

2007

The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere, Adopted January 3, 2007

James C. Hathaway

University of Michigan Law School, jch@umich.edu

Follow this and additional works at: <http://repository.law.umich.edu/other>

 Part of the [Human Rights Law Commons](#), [Immigration Law Commons](#), and the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Hathaway, James C. "The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere, Adopted January 3, 2007." *Mich. J. Int'l L.* 28, no. 2 (2007): 207-21.

This Colloquium is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at University of Michigan Law School Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in Other Publications by an authorized administrator of University of Michigan Law School Scholarship Repository. For more information, please contact mlaw.repository@umich.edu.

**THE MICHIGAN GUIDELINES
ON PROTECTION ELSEWHERE**

ADOPTED JANUARY 3, 2007

**LES RECOMMANDATIONS DE MICHIGAN
SUR LA PROTECTION AILLEURS**

ADOPTÉES LE 3 JANVIER 2007

LES RECOMMANDATIONS DE MICHIGAN SUR LA PROTECTION AILLEURS

ADOPTÉES LE 3 JANVIER 2007

Les réfugiés sont de plus en plus confrontés aux lois et politiques qui stipulent que leurs besoins de protection seront considérés ou rencontrés ailleurs que sur le territoire de l'Etat où ils ont demandé ou entendent demander protection.

De telles politiques—en ce inclus “pays de premier accueil,” “tiers pays sûr” ainsi que les pratiques et règles d'examen extraterritorial—soulèvent à la fois opportunités et défis pour le droit international des réfugiés. Elles ont le potentiel de répondre à la préoccupation de la Convention de 1951 sur les réfugiés selon laquelle “il peut résulter de l'octroi du droit d'asile des charges exceptionnellement lourdes pour certains pays” en distribuant plus équitablement les responsabilités de protection parmi les Etats. Mais insister que la protection soit pourvue ailleurs peut aussi résulter dans le déni aux réfugiés de leurs droits en vertu de la Convention des réfugiés et du droit international en général. Le défi consiste à identifier les voies par lesquelles le régime de protection peut être rendu plus flexible sans pour autant compromettre les droits des réfugiés.

Nous nous sommes engagés, à cette fin, dans une étude en commun et une réflexion soutenue des fondements légaux de politiques de protection ailleurs. La recherche conduite par le Programme de recherche en droit international des réfugiés de l'Université de Melbourne a été débattue et affinée au Quatrième colloque sur les défis en droit international des réfugiés organisé en novembre 2006 par le Programme en droit d'asile et des réfugiés de l'Université de Michigan. Les présentes recommandations sont le produit de cette entreprise. Elles reflètent le consensus des participants au Colloque sur les exigences légales minimales de validité de politiques de protection ailleurs, aussi bien que nos vues sur les procédures par lesquelles les obligations légales internationales peuvent être remplies, de façon certaine, dans l'application de telles politiques.

THE MICHIGAN GUIDELINES ON PROTECTION ELSEWHERE

ADOPTED JANUARY 3, 2007

Refugees increasingly encounter laws and policies which provide that their protection needs will be considered or addressed somewhere other than in the territory of the state where they have sought, or intend to seek, protection.

Such policies—including “country of first arrival,” “safe third country,” and extraterritorial processing rules and practices—raise both opportunities and challenges for international refugee law. They have the potential to respond to the Refugee Convention’s concern “that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries” by more fairly allocating protection responsibilities among states. But insistence that protection be provided elsewhere may also result in the denial to refugees of their rights under the Refugee Convention and international law more generally. The challenge is to identify the ways in which the protection regime may be made more flexible without compromising the entitlements of refugees.

To this end, we have engaged in sustained collaborative study and reflection on the legal basis of protection elsewhere policies. Research conducted by the University of Melbourne’s Research Programme in International Refugee Law was debated and refined at the Fourth Colloquium on Challenges in International Refugee Law, convened in November 2006 by the University of Michigan’s Program in Refugee and Asylum Law. These Guidelines are the product of that endeavor. They reflect the consensus of Colloquium participants on the minimum international legal requirements for valid protection elsewhere policies, as well as our views on the procedures by which international legal obligations may reliably be fulfilled in the implementation of such policies.

