

LA CRISE DE L'ESPACE SCHENGEN PENDANT LE PRINTEMPS ARABE : IMPACT SUR LES DROITS HUMAINS DES MIGRANTS ET DES DEMANDEURS D'ASILE

*Idil Atak**

L'instabilité politique et l'insécurité déracinent plusieurs milliers de personnes en Tunisie et en Libye pendant le Printemps arabe. Au cours des neuf premiers mois de 2011, plus de 50 000 traversent clandestinement la Méditerranée pour l'Italie. Face cette situation, l'Italie proclame l'état d'urgence humanitaire dès le 12 février. Elle se tourne aussi vers l'Union européenne (UE) et ses partenaires pour demander de l'aide et un partage effectif du « fardeau » que représente l'accueil des migrants. L'aide tardant à arriver, le gouvernement italien qui se trouve à la veille des élections municipales adopte le 5 avril un décret permettant l'octroi des titres de séjour « pour des raisons humanitaires » aux migrants nord-africains arrivés sur le territoire italien entre le 1^{er} janvier et le 5 avril 2011. Ce document permet à son détenteur de circuler librement dans l'espace Schengen. Sur environ 25 000 Tunisiens, 3 500 se dirigent alors vers la France. Pour contenir ces déplacements, le 6 avril, le ministre français de l'Intérieur adopte une circulaire rappelant aux préfetures que ces titres de séjour ne sont valables que s'ils ont été notifiés par l'État émetteur à la Commission européenne et que, dans tous les cas, les intéressés doivent être en mesure de justifier de l'objet et des conditions de leur séjour en France¹. Deux jours plus tard, le gouvernement français annonce la réintroduction de contrôles à ses frontières avec l'Italie². Sa position est soutenue par les ministres de l'Intérieur autrichien, allemand et belge, puis finlandais, néerlandais et slovaque, qui se prononcent contre la décision italienne d'attribution de titres de séjour. Ces États évoquent la « fin de Schengen » et une « violation de l'esprit de Schengen »³.

Le présent article examine la réponse de l'UE et de ses États membres à l'arrivée des demandeurs d'asile et de migrants irréguliers pendant le Printemps arabe. Il propose une analyse critique des politiques actuelles et des perspectives futures relatives à la gestion des mouvements migratoires indésirés dans l'espace

* LL.D. Postdoctorante au Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique, Faculté de droit, Université McGill. L'auteure tient à remercier le CRSH pour son soutien financier et Nadine Saadé pour son assistance à la recherche bibliographique.

¹ Cet article ne s'attardera pas sur la base juridique et la légalité des mesures prises par les Parties au regard du droit de l'Union européenne. Pour une analyse de ces questions voir Sergio Carrera et al, « A Race Against Solidarity : The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair » (2011), en ligne : Liberty and Security in Europe <<http://www.ceps.be/book/race-against-solidarity-schengen-regime-and-franco-italian-affair>>.

² France, Ministère de l'intérieur, *Autorisations de séjour délivrées à des ressortissants de pays tiers par les États Membres de Schengen*, NOR : IOC/K11/00748/C (6 avril 2011); Marie-Laure Basilien-Gainche, « La remise en cause des accords de Schengen », Document remis dans le cadre de la formation transfrontalière de l'Euroinstitut Catalan Transfrontalier, *L'Espace Schengen est-il en péril?*, 23 septembre 2011 [Basilien-Gainche].

³ Virginie Guiraudon, « Schengen : une crise en trompe l'œil » (2011) 76:4 *Politique étrangère* 773 à la p 779 [Guiraudon].

Schengen. Une attention particulière est portée sur les répercussions de ces politiques sur les droits humains des migrants irréguliers et la protection des réfugiés. Le but est de montrer que des mesures répressives sont privilégiées au nom du bon fonctionnement de l'espace Schengen et que l'incapacité de l'UE de mettre en œuvre des solutions fondées sur les principes de solidarité et de confiance mutuelle empêche le développement d'une politique commune européenne d'asile et d'immigration respectueuse des droits humains.

Dans un premier temps, les conditions de libre circulation au sein de l'espace Schengen sont examinées, tout comme leur lien avec la sécurisation de la migration irrégulière et de l'asile. Cette partie vise à montrer que ces phénomènes sont considérés comme des menaces à l'ordre public ou comme des circonstances exceptionnelles justifiant la fermeture des frontières et donc la suspension de la coopération Schengen. La deuxième partie est consacrée aux mesures prises par l'UE et ses États membres pour gérer les mouvements migratoires pendant le Printemps arabe. Elle explore la compatibilité de ces mesures avec les principes régissant l'espace Schengen. En dernier lieu, l'impact des solutions répressives sur les droits humains des migrants et des demandeurs d'asile fait l'objet d'analyse. L'article cherche aussi à déterminer les raisons pour lesquelles des mesures plus constructives et respectueuses des droits humains ne sont pas déployées.

I. Espace Schengen : la libre circulation et la sécurisation de la migration

L'espace Schengen découle du projet lancé dès le *Traité de Rome*⁴ de 1957 visant à créer en Europe un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes. L'*Accord de Schengen*⁵ signé le 14 juin 1985 entre la République fédérale d'Allemagne, la France, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas a pour but de promouvoir cette liberté. Il prévoit la suppression graduelle des contrôles de personnes aux frontières intérieures entre les Parties contractantes. Cet accord – qui jette les bases de l'Espace de Liberté, Sécurité et de Justice que deviendra l'UE – est basé sur les principes de confiance mutuelle, de coopération, de solidarité et de partage de responsabilité entre les États membres.

L'*Accord de Schengen* complété en 1990 par la *Convention d'application de l'Accord de Schengen*⁶ (*Convention d'application*) entraîne le renforcement des mesures de sécurité aux frontières extérieures et l'harmonisation des règles

⁴ *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 RTNU 17 (entrée en vigueur : 1er janvier 1958).

⁵ *Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, 14 juin 1985, JO, L 239/0013.

⁶ *Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, 14 juin 1985, JO, L 239/0019 [*Convention d'application*].

concernant le séjour et la circulation des étrangers à l'intérieur de ce qui est désormais devenu l'espace Schengen⁷.

La *Convention d'application* vise à « compenser » la chute du niveau de sécurité occasionnée par l'absence des contrôles aux frontières internes. Elle instaure le principe de partage de responsabilité dans le traitement des demandes d'asile, ainsi que les critères pour déterminer l'État membre responsable⁸. La coopération pour la surveillance des frontières fait l'objet d'une réglementation rigoureuse⁹. Dans cet instrument qui est largement dévolu à la collaboration policière contre la migration irrégulière, les Parties contractantes conviennent d'échanger les informations pertinentes pour harmoniser des instructions données aux services concernés¹⁰. Les mesures spécifiques sont prises, non seulement dans les domaines du contrôle des frontières extérieures, de la politique des visas et de la réadmission, mais aussi en matière répressive comme la sanction des employeurs et des transporteurs, la détention et l'expulsion des étrangers. Conçus hors du cadre législatif communautaire, l'*Accord de Schengen* et sa *Convention d'application* (communément appelés *Accords de Schengen*) initient de nouvelles modalités d'action intergouvernementale qui privilégient les instruments non-contraignants (résolution, recommandation, décision, etc.) ce qui facilite la coopération opérationnelle entre les services répressifs des États parties. L'acquis Schengen représente des centaines d'instruments régissant chacun des domaines d'action précisés ci-haut. Les décisions sont prises et appliquées par le Conseil européen suivant les orientations axées sur la sécurité des États. Dans ce processus, la compétence de la Commission européenne est restreinte et le Parlement européen n'a pas de droit de regard. Le cadre législatif dérogatoire explique la faiblesse initiale de la protection juridique des personnes visées par la mise en œuvre des dispositions des accords de Schengen, notamment concernant la coopération policière¹¹. L'acquis Schengen est incorporé dans le droit communautaire par le *Traité d'Amsterdam*¹² (1997) et s'applique désormais à l'ensemble des États membres de l'UE à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande¹³. Bien que l'entrée

⁷ Ces deux instruments communément appelés *Accords de Schengen* lient aujourd'hui vingt-cinq États : vingt-deux membres de l'UE (Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suède) et trois États associés (Islande, Norvège, Suisse). Le Royaume-Uni et l'Irlande préfèrent demeurer en dehors de l'espace Schengen. Trois États membres (Chypre, Roumanie et Bulgarie) n'en font pas encore partie. Cette composition à géométrie variable reflète les préoccupations liées à la sécurité des États et de l'UE.

