain'.<sup>28</sup> Where the immigration policy allows for the free movement of people, labour substitution and complementarity can be effective. For example, the skilled labour gap in South Africa could easily be filled by skilled workers from other AU member states. Therefore, a more robust FMP and labour regime in Africa will lead to symbiotic relationships benefiting host countries with labour sustainability and flow of remittances to home countries.

With the proliferation of international trade agreements, international economic zones and international organisations, labour has become much more internationalised.<sup>29</sup> Employers (especially multi-nationals) increasingly look beyond traditional local and national markets for talent, and this has been buoyed by the embrace of FMP within internationalised economic zones. Free movement in this regard will reduce the incentive for illegal migration and cut immigration control costs. The paradigm for migration based on capital allocation and wages differential will not change, even when a FMP scheme is adopted. 'Migration will occur as long as income differentials outweigh the costs of migration ... In an efficient market, skilled workers will then live in regions with high rates of return on skills and low skilled

---

<sup>25</sup> Lucas (n 20) 367.

<sup>26</sup> Ibid 354.

<sup>27</sup> See Lucas (n 20); Boubtane, Coulibaly & Rault (n 17); Johnson (n 18).

<sup>28</sup> M Stern & G Szalontai 'Immigration policy in South Africa: Does it make economic sense?' (2006) 23 *Development Southern Africa* 123 at 123.

<sup>29</sup> JS McKennirey 'Labor in the international economy' (1996) 22 *Canada-United States Law Journal* 183, 183. This paper, however, focused on the NAFTA Free Trade Area.

workers will work in regions where the return on skills is low.<sup>30</sup> In this regard, the European Union (EU) serves as a model for the AU,<sup>31</sup> not only in economic integration but also in FMP, including labour. Studies have highlighted the importance of labour mobility within the EU in the implementation of the European integration process.<sup>32</sup>

### III THE AU NORMS ON FREE MOVEMENT OF PERSONS AND ECONOMIC INTEGRATION

This section presents a chronicle of AU norms (legal and policy instruments) on FMP, which loosely proceeds on the basis of the AU hierarchy of norms.<sup>33</sup> This allows for easy mapping of the progress made and gaps within the AU framework. FMP norms will be discussed within the context of economic integration since the two are intertwined in the wages (income) hypothesis of migration theories.<sup>34</sup> As argued, FMP will be the agent to accelerate economic integration, in line with the European experience, ie the emergence of the Schengen Agreement, its absorption by the EU and internal market integration.<sup>35</sup> The AU norms reflect a composite of treaties, including the protocols, customs and general principles of international law, and by subsidiary means the regulations, directives and decisions of the constituent organs of the AU with decision-making competences.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> Stern & Szalontai (n 28) 131. See GJ Borjas 'Economics of migration' in JD Wright (ed) *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2015) 433; GJ Borjas 'Economic theory and international migration' (1989) 23 *International Migration Review* 457.

<sup>31</sup> On the EU serving as model for the AU, see Magliveras & Naldi (n 3) 415.

<sup>32</sup> NG Georgiana & M Andrei 'Emigration trends and challenges in the framework of European economic integration' (2016) *The Annals of the University of Oradea* 149 at 149; also see Adepoju 'Fostering free movement of persons in West Africa' (n 13).

<sup>33</sup> African Union 'Protocol of the Court of Justice of the African Union' (2014) 1 *African Journal of International Criminal Justice* 1. AU norms refer to the bodies of treaties, protocols, general principles, resolutions and decisions that have direct and indirect application to the member states of the African Union; see art 20.

<sup>34</sup> J L Gallup 'Theories of migration' 2–4, available at <http://www.ponline.org/node/280589>; see LI Mandla 'Free movement in Africa is desirable, but how to realize it?' (26 Aug 2016), available at <https://www.afdb.org/en/blogs/industrialisation-and-trade-corner/post/free-movement-in-africa-is-desirable-but-how-to-realize-it-16033/>.

<sup>35</sup> K Riechenberg 'The merger of trading blocks and the creation of the European Economic Area: Legal and judicial issues' (1995–1996) 4 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 63 at 66 et seq.

<sup>36</sup> Norms cover 'all acts, decisions, regulations and directives of the organs of the Union' and any treaties between member states of the Union: African Union 'Protocol of the Court of Justice of the African Union' (n 33) art 20; see arts 19 and 38 on jurisdiction and the binding nature of decisions on Member States; for the decision-making powers of the AU Assembly of Heads of State and Government (Assembly), which is the supreme organ, see arts 6(1), (2) and 9; for the Executive Council, see arts

### 1. The African Charter on Human and Peoples' Rights, the AEC (Abuja) Treaty and the AU Constitutive Act

The discussion of the fundamental instruments on FMP oddly starts with the African Charter on Human and Peoples' Rights, which recognises the right to enjoy freedom of movement and residence in a Member State, and the right to leave and return to another Member State, albeit subject to enumerated legal restrictions 'provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality'.<sup>37</sup> Beyond this, the next important instruments are the Treaty Establishing the African Economic Community (Abuja Treaty) and the CA of the AU. The Abuja Treaty further elaborates on the right to enjoy freedom of movement, and in a way obligates Member States to progressively agree and adopt unilaterally, bilaterally or at the regional level the enjoyment of free movement, the right of residence and the right of establishment, and for them to eventually conclude a Protocol in this regard. 'Member States agree to adopt ... the necessary measures, in order to achieve progressively the free movement of persons, and to ensure the enjoyment of the right of residence and the right of establishment by their nationals within the Community', and for that purpose, 'Member States agree to conclude a Protocol on the Free Movement of Persons, Right of Residence and Right of Establishment'.<sup>38</sup> This is in keeping with one of the objectives of the AEC, which is to promote economic, social and cultural development and the integration of African economies.<sup>39</sup>

Further, the AEC's Secretariat was authorised to 'coordinate and harmonize policies among existing and future economic communities in order to foster the gradual establishment of the Community',<sup>40</sup> a free trade area<sup>41</sup> and eventually a common market in Africa.<sup>42</sup> Under

---

10(1) and 13(1)(j), especially on 'nationality, residency and immigration matters'; the Peace and Security Council is given decision-making powers in arts 5(2) and 20(bis) as inserted by art 9 of the Protocol on Amendments to the Constitutive Act 2003; on the jurisdiction of the Court of Justice see art 18(1) of the Constitutive Act of the African Union and the Protocol on the Statute of the Court; see further *Femi Falana v The African Union* Application No 001/2011 (ACHPR).

<sup>37</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, art 12. See the cases of *Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (II)* [2003] AHRLR 144, on the right to travel within the country; and *Jawara v The Gambia* [2000] AHRLR 107 (ACHPR) [66, 70], on the right to leave and return to the home country.

<sup>38</sup> African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community', art 43(1) and (2) respectively.

<sup>39</sup> *Ibid*, art 4(1)(a).

<sup>40</sup> *Ibid*, art 4(1)(d).

<sup>41</sup> *Ibid*, art 4(2)(d).

<sup>42</sup> *Ibid*, art 4(2)(h).



the Abuja Treaty, the AEC is obligated to apply ‘the principle of free movement of persons as well as the provisions herein regarding the rights of residence and establishment’ at the ‘fifth Stage’ of establishing the community.<sup>43</sup> The First Ten-Year Implementation Plan 2014–2023 contains the fast-track programmes or projects approved by the AU policy organs, which, however, separate the implementation of the African passport agenda from the free movement of people. This (the separation of the two programmes) makes sense in terms of the existing treaty undertakings to pursue free movement through the RECs, but makes for minimal change if the passport can guarantee only the right of entry but not residence and establishment.

In 2000, the former Organization of African Unity (OAU) gave way to the AU with the entry into force of the CA of the AU. The CA, as one of the AU’s primary legal instruments, adopts the Abuja Treaty, and as part of its objectives the AU will pursue, inter alia, the acceleration of socio-economic integration of the continent.<sup>44</sup> Although the CA takes precedence over and supersedes any inconsistent or contrary provisions in the Abuja Treaty, the CA largely adopts the Abuja Treaty framework. With labour as a major part of economic activities, therefore, the full complement of FMP rights ought to be located within this policy drive. In addition to adopting the Abuja Treaty obligations, the CA further addresses FMP on matters of implementation across Member States. The CA grants the Executive Council, the AU’s second-highest decision-making body, competence to drive policy and make decisions on issues of nationality, residency and immigration.<sup>45</sup> The Executive Council is composed of the Ministers of Foreign Affairs or such other Ministers or authorities as are designated by the governments of Member States, and it ‘coordinates and take decisions on policies in areas of common interest to the Member States, including the following nationality, residency and immigration matters’.<sup>46</sup> The Protocol on the Amendments to the CA added one more organ, the Peace and

---

<sup>43</sup> Ibid, art 6(2)(e); the ‘Fifth Stage’ then equated to 25 years of implementing other programmes from the date of entry into force of the Abuja Treaty, and must be carried out within four years thereafter: African Union ‘Agenda 2063—First Ten-Year Implementation Plan 2014–2023: The Africa We Want’ (2015) 5 at 15.

<sup>44</sup> Constitutive Act of the African Union, arts 3(c) and 33(2); N J Udombana ‘The institutional structure of the African Union: A legal analysis’ (2002) 33 *California Western International Law Journal* 71 at 76; also see R Frimpong Oppong ‘The African Union, the African Economic Community and Africa’s Regional Economic Communities: Untangling a complex web’ (2010) 18 *African Journal of International and Comparative Law*.

<sup>45</sup> Constitutive Act of the African Union, arts 10(1) and 13(1)(j).

<sup>46</sup> Ibid, arts 10(1) and 13(1)(j).

Security Council (PSC),<sup>47</sup> which is the ‘standing decision-making organ for the prevention, management and resolution of conflicts’, and can perform other functions assigned to it by the Assembly.<sup>48</sup> As such, the PSC works on FMP in addition to its treaty mandate which covers involuntary migration (refugees and internally displaced persons) in recognition of the nexus between peace, security and migration.<sup>49</sup>

## **2. The PSC Communiqué and other subsidiary instruments on free movement, and the Refugee and Internally Displaced Persons (IDPs) Conventions**

The AU member states are yet to conclude a Protocol on the ‘Free Movement of Persons, Right of Residence and Right of Establishment’ as provided for in the Abuja Treaty.<sup>50</sup> The recent PSC Communiqué is the most significant subsidiary decision on free movement of persons and goods to date, decided upon within the context of the peace and security implications of FMP.<sup>51</sup> The Communiqué is the outcome of delegated authority from the Assembly<sup>52</sup> and the Executive Council,<sup>53</sup> both with treaty-based competences to make decisions on immigration and economic integration. In line with empirical migration research, the PSC crucially acknowledges that the benefits of FMP far outweigh security or economic challenges that may arise or be conceived of, whether real or otherwise.<sup>54</sup> The Communiqué mainly called for, *inter alia*, the issuing of the African passport at an expedited pace, for Member States to educate their citizenry on FMP, for the AU Commission to expedite the finalisation of the Protocol on FMP and for the security agencies to provide

---

<sup>47</sup> Protocol on Amendments to the Constitutive Act of the African Union 2003, arts 5(f) and 9.

<sup>48</sup> *Ibid.*, art 9(2); Protocol relating to the Establishment of the Peace and Security Council of the African Union 2002, arts 2 and 6(g).

<sup>49</sup> In engaging in peace building at the end of conflicts, the PSC can provide assistance to member states in the ‘resettlement and reintegration of refugees and internally displaced persons’; Protocol relating to the establishment of the Peace and Security Council of the African Union, art 14(3)(d).

<sup>50</sup> African Union ‘Treaty Establishing the African Economic Community’, art 43(2).

<sup>51</sup> Peace and Security Council of the African Union Communiqué on Free Movement of People and Goods 2017; and ‘to date’ means August 2017.

<sup>52</sup> Assembly of the African Union (n 8), clause 7 requests the Commission to develop a Protocol by January 2018.

<sup>53</sup> African Union ‘Decision on the Mekele Retreat of the Executive Council: Free Movement of People and the African Passport’ EX.CL/Dec.908(XXVIII).

<sup>54</sup> Peace and Security Council of the African Union Communiqué on Free Movement of People and Goods, para 3.



security and intelligence support for the agenda.<sup>55</sup> The PSC further relied on the existing Assembly authorisation to be seized of (have continuing competence over) the issue.<sup>56</sup> This means the PSC can make further decisions on FMP, especially if the Protocol is delayed.

The reason for assigning the issue to the PSC may rest with the possible effect of FMP on involuntary migration relating to the IDPs and refugee phenomena. The PSC has treaty-based competence to address IDPs and refugee issues within the context of the relevant AU Conventions.<sup>57</sup> Although the IDPs and refugee nexus was not explored in the Communiqué, it has been persuasively argued that FMP, through the issuing of one passport, will lead to the disappearance of refugees in Africa, and increase the space for the IDPs phenomenon.<sup>58</sup> Therefore, the Kampala Convention on IDPs ought to be revised to take into account the free movement and the African passport changes.<sup>59</sup> As the AU Member States continue to reinforce their commitment to accelerating the implementation of FMP, the AU continues to issue unending legal and policy declarations on migration,<sup>60</sup> illustrative of the fragmentation, and probably giving indications of a failure to take a comprehensive purposeful approach, which is imperative.

### **3. The AU and RECs Relations Protocol and the RECs' Free Movement Protocols**

The Protocol on Relations between the AU and the RECs provides for co-ordination between and avoidance of duplication by the parties, hence imposing a legal restraint on the AU to pursue integration measures, including FMP, through the RECs until their absorption

---

<sup>55</sup> See Peace and Security Council of the African Union Communiqué on Free Movement of People and Goods; in cl 6, the Communiqué also commended 'the Economic Community of West African States (ECOWAS) and the East African Community (EAC) for the significant progress recorded to date in the promotion of free movement of people, goods and services and urges other RECs/RMs'.

<sup>56</sup> *Ibid.*, cl 17.

<sup>57</sup> Protocol on Amendments to the Constitutive Act of the African Union, arts 5(2) and 9; see, respectively, the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention) 2009 and the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa 1969.

<sup>58</sup> C d'Orsi 'The idea of an African passport and the freedom of movement of persons in the continent: Only wishful thinking?', available at <https://africlaw.com/2016/02/22/the-idea-of-an-african-passport-and-the-freedom-of-movement-of-persons-in-the-continent-only-wishful-thinking/>.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> See 'AU Summit: Declaration on Migration | Common African Position on the Post-2015 Development Agenda', available at <http://cap.africa-platform.org/news/au-summit-declaration-migration>.

into the AU Common Market.<sup>61</sup> It therefore follows that the AU and Member States are obligated to approach FMP through the RECs, as the RECs are considered to be building blocks of the AEC or AU and any unilateral approach would be considered as a breach of treaty obligation or trust.<sup>62</sup> Since much of the AU strategy on FMP is hinged on regional action, it appears the decision to implement through them was compelled. Additionally, at the time, it may also have made sense, since the RECs historically have led the way in aspiring to economic integration and FMP within their regions. The present AU Protocol on FMP, ie the adopted Economic Community Protocol Relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment introduces the Community citizens' right to enter (and the abolition of visas), reside and establish in the territory of Member States, in the three phases respectively.<sup>63</sup> Recently, ECOWAS and the EAC were commended by the PSC for their progressive steps on FMP.<sup>64</sup> However, the REC approach means that the process is inundated with compartmentalisation and complexities. Further, apart from ECOWAS, the EAC and to some extent COMESA, little progress has been made by the other RECs on FMP, thereby making the coalescing agenda a Herculean task. This weighs upon the RECs' approach and begs for an AU-led continental implementation strategy as with the African passport initiative. The pending AU Protocol must therefore adopt the said comprehensive approach and institute one regime for all Member States and RECs.

---

<sup>61</sup> Protocol on Relations between the African Union (AU) and the Regional Economic Communities (RECs), arts 4 and 5; the Protocol entered into force on 25 February 1998.

<sup>62</sup> African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community', art 88(1); Frimpong Oppong (n 44) 2.

<sup>63</sup> Protocol Relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment 1979, art 2. Also see the Supplementary Protocol A/Sp.1/7/86 on the Second Phase (Right of Residence) of the Protocol on Free Movement of Persons, the Right of Residence and Establishment; and the Supplementary Protocol on the Implementation of the Third Phase (Right of Establishment) of the Protocol on Free Movement of Persons, the Right of Residence and Establishment (Banjul) 1990; Treaty for the Establishment of the East African Community: signed on 30 November 1999; entered into force on 7 July 2000 (amended on 14 December 2006 and 20 August 2007) 2007, art 104; Protocol on the Establishment of the East African Common Market Protocol 2009, art 7 and Annex I; COMESA Protocol on the Free Movement of Persons, Labour, Services, Right of Establishment and Residence 1998, arts 3–8, 11–12.

<sup>64</sup> Peace and Security Council of the African Union Communiqué on Free Movement of People and Goods, cl 6.

#### **IV TOWARDS PURPOSEFUL ECONOMIC INTEGRATION IN AFRICA THROUGH AU-LED FREE MOVEMENT OF PERSONS**

The overview of the AU norms on FMP above illustrates four very important points. First, the legal framework is fragmented and compartmentalised (AU norms on FMP are found in too many instruments concluded by the AU and RECs), leading to complexity and unnecessary obfuscation for implementing authorities in Member States. Second, the present framework is inadequate both in substance (limited provisions in the norms) and approach (the varying levels of agreement and implementation by RECs). Third, the overall strategy is piecemeal and not comprehensive. The progressive obligations on states, and the focus on narrow aspects, eg security in various decisions and resolutions, appear to be reactionary and not proactive. Fourth, as the PSC Communiqué shows, the FMP discourse has been far removed from the citizenry, hence the call for mass public education. Indeed, the Protocol envisaged by the Abuja Treaty cannot be concluded sooner to address these issues. This section therefore looks at the compartmentalisation at the AU level, the Commission that is drafting the Protocol, the initiatives measuring implementation progress and public awareness, and finally makes suggestions on what the forthcoming protocol must accommodate.

##### **1. The institutional compartmentalisation at the AU Commission on Economic Integration, Immigration and Free Movement**

The AU Commission is the central organ that administers, implements and monitors the implementation of AU treaties, policies and strategic plans.<sup>65</sup> The Assembly and Executive Council have authorised the Commission to put forward a draft protocol on FMP.<sup>66</sup> One of the claims herein is that the economic and security nexus to FMP means several committees or sub-bodies must be engaged within the AU, owing to their respective portfolios on immigration and economic integration. Although the main portfolio on labour and employment is within the purview of the Social Affairs Commissioner, customs and immigration is handled by the Trade

---

<sup>65</sup> Constitutive Act of the African Union, arts 5(1)(e) and 20; African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community', arts 1(f) and 16.

<sup>66</sup> Assembly of the African Union (n 8); African Union 'Decision on the Mekele Retreat of the Executive Council: Free Movement of People and the African Passport' (n 53).

and Industry Commissioner and economic integration is within the remit of the Economic Affairs Commissioner. There are also multiple Specialised Technical Committees (STCs), and all have competences to deal with issues covering free movement, integration, labour and security: the STC on Finance, Monetary Affairs, Economic Planning and Integration; the STC on Social Development, Labour and Employment; the STC on Migration, Refugees and Internally Displaced Persons (IDPs); and also the work of the PSC.<sup>67</sup> While this is not necessarily problematic, the Commission must be mindful of comprehensively bringing together all the mandated committees to put forward a comprehensive protocol addressing all concerns. On the other hand, if the RECs' approach is to be continued, the Commission has to be mindful of the coordinating obligations under the AU and RECs Relations Protocol.<sup>68</sup> The Commission must have a bird's-eye view of the institutional mandates and related portfolios in order to offer a streamlined instrument on FMP.

