



HAL
open science

Violations des droits des migrants aux frontières : Pourquoi l'impunité ?

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. Violations des droits des migrants aux frontières : Pourquoi l'impunité ?. Fabrice Riem. Le droit, à quoi bon ? Mélanges en l'honneur d'Alain Bernard, 137, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, pp. 285-301, 2021, Colloques et essais, 978-2-37032-309-5. <hal-03320103>

HAL Id: hal-03320103

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03320103v1>

Submitted on 30 Sep 2022

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.



HAL Authorization

Violations des droits des migrants aux frontières Pourquoi l'impunité ?

Danièle Lochak

Professeuse émérite de l'Université Paris-Nanterre (Credof-CTAD)

In Fabrice Riem (dir.), *Le droit, à quoi bon ? Mélanges en l'honneur d'Alain Bernard*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 285-301

Que pèsent les sacro-saints principes de l'État de droit face à la brutalité des politiques migratoires ? Peu de chose en vérité. Le contraste est frappant entre la reconnaissance théorique de l'universalité des droits de l'Homme et l'acceptation d'entraves croissantes aux droits fondamentaux des migrants. Au nom de la maîtrise des flux migratoires et du contrôle des frontières on commence par justifier des restrictions importantes aux droits des étrangers, puis on se résigne à des violations de plus en plus caractérisées de ces droits et on finit par s'accommoder de l'impunité qui les accompagne.

Dans ce monde « globalisé » les frontières en viennent à occuper une place centrale avec, d'un côté, la nécessité vitale pour les migrants de les franchir et, de l'autre, la détermination acharnée des États à y faire obstacle. L'Union européenne, en particulier, déploie toute son énergie à protéger ses frontières extérieures, allant jusqu'à sous-traiter aux pays tiers la tâche de faire la police pour le compte des États membres et repoussant ainsi les frontières de l'Europe 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.

Des droits bafoués, des obligations violées

Cette politique de contrôle des frontières engendre de nombreuses violations de droits aussi fondamentaux que la liberté individuelle, le droit d'asile, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et finalement, comme l'actualité nous en apporte désormais chaque jour la preuve, le droit à la vie. Toutes ces violations étaient déjà relevées par François Crépeau, rapporteur spécial pour les droits de l'Homme des migrants, dans son rapport d'avril 2013, sur « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'Homme des migrants »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. »

Le droit de quitter son propre pays, droit inconditionnel consacré tant par la Déclaration universelle de 1948 que par le Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'Homme, entravé par la politique des visas de l'Union européenne, est ouvertement dénié aux réfugiés soumis à la formalité du visa de transit aéroportuaire – un dispositif qui leur interdit de monter à bord d'un avion qui ferait une simple escale dans un aéroport de l'espace Schengen. Il est directement violé lorsque des États comme le Maroc ou l'Algérie, sous la pression de l'UE, érigent en délit la sortie du territoire sans autorisation de leurs propres ressortissants.

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.

En fermant les voies légales d'accès à l'Europe aux migrants, demandeurs d'asile inclus, les États les livrent aux passeurs et les contraignent à emprunter des voies illégales infiniment plus coûteuses et, surtout, dangereuses. La vulnérabilité engendrée par la clandestinité tout au long des déplacements puis à l'arrivée, constitue un terreau sur lequel prospèrent facilement *des traitements inhumains et dégradants* – violences, tortures, viols, travail forcé, réduction en esclavage, rançonnage, traite... – auxquels les exilés, hommes et femmes, sont exposés tout au long de leur parcours migratoire.

Le droit à la liberté et à la sûreté est réduit comme peau de chagrin dès lors que 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, y compris sur le territoire français, à la frontière franco-italienne. Il faut aussi évoquer les *hotspots*, ces camps créés aux frontières de l'Europe : dans les îles grecques, depuis la conclusion de l'accord UE-Turquie en 2016, plusieurs milliers de personnes sont ainsi bloquées, sans avoir le droit de rejoindre le continent, dans des camps surpeuplés où ils survivent dans des conditions très en-deçà des standards de dignité communément admis². Sans même parler de ces camps, souvent sans existence officielle, qui pullulent à l'extérieur des frontières de l'Union et qui sont la conséquence directe de l'externalisation de la politique d'immigration et d'asile - cet ensemble des dispositifs par lesquels les pays européens s'efforcent de repousser toujours plus loin le cordon sanitaire destiné à les protéger des flux de migrants, toutes catégories confondues.