⁸ *Convention d'application*, *supra* note 6, art 28.3 et 30.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, art 7.

¹¹ Steve Peers, « Les droits de l'homme et le troisième pilier », dans Philip Alston, dir, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 167 aux pp 173-174.

¹² *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, 10 novembre 1997, JO, C 240.

¹³ *Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes - Protocoles annexés au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne - Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne*, 18 juin 1997, JO, C 340/01.

en vigueur du *Traité de Lisbonne*¹⁴ en 2009 élargisse les compétences institutionnelles, la sécurité continue à être un objectif majeur. La libre circulation doit, par conséquent, être assurée en liaison avec des mesures de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration et de lutte contre la criminalité¹⁵. Ce point est souligné par la Cour de Justice des Communautés européennes qui admet que certains contrôles peuvent être maintenus aux frontières internes de l'Union :

tant que des dispositions communautaires relatives aux contrôles aux frontières extérieures de la Communauté, impliquant également des règles communes ou harmonisées en matière notamment de contrôle d'accès, de visas et d'asile, n'ont pas été adoptées [...].¹⁶

De même, le Conseil européen a récemment rappelé que « *responsibility for the control and surveillance of the external borders lies with the Member States which, in performing this function, are also acting in the common interest of all Member States* »¹⁷.

Dans ce contexte, la gestion des arrivées massives de migrants irréguliers et de demandeurs d'asile, comme ce fut le cas pendant le Printemps arabe, s'avère particulièrement problématique puisqu'une fois admis sur le territoire de l'UE, les citoyens de pays tiers peuvent s'y déplacer librement et le contrôle de leur déplacement devient une préoccupation de l'ensemble des États européens. Afin de faire face à ce défi sans compromettre la liberté de circulation, l'Union a mis en place des outils fondés sur le principe de solidarité et de partage de responsabilité. Selon l'article 78.3 du *Traité de Lisbonne*¹⁸ au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen. Aussi, le Conseil européen a, par exemple, adopté, le 25 septembre 1995, une résolution sur la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour temporaire de personnes déplacées¹⁹ et, le 4 mars 1996, une décision relative à une procédure d'alerte et d'urgence pour la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour, à titre temporaire, des personnes déplacées²⁰. De même, la *Directive 2001/55/CE*²¹ du Conseil, qui est la première

¹⁴ *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JO, C 306/01 [*Traité de Lisbonne*].

¹⁵ Rey Koslowski, « Personal security and state sovereignty in a uniting Europe », dans Virginie Guiraudon et Christian Joppke, dir, *Controlling a new migration world*, London, Routledge, 2001, 99 à la p 99.

¹⁶ CJE, *Procédure pénale c Florus Ariël Wijzenbeek*, C-378/9721, [1999] ECR, I-06207, à la p I-06264.

¹⁷ CE, Conseil de l'Union européenne, *Council Conclusions on Borders, Migration and Asylum : Stocktaking and the way forward*, Bruxelles, CE, 2011 au para 5 [Conseil de l'UE, *Conclusions*].

¹⁸ *Traité de Lisbonne*, supra note 14, art 78.3.

¹⁹ CE, Conseil de l'Union européenne, *Résolution du Conseil, du 25 septembre 1995, sur la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour à titre temporaire des personnes déplacées*, [1995] JO, C 262/01.

²⁰ CE, Conseil de l'Union européenne, *Décision du Conseil, du 4 mars 1996, relative à une procédure d'alerte et d'urgence pour la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour, à titre temporaire, des personnes déplacées*, [1996] JO, L 63/10.

directive européenne en matière d'asile, est élaborée en 1999 à la demande de l'Allemagne qui fait face un exode de quelques 600 000 Albanais du Kosovo fuyant l'épuration ethnique. Cet instrument vise à offrir « en cas d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine »²², une protection immédiate, sans procédure individuelle de détermination. La protection en question est temporaire, d'une durée d'un an. La procédure de caractère exceptionnel peut être mise en œuvre notamment si le système d'asile risque de ne pouvoir traiter l'afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement, dans l'intérêt des personnes concernées²³. Elle poursuit le but d'établir un équilibre entre « les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil »²⁴. Toutefois, comme il sera souligné plus bas, les dispositifs de solidarité trouvent rarement un écho favorable parmi les États membres qui préfèrent suspendre la liberté de circulation pour faire face aux arrivées massives d'étrangers.

Le droit de l'UE reconnaît la possibilité de réintroduire temporairement le contrôle aux frontières intérieures²⁵. Le *Code frontières Schengen (Code)* prévoit dans son article 23 qu'

en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un État membre peut exceptionnellement réintroduire le contrôle à ses frontières intérieures durant une période limitée d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours [...] ou, en cas d'urgence [...]. L'étendue et la durée de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour répondre à la menace grave.²⁶

Ce processus demeure cependant méticuleusement réglementé. Les articles 24 à 31 du *Code* précisent la procédure à suivre par l'État en question. Par exemple, lorsque les menaces qui motivent la réintroduction sont prévisibles, l'État membre doit en aviser « dès que possible » les autres États membres et la Commission (c'est d'ailleurs cette absence d'avis que la France évoque dans sa circulaire pour contester la validité des titres de séjours octroyés par l'Italie aux ressortissants tunisiens), et fournir toutes les informations utiles concernant le champ d'application et la durée de la réintroduction, ainsi que les motifs de celle-ci²⁷. Une mesure de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures ne doit être prise

²¹ CE, *Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil*, [2001] JO, L 212/12 [CE, *Directive 2001/55/CE*].

²² *Ibid*, art 2a).

²³ CE, *Directive 2001/55/CE*, *supra* note 21.

²⁴ *Ibid*, art 23.

²⁵ CE, *Règlement (CE) 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes*, [2006] JO, L 105/1 [*Code frontières Schengen*].

²⁶ *Ibid*, art 23.

²⁷ *Ibid*, art 24.

qu'en dernier recours, et ne doit avoir que l'ampleur et la durée requises pour atténuer raisonnablement les conséquences négatives des circonstances exceptionnelles²⁸.

Selon un rapport de la Commission européenne publié en 2010, la possibilité de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures a été utilisée 22 fois depuis l'entrée en vigueur du Code en octobre 2006. Plus récemment, les contrôles ont été rétablis à d'autres reprises, y compris par la Norvège et la Suède à la suite des actes terroristes perpétrés en Norvège en 2011²⁹. Dans la plupart des cas, cependant, cette mesure permet aux autorités policières de gérer les mesures de sécurité à prendre dans le cadre de grands événements sportifs, de manifestations ou de réunions politiques de haut niveau. La réintroduction unilatérale des contrôles aux frontières n'a jamais dépassé 30 jours; elle a généralement duré beaucoup moins longtemps³⁰.

On peut conclure de ce qui précède que la réaction de la France de fermer sa frontière avec l'Italie n'est pas une exception au sens où le droit de l'UE permet une telle mesure. Toutefois, l'article 80 du *Traité de Lisbonne* stipule que les politiques de l'Union relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. Chaque fois que cela est nécessaire, les actes de l'Union adoptés en vertu du présent chapitre (asile et immigration) contiennent des mesures appropriées pour l'application de ce principe. Or, pendant le Printemps arabe, non seulement ces principes n'ont pas été appliqués, mais aussi les migrants sont traités comme des criminels; la France considère le franchissement de ses frontières communes avec l'Italie par des étrangers en provenance d'Afrique du Nord comme une « menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure » justifiant la suspension de la liberté de circulation. Cette perception est répandue au sein de l'UE³¹ et justifie des solutions axées sur la répression plutôt que sur des voies plus constructives et conformes aux droits humains et à la protection des réfugiés. Ces points sont développés dans les prochaines sections.

²⁸ CE, Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions; Gouvernance de Schengen - Renforcer l'espace sans contrôle aux frontières intérieures*, Bruxelles, CE, 2011, à la p 4 [Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*].