## **2. The free movement of persons initiatives: The AU African passport and African Development Bank (AfDB) Visa Openness Index**

In looking forward to a new protocol and purposeful economic integration through FMP, it makes sense to highlight the initiatives by the AU and sibling institutions working on promoting the FMP agenda. Chief amongst the initiatives are the AU's African passport and the Africa Visa Openness Index.<sup>69</sup> The African passport is one of the flagship initiatives of the AU aimed at quick wins, socio-economic development impact and confidence-building in the citizenry.<sup>70</sup> The Index, on the other hand, is an initiative of the AfDB Group aimed at promoting a continental visa policy reform programme for all of Africa. AfDB seeks to remove many of the challenges and procedures facing Africans when they travel within Africa. The objective is

---

<sup>67</sup> Constitutive Act of the African Union, arts 15 and 16; African Union *African Union Handbook 2017* (African Union Commission and New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade 2017) 12, 26, 48–54, available at <https://au.int/en/handbook>.

<sup>68</sup> See Protocol on Relations between the African Union (AU) and the Regional Economic Communities (RECs).

<sup>69</sup> For the African Passport, see African Union 'Agenda 2063—First Ten-Year Implementation Plan 2014—2023: The Africa We Want' (n 43); Assembly of the African Union (n 8); African Union 'Decision on the Mekele Retreat of the Executive Council: Free Movement of People and the African Passport' (n 53); and for the Africa Visa Openness Index, see African Development Bank Group 'Africa Visa Openness Report 2017' (2017), available at [https://au.int/sites/default/files/documents/32480-doc-visaoreport2017\\_web\\_12mai17.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32480-doc-visaoreport2017_web_12mai17.pdf).

<sup>70</sup> African Union 'Agenda 2063' (n 5).

to ensure ‘reciprocity on visa issuance across countries and ... to promote talent mobility all across Africa’.<sup>71</sup> Integrating Africa is part of the Bank’s ‘High 5 development priorities for Africa’ and the free movement of people is viewed as:

[the] cornerstone of regional integration and the Bank’s vision to create the next global market in Africa. Creating larger, more attractive markets and supporting intra-African trade are boosted by greater mobility. When business people and traders move more easily across the continent, thanks to liberal visa policies, they bring higher levels of investment, fresh skills and expand the range of goods and services on offer... The Africa Visa Openness Index will play a central role in operationalizing the new strategy.<sup>72</sup>

The indirect consequence of such an index and passport is the benefit of direct engagement with the public, thereby increasing levels of awareness on FMP in Africa.

### **3. The New AU Protocol on Free Movement: A comprehensive, economic and AU-led approach**

This sub-section suggests approaches and measures that can be taken in the new Protocol on FMP. Ideally, the new FMP Protocol should enable Africans to freely move across intra-African borders in pursuit of work, education opportunities and better livelihoods, or simply to visit a historical site. The search for better opportunities and labour mobility must not be seen as negative for host states, as labour sustainability and complementarity, especially skilled labour, will prove to be beneficial.<sup>73</sup> The new Protocol must abort the progressive obligation of Member States to implement free movement, and must agree on an inclusion agenda (including the recognition of professional and other qualifications, guest workers’ agreements) at a set date with a transitional period and mandates for countries to ease labour changes based on necessity. The new Protocol must either set a timeline for the RECs to implement the new FMP treaty obligation or introduce an AU-led process, as evident in the African passport initiative. The approach must also focus on economic integration, but with appropriate sensitivity to

---

<sup>71</sup> African Development Bank Group (n 69) ii.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> See Kerr & Kerr (n 17); Okkerse (n 17); Brücker et al (n 15); Johnson (n 18); Neocosmos *From Foreign Natives to Native Foreigners* (n 12).

security concerns.<sup>74</sup> Although important, the security aspect must not detrimentally affect FMP implementation as there are other AU instruments that can effectively address the security threats.<sup>75</sup> Meaningful co-operation, therefore, on security, peace and conflict management and intelligence can be achieved without imposing further restrictions on free movement. Essentially, and perhaps as an imperative, the new protocol must be forward-looking and supportive of the continental economic integration agenda.

## V CONCLUSION

The actualisation of the AU's vision of FMP and an economically integrated continent will depend on revising the present AU approach, rather than engaging in the continuing implementation of the existing AU norms and policies. As things stand, the framework on FMP is tied to a complex interdependence on individual, bilateral and multilateral treaties and agreements, which have created a fragmented and unnecessarily complex system, involving the AU, Member States and RECs. As some AU Member States belong to more than one REC, and the RECs are at different levels of implementation, pursuit of FMP at this level will be a cumbersome process. Also, the progressive nature of the Abuja Treaty's FMP obligation reduces the impetus for more purposeful implementation. The AU, through the Commission, must lead a comprehensive agenda on FMP in the new Protocol, with an emphasis on continental economic integration.

---

<sup>74</sup> For a comparative European perspective, see A Adinolfi 'Free movement and access to work of citizens of the new Member States: The transitional measures' (2005) 42 *Common Market Law Review* 469; E Baldoni 'The free movement of persons in the European Union: A legal-historical overview' (2003) 2 (State of the Art Report, Pioneer Working Paper); TK Bauer & KF Zimmermann *Assessment of Possible Migration Pressure and Its Labour Market Impact Following EU Enlargement to Central and Eastern Europe* vol 3 (1999); A Favell & E Recchi 'Pioneers of European integration: An Introduction' in E Recchi & A Favell (eds) *Pioneers of European Integration: Citizenship and Mobility in the EU* (2009); A Arpaia et al *Labour Mobility and Labour Market Adjustment in the EU* (2016) *IZA Journal of Migration*.

<sup>75</sup> See Protocol relating to the establishment of the Peace and Security Council of the African Union (n 48); see African Union Convention on Cross-Border Co-operation (Niamey Convention), art 5 on information and intelligence sharing; further the work of the Intelligence and Security Committee (ISC) and the Committee of Intelligence and Security Services of Africa (CISSA) on free movement can continue and co-operation can be enhanced; also see the newly adopted Statute of the African Union Mechanism for Police Co-operation (AFRIPOL) 2017.

## **BIBLIOGRAPHY**

### **Books and chapters in books**

- Adepoju, A 'Patterns of migration in West Africa', in Manuh, T (ed) *At Home in the World? International Migration and Development in Contemporary Ghana and West Africa* (Sub-Saharan Publishers, 2005)
- Adepoju, A 'Operationalizing the ECOWAS Protocol on Free Movement of Persons: Prospects for sub-regional trade and development' in Panizzon, M et al (eds) *The Palgrave Handbook of International Labour Migration* (Springer, 2015)
- Bauer, TK & Zimmermann, KF *Assessment of Possible Migration Pressure and its Labour Market Impact following EU Enlargement to Central and Eastern Europe* vol 3 (IZA, 1999)
- Borjas, GJ 'An Analysis of Human Rights Treaties Applicable in Sierra Leone' (Justice Sector Development Programme, 2007);
- 'Commentary on Human Rights Treaties Signed and/or Ratified by Sierra Leone' (Justice Sector Development Programme, 2006);
- Borjas, GJ 'Economics of migration' in Wright, JD (ed) *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Elsevier, 2015)
- Favell, A & Recchi, E 'Pioneers of European integration: An introduction' in Recchi, E & Favell, A (eds) *Pioneers of European Integration: Citizenship and Mobility in the EU* (Edward Elgar Publishing, 2009)
- Hatton, TJ & Williamson, JG 'Where are all the Africans?' in Williamson, JG & Hatton, TJ (eds) *Global Migration: Two Centuries of Policy and Performance* (MIT Press, 2005)
- Neocosmos, M *From Foreign Natives to Native Foreigners. Explaining Xenophobia in Post-Apartheid South Africa: Citizenship and Nationalism, Identity and Politics* (African Books Collective, 2010)

### **Journal articles and papers**

- Adepoju, A 'Linkages between internal and international migration: The African situation' (1998) 50 *International Social Science Journal* 387
- Adepoju, A 'Fostering free movement of persons in West Africa: Achievements, constraints, and prospects for intraregional migration' (2002) 40 *International Migration* 3
- Adinolfi, A 'Free movement and access to work of citizens of the new member states: The transitional measures' (2005) 42 *Common Market Law Review* 469



- Akay, A, Constant, A & Giuliotti, C 'The impact of immigration on the well-being of natives' (2014) 103 *Journal of Economic Behavior & Organization* 72
- Arpaia, A et al *Labour Mobility and Labour Market Adjustment in the EU* (2016) *IZA Journal of Migration*
- Baldoni, E 'The free movement of persons in the European Union: A legal-historical overview' (2003) 2 (State of the Art Report, Pioneur Working Paper)
- Borjas, GJ 'Economic theory and international migration' (1989) 23 *International Migration Review* 457
- Boubtane, E, Coulibaly, D & Rault, C 'Immigration, unemployment and GDP in the host country: Bootstrap panel Granger causality analysis on OECD countries' (2013) 33 *Economic Modelling* 261
- Brücker, H et al 'Migration and imperfect labor markets: Theory and cross-country evidence from Denmark, Germany and the UK' (2014) 66 *European Economic Review* 205
- Clark, X, Hatton, TJ & Williamson, JG 'What explains cross-border migration in Latin America?' available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=431701](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=431701)
- Clemens, MA 'Economics and emigration: Trillion-dollar bills on the sidewalk?' (2011) 25 *Journal of Economic Perspectives* 83
- Dodson, B 'Locating xenophobia: Debate, discourse, and everyday experience in Cape Town, South Africa' (2010) 56 *Africa Today* 2
- D'Orsi, C 'The idea of an African passport and the freedom of movement of persons in the continent: Only wishful thinking?' available at <https://africlaw.com/2016/02/22/the-idea-of-an-african-passport-and-the-freedom-of-movement-of-persons-in-the-continent-only-wishful-thinking/>
- El-Agraa, AM 'The enigma of African economic integration' (2004) 19 *Journal of Economic Integration* 19
- Frimpong Oppong, R 'The African Union, the African Economic Community and Africa's Regional Economic Communities: Untangling a complex web' (2010) 18 *African Journal of International and Comparative Law* 92
- Gallup, JL 'Theories of migration' available at <http://www.popline.org/node/280589>
- Georgiana, NG & Andrei, M 'Emigration trends and challenges in the framework of European economic integration' (2016) *The Annals of the University of Oradea* 149
- Grossman, JB 'The substitutability of natives and immigrants in production' (1982) *The Review of Economics and Statistics* 596



- Heisel, DF 'Theories of international migration' available at <http://www.poline.org/node/410533>
- Hernández-Carretero, M & Carling, J 'Beyond "kamikaze migrants": Risk taking in West African boat migration to Europe' (2012) 71 *Human Organization* 407
- Herreros, F & Criado, H 'Social trust, social capital and perceptions of immigration' (2009) 57 *Political Studies* 337
- Hodosi, A 'The effects of immigration on the socio-economic landscape of the United Kingdom' (2012) 3 *Eastern Journal of European Studies* available at <https://www.ceeol.com/content-files/document-523064.pdf>
- Johnson, GE 'The labor market effects of immigration' (1980) 33 *ILR Review* 331
- Kerr, SP & Kerr, WR 'Economic impacts of immigration: A survey' (2011) Working Paper 16736, available at <http://www.nber.org/papers/w16736>
- Kim, K & Cohen, JE 'Determinants of international migration flows to and from industrialized countries: A panel data approach beyond gravity' (2010) 44 *International Migration Review* 899
- Lucas, REB 'Migration and economic development in Africa: A review of evidence' (2006) 15 *Journal of African Economies* 337
- Magliveras, KD & Naldi, GJ 'The African Union—A new dawn for Africa?' (2002) 51 *International & Comparative Law Quarterly* 415
- Mandla, LI 'Free movement in Africa is desirable, but how to realize it?' available at <https://www.afdb.org/en/blogs/industrialisation-and-trade-corner/post/free-movement-in-africa-is-desirable-but-how-to-realize-it-16033/>
- Mayda, AM 'International migration: A panel data analysis of the determinants of bilateral flows' (2010) 23 *Journal of Population Economics* 1249
- McKennirey, JS 'Labor in the international economy' (1996) 22 *Canada–United States Law Journal* 183
- Neocosmos, M 'The politics of fear and the fear of politics: Reflections on xenophobic violence in South Africa' (2008) 43 *Journal of Asian and African Studies* 586
- Nnanna, OJ 'Economic and monetary integration in Africa' *G24 Meeting, Singapore. The Role of Membership Rules in Regional Organizations* (2006) available at [https://www.g24.org/wp-content/uploads/2016/01/Session-1\\_1-9.pdf](https://www.g24.org/wp-content/uploads/2016/01/Session-1_1-9.pdf)
- Okkerse, L 'How to measure labour market effects of immigration: A review' (2008) 22 *Journal of Economic Surveys* 1

- Packer, CAA & Rukare, D 'The new African Union and its Constitutive Act' (2002) 96 *American Journal of International Law* 365
- Riechenberg, K 'The merger of trading blocks and the creation of the European Economic Area: Legal and judicial issues' (1995–1996) 4 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 63
- Stern, M & Szalontai, G 'Immigration policy in South Africa: Does it make economic sense?' (2006) 23 *Development Southern Africa* 123
- Uchegara, K 'Sub-Saharan African countries and migration to Europe: Exploring the motivations, effects and solutions' (2016) 49 *Sub-Saharske Afričke Zemlje I Migracije U Europu: Istraživanje Motivacije, Učinaka I Rješenja* 79
- Udombana, NJ 'The institutional structure of the African Union: A legal analysis' (2002) 33 *California Western International Law Journal* 71

### Cases

- Femi Falana v The African Union* Application No 001/2011 (ACHPR)
- Jawara v The Gambia* [2000] AHRLR 107 (ACHPR)
- Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (II)* [2003] AHRLR 144

### International and regional conventions, resolutions and reports

- African Charter on Human and Peoples' Rights
- African Development Bank Group 'Africa Visa Openness Report 2017' (2017) available at [https://au.int/sites/default/files/documents/32480-doc-visaoreport2017\\_web\\_12mai17.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32480-doc-visaoreport2017_web_12mai17.pdf)
- African Union 'Treaty Establishing the African Economic Community' (1991) Abuja, Nigeria
- African Union *Sirte Declaration* (Sirte, Libya, September 1999)
- African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention) 2009
- African Union Convention on Cross-Border Co-operation (Niamey Convention) 2014
- African Union 'Protocol of the Court of Justice of the African Union' (2014) 1 *African Journal of International Criminal Justice* 1
- African Union 'Agenda 2063—First Ten-Year Implementation Plan 2014–2023: The Africa We Want' (2015)
- African Union *African Union Handbook 2017* (African Union Commission and New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade 2017) available at <https://au.int/en/handbook>

- African Union 'Agenda 2063' available at <https://au.int/en/agenda2063>
- African Union 'Decision on the Mekele Retreat of the Executive Council: Free Movement of People and the African Passport' EX.CL/Dec.908(XXVIII)
- Assembly of the African Union 'Decision on Free Movement of Persons and the African Passport' Assembly/AU/Dec. 607(XXVII)
- Assembly of the African Union 'Decisions, Declarations and Resolution: Twenty-Sixth Ordinary Session, 30–31 January 2016, Addis Ababa, Ethiopia' Assembly/AU/Dec. 597(XXVI)
- 'AU Summit: Declaration on Migration | Common African Position on the Post-2015 Development Agenda' available at <http://cap.africa-platform.org/news/au-summit-declaration-migration>
- Constitutive Act of the African Union 2000
- OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa 1969
- Peace and Security Council of the African Union Communiqué on Free Movement of People and Goods 2017
- Protocol on Amendments to the Constitutive Act of the African Union 2003
- Protocol on Relations between the African Union (AU) and the Regional Economic Communities (RECs)
- Protocol on the Establishment of the East African Common Market Protocol 2009
- Protocol on the Free Movement of Persons, Labour, Services, Right of Establishment and Residence 1998
- Protocol Relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment 1979
- Protocol Relating to the Establishment of the Peace and Security Council of the African Union 2002
- Statute of the African Union Mechanism for Police Co-operation (AFRIPOL) 2017
- Treaty for the Establishment of the East African Community: signed on 30 November 1999; entered into force on 7 July 2000; amended on 14 December 2006 and 20 August 2007

# Les aspects juridiques de la migration par voie maritime

## *The legal aspects of migration by sea*

MAURICE K. KAMGA

### **RÉSUMÉ**

*Divers branches du droit international—notamment du droit international de la mer, du droit international maritime, du droit pénal international, du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme—consacrent un faisceau de principes et de règles, parfois séculaires, qui sont applicables au phénomène de migration par la voie maritime. Cette contribution essaie de mettre en exergue l'ensemble du droit applicable à la migration en mer.*

**Mots clés :** Obligation de porter assistance à toute personne en détresse en mer; criminalisation du secours en mer; droit au refuge; droit d'accès en un lieu sûr dans l'État d'embarquement; principe cardinal de non-refoulement de personnes secourues ou en détresse en mer; la légalité des interceptions en mer aux fins de d'empêcher le débarquement des personnes secourues ou en détresse

### **ABSTRACT**

*Various branches of international law, notably international law of the sea, international maritime law, international criminal law, international refugee law and international human rights law, shine a light on the principles and rules—sometimes ancient—which are applicable to the phenomenon of migration by sea. This contribution attempts to highlight all the laws applicable to migration by sea.*

**Keywords:** Obligation of assistance to anyone in distress at sea; criminalisation of sea rescue; right of refuge; right of access to a place of safety in the state of disembarkation; cardinal principle of *non-refoulement* of those in distress at sea or who have been rescued; legality of intercepting helpers or people in distress to prevent disembarkation

## I INTRODUCTION

La société internationale a été témoin, au cours des quinze dernières années, d'un nombre impressionnant d'évènements dramatiques survenus en mer, notamment en Méditerranée, qui a jeté sous les feux de l'actualité la question d'une des voies les plus risquées qu'empruntent des réfugiés politiques, des civils fuyant la guerre ou encore des migrants économiques ou clandestins à la recherche d'un pays d'accueil. Le phénomène des migrants et des réfugiés se déplaçant par la mer n'est cependant pas nouveau, dès lors que des hommes, femmes et enfants ont déjà, par le passé, risqué leur vie à bord d'embarcations de fortune pour partir à la recherche d'un travail, de meilleures conditions de vie, de possibilités d'éducation ou pour trouver la protection internationale contre la persécution ou contre d'autres menaces pesant sur leur vie, leur liberté ou leur sécurité, plaçant ainsi souvent leur destin dans les mains de passeurs peu scrupuleux voire criminels<sup>1</sup>.

Si la voie maritime a, en effet, été largement utilisée dans l'histoire pour les migrations des populations, notamment entre les deux rives de l'Atlantique<sup>2</sup>, le phénomène qui sera qualifié à la fin du XXe siècle de 'boat people'—désignant à l'origine l'exode de masse de Vietnamiens fuyant la persécution dans leur pays dans les années 80, suivi par celui des Albanais, des Cubains, Haïtiens, etc., dans les années 90—est de nos jours entré dans le langage courant et se réfère à des personnes aux statuts variés qui partent de leur pays, pour diverses raisons, et cherchent à atteindre un autre pays par bateau, notamment des États côtiers dans la Méditerranée, dans la mer des Caraïbes ou dans l'océan pacifique<sup>3</sup>.