Le droit d'asile devient lui aussi une coquille vide lorsque le verrouillage des frontières interdit à ceux qui ont besoin de protection de trouver une terre d'accueil. Pour contourner la Convention de Genève en donnant l'illusion de ne pas violer frontalement l'obligation de non-refoulement, on multiplie les obstacles en amont pour empêcher l'arrivée des réfugiés aux frontières. La liste des pays dont les ressortissants sont soumis à la formalité du visa de transit aéroportuaire, déjà mentionnée plus haut³, ne laisse guère de doute sur la finalité du dispositif, à savoir empêcher que des réfugiés ne sollicitent l'asile à l'occasion d'une escale aéroportuaire.

Parallèlement, l'externalisation débouche sur la sous-traitance aux pays tiers non seulement des tâches de surveillance et de gestion des flux migratoires, mais aussi de l'accueil des demandeurs d'asile⁴. La rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Agnès Callamard, ne manque pas, dans son rapport sur la mort illégale de réfugiés et de migrants, transmis le 15 août 2017 à l'Assemblée générale des Nations Unies, de cibler « le financement du contrôle des migrations dans des pays tiers pour veiller à ce que les réfugiés ou migrants restent dans leur pays d'origine, de transit ou de premier asile »⁵. Emblématique à cet égard est le « processus de Khartoum » lancé à la fin de l'année de 2014 avec pour objectif de convaincre une dizaine de pays africains de retenir chez eux les migrants indésirables et de bloquer ainsi la route migratoire en provenance de la corne de l'Afrique. La coopération avec les pays concernés prévoit entre autres de les aider à créer des centres d'accueil et à offrir sur place un accès aux procédures d'asile : un projet paradoxal

² Claire Rodier, « Le faux semblant des hotspots », *La Revue des droits de l'homme* n° 13-2018 [En ligne], <http://revdh.revues.org/3375>

³ Afghanistan, Bangladesh, Érythrée, Éthiopie, Ghana, Irak, Iran, Nigéria, Pakistan, République démocratique du Congo, Somalie, Sri Lanka. Chaque État peut compléter cette liste – la France a très largement usé de cette possibilité, en ajoutant une vingtaine de pays à la liste commune.

⁴ *Le droit d'asile à l'épreuve de l'externalisation des politiques migratoires*, Gisti, coll. « Penser l'immigration autrement », 2020.

⁵ « 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.

si on se rappelle que parmi eux figurent des pays eux-mêmes grands pourvoyeurs de réfugiés, tels l'Érythrée, l'Éthiopie ou le Soudan.

Ce même objectif d'endiguement a présidé aux négociations menées à partir de novembre 2015 avec la Turquie : moyennant un soutien financier fixé d'abord à trois milliards d'euros annuels, relevé ensuite jusqu'à six milliards, la Turquie s'engageait à retenir sur son sol les demandeurs d'asile et d'ouvrir pour eux des centres d'accueil. L'accord passé en mars 2016 est allé plus loin encore, en obligeant la Turquie à réadmettre tous les migrants arrivés irrégulièrement en Grèce, sans considération de leur qualité de réfugiés. Comme les commentateurs l'ont relevé, cela revient à sous-traiter à la Turquie la gestion de la « crise migratoire » et du droit d'asile. Pour légitimer ce refoulement, il a été prétendu contre l'évidence que la Turquie était un « pays tiers sûr ».

Le *principe de non-refoulement*, consacré aussi par la Convention contre la torture est battu en brèche lorsque les embarcations de migrants sont interceptées par Frontex, l'agence européenne de surveillance des frontières, et leurs occupants refoulés vers le pays qu'ils cherchaient justement à fuir. Il l'est tout autant par la disposition de l'accord UE-Turquie de 2016 dont on a vu qu'il prévoit le renvoi systématique vers ce dernier pays des exilés qui parviendraient à rejoindre les îles grecques en dépit du blocus que le président Erdogan s'est engagé à mettre en place. Et depuis que celui-ci, en février 2020, prenant prétexte du refus des Européens de soutenir sa politique syrienne, a mis à exécution sa menace ne plus contrôler ses frontières, on a vu se généraliser, en mer Égée – mais aussi sur le fleuve Evros –, les opérations dites de *push back* par lesquelles les autorités grecques empêchent les embarcations de migrants d'accoster et les refoulent sur des radeaux gonflables vers les eaux turques, mettant ainsi leur vie en danger⁶. Au lieu de s'indigner contre ces mesures brutales et illégales, le président du Conseil européen a salué les efforts des Grecs pour « protéger les frontières de l'Europe », tandis que la présidente de la Commission européenne qualifiait la Grèce de « bouclier européen ».