²⁹ *Ibid*, p 5.

³⁰ CE, Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, Bruxelles, CE, 2010; Elizabeth Collett, « Faltering Movement : Explaining Europe's Schengen Struggle » (2011), en ligne : Migration Policy Institute <<http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?ID=859#top>>; Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 aux pp 4-5.

³¹ Anastassia Tsoukala, « Turning immigrants into security threats : a multi-faceted process » dans Gabriella Lazaridis, dir, *Security, insecurity and migration in Europe*, Farnham, Ashgate, 2011, 179; Jef Huysmans, « The European Union and the securitization of migration » (2000) 38:5 *Journal of Common Market Studies* 751.

II. Assurer le bon fonctionnement de Schengen : les solutions axées sur la répression de la migration

L'enjeu majeur pour l'espace Schengen consiste à faire face à des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de la coopération Schengen, sans porter atteinte au principe de la libre circulation des personnes. À la demande du Conseil européen, le 16 septembre 2011 la Commission présente une série de solutions dans le but d'assurer un équilibre entre ces deux objectifs. De prime abord, la Commission souligne l'importance d'une approche plus concertée au niveau de l'UE en ce qui concerne la réintroduction exceptionnelle des contrôles aux frontières intérieures. Elle prône surtout de confier la gouvernance de Schengen à l'Union européenne : un mécanisme d'évaluation renforcé devrait être mis en place associé à un mécanisme de l'Union pour faire face aux menaces exceptionnelles. Il s'agit, selon elle, des outils législatifs qui accroîtront tant l'efficacité de l'espace Schengen que la transparence de son fonctionnement. Dans ce cadre, la Commission s'attribue le pouvoir de décider du caractère prévisible ou imprévu de l'événement qui constitue une menace et des cas de « manquement grave concernant l'application des règles de Schengen, par exemple lorsqu'un État membre ne protège pas correctement une partie de la frontière extérieure de l'UE »³². Dans ce dernier cas, la Commission propose des mesures de sortie de crise dont certaines ont été déployées, sans grand succès, pendant le Printemps arabe.

La première de ces solutions est de recourir à l'aide d'urgence permettant à l'État concerné d'assurer la réception des migrants et, le cas échéant, le traitement de leurs demandes d'asile. L'Italie a, en effet, reçu un financement du Fonds européen pour les frontières extérieures et du Fonds européen pour les réfugiés de 25 millions d'euros alors qu'elle avait demandé un montant de 100 millions. Cette aide insuffisante n'a, par ailleurs, pas été mise à disposition à temps par l'UE. Cela prouve la lenteur du système et la portée limitée de la solidarité financière dans le domaine de la gestion des frontières. La nécessité d'améliorer l'aide d'urgence est reconnue par la Commission qui préconise une hausse importante des dotations consacrées aux politiques relevant des affaires intérieures, un montant total de quelques 8,2 milliards d'euros étant désormais prévu pour la période 2014-2020, pour « garantir que les questions de migration seront examinées de manière adéquate et en temps utile »³³. Bien que cette hausse soit la bienvenue, les financements gérés par la Commission devraient être débloqués rapidement pour aider les États à améliorer les conditions de réception et à procéder à l'examen des demandes d'asile. Cela nécessite également un allègement de la procédure bureaucratique de gestion des fonds.

Une deuxième solution proposée par la Commission est de faire appel au Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEA), et notamment aux équipes d'appui « asile ». Le BEA pourrait, dans l'avenir, jouer un rôle capital auprès des États en leur

³² Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 aux pp 5 et 7.

³³ CE, Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Un budget pour la stratégie Europe 2020*, Bruxelles, CE, 2011.

fournissant des conseils techniques concernant l'accueil des demandeurs ou le traitement de leur demande d'asile. Cette Agence de l'UE inaugurée à Malte le 19 juin 2011 n'était pas fonctionnelle au moment du Printemps arabe.

Dans la liste dressée par la Commission dans sa communication du 16 septembre 2011, la solution privilégiée est la répression de la migration. En effet, l'UE et ses États membres ont rapidement activé les dispositifs déjà en place afin de prévenir et de dissuader les mouvements clandestins. Le 12 avril 2012, les ministres européens de la Justice et de l'Intérieur se réunissent d'urgence et adoptent un plan d'action intitulé « *EU Action on Migratory Pressure: A Strategic Response* » qui détaille les mesures répressives pour faire face à l'arrivée de migrants et de demandeurs d'asile³⁴. Le renforcement des contrôles aux frontières extérieures et la coopération accrue avec les pays d'origine et de transit y occupent une place de choix. L'Agence pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (Frontex) joue un rôle important dans la réalisation de ces objectifs. Créée en 2005, cette agence de l'UE a pour mandat principal de combattre la migration irrégulière et de promouvoir la solidarité et la confiance mutuelle entre les gardes-frontières des États membres et des pays tiers. Frontex peut apporter à un État membre une assistance en matière de renforcement des capacités afin de lui permettre d'accroître les moyens humains et techniques dont il dispose pour gérer ses frontières ou de retour de migrants irréguliers³⁵. Depuis sa création, Frontex mène des opérations aux frontières aériennes en assurant des échanges croisés de fonctionnaires en renfort des contrôles migratoires et des opérations de renvois forcés. Des experts de la police aux frontières sont également postés aux points de passage terrestres sensibles. En outre, l'Agence peut déployer des équipes d'intervention rapide aux frontières (RABIT), à la suite d'une demande présentée par un État membre³⁶. De telles équipes sont positionnées le long de la frontière terrestre gréco-turque entre novembre 2010 et mars 2011 et appréhendent 11 809 migrants irréguliers³⁷. Les RABIT se composent de gardes-frontières originaires de plusieurs États membres de l'UE placés sous le commandement opérationnel du pays hôte³⁸. Par exemple, au cours de l'opération menée à la frontière gréco-turque, 170 gardes-frontières en moyenne par jour sont mobilisés et des équipements techniques lourds sont prêtés par 26 États membres contribuant à l'opération³⁹.

Les opérations maritimes sont, de loin, l'activité la plus importante de Frontex à ce jour. Elles se concrétisent par le déploiement des patrouilles communes, des avions de surveillance et des moyens humains sur les voies empruntées par les migrants irréguliers. Plusieurs opérations sont menées ciblant les mouvements en provenance d'Afrique de l'Ouest à destination des îles Canaries, de Libye vers Malte et l'Italie, ou encore, en mer Égée. Entre 2005 et 2008, cinquante opérations

³⁴ CE, Conseil de l'Union européenne, *EU Action on Migratory Pressure: A Strategic Response*, Bruxelles, CE, 2012.

³⁵ Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 à la p 9.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Frontex, *Rabit Operation 2010, Evaluation report*, Varsovie, 2011, à la p 10.

³⁸ Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 à la p 9.

³⁹ Frontex, supra note 17 à la p 10.

conjointes et vingt-trois projets pilotes sont réalisés, plusieurs milliers de personnes interceptées par Frontex⁴⁰.

Pendant le Printemps arabe, une opération conjointe maritime intitulée « Hermes », initialement prévue pour juin 2011, est avancée au 20 février, avec pour objectif de contrôler les flux d'immigration des pays d'Afrique du Nord vers l'Italie et Malte. L'opération dure jusqu'à fin août 2011. Quinze pays mettent à disposition de Frontex des hélicoptères, des bateaux, l'équipement technique et du personnel pour surveiller les frontières maritimes sud méditerranéens. La Suisse pour la première fois prend part à une telle opération. D'après les données publiées par Frontex, le budget de la première phase de l'opération (de 20 février à 31 mars) s'élève à 12 158 959 d'euros. 20 000 personnes sont interceptées au cours de ces cinq semaines⁴¹.