QUAND IL EST PERMIS D'APPLIQUER DES POLITIQUES
DE PROTECTION AILLEURS

1. La Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ("Convention") n'interdisent ni n'autorisent expressément le recours aux politiques de protection ailleurs. En tant que telles, les politiques de protection ailleurs sont compatibles avec la Convention aussi longtemps qu'elles garantissent que les réfugiés définis à l'art. 1 jouissent des droits consacrés aux arts. 2-34 de la Convention.
2. Compte tenu du fait que la Convention n'envisage pas la dévolution des responsabilités de protection à une entité non-étatique, le partage de la responsabilité de protection doit avoir lieu entre et parmi les Etats. Bien qu'il soit préférable que l'Etat à qui la protection est assignée ("Etat d'accueil") soit partie à la Convention, un tel statut n'est pas une exigence d'application d'une politique de protection ailleurs qui respecte le droit international.
3. Le recours à une politique de protection ailleurs doit être précédé d'une évaluation empirique de bonne foi, par l'Etat qui propose d'effectuer le transfert ("Etat d'envoi"), que les réfugiés définis à l'art. 1 pourront en pratique jouir, au sein de l'Etat d'accueil, des droits garantis aux arts. 2-34 de la Convention. Les accords et assurances formels sont pertinents pour cet examen, mais ne représentent pas une base suffisante pour un transfert légal sous une politique de protection ailleurs. L'Etat d'envoi doit plutôt s'enquérir, de lui-même, de tous les faits et décisions relatifs à la disponibilité de protection dans l'Etat d'accueil.
4. A moins que l'Etat d'accueil ne reconnaisse le statut de réfugié de la personne devant être transférée ou qu'il pourra en fait assurer que tous les droits garantis aux arts. 2-34 de la Convention lui sont accordés sans qu'il ne soit besoin d'une reconnaissance de statut de réfugié, tout transfert de la responsabilité de protection doit être conditionné à un engagement de l'Etat d'accueil d'accorder à la personne transférée une opportunité légale et matérielle significative de présenter son ou sa demande de protection. L'Etat d'envoi doit, en particulier, s'assurer que l'Etat d'accueil interprète le statut de réfugié d'une manière qui respecte le sens autonome et véritable de la définition de réfugié consacrée à l'art. 1 de la Convention.

WHEN STATES MAY IMPLEMENT
PROTECTION ELSEWHERE POLICIES

1. The 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (“Convention”) neither expressly authorize nor prohibit reliance on protection elsewhere policies. As such, protection elsewhere policies are compatible with the Convention so long as they ensure that refugees defined by Art. 1 enjoy the rights set by Arts. 2–34 of the Convention.
2. Because the Convention does not contemplate the devolution of protection responsibilities to a non-state entity, any sharing-out of protection responsibility must take place between and among states. While it is preferable that the state to which protection is assigned (“receiving state”) be a party to the Convention, such status is not a requirement for implementation of a protection elsewhere policy which respects international law.
3. Reliance on a protection elsewhere policy must be preceded by a good faith empirical assessment by the state which proposes to effect the transfer (“sending state”) that refugees defined by Art. 1 will in practice enjoy the rights set by Arts. 2–34 of the Convention in the receiving state. Formal agreements and assurances are relevant to this inquiry, but do not amount to a sufficient basis for a lawful transfer under a protection elsewhere policy. A sending state must rather inform itself of all facts and decisions relevant to the availability of protection in the receiving state.
4. Unless the receiving state acknowledges the refugee status of the person to be transferred or will in fact ensure that all rights set by Arts. 2–34 of the Convention are granted to him or her without need for recognition of refugee status, every transfer of protection responsibility must be predicated on a commitment by the receiving state to afford the person transferred a meaningful legal and factual opportunity to make his or her claim to protection. The sending state must in particular satisfy itself that the receiving state interprets refugee status in a manner that respects the true and autonomous meaning of the refugee definition set by Art. 1 of the Convention.

