HAL
open science

Frontières, droits, résistance - conclusion générale

Danièle Lochak

To cite this version:

Danièle Lochak. Frontières, droits, résistance - conclusion générale. A. Lendaro, C. Rodier, Y. L. Vertongen. De la crise des réfugiés à la crise de l'accueil.Frontières, droits, résistances., La Découverte, pp. 299-314, 2019, 978-2-348-04284-3. hal-02114314v1

HAL Id: hal-02114314

https://hal.parisnanterre.fr/hal-02114314v1

Submitted on 22 Jun 2021 (v1), last revised 4 Jul 2021 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Frontières, droits, résistances
Conclusion générale

Danièle Lochak

in Annalisa Lendaro, Claire Rodier, Youri Lou Vertonge
De la crise des réfugiés à la crise de l'accueil. Frontières, droits, résistances,
La Découverte, coll. Recherches, 2019, pp. 299-314

La « crise » (ou plutôt « les » crises dont il est question ici : crise des réfugiés ? crise de l'accueil ?) constitue la porte d'entrée d'une mise en perspective plus ambitieuse et plus large visant à décrire et éclairer une série de phénomènes liées aux politiques migratoires.

– Les frontières, d'abord. L'ouvrage rappelle avec force la centralité des frontières dans notre monde pourtant globalisé : la nécessité vitale du franchissement des frontières pour les migrants, la détermination acharnée des États à y faire obstacle de l'autre. Il s'agit de protéger les frontières extérieures de l'Union, puis de barrer les routes empruntées par les migrants une fois qu'ils ont réussi à mettre le pied sur le territoire européen, comme l'atteste la situation de la Bulgarie, passée malgré elle de la situation d'État de transit à celle d'État-tampon à qui on demande de faire échec aux passages depuis la Turquie. Parallèlement, par la grâce de l'« externalisation » qui confie aux pays du Sud la tâche de faire la police pour le compte des États membres, les frontières de l'Europe n'ont plus grand chose à voir avec celles du sens commun géographique : elles sont repoussées de plus en plus loin, au-delà de la Méditerranée, au-delà de la mer Égée, au-delà du Sahara, et jusqu'à la corne de l'Afrique. L'objectif est de trouver les moyens, tout en prétendant qu'on la respecte, de contourner la Convention de Genève sur les réfugiés, qui proclame notamment le principe de non-refoulement.

– Les droits, ensuite, sacrifiés aux politiques migratoires. Car les barrières dressées sur la route des migrants ne sont pas seulement la négation de la liberté de circulation : elles menacent bien d'autres droits et libertés dont la liberté de circulation est la condition d'exercice : le droit de vivre en famille, le droit de quitter son pays, le droit de chercher asile pour échapper à la persécution, le droit de ne pas être arbitrairement détenu, celui de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et, finalement, le droit à la vie.

– Les résistances, enfin. Un peu partout se manifestent des mobilisations citoyennes qui revêtent des formes variables, allant de l'action purement humanitaire et apolitique à la contestation radicale des politiques migratoires. Mais la prise de conscience de la violence vécue par les exilés peut déboucher, comme en témoignent l'expérience allemande ou celle du Calaisis, sur une politisation de la logique humanitaire, atténuant voire supprimant la barrière qui paraissait étanche entre les deux approches. En Hongrie, le militantisme en faveur des migrants s'inscrit ainsi dans une contestation plus large de la politique autoritaire et nationaliste du gouvernement de Viktor Orban qui imprime elle-même sa marque à ses positionnements face aux étrangers. Et participer, comme à Ceuta et Melilla, à l'identification des corps retrouvés pour garder une trace des disparus, c'est aussi une forme de résistance politique aux violences étatiques, une injonction à respecter la dignité des exilés, une dénonciation des violations des droits de l'homme.

Mais ces sursauts citoyens pèsent bien peu face à la détermination des gouvernements. Ne peut-on alors compter sur le droit pour faire rempart à la violation des droits ou la sanctionner ? Pourquoi ne parvient-on pas à mobiliser les dispositifs juridiques et juridictionnels pour

obtenir la condamnation des États ? Car si la liberté de circulation transfrontières n'est pas garantie en tant que telle par le droit international conventionnel ou coutumier, les restrictions apportées à l'exercice de cette liberté ne sauraient aboutir à priver d'effet les droits fondamentaux dont les migrants sont titulaires et qui sont, eux, protégés par le droit international des droits de l'Homme.