Ailleurs en Méditerranée, l'Italie a pendant longtemps procédé au refoulement des migrants vers la Libye sur la base d'arrangements bilatéraux⁷. Aujourd'hui, c'est l'UE elle-même qui contribue à former et financer les garde-côtes libyens pour qu'ils interceptent les embarcations avant leur entrée dans les eaux territoriales italiennes ou maltaises. Depuis 2018, c'est à eux que revient la mission de coordonner les secours dans les eaux internationales au large de leur pays⁸ : ils sont donc mis en mesure d'intercepter puis de refouler vers la Libye des milliers de réfugiés, condamnés à ne pouvoir jamais trouver un lieu d'accueil moins inhospitalier que les camps libyens.

Tous ces dispositifs démontrent que l'*obligation de porter secours en mer* consacrée par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁹ et la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie en mer, dite Convention SOLAS se trouve elle aussi constamment violée. On peut rappeler à titre d'exemple ce qui s'est passé au printemps 2011 au large de la Libye : alors que la Méditerranée faisait l'objet d'une surveillance sans failles, en raison du déploiement

⁶ Cette pratique est largement documentée en ce qui concerne la Grèce mais des accusations analogues ont également été portées contre Frontex, dont les équipes auraient au minimum assisté sans réagir à des refoulements vers la Turquie, voire bloqué un bateau de réfugiés. Voir : « Frontex sous pression après des accusations de refoulement de migrants aux portes de la Grèce, *Le Monde*, 3 novembre 2020. Voir aussi le reportage sur *Mediapart*, mis en ligne le 23 novembre 2020 : <https://www.mediapart.fr/journal/international/231120/les-grecs-nous-ont-fait-monter-sur-des-radeaux-gonflables-puis-ils-nous-ont-repousses>

⁷ Par le traité d'amitié signé en 2008 par Silvio Berlusconi et Mouammar Khadafi la Libye s'était engagée, en échange de cinq milliards d'euros sur une période de vingt ans, à empêcher les départs de migrants.

⁸ La Libye a déclaré une zone SAR (*Search And Rescue*) au large de ses côtes en décembre 2017.

⁹ Art. 98 : « 1. *Tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers : a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer ; b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance* ».

des forces armées de plusieurs pays de l'OTAN dans le cadre de l'opération militaire internationale dite *Unified Protector*, aucun navire ni avion n'a porté secours à un bateau pneumatique à bord duquel s'étaient entassées 72 personnes au départ de la Libye malgré plusieurs messages de détresse adressés au centre de coordination des secours en mer de Rome. Après une dérive d'une douzaine de jours, 63 personnes sont mortes de faim et de soif dans la plus grande indifférence des militaires – et plus tard juridictions saisies, comme on le montrera plus loin.

Non seulement les agents étatiques s'abstiennent de porter secours aux personnes en détresse, mais les États ont entrepris d'entraver le travail des ONG qui font du sauvetage en mer en empêchant par tous les moyens les navires humanitaires de remplir cette mission. Place libre est ainsi laissée, comme on l'a rappelé plus haut, aux garde-côtes libyens, dont la compétence est désormais officiellement reconnue par l'Organisation maritime internationale (OMI) 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 menacées¹⁰.

Le droit à la vie n'est pas mieux protégé : les conséquences meurtrières de la politique européenne sont désormais documentées et reconnues et 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'alourdir¹¹, 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*”¹². On ne peut mieux faire à cet égard que citer ici encore le rapport de la rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires¹³. 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.