Cette migration par mer, comparativement à celle qui emprunte la voie terrestre, est beaucoup plus préoccupante, pour deux raisons, au moins : (i) à l'époque contemporaine, les États ont accru, de façon drastique, le contrôle de l'entrée des étrangers sur leur territoire, que ce soit par la voie terrestre ou maritime, avec une différence majeure que, si le migrant par voie terrestre peut être refoulé vers le territoire d'un autre État, il est très problématique de refouler le migrant par voie maritime en mer, où sa vie peut être mise en danger, si elle ne

---

<sup>1</sup> OMI et UNHCR, *Sauvetage en mer—Guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et aux réfugiés*, disponible à : <http://www.unhcr.org/fr/4ad2f0b75.html>.

<sup>2</sup> Voir Bastide-Burdeau, G., « Migrations clandestines et droit de la mer », in : *La mer et son droit—Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Queneudec*, 2003, 57.

<sup>3</sup> Voir UNHCR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea*, 18 March 2002, disponible à : <http://www.unhcr.org/3e5f35e94.pdf>.

l'était pas déjà ; (ii) d'énormes pertes en vie humaines caractérisent la migration par voie maritime<sup>4</sup> ; dans la plupart de cas, celui-ci prend un caractère humainement dramatique, dès lors que les personnes impliquées se retrouvent dans une situation où leur santé, voire leur survie, sont en jeu et où la nécessité de trouver urgemment une terre d'accueil devient une urgence absolue<sup>5</sup>. À cet égard, l'Afrique paie, depuis une quinzaine d'années, un très lourd tribut au phénomène de la migration par voie maritime, puisque de milliers de ses fils et filles ont perdu—et continuent malheureusement de perdre—la vie dans leur tentative de gagner l'Europe en traversant la Méditerranée dans des embarcations de fortune, souvent affectées spécialement par des passeurs et abandonnées à la limite des eaux territoriales de Malte ou d'Italie.

La présente contribution a pour objet d'appréhender sommairement ce phénomène—qui suscite parfois de vives controverses politiques—sur un angle strictement juridique ; face à la crise actuelle, il paraît important, en effet, de rappeler les principes et règles ancestraux à caractère 'solidariste' qui encadrent une telle crise humanitaire<sup>6</sup>. À ce propos, une analyse, même sommaire, permet de se rendre compte que le droit international applicable au phénomène de la migration par voie maritime se situe aux confins de plusieurs champs juridiques, puisque le faisceau de règles applicables ressortissent aussi bien du droit international de la mer, du droit maritime international, du droit régissant la lutte contre la criminalité transnationale organisée, du droit international des réfugiés que du droit international des droits de l'homme, étant entendu que le phénomène n'est jamais abordé pour lui-même et reste à la périphérie de ces corps de règles.

Malgré ce caractère éclaté et subsidiaire du droit applicable, une constante s'en dégage d'emblée: les migrants par mer bénéficient d'une protection juridique internationale, indépendamment de leur statut<sup>7</sup> : le droit international consacre, en effet, d'une part, l'obligation de porter assistance à toute personne en détresse en mer

---

<sup>4</sup> Voir Neri, K. « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, Vol. 26, 2014, 124.

<sup>5</sup> Voir Bastide-Burdeau, G. *op. cit.* (note 2), 56.

<sup>6</sup> Voir Tephany, Y. « Sauvetage et migration maritime », *Programme Human Sea—Rendre la mer humaine*, disponible à : <http://humansea.hypotheses.org/369>.

<sup>7</sup> Voir Bandone, A. (responsable de la publication), *Les migrants en Méditerranée: la protection des droits de l'homme*, Parlement européen—Direction générale des politiques extérieures—Département thématique, 2015, 22, disponible à : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO\\_STU\(2015\)535005\\_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU(2015)535005_FR.pdf).

(II) et, d'autre part, le droit au refuge à tous les migrants par voie maritime, étant entendu que leurs droits fondamentaux reconnus à tous les êtres humains demeurent préservés (III).

## **II LE DROIT INTERNATIONAL CONSACRE L'OBLIGATION DE PORTER ASSISTANCE À TOUTE PERSONNE EN DÉTRESSE EN MER**

Les règles principales qui régissent cette obligation relèvent, d'une part, du droit international de la mer et du droit maritime international (1) et, d'autre part, du droit international de la lutte contre le trafic illicite des migrants, notamment par mer : il s'agit ici d'une règle résiduelle qui sauvegarde cette obligation même au bénéfice des migrants dans le cadre d'un tel trafic (2).

### **1. L'obligation de porter assistance en droit international de la mer et en droit maritime international**

Ces deux branches du droit international mettent des obligations explicites aussi bien à la charge du capitaine de tout navire en mer et que de tout État côtier ; ce dernier a la responsabilité de la mise en place, à terre, des services de coordination pour l'exécution des opérations de recherche et de sauvetage<sup>8</sup>.

#### *(a) Les obligations incombant au capitaine de tout navire en mer*

En vertu à la fois d'une tradition maritime ancestrale et des obligations prescrites par le droit international, le capitaine d'un navire a le devoir de prêter assistance à toute personne se trouvant en situation de détresse en mer et ce, indépendamment de la nationalité de cette personne, de son statut ou des circonstances dans lesquelles elle a été trouvée. La matérialisation de cette valeur maritime en droit international apparaît dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. Les conventions de Bruxelles du 23 septembre 1910<sup>9</sup>, l'une sur l'assistance et le sauvetage maritime, l'autre sur l'abordage, consacrent juridiquement cet impératif. Ce texte définit le sauvetage en tant qu'obligation incombant au capitaine du navire et précise, en son article 10, que celui-ci est « tenu, tant que les dangers qu'encourent son vaisseau,

---

<sup>8</sup> Voir Lescaudron, M. *Droit des réfugiés, droit des migrants, droit maritime : contraintes légales et cadre juridique du sauvetage des personnes en péril en Mer Méditerranée, le cas de SOS Méditerranée*, Prospective Coopération-Laboratoire d'idées, 2016, 11-12, disponible à : <http://www.prospectivcooporation.org/wp-content/uploads/2017/10/EtudeDroitSOSM%C3%A9diterran%C3%A9e-ProspectiveWEB-1.pdf>.

<sup>9</sup> Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, entrée en vigueur le 1er mars 1913.

son équipage et ses passagers le permettent, de porter assistance à toute personne à la mer (...) sur le point de se perdre. »

La première Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer du 26 janvier 1914, adoptée la suite du naufrage du *Titanic* au large de Terre-Neuve, dans la nuit du 14 au 15 avril 1912, reprend cette obligation en son article 37<sup>10</sup>. Cette convention a été amendée à plusieurs reprises et entièrement refondue en 1974, notamment la règle V/33.1 de la convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer

SOLAS du 1er novembre 1974, entrée en vigueur le 25 mai 1980, prévoit ainsi que :

« [l]e capitaine d'un navire en mer qui reçoit, de quelque source que ce soit, un message indiquant qu'un navire ou un avion ou leurs embarcations et radeaux de sauvetage se trouvent en détresse, est tenu de se porter à toute vitesse au secours des personnes en détresse en les informant si possible de ce fait. En cas d'impossibilité ou si, dans les circonstances spéciales où il se trouve, il n'estime ni raisonnable ni nécessaire de se porter à leur secours, il doit inscrire au journal de bord la raison pour laquelle il ne se porte pas au secours des personnes en détresse. »

La Convention de Londres du 28 avril 1989 sur l'assistance, entrée en vigueur le 14 juillet 1996, modernise les règles fixées par la Convention de Bruxelles de 1910, dans la mesure où, aux termes du paragraphe premier de son article 10, « [t]out capitaine est tenu, autant qu'il peut le faire sans danger sérieux pour son navire et les personnes à bord, de prêter assistance à toute personne en danger de disparaître en mer. »

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982<sup>11</sup>—qualifiée également, lors de son adoption, de 'Constitution pour les océans'<sup>12</sup>—contient les règles les plus récentes

---

<sup>10</sup> Connue généralement sous le nom de Convention Solas (*International Convention for the Safety of Life at Sea*), cette convention a pour objet de spécifier un certain nombre de normes minimales relatives à la construction et à l'exploitation des navires de commerce, afin de garantir la sécurité des équipages, des passagers et des navires. C'est donc le naufrage du *Titanic* qui a été le point de départ d'une réflexion approfondie sur la sécurité du transport maritime et d'une véritable coopération internationale visant à fixer les moyens à mettre en œuvre pour éviter qu'une telle catastrophe ne se reproduise. Voir : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/convention-solas/>.

<sup>11</sup> Entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

<sup>12</sup> Koh, T.B. « Une constitution pour les océans », disponible sur le site des Nations Unies : [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_french.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/koh_french.pdf).



pour ce qui concerne les obligations incombant aux capitaines de navires en matière d'assistance. Aux termes du paragraphe premier de son article 98 :

« [t]out État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon, pour autant que cela lui soit possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers: a) qu'il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer; b) qu'il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre qu'il agisse de la sorte; c) qu'en cas d'abordage, il prête assistance à l'autre navire, à son équipage et à ses passagers, et, dans la mesure du possible, qu'il informe l'autre navire du nom et du port d'enregistrement de son propre navire, ainsi que du port le plus proche qu'il touchera. »

Si l'obligation de prêter assistance est assez bien respectée, les capitaines de navires se trouvent malheureusement de plus en plus confrontés aux refus des États les plus proches du lieu de sauvetage de laisser débarquer les migrants secourus dans leurs ports et l'on assiste d'ailleurs à une tendance lourde à la criminalisation de la solidarité. L'Union européenne a ainsi adopté, en 2001, une directive imposant des sanctions pénales aux transporteurs qui transféreraient des personnes non-autorisées à entrer sur le territoire de l'Union (nommée « Directive sur la responsabilité des transporteurs »). Une autre directive, adoptée en 2002<sup>13</sup>, appelle les États membres à mettre en œuvre leurs lois nationales contre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier. Il en découle que si un transporteur est reconnu coupable d'avoir favorisé l'entrée irrégulière de migrants, il peut être condamné à une amende allant de 3 000 à 5 000 euros 'par personne transportée'. Des capitaines de navire ont pu ainsi être condamnées en justice, notamment italienne<sup>14</sup>. Cette répression

---

<sup>13</sup> Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 du Conseil définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

<sup>14</sup> Dans l'affaire dite du *Cap Anamur*, trois personnes (le responsable de l'organisation humanitaire Cap Anamur, le capitaine du navire et le second capitaine) ont été condamnées par un tribunal italien pour avoir secouru des migrants en détresse dans le détroit de Sicile en 2004 et les avoir débarqués en Italie ; ils avaient été arrêtés à leur débarquement au port d'Agrigente (Sicile) et accusés, en vertu de la loi italienne, d'aide à l'entrée irrégulière de migrants clandestins. Leur condamnation à une peine d'emprisonnement ferme de quatre ans et à une amende de 40 000 euros avait cependant été annulée en appel en 2009.

Le 18 novembre 2009, le même tribunal d'Agrigente a levé les charges qui pesaient sur sept pêcheurs tunisiens depuis février 2007, suite au secours qu'ils avaient porté

amène les pêcheurs et les capitaines à être de plus en plus réticents à secourir des embarcations en détresse, ce qui met encore plus en péril les personnes en détresse<sup>15</sup>.

Cet état de chose a amené le Secrétaire général des Nations Unies à *mettre en garde la société maritime internationale*, en 2006, en ces termes : '[I]e nombre croissant d'accidents tragiques qui se sont produits pendant des migrations irrégulières dans la mer Méditerranée et ailleurs témoigne de l'importance qu'il y a à préserver le caractère absolu du régime de recherche et de sauvetage', et d'ajouter que :

« [b]ien que ce soit une obligation en droit international de porter secours aux personnes en détresse en mer, elle n'est pas toujours respectée par les États du pavillon ni par les commandants et les équipages des navires battant leur pavillon. La réticence de certains États côtiers à autoriser le débarquement des personnes sauvées en mer ou l'imposition de conditions préalables au débarquement ou de sanctions aux compagnies maritimes peut porter atteinte au caractère absolu du régime de recherche et de sauvetage. Elle peut aussi porter atteinte à la protection dont ont besoin les demandeurs d'asile et les réfugiés qui peuvent se trouver parmi les rescapés et aboutir au refoulement<sup>16</sup>. »

### *b) Les obligations incombant aux États côtiers en matière d'assistance*

Au-delà des capitaines de navires, le droit international met à la charge des États côtiers un certain nombre d'obligations précises en matière de sauvetage maritime. C'est ainsi que la règle VII de la Convention SOLAS de 1974 susmentionnée contraint tout État :

---

à 44 migrants qui étaient sur le point de chavirer dans le détroit de Sicile. Après avoir débarqué les migrants sur l'île de Lampedusa, ces pêcheurs avaient été initialement accusés d'aide à l'entrée irrégulière et leurs bateaux avaient été immobilisés durant deux ans. Les charges contre eux avaient finalement été abandonnées, à la suite d'une importante mobilisation des organismes de défense des droits de l'homme et de la société civile : bien que leurs bateaux aient ainsi pu être rendus et des compensations financières versées, les deux capitaines avaient cependant été condamnés à deux ans et demi de prison pour avoir refusé d'obtempérer aux forces de l'ordre lors du débarquement en 2007. Ils avaient finalement été acquittés en appel en 2011. Voir, à ce sujet, Martin, M., *Le contrôle des frontières, une priorité sur la vie humaine : violations des droits des migrants et des réfugiés en mer*, Réseau euro-méditerranéen des droits de l'homme, Copenhague, juin 2014, 11-12, disponible à : <http://euromedrights.org/wp-content/uploads/2014/06/Policy-brief-FR-FINAL.pdf>

<sup>15</sup> Voir Martin M., *ibid.*, 12.

<sup>16</sup> Cité par Neri, K., *op. cit.* (note 4), 133.

« à prendre les dispositions nécessaires pour la communication et la coordination en cas de détresse dans la zone relevant de sa responsabilité et pour le sauvetage des personnes en détresse en mer à proximité de ses côtes. Ces dispositions doivent comprendre la mise en place, l'utilisation et l'entretien des installations de recherche et de sauvetage jugées réalisables et nécessaires. »

Quant à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritime, adoptée à Hambourg le 27 avril 1979<sup>17</sup> et connue également sous le nom de Convention SAR, elle oblige tout État partie à 's'assurer que l'assistance puisse être octroyée à toute personne en détresse en mer et ce indépendamment de la nationalité ou du statut de cette personne ou des circonstances dans lesquelles cette personne a été trouvée' (Chap. 2.1.10) et à « pourvoir à leurs premiers besoins et soins médicaux et à les conduire dans un lieu sûr » (Chap.1.3.2.). Par ailleurs :

« [l]es Parties doivent assurer la coordination et la coopération nécessaires pour que les capitaines de navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations et s'écartent le moins possible de la route prévue, sans que le fait de les dégager de ces obligations ne compromette davantage la sauvegarde de la vie humaine en mers » (Chap. 3.1.9).

Si la Convention de Londres du 28 avril 1989 sur l'assistance se borne, en son article 10, paragraphe 2, a indiqué que les États Parties prennent les mesures nécessaires pour faire observer l'obligation qui incombe au capitaine, la Convention de 1982 sur le droit de la mer précise explicitement que :

« [t]ous les États côtiers facilitent la création et le fonctionnement d'un service permanent de recherche et de sauvetage adéquat et efficace pour assurer la sécurité maritime et aérienne et, s'il y a lieu, collaborent à cette fin avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux (article 98, paragraphe 2)<sup>18</sup>. »

---

<sup>17</sup> Entrée en vigueur le 22 juin 1985 et modifiée en 1988 et 2004, cette convention a pour objet de mettre en place un cadre international d'organisation des opérations de recherche et de sauvetage des personnes en détresse.

<sup>18</sup> Pour une analyse des dispositions applicables, voir notamment Lescaudron, M., *op. cit.* (note 8) et pour celle de la pratique étatique, voir Barnes, R., 'Refugee Law at Sea', *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, 48-77.

## **2. La sauvegarde de l'obligation d'assistance même dans le cadre de la lutte contre le trafic illicite des migrants, notamment en mer**

Bien que le régime du droit de la mer consacre la liberté de la haute mer, y compris la liberté de navigation, il y a lieu de noter qu'il ne prévoit pas de règles explicites en matière de lutte contre le trafic illicite de migrants, qui est pourtant devenu une préoccupation majeure de la communauté internationale. Il faut également relever que très peu de règles, relevant d'autres branches du droit international, régissent ce phénomène. C'est pour remédier à la situation que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000—en vigueur depuis le 29 septembre 2003<sup>19</sup>—a été complétée par un protocole n°3 contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, qui est spécifiquement applicable à la migration par mer ; ce Protocole impose aux États parties de réprimer la traite et le trafic illicite en tant qu'infractions au droit pénal international, tout en tenant compte des droits fondamentaux des migrants, quels que soient leur statut juridique ou leur nationalité<sup>20</sup> : il prévoit à cet effet, dans une clause de sauvegarde (article 19) que :

« [a]ucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé »

---

<sup>19</sup> Cette Convention représente une avancée majeure dans la lutte contre la criminalité organisée transnationale et indique que les États membres reconnaissent la gravité des problèmes qui en découlent, ainsi que la nécessité de créer et renforcer une coopération internationale afin d'appréhender ces problématiques. Les États qui la ratifient s'engagent à prendre une série de mesures contre la criminalité organisée, en reconnaissant notamment certains délits comme une infraction pénale (participation à un groupe criminel organisé, blanchiment d'argent, corruption et entrave à la justice), en adoptant des cadres différents en matière d'extradition, d'entraide mutuelle en matière pénale, de coopération policière et en promouvant la formation et l'assistance technique afin de construire et améliorer la capacité des autorités nationales. Voir à ce propos le site Internet de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, disponible à : <http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CTOC/>.

<sup>20</sup> Voir Bandone, A., *op. cit.* (note 7).

(paragraphe premier), et précise, en son paragraphe 2, que :

« [I]es mesures énoncées dans le présent Protocole sont interprétées et appliquées d'une façon telle que les personnes ne font pas l'objet d'une discrimination au motif qu'elles sont l'objet des actes énoncés à l'article 6 du présent Protocole. L'interprétation et l'application de ces mesures sont conformes aux principes de non-discrimination internationalement reconnus<sup>21</sup>. »

Comme l'affirme le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) :

« [i]t is clear from the formulation of Article 19 that there is no inherent conflict between the standards set by the international law to combat crimes and those contained in international refugee law. Combating crime does not mean a diminution of the rights of asylum-seekers and refugees<sup>22</sup>. »

### **III LE DROIT INTERNATIONAL RECONNAÎT LE DROIT AU REFUGE À TOUS LES MIGRANTS PAR VOIE MARITIME**

Il ressort clairement de ce qui précède que le droit international des réfugiés est applicable aux migrants en mer ; cela implique un droit au refuge aux naufragés en mer (1). Est également consacré le droit des personnes secourues en mer d'avoir accès à un « lieu sûr » dans l'État de débarquement (2), dès lors que ces derniers bénéficient du principe de non-refoulement reconnu par le droit international général (3).

#### **1. Le droit au refuge des naufragés en mer**

Comme l'affirme un auteur<sup>23</sup>, pour accéder à la côte d'un État côtier, le navire ayant assisté les migrants en détresse en mer doit pouvoir avoir accès à un port dudit État : bien que le droit de la mer reconnait le droit au passage innocent dans la mer territoriale et qu'il y a une présomption que les ports sont ouverts aux navires marchands, on ne peut pas affirmer avec certitude que la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 ou celle de Montego Bay de

---

<sup>21</sup> Pour une analyse approfondie du Protocole, voir notamment Attard, F. 'Is the Smuggling Protocol a Viable Solution to the Contemporary Problem of Human Smuggling on the High Seas?', *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 47, 2016, 1-4.