Frontex émerge ainsi comme un acteur majeur dans la gouvernance de l'espace Schengen. Le Conseil européen prévoit le renforcement de son mandat :

*The functioning of Frontex and other agencies needs to be continuously monitored to ensure their continued efficiency in assisting Member States in managing external borders, in fighting illegal immigration and in dealing with refugees. Frontex will cooperate with the third countries concerned. The European Council welcomes the agreement reached on the revision of the Frontex Regulation, which will increase the effectiveness of that Agency's operational capacities.*⁴²

Par ailleurs, Europol se trouve de plus en plus impliqué dans le contrôle des mouvements migratoires. Pendant le Printemps arabe, Europol procède à l'analyse du risque portant sur le danger que la situation politique instable de la région soit exploitée par des réseaux criminels ou terroristes. À Lampedusa, Europol offre à l'Italie un accès en temps réel à des bases de données criminelles et une aide à la collecte des informations⁴³. Notons que les activités d'Europol, organisme indépendant doté de la personnalité juridique, incluent la lutte au terrorisme, le trafic illicite de drogues et autres formes graves de la criminalité internationale, par un échange d'informations permanent avec les unités nationales des États membres. Son domaine d'action couvre la lutte contre la filière d'immigration clandestine et la traite des êtres humains, et comprend une coopération étroite avec Frontex. L'implication d'Europol dans la gestion des flux migratoires au cours du Printemps arabe est pourtant loin d'être justifiée puisque ces arrivées ne revêtaient pas une dimension criminelle et qu'il était peu probable que des membres de réseaux criminels impliqués dans la traite d'êtres humains ou le trafic de migrants soient eux-mêmes présents sur des bateaux. Cet engagement renforce pourtant le lien présumé entre migrations et criminalité, légitimant le déploiement des mesures répressives exceptionnelles comme l'interception en mer, la détention systématique et le renvoi forcé à l'encontre de migrants.

⁴⁰ Commission européenne, *Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'agence Frontex*, Bruxelles, 2008 aux p 6 et 9.

⁴¹ Frontex, *Joint Operation Hermes 2011*, Varsovie, 2011.

⁴² Conseil de l'UE, *Conclusions*, supra note 17 au para 25.

⁴³ Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 à la p 10.

La coopération avec les pays tiers est une autre solution privilégiée par l'UE et ses États membres pour gérer les migrations indésirées. Selon Yves Pascouau :

*The EU's responses to the Arab Spring in terms of migration has been multifaceted. The first reaction was to provide immediate support to third countries dealing with hundreds of thousands of people moving across the Mediterranean region and more particularly fleeing Libyan political unrest. The second reaction was to publish a series of communications on 'migration' all outlining the need to develop new partnerships with countries of the Southern neighbourhood in the field of migration.*⁴⁴

Les accords de réadmission constituent le pilier de la coopération avec les pays tiers⁴⁵. Le Pacte européen sur l'immigration et l'asile de novembre 2008 rappelle l'importance de la négociation « des accords de réadmission, soit au niveau communautaire, soit à titre bilatéral, de sorte que chaque État membre dispose des outils juridiques pour assurer l'éloignement des étrangers en situation irrégulière »⁴⁶. Le 5 avril, l'Italie renégocie à la hâte un accord bilatéral avec le gouvernement provisoire tunisien prévoyant non seulement la réadmission des ressortissants tunisiens, mais aussi le maintien et le renforcement des patrouilles communes menées dans les eaux territoriales tunisiennes. L'Italie également conclut un accord semblable avec le Conseil National de transition de Libye en juin 2011. Les effets sur les droits humains de ces accords sont examinés dans la section suivante.

La ligne de conduite italienne est soutenue par la Commission qui, afin d'assurer la « bonne gouvernance de l'espace Schengen », entend poursuivre la coopération avec les pays tiers :

L'UE et ses agences sont à même de prendre un éventail de mesures pour coopérer avec les pays tiers d'origine ou de transit et engager un dialogue avec ceux-ci, afin de les aider à renforcer le contrôle des frontières et à endiguer les flux de migration irrégulière vers l'Union. Cette aide peut, par exemple, être fournie sous la forme d'une assistance financière ou matérielle au pays tiers en question, notamment pour l'aider à surmonter une crise humanitaire. De même, l'assistance aux États membres grâce à une intervention auprès des pays tiers pourrait prendre la forme de consultations relatives à la réadmission des migrants irréguliers originaires de ce pays tiers, ou pourrait consister en la fourniture d'une assistance technique en

⁴⁴ Yves Pascouau, « Arab spring and migration: will the new global approach to migration and mobility respond to the challenges? » dans Sven Biscop, Rosa Balfour et Michael Emerson, dir. *An Arab springboard for EU foreign policy?*, Bruxelles, Egmont Royal Institute of International Relations, 2012, 57 à la p 57.

⁴⁵ La réadmission est un acte par lequel un État accepte de réadmettre sur son territoire une personne qu'il s'agisse de l'un de ses ressortissants, d'un citoyen d'un pays tiers ou d'un apatride, dont il est établi qu'elle est entrée illégalement dans un autre État, que sa présence y était illégale ou son séjour irrégulier. Elle repose sur une entente imposant des obligations réciproques aux parties contractantes et fixant des procédures administratives et opérationnelles détaillées afin de faciliter le retour et le transit des migrants irréguliers; CE, Commission des communautés européennes, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, Bruxelles, CE, 2002.

⁴⁶ CE, Conseil de l'Union européenne, *Pacte européen sur l'immigration et l'asile*, Bruxelles, CE, 2008 à la p 7.

matière de gestion de la migration ou en la mise en œuvre d'un Programme de protection régional.⁴⁷

En outre, l'UE propose de développer des partenariats avec les pays du Sud et de l'Est de la Méditerranée dans le cadre de la politique européenne de voisinage. L'aide de l'UE dépend bien entendu de la capacité de l'État en question de contenir les mouvements migratoires irréguliers :

*Mobility Partnerships will be differentiated according to partner countries' individual merits; be agreed with each partner country separately; be conditional on efforts and progress made in all areas (migration, readmission, mobility and security); and include an efficient monitoring mechanism. Ways should be sought to increase the share of funding devoted to those areas, within the existing envelopes.*⁴⁸

En bref, l'UE et les États membres canalisent leur énergie et leurs ressources à prévenir et à réprimer les mouvements migratoires irréguliers. Il ne fait pas de doute que ces mesures prévues tant par le droit des États membres qu'européen poursuivent le but légitime d'arrêter la migration irrégulière. Toutefois, pour être compatibles avec les normes de droit international des droits de l'Homme, faut-il encore qu'elles soient proportionnelles au but légitime poursuivi et nécessaires dans une société démocratique. Or, rien n'est moins sûr que ces critères aient été respectés dans le cadre des pratiques d'interception en mer, de détention et de renvois forcés de migrants et de demandeurs d'asile déployés en 2011.

III. Répression de la migration et droits humains

Pendant le Printemps arabe, la tension entre la France et l'Italie relègue au second plan le sort des migrants et des demandeurs d'asile. Ces pays se servent des migrants comme d'un levier pour précipiter la prise de décisions répressives. Les questions relatives au bon fonctionnement de l'espace Schengen et à la gestion des flux migratoires monopolisent les discussions au sein des institutions européennes. Très peu d'attention est accordée aux droits humains des migrants.

Une affaire révélée par le quotidien britannique *The Guardian* illustre jusqu'où peut aller l'insensibilité des dirigeants européens. Dans la nuit du 27 mars, 72 personnes d'origine éthiopienne, érythréenne, nigérienne, ghanéenne et soudanaise, dont vingt femmes et trois enfants embarquent à bord d'un zodiac à destination de l'Italie. Quelques heures après, ils perdent le contrôle de l'embarcation. Les passagers arrivent à contacter une organisation non gouvernementale à Rome qui alerte les garde-côtes italiens. Deux hélicoptères, dont un de l'armée italienne, survolent l'embarcation. L'un d'eux largue quelques bouteilles d'eau et des biscuits aux passagers avant de repartir. Bien que la localisation soit connue, aucun pays de la région ne leur porte secours. Après neuf jours de dérive, alors que de nombreux

⁴⁷ Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 à la p 11.