5. En l'absence d'une preuve individualisée de risque fondé sur les raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, l'art. 32 de la Convention interdit l'expulsion d'un réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire d'un Etat vers tout autre Etat, même s'il n'y court aucun risque d'être persécuté. Un transfert de la responsabilité de protection qui respecte les exigences de droit international ne peut en conséquence intervenir qu'avant que le réfugié concerné ne soit "régulièrement" sur le territoire de l'Etat d'envoi. Une présence régulière doit être définie par l'Etat d'envoi de bonne foi et en accord avec les exigences de droit international. Quoiqu'il en soit, une présence régulière ne peut être établie plus tard qu'au moment où intervient une décision d'admissibilité de la demande de protection.

RESPECT DES DROITS DES RÉFUGIÉS

6. L'obligation de non-refoulement consacrée à l'art. 33 de la Convention représente la contrainte la plus fondamentale pour l'application d'une politique de protection ailleurs. Parce que l'obligation consiste à s'abstenir des actes qui résultent dans l'expulsion ou le retour du réfugié aux frontières d'un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée "de quelque manière que ce soit," l'art.33 interdit le refoulement indirect tel qu'il a lieu quand le réfugié est envoyé vers un Etat dans lequel il y a un risque possible de refoulement subséquent. Pour la même raison, les actions qui consistent à aider, encourager, ou assister de quelque manière un autre Etat à violer l'art. 33 sont elles-mêmes en contravention de l'obligation de non-refoulement.
7. Un Etat est en violation de l'art.33 là où une expulsion ou un retour interdit est attribuable à cet Etat en vertu du droit international. Une attribution de responsabilité s'ensuit, entre autres, là où le retour ou l'expulsion est effectué par un représentant de l'Etat, quand bien même il ou elle agit en outrepassant son autorité ou en violation des instructions ; par une personne privée ou une entité agissant sur la base des instructions ou sous la direction ou le contrôle de l'Etat ; aussi bien que par les représentants ou les organes d'un autre Etat mis à la disposition de l'Etat.

5. Absent individuated evidence of risk based on national security or public order grounds, Art. 32 of the Convention prohibits the expulsion of a lawfully present refugee to any other state, even if there is no risk of being persecuted there. A transfer of protection responsibility which respects the requirements of international law may therefore be made only before the refugee concerned is “lawfully present” in the sending state. Lawful presence must be defined by the sending state in good faith and in accordance with the requirements of international law. Lawful presence is in any event established not later than such time as a decision is reached on the admissibility of the protection claim.

RESPECT FOR REFUGEE RIGHTS

6. The most fundamental constraint on implementation of a protection elsewhere policy is the duty of *non-refoulement*, set by Art. 33 of the Convention. Because the duty is to avoid acts which result in a refugee’s expulsion or return to the frontiers of a territory where life or freedom would be threatened “in any manner whatsoever,” Art. 33 prohibits indirect *refoulement* of the kind that occurs when a refugee is sent to a state in which there is a foreseeable risk of subsequent *refoulement*. For the same reason, actions which amount to aiding, abetting, or otherwise assisting another state to breach Art. 33 are themselves in breach of the duty of *non-refoulement*.
7. A state is in violation of Art. 33 where a prohibited return or expulsion is attributable to that state under international law. An attribution of responsibility follows *inter alia* where the return or expulsion is effected by a state official, even if he or she is acting in excess of authority or in contravention of instructions; by a private person or entity acting on the instructions of, or under the direction or control of, the state; or by officials or organs of another state placed at the disposal of the state.