<sup>22</sup> UNHCR, *op. cit.* (note 3).

<sup>23</sup> Barnes, R., *op. cit.* (note 18), 57-58.

1982 consacre un droit d'accès au port. À moins qu'un tel droit ne soit prévu par un traité, l'accès au port de l'État côtier demeure donc un privilège, la seule exception étant le droit de passage et d'accès aux ports qui est reconnu aux navires en détresse. Il s'agit d'un droit séculaire reconnu par la jurisprudence ancienne, notamment dans les sentences arbitrales *Creole*<sup>24</sup> et *Rebecca*<sup>25</sup>.

Le droit de chercher refuge dans un port a deux fondements : l'un dérivant des considérations humanitaires générales et l'autre découlant du fait qu'il est reconnu que les marins peuvent se trouver dans une situation de détresse qui échappe totalement à leur contrôle. C'est ainsi que dans une affaire récente, le juge Barr J, de la Irish High Court of Admiralty, a reconnu, en 1995, que le droit d'un navire en détresse de chercher un refuge fait partie du droit international coutumier :

In summary, therefore, I am satisfied that the right of a foreign vessel in serious distress to the benefit of a safe haven in the waters of an adjacent coastal state is primarily humanitarian rather than economic. It is not an absolute right. If safety of life is not a factor, then there is a widely recognised practice amongst maritime states to have regard to their own interests and those of their citizens in deciding whether or not to accede to any such request [to enter port]<sup>26</sup>.

## 2. Le droit des personnes secourues en mer d'avoir accès à un « lieu sûr » dans l'État de débarquement

Le droit international met à la charge des gouvernements d'États côtiers concernés (a) de veiller à ce que les capitaines de navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations en s'écartant le moins possible de l'itinéraire prévu, (b) d'organiser le débarquement des personnes secourues dès que cela est raisonnablement possible et (c) de leur fournir un lieu sûr ou de veiller à ce qu'un tel lieu leur soit fourni<sup>27</sup>. Selon l'Organisation maritime internationale (OMI) et le HCR, un

<sup>24</sup> Affaire *Creole c. Grande-Bretagne*, décision du Surarbitre, M. Bates (1853), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VOLUME XXIX26-53, disponible à : [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXIX/26-53.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/26-53.pdf).

<sup>25</sup> Affaire *Kate A. Hoff*, Administratrix of the Estate of Samuel B. Allison, Deceased (U.S.A.) v. United Mexican States (1929), 4 *Recueil des sentences arbitrales*, disponible à : [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/444-449.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/444-449.pdf).

<sup>26</sup> *The MV Toledo* [1995] 2 *ILRM* 30, 48-49.

<sup>27</sup> Rappelons que la Convention SAR oblige les États parties à « pourvoir à leurs

« lieu sûr est un endroit où les opérations de sauvetage sont censées prendre fin et où : la sécurité des personnes secourues n'est plus menacée ; les besoins humains fondamentaux (tels que des vivres, un abri et des soins médicaux) peuvent être satisfaits ; et des dispositions peuvent être prises pour assurer le transport des personnes secourues vers leur prochaine destination ou leur destination finale<sup>28</sup>. »

Il est également précisé que même si un navire qui prête assistance peut servir de lieu sûr provisoire, il devrait être déchargé de cette responsabilité dès lors que d'autres dispositions peuvent être prises<sup>29</sup>. Par ailleurs, il faudrait éviter que des demandeurs d'asile et des réfugiés secourus soient débarqués dans des territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée, étant entendu que les opérations et procédures, telles que le filtrage et l'évaluation du statut des personnes secourues, qui dépassent le cadre de l'assistance apportée aux personnes en détresse, ne devraient pas entraver la fourniture d'une telle assistance ni retarder indûment le débarquement<sup>30</sup>.

Ce devoir des États côtiers de garantir un lieu sûr aux migrants par la voie maritime est reconnu également par le droit régional, notamment celui de l'Union européenne, dont un Règlement, en date du 15 mai 2014, exige explicitement que le débarquement soit effectué en « lieu sûr<sup>31</sup> », qui suppose non seulement la protection

---

premiers besoins et soins médicaux et à les conduire dans un lieu sûr » (Chap.1.3.2.).

<sup>28</sup> OMI et UNHCR, *op. cit.* (note 1).

<sup>29</sup> Le Comité de la sécurité en mer de l'OMI a de manière on ne peut plus nette posé le principe qu'un navire ne saurait être considéré comme un lieu sûr, celui-ci renvoyant au lieu de débarquement et plus généralement à l'État territorial du port de débarquement. Voir Basilien-Gainche, M-L., « Les *boat people* de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? » *La Revue des droits de l'homme*, Vol. 9, 2016, 36, disponible à : <http://revdh.revues.org/1838>.

<sup>30</sup> OMI et UNHCR, *op. cit.* (note 1).

<sup>31</sup> Voir l'article 10, paragraphe 1 c) du Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, qui prévoit que, « dans les situations de recherche et de sauvetage ... et sans préjudice de la responsabilité du centre de coordination du sauvetage, l'État membre d'accueil et les États membres participants coopèrent avec le centre de coordination du sauvetage compétent pour trouver un lieu sûr et, une fois que le centre de coordination du sauvetage compétent a déterminé un tel lieu, ils veillent à ce que le débarquement des personnes secourues intervienne rapidement et efficacement. » Disponible à : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32014R0656>.

physique des personnes ainsi secourues, mais également le respect de leurs droits fondamentaux<sup>32</sup>.

### **3. Le principe cardinal de non-refoulement et la question de la légalité des interceptions en mer aux fins d'empêcher le débarquement des personnes secourues ou en détresse**

Hier comme aujourd'hui, on constate que face à la crise de migrants par la voie maritime, des États côtiers n'hésitent pas parfois à intercepter des bateaux transportant des migrants secourus en mer, et à mettre tout en œuvre pour empêcher leur débarquement sur leur territoire. De telles pratiques ont par exemple eu cours lorsque des personnes désespérées fuyaient la persécution en Europe lors de la deuxième Guerre mondiale ou le régime vietnamien au début des années 80<sup>33</sup>. L'un des exemples typiques de cette pratique à l'époque plus récente a certainement trait à l'affaire du Tampa et son périégée au large des côtes australiennes en 2001<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Aux termes du paragraphe 12 de l'article 2 du règlement 656/2014, un lieu sûr est « un endroit où des opérations de sauvetage sont réputées être achevées et où la sauvegarde de la vie des rescapés n'est pas mise en péril, où leurs besoins humains fondamentaux peuvent être satisfaits et à partir duquel des dispositions peuvent être prises pour le transport des rescapés jusqu'à leur destination suivante ou finale, en tenant compte de la protection de leurs droits fondamentaux dans le respect du principe de non-refoulement ».

<sup>33</sup> La narration suivante permet d'avoir une idée sur la question : « Par exemple, en 1939, les États-Unis refusèrent au *U.S. St-Louis*, un navire de passagers en provenance d'Hambourg en Allemagne, l'accès à ses installations portuaires de Miami après qu'il eut été expulsé du port de La Havane. Le navire transportait plus de 900 Juifs qui fuyaient la répression nazie. Face au refus américain, le navire retourna en Allemagne et la majeure partie de ses passagers mourut dans des camps de concentration nazis. En 1942, le *Struma*, un navire grec transportant 900 Juifs roumains quitta la Roumanie pour la Palestine. Le *Struma* était un navire en mauvaise condition, surpeuplé et dépourvu d'installations sanitaires adéquates. Il tomba en panne dans le port d'Istanbul. Ne sachant que faire du navire et constatant l'impasse dans laquelle se trouvaient les négociations avec les gouvernements britannique et roumain sur le règlement de la situation de ces réfugiés, le gouvernement turc remorqua le navire après 70 jours d'attente au large des côtes de la Turquie. Le navire dériva pendant plusieurs jours sans nourriture ni eau avant d'être coulé par une torpille soviétique. Les autorités turques envoyèrent un navire de secours plus de 24 heures après le naufrage et un seul réfugié fut sauvé. En mai 1980, les autorités singapouriennes assistèrent pendant plusieurs jours au naufrage d'un navire en détresse transportant des « boat people » vietnamiens. Après plusieurs jours d'attente, le navire coula sous la « supervision » des autorités singapouriennes. Seuls quelques réfugiés furent sauvés par un navire de commerce panaméen. » Barsalou, O., « L'interception des réfugiés en mer: un régime juridique aux confins de la normativité », *Lex Electronica*, vol. 12, 2008, 2–3, disponible à : [http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/12-3\\_barsalou.pdf](http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/12-3_barsalou.pdf).

<sup>34</sup> Le 26 août 2001, le cargo norvégien, le *Tampa*, avait, à la demande des autorités australiennes, porté secours à un navire transportant 438 migrants afghans, qui était sur le point de faire naufrage à 140 kilomètres au nord des côtes de l'île Christmas, où les mêmes autorités refusèrent au capitaine du navire de débarquer les personnes



De nos jours, d'autres États, notamment européens, déploient certains moyens qui, sous le couvert du sauvetage en mer, se déclinent en réalité en une véritable lutte contre l'immigration clandestine en mer<sup>35</sup>. Un auteur a ainsi pu noter, s'agissant de la pratique de certains États européens que :

« [a]ux frontières maritimes méridionales de l'UE, cela a entraîné une confusion croissante entre les missions de recherche et de sauvetage et le contrôle des frontières. Alors que l'amendement de 2004 de la Convention SOLAS exige clairement que l'obligation de porter secours prévale sur tout objectif de gestion frontalière, c'est le plus souvent l'inverse qui se produit dans l'UE. Il en résulte un affaiblissement des droits des migrants en mer, dû à la criminalisation de la solidarité ainsi qu'au développement de dispositifs de maîtrise des frontières tels que Frontex et EUROSUR (European Border Surveillance System) qui, bien que présentés comme des outils de « sauvetage » pour éviter des décès en mer, ont pour principale vocation d'empêcher ceux qui sont interceptés d'entrer sur le territoire de l'UE<sup>36</sup>. »

Or, l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, prévoit qu'aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de

---

secourues le lendemain. Confronté à une grave situation sanitaire à bord, le capitaine décida néanmoins d'entrer dans les eaux territoriales australiennes le 29 août. L'Australie dépêcha alors 45 membres de la Special Armed Services de sa défense nationale pour intercepter le cargo. Le dénouement intervint cependant le 1er septembre 2001, lorsque l'Australie s'accorda avec la Nouvelle-Zélande et avec Nauru pour que ces dernières se chargent d'évaluer le bien-fondé des demandes d'asile des migrants secourus par le *Tampa*, elle-même assurant le financement des coûts liés à cette opération à Nauru. Voir Basilien-Gainche, M.L., *op. cit.* (note 29), 12.

<sup>35</sup> Voir Gellet, E., *La lutte contre l'immigration clandestine par voie maritime: une nécessaire coopération entre terre et mer*, Cargo Marine n°08/13, mai 2013, 3, disponible à : [http://cesm.marine.defense.gouv.fr/images/Cargo/2013/CARGO2013-8\\_lutte-immigration-clandestine.pdf](http://cesm.marine.defense.gouv.fr/images/Cargo/2013/CARGO2013-8_lutte-immigration-clandestine.pdf)

<sup>36</sup> Martin, M., *op. cit.* (note 14). Les États européens arrivent même parfois à détruire, au large des côtes africaines, par exemple, des embarcations qu'ils estiment pouvant être empruntées par des personnes ayant l'intention d'effectuer le voyage maritime vers le sud du continent. Ces actions sont susceptibles de compromettre gravement les droits des migrants impliqués, sans que l'on puisse faire le tri en ceux qui mériteraient une protection internationale et ceux qui n'y ont pas effectivement droit. Il se pose ainsi, en tout état de cause, la problématique de l'évitement des obligations étatiques en matière de secours aux personnes en détresse en mer. Voir à ce sujet Basilien-Gainche, M.L., *op. cit.* (note 29), 4-9.

sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Cette Convention est pleinement applicable aux migrants par voie maritime, que ce soit dans les frontières étatiques des États sur le territoire duquel débarquent les personnes secourues en mer, ou hors desdites frontières ; on note la tendance de certains États côtiers à affirmer pourtant le contraire. Se référant au paragraphe premier de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966<sup>37</sup>, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies affirma, dès le début des années 1980, non seulement que les États ne sauraient extra-territorialiser les opérations violant leurs obligations internationales pour se défaire de leur responsabilité, mais également que les droits reconnus aux individus et partant les obligations imposées aux États s'appliquent sans égard du lieu où un État agit, dès lors que des droits sont en jeu du fait de la relation établie entre un État et un individu, parce que celui-ci se trouve sous la juridiction de celui-là. Le HCR a également indiqué que le principe de non-refoulement s'applique « partout où l'État exerce son autorité y compris ... en haute mer ...<sup>38</sup> ».

La justice internationale, notamment régionale, a aussi clairement consacré le principe de l'application extraterritoriale du principe de non-refoulement, lorsque des migrants sont interceptés et refoulés en haute mer. C'est ainsi que les États-Unis d'Amérique avaient estimé ne pas être liés par le principe de non-refoulement, lorsque leurs garde-côtes avaient intercepté en haute mer des migrants haïtiens pour les réorienter vers Haïti. Ils furent cependant condamnés par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans sa décision en l'affaire *The Haitian Center for Human Rights et al v. United States* de 1997<sup>39</sup> ; la Commission affirma que cet État avait enfreint à ses obligations en renvoyant des migrants haïtiens interceptés en haute mer, sans avoir procédé à une détermination adéquate de leur

---

<sup>37</sup> Qui prévoit : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » Pour le texte dudit Pacte, voir : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

<sup>38</sup> UNHCR, *Avis consultatif sur l'applicabilité extraterritoriale des obligations de non refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, du 26 janvier 2007.

<sup>39</sup> *The Haitian Center for Human Rights et al v United States* (1997), Inter-Am Comm HR No 51/96, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 1997*, OEA/Ser.L/V/II.95/doc 7 au para 163.

statut ni les avoir entendus afin de vérifier s'ils pouvaient prétendre au statut de réfugié<sup>40</sup>.

Dans sa décision en l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*<sup>41</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Italie en 2012 pour avoir violé l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en procédant à l'interception d'embarcations dérivant au large de l'île de Lampedusa et au refoulement immédiat vers la Libye des migrants—essentiellement somaliens et érythréens—qui s'y trouvaient. Se refusant à autoriser « un État ... à commettre, en dehors de son territoire, des actes qui ne seraient jamais acceptés à l'intérieur de celui-ci », la Cour s'est inscrit dans la droite ligne de ses jurisprudences dans les affaires *Al-Skeini*<sup>42</sup> et *Medvedyev*<sup>43</sup> pour reconnaître l'exercice par l'État italien de sa juridiction en haute mer, et pour en conclure à l'application de la Convention induisant une application extraterritoriale non seulement de l'article 3 mais encore de l'article 4 du Protocole n°4<sup>44</sup>. Par sa jurisprudence en l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, la Cour européenne a ainsi apporté deux séries d'éclaircissements sur les obligations qui pèsent sur les États luttant contre l'immigration clandestine en mer :

- a) elle étend aux migrants interceptés en haute mer sa jurisprudence relative à l'éloignement des étrangers initiée dès l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*<sup>45</sup> : même en agissant en vertu de la Convention internationale de coopération dans la lutte contre l'immigration clandestine<sup>46</sup>, les États membres du Conseil de l'Europe ne peuvent, sans violer la Convention européenne des droits de l'homme, transférer des migrants interceptés ou secourus en mer à un État où ils risquent des traitements contraires à l'article 3. La Cour a également condamné l'Italie non seulement pour avoir confié les migrants à la Libye, où ils risquaient des mauvais traitements, mais également parce que ce faisant, elle a exposé les requérants à une expulsion de la Libye vers l'Érythrée et la Somalie, où ils risquaient également des traitements contraires à l'article 3.

<sup>40</sup> Cette décision est d'autant plus importante qu'elle contredirait la position prise précédemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sale v Haitian Centers Council*, 509 US 155 (1993). Voir, à ce sujet, Neri *op. cit.* (note 4), 135–136.

<sup>41</sup> Cour européenne des droits de l'homme, GC, *Hirsi Jamaa & alii c. Italie*, 23 février 2012, Req. n°27765/09.

<sup>42</sup> Cour EDH, GC, *Al-Skeini & autres c. Royaume-Uni* et *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, Req. n°27021/08.

<sup>43</sup> Cour EDH, GC, *Medvedyev c. France*, 29 mars 2010, Req. n° 3394/03.

<sup>44</sup> Voir Basilien-Gainche, M.L., *op. cit.* (note 29), 22–23.

<sup>45</sup> *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161, CEDH (Sér A) 11 EHRR 439.

<sup>46</sup> Protocole de Palerme.

- b) la Cour a précisé qu'il incombe aux États parties une obligation procédurale de procéder à l'examen individuel de la situation de chaque passager en cas d'interception en haute mer de migrants irréguliers, mais également dans le cadre d'une opération de sauvetage, la méconnaissance de cette obligation pouvant déboucher sur la qualification de l'éloignement des migrants comme une expulsion collective d'étrangers, qui tomberait sous le coup de l'interdiction de l'article 4(4) de la Convention. Il y a lieu de relever qu'une telle expulsion peut également être qualifiée de refoulement au sens de la Convention de 1951 susmentionnée<sup>47</sup> et engager la responsabilité internationale de l'État<sup>48</sup>.

S'agissant spécifiquement de la situation dans la Méditerranée, qui concerne des migrants africains, il y a lieu de relever une tendance lourde en formation, consistant en un renforcement de la coopération entre les pays européens et des États d'Afrique du Nord ou de l'Ouest, aux fins de repérer et d'intercepter les migrants supposés en situation irrégulière dès le début de leur parcours, et de faciliter ainsi leur renvoi avant qu'ils n'arrivent dans les eaux territoriales d'États européens. On n'en est même arrivé à des refoulements privatisés, des migrants étant ainsi secourus et interceptés par des embarcations privées ou commerciales, puis ramenés sur les côtes libyennes, par exemple, en complète infraction avec le droit de l'Union européenne. Un auteur en conclut que le :

« refoulement privatisé semble être la nouvelle stratégie des États membres pour esquiver les responsabilités: les obligations de recherche et de sauvetage sont détournées afin d'obliger les navires commerciaux à secourir une embarcation proche, même si celle-ci avait déjà été repérée par un État membre soumis à l'obligation de respecter le principe de non-refoulement<sup>49</sup>. »

---

<sup>47</sup> En 2001, le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés a rappelé, à ce sujet: « [l']obligation des États de ne pas expulser, renvoyer ou refouler les réfugiés vers des territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée est un principe de protection cardinal inscrit dans la Convention et ne tolérant aucune réserve. A bien des égards, ce principe est le complément logique du droit de chercher asile reconnu dans la [Déclaration universelle des droits de l'homme]. Ce droit en est venu à être considéré comme une règle de droit international coutumier liant tous les États. » *UNHCR, « Note sur la protection internationale », 13 septembre 2001, UN Doc A/AC 96/951, paragraphe 16.*

<sup>48</sup> Voir Neri., *op. cit.* (note 4), 135–136.

<sup>49</sup> Martin, M., *op. cit.* (note 14).