⁴⁸ Conseil de l'UE, *Conclusions*, supra note 17 au para 28.

occupants sont déjà morts de faim, de soif et d'épuisement, les migrants croisent un navire militaire. Ils signalent leur détresse. Mais personne ne leur vient en aide. Finalement, le zodiac dérive jusqu'aux côtes libyennes après 15 jours en Méditerranée. À son bord, se trouvent seuls 11 survivants, dont deux meurent peu après le débarquement en Libye⁴⁹. Cette tragédie fait l'objet d'une enquête de la part de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui publie un rapport accablant pour les autorités civiles et militaires des pays de la région⁵⁰. Les conclusions de ce rapport sont confirmées par d'autres enquêtes⁵¹. Il ne fait pas de doute que les mesures nécessaires ne sont pas prises par les États concernés pour assurer le droit à la vie des migrants. Ce droit fondamental, pourtant consacré dans l'ordre juridique interne des États membres aussi bien qu'en droit européen et international⁵², est régulièrement bafoué. Plusieurs milliers de gens périssent chaque année pour avoir choisi des voies d'entrée illégales en Europe. Le blogue *Fortress Europe*, qui documente l'identité et la cause de décès de migrants aux frontières de l'UE, estime que 18 278 personnes sont mortes depuis 1988. Le nombre de victimes est de 2 352 pour la seule année de 2011. Ces chiffres, qui suivent une courbe croissante depuis l'intensification des contrôles aux frontières extérieures de l'Union, sont corroborés par d'autres sources⁵³.

Les décès aux frontières de l'Europe sont liés de près aux mesures d'interception prises par l'UE, ses États membres et les pays tiers. Mis à part le droit à la vie, ces contrôles en amont de l'espace Schengen portent atteinte à plusieurs autres droits fondamentaux des étrangers. Des risques de discrimination par profilage, la protection de données à caractère personnel, le flou entourant les responsabilités des autorités qui procèdent aux contrôles ne sont que quelques-uns des problèmes posés. Les patrouilles communes, comme celles menées par Frontex, échappent souvent au contrôle judiciaire des États. Celles-ci sont effectuées dans des lieux et des circonstances dans lesquelles la capacité d'intervention des acteurs de la société civile est limitée et les voies de recours judiciaires sont inaccessibles. Ces obstacles expliquent le nombre peu élevé de décisions de tribunaux condamnant les abus. Dans une des rares décisions, la Chambre des Lords britannique déclare en 2004 que les

⁴⁹ Jan Shenker, « How a migrant boat was left adrift on the Mediterranean », *The Guardian*, 28 mars 2012.

⁵⁰ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Lives lost in the Mediterranean: Who is responsible?*, (Rapporteur: Tineke Sitrik), Strasbourg, 2012.

⁵¹ Charles Heller, Lorenzo Pezzani et Situ Studio, « Report on the "Left-To-Die Boat" » (2012), en ligne : European Research Council Project, Forensic Architecture <http://www.forensic-architecture.org/docs/final_draft_public_optimized_0.pdf>; Human Rights Watch, « NATO : Investigate Fatal Boat Episode » (2011), en ligne : Human Rights Watch <<http://www.hrw.org/news/2011/05/10/nato-investigate-fatal-boat-episode>>.

⁵² Voir par exemple *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, art 2 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention européenne des droits de l'homme*]; *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2000] JO, C 364/01, art 2 [*Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 6 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

⁵³ Fortress Europe (2012), en ligne : <<http://fortresseurope.blogspot.ca/2006/01/forteresse-europe.html>>; Thomas Spijkerboer, « The human costs of border control » (2007) 9 *European Journal of Migration and Law* 127 à la p 136; Judith Sunderland, « Dying to leave Libya » (2011), en ligne : Human Rights Watch <<http://www.hrw.org/news/2011/05/04/dying-leave-libya>>.

agents britanniques des services de l'immigration détachés à l'aéroport de Prague pour contrôler des passagers avant embarquement ont opéré une discrimination envers les Roms qui veulent partir de cet aéroport pour la Grande-Bretagne, car ils leur réservent, pour des motifs de race, un traitement moins favorable qu'aux autres voyageurs⁵⁴.

Le droit d'asile affirmé à l'article 18 de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE*⁵⁵ se trouve tout particulièrement affecté par les contrôles en amont. Les mouvements migratoires clandestins incluent des personnes qui se qualifient pour obtenir le statut de réfugié. De nombreux demandeurs d'asile se déplacent de manière irrégulière, car, soit parce qu'ils sont démunis de documents de voyage nécessaires, soit en raison des mesures d'interception, ils estiment avoir plus de chances d'accéder au statut de réfugié une fois arrivés à destination, fût-ce illégalement. Les mesures de lutte contre la migration irrégulière sont dirigées indistinctement contre les migrants clandestins et les demandeurs d'asile. Or, ces derniers sont protégés par le régime international des droits des réfugiés, notamment par la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (Convention de Genève)*⁵⁶ qui enjoint aux États parties de ne prendre aucune mesure visant à empêcher les personnes craignant une persécution, de quitter leur pays d'origine. De même, le bénéfice des droits reconnus dans la *Convention de Genève* leur est souvent refusé lorsqu'ils sont soupçonnés d'être des migrants économiques. Les États procèdent à des interceptions qui ont souvent lieu dans des conditions entraînant l'impossibilité pour les demandeurs d'avoir accès à une protection internationale. En cas d'arrivée massive de clandestins, les États ont tendance à les catégoriser d'emblée comme migrants économiques. Ils sont réticents à les enregistrer, limitent ou refusent leurs contacts avec les représentants du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) et peuvent les renvoyer sans procéder au traitement de leurs dossiers. Ce faisant, les États visent à réduire le nombre des demandeurs d'asile. Cette situation est préoccupante car l'Europe est une des régions les plus sollicitées. Selon le HCR, les 27 États membres de l'UE ont enregistré 277 400 demandes d'asile en 2011 soit 15 % de plus qu'en 2010⁵⁷. Malgré cette relative hausse, le nombre de demandeurs a régressé de plus de la moitié depuis 2001 dans l'Union. Ce déclin spectaculaire est lié au renforcement des contrôles migratoires sous l'égide de l'UE, mais aussi à la position de plus en plus rigide des États par rapport au traitement des demandes.

Un autre aspect controversé concerne le respect du principe de non-refoulement qui se trouve remis en question pendant les opérations d'interception, car

⁵⁴ *Regina v Immigration Officer at Prague Airport, ex parte European Roma Rights Centre and Others*, [2004] UKHL 55.

⁵⁵ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, supra note 52, art 18.

⁵⁶ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) [*Convention de Genève*].

⁵⁷ United Nations High Commissioner for Refugees, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries; Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-European countries* (2012), en ligne : United Nations High Commissioner for Refugees <<http://www.unhcr.org/4e9beaa19.html>> à la p 2 [*UNHCR, Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries*].

les personnes appréhendées sont, souvent, renvoyées vers le pays qu'elles ont fui. L'article 33 de la *Convention de Genève* consacre cette prohibition absolue en droit international de retourner une personne vers un pays où elle sera exposée à un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique⁵⁸. Le renvoi forcé peut aussi soulever un problème au regard de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)⁵⁹ interdisant la torture et les peines ou les traitements inhumains ou dégradants, et donc engager la responsabilité de l'État en cause, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'envoie vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition.

Dans un arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) attire l'attention sur de multiples atteintes aux droits fondamentaux, causées par les opérations d'interception. Plus important encore, elle affirme pour la première fois que ces opérations menées en dehors du territoire national engagent la responsabilité de l'État concerné qui doit assurer le respect des droits et libertés des personnes sous sa juridiction. L'affaire concerne des migrants somaliens et érythréens faisant partie d'un groupe de 200 personnes qui quittent la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes⁶⁰. Le 6 mai 2009, alors que les embarcations se trouvent à 35 miles au sud de Lampedusa, elles sont interceptées. Les requérants sont transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli. Pendant le voyage les autorités italiennes ne les informent pas de leur destination et n'effectuent aucune procédure d'identification.

Devant la Cour de Strasbourg le gouvernement italien soutient que les navires italiens sont intervenus pour prêter secours aux embarcations en difficulté et de mettre en sécurité les personnes qui se trouvaient à bord. Ils auraient par la suite raccompagné en Libye les migrants interceptés, conformément aux accords bilatéraux de 2007 et 2009. Selon le gouvernement, l'obligation de sauver la vie humaine en haute mer n'entraîne pas en soi la création d'un lien entre l'État et les personnes concernées qui pourrait établir la juridiction de celui-ci⁶¹. La Cour EDH rejette ces arguments :

[...] les faits se sont entièrement déroulés à bord de navires des forces armées italiennes, dont l'équipage était composé exclusivement de militaires nationaux. [...] À partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes. Aucune spéculation concernant la nature et le but de l'intervention des navires italiens en haute mer ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion.⁶²

Une autre question soulevée dans cet arrêt concerne le principe de non-

⁵⁸ *Convention de Genève*, *supra* note 56, art 33.