8. Un réfugié n'a pas simplement droit à la protection contre le refoulement mais, plus généralement, au bénéfice des droits civils et socioéconomiques consacrés aux arts. 2–34 de la Convention. En tant que tel, tout réfugié transféré doit bénéficier, au sein de l'Etat d'accueil, de tous les droits conventionnels auxquels il ou elle a droit au moment du transfert. Il ou elle doit aussi recevoir, au sein de l'Etat d'accueil, tous les droits supplémentaires tels que requis par les exigences de la Convention.
9. L'évaluation du respect de droits des réfugiés prendra en considération le fait que la plupart de ces droits ne sont ni immédiatement dûs ni absolus dans leur caractère. En particulier, les droits dûs à un réfugié augmentent comme le niveau d'attachement à l'Etat de protection augmente avec le temps. Certains droits prennent effet dès qu'un réfugié se trouve sous le contrôle ou l'autorité d'un Etat (ex. non-refoulement) ; d'autres une fois que le réfugié se trouve physiquement présent sur le territoire d'un Etat (ex. droit aux pièces d'identité) ; de droits supplémentaires sont dûs une fois qu'une présence régulière est établie (ex. professions non-salariées) ; la résidence régulière ouvre la voie à une gamme de droits plus étendue (ex. accès au logement et aux systèmes de sécurité sociale) ; et un petit nombre de droits ne sont dûs seulement que lorsqu'une résidence durable est établie (ex. dispense de réciprocité législative).
10. L'évaluation du respect de droits des réfugiés devra aussi prendre en considération le fait que la satisfaction des droits conventionnels n'est pas, dans la plupart de cas, conçus en termes absolus, mais qu'elle est plutôt définie par référence aux droits dont jouissent les autres au sein de l'Etat d'accueil. Par exemple, les réfugiés ont droit au même droit à l'enseignement primaire que les nationaux ; au même droit aux professions salariées que les ressortissants d'un pays étranger le plus favorisé ; et au même droit à la liberté de circulation dont jouissent les étrangers en général.
11. En plus de s'assurer que tout réfugié transféré vers l'Etat d'accueil pourra, en pratique, jouir de droits en accord avec les exigences des arts. 2–34 de la Convention, l'Etat d'envoi doit aussi donner effet à ses obligations en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. L'obligation de ne pas retourner qui que ce soit vers le risque de torture est un exemple clair d'une interdiction découlant hors de la Convention des réfugiés, et qui limite le recours à une politique de protection ailleurs qui, autrement, serait légale.

8. A refugee is entitled not simply to protection against *refoulement*, but more generally to benefit from the civil and socioeconomic rights set by Arts. 2–34 of the Convention. As such, any refugee transferred must benefit in the receiving state from all Convention rights to which he or she is entitled at the time of transfer. He or she must also acquire in the receiving state such additional rights as are mandated by the requirements of the Convention.
9. The assessment of respect for refugee rights shall take account of the fact that most such rights are neither immediately owed nor absolute in character. In particular, the rights owed to a refugee increase as the level of attachment to the protecting state increases over time. Some rights inhere as soon as a refugee comes under a state's control or authority (e.g. *non-refoulement*); others once the refugee is physically present in a state's territory (e.g. right to identity documents); additional rights are owed once lawful presence is established (e.g. self-employment); lawful stay gives rise to a more inclusive set of rights (e.g. access to public housing and welfare systems); and a small number of rights are owed only once durable residence is established (e.g. exemption from legislative reciprocity).
10. The assessment of respect for refugee rights shall also take account of the fact that satisfaction of Convention rights is in most cases not conceived in absolute terms, but is rather defined by reference to the rights enjoyed by others in the receiving state. For example, refugees are entitled to the same rights to elementary education as citizens; the same right to engage in employment as most favored non-citizens; and the same right to freedom of movement as aliens generally.
11. Beyond ensuring that any refugee transferred to the receiving state will in practice enjoy rights in line with the requirements of Arts. 2–34 of the Convention, the sending state also must give effect to its obligations under international human rights law and international humanitarian law. The duty not to return anyone to the risk of torture is a clear example of a constraint arising outside the Refugee Convention which limits reliance on an otherwise lawful protection elsewhere policy.