Il est impossible de ne pas mentionner, pour clore cette énumération, *les crimes contre l'humanité* perpétrés – au mieux avec la bénédiction, au pire avec la complicité des États européens, en particulier en Libye. 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 étatiques officiels, 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. Au point que la procureure de CPI a déclaré en 2017

¹⁰ La Libye a déclaré une zone SAR (Search And Rescue) en décembre 2017. Cette déclaration a été contestée par plusieurs ONG comme ne respectant pas les principes posés par les conventions internationales applicables au secours en mer. Voir la lettre ouverte qu'elles ont adressée à l'OMI pour réclamer l'abrogation de cette zone SAR : www.migreurop.org/article/2996.html

¹¹ Voir le site de l'OIM où sont consignés les chiffres de migrants morts ou disparus sur les routes migratoires, par date, par lieu, et par causes : <<http://missingmigrants.iom.int>>

¹² 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* ».

¹³ « Mort illégale de réfugiés et de migrants », précité, note 5.

devant le Conseil de sécurité, que son Bureau examinait « attentivement » la possibilité d'ouvrir une enquête sur les crimes perpétrés contre les migrants en Libye¹⁴.

Or l'article 25 du statut de la CPI prévoit qu'est pénalement responsable non seulement celui qui commet ces actes mais aussi 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 incontestablement le cas des dirigeants de l'Union et des États membres et de leurs agents puisqu'ils fournissent 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 2017¹⁵. 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.

De l'ineffectivité des droits universels à l'impunité

La liberté de circulation transfrontières n'est pas garantie en tant que telle par le droit international conventionnel ou coutumier qui au contraire met en exergue la souveraineté des États et son corollaire : le droit de contrôler l'accès à leur territoire. Pour autant, 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 garantis par des principes généraux ou des règles précises du droit international.

Face à l'ampleur et à la gravité des atteintes portées à ces droits, qui découlent directement ou indirectement de la politique de contrôle des frontières mise en œuvre par l'Union européenne et ses États membres, comment expliquer la faiblesse, voire l'absence de réponses juridiques ou juridictionnelles qui pourraient faire rempart à ces violations caractérisées du droit international ou permettre de les sanctionner ?

Une responsabilité reportée sur autrui

Un premier élément d'explication réside précisément dans l'externalisation de la politique d'immigration et d'asile. Il est d'autant plus facile à l'Union européenne et à ses États membres de se dérober à leurs obligations de protection que les violations les plus graves des droits de l'homme se déroulent « loin des regards », dans des pays dont ni la législation ni le système juridictionnel ne répondent le plus souvent aux critères minimaux d'un État de droit. À qui peuvent alors s'adresser les victimes pour demander réparation ?

En principe, les États européens ne sauraient se défaire sur les États tiers 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 cause¹⁶. C'est la conclusion à

¹⁴ F. Bensouda, Discours devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, 8 mai 2017 <<https://www.un.org/press/fr/2017/cs12813.doc.htm>>

¹⁵ Amnesty international, *Libya's dark web of collusion : Abuses against Europe-bound refugees and migrants* (Libye. Un obscur réseau de complicités. Violences contre les réfugiés et les migrants qui veulent se rendre en Europe), 11 décembre 2017. <<https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1975612017french.pdf>>

¹⁶ 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,

laquelle arrive Mme Callamard dans son rapport précité de 2017 : « Pour prévenir la migration de masse à travers leurs frontières, rappelle-t-elle, certains États s'appuient sur la politique d'extraterritorialité afin de stopper les migrants avant qu'ils n'atteignent leur territoire ou tout lieu placé sous leur juridiction ou leur contrôle » ; ce faisant, ils se rendent potentiellement coupables d'aide et d'assistance à la perte de vies humaines et par là engagent leur responsabilité internationale. Tel est du moins le principe. Car en pratique cette responsabilité ne pourrait être mise en cause que devant la Cour internationale de justice, à l'initiative d'un autre État : un scénario très hypothétique compte tenu du flou juridique qui l'entoure et tout simplement improbable en raison de la convergence des intérêts étatiques dans le domaine des migrations.

Dès lors que certaines exactions dont sont victimes les migrants répondent à la qualification de crimes contre l'humanité, on pourrait imaginer que la Cour pénale internationale s'en saisisse. On a rappelé plus haut la déclaration de la procureure de la Cour pénale internationale évoquant cette hypothèse ; mais, au regard de l'expérience que l'on a du fonctionnement de la Cour, la probabilité de voir cette hypothèse se concrétiser un jour est minime, *a fortiori* de voir attrait devant elle non seulement les auteurs directs de ces crimes mais aussi les dirigeants des États qui les ont aidés à les commettre.