⁵⁹ *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 52, art 3.

⁶⁰ *Hirsi Jamaa et autres c Italie* [GC], n° 27765/09 (23 février 2012), [2012] CEDH [*Hirsi Jamaa*].

⁶¹ *Ibid* aux para 64, 65.

⁶² *Ibid* au para 81.

refoulement. La Cour EDH note que la Libye, vers laquelle les requérants ont été renvoyés, n'offrait pas une protection adéquate des réfugiés :

toutes les personnes entrées dans le pays par des moyens irréguliers étaient considérées comme des clandestins, sans distinction aucune entre les migrants irréguliers et les demandeurs d'asile. En conséquence, ces personnes étaient systématiquement arrêtées et détenues dans des conditions que les visiteurs extérieurs [...] n'hésitent pas à qualifier d'inhumaines. De nombreux cas de torture, de mauvaises conditions d'hygiène et d'absence de soins médicaux appropriés ont été dénoncés par l'ensemble des observateurs. Les clandestins risquaient à tout moment d'être refoulés vers leur pays d'origine et, lorsqu'ils parvenaient à retrouver la liberté, ils étaient exposés à des conditions de vie particulièrement précaires du fait de leur situation irrégulière. Les immigrés irréguliers, comme les requérants, étaient destinés à occuper dans la société libyenne une position marginale et isolée, qui les rendait extrêmement vulnérables aux actes xénophobes et racistes.⁶³

L'Italie ne saurait, selon la Cour, se dégager de sa propre responsabilité en invoquant ses obligations découlant des accords bilatéraux avec la Libye. En effet, à supposer même que lesdits accords prévoyaient expressément le refoulement en Libye des migrants interceptés en haute mer, les États membres demeurent responsables.

Dans l'arrêt *Hirsi Jamaa*, la Cour examine pour la première fois l'applicabilité de l'interdiction de l'expulsion collective⁶⁴ à un cas d'éloignement d'étrangers vers un État tiers effectué en dehors du territoire national. Ici encore, la Cour estime que l'Italie est responsable d'assurer le respect de l'interdiction : limiter l'application (de l'article 4) aux expulsions collectives à partir du territoire national des États membres éliminerait une partie importante des phénomènes migratoires contemporains et priverait les migrants ayant pris la mer, souvent au péril leur vie sans parvenir à atteindre les frontières d'un État, d'un examen de leur situation personnelle avant expulsion, contrairement à ceux ayant pris la voie terrestre. La spécificité du contexte maritime n'en fait pas, selon la Cour, une zone de non-droit.

Par ailleurs, la Cour constate que les requérants n'ont pas bénéficié de garanties suffisantes attestant une prise en compte réelle et différenciée de leur situation individuelle. Le transfert des requérants vers la Libye est exécuté en l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant. Les requérants n'ont fait l'objet d'aucune procédure d'identification de la part des autorités italiennes, lesquelles se sont bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes. De plus, la Cour relève que le personnel à bord des navires militaires n'était pas formé pour mener des entretiens individuels et n'était pas assisté d'interprètes et de conseillers juridiques⁶⁵.

⁶³ *Ibid* au para 125.

⁶⁴ *Protocole no. 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, 16 septembre 1963, STCE 46, art 4 (entrée en vigueur : 2 mai 1968).

⁶⁵ *Hirsi Jamaa*, *supra* note 60 au para 185.

En dernier lieu, cet arrêt met en lumière les difficultés auxquelles font face les personnes interceptées pour faire valoir leur demande d'asile et le risque de non-refoulement. Les requérants n'ont pas pu soumettre à une autorité compétente leurs griefs et obtenir un contrôle attentif et rigoureux de leurs demandes avant que la mesure d'éloignement ne soit exécutée. Ils remarquent n'avoir reçu aucune information de la part des militaires italiens, qui leur auraient fait croire qu'ils étaient dirigés vers l'Italie et ne les auraient pas renseignés sur la procédure à suivre pour empêcher leur renvoi en Libye. Le gouvernement italien admet que la vérification des situations individuelles des requérants n'est pas envisageable à bord des navires militaires. Un recours pénal à l'encontre des militaires qui étaient à bord du navire, s'il était accessible en pratique, ne remplissait pas le critère de l'effet suspensif, ce qui rend le recours inefficace⁶⁶.

Les conclusions de la Cour EDH sont applicables aux mesures d'interception effectuées par Frontex dans le cadre de l'opération Hermès, ainsi qu'à la mise en œuvre des accords de réadmission entre l'Italie et les pays d'Afrique du Nord concernés. La jurisprudence de la Cour montre sans équivoque que ces politiques contreviennent aux droits et libertés découlant de la CEDH.

Une autre pratique controversée – qui n'est pas soulevée dans l'arrêt *Hirsi Jamaa*, mais qui fait l'objet d'une jurisprudence abondante – est la détention systématique des migrants et des demandeurs d'asile qui réussissent à atteindre le sol européen. Au cours du Printemps arabe, les autorités italiennes ont recours à la détention administrative prolongée, sans révision, et dans de mauvaises conditions matérielles de ces personnes. À Lampedusa, petite île de 5 000 habitants, de janvier à avril 2011, le gouvernement italien confine les migrants dans des camps ouverts sans procéder à la vérification de leur statut ou à un contrôle de légalité de leur détention contrairement aux normes constitutionnelles italiennes selon lesquelles une révision doit être effectuée dans les 96 heures⁶⁷. Ceux qui ne sont pas renvoyés immédiatement vers leurs pays de départ (voir plus bas) sont transférés dans des lieux de détention improvisés (des camps de tentes) sur des sites militaires abandonnés. Toujours à Lampedusa, la surpopulation et les conditions de vie exécrables créent des tensions. Par exemple, le Centre pour l'identification et l'expulsion est fermé après avoir été incendié par les détenus le 20 septembre 2011⁶⁸.

La privation de liberté est strictement réglementée en droit. Pour qu'elle soit régulière, le système national doit offrir à l'intéressé l'occasion de voir un tribunal interne statuer à bref délai sur la légalité de cette mesure avec une possibilité de révision. La procédure doit avoir un caractère judiciaire et être entourée de garanties suffisantes. L'article 5.2 de la CEDH prévoit que toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de

⁶⁶ *Ibid* aux para 202-206.

⁶⁷ Amnistie Internationale, « Thousands stranded in 'appalling' conditions on Italian island » (2011), en ligne : Amnistie Internationale <<http://www.amnesty.org/fr/node/22674>>.

⁶⁸ Yasha Maccanico, *Italy: Fire and loathing in Lampedusa* (2011), en ligne: Statewatch, <<http://www.statewatch.org/analyses/no-154-lampedusa.pdf>>.

son arrestation et de toute accusation portée contre elle⁶⁹. De plus, l'État doit s'assurer que l'individu privé de liberté soit détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine. Or, dans le cas de l'Italie, il ne fait pas de doute que la politique de détention est loin d'être conforme à ces principes. Les autorités italiennes enferment les migrants pour les renvoyer rapidement. Sur les 50 000 étrangers, plus de 13 500 sont renvoyés de l'Italie à la fin de juillet 2011. Le but des autorités est d'assurer que 30 000 personnes soient expulsées à la fin de l'année⁷⁰. Afin de surmonter les obstacles juridiques aux renvois, ce pays a recours à une procédure spéciale qui consiste à prononcer un refus d'entrée sur le territoire (*respingimento differito*) à l'égard des migrants interpellés dans des zones frontalières immédiatement après avoir franchi la frontière italienne – cette procédure est abusivement utilisée pour tout migrant irrégulier arrivant à Lampedusa même s'il n'a pas été interpellé immédiatement. Ces étrangers ne disposent pas du droit d'appel contre la décision de refus d'entrée, ce qui permet leur renvoi. Selon Giuseppe Campesi :