GARDE-FOUS

12. Toute personne devant être transférée vers un autre Etat sous une politique de protection ailleurs doit être en mesure de contester la légalité du transfert proposé avant qu'il ne soit mis en œuvre. L'Etat d'envoi notifiera de ce droit toute personne devant être transférée, et considérera, de bonne foi, toute contestation de la légalité de transfert selon une procédure qui rencontre les standards internationaux d'équité procédurale. Une telle procédure doit en particulier comporter un mécanisme de recours effectif en ayant à l'esprit la nature des droits supposés être à risque au sein de l'Etat d'accueil.
13. En accord avec les exigences de l'art. 31(2) de la Convention, tout réfugié dont le renvoi est envisagé sous une politique de protection ailleurs devrait d'abord se voir accorder "un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires" pour obtenir l'admission dans un autre pays de son choix.
14. Si un Etat d'accueil ne réussit pas à garantir qu'une personne transférée qui répond aux exigences de l'art. 1 de la Convention reçoit le bénéfice des arts. 2-34 de la Convention, les obligations originelles de l'Etat d'envoi à l'égard de ce réfugié ne sont plus satisfaites par le recours au transfert de la responsabilité de protection. L'Etat d'envoi doit, dans ces circonstances, faciliter le retour et la réadmission du réfugié en question sur son territoire, et y garantir le respect de ses droits en accord avec les exigences de la Convention.
15. Un Etat d'envoi dont les représentants ou les décideurs ont une connaissance réelle ou supposée de la violation par l'Etat d'accueil de son obligation de se conformer aux exigences des arts. 1-34 de la Convention ne sera ordinairement pas en mesure d'établir que les obligations conventionnelles sont respectées au sein de l'Etat d'accueil. Il lui est par conséquent interdit de n'effectuer aucun autre transfert vers cet Etat sous une politique de protection ailleurs jusqu'à ce que et à moins qu'il n'y ait une preuve évidente de cessation de la violation.

SAFEGUARDS

12. Any person to be transferred to another state under a protection elsewhere policy must be able to contest the legality of the proposed transfer before it is effected. The sending state shall notify any person to be transferred of this entitlement, and shall consider in good faith any challenge to the legality of transfer under a procedure that meets international standards of procedural fairness. Such procedure must in particular afford an effective remedy bearing in mind the nature of the rights alleged to be at risk in the receiving state.
13. In line with the requirements of Art. 31(2) of the Convention, any refugee whose removal is contemplated under a protection elsewhere policy shall first be granted “a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country” of his or her choosing.
14. If a receiving state fails to ensure that a transferred person who meets the requirements of Art. 1 of the Convention receives the benefit of Arts. 2–34 of the Convention, the sending state’s original obligations to that refugee are no longer satisfied by reliance on the transfer of protection responsibility. The sending state in such circumstances should facilitate the return and readmission of the refugee in question to its territory, and ensure respect for his or her rights there in line with the requirements of the Convention.
15. A sending state whose officials or decision-makers have actual or constructive knowledge of breach by a receiving state of the latter state’s duty to respect the requirements of Arts. 1–34 of the Convention will ordinarily be unable to assert that Convention obligations are respected in the receiving state. It is thus disentitled from effecting any further transfers to that state under a protection elsewhere policy until and unless there is clear evidence that the breach has ceased.

16. Tout transfert sous une politique de protection ailleurs devrait idéalement intervenir uniquement sous les auspices d'un accord écrit entre les Etats en question. Au minimum, un tel accord devrait stipuler l'obligation de l'Etat d'accueil de respecter le statut de réfugié des personnes définies à l'art.1 de la Convention ; reconnaître aux réfugiés transférés les droits prévus aux arts. 2-34 de la Convention; garantir aux réfugiés transférés le droit et la possibilité de notifier au Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) toute violation supposée des responsabilités de l'Etat d'accueil; accorder au HCR le droit d'être présent au sein de l'Etat d'accueil et de jouir d'un accès illimité aux réfugiés transférés afin de surveiller le respect des responsabilités de l'Etat d'accueil à leur égard ; et de se conformer à une procédure (établie par l' accord ou toute autre voie) de règlement de tout différend résultant de l'interprétation ou de l'exécution de l'accord.