Un autre facteur joue en faveur de l'impunité : c'est la multiplicité des acteurs concernés, en raison de la dilution des responsabilités qui en résulte. Comment et devant quelle juridiction, par exemple, mettre en cause les agissements de Frontex qui portent atteinte à des droits fondamentaux¹⁷ ? L'agence pourra facilement 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 entreprend¹⁸. 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. Au demeurant, 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 une telle 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.

Les faiblesses inhérentes à la protection internationale des droits de l'homme

plus particulièrement des articles 2 et 16. « Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale » (art. 1^{er}) ; « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international, et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État » (art. 2) ; « L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où : a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État » (art. 16).

¹⁷ Sébastien Platon, « La coopération aux frontières de l'Europe et le respect des droits fondamentaux », in A.-M. Tournepiche (dir.), *La coopération, enjeu essentiel du droit des réfugiés*, Pedone, 2015, p. 49 ;

¹⁸ Sur la mise en jeu de la responsabilité de Frontex, voir notamment : Aude Bouveresse, « Frontex : une agence responsable et sous contrôles ? Ni *blanc-seing* ni « *dirty hands* », *RTD Eur.* 2017, p. 477 ; Laure Clément-Wilz, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », *RTD Eur.* 2017, p. 511 ; Arne Semsrott et Luisa Izuzquiza, « Peut-on contrôler les contrôles de Frontex ? », *Mediapart*, 16 août 2019, <https://www.mediapart.fr/journal/international/160819/peut-controler-les-controles-de-frontex?onglet=full>

À un niveau plus général, force est de constater les faiblesses inhérentes aux dispositifs de protection internationale des droits de l'homme. En premier lieu, si l'on met à part les droits dits « indérogeables », théoriquement inconditionnels, 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. Dans ces conditions, la censure des comportements attentatoires aux droits de l'homme devient beaucoup plus aléatoire, puisqu'il faudra à chaque fois mettre en balance ces atteintes avec les impératifs étatiques considérés *a priori* comme légitimes.

Une seconde limite à l'efficacité des mécanismes de protection des droits de l'homme tient au statut des comités et experts chargés de veiller au respect des droits proclamés par les conventions internationales. Si leurs rapports sont souvent très critiques à l'égard des États – on en a cité plus haut plusieurs exemples – leurs conclusions, même sévères, s'avèrent très peu dissuasives pour les États et restent la plupart du temps 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 ou rapporteurs spéciaux 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 les juridictions, dont les sentences sont obligatoires, à savoir : la Cour européenne des droits de l'Homme qui, par hypothèse, ne peut contrôler que les actes des États européens, et la Cour de justice de l'Union européenne, dont la sphère de compétence est encore plus restreinte.

Quand les juridictions européennes se dérobent

Commençons par celle-ci. Il est acquis depuis fort longtemps¹⁹ – bien avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht puis du Traité d'Amsterdam et de la Charte des droits fondamentaux – que le respect de ces droits fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour a pour mission d'assurer le respect et que, dans le cadre de cette mission, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme peuvent fournir des indications dont il convient de tenir compte. Encore faut-il qu'elle puisse être saisie et, si elle l'est, qu'elle ne se montre pas réticente à contrôler sous cet angle l'action des États membres. Les deux affaires rapportées ici illustrent bien les failles dans la protection que la Cour pourrait apporter aux victimes de violations de leurs droits fondamentaux du fait des États membres ou des institutions de l'Union.

Ni les victimes ni les organisations qui leur apportent une assistance ne sont recevables, on le sait, à tenter elles-mêmes un recours en constatation de manquement ; et si elles peuvent adresser une plainte à la Commission européenne pour lui demander d'exercer un tel recours, elles n'ont aucun moyen de l'y contraindre : la Commission jouit ici d'un entier pouvoir discrétionnaire, excluant par conséquent tout recours contre son refus d'agir.

Ainsi, après les événements survenus en octobre 2004, lorsque l'Italie avait renvoyé vers la Libye, en l'espace de quatre jours, le millier de personnes qui avait débarqué sur l'île de Lampedusa, plusieurs ONG avaient saisi la Commission en lui demandant d'engager une action en manquement contre l'Italie, coupable de violations manifestes de principes fondamentaux qui engagent l'Union européenne : prohibition des traitements inhumains ou dégradants, interdiction des expulsions collectives et des refoulements. La Commission s'est déclarée incompétente.