#### IV CONCLUSION

Dans l'exercice de leur juridiction ou de leur souveraineté à l'égard des migrants par mer, les États sont non seulement tenus de respecter les règles analysées brièvement ci-dessus, mais restent également soumis à l'ensemble de textes internationaux régissant la protection des droits fondamentaux de l'homme qui sont reconnus aux migrants en tant qu'êtres humains. À cet égard, on peut rappeler, notamment, la Déclaration universelle des droits de l'homme susmentionnée<sup>50</sup>, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>51</sup>, la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>52</sup> et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, en vigueur depuis le 26 juin 1987<sup>53</sup>.

Sur le plan régional, on peut citer également le Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Charte des droits fondamentaux (CDF) de l'Union européenne, ces deux textes permettant, en particulier, de mettre en avant les principes des droits de l'homme suivants, qui s'appliquent aux migrants arrivant par bateau en Méditerranée et aux actes accomplis par les États membres de l'Union en dehors de leur territoire : (i) le droit à la vie<sup>54</sup>, (ii) l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants<sup>55</sup>, (iii) le droit de demander l'asile conformément

---

<sup>50</sup> Qui proclame notamment le droit à la vie (article 3), l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 5), le droit de toute personne de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays (article 13(2)), ainsi que le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile dans d'autres pays devant la persécution (article 14(1)).

<sup>51</sup> Qui prévoit également le droit à la vie (article 6), l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 7), ainsi que le droit de quitter son pays (article 12).

<sup>52</sup> Qui reconnaît de la même façon que tout enfant a un droit inhérent à la vie (article 6) et interdit la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art 37, point a).

<sup>53</sup> Qui contient une disposition explicite de non-refoulement au paragraphe premier de l'article qui prévoit que « [a]ucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

<sup>54</sup> Article 2, paragraphe 1, de la CDF, et article 2 de la CEDH : Ce droit implique qu'un recours disproportionné à la force ne peut être utilisé pour empêcher l'entrée des migrants « en situation irrégulière ». Dans le contexte de la mer Méditerranée, le droit à la vie se traduit par une obligation de prêter assistance aux personnes en détresse en mer.

<sup>55</sup> Article 4 de la CDF et article 3 de la CEDH : Cette interdiction est absolue dans ces deux instruments. Comme indiqué ci-dessus, la responsabilité des États membres de l'Union peut être engagée pour les actes accomplis en dehors de leurs propres territoires. Lorsque ces États coopèrent avec des pays tiers afin d'effectuer des contrôles aux frontières ou pour refouler des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, ces

à la Convention de Genève de 1951 et à son Protocole de 1967<sup>56</sup>, (iv) l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers<sup>57</sup> et (v) le principe de non-refoulement<sup>58</sup>.

En tout état de cause, on peut dire que, bien qu'un faisceau de règles de droit international protègent les migrants par voie maritime, quel que soit leur statut et leur nationalité, la réalité révèle que le respect des droits de ces personnes est très loin d'être optimal. C'est sur la base de ce constat que, en juin 2012, le groupe de travail de l'ONU sur le trafic de migrants a requis que, même dans le cadre de la lutte contre le trafic de migrants par mer, les États parties devraient accorder une attention particulière à la vie et à la sécurité des migrants objet d'un trafic par mer, et accorder la priorité à la protection de leur vie et de leur sécurité en cas de détection d'un navire utilisé à de pareilles fins<sup>59</sup>.

Il conviendrait que l'Afrique prêle une attention particulière à cet état de choses et accorde une plus grande attention aux droits des migrants en mer. L'organisation continentale pourrait envisager de mettre en place une approche globale, en partenariat avec l'Union européenne, pour faire face à la crise de la migration en mer et chercher une meilleure protection des droits des migrants : une telle approche pourrait contrebalancer les accords bilatéraux qui ne prennent pas toujours la mesure de la nécessité de la préservation de ces droits.

---

articles comportent l'obligation d'appliquer des mesures coercitives aux procédures d'éloignement, dans le respect du droit à la dignité et à la protection des individus risquant d'être persécutés dans leur pays d'origine ou le pays de transit.

<sup>56</sup> Article 18 de la CDF, la CEDH ne prévoyant pas le droit à l'asile car à l'époque où elle a été rédigée, la Convention de Genève de 1951 était réputée couvrir l'ensemble des droits des réfugiés.

<sup>57</sup> Article 19(1) de la CDF et article 4 du Protocole n° 4 de la CEDH, voir également l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* susmentionnée.

<sup>58</sup> Article 19(2) de la CDF en vertu duquel « [n]ul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État 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 ». Pour l'analyse de ces textes, voir Lescaudron, M, *op. cit.* (note 8).

<sup>59</sup> Rapport de la réunion du Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants, tenue à Vienne du 30 mai au 1 juin 2012, CTOC /COP /WG.7/2012/6.

## BIBLIOGRAPHIE

### Livres et chapitres de livres

- Baldaccini, A. 'Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea' (2010) in: Ryan, B. & Mitsilegas, V, (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Brill Nijhoff
- Barnes, R. 'The International Law of the Sea and Migration Control' (2010), in: Ryan, B. and Mitsilegas, V. (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Brill Nijhoff
- Basilien-Gainche, M-L. 'Leave and Let Die: The EU Banopticon Approach to Migrants at Sea' (2017), in: Moreno-Lax, V. and Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Bastide-Burdeau, G. 'Migrations clandestines et droit de la mer' (2003), in : *La mer et son droit—Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Queneudec*, Pedone
- Chiara Locchi, M. 'The Mediterranean Sea as a European Border: Trans-Mediterranean Migration, Forced Return and Violation of Fundamental Rights' (2014), in: Vallet, E, (ed.), *Borders, Fences and Walls*, Ashgate
- Coppens, J. 'Interception of Migrant Boats at Sea' (2017), in: Moreno-Lax, V. and Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Daillier, P. 'Migrations et droit de la mer—Menace(s) en Méditerranée' (2016), in : Doumbé-Billé, S. & Thouvenin, J. (coordonnées par), *Ombres et lumières du droit international : Mélanges en l'honneur du Professeur Habid Slim*, Paris, Pedone
- D'Orsi, C. Carciotto, S. & Johnson, R. 'Into Africa: "Boat People" in Sub-Saharan Africa' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Fernandez, M. 'The EU External Borders Policy and Frontex-Coordinated Operations at Sea: Who is in Charge? Reflections on Responsibility for Wrongful Acts' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Gauci, J. and Mallia, P. 'The Migrant Smuggling Protocol and the Need for a Multi-faceted Approach: Inter-sectionality and Multi-



- actor Cooperation' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Leiden, Brill Nijhoff.
- Giuffré, M. 'Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Ineli-Ciger, M. 'An Examination of the Comprehensive Plan of Action as a Response to Mass Influx of "Boat People": Lessons Learnt for a Comprehensive Approach to Migration by Sea' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Klug, A. & Howe, T. 'The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures' (2010), in: Ryan, B. & Mitsilegas, V. (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Brill Nijhoff
- Klug, A. 'Conclusion: Closing Remarks: The Present and Future of 'Boat Refugees' and Migrants at Sea' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Kneebone, S. 'Controlling Migration by Sea: The Australian Case' (2010), in: Ryan, B. & Mitsilegas, V. (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Brill Nijhoff
- Komp, L. 'The Duty to Assist Persons in Distress: An Alternative Source of Protection against the Return of Migrants and Asylum Seekers to the High Seas?' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Last, T. 'Who is the 'Boat Migrant'? Challenging the Anonymity of Death by Border-Sea' (2017), in: Moreno-Lax, V. and Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Obokata, T. 'The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air' (2010), in: Ryan, B. and Mitsilegas, V. (eds.),



*Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Brill Nijhoff

- Obokata, T. 'Boat Migrants as the Victims of Human Trafficking: Exploring Key Obligations through a Human Rights Based Approach' (2017), in: Moreno-Lax, V. & Papastavridis, E. (ed.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive approach: Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff
- Ryan, B. 'Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?' (2010), in: Ryan, B. & Mitsilegas, V. (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Brill Nijhoff

### Articles de journaux

- Attard, F., 'Is the Smuggling Protocol a Viable Solution to the Contemporary Problem of Human Smuggling on the High Seas?' (2016) 47 *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1–20
- Barnes, R. 'Refugee Law at Sea' (2004) 53 *International & Comparative Law Quarterly* 47–78
- Blake, V. 'Mass African Migration into Europe: Human Rights and State Obligations' (2010) 32 *Journal of Public Law and Policy* 135–178.
- Borelli, S. & Stanford, B. 'Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights' (2014) 10 *Review of International Law and Politics*, 29–70.
- Coppens, J. & Somers, E. 'Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea' (2010) 25 *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 377–403.
- Coppens, J. 'The Lampedusa Disaster: How to Prevent Further Loss of Life at Sea?' (2013) 7:4 *The International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, December 2013, 589–59.
- di Filippo, M. 'Irregular Migration Across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of the Life at Sea' (2013), 1 *Paix et sécurité internationales—Revue maroco-espagnole de droit international et relations internationales*, 53–74.
- 'Expert Meeting on Refugees and Asylum-Seekers in Distress at Sea—How Best to Respond', Djibouti, 8–10 November 2011, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24, 2012, pp. 485–497
- Fischer-Lescano, A. Lohr, T. & Todhidipur, T. 'Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and

- Refugee Law' (2009) 21 *International Journal of Refugee Law*, 256–296.
- Frelick, B., Kysel, I. & Podkul, J. 'The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants' (2016) 4 *Journal on Migration and Human Security*, 190–220.
- Frontex: Human Rights Responsibilities (2013) 25 *International Journal of Refugee Law*, 407–434.
- Kilpatrick, Rand Smith, A. 'The International Legal Obligation to Rescue during Mass Migration at Sea: Navigating the Sovereign and Commercial Dimensions of a Mediterranean Crisis' (2015) 28 *U.S.F. Maritime Law Journal*, 141–194.
- Kim, S. 'International Law and Practice—Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context' (2017), 30 *Leiden Journal of International Law*, 49–70.
- Kirchner, S. Geler-Noch, K. & Frese, V. 'Coastal State Obligations in the Context of Refugees at Sea under the European Convention on Human Rights' (2015), 20 *Ocean and Coastal Law Journal*, 57–82.
- Markard, N. 'The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries' (2016) 27 *The European Journal of International Law*, 591–616.
- Miltner, B. 'The Mediterranean Migration Crisis: A Clash of the Titans' Obligations' (2015), 22 *Brown Journal of World Affairs*, 213–238.
- Moreno-Lax, V. 'Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control' (2012), 12 *Human Rights Law Review*, 574–598.
- Neri, K. 'Le droit International face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer' (2014), 26 *Revue québécoise de droit international*, 123–154.
- Noussia, K. 'The Recue of Migrants and Refugees at Sea: Legal Rights and Obligations' (2017), 31 *Ocean Yearbook*, 155–170.
- O'Brien, S. 'Refugees on the High Seas: International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem' (2011), 3 *Goettingen Journal of International Law*, 715–732.
- Papastavridis, E. 'Fortress Europe and FRONTEX: Within or without International Law' (2010), 79 *Nordic Journal of International Law*, pp. 75–111.
- Pugash, J. 'The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge' (1977), 18 *Harvard International Law Journal*, 577–604.
- Ratcovich, M. 'The Concept of Place of Safety: Yet Another Self-Contained Maritime Rule or a Sustainable Solution to the Ever-Controversial

- Question of Where to Disembark Migrants Rescued at Sea” (2015) 33 *Australian Yearbook of International Law*, 81–130.
- Testa, D. ‘Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: A Consequential Approach to the Disembarkation of Persons Rescued at Sea’ (2014), 28 *Ocean Yearbook*, 555–610.
- Trevisanut, S. ‘Recognizing the Right to be Rescued at Sea’ (2017), 31 *Ocean Yearbook*, 139–154.
- Wauters, E. & Cogolati, S. *Crossing the Mediterranean Sea: EU Migration Policies and Human Rights*, Leuven Centre for Global Governance, Working Paper No. 180—November 2016, 20 pages.
- Wilson, B. ‘Human Rights and Maritime Law Enforcement’ (2016), 52 *Stanford Journal of International Law*, 243–320.

### Sources en ligne

- Appréhension conventionnelle inédite de la pratique d’interception et de refoulement des groupes de réfugiés en haute mer’, publié le 29 février 2012, disponible à : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/02/29/interception-et-refoulement-des-migrants-en-haute-mer-la-mediterranee-nest-pas-une-zone-de-non-droits-cedh-g-c-23-fevrier-2012-hirsi-jamaa-et-autres-c-italie>
- Bandone, A. (responsable de la publication), *Les migrants en Méditerranée: la protection des droits de l’homme*, Parlement européen—Direction générale des politiques extérieures—Département thématique, 2015, disponible à : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO\\_STU\(2015\)535005\\_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU(2015)535005_FR.pdf)
- Barsalou, O. ‘L’interception des réfugiés en mer: un régime juridique aux confins de la normativité’ (2008), 12 *Lex Electronica*, 1–25, disponible à : [http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/12-3\\_barsalou.pdf](http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/12-3_barsalou.pdf)
- Basilien-Gainche, M. ‘Les boat people de l’Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ?’ (2016) 9 *La Revue des droits de l’homme*, 1–39. Disponible à : <http://revdh.revues.org/1838>
- Gellet, E. *La lutte contre l’immigration clandestine par voie maritime: une nécessaire coopération entre terre et mer* (mai 2013), 8/13 *Cargo Marine*, disponible à : [http://cesm.marine.defense.gouv.fr/images/Cargo/2013/CARGO2013-8\\_lutte-immigration-clandestine.pdf](http://cesm.marine.defense.gouv.fr/images/Cargo/2013/CARGO2013-8_lutte-immigration-clandestine.pdf)
- Hervieu, N. ‘Interception et refoulement des migrants en haute mer : la Méditerranée n’est pas une zone de non droit(s) (CEDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*)

Human Rights Watch, 'UE: Déléguer à la Libye la responsabilité des sauvetages en mer met des vies en danger—L'Italie devrait assumer la direction d'opérations de secours sûres', 19 juin 2017, disponible à : <https://www.hrw.org/fr/news/2017/06/19/ue-deleguer-la-libye-la-responsabilite-des-sauvetages-en-mer-met-des-vies-en-danger>

Lescaudron, M. *Droit des réfugiés, droit des migrants, droit maritime : contraintes légales et cadre juridique du sauvetage des personnes en péril en Mer Méditerranée, le cas de SOS Méditerranée*, Prospective Coopération—Laboratoire d'idées, 2016, disponible à : <http://www.prospectivecooperation.org/wpcontent/uploads/2017/10/EtudeDroitSOSM%C3%A9diterran%C3%A9e-ProspectiveWEB-1.pdf>

Marcq, J. 'Histoire du sauvetage en mer' 2015, disponible à : <http://www.arbitrage-maritime.org/fr/Gazette/G34complement/sauvetage.pdf>

Martin, M. *Le contrôle des frontières, une priorité sur la vie humaine : violations des droits des migrants et des réfugiés en mer*, Réseau euro-méditerranéen des Droits de l'homme, Copenhague, juin 2014, disponible à : <http://euromedrights.org/wp-content/uploads/2014/06/Policy-brief-FR-FINAL.pdf>

OMI et UNHCR, *Sauvetage en mer—Guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et aux réfugiés*, 12 pages, disponible à : <http://www.unhcr.org/fr/4ad2f0b75.html>

Organisation maritime internationale, UNHCR et International Chamber of Shipping, *Sauvetage en mer—Guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux réfugiés et aux migrants*, janvier 2015, disponible à : <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/RescueatSeaGuideFRANCAIS.pdf>

Tephany, Y. 'Sauvetage et migration maritime', *Programme Human Sea—Rendre la mer humaine*, disponible à : <http://humanseahypotheses.org/369>

UNHCR, Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea, 18 March 2002, disponible à : <http://www.unhcr.org/3e5f35e94.pdf>

### **Reunions, ateliers et conférences**

Rios Rodriguez, J. 'Tension between Sovereignty and Human Rights in International Migration' pp. 538–547

# Le contentieux des réfugiés devant les juridictions nationales

## *Actions filed by refugees in national courts*

PR. EDITH EMMANUELLE ADOUKI\*

### **RÉSUMÉ**

*Quels sont les recours dont disposent les réfugiés devant les juridictions nationales? La réponse à cette problématique est liée à la singularité du statut des réfugiés qui sont des personnes protégées par le droit international qui relèvent de la compétence territoriale d'un État autre que leur État de nationalité.*

*Le droit au recours devant les juridictions nationales qui leur est reconnu, s'exerce selon des modalités variables. En effet, le recours, de façon hétérodoxe, à des quasi-juridictions, s'accompagne, de façon orthodoxe, de la saisine éventuelle des juridictions de droit commun.*

*La pratique observée par les États africains révèle, d'une part, l'atypie des quasi-juridictions, juges du statut. D'autre part, l'on note l'accessibilité relative du juge des droits de l'homme.*

**Mots-clés** : Réfugiés; recours; juridictions nationales; contentieux; droits de l'homme

### **ABSTRACT**

*What recourse do refugees have before national courts? The response to this problem relates to the distinctive nature of the status of refugees, who are persons protected by international law and who fall under the territorial jurisdiction of a state other than their state (country) of nationality.*

*The right to recourse before national courts that is granted to them is exercised in various ways. Effectively, unorthodox recourse to quasi-courts is accompanied by the possibility of orthodox referrals to ordinary courts.*

---

\* Professeure agrégée, Faculté de droit de l'Université Marien Ngouabi, Brazzaville, Juge à la Cour constitutionnelle de la République du Congo.

*The practice observed by African states shows, on the one hand, the exceptionality of quasi-courts and status judges. On the other hand, the relative accessibility of the human rights judge can be observed.*

**Keywords:** Refugees; complaints; national courts; litigation; human rights

### Sigles et abréviations

CNAR	Comité nationale d'assistance aux réfugiés
CNCR/CNR	Commission nationale chargée des réfugiés
CNR	Commission nationale pour les réfugiés
EAS	Exploitation et abus sexuels
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et apatrides (France)
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
OUA	Organisation de l'Unité africaine
RDC	République démocratique du Congo
RDP	Revue de Droit public
UA	Union africaine
USA	États-Unis d'Amérique

## I INTRODUCTION

*Aucun Recours* <sup>1</sup> Tel est le titre d'un rapport de l'ONG Save The Children dans lequel elle soutient la sous-représentation des victimes des travailleurs humanitaires et des soldats de la paix. Transposée aux réfugiés, cette assertion nous amène, dans la présente réflexion, à nous interroger sur le droit de recours des réfugiés devant les juridictions nationales. Afin de répondre à cette problématique, la définition du réfugié s'impose au préalable.

Le réfugié est un étranger qui se trouve, du fait de persécutions diverses, sur le territoire d'un État autre que son État de nationalité. Le droit conventionnel le définit de façon restrictive et extensive.

La définition restrictive du réfugié est le fait des Nations Unies dont l'article 1er de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, modifiée par le Protocole

<sup>1</sup> Csáky, C. *Aucun recours. La sous-représentation et de la violence sexuelles subies par les enfants aux mains des travailleurs humanitaires et des soldats de paix*, 2008.

relatif au statut des réfugiés de 1967, définit le réfugié comme une personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas la nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

La définition extensive est retenue, selon certaines organisations régionales et législatives nationales, à l'article 1er de la Convention de l'OUA (Organisation de l'Unité africaine) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969, le réfugié est toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité.