On est ici au cœur de la contradiction d'un droit international inachevé, intrinsèquement contradictoire, car asymétrique qui, d'un côté, proclame l'universalité des droits de l'Homme, de l'autre repose sur la souveraineté des États. Or la première prérogative des État souverains, c'est la maîtrise de leur territoire. Au regard du droit international, y compris des conventions relatives aux droits de l'Homme, aucun État n'est tenu d'accepter l'entrée et la présence sur son territoire d'un individu qui n'est pas son national. Cette prérogative souveraine ne cède même pas lorsqu'est en cause le droit d'asile. La Déclaration universelle de 1948 proclame que « *devant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* » (art. 14). Mais elle ne reconnaît pas un véritable droit à l'asile puisqu'elle ne prévoit pas l'obligation concomitante pour les États d'accorder l'asile au fugitif. La Convention de Genève, elle non plus, ne garantit pas un tel droit : elle n'oblige les États à accueillir sur leur territoire les étrangers qui sollicitent leur protection, se bornant à énoncer un principe de non-refoulement.

Se pose pourtant la question de savoir jusqu'à quel point les États peuvent invoquer leurs prérogatives souveraines pour faire obstacle à la libre circulation des personnes, entravant ainsi l'exercice d'une série de droits fondamentaux. Les violations de ces droits sont largement documentées et périodiquement relevées dans les rapports des experts internationaux indépendants. François Crépeau, rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants, alertait ainsi, déjà en avril 2013, et alors que la situation s'est depuis lors considérablement dégradée[1] :

> *« La mort de migrants tentant d'entrer irrégulièrement dans l'Union européenne est un sujet de préoccupation majeure, tout comme les mauvais traitements qui leur sont infligés aux frontières, y compris les pratiques portant atteinte à leur liberté et à leur sécurité, et les régimes de détention qui, de part et d'autre des frontières, ne satisfont pas exactement aux normes minimales relatives aux droits de l'homme. En outre, avant même de franchir les frontières maritimes ou terrestres de l'Union européenne, les migrants sont souvent exposés à des risques graves de mauvais traitements et d'exploitation au cours de leur voyage, notamment de la part des passeurs. »*

Des droits bafoués, des obligations violées

On peut tenter de se livrer à l'énumération de ces violations des droits. Elle n'est bien sûr pas exhaustive.

– *Le droit de quitter son propre pays*, un droit inconditionnel consacré par la Déclaration universelle de 1948, que ce soit pour échapper à des persécutions, à des risques pour sa vie ou son intégrité physique, pour fuir la misère ou pour toute autre raison. Ce droit est entravé par la politique des visas de l'Union européenne. Il est ouvertement dénié aux réfugiés soumis à la formalité du visa de transit aéroportuaire qui leur interdit de monter dans un avion qui ferait une simple escale dans l'espace Schengen. Il est directement violé lorsque des États comme le Maroc ou l'Algérie, incités à contrôler la sortie du territoire de leurs ressortissants, érigent en délit la sortie du territoire sans autorisation.

[1] Étude régionale : la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants, 24 avril 2013 (A/HRC/23/46), § 20.

– *Le principe de non refoulement*, consacré la Convention de Genève et par la Convention contre la torture. Il est bafoué lorsque les embarcations de migrants sont interceptées par Frontex et leurs occupants refoulés vers le pays qu'ils cherchaient à fuir ; lorsque l'accord UE-Turquie prévoit le renvoi systématique vers la Turquie des exilés qui parviendraient à rejoindre les îles grecques en dépit du blocus ; lorsqu'on expulse vers le Soudan des personnes dont on sait qu'elles seront enfermées et torturées à l'arrivée ; lorsque la Bulgarie a recours, à la frontière avec la Turquie, à des opérations de « push back » dénoncées par le HCR, concernant des Syriens, de Afghans, des Soudanais ; lorsque l'Italie refoule des migrants vers la Libye sur la base d'arrangements bilatéraux ; lorsqu'on charge officiellement les autorités maritimes libyennes, comme c'est désormais le cas, de coordonner les secours dans les eaux internationales au large de leur pays, sachant qu'entre janvier et septembre 2018 elles ont intercepté – et donc refoulé vers la Libye – 14 000 réfugiés.