¹⁹ CJCE, 12 novembre 1969, aff. C/-26-69, *Stauder* ; CJCE, 17 décembre 1970, aff. C-11/70 5, *Internationale Handelsgesellschaft*.

Elle a fait valoir qu'elle ne disposait pas d'une compétence générale s'agissant d'assurer le respect des droits fondamentaux proclamés par la Charte européenne qui ne lie les États que lorsqu'ils agissent dans un domaine encadré par la législation européenne, or il n'existait pas à l'époque des faits de normes de droit de l'Union applicables en la matière²⁰. Seule s'appliquait donc la législation nationale de l'Italie, et seul le juge national aurait été compétent pour reconnaître et sanctionner la violation par les autorités italiennes de leurs obligations internationales.

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 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. Trois demandeurs d'asile pakistanais et afghan qui, entrés en Grèce en mars 2016, craignaient d'être renvoyés vers la Turquie, ont déposé devant le Tribunal de l'Union des recours visant à faire constater l'illégalité de l'accord : illégalité formelle dès lors que l'accord avait été passé sans respecter la procédure prévue à l'article 218 du TFUE pour la conclusion d'accords entre l'UE et les pays tiers ; illégalité substantielle, en raison de son incompatibilité avec les droits protégés par la Charte des droits fondamentaux ainsi qu'avec l'obligation de non-refoulement, au vu des risques de renvoi, à partir de la Turquie, vers le Pakistan et l'Afghanistan. Par une ordonnance du 28 février 2017²¹, le tribunal de l'UE s'est déclaré incompétent pour examiner les requêtes, estimant que « *nonobstant les termes regrettamment ambigus de la déclaration UE-Turquie* », l'accord n'avait pas été conclu par le Conseil européen mais par les chefs d'État et de gouvernement des États membres. 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 : elle a prétexté, sans prendre la peine de justifier cette affirmation, que l'argumentation n'était pas assez claire et précise, que les pourvois étaient dépourvus de cohérence, qu'ils se limitaient à des affirmations générales sur la méconnaissance du droit de l'Union et n'apportaient pas d'éléments juridiques supplémentaires par rapport aux arguments soumis au Tribunal²². Il est difficile de se défaire de l'idée que ces questions de compétence et de formalisme procédural ont été pour ces deux juridictions un prétexte pour éviter de se prononcer sur un sujet d'importance politique majeure, quitte à sacrifier leur rôle de protection des droits fondamentaux²³.

Si le rôle joué à cet égard par la Cour européenne des droits de l'Homme est, lui, incontestable, la protection apportée n'est pas non plus sans failles : en raison des obstacles procéduraux à franchir pour arriver jusqu'à elle et de la longueur des délais de jugement, mais aussi parce que la Cour, perméable comme tous les juges au discours dominant, admet l'intérêt prééminent des États à contrôler les flux migratoires au détriment de l'effectivité des droits théoriquement reconnus.

La Cour a été amenée à de très nombreuses reprises à connaître d'affaires mettant en cause les droits des migrants, qu'il s'agisse de la durée ou des conditions de l'enfermement, de traitements inhumains ou dégradants, d'expulsions collectives, de refoulements risqués. Mais elle

²⁰ Le délai de transposition de la directive « accueil » de 2003 n'avait pas encore expiré à la date des faits, relève-t-elle et la directive « procédure » n'a été adoptée qu'en 2005. c'est la législation nationale des États membres qui s'appliquait

²¹ Tribunal de l'UE, ord. du 28 février 2017, affaire T-192/16

²² CJUE, ord. du 12 septembre 2018, affaires jointes C-208/17 P à C-210/17 P

²³ Claudia Charles, « L'accord Union européenne – Turquie, un modèle ? », in *Le droit d'asile à l'épreuve de l'externalisation des politiques migratoires*, Gisti, coll. « Penser l'immigration autrement », 2020, p.