16. Transfer under a protection elsewhere policy should ideally take place only under the auspices of a written agreement between the states in question. At a minimum, such an agreement should stipulate the duty of the receiving state to respect the refugee status of persons defined by Art. 1 of the Convention; to provide transferred refugees the rights set by Arts. 2–34 of the Convention; to ensure the right and ability of transferred refugees to notify the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) of any alleged breach of the responsibilities of the receiving state; to grant UNHCR the right to be present in the receiving state and to enjoy unhindered access to transferred refugees in order to monitor compliance with the receiving state's responsibilities towards them; and to abide by a procedure (whether established by the agreement or otherwise) for the settlement of any disagreement arising out of interpretation or implementation of the agreement.

Ces recommandations reflètent le consensus de tous les participants au Quatrième colloque sur les défis en droit international des réfugiés tenu, du 10 au 12 novembre 2006, à l'École de droit de l'Université de Michigan, Ann Arbor, États-Unis d'Amérique.

James C. Hathaway
Organisateur du colloque
Université de Michigan

Rodger P.G. Haines
Président du colloque
Université de Auckland

Michelle Foster
Rapporteur du colloque
Université de Melbourne

Mariano-Florentino Cuellar
Université de Stanford

Maryellen Fullerton
École de droit de Brooklyn

Honorable A.M. North
Cour Fédérale d'Australie
Président de l'Association
internationale des juges
aux affaires des réfugiés

Mary Ellen O'Connell
Université de Notre Dame

Guglielmo Verdirame
Université de Cambridge

Marjoleine Zieck
Université d'Amsterdam

Hedy Chang
Étudiant
Université de Michigan

Martin Jones
Chercheur invité
Université de Michigan

Alla Karagodin
Étudiant
Université de Michigan

Sarah Karniski
Étudiant
Université de Michigan

Allison Kent
Étudiant
Université de Michigan

Alicia Kinsey
Étudiant
Université de Michigan

Abby Rubinson
Étudiant
Université de Michigan

Lindsey Schatzberg
Étudiant
Université de Michigan

Rachel Simmons
Étudiant
Université de Michigan

Aref Wardak
Étudiant
Université de Michigan

Les délibérations du colloque ont bénéficié des conseils de
Mme Judith Kumin
Représentant Régional pour le Benelux et les Institutions Européennes
Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés

La traduction française du texte a été assurée par
Dr. Jacques Mangala
Université Grand Valley State, Michigan

These Guidelines reflect the consensus of all participants at the Fourth Colloquium on Challenges in International Refugee Law, held at the University of Michigan Law School, Ann Arbor, Michigan, USA, on November 10–12, 2006.

James C. Hathaway
Colloquium Convener
University of Michigan

Rodger P.G. Haines
Colloquium Chair
University of Auckland

Michelle Foster
Colloquium Rapporteur
University of Melbourne

Mariano-Florentino Cuellar
Stanford University

Maryellen Fullerton
Brooklyn Law School

Justice A.M. North
Federal Court of Australia
President, Intl. Association of
Refugee Law Judges

Mary Ellen O'Connell
University of Notre Dame

Guglielmo Verdirame
Cambridge University

Marjoleine Zieck
University of Amsterdam

Hedy Chang
Student
University of Michigan

Martin Jones
Research Scholar
University of Michigan

Alla Karagodin
Student
University of Michigan

Sarah Kamiski
Student
University of Michigan

Allison Kent
Student
University of Michigan

Alicia Kinsey
Student
University of Michigan

Abby Rubinson
Student
University of Michigan

Lindsey Schatzberg
Student
University of Michigan

Rachel Simmons
Student
University of Michigan

Aref Wardak
Student
University of Michigan

The Colloquium benefited from the counsel of
Ms Judith Kumin
Regional Representative for the Benelux and the European Institutions
United Nations High Commissioner for Refugees