



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

## LE NON-REFOULEMENT EN TANT QUE PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL ET LE RÔLE DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS SA MISE EN ŒUVRE

Déclaration de François Crépeau

*Ouverture de l'Année judiciaire – Séminaire – le 27 janvier 2017*

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, Mesdames et Messieurs,

C'est un grand honneur pour moi que d'être ici aujourd'hui. J'observe aussi minutieusement que possible les travaux innovateurs de la Cour européenne des droits de l'homme : je puis témoigner que bon nombre de vos décisions sont enseignées dans ma faculté de droit, à l'université McGill. Je tiens à vous faire part ici de ma profonde admiration pour l'essor extraordinaire du droit européen des droits de l'homme, qui est l'œuvre de votre Cour depuis les six dernières décennies.

Espérant contribuer modestement aux débats, permettez-moi d'exposer un certain nombre d'idées tirées des travaux que j'ai conduits au cours de ma mission de rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants.

### ***Les migrants sont titulaires de droits***

Tout d'abord, je tiens à souligner que les migrants sont tous protégés par le droit international des droits de l'homme. Il n'existe à cela que deux exceptions strictement définies, à savoir le droit de voter et d'être élu et le droit d'entrer et de séjourner dans un pays. Même à l'égard de ces exceptions, des garanties procédurales doivent être respectées, de même que les principes du non-refoulement, de la non-discrimination, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'unité familiale.

Tous les autres droits s'appliquent à tous, y compris à l'ensemble des migrants, quelle que soit leur situation administrative. Cela inclut le droit à l'égalité et à la non-discrimination. Toute distinction dans la jouissance de droits fondamentaux fondée sur la nationalité ou la situation administrative doit donc être justifiée, faute de quoi il y aura une discrimination proscrite. Assurément, la situation administrative ne saurait à elle seule justifier une distinction dans la jouissance des droits fondamentaux.

Nous avons vu des pays européens, en réaction à l'accroissement des flux migratoires en Europe, mettre l'accent sur le renforcement de la sécurité. Leur objectif est de « sécuriser » leurs frontières en y posant des grillages, en recourant à la violence pour empêcher les migrants irréguliers d'entrer sur leur territoire, en utilisant la rétention de longue durée à titre dissuasif et en se livrant à des

expulsions de masse de migrants irréguliers vers des pays de transit sans le moindre examen individuel digne de ce nom.

Une chose est claire : en raison de facteurs d'attraction et de répulsion, stopper l'immigration n'est pas possible sur le long terme. Les migrants continueront d'arriver malgré tous les efforts visant à les arrêter, souvent en payant un prix très lourd en termes de vies humaines et de souffrances. Toute tentative de « fermeture » des frontières, sans offrir bien plus de solutions de migration adéquates, continuera de se solder par un échec massif.

### ***L'externalisation ne fonctionnera pas à long terme***

Dans le cadre des mesures prises pour sécuriser les frontières, des États européens ont transféré leurs activités de gestion de leurs frontières hors de celles-ci, en les déplaçant en haute mer ou dans des pays tiers. Au cours de mes missions, j'ai constaté une collaboration européenne importante avec des pays de transit s'inscrivant dans le système de Gestion intégrée des frontières, avec la construction de centres de rétention, mais sans chercher à soutenir leurs institutions nationales en matière de droits de l'homme en vue de sauvegarder les droits fondamentaux des migrants et des réfugiés sur leur territoire.

L'externalisation du contrôle des frontières n'a aucune incidence sur les facteurs d'attraction et de répulsion à l'origine des flux migratoires : elle ne répond ni aux besoins de mobilité ni aux besoins du marché du travail. Elle ne permet que de détourner les itinéraires de migration et de les rendre encore plus coûteux et dangereux car elle pousse encore davantage les migrants vers la clandestinité.

Trop souvent, l'externalisation est une tentative à peine déguisée de déplacement sur le territoire d'un autre pays des violations des droits de l'homme jugées nécessaires pour décourager et prévenir effectivement les flux migratoires, et échapper ainsi au contrôle des gardiens européens des droits de l'homme, qu'il s'agisse des politiciens, des tribunaux, des institutions nationales en matière de droits de l'homme, des journalistes ou des organisations de la société civile. Il me faut saluer les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne qui contestent ces pratiques d'externalisation, la « logique de Dublin », la mise en rétention des migrants et les questions touchant l'accès à la protection sociale.

La déclaration UE-Turquie a incité les migrants à trouver une nouvelle fois d'autres itinéraires pour gagner l'Europe. Le nombre de décès en mer a considérablement augmenté et nous connaissons tous les violations des droits de l'homme que subissent les migrants en Libye. Les accords de réadmission sont une question particulièrement préoccupante. Malgré les protections existant contre de telles pratiques dans la législation de l'Union européenne, je suis très préoccupé par les allégations de violations du principe du non-refoulement, puisque nous continuons d'entendre parler de « refoulements » et de « renvois » aux frontières terrestres et maritimes ainsi que de retours forcés, souvent accompagnés de violences, vers les pays d'origine ou des pays tiers dotés de systèmes peu efficaces pour ce qui est de l'asile et de l'État de droit, et ce sans accès suffisant à une appréciation individuelle des besoins en matière de protection et sans contrôle digne de ce nom.

Un tel comportement bafoue le principe au cœur de tous les droits de l'homme, tiré du précepte catégorique de Kant : « traite toujours autrui comme une fin et jamais seulement comme un moyen »<sup>1</sup>. Si les démocraties veulent rester fondées sur leurs trois piliers que sont la représentation politique, les droits de l'homme et l'État de droit, la responsabilité juridique pour des actions de ce type est essentielle, quand bien même celles-ci seraient conduites par les autorités d'autres pays à l'initiative et avec le soutien financier des pays industrialisés du Nord.

---

<sup>1</sup> « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien en toi qu'en autrui, toujours comme une fin et jamais simplement comme un moyen » (Emmanuel Kant, (1993) [1785], *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction de James W. Ellington, 3<sup>ème</sup> éd., Cambridge (MA) ; Hackett, p. 30).

Dans le passé, la Cour européenne des droits de l'homme a dénoncé de telles pratiques. En 2012, dans son arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, elle a dit que des accords bilatéraux ne pouvaient servir à justifier des pratiques incompatibles avec les droits de l'homme. Elle a également contesté la licéité de la logique de Dublin, se disant préoccupée par l'application du principe du non-refoulement sur le territoire de l'UE. En 2014, dans son arrêt *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, elle a conclu que ces deux pays avaient violé les articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. En novembre 2014, dans son arrêt *Tarakhel c. Suisse*, elle s'est prononcée sur le refus par la Suisse d'examiner les demandes d'asile de membres d'une famille afghane et sur la décision prise par ce pays de les renvoyer en Italie sans assurance que leurs droits seraient respectés. Elle a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention et examiné les « défaillances systémiques » du système italien. En 2011, dans son arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*, elle a dit que la Belgique avait violé