a parfois d'étranges timidités. Si, dans l'arrêt *M.S.S. c. Grèce et Belgique* (2011), elle avait clairement condamné les conditions de détention des demandeurs d'asile en Grèce sur le fondement d'une violation de l'article 3, elle a fait preuve, dans des affaires ultérieures, d'une réticence manifeste à mettre en cause la responsabilité des États hôtes pour les conditions qui règnent à Lampedusa²⁴ ou dans les hotspots grecs²⁵. Dans ces deux affaires, la Cour a certes retenu la violation de l'article 5 en raison de l'impossibilité des personnes enfermées de contester devant un juge leur privation de liberté ; mais elle a refusé de retenir la violation de l'article 3. Dans la première affaire, l'Italie avait été pourtant condamnée aussi, dans un premier temps, pour les conditions dégradantes de la détention et pour avoir procédé à l'expulsion collective des requérants, mais la Grande Chambre n'a plus retenu que le premier grief. Dans l'affaire des *hotspots* de Chios, de même, la Cour a condamné la Grèce sur la base d'un grief mineur, estimant à l'encontre de tous les témoignages sur les conditions de vie dans le camp que le seuil de gravité nécessaire n'avait pas été atteint pour qu'il y ait violation de l'article 3. On ne peut se défaire entièrement du soupçon que cette « retenue », pour ne pas dire cette pusillanimité, s'explique par la crainte d'ouvrir grand les vannes à un flot incontrôlable de requêtes, compte tenu du caractère massif, répété et largement documenté de violations semblables à celles qui lui étaient soumises.

Mais la limite à l'effectivité du contrôle de la Cour de Strasbourg se situe hélas trop souvent en amont des décisions rendues. Seules les victimes des violations invoquées peuvent, on le sait, agir devant la Cour, les associations qui les soutiennent pouvant seulement déposer des tierce-interventions. Cette politique restrictive de recevabilité des requêtes conjuguée avec la longueur des délais de jugement, qui est un mal endémique, se révèle particulièrement préjudiciable dans les contentieux qui nous occupent ici. Car plus les mois et les années passent, plus le risque s'accroît que le contact avec les requérants soit perdu et la Cour, dans ce cas, n'hésite pas à rayer l'affaire du rôle.

Les requêtes qui pour cette raison n'ont jamais été jugées étaient loin d'être des affaires mineures. Telle celle déposée au nom de 80 personnes expulsées ou menacées de l'être depuis Lampedusa vers la Libye en mars 2005 : après avoir déclaré dans un premier temps les requêtes recevables, la Cour a finalement décidé de les rayer du rôle en janvier 2010²⁶, compte tenu de l'impossibilité d'établir le moindre contact avec les requérants. Ultérieurement, dans une affaire portant sur des faits analogues, les victimes – des ressortissants somaliens et érythréens – ont réussi il est vrai à obtenir la condamnation de l'Italie²⁷. Force est cependant de constater que les vingt-cinq requérants faisaient partie d'un groupe de 200 personnes dont le sort est resté inconnu et qu'entre le dépôt de la requête et le jugement les avocats n'avaient pu garder le contact qu'avec six d'entre eux, ce qui montre le caractère aléatoire de la possibilité de mener à son terme la procédure juridictionnelle.

Le cas s'est reproduit à plusieurs reprises. À titre d'exemple, dans une affaire 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 requête²⁸. Dans une affaire concernant 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

²⁴ Cour EDH, *Khlaïfia et autres c. Italie*, Gde chambre, 15 décembre 2016, Req. n°16483/12. D-

²⁵ Cour EDH, *Kaak et autres c. Grèce*, 3 octobre 2019, Req. n°34215/16

²⁶ CEDH, 19 juillet 2010, *Hussun et autres c. Italie*, Req. n°

²⁷ CEDH, février 2012, *Hirsi, Jamma et autres c. Italie*, Req. n°

²⁸ Cour EDH, 14 novembre 2017, *S.P. et M.A. c. France*, Req. n° 30027/12

raier l'affaire du rôle après avoir constaté que les requérants n'avaient pas maintenu le contact avec leur avocate²⁹. Cette pratique de radiation systématique des requêtes, façon commode pour la cour de réduire le stock des affaires en instance, débouche sur la multiplication des dénis de justice et laisse ainsi impunies les violations les plus graves des droits de l'Homme³⁰.

Des juridictions nationales timorées

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 citera, pour illustrer les difficultés à actionner les juridictions nationales, deux exemples d'affaires emblématiques portées l'une devant le juge pénal, l'autre devant le juge administratif.