*the Italian government is treating the whole of Lampedusa and the other temporary camps as an extraterritorial frontier zone where the migrant, despite being well inside the Italian territory, has never reached its "legal border". The aim [...] is to avoid recourse to the regular return procedure which under Directive 2008/115/EC allows the use of forced removal and administrative detention only as a measure of last resort, and after a voluntary-departure order has been issued.*⁷¹

Les renvois sont également facilités par des accords de réadmission conclus avec les pays d'origine et de transit précisés plus haut. Or, ces accords ne contiennent généralement pas de clauses claires de protection des droits humains⁷². Les garanties procédurales telles que le droit de recours contre la décision de renvoi y sont absentes. Les accords n'exigent pas non plus de l'État de destination un engagement pour l'examen de la demande d'asile au fond. La « clause de non-incidence » contenue dans différents accords se borne à souligner que ceux-ci n'affectent pas les droits, obligations et responsabilités de l'Union et des États qui découlent du droit international. Cela est clairement insuffisant pour prévenir le risque de refoulement, surtout quand l'État de destination n'est pas partie à la *Convention de Genève*⁷³. Une personne peut aussi se trouver dans un pays où ses chances d'obtenir l'asile seront bien moindres ou les conditions d'instruction de sa demande non satisfaisantes comparées à un pays européen.

⁶⁹ *Convention européenne des droits de l'homme*, supra note 52, art 5.2.

⁷⁰ Giuseppe Campesi, « The Arab Spring and the Crisis of the European Border Regime : Manufacturing Emergency in the Lampedusa Crisis », Robert Schuman Center for Advanced Studies; Mediterranean Programme, 2011, en ligne : European University Institute <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/19375>> à la p 10.

⁷¹ *Ibid.*, à la p 13.

⁷² Madjid Benchikh, « Les accords de réadmission » dans Vincent Chetail, dir, *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 665 aux pp 681 et 683.

⁷³ François Julien-Laferrière et Nathalie Jouant, « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » dans François Julien-Laferrière, Henri Labayle et Örjan Edström, dir, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 203 à la p 245.

Un autre effet pervers des accords est d'exporter les politiques européennes répressives vers les pays tiers. Les relations de l'UE avec ces pays sont des rapports de force basés sur des clauses de conditionnalités. L'intensité des échanges économiques, les liens commerciaux, l'aide au développement ou bien la perspective d'adhésion à l'UE sont des facteurs dont se sert l'Union pour assurer leur coopération pour la réalisation des objectifs migratoires. Des programmes de coopération avec l'UE, comprenant une aide financière, sont mis en place. Les structures conjointes sont créées constituant des forums de socialisation et d'apprentissage pour les officiers des États tiers. Ces structures qui facilitent la transmission de la politique européenne jouent aussi un rôle majeur dans le changement des mentalités dans ces pays où se développe une vision de la menace migratoire similaire à celle prévalant dans les États membres. La migration irrégulière, qui jusqu'à récemment n'était pas une question de préoccupation publique, y est rapidement criminalisée. On assiste ainsi à l'établissement d'un cordon sanitaire aux frontières extérieures de l'Union, qui a pour mission d'arrêter les mouvements migratoires indésirés vers l'Europe, empêchant les demandeurs d'asile de bénéficier d'une protection internationale.

IV. Conclusion : nécessité d'envisager des solutions constructives pour la bonne gouvernance de Schengen et pour une politique commune d'asile et d'immigration

La crise provoquée par le Printemps arabe montre les failles de la gouvernance Schengen liées au manque de volonté politique des États d'appliquer les principes de confiance mutuelle et de solidarité dans le respect des valeurs de l'UE. Des solutions plus constructives sont pourtant disponibles et permettraient une meilleure répartition des charges entre États membres. Parmi celles-ci figure le recours à la *Directive 2001/55/CE* du Conseil précisée plus haut. En effet, dès le début de la crise, le gouvernement italien demande la mise en œuvre du régime de protection temporaire qui y est prévu⁷⁴. Cette Directive semble la réponse la plus efficace à la crise, en plus d'être celle qui est la plus respectueuse des droits humains des migrants. L'afflux « massif » y est défini comme

l'arrivée dans la Communauté d'un nombre important de personnes déplacées, en provenance d'un pays ou d'une zone géographique déterminés, que leur arrivée dans la Communauté soit spontanée ou organisée, par exemple dans le cadre d'un programme d'évacuation.⁷⁵

Cette description cadre avec la situation. C'est d'ailleurs l'avis du HCR, du Parlement européen et de la Commission européenne qui plaident en vain pour que le dispositif soit déclenché. Le 12 avril, le Conseil européen des ministres de l'Intérieur refuse cette activation au motif qu'il s'agit de « migrants économiques » et non pas

⁷⁴ « Take my migrants, please : An influx of north Africans causes a headache for the government », *The Economist* (14 avril 2011) en ligne : [The Economist.com <http://www.economist.com/node/18561247>](http://www.economist.com/node/18561247).

⁷⁵ CE, *Directive 2001/55/CE*, *supra* note 21, art 2d).

d'une population fuyant des conflits, d'une part, et que, d'autre part, un afflux de 20 à 30 000 personnes serait, selon le Conseil, gérable pour l'Italie⁷⁶. Ce refus reflète l'opposition politique de la majorité des États membres d'accueillir, ne serait-ce que temporairement, les étrangers sur le sol européen de peur que ceux-ci profitent de la libre circulation dans l'espace Schengen et deviennent des migrants irréguliers⁷⁷.

La réinstallation de réfugiés à l'intérieur de l'UE fait partie des solutions durables conciliant les objectifs de respect des droits humains et la sécurité. Elle offre l'avantage, pour le pays de réinstallation, de permettre l'organisation à l'avance de l'accueil et de l'intégration. Toutefois, comme le remarque la Commission européenne : « il n'existe actuellement aucun échange structuré d'informations sur la réinstallation entre les pays de l'Union ni aucune coordination structurée des mesures de réinstallation au niveau européen »⁷⁸. De bonnes pratiques existent; par exemple, en 2011, au cours du projet-pilote EUREMA (EU relocation Malta), la France et l'Allemagne acceptent réinstaller chacun 100 personnes originaires de Somalie, Soudan, Érythrée et Sierra Léone reconnues réfugiées à Malte. Huit autres États membres ont chacun accueilli six à dix réfugiés⁷⁹. Cependant, ces nombres demeurent très faibles. Selon le HCR, sur les 65 596 réfugiés réinstallés dans le monde en 2008, 4 378 d'entre eux, soit 6,7 %, le sont dans l'un des pays de l'UE⁸⁰. Ce chiffre contraste fortement avec le nombre de réfugiés accueillis dans les autres pays industrialisés dont le Canada qui, avec environ 10 000 personnes, accepte chaque année plus du double du nombre total de réfugiés réinstallés annuellement dans l'UE⁸¹.

L'Europe fait aussi preuve de manque de solidarité envers la communauté internationale. Sur les 706 073 personnes qui fuient la Libye de janvier à septembre 2011, seuls 2 % se sont dirigés vers l'Europe. La très grande majorité des migrants forcés est accueillie par les pays de la région, dont la Tunisie, l'Égypte, l'Algérie, le Tchad et le Niger⁸². Or, ces pays ont des moyens de réception beaucoup plus limités. Leur procédure de détermination du statut de réfugiés, lorsqu'elle existe, est souvent défailante.

Le problème de solidarité se manifeste aussi entre les États membres eux-mêmes au point de remettre en cause la raison d'être de l'espace Schengen et plus

⁷⁶ Conseil européen, *EU Action on Migratory Pressures - A Strategic Response*, Bruxelles, 2012.

⁷⁷ Harriet Grant et John Domokos, « UK failing to share burden of migration crisis, says southern Europe », *The Guardian* (7 octobre 2011) en ligne : [The Guardian.co.uk <http://www.guardian.co.uk/world/2011/oct/07/uk-migration-crisis-southern-europe>](http://www.guardian.co.uk/world/2011/oct/07/uk-migration-crisis-southern-europe).