La Déclaration de Carthagène du 27 novembre 1984 sur les réfugiés est adoptée dans un contexte marqué par des migrations de masse qui sont provoquées notamment par les conflits armés, la violence généralisée et les soulèvements politiques dans les États latino-américains. Elle comporte aussi une définition large du réfugié :

« [L]a définition ou le concept de réfugié dont l'application est à recommander dans la région pourrait non seulement englober les éléments de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967, mais aussi s'étend aux personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public. »

L'étirement de la notion de réfugié est particulièrement observé aux États-Unis d'Amérique (USA), au Canada, en Allemagne et aux Pays-Bas, qui octroient le statut de réfugiés aux femmes victimes de discriminations sur le genre et aux personnes victimes de persécutions liées à leur appartenance sexuelle. La France, les Pays-Bas, le Canada et les USA particulièrement considèrent que



les mutilations génitales « constituent une forme de persécution justifiant la demande du statut de réfugié ». Un auteur rapporte qu'une mère a obtenu le statut de réfugié parce qu'elle a refusé d'exciser sa fille. Et de nos jours, la doctrine s'interroge sur le statut de réfugiés environnementaux perçu comme une catégorie juridique en devenir.

Le droit au recours des réfugiés devant les juridictions nationales se fonde, en l'absence de dispositions expresses de la Convention de l'Union africaine, principalement sur la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 ainsi que sur les législations nationales.

En vertu de l'article 16 de la Convention des Nations Unies :

- « 1. Tout réfugié aura, sur le territoire des États contractants, libre et facile accès devant les tribunaux.
2. Dans l'État contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux, y compris l'assistance judiciaire et l'exemption de la caution.
3. Dans les États contractants autres que celui où il a sa résidence habituelle et en ce qui concerne les personnes visées au paragraphe 2, tout réfugié jouira du même traitement qu'un national du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. »

Ce texte assure aux réfugiés le droit *d'ester* en justice devant les juridictions des États contractants dans lesquels ils possèdent ou non leur résidence habituelle. Dans l'exercice de ce droit, il y a lieu de distinguer l'État de premier refuge de l'État de second refuge, ainsi que le rappelle la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans la communication 232/99 *John D-Ouko c. Kenya* du 06 novembre 2000. Dans cette affaire, le plaignant de nationalité kenyane se réfugie le 10 novembre 1997 en Ouganda à cause de ses opinions politiques. Après avoir été débouté du droit d'asile, il se rend en mars 1998 en République démocratique du Congo (RDC). Puis, pour des raisons de santé il retourne en Ouganda en novembre 1999. Le plaignant allègue sa détention arbitraire, au Kenya, durant 10 mois dans une cellule exigüe où il est exposé en permanence à une ampoule électrique de 250 watts. Il ajoute, par ailleurs, qu'il a été kidnappé et obligé de travailler comme informaticien pour les rebelles à Kisangani. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples constate que « le plaignant ne dispose d'aucune voie de recours interne étant donné qu'il a fui la



République démocratique du Congo parce qu'il craignait pour sa vie », alors que c'est dans cet État qu'il a obtenu le statut de réfugié.

Il convient de relever que la Convention de l'Union africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969 est silencieuse sur le droit au recours des réfugiés devant les juridictions. Cette lacune, qui n'est pas exclusive du droit de recours, s'explique par l'objectif premier de cette Convention, qui est de lutter contre les activités subversives des migrants et des réfugiés, sources de différends interétatiques. Cependant, la Convention régionale adhère pleinement à la Convention des Nations Unies sur les droits de réfugiés, considérée comme « l'instrument fondamental et universel relatif au statut des réfugiés » et qui établit « des normes communes de traitement des réfugiés ». Enfin, l'article 8 à linéa 2 de la Convention de l'Union africaine dispose qu'elle constitue « pour l'Afrique, le complément régional efficace de la Convention de 1951 des Nations Unies sur le statut des réfugiés ».

Le droit au recours, conventionnellement consacré, au bénéfice des réfugiés, est repris, de façon explicite ou implicite, par les législations nationales étudiées. Il s'agit des législations du Bénin, du Cameroun, du Congo, de la RDC, du Gabon, du Mali et au titre du droit comparé, de la France. De façon expresse, la loi n° 2005/006 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun énonce, parmi les droits et obligations des réfugiés, à l'article 9 « le droit d'ester en justice ». Toutefois, cette possibilité ne figure qu'implicitement dans les législations congolaise, malienne, gabonaise ou béninoise, dont les États ont ratifié ou incorporé les conventions onusiennes et africaines.

Les migrants et notamment les réfugiés sont, ainsi que le rappelle le Préambule de la Convention de l'Union africaine sur les réfugiés, des « êtres humains » qui « doivent jouir sans discrimination des libertés et des droits fondamentaux ». Le paragraphe 13 de la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants du 19 septembre 1966 dispose, en outre : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits, chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

L'État de droit oblige donc qu'ils puissent, notamment, bénéficier du droit à la protection juridictionnelle interne en général et, particulièrement, du droit à un recours effectif. Ce droit au recours effectif et au procès équitable devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel le réfugié se trouve est garanti aussi bien par la Constitution et les lois que par les instruments internationaux et les

autres conventions relatives aux droits de l'homme, ratifiées par les États. Il suppose que le réfugié puisse faire valoir sa cause devant une instance nationale juridictionnelle ou administrative, afin de faire cesser toute violation de ses droits et obtenir réparation. Dans ces conditions, le juge national constitue « le juge de droit commun » des réfugiés et il assure par ce biais la mise en œuvre des conventions internationales relatives aux réfugiés.

Le droit au juge des réfugiés est, à la différence des autres justiciables, marqué d'une certaine dualité inhérente à leur qualité de personne protégée par le droit international relevant de la compétence territoriale d'un État autre que son État de nationalité. Cette singularité explique l'atypie du mode de règlement des contentieux. En effet, dans les États africains, le réfugié est justiciable d'une instance particulière, généralement une quasi-juridiction, qui se prononce sur l'octroi ou la cessation de son statut. Ce mode hétérodoxe de règlement des différends s'accompagne d'un mode plus orthodoxe devant le juge des droits humains.

## II L'ACCESSIBILITÉ RELATIVE DU JUGE DES DROITS DE L'HOMME

### 1. L'atypie du juge du statut

Les réfugiés sont soumis à un statut déterminé, c'est-à-dire, à un « ensemble cohérent des règles [qui leur sont] applicables et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique » . Ce statut, qui se fonde sur les conventions internationales ratifiées par les États, est organisé par la législation nationale relative à l'entrée et au séjour des étrangers et/ou spécifique aux réfugiés. Il comporte notamment l'institutionnalisation d'un juge du statut dont l'atypie est à la fois organique (a) et fonctionnelle (b).

#### *a) L'atypie organique du juge du statut*

De façon générale, les États africains mettent en place une administration particulière chargée de la gestion des réfugiés. Celle-ci comporte en son sein un juge *sui generis*. Il s'agit, entre autres, au République du Congo, de la Commission nationale d'Assistance aux réfugiés (CNAR), au Bénin et au Mali de la Commission nationale chargée des réfugiés (CNR), et au Gabon de la Commission nationale pour les réfugiés (CNR). Ces institutions assurent, entre autres, l'octroi ou le retrait du statut de réfugié, la protection juridique et administrative des réfugiés, l'exécution de la politique nationale en matière de réfugiés, de la mobilisation de l'aide et de l'assistance en faveur des réfugiés. Elles donnent aussi leur avis préalable à

toute mesure d'expulsion ou d'extradition d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile.

Ces institutions sont très souvent rattachées ou ont des liens fonctionnels, comme c'est le cas pour la Commission nationale chargée des réfugiés (CNCR), au Mali, pour la Commission nationale pour les réfugiés (CNR) en RDC ou pour l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) au Ministère chargé de l'Intérieur et de l'Administration du Territoire, en France. Par contre, la Commission d'éligibilité au statut de réfugié et la Commission des recours des réfugiés, au Cameroun, le Comité national d'assistance aux réfugiés (CNAR), au République du Congo et la Commission nationale pour les réfugiés (CNR), au Gabon, ont des liens fonctionnels avec le Ministère chargé des Affaires étrangères. La composition de ces organes est essentiellement intergouvernementale au Bénin. Toutefois, au Cameroun, l'un des membres assure la représentation de la Commission nationale des droits humains et, au Gabon, la représentation des organisations non gouvernementales (ONG) reconnues en matière de droits de l'homme, au sein de la Sous-Commission d'éligibilité. La Commission nationale d'Assistance aux réfugiés (CNAR) est un établissement public doté de l'autonomie juridique au Bénin.

À l'instar de la République du Congo, les Commissions nationales chargées des réfugiés comprennent généralement deux guichets, c'est-à-dire deux institutions dont les attributions sont spécifiques et complémentaires et, en principe, qui ont la composition variable. Au Bénin, la Commission nationale chargée des réfugiés comprend un Comité d'éligibilité et un Comité d'assistance. C'est le Comité d'éligibilité qui reconnaît le statut de réfugié à toute personne qui le sollicite et qui examine aussi les recours. Ce dédoublement a été perçu comme l'une des lacunes de la capacité de protection du Bénin et il est à l'origine d'une réflexion en vue de la réforme de l'institution. Au Congo, c'est de façon expresse que l'article 9 de l'arrêté n° 8040 du 28 décembre 2001 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de la Commission des recours aux réfugiés affirme : « Aucun membre de la Commission d'éligibilité au statut de réfugié ne peut être choisi en qualité de membre de la Commission des recours aux réfugiés. »

Le premier guichet est un organe intergouvernemental auquel participe le Haut Commissariat aux réfugiés (HCR), chargé de se prononcer sur l'éligibilité au statut de réfugié. Il est dénommé variablement dans les États. Il s'agit, au Gabon, de la Sous-Commission d'éligibilité, de la Commission nationale pour les

réfugiés, en République démocratique du Congo et au Mali, du Comité d'éligibilité et, au Congo, de la Commission d'éligibilité au statut de réfugié. Cet organe instruit les demandes d'éligibilité au statut de réfugié sur la base du dossier présenté par le candidat, dont la comparution n'est pas systématique, et du rapport d'audition. La demande manuscrite est signée par le demandeur d'asile. Elle expose les motifs de la demande de protection en qualité de réfugié. Elle est accompagnée de toute pièce justificative de l'identité du demandeur ou qui prouve l'état ou les circonstances dont il se prévaut. Il décide de l'admission, du rejet ou, le cas échéant, du retrait du statut de réfugié. Ce sont ces décisions de rejet ou de retrait du statut de réfugié qui peuvent faire l'objet d'une contestation devant le second guichet.

Le second guichet, de composition intergouvernementale, reçoit, en effet, les recours des candidats au statut de réfugié, il est le juge du statut. Certains textes, à l'instar de l'article 16 du décret n° 03/014 du 05 août 2003 portant organisation et fonctionnement de la Commission nationale pour les réfugiés et de la Commission des recours en République démocratique du Congo affirment sa compétence exclusive en matière de règlement des contentieux. Ce texte dispose : « La Commission des Recours est seule compétente pour recevoir et examiner tout recours formulé contre une décision de la Commission Nationale pour les Réfugiés. »

À la différence de la France ou de la Suisse, qui confie le contentieux du statut de réfugié à des juridictions administratives, les États africains prennent donc l'option pour des quasi-juridictions. En France, la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme de l'asile institue la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), qui est une juridiction administrative placée sous l'autorité d'un président membre du Conseil d'État, désigné par le vice-président du Conseil d'État. En Suisse, l'ordonnance concernant la Commission Suisse de Recours en matière d'Asile du 18 décembre 1991 institue la Commission Suisse de Recours en matière d'Asile. Cette autorité judiciaire comprend des juges et rend des décisions de manière indépendante.

Le juge du statut, dans les États africains étudiés, est donc un organe hybride qui comprend, d'une part, les représentants des différents ministères régaliens et d'autre part, un représentant du Haut Commissariat aux réfugiés. Parmi ces ministères figurent notamment : le Ministère de l'Intérieur, le Ministère des Affaires étrangères et de la Coopération, le Ministère de la Défense nationale, le Ministère de la Justice et des droits humains ainsi

que les représentants de la police et des services de sécurité. Cette quasi-juridiction exerce son office conformément à une procédure originale, qui ne présente pas toutes les garanties procédurales lors de la détermination.

*(b) L'atypie fonctionnelle*

L'atypie fonctionnelle du juge du statut s'apprécie au regard de trois éléments, à savoir le caractère contradictoire de la procédure, le caractère définitif de la décision du juge du statut ainsi que sa matérialisation par un arrêté du Ministre en charge des Affaires étrangères ou de l'Intérieur.

Premièrement, les commissions des recours, juges du statut du réfugié en Afrique francophone, n'exercent leur juridiction que si, d'une part, une décision ou un avis a été rendu par l'organe de gestion des réfugiés, que nous avons dénommé premier guichet, et si d'autre part, cette décision ou cet avis est contesté.

L'article 2 de l'arrêté n° 8040 du 28 décembre 2001 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de la Commission des recours des réfugiés dispose : « La Commission des recours des réfugiés est chargée, notamment de :

- examiner tout recours formé contre une décision ou un avis pris par la Commission d'éligibilité au statut de réfugié ;
- statuer en dernier ressort sur toute décision ou tout avis de la Commission d'éligibilité au statut de réfugié ;
- statuer en dernier ressort sur les décisions prises par la Commission d'éligibilité au statut de réfugié pour l'expulsion ou l'extradition d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile. »

La juridiction de ces organes s'exerce sur les décisions relatives à l'obtention, à la cessation ou au retrait du statut de réfugié qui font l'objet d'une contestation.

La saisine des commissions de recours répond à un certain formalisme. Elle se fait au moyen d'un écrit dans lequel le candidat au statut de réfugié ou le réfugié développe les moyens qui fondent ses allégations et auquel il joint la décision de la Commission d'éligibilité. Le recours ne peut être actionné que dans un délai maximal de 15 jours, au Gabon, de 30 jours au Congo, ou de 90 jours en RDC, à compter de la notification par le Secrétaire exécutif de la Commission d'éligibilité de la décision querellée. De caractère suspensif, le recours suspend toute mesure d'expulsion du territoire national.

Deuxièmement, la comparution du requérant devant l'organe chargé des recours n'est pas exigée dans tous les États. Elle est obligatoire en RDC, cependant elle est facultative au Cameroun et au Gabon. Cette procédure est gratuite mais il s'agit d'une gratuité relative, car le requérant qui souhaite disposer de l'aide d'un Conseil de son choix ne peut le faire qu'à ses frais. En RDC, l'article 23 du décret n° 03/014 du 05 août 2003 portant organisation et fonctionnement de la CNR et de la Commission des recours dispose : « La comparution du requérant est obligatoire devant la Commission des recours. Il peut se faire assister d'un Conseil de son choix et à ses frais, ainsi que d'un interprète. » Ce qui s'avère quasiment impossible pour des personnes qui se trouvent dans une vulnérabilité extrême.

Troisièmement, l'organe chargé des recours, après instruction, statue en dernier ressort. Il rend une décision motivée de caractère définitif. Au Gabon, exceptionnellement, une demande de protection rejetée par la CNR peut être soumise au HCR, lorsque le demandeur estime malgré tout qu'il remplit les critères d'éligibilité au statut de réfugié. Le HCR l'examine alors conformément à son mandat. En République du Congo et en RDC, ces décisions sont ensuite matérialisées sous la forme de projet d'arrêtés par le Secrétaire exécutif, soumis à la signature du Ministre des Affaires étrangères, du Président du Commission nationale d'Assistance aux réfugiés ou du Ministre de l'Intérieur.

Le réfugié ou la personne déplacée sont des êtres humains qui détiennent des droits inhérents à leur qualité d'individus. Aussi, l'ordre juridique de référence leur donne la possibilité, en cas de violation de leurs droits humains, de saisir les juridictions nationales de droit commun.

### **III L'ACCESSIBILITÉ RELATIVE DU JUGE DES DROITS DE L'HOMME**

Les réfugiés sont tenus de se conformer, à l'instar des nationaux, aux lois et règlements en vigueur dans l'État qui leur offre l'asile. Ces dispositions, couplées avec les instruments internationaux, leur reconnaissent aussi la protection de leurs droits humains et un droit de recours susceptible d'être exercé devant le juge territorial (1) ou devant le juge ex-territorial (2) qui dans les faits s'avère, selon les circonstances, inaccessible ou accessible.

#### **1. Le contentieux devant le juge territorial**

Le réfugié est soumis à une *lex specialis* constituée à la fois de normes de droit international et de droit interne. Relevant de la juridiction

d'un État, il bénéficie de la protection que l'ordre juridique offre à tous les individus, qu'ils soient nationaux ou étrangers, notamment le droit d'accéder aux juridictions nationales. L'article 9 de la loi n° 2005/006 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun reconnaît notamment « à tous les réfugiés régulièrement installés au Cameroun et dans la limite des droits accordés aux nationaux » : la non-discrimination, le droit de pratiquer sa religion librement, le droit à la propriété, la liberté d'association, le droit d'ester en justice, le droit au travail, le droit à l'éducation, le droit au logement et le droit à la naturalisation. Dans la même veine, l'article 10 à l'alinéa 2 de la loi n° 5/98 du 5 mars 1998 portant statut des réfugiés en République gabonaise énonce :

« Il bénéficie du même traitement que les nationaux en ce qui concerne l'accès à l'éducation, les droits d'inscription scolaire et universitaire, les frais des centres des œuvres universitaires ainsi que des avantages sociaux liés à l'exercice d'une activité professionnelle salariée ou non. »

Cette exigence, conforme à l'État de droit, se fonde sur l'égalité en droit et en dignité des êtres humains, affirmée par la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Déclaration de New York sur les migrants et les réfugiés. L'article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce en effet : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. » En outre, l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme a précisé :

« Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. »

Il en découle, selon l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi. »

Le droit au recours des réfugiés, proclamé par l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur les réfugiés suscitée, s'exerce devant les juridictions de droit commun, qu'elles soient administratives

ou judiciaires (juridictions pénales ou commerciales). Toutefois, si ces recours ne soulèvent aucune controverse, la question s'est posée de savoir si, en vertu de la garantie juridictionnelle des droits de l'homme, les juridictions constitutionnelles ne pouvaient-elles pas aussi être compétentes pour les questions relatives aux droits des réfugiés. Le fondement d'une telle compétence se trouverait dans l'appartenance des conventions pertinentes au bloc de constitutionnalité. Dans la décision DCC-14-154 du 19 août 2014, Jules-César Bofoka-Litshongo, la Cour constitutionnelle du Bénin, qui est l'une des rares juridictions invitée à se prononcer sur cette question, apporte une réponse à cette interrogation. Elle est saisie de la requête d'un réfugié politique de la RDC qui sollicite l'annulation de la décision administrative du Ministère chargé de l'Intérieur portant cessation de sa protection internationale en qualité de réfugié. En réponse, la Cour constitutionnelle déclare son incompétence. Elle constate, en effet, que la demande

« tend, en réalité, à faire apprécier par la Cour les conditions d'application des dispositions de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, que l'appréciation d'une telle demande n'entre pas dans le champ de compétence de la Cour tel que défini par les articles 114 et 117 de la Constitution. »

Elle refuse par conséquent d'opérer le contrôle de constitutionnalité.

Le réfugié bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux et du droit au procès équitable, ainsi que cela ressort notamment de l'article 33 de la loi n° 021/2002 du 16 octobre 2002 portant statut des réfugiés en RDC : « Le réfugié reconnu par la République démocratique du Congo jouit du même traitement que les nationaux en ce qui concerne l'accès aux cours et tribunaux. »

Mais dans la pratique, l'accès des réfugiés au juge n'est pas toujours effectif. Au Bénin, certains réfugiés se sont plaints de discriminations qui n'ont pas été établies formellement. Aux difficultés financières et à la détresse des réfugiés s'ajoutent aussi, parfois, l'éloignement des juridictions et les difficultés matérielles d'accès à la justice. Afin d'y pallier certains États, notamment le Kenya, l'Ouganda et dans une moindre mesure le Bénin, n'hésitent pas à recourir à des succédanés de modes de règlement des différends, qui présentent le principal avantage de rapprocher la justice des justiciables, mais qui comportent aussi bon nombre d'inconvénients.

Dans les années 90, le Kenya s'est trouvé submergé de réfugiés somaliens et éthiopiens et s'est trouvé dans l'obligation d'ouvrir



camps. En 2001, malgré le retour de nombreux réfugiés, deux camps subsistent, il s'agit de Kakuma et de Dadaad. Choisisant un mode d'administration de la justice à moindre coût, le HCR va favoriser un modèle de justice coutumière basée sur les traditions d'origine des réfugiés, mais qui va occasionner de nombreuses violations des droits humains. En effet, les tribunaux Kinka et Nuer, présidés par cinq anciens, connaissent des problèmes de divorce, de grossesse hors mariage, d'adultère ou de dot, tandis que le contentieux criminel continue de relever de la compétence des juridictions du Kenya. Les décisions de ces tribunaux traditionnels sont contestées devant une 'Cour d'Appel' composée de trois sages. Or, les personnes condamnées subissent des sévices corporels (coups de fouet aux femmes adultères) ou sont détenues dans des prisons de fortune. Ce qui témoigne des limites de cette approche.

Un observateur fustige ce système, qui « revient à exempter les réfugiés des procédures de la justice du pays d'accueil » en ces termes : « Un tel appareil judiciaire donne lieu à des nombreux excès : disproportion des punitions, recours à des sanctions corporelles, discrimination à l'encontre des faibles, abus de pouvoir, corruption de juges eux-mêmes dépendants de l'aide internationale. »

En Ouganda, après l'expérience menée au Kenya en collaboration avec le Refugee Law Project, le HCR, le Conseil ougandais pour les droits de l'homme et le gouvernement mettent en œuvre le projet pilote Nakivale de tribunaux mobiles. Ce projet vise à assurer une justice plus rapide ainsi qu'une aide juridique aux 68 000 réfugiés de ce camp. Ces tribunaux mobiles siègent trois sessions par an, d'une durée de 15 à 30 jours, et ils sont présidés par un magistrat professionnel. Ils connaissent de matières civiles et pénales.

Au Bénin, un observateur rapporte le recours isolé à « un système *ad hoc* de résolution non officielle des conflits » à Kpomassé. Les différends sont soumis à des 'leaders' du camp, généralement des femmes qui représentent les diverses communautés. Elles procèdent à un règlement à l'amiable du litige. Mais dans l'ensemble, les réfugiés recourent plutôt au système judiciaire normal.

La protection des droits de l'homme des réfugiés ne relève pas exclusivement de la compétence du juge territorial. Le juge ex-territorial, c'est-à-dire hors de l'État de refuge, peut aussi exercer son office.

## **2. Le contentieux devant le juge ex-territorial**

Le principe de territorialité gouverne la compétence des juridictions nationales qui assurent la garantie effective des droits de l'homme des

individus relevant de l'ordre juridique de référence. Toutefois, leur compétence n'est pas exclusive, car d'autres juridictions nationales ou internationales devant détenir une compétence à l'égard des faits survenus dans un État et qui impliquent des réfugiés ou des personnes déplacées. L'examen de ce contentieux permet de relever une césure entre, d'une part, le juge ex-territorial dont la juridiction est effective et d'autre part, le juge ex-territorial dont la juridiction est ineffective.

En premier lieu, l'effectivité caractérise le juge ex-territorial international et plus précisément la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, qui exerce une juridiction complémentaire aux juridictions nationales et qui fonctionne comme une juridiction d'appel. D'abord, la compétence subsidiaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples se fonde sur l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui dispose :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : a) Le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur. »

La Commission ne peut statuer qu'après l'observation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Ensuite, une fois cette exigence remplie, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples se prononce sur les questions de fond, relatives à l'identification, au traitement des réfugiés ou déplacés et au renforcement ou à la cessation du statut de réfugié.

Premièrement, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est l'une des conditions préalables de recevabilité fixée par l'article 50 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui énonce :

« La Commission ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assurée que tous les recours internes, s'ils existent, ont été épuisés, à moins qu'il ne soit manifeste pour la Commission que la procédure de ces recours se prolonge de façon anormale. »

Cette disposition est complétée par l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui énumère sept 7 conditions

de recevabilité, à savoir : 1) l'identité de l'auteur de la communication, 2) la compatibilité avec la Charte de l'Union africaine et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 3) l'absence de termes outrageants ou insultants à l'égard de l'État mis en cause, de ses institutions ou de l'Union africaine, 4) ne pas se limiter à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par les moyens de communication de masse, 5) être postérieure à l'épuisement des moyens de recours, 6) être introduites dans un délai raisonnable et 7) ne pas concerner des cas déjà réglés. Cette exigence se justifie par le fait que, ainsi que le déclare la Commission africaine des droits de l'homme dans les communications 54/91-61/91-98/93-164/197-210/98 du 11 mai 2000, elle n'est « pas un tribunal de première instance ». Elle permet à l'État mis en cause d'être informé des violations des droits de l'homme dont il est accusé afin d'avoir l'opportunité de pouvoir les redresser et sauver sa réputation, qui serait inévitablement ternie s'il était appelé devant une instance internationale » .

Par conséquent, en l'absence d'épuisement des voies de recours internes, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples prononce l'irrecevabilité de la plainte. Cette interprétation apparaît notamment dans la Communication 162/97 *Mouvement des réfugiés mauritaniens au Sénégal c. Sénégal* d'octobre 1996. Dans cette affaire, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est saisie par des réfugiés mauritaniens qui se plaignent de violations causées par les forces de sécurité sénégalaises. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples déclare la requête irrecevable au motif qu'il n'existe pas d'indication, par le requérant, de l'épuisement des voies de recours internes. Par contre, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples n'hésite pas à constater la violation par le Rwanda de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par tout État qui n'offre pas aux réfugiés la possibilité de faire valoir leur cause devant les juridictions nationales.

Dans la Communication 27/89-46/91-49/91-99/93 *Organisation mondiale contre la torture, Association internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'homme c. Rwanda* du 31 octobre 1996, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples déclare qu'en expulsant massivement des réfugiés burundais au motif qu'ils mèneraient des activités subversives, sans leur donner la possibilité d'être entendus par les instances

juridictionnelles nationales compétentes, le Rwanda a méconnu le droit d'ester en justice des réfugiés.

Mais l'épuisement des voies de recours n'est pas une règle absolue. Cette exigence n'est pas requise lorsque les recours sont impossibles, irréalisables ou prolongés. Dans la Communication 279/03–296/05 *Sudan Human Rights Organisation et Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Soudan* du 27 mai 2009, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est saisie par des organisations non gouvernementales (ONG) qui dénoncent la violation des droits de l'homme au Darfour. Elle constate que dans le contexte de violence qui prévalait et est caractérisé par l'incendie des maisons, les bombardements et les déplacements forcés, les recours sont impossibles. Elle ajoute que « dans ces conditions, ce serait une insulte au bon sens et à la justice de s'attendre à ce que les victimes puissent déposer leurs plaintes auprès des tribunaux de l'État défendeur<sup>2</sup> ». Ce litige est intéressant dans la mesure où la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples confirme de façon implicite le lien qui existe entre différentes *lex specialis*, à savoir le droit des droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit des personnes déplacées. Ce lien, reconnu par la suite, expressément par le paragraphe 66 de la Déclaration de New York de 2016 sur les migrants et les réfugiés, avait déjà été établi de façon explicite entre le droit de l'homme et le droit des réfugiés, dans la Communication 249/02 *Institute for Human Rights and Development in Africa* du 07 décembre 2004. Elle déclare en effet : « les violations massives des droits humains des réfugiés ... constituent une violation flagrante des dispositions de la Charte africaine<sup>3</sup> ». En effet, le paragraphe 66 de la Déclaration de New York sur les migrants et les réfugiés précise que le cadre juridique qui permet de renforcer la protection des migrants et des réfugiés est constitué du droit international des réfugiés, du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

De même, dans la Communication 249/02 *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Sierra Leone refugees in Guinea) c. Guinea* du 7 décembre 2004 suscitée, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples examine les violences subies par les réfugiés sierra-léonais en Guinée et contraints au retour forcée en Sierra Léone. Elle déclare que « l'épuisement des voies de recours internes nécessiterait que les victimes sierra-léonais

<sup>2</sup> Voir para 182 de la communication 279/03—296/05.

<sup>3</sup> Para 69 de la Communication 249/02 *Institute for Human Rights and Development in Africa* du 07 décembre 2004.

retournent en Guinée, pays où elles ont souffert de la persécution, situation qui est à la fois irréalisable et imprudente<sup>4</sup> ». Elle poursuit :

« L'on ne saurait demander aux réfugiés sierra-léonais qui ont été obligés de fuir la Guinée après avoir soufferts du harcèlement, de l'expulsion, du pillage, de l'extorsion, d'arrestations arbitraires, de détention injustifiée et qui ont été battus et violés de retourner dans le pays même où ils ont subi la persécution. En conséquence, la condition d'épuisement des voies de recours internes est irréalisable<sup>5</sup> ».

Deuxièmement, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples se prononce sur le droit substantiel des réfugiés, notamment sur le lien entre la nationalité et le statut de réfugié, les droits de l'homme des réfugiés et des déplacés, le refoulement, la cessation du statut, le droit au retour et les conditions du retour.

Primo, dans la Communication 318/06 *Open Society Justice Initiative c. Côte d'Ivoire*, décision sur le fond du 27 mai 2016, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est saisie de la plainte d'une ONG qui conteste la politique d'ivoirité du Président Konan Bédié, qui a pour conséquence d'expulser les membres de l'ethnie Dioula de leurs propriétés et de les exclure du vote et des fonctions officielles. La Commission recommande la révision de la Constitution et la réforme de la loi sur la nationalité, qui permettront de distinguer l'ivoirien de l'étranger. En conséquence, les Dioulas qui se sont rendus à l'étranger suite aux persécutions seront considérés comme des réfugiés. Ils auront alors le droit au retour et à la protection de la loi.

Secundo, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples s'est prononcée sur le principe du non refoulement des réfugiés consacré par l'article 33 (1) de la Convention des Nations Unies de 1951 et par la Convention de l'OUA de 1969. Dans la Communication 235/00 *Curtis Francis Doebbler c. Soudan* du 25 novembre 2009, la Commission examine la décision de cessation du statut de réfugié pour les réfugiés éthiopiens au Soudan. Elle est saisie de la contestation de leur rapatriement par le requérant, qui allègue représenter 14 000 réfugiés éthiopiens. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans cette communication se prononce sur « la clause sur les circonstances

---

<sup>4</sup> Para 30 de la Communication 249/02 *Institute for Human Rights and Development in Africa* du 07 décembre 2004.

<sup>5</sup> Para 31 Ibidem.

ayant cessé d'exister » et sur le principe de non-refoulement. Elle précise que le changement de circonstances qui prévalait dans le pays d'origine constitue « l'une des conditions mettant un terme au statut de réfugié et donc de la protection dont jouissait jusque-là un réfugié pendant son asile dans un pays hôte<sup>6</sup> ». Et elle ajoute que le non-refoulement est « un principe qui revêt un caractère de plus en plus fondamental pour devenir l'une des pierres angulaires du droit international des réfugiés ». Il interdit le retour d'un individu dans un pays où il risque de subir des persécutions<sup>7</sup>. La Cour constate qu'il n'y a aucune violation de leurs droits humains et ils avaient la possibilité de contester la décision de leur rapatriement devant un organe constitué par la Commission soudanaise des recours et le Haut-Commissariat aux réfugiés, sur la base de l'accord tripartite conclu avec l'Éthiopie. En outre, ils pouvaient aussi saisir les juridictions administratives, ce qu'ils n'ont pas fait.

Tertio, la Commission a l'occasion de se prononcer sur les conditions du retour des personnes déplacées<sup>8</sup> et des réfugiés. Elle déclare dans la Communication 279/03–296/05 *Sudan Human Rights Organisation et Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE)* du 27 mai 2009 que :

« le retour volontaire dans une situation de déplacement forcé doit se faire dans la sûreté et la dignité ... Si les personnes déplacées ou les réfugiés ne peuvent pas regagner librement leur foyer à cause de l'insécurité ou parce que leurs habitations ont été détruites, alors leur liberté est compromise. »

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est un juge ex-territorial qui participe indéniablement à la garantie des droits des réfugiés et des personnes déplacées. Tout autre est l'appréciation que l'on peut faire du juge ex-territorial, qui peut être

---

<sup>6</sup> Para 148 de la Communication 235/00 *Curtis Francis Doebbler c. Soudan* du 25 novembre 2009.

<sup>7</sup> Para 150 de la Communication 235/00 *Curtis Francis Doebbler c. Soudan* du 25 novembre 2009.

<sup>8</sup> L'article premier de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala) du 22 octobre 2009 définit les personnes déplacées ainsi qu'il suit : « les personnes ou groupes de personnes ayant été forcées ou obligées de fuir ou de quitter leurs habitations ou leurs lieux habituels de résidence, en particulier après, ou afin d'éviter les effets des conflits armés, des situations de violence généralisée, des violations des droits de l'homme et/ou des catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme, et qui n'ont pas traversé une frontière d'État internationalement reconnue ».

le juge de l'État de nationalité des casques bleus ou des militaires dans le cadre des opérations extérieures.

En second lieu, les casques bleus et les militaires engagés dans les opérations de maintien de la paix ou dans les opérations extérieures sont justiciables des juridictions de leur État de nationalité pour des faits commis à l'étranger<sup>9</sup>. Dans ces conditions, les victimes de leurs actes ne peuvent que difficilement avoir accès à ces juridictions nationales étrangères. En outre, le personnel est rarement poursuivi ou condamné. Ce qui leur assure une certaine impunité pour des actes qui sont parfois particulièrement graves. En effet, la pratique révèle la multiplication d'atteintes et d'abus sexuels commis depuis 1992<sup>10</sup> et au Burundi, au Cambodge, au Centrafrique, en Côte d'Ivoire, en ex-Yougoslavie, en Guinée, en Haïti, au Liberia, au Mali, en RDC, en Sierra Léone au Soudan du Sud. Ils sont de façon récurrente dénoncés par les organisations non gouvernementales (ONG) de droits de l'homme ou par certains fonctionnaires internationaux<sup>11</sup>. Ceux-ci n'hésitent pas à présenter les camps dans lesquels ils se produisent comme des zones de non droit et d'insécurité<sup>12</sup>.

Après avoir observé un certain mutisme, l'ONU développe quelques initiatives qui, malheureusement, ne protègent pas suffisamment les victimes de ces violences. C'est ainsi qu'après la circulaire du Secrétaire général de l'ONU, *Dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les abus sexuels (EAS)* du 15 octobre 2003<sup>13</sup>, le Conseil de sécurité de l'ONU a adopté la Résolution 2272 (2016) du 11 mars 2016 qui porte sur la prévention et la lutte des exploitations et abus sexuels (EAS), commis par le personnel onusien<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Achour, R.B. « Les opérations de maintien de la paix », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2005, 3ème édition, I, 265-283.

<sup>10</sup> Boff, C. 1992-2016 : Les casques bleus régulièrement accusés de crimes sexuels, 01/04/2016.

<sup>11</sup> Csáky, C. *Aucun recours*.

<sup>12</sup> Voir De Champlain-Bringué, I. *Le camp de réfugiés : un espace d'(in)sécurité ? Violences sexuelles et liées au genre au sein des camps de réfugié*, Mémoire Université de Québec à Montréal, 2012.

<sup>13</sup> La circulaire du Secrétaire-général de l'ONU interdit les exploitations et les abus sexuels qu'elle définit. L'Abus sexuel est « toute atteinte sexuelle commise avec force, contrainte ou à la faveur d'un rapport inégal, la menace d'une telle atteinte constituant aussi l'abus sexuel », tandis que l'exploitation sexuelle est « le fait d'abuser ou de tenter d'abuser d'un état de vulnérabilité, d'un rapport de force inégal ou de rapports de confiance à des fins sexuelles, y compris mais non exclusivement en vue d'en tirer un avantage pécuniaire, social ou politique ». Mais, ce texte maintient, en cas d'EAS avéré, la compétence des juridictions nationales.

<sup>14</sup> Le Courtois, S. *Exploitation et abus sexuels par le personnel du maintien de la paix. Quand les Nations Unies faillissent à la tâche*, Mémoire de Maîtrise en Science Politique, Université de Québec à Montréal, 2009.



### III CONCLUSION

Il est difficile de prétendre que les réfugiés ne disposent d'aucun recours. Les recours existent bel et bien, aussi bien devant le juge du statut que devant le juge des droits de l'homme. Mais les conditions d'exercice de ce droit sont perfectibles. En perspective, quelques améliorations pourraient être apportées au système actuel afin de créer réellement les conditions d'un procès équitable<sup>15</sup>. Il s'agit de :

- la proximité des juridictions ;
- l'exercice du droit au recours devant de véritables juridictions et non des quasi-juridictions ;
- l'aide judiciaire obligatoire ;
- le recours systématique à des interprètes, en cas de besoin.

Ce n'est qu'à ces conditions que l'accès des réfugiés à la justice, retenu parmi les engagements pris par les États dans la Déclaration de New York du 19 septembre 2016, sera effectif<sup>16</sup>.

### BIBLIOGRAPHIE

#### Livres et chapitres de livres

- Achour, R.B. « Les opérations de maintien de la paix », in *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, 2005, 3ème édition
- Boff, C. 1992–2016 : Les casques bleus régulièrement accusés de crimes sexuels, 01/04/2016
- Bongo, M. « La protection internationale des réfugiés », *Assemblée parlementaire de la Francophonie, XXIIIème session*, Libreville, 3 au 6 juillet 2007, document n° 16, Rapport, 2
- Curtis Francis Doebbler c. Soudan, novembre 2009
- Csáky, C. *Aucun recours. La sous-représentation de l'exploitation et de la violence sexuelles subies par les enfants aux mains des travailleurs humanitaires et des soldats de paix* 2008. Save the Children UK
- De Champlain-Bringué, I. *Le camp de réfugiés. : un espace d'(in) sécurités ? Violences sexuelles et liées au genre au sein des camps de réfugié.*, Mémoire Université de Québec à Montréal, 2012

---

<sup>15</sup> Voir, pour la République du Congo, Coleman, L. *L'insertion des réfugiés de la République démocratique du Congo en République du Congo. Les effets latéraux de l'assistance humanitaire*, Mémoire de Master 2 Recherche en études africaines, mention Sciences politique, juin 2014.

<sup>16</sup> Dans le paragraphe 39 de la Déclaration de New York, les États s'engagent à prendre les mesures qui s'imposent pour améliorer l'intégration et l'inclusion des réfugiés et des migrants en particulier ce qui concerne l'accès à la justice et aux cours de langue.



Dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les abus sexuels (EAS)

Hennebel, L. et Tiegroudja, H. *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2016

Institute for Human Rights and Development in Africa

Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Sierra Leone refugees in Guinea) c. Guinea, décembre 2004

Jaeger, G. « Les Nations unies et les réfugiés », *RBDI* 1989–1

Kelsen, H. « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDJ*, 1928

Le Courtois, S. Exploitation et abus sexuels par le personnel du maintien de la paix. Quand les Nations Unies faillissent à la tâche, Mémoire de Maîtrise en Science Politique, Université de Québec à Montréal, 2009

Mc Keever, D. « Identification des lacunes de la capacité de protection, cas du Bénin », *HCR*, juin 2005

Mouvement des réfugiés mauritaniens au Sénégal c. Sénégal, d'octobre 1996

Mwangi Kagwanja, P. traduction de M.A. Perouse de Montclos, « le Bon Samaritain à l'épreuve de la "tradition africaine" dans les camps de réfugiés du Kenya », *Politique africaine*, 2002, n° 85

Open Society Justice Initiative c. Côte d'Ivoire

Sudan Human Rights Organisation et Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), mai 2009

Voir, pour la République du Congo, Coleman, L. L'insertion des réfugiés de la République démocratique du Congo en République du Congo. Les effets latéraux de l'assistance humanitaire, Mémoire de Master 2 Recherche en études africaines, mention Sciences politique, juin 2014

Zeghib, H. « Les réfugiés environnementaux. Une catégorie juridique en devenir », *Hommes et migrations*, 1300/2014

## **Lois et décrets**

### *Bénin*

Décret n° 97–647 du 31 décembre 1997 portant création, composition, attributions et fonctionnement de la Commission nationale chargée des réfugiés

Ordonnance n° 75–41 du 16 juillet 1975 portant statut des réfugiés

### *Cameroun*

Décret n° 2011/389 du 28 novembre 2011 portant organisation et fonctionnement des organes de gestion du statut de réfugiés au Cameroun

Loi n° 2005/006 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés au Cameroun

*Congo*

Arrêté n° 8040 du 28 décembre 2001 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de la Commission des recours des réfugiés

Arrêté n° 8041 du 28 décembre 2001 portant création, organisation, attributions et fonctionnement de la Commission d'éligibilité au statut des réfugiés

Décret n° 99-310 du 31 décembre 1999 portant création, attributions, organisation et fonctionnement du Comité national d'assistance aux réfugiés

Loi n° 23-96 du 6 juin 1996 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers, modifiée par la loi n° 29-2017 du 7 août 2017

*Gabon*

Décret n° 000646/PR/MAEFC portant attributions, organisation et fonctionnement de la Sous-Commission d'éligibilité du 19 juillet 2000

Décret n° 000648/PR/MAEFC portant attributions, organisation et fonctionnement de la Commission nationale pour les réfugiés du 19 juillet 2000

Décret n° 000647/PR/MAEFC portant attributions, organisation et fonctionnement du Bureau de Recours de la Commission Nationale pour les réfugiés du 19 juillet 2000

Loi n° 5/98 du 5 mars 1998 portant statut des réfugiés en République gabonaise

*Mali*

Décret n° 98-354/P-RM du 28 octobre 1998 portant création de la Commission nationale chargée des réfugiés du 28 octobre 1998

Loi n° 98-040 portant statut des réfugiés au Mali

*République démocratique du Congo*

Décret n° 03/014 du 05 août 2003 portant organisation et fonctionnement de la Commission nationale pour les réfugiés et de la Commission des recours

Loi n° 021/2002 du 16 octobre 2002 portant statut des réfugiés en République démocratique du Congo

**SIXTH (6TH) FORUM OF THE  
AFRICAN UNION COMMISSION ON  
INTERNATIONAL LAW**

**4 to 5 DECEMBER 2017  
MALABO, EQUATORIAL GUINEA**

**THEME: LEGAL, POLITICAL AND  
SOCIO-ECONOMIC CONSEQUENCES OF  
MIGRATION: THE SITUATION OF REFUGEES  
AND INTERNALLY DISPLACED PERSONS  
IN AFRICA**

---

**SIXIÈME FORUM DE LA COMMISSION  
DE L'UNION AFRICAINE SUR LE DROIT  
INTERNATIONAL**

**4 AU 5 DÉCEMBRE 2017  
MALABO, GUINÉE EQUATORIALE**

**THÈME: « LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES,  
POLITIQUES ET SOCIO-ÉCONOMIQUES DE  
LA MIGRATION : SITUATION DES RÉFUGIÉS  
ET DES PERSONNES DÉPLACÉES INTERNES  
EN AFRIQUE »**

---

**REPORT OF THE 6TH FORUM RAPPORTEUR  
GENERAL AMB. JULIET SEMAMBO KALEMA**

## **I ATTENDANCE**

The 6th Forum of the African Union Commission on International Law (AUCIL) was held in Malabo, Equatorial Guinea, from 4 to 5 December 2017 and was attended by eminent legal scholars, renowned professionals and dignitaries, who included ministers and diplomats. The theme of the Forum was The Legal, Political and Socio-Economic Consequences of Migration: The Situation of Refugees and Internally Displaced Persons in Africa.

## **II OPENING CEREMONY**

During the opening ceremony, the Chairperson of the Forum, Professor Daniel Makiesse Mwanawanzambi, welcomed all participants and thanked the government of Equatorial Guinea for the hospitality shown to the members of AUCIL during their Ordinary Session from 20 November to 2 December and to all the participants attending the Forum. Statements were also made by the following dignitaries:

1. Hon Busingye Johnston, Minister of Justice and Attorney General of the Republic of Rwanda;
2. Ambassador Sebastião Da Silva Isata, Chairperson of AUCIL;
3. His Excellency Zaina Nyiramata, representing the Chairperson of the AU Commission.

His Excellency Angel Masie, Vice Prime Minister in charge of Parliamentary Affairs, representing His Excellency Teodoro Obiang Nguema, President of the Republic of Equatorial Guinea, opened the Forum. In his remarks he warmly welcomed all the participants to Equatorial Guinea. He pointed out that the theme on migration and its challenges is timely as it is also at the top of the agenda of the United Nations. Migration, refugees, internally displaced persons (IDPs) and xenophobia have reached unprecedented levels, and concerted efforts for cooperation between states to address the causes of migration are essential.

He informed the participants that Equatorial Guinea had recently been elected as a non-permanent member of the Security Council and promised that the country would use this opportunity to spearhead and further Africa's position on issues placed on the Council's agenda. He wished everybody fruitful deliberations.

## **III DELIBERATIONS**

Very experienced scholars and legal professionals who had been invited as panellists delivered their presentations on chosen topics, which were followed by thought-provoking deliberations.

## **1. The Concepts of Migration, Refugees and Internally Displaced Persons and Security Dimension**

All presentations on the above topic covered a number of issues and agreed on the following. They reflected on the history of migration and agreed that it predates colonialism but has been changing in modern times and has grown to unprecedented levels. Migration trends include voluntary migrants, refugees and IDPs.

Though figures may vary slightly depending on the source, reports reveal that of 18 million displaced persons, 12.4 million are IDPs from Africa and approximately 5 million are refugees. Of the total number of migrants, one-third of them are from Africa.

It was noted that the forms of migration are either forced migration or voluntary migration. The root causes of forced migration are persecution, wars, the effects of climate change, hunger, disaster, famine, human rights violations and others; voluntary migration, on the other hand, may be caused by the search for better economic opportunities.

Unfortunately, these vulnerable migrants, refugees and IDPs in some circumstances face exploitation through being mistreated and abused, or their rights are denied. The recent revelation that migrants were being sold as slaves in Libya was one case that was noted with dismay. Calls were made to join the international community in condemning the activities and for Libya to bring the culprits to justice as this is a crime against humanity under international law.

The conclusion was that migration, whether voluntary or not, should be regulated. Where available regulations are lacking, they must be strengthened to ensure that exploitation is combated, and provision must be made for protection from illegal detention, human and drug trafficking or smuggling. The enforcement of the rights to health services, education and work, and adherence to the principle of *non-refoulement*, were all emphasised.

### *(a) Conventions*

The following Conventions that govern migration were recalled:

- UN Convention Relating to the Status of Refugees 1951;
- OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa 1969;
- UN Convention Against Transnational Organized Crime;
- Palermo Protocol (to prevent, suppress and punish trafficking in persons);
- Kampala Convention (which provides for assistance to and protection of IDPs).

The new African Union initiative to promote the free movement of persons, goods and labour, as was envisaged in the Abuja Treaty of 1991, was welcomed as a measure that could ease the problem of illegal migration on the continent. Some speakers stated that the benefits of allowing free movement of persons outweigh the fears of the spread of trafficking, smuggling, organised crime, terrorism, etc.

The Forum also reflected on the European Union (EU) laws that cover the principle of shared and common responsibility and call for sharing the load of hosting migrants and their resettlement. The negotiations on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration were also commended and the expected adoption of the African common position on the Global Compact in 2018 was urged. At the same time the Forum expressed the wish that Africa should remain committed to Silencing the Guns by 2020.

*(b) Statelessness*

The Forum addressed the problem of statelessness: it is estimated that of 10 million stateless persons, over 1 million are from Africa, according to UNHCR estimates. The figures could be higher, but it is difficult to verify them. Stateless persons have no nationality and as a result they do not exist as citizens. Consequently, they have no rights as they are denied all rights availed to nationals and they have no legal protection under the law. The following situations were described as situations that create statelessness:

- Access to nationality in legislation that requires a child to be born of a parent who is not a national;
- Nationality by marriage to a national is only passed on by a man and not by a woman;
- Renouncing a nationality before acquiring another one;
- Children not born in hospitals;
- Orphans.

*(c) Libyan statement*

In response to the Libyan situation of the sale of migrants as slaves, the representative of the Embassy of Libya accredited to the African Union made a statement that was noted by the Forum. The representative stated that Libya had expressed its rejection and denunciation of the inhumane act of selling illegal migrants; what appeared in the footage did not represent either the Libyan people nor the Libyan government, but was carried out by gangs and transnational criminal groups. Libyan authorities were carrying out an investigation, the outcome of which is awaited.

## **2. The regional protection regime**

The focus of this topic was on the legal frameworks that govern the protection of refugees and IDPs. The panellists in this session presented on three related sub-topics, which generated interesting discussions.

### *(a) The regional law of refugee protection in Africa*

This presentation was based on a publication and mainly provided the detailed history and rationale for drafting the 1969 OAU Convention, which tried to cover the gaps in the 1951 UN Convention, like the definition of a refugee. It was however explained that the two instruments are complementary in that where the OAU Convention is not specific, as in the case of a lack of a provision on the rights of refugees, we can have recourse to the UN Convention.

### *(b) The IGAD region and IDPs: Why we need laws governing internal displacement*

This presentation highlighted that the lack of national laws or policies governing IDPs in the IGAD region, with the exception of few member states, coupled with the low rate of ratification of the Kampala Convention on IDPs negatively affect their status, the protection of their rights, and state obligations. A call was made for quick action in adopting the necessary legal frameworks.

### *(c) Enhancing the protection of the rights of migrants in Africa: Strengthening and filling in the gaps in the regional protection regime*

The panellist made proposals to improve the 1969 OAU Convention, which included: expanding the definition of refugees in Africa; the establishment of a fund; compensation; and the establishment of an organisation like the UNHCR to deal with the problems of refugees in Africa. These and others would help in undertaking shared responsibility for refugees.

In general, all three presentations focused on improving existing legal frameworks governing migrants, refugees and IDPs, whether at the national, regional or international levels, as some of the existing provisions have gaps or have been overtaken by evolving situations.

### *(d) Statistics and Analysis on Population Growth in Africa*

The presenter of this topic addressed the fact that Africa's population was growing at a great speed, for which governments have not

properly planned, and this was one of the reasons for the exodus to other parts of the world. In conclusion he proposed enacting laws aimed at birth rate control, in order to effectively provide for the needs of not only nationals but also of migrants, refugees and IDPs.

The remarks generated varying reactions, some of which indicated that this was unnecessary, as large populations are good for manpower in production and industrialisation as well as for creating a critical mass for consumption.

### **3. The comparative perspective**

Under this topic different experiences of the issues of migration were shared through presentations from different parts of the world.

#### *(a) The Chinese perspective of 'One Belt One Road'*

The presenter from the Department of Treaty and Law of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China explained that the initiative is concerned with economic development and cooperation with other countries. He, however, linked it to migration by explaining that it indirectly addresses the issues that affect economic development, and which affect the lives of people who will ultimately decide not to leave their countries of origin in search of a better life if conditions improve.

#### *(b) Perspective of the United States of America*

This was presented by the Deputy Head of Mission to the AU and to Ethiopia who outlined the history of migration and migrants to America. She said that America remained the leader in dealing with migration challenges by channelling its support through the UNHCR, the ICRC and other organisations. She also said that under the current administration, the government's emphasis was on securing the US borders. She stressed the importance of Silencing the Guns in a bid to curb forced migration and commended host countries, of which Africa remains the leader.

#### *(c) The Latin American perspective on migration: A call for free movement*

The overview by Dr Hernán Salinas, Chairman of the Inter-American Juridical Committee, indicated that the situation was not very different from what had been outlined under 'concepts of migration', and the definition of refugees was much like that of Africa as a result of the Cartagena Declaration. He dwelt on the call for 'free movement' and the various Latin American legal instruments governing the rights



and protection of refugees and migrants. He explained the rich case law of the Inter-American Court of Human Rights, which has even had states appearing before it.

*(d) The perspective of the European Union*

This was presented by the Programme Manager of the EU Delegation to the African Union, who also emphasised the link between economic development and migration and called for a holistic approach to addressing migration problems. Such an approach would include solutions to the causes of forced migration, support for a joint partnership for better management of migration and refugee flows, job creation, strengthening of border security, and others. He also said that the EU supported the initiative of Silencing the Guns.

#### **4. Current trends**

*(a) Personal experience as a refugee*

In describing her experiences from the age of 12 years, the panellist noted that almost all the aspects of being a refugee haunted her into her adulthood, even though at some point in her life she returned to her country of origin. This affected not only her but also her children and grandchildren. At one point she was stateless because she was married to a non-national.

*(b) Towards a Global Compact on Refugees*

In his remarks on the topic, the UNHCR representative to the AU and to the ECA spoke about two projects:

*(i) The Comprehensive Refugee Response (CRR) framework.* Its objectives are to:

- ease pressure on hosting communities;
- respond to the needs of refugees, IDPs and nationals;
- create self-reliance;
- look at available solutions, eg sending refugees back to their country of origin after assessing whether the root causes have been addressed, or sending them to a third country for resettlement.

*(ii) Project 2019*

As the UNHCR was planning to commemorate 50 years of the 1969 Convention on Refugees and 10 years of the Kampala Convention on

IDPs in 2019, he reminded the participants and their governments to get involved in the consultations on the preparation for the event.

He stated that CRR, which is important for Africa due to its large numbers of refugees and IDPs, is also applicable to other regions and brings on board a new approach that aims at governments' inclusion of refugees in their national development plans, requires revision of legal and policy frameworks, and involves the private sector in engaging refugees in their development activities.

*(c) Women as IDPs: An African feminist perspective*

The panellist stressed that the refugee crisis and displacement have a greater impact on women because of what they experience: insecurity, poverty, gender-based violence, psychological trauma, social exclusion, health issues, reproductive health issues, early marriage, etc.

It was therefore recommended that remedies should include ensuring peaceful co-existence and good governance, as in article 1 of the UN Charter; ensuring legal protection to all, especially women; and a fair system of justice.

*(d) The unseen cost of 'hidden persons' in southern Africa: Time for their voices to be heard*

It was reported that SADC countries think that the problem of IDPs poses lesser challenges in the region and as a result they do not cater for IDPs or address the consequences. Neither does the media give the issue enough prominent coverage, either because of a lack of capacity to report or because of a fear of being persecuted by their governments if they report on political instability. In order to address this state of affairs, journalists need to have enough training, speak to IDPs or use social media, and should not depend on reports provided to them, which at times may be manipulated.

The panellist on this topic concluded by saying that the costs of and implications for IDPs in the SADC region will remain if the media does not take on its role to expose the problems.

## **5. Migrants, refugees and displaced persons in international litigation**

*(a) Litigation before courts*

The right of refugees to be heard by the courts is expressly provided for under the 1951 UN Convention but is also implied in the 1969 OAU Convention due to the complementary nature of

the two instruments. So, in accessing courts at the national level or in accessing international human rights courts, there should be no discrimination regarding the rights they are entitled to enjoy. It was noted that, unfortunately, refugees rarely have access to equitable justice in practice. The panellists therefore suggested that legal assistance should be made available to refugees and states should perhaps establish departments to deal with refugee litigation issues.

*(b) Human rights and business: Resolution of disputes and its effect on migration*

Under this topic the discussion focused on alternative dispute resolution mechanisms and how they could apply to migrants. Some of the challenges noted in the UN Forum on Business were listed and these included costs, the lack of special rules, and the absence of a non-mandatory roster of special arbitrators. The creation of an international arbitration tribunal was proposed as an alternative adjudication mechanism, especially where human rights have been incorporated into a business contract to accommodate multiple victims and for the protection of vulnerable victims to ensure safe working conditions.

## **6. Challenges and prospects**

*(a) Detention of migrants: Protection of their rights under international humanitarian law*

This presentation provided an overview of protection for migrants in detention. The panellist underscored that recourse to the general principles of law as applied to migrants means that:

- A migrant should not be put in a detention centre unless if it is believed that he or she is going to commit a crime;
- Detention should be for a limited period;
- There should be appeals available against illegal detention;
- The principle of the inviolability of human rights standards should be adhered to, ie torture and slavery are prohibited, the right to life should be upheld, migrants should be treated with dignity, etc;
- Access to legal representation is vital;
- Access to medical doctors is essential.

*(b) Legal aspects of migration by sea*

It was noted that the phenomenon of migration by sea is not new and it constitutes a peculiarity due to the precarious conditions of survival. It was said that international law governs this phenomenon

but, importantly, the law of the sea and maritime law provide for compulsory assistance, while at the same time the London Convention provides for the following:

- Any captain has an obligation to provide assistance to people in distress at sea.
- Those in distress must be allowed to disembark, though captains have experienced challenges with disembarking migrants as some states return them to the country from which they are fleeing.
- The principle of *non-refoulement* applies
  - must collaborate with coastal states in assisting persons.
  - must safeguard against illicit traffic in persons at sea.
- People may not be sent to another state where they would be exposed to cruel treatment.

The presenter proposed that Africa should sign global agreements with the EU regarding the protection of migrants at sea instead of the individual country agreements currently being negotiated, which include unfavourable terms.

#### **IV RECOMMENDATIONS**

At the end of all the deliberations, the following recommendations emerged from the Forum:

1. There is a need to seriously address the root causes that force people to leave their country of origin in search of protection or for better economic prospects.
2. There is a need to strengthen the regulations on refugees, migrants and IDPs no matter how they enter the receiving country.
3. Legal frameworks covering areas not yet covered should be drafted, for instance, an African convention on slavery.
4. Measures and policies should be put in place; in some countries all citizen rights were made available to refugees, migrants and IDPs, ie rights to education, health services, land for agriculture and shelter and job creation.
5. The implementation of at least the existing legal frameworks needs the political will of Member States.
6. There is an obligation to protect migrants and to ensure that crimes inflicted upon this vulnerable category of people are punished under international law.
7. We need to support the AU's commitment to Silencing the Guns.

8. Member States must be urged to adopt the AU common position on the Global Compact in 2018.
9. The AU should seriously consider signing global agreements with the EU that would protect migrants at sea instead of individual country arrangements which sometimes do not comprehensively cover the rights of migrants at sea.
10. We must encourage proper border management to curb illegal migration.
11. States must improve their nationality legislation so that statelessness is eliminated.

## **V CLOSING CEREMONY**

The Forum was closed by the Minister of Foreign Affairs of the Republic of Equatorial Guinea, who thanked AUCIL for deciding to have its 14th Ordinary Session and the 6th Forum in Malabo. This was a sign of confidence in the country and a way of showing the visibility of AUCIL. He congratulated the participants for having successfully achieved the objectives of the Forum.