La première affaire, dite du *left-to-die boat*, fait suite aux événements relatés plus haut : en mars 2011, au moment où, en raison du chaos qui s'installait dans le pays, 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. Manquant de carburant, de nourriture et d'eau potable, ils avaient perdu le contrôle de l'embarcation et lorsque le zodiac a été finalement rejeté sur les côtes libyennes, après quinze jours de dérive, il ne restait que onze survivants, dont deux sont morts peu après. Au total, soixante-trois personnes, dont vingt femmes et trois enfants, ont trouvé la mort. 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. L'affaire a été portée par des survivants devant la justice pénale française avec le soutien de plusieurs ONG en avril 2012. Après huit ans de procédure, le non-lieu a été confirmé par un arrêt du 6 octobre 2020 de la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris³¹. Des actions analogues ont été engagées dans d'autres pays de l'OTAN dont la responsabilité pouvait logiquement être mise en cause, notamment en Belgique, en Espagne et en Italie. Toutes les plaintes ont finalement été classées.

L'autre affaire a été présentée devant la juridiction administrative. En 2019, la ministre des Armées avait annoncé l'achat par la France de six embarcations rapides au profit des garde-côtes libyens pour faire face au « problème de l'immigration clandestine ». Huit associations, à l'initiative d'Amnesty international, de MSF et du Gisti, ont saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours en annulation de cette décision, assorti d'un référé suspension. Étaient notamment invoqués : la violation des engagements internationaux de la France (notamment le Traité sur le commerce des armes et la position commune de l'Union européenne interdisant de procéder à des transferts de matériel militaire vers des pays où ils risquent d'être utilisés pour commettre des violations graves des droits humains) ; la violation de l'embargo sur les armes à destination de la Libye découlant des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU et de l'Union européenne ; l'implication de la France dans la violation des droits humains des migrants et réfugiés dont la vie et la sécurité sont délibérément mis en danger par les garde-côtes libyens, avec la circonstance supplémentaire que les personnes interceptées en mer sont systématiquement transférées dans des centres de détention où ils subissent des violences extrêmes et des traitements inhumains.

²⁹ Cour EDH, Gde Chambre, 17 novembre 2016, *V. M. et autres c. Belgique*, Req. n°

³⁰ En ce sens, voir Nicolas Hervieu, « Cour européenne des droits de l'homme : De la résilience juridictionnelle à l'audace contentieuse ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés <<http://journals.openedition.org/revdh/3765>>

³¹ On trouvera l'historique de l'affaire ici : <https://www.gisti.org/spip.php?article4673> et le résumé des étapes contentieuses ici : <https://www.gisti.org/spip.php?article4882>

Le tribunal administratif de Paris s'est estimé incompétent pour statuer sur une décision qui n'était pas détachable, selon lui, de la conduite des relations extérieures de la France et constituait donc un « acte de gouvernement » selon la terminologie habituelle. Saisie en appel, la cour administrative d'appel a, pour les mêmes raisons, rejeté la requête en référé suspension. Alors que le recours au fond restait pendant, sans guère de chances de voir le juge modifier sa position, la ministre des Armées, à la veille de la clôture de l'instruction, a déposé un mémoire en défense dans lequel elle informait avoir renoncé à la livraison de six bateaux au profit des garde-côtes libyens, demandant au juge de prononcer un non-lieu à statuer – ce que le juge a fait par une décision du 19 décembre 2019.

*

La question de l'impunité reste donc entière, alors même que la lutte contre l'impunité est présentée comme un facteur déterminant pour protéger efficacement les droits de l'Homme³².

Ce « régime d'impunité quasi généralisé » face aux pertes massives en vies humaines parmi les réfugiés et les migrants fuyant leur pays, dénoncé par Agnès Callamard, l'a été également 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* »³³.

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'auront eu aucun scrupule à utiliser le risque mortel encouru par les migrants comme arme de dissuasion ? Comment justifiera-t-on l'impunité dont ils ont bénéficié ?

Car on ne pourra pas dire qu'on ne savait pas : 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. Et comme il existe un accord implicite entre tous les États européens et plus largement tous les États « du Nord » sur les politiques migratoires à mener, l'impunité est parfaitement assurée puisqu'aucun État ne s'avisera d'en dénoncer un autre devant la CIJ ou la CPI. Il n'y a donc 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 universel 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* ».

³² Louis Joinet (dir.), *Lutter contre l'impunité*, La découverte, 2002. Le Haut-commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme rappelle lui aussi de façon constante la nécessité de « Lutter contre l'impunité et renforcer la responsabilisation et l'État de droit ».

³³ 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.