⁷⁸ CE, Commission des Communautés européennes, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation*, Bruxelles, CE, 2009, à la p 6 [Commission des Communautés européennes, *Programme européen*].

⁷⁹ Commission des Communautés européennes, *Enhanced Intra-EU Solidarity in the Field of Sylum*, Bruxelles, 2011 à la p 8.

⁸⁰ Commission des Communautés européennes, *Programme européen*, supra note 78 à la p 5.

⁸¹ Citoyenneté et Immigration Canada, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration*, 2012, Ottawa, 2010 à la p 16.

⁸² United Nations High Commissioner for Refugees, Update n° 29 « Humanitarian Situation in Libya and the Neighbouring Countries » (2011), en ligne : [United Nations High Commissioner for Refugees <http://www.unhcr.org/4df9cde49.html>](http://www.unhcr.org/4df9cde49.html).

généralement la mise en place d'une politique commune européenne d'asile⁸³. Bien que l'UE ait déjà établi des normes minimales sur la réception des demandeurs d'asile, sur la qualification des réfugiés et la procédure à suivre par les États membres dans l'examen du statut de réfugié, il n'existe pas encore de politique d'asile harmonisée au niveau européen. Le processus de détermination du statut de réfugié diffère considérablement d'un pays à l'autre. De même, les demandes d'asile ne sont pas réparties de manière égale entre les États. En 2011, 51 910 demandes sont introduites en France, 34 100 en Italie et 29 650 en Suède alors qu'au Portugal le nombre de demandes est de 280, en République Tchèque 490 et en Estonie 70⁸⁴. De même, les pays situés aux frontières extérieures (Grèce, Malte, Italie, etc.) sont périodiquement soumis à des afflux migratoires importants⁸⁵ alors qu'ils ont une capacité d'accueil limitée et un niveau insuffisant de protection des demandeurs d'asile⁸⁶. Dans ce contexte, la mise en œuvre d'une politique commune européenne représente des défis majeurs. Depuis le *Traité d'Amsterdam*, celle-ci est en effet en perpétuelle remise en question. Suite au Printemps arabe, le Conseil européen annonce les prochaines priorités :

*It is crucial that the Common European Asylum System (CEAS) be completed by 2012, based on high protection standards combined with fair and effective procedures capable of preventing abuses and allowing for rapid examination of asylum applications in order to ensure the sustainability of the system. The recent presentation by the Commission of modified proposals relating to the asylum procedures directive and to the reception conditions directive should provide a new basis for negotiations to begin on two important building blocks of the CEAS. Changes should not, as a result, encourage the submission of unfounded claims or increase overall costs for Member States.*⁸⁷

Comme le montre ce passage, la prévention de l'abus du système, l'application des procédures d'examen accélérées et la réduction des coûts sont les principaux objectifs de la politique européenne. En effet, la politique d'asile est motivée par le partage, entre les États, des coûts et des responsabilités liés au traitement des demandes d'asile. Ces mesures, dominées par le souci d'empêcher les « faux réfugiés » d'abuser des systèmes nationaux de détermination du statut de réfugié, comportent un important volet de lutte contre la migration irrégulière⁸⁸. L'UE et ses États membres développent, depuis les années 1980, des moyens de réprimer la migration indésirée par des actions concertées et des dispositifs communs. Or, ces

⁸³ Cecilia Malmström, « Asylum : it's vital that Europe present a united front », *The Guardian* (7 mars 2012) en ligne : [The Guardian.co.uk < http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/mar/07/asylum-europe-present-united-front >](http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/mar/07/asylum-europe-present-united-front).

⁸⁴ UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries*, supra note 57.

⁸⁵ Cette situation est exacerbée par l'application du Règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003. CE, *Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers*, [2003] JO, L 50/0001.

⁸⁶ Commission européenne, *Gouvernance de Schengen*, supra note 28 à la p 10.

⁸⁷ Conseil de l'UE, *Conclusions*, supra note 17 au para 30.

⁸⁸ Jean-Sébastien Lefebvre, « Le Sénat opposé à toute remise en cause de Schengen » (2011), en ligne : [EurActiv.fr < http://www.euractiv.fr/institutions/senat-oppose-remise-cause-schengen-12564.html >](http://www.euractiv.fr/institutions/senat-oppose-remise-cause-schengen-12564.html).

efforts ne donnent pas de résultats durables ni concluants. Ils s'avèrent contre-productifs à long terme, car ils ne répondent pas à la motivation profonde du phénomène. La Commission mondiale sur les migrations internationales souligne que

[1]es migrations irrégulières sont mues par des forces puissantes et complexes, y compris le manque de travail et d'autres moyens de subsistance dans les pays d'origine et la demande de main-d'œuvre peu rémunérée et flexible dans les pays de destination. La croissance de la migration irrégulière est liée aussi à un manque de possibilités de migration légale [...].⁸⁹

Les mesures répressives ont pour conséquence non seulement de porter atteinte aux droits fondamentaux des migrants irréguliers, mais aussi de criminaliser les demandeurs d'asile, de limiter leur accès à la protection internationale et l'exercice effectif du droit d'asile. Elles estompent la distinction juridique fondamentale entre le migrant économique et le réfugié.

De plus, comme le montre le budget partiel de l'opération Hermès mentionnée plus haut, la répression a un coût financier élevé. Elle incite les migrants à recourir aux services des passeurs et à choisir des routes migratoires de plus en plus dangereuses. Cela contribue à détériorer davantage l'image des migrants et des demandeurs d'asile dans l'opinion publique, légitimant les mesures étatiques de plus en plus radicales à leur égard.

La crise Schengen en 2011 ne cause pas de rupture avec les politiques répressives poursuivies jusqu'alors. Au contraire elle permet de les légitimer à nouveau et les renforcer⁹⁰. Elle précipite, par exemple, l'adoption des projets comme Système européen de surveillance des frontières extérieures (EUROSUR) et « frontières intelligentes »⁹¹ qui auront des répercussions négatives durables non seulement sur les droits humains des étrangers, mais aussi sur la liberté de circulation en Europe :

In reaction to the Arab Spring, EU member countries are not only promoting a total surveillance of the Mediterranean, they are also pushing for an electronic upgrading of border controls. This means that ordinary travellers, too, will come into the focus of border guards in what one may well call a data juggernaut. Through its "smart borders" programme the EU would create one of the world's largest databases for finger prints – not with the aim to fight terrorism or stem cross-border crime (even that would be a questionable endeavour), but solely in order to identify individuals that have overstayed their limited residency permits.⁹²

⁸⁹ Commission mondiale sur les migrations internationales, *Rapport sur les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action* (2005), en ligne : Global Commission on International Migration <<http://www.gcim.org/>> à la p 36.

⁹⁰ Guiraudon, *supra* note 3 à la p 784.

⁹¹ CE, Commission européenne, communiqué « Des "frontières intelligentes" pour l'UE : la Commission souhaite faciliter l'accès au territoire de l'Union et renforcer la sécurité » (25 octobre 2011) en ligne : Europa.eu <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1234_fr.htm?locale=fr>.

⁹² Ben Hayes et Mathias Vermeulen, « Borderline : EU Border Surveillance Initiatives : An Assessment of the Costs and Its Impact on Fundamental Rights » (2012), en ligne : Heinrich Böll Stiftung <<http://media.de.indymedia.org/media/2012/05/330401.pdf>> à la p 6.

Le bon fonctionnement de l'espace Schengen est tributaire d'une véritable politique commune européenne d'immigration et d'asile. Cela nécessite, d'une part, une harmonisation accrue des procédures nationales d'asile et de sélection de migrants, et l'application du principe de solidarité prévu dans le *Traité de Lisbonne*, de l'autre. Or, ces conditions ne sont pas encore remplies. La crise a montré l'incapacité de l'UE, prise de court par la polarisation des positions nationales, d'apporter des solutions adéquates pour soutenir l'Italie dans l'accueil des migrants. Cette situation et l'absence de confiance mutuelle entre les États membres rendent la répression comme seule solution immédiate avec des résultats tangibles. Cette stratégie à court terme renferme l'Europe dans un cercle vicieux au mépris des valeurs « indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité⁹³ » sur lesquelles se fonde l'Union.

⁹³ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, supra note 52, Préambule.