– *Le droit d'asile*, qui se trouve réduit comme peau de chagrin par le contournement systématique de la Convention de Genève. D'un côté s'est mise en place une politique restrictive de reconnaissance du statut de réfugié, incluant la multiplication des entraves à la procédure de demande d'asile, dont le fameux règlement Dublin est l'expression paroxystique ; de l'autre, et de façon plus spectaculaire encore, on a multiplié les obstacles visant à empêcher l'arrivée des réfugiés aux frontières de l'Europe : formalité du visa de transit aéroportuaire, déjà citée, pour les demandeurs d'asile ; délocalisation des procédures de tri aux frontières européennes (les fameux « hotspots »), voire en amont de ces frontières ; délocalisation de la « protection » (les guillemets s'imposent) à l'intérieur du pays d'origine par le recours hypocrite et fallacieux à la notion d'« asile interne » ; délocalisation des procédures d'examen des demandes d'asile et de la protection des réfugiés dans des pays tiers comme le prévoient l'accord UE-Turquie ou les accords passés dans le cadre du processus de Khartoum, avec pour objectif de repousser toujours plus loin le cordon sanitaire qui doit protéger l'Europe des flux de demandeurs d'asile.

– *L'interdiction des traitements inhumains et dégradants* dès lors que l'enfermement, l'éloignement forcé et plus généralement la vulnérabilité engendrée par la clandestinité ou la crainte de persécutions constituent un terreau sur lequel prospèrent facilement ces pratiques prohibées. Citons les conditions de vie dans les « jungles », campements et autres bidonvilles mais tout autant les conditions dans lesquelles s'effectuent leur évacuation forcée ; les violences et les humiliations infligées aux personnes enfermées, aux personnes expulsées (ligotage, bâillonnement, administration de calmants…) ; les conditions matérielles de détention dans les hotspots grecs et italiens ou dans les centres de transit bulgares décrites dans cet ouvrage, très en-deçà des standards de dignité communément admis ; les risques encourus en cas de refoulement vers les pays que l'on cherchait précisément à fuir. Et finalement la traite des êtres humains, les viols, le travail forcé, la réduction en esclavage auxquels les exilés, hommes et femmes, sont exposés tout au long de leur parcours migratoire. Il est clair que les politiques européennes laissent la porte grande ouverte à ces pratiques inhumaines et que les États membres en portent donc la responsabilité.

– *Le droit à la liberté et à la sûreté*, c'est-à-dire le droit de ne pas être arbitrairement détenu. Tous les pays d'Europe se sont dotés de législations qui permettent de priver de liberté les étrangers pendant une période allant de quelques jours à une durée « indéfinie », théoriquement limitée à… dix-huit mois par la directive « retour », ce qui n'empêche pas d'observer des cas de détention non prévus par les textes, comme on le constate par exemple à la frontière franco-italienne ou encore en Bulgarie, où des personnes ont été enfermées, parfois plusieurs semaines, dans un centre de transit qui a fonctionné pendant trois ans en dehors de tout encadrement légal. S'y ajoutent les hotspots créés aux frontières de l'Europe, où les migrants ne sont pas à proprement parler détenus, mais parfois enfermés dans des « prisons à ciel ouvert » : c'est le cas des îles grecques où plusieurs milliers de personnes sont, depuis la conclu-

sion de l'accord UE-Turquie en 2016, bloquées sans avoir le droit de rejoindre le continent. On pourrait enfin mentionner toutes ces « alternatives à l'enfermement » – tels l'assignation à résidence ou les centres d'« hébergement directif » comme il en existe en Allemagne et en France–, destinées surtout à faire illusion car leurs modalités ne laissent guère plus de liberté de mouvement aux personnes concernées que l'enfermement classique.

– *L'obligation de porter secours en mer* consacrée par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie en mer, dite Convention SOLAS. Non seulement les agents étatiques s'abstiennent de porter secours aux personnes en détresse, en toute connaissance de cause, mais désormais les États sont déterminés à empêcher par tous les moyens les navires humanitaires de remplir cette mission, préférant laisser place libre aux garde-côtes libyens. On a rappelé plus haut que leur compétence avait été officiellement reconnue par l'Organisation maritime internationale pour coordonner des secours en mer. Or, lorsque ces garde-côtes ramènent en Libye les naufragés, ils violent un des principes qui gouverne les opérations de sauvetage en mer : l'obligation de ne débarquer les personnes prises en charge qu'en un lieu sûr, où ni leur vie ni leur sécurité ne sont menacées.

– *Le droit à la vie*, puisque les conséquences meurtrières de la politique européenne sont désormais documentées et reconnues et que nul ne conteste plus que des milliers de migrants trouvent la mort chaque année en tentant de franchir les obstacles dressés sur leur route. Ce bilan macabre ne cesse de s'alourdir, au point que François Crépeau a pu caractériser l'attitude des pays européens par ce mot d'ordre cynique : "*Let them die, this is a good deterrence*"[2]. On ne peut mieux faire à cet égard que citer le rapport d'Agnès Callamard, rapporteure spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, transmis le 15 août 2017 à l'Assemblée générale des Nations Unies[3]. Elle y pointe les multiples manquements des États à « l'obligation universelle de protéger la vie sans discrimination » : homicides illégaux commis par les agents des forces de l'ordre et les gardes-frontières, y compris par l'emploi excessif de la force ; politiques et pratiques de dissuasion aggravant le danger de mort car déviant délibérément les flux migratoires vers des zones plus dangereuses ; politique d'externalisation qui encourage la commission d'homicides par les organismes de pays qu'on finance et qu'on forme pour qu'ils arrêtent, détiennent ou renvoient réfugiés et migrants[4]. Pour en arriver à ce constat désabusé :

> *« Dans un environnement mondial où les réfugiés et les migrants sont diabolisés et où leurs déplacements sont assimilés à une infraction, plusieurs pays ont élaboré des politiques fondées sur la dissuasion, la militarisation et l'extraterritorialité qui, implicitement ou explicitement, peuvent aller jusqu'à tolérer le risque de mort de migrants dans le cadre d'un contrôle efficace de leur entrée sur le territoire ».*

– *Les crimes contre l'humanité*. Est aujourd'hui établie, au-delà de tout doute possible, l'existence d'actes inhumains – meurtre, réduction en esclavage, privation grave de liberté, torture, viol, esclavage sexuel, disparitions forcées… – imputables soit à des agents d'États

---

[2] François Crépeau, rapporteur spécial pour les droits des migrants (Genève, 30 octobre 2014), qui ajoutait : « *Allowing people to die at Europe's borders just because of their administrative status is a complete disregard for the value of human life […]. Governments that do not support the search and rescue efforts have reduced themselves to the same level as the smugglers* ».

[3] Mort illégale de réfugiés et de migrants - Rapport de la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires (A /72/335), 15 août 2017.

[4] Concernant ce dernier point, et au-delà du cas hélas emblématique de la Libye, on sait aujourd'hui que la police marocaine n'hésite pas à tirer sur les migrants subsahariens pour les repousser de l'autre côté de la frontière. Voir le rapport du Gadem : « Coûts et blessures – Rapport sur les opérations des forces de l'ordre menées dans le nord du Maroc entre juillet et septembre 2018 ».

tiers, comme la Libye, soit aux membres de milices ou de mafias. Ces actes, commis « *dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile* » : ici la population des migrants, correspondent à la définition du « crime contre l'humanité » figurant à l'article 7 du statut de Rome de la Cour pénale internationale.

L'article 25 de ce statut prévoit également qu'est pénalement responsable la personne qui « *en vue de faciliter la commission d'un tel crime […] apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission* ». Tel est bien le cas des dirigeants de l'Union et des États membres ainsi que de leurs agents : ils contribuent à la commission de ces crimes contre l'humanité, en fournissant une aide substantielle et déterminante aux organisations criminelles, étatiques ou non-étatiques, à qui est explicitement confiée la tâche d'intercepter les migrants qui cherchent à atteindre l'Europe par la mer. « *Les gouvernements européens se rendent sciemment complices des violences et des tortures infligées à des dizaines de milliers de réfugiés et de migrants détenus par les services libyens de l'immigration dans des conditions épouvantables* », écrivait Amnesty International dans un rapport rendu public le 12 décembre 2017[5]. Chacun sait en effet que, une fois ramenés en Libye, les rescapés sont abandonnés à leur sort, placés en détention dans des camps officiels ou clandestins, livrés à des exactions constitutives de crimes contre l'humanité.

Ce dernier exemple montre que, grâce à l'externalisation, une bonne part du « sale boulot » est faite par les États tiers. Pour autant, les États européens ne sauraient se défausser sur eux de leur responsabilité dans la commission de ces crimes. En effet la responsabilité internationale d'un État est engagée non seulement lorsqu'il commet un fait internationalement illicite – constitué par la violation d'une obligation internationale – mais aussi lorsqu'il aide ou assiste un autre État dans la commission d'un tel fait dès lors qu'il agit en connaissance de cause[6].

Ainsi, Mme Callamard, dans son rapport déjà cité, insiste sur le fait que les États bailleurs de fonds se rendent potentiellement coupables d'aide et d'assistance à la perte de vies humaines et que par là ils engagent leur responsabilité internationale. Ce constat est généralisable à l'ensemble des violations des droits fondamentaux commises par les États tiers et qui sont la conséquence directe des contraintes imposées à ces pays pour satisfaire les objectifs de la politique européenne d'immigration et d'asile : qu'il s'agisse du droit de quitter son propre pays, du principe de non-refoulement, du droit d'asile, de l'enfermement de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, du droit à la vie, ou des crimes contre l'humanité.

De l'ineffectivité des droits universels à l'impunité

Face à ce constat atterrant, comment expliquer l'incapacité du droit international à y répondre ? Les droits fondamentaux sont proclamés comme universels par le droit international des droits de l'Homme et des instances ont été mises en place pour en assurer le respect. Pour autant, lorsqu'on examine l'impact réel du droit international à cet égard, trois choses frappent. La première, c'est que les normes internationales ont moins pour objet d'interdire telle ou telle pratique que de l'encadrer par des garanties formelles : à titre d'exemple, le droit international n'interdit ni l'enfermement de migrants qui n'ont commis aucun délit, ni même l'enfermement des enfants, ni le refoulement ou les expulsions, qui sont un droit inaliénable des États, ni l'utilisation de la force ; il oblige seulement à faire un usage « raisonnable » et « proportionné » de ces prérogatives et à respecter certaines règles procédurales. La deuxième

[5] *Libya's dark web of collusion : Abuses against Europe-bound refugees and migrants.*

[6] Ceci ressort explicitement du « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international », considéré comme l'expression du droit international coutumier, plus particulièrement des articles 2 et 16.

observation, c'est que les rapports des comités ou des experts onusiens, du comité européen pour la prévention de la torture ou encore du commissaire des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, chargés de veiller au respect des droits proclamés par les conventions internationales, s'ils sont souvent très critiques par rapport aux pratiques des États, restent sans effet. Certes, ils satisfont les défenseurs des droits des migrants auxquels ils donnent des arguments pour dénoncer les pratiques des États. Mais ces derniers n'en ont cure : les constats et les recommandations de ces comités n'ont en effet pas de caractère obligatoire. Finalement, les seules normes véritablement contraignantes aux yeux des États sont celles dont le respect est imposé par la Cour européenne des droits de l'Homme qui rend des sentences obligatoires. Mais – et c'est la troisième observation – même cette Cour de Strasbourg, dont la jurisprudence est globalement protectrice, se montre perméable au discours dominant et admet l'intérêt prééminent des États à contrôler les flux migratoires, fût-ce au prix d'un abaissement du degré de protection des droits fondamentaux des migrants.

Le rapport Callamard n'hésite pas à parler d'« *un régime d'impunité quasi généralisé* » face aux pertes massives en vies humaines parmi les réfugiés et les migrants fuyant leur pays. Le même constat est fait par le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires au sujet des disparitions forcées dans le contexte des migrations : « *Malgré le grand nombre de crimes graves et de violations des droits de l'homme commis dans le contexte des migrations, notamment de disparitions forcées, le Groupe de travail n'a documenté aucun cas dans lequel des États ou des acteurs non étatiques avaient été tenus responsables. Cette situation crée un contexte favorable à la perpétuation de ces crimes et violations* »[7].

Les juridictions nationales ne sont pas toujours – c'est un euphémisme – enclines à sanctionner les violations des règles et des principes en vigueur dans un État de droit lorsqu'est en cause le sort des étrangers. On peut faire le même constat s'agissant des juridictions européennes : Cour européenne des droits de l'Homme et Cour de Justice de l'Union européenne. Tout se passe comme si, par leur immobilisme, leurs carences ou leur complaisance à l'égard des institutions et des gouvernements, les juges renonçaient à assurer la justiciabilité des droits fondamentaux et à sanctionner les atteintes qui leur sont portées. Plusieurs affaires illustrent l'absence de tout contrôle sur certaines actions menées par les États membres de l'Union.

La première concerne des événements survenus en octobre 2004, lorsque l'Italie avait renvoyé vers la Libye, en l'espace de quatre jours et dans les conditions qu'on imagine, le millier de personnes qui avait débarqué sur l'île de Lampedusa. L'absence de plaintes individuelles de la part des victimes faisant obstacle à la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, une dizaine d'ONG décident, en février 2005, de saisir la Commission européenne en lui demandant, en sa qualité de gardienne des traités, d'engager une action en manquement contre l'Italie, coupable de violations manifestes de principes fondamentaux qui engagent l'Union européenne : protection contre les traitements inhumains ou dégradants, prohibition des expulsions collectives, principe de non refoulement. Sans contester les faits, la Commission s'est déclarée incompétente : s'agissant des conditions de détention des demandeurs d'asile, elle a fait valoir que le délai de transposition de la directive « accueil » de 2003 n'avait pas encore expiré à la date des faits ; s'agissant du respect des procédures d'asile, elle a considéré qu'en l'absence d'instrument communautaire en la matière (la directive « procédure » n'a été adoptée qu'en 2005), c'est la législation nationale des États membres qui s'appliquait. Elle a encore rappelé qu'elle ne disposait pas d'une compétence générale s'agissant d'assurer le respect des droits fondamentaux proclamés par la Charte européenne : en soulignant que

[7] Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on enforced disappearances in the context of migration, A/HRC/36/39/Add.2, sept. 2017, § 50.

celle-ci ne lie les États que lorsqu'ils agissent dans un domaine encadré par la législation européenne, elle en a démontré les limites. Seul, finalement le juge national aurait été compétent pour déterminer si les autorités italiennes avaient ou non respecté leurs obligations internationales et plus particulièrement les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme dans leur traitement des demandes d'asile.

L'impunité de fait découlant de ce refus de statuer paraissait particulièrement inquiétante dans un contexte où le renforcement des contrôles aux frontières extérieures est régulièrement à l'origine de « bavures » dont sont victimes les migrants qui tentent de rejoindre l'Europe. On pouvait espérer que l'extension des compétences communautaires conjuguée avec l'extension de la compétence de la Cour de justice résultant du traité de Lisbonne permettrait de contester plus facilement les mesures prises à l'encontre des étrangers en violation des droits proclamés par la Charte dans le domaine d'application de la politique d'immigration et d'asile. Les décisions rendues récemment par le tribunal de l'Union européenne et la Cour à propos de l'accord UE-Turquie n'incitent pas à l'optimisme à cet égard.

La « déclaration UE-Turquie » du 18 mars 2016 se présentant officiellement sous la forme d'un communiqué de presse, la question de sa valeur juridique, d'une part, de sa « justiciabilité », de l'autre, s'est d'emblée posée dans la mesure où il semblait malgré tout acter un accord international entre l'UE et la Turquie, sans respecter la procédure prévue par l'article 218 du Traité sur le fonctionnement de l'UE. Trois recours en annulation déposés par deux Pakistanais et un Afghan bloqués en Grèce ont tenté en vain de faire reconnaître sa qualité d'accord international pour en souligner l'illégalité au regard des conditions procédurales requises pour la conclusion d'un traité entre l'UE et un pays tiers. Les requêtes faisaient également valoir l'incompatibilité de l'accord avec de nombreux droits protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi qu'avec l'obligation de non-refoulement, au vu des risques de renvoi vers la Turquie, mais aussi indirectement vers la Pakistan et l'Afghanistan. Par un jugement du 28 février 2017, le tribunal de l'UE s'est déclaré incompétent pour examiner les requêtes, estimant que « *nonobstant les termes regrettablement ambigus de la déclaration UE-Turquie* », la déclaration émanait non du Conseil européen mais des chefs d'État et de gouvernement des États membres de l'UE et qu'il ne s'agissait pas d'un accord international. Saisie en appel, la Cour de justice de l'UE, dans une décision du 12 septembre 2018, a purement et simplement déclaré les pourvois irrecevables, sans se prononcer sur le fond, estimant que l'argumentation n'était pas assez claire et précise, que les pourvois étaient dépourvus de cohérence et se limitaient à des affirmations générales sans indiquer avec la précision requise les arguments juridiques au soutien de la demande d'annulation de la décision du tribunal.

Il n'y a guère plus de chances de pouvoir mettre en cause devant une juridiction quelconque les agissements de Frontex lorsqu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux, à commencer par le principe de non refoulement. D'abord, l'agence ne manquera pas de se défausser de sa responsabilité sur les États membres en jouant sur l'articulation particulièrement complexe entre les compétences de l'Union et celles des États dans les actions qu'elle entreprend. À supposer qu'on reconnaisse que les faits lui sont effectivement imputables, la seule juridiction compétente serait la Cour de justice de l'Union européenne ; or, compte tenu de la vulnérabilité des requérants et de la difficulté de former un recours après un refoulement vers leur État d'origine, on peut douter que cette juridiction, encore plus lointaine que les juridictions nationales, soit le juge adéquat pour lui demander de statuer sur la légalité ou sur la responsabilité de l'agence. Enfin, à supposer que, par impossible, les personnes concernées réussissent à saisir la Cour, le caractère particulièrement restrictif des conditions de recevabilité d'une action et de l'appréciation de la légalité ou de la faute commise auraient toutes les chances de vouer cette action à l'échec. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, elle reste incompétente pour statuer sur les violations commises par une agence de l'Union, aussi longtemps que l'Union n'a pas adhéré à la Convention.

Mais devant la Cour de Strasbourg, à supposer que des victimes réussissent à la saisir d'autres obstacles surgissent, en raison de sa politique restrictive de recevabilité des requêtes. On l'a constaté dans une affaire concernant 79 ressortissants étrangers expulsés ou menacés de l'être depuis Lampedusa vers la Libye. En mars 2005, une requête avait été introduite en leur nom contre l'Italie devant la Cour, par des avocats italiens, pour violation de l'article 3 (en raison des traitements inhumains et dégradants qu'ils avaient subi dans les camps italiens et de ceux auxquels ils seraient exposés en Libye ou dans le pays où celle-ci les renverrait), de l'article 13 qui garantit le droit à un recours effectif et de l'article 4 du Protocole n° 4 qui prohibe les expulsions collectives. Après avoir déclaré dans un premier temps la requête recevable, elle l'a finalement, rejetée en janvier 2010, par une décision *Hussun et autres c/ Italie* : compte tenu de l'impossibilité d'établir le moindre contact avec les requérants, la Cour a considéré que leurs représentants ne peuvent pas continuer la procédure devant elle. Le cas s'est reproduit par la suite à plusieurs reprises. Ainsi, dans une affaire *S.P. et M.A. c/ France* qui mettait en cause, sous l'angle de l'article 3, le droit des demandeurs d'asile placés en procédure Dublin à bénéficier de conditions matérielles d'accueil, la cour a décidé en novembre 2017, soit six ans après le dépôt de la requête, de rayer l'affaire du rôle, au motif que les requérants, interrogés en avril 2017 par l'intermédiaire de leur avocat, n'avaient pas manifesté leur volonté de maintenir leur requête. Dans une affaire *V.M. c/ Belgique* qui concernait une famille d'origine rom née en Serbie ayant demandé l'asile en Belgique, la Cour, statuant en Grande Chambre, et alors même qu'en première instance la Belgique avait été condamnée pour traitement inhumain et dégradant, a décidé de rayer l'affaire du rôle après avoir constaté que les requérants n'avaient pas maintenu le contact avec leur avocate.

On citera enfin, pour illustrer les difficultés à actionner les juridictions nationales, la plainte contre X déposée en avril 2012 pour non-assistance à personne en danger devant la juridiction pénale française. En mars 2011, au moment où des milliers d'étrangers étaient contraints de fuir la Libye pour échapper aux violences, soixante-douze personnes d'origine éthiopienne, érythréenne, nigérienne, ghanéenne et soudanaise avaient embarqué à bord d'un zodiac à destination de l'Italie. Lorsque, manquant de carburant, de nourriture et d'eau potable ils ont finalement échoué sur les côtes libyennes, après quinze jours de dérive, il ne restait que onze survivants. Or on avait la preuve qu'un avion de patrouille français les avait repérés et signalés aux garde-côtes italiens qui, à leur tour, avaient adressé des messages de détresse aux bâtiments présents en mer Méditerranée en indiquant leur localisation - en vain. En déposant plainte, les victimes rescapées du naufrage et les ONG qui les soutenaient entendaient obtenir que la justice fasse la lumière sur la responsabilité de l'armée française qui, en omettant de se porter au secours des requérants a manqué à son obligation de protéger la vie. Après une première plainte classée sans suite, une seconde plainte avec constitution de partie civile a débouché d'abord sur un non-lieu, avant qu'en appel la chambre de l'instruction n'estime qu'une information judiciaire devait être ouverte. En 2017 l'affaire est toujours en instance et les chances qu'elle aboutisse sont très faibles.

Face à ce constat, les ONG et la société civile se mobilisent, comme le montre la décision du Tribunal permanent des peuples de se saisir de la question des droits des migrants et d'organiser en 2017 et 2018 une série de procès pour mettre en évidence les responsabilités des États et de l'Union européenne au regard tant des instruments européens et internationaux mobilisables que du *jus cogens*[8]. Mais les condamnations sur lesquelles ont débouché ces procès laissent évidemment intacte la question de l'impunité.

[8] Trois sessions se sont tenues successivement à Barcelone, Palerme puis Paris, avec pour objectif d'alerter sur les conséquences mortifères de ces politiques et de mettre au jour la chaîne des responsabilités. Voir le dossier du numéro 118 de *Plein droit*, octobre 2018 : « Politique migratoire : l'Europe condamnée ».

Demain, quel regard rétrospectif ?

La question de l'impunité apparaît donc comme centrale. Et de même que Marie-Laure Basilien-Guinche se demande si les historiens considéreront ces années 2015-2018, marquées par la volonté des États membres de ne pas assurer aux migrants la protection de leurs droits fondamentaux pourtant supposés universels, comme le début de la décomposition de l'Europe, on peut poursuivre et généraliser cette interrogation : quel jugement portera-t-on dans dix ans, dans quinze ans, dans cinquante ans, sur le comportement des États et de leurs dirigeants qui n'ont aucun scrupule à utiliser le risque mortel encouru par les migrants comme arme de dissuasion ? Comment expliquera-t-on l'impunité dont ils ont bénéficié ? Il a fallu longtemps, après la Seconde Guerre mondiale, pour que soient reconnues, une fois les principaux criminels de guerre jugés à Nuremberg, les mille et une autres responsabilités qui ont concouru à l'accomplissement de l'entreprise mortifère des nazis : depuis les frontières qu'on refermait devant les fugitifs jusqu'à l'aide accordée aux Occupants pour remplir les trains de la mort.

Mais ce qui différencie la situation que nous vivons actuellement de ce qui s'est passé entre 1933 et 1945, c'est qu'aujourd'hui tout est fait ouvertement et de façon consensuelle de la part de ceux qui nous gouvernent. Les divergences qui peuvent apparaître entre les visions des uns et des autres – on pense notamment à la violente polémique franco-italienne à propos du sort des rescapés sauvés par l'*Aquarius* à la fin de l'été 2018 – ne peuvent masquer l'indifférence fondamentale et partagée au sort des migrants.

Face à cette indifférence, des citoyens, de plus en plus nombreux, s'efforcent de prouver en actes leur solidarité avec les exilés – quitte à braver les menaces de l'administration, à prendre leur part des violences policières, à courir le risque d'être poursuivis et condamnés. Ce risque n'est pas virtuel. : en France et en Belgique notamment, des peines qui sont loin d'être symboliques continuent à être infligées à des « délinquants solidaires », coupables d'avoir véhiculé, soigné, abrité ou nourri des personnes en situation irrégulière entièrement démunies puisque privées de toute prise en charge de la part des pouvoirs publics. Cette solidarité relève d'abord d'une exigence morale. Pour certains, c'est aussi une façon de s'insurger contre le consensus apparent qui semble cautionner la maltraitance dont les migrants sont victimes.

Il s'agit aussi et surtout de refuser un silence complice. Car on ne pourra pas dire demain qu'on ne savait pas, puisqu'on sait. Même les crimes contre l'humanité perpétrés en Libye se déroulent au vu et au su de tous, avec la complicité des gouvernements européens qui les dénoncent mais ne font rien pour les faire cesser quand ils ne leur prêtent pas indirectement main forte. On a pu se poser la question à propos des massacres de Srebrenica : les responsables étaient-ils ceux qui les commettaient directement, ceux qui les ordonnaient ? Ceux qui auraient pu les empêcher et les ont laissé se perpétrer ?[9] Aujourd'hui, la question n'est même plus celle-là puisqu'il y a un accord entre tous les États européens et plus largement de tous les États du nord pour mener de concert leur politique meurtrière. L'impunité est ainsi parfaitement assurée puisqu'aucun État n'ira en dénoncer un autre devant la CIJ ou la CPI. Il n'y a ni responsables, ni coupables.

Ce constat à la fois glaçant et réaliste, extrait du rapport d'Agnès Callamard déjà cité, pourrait être généralisé à l'ensemble des droits violés : « *On a le sentiment que le droit uni-*

[9] Henri Leclerc, « Complicité de crime contre l'humanité et responsabilité des grandes puissances » in *Le crime contre l'humanité. Origine, état et avenir du droit,* Musée-mémorial des enfants d'Izieu, Éditions Comp'Act, 1998

versel à la vie est limité par la nationalité, restreint par les frontières ou les visas et, en fin de compte, déterminé par le caractère aléatoire du lieu de naissance de chacun »[10].

[10] Sur ce constat d'une hiérarchie entre les vies et que, aujourd'hui en particulier, le traitement infligé aux migrants montre que les Occidentaux n'accordent pas la même valeur à chacune, voir le dernier ouvrage de Didier Fassin, *La vie. Mode d'emploi critique*, Seuil, 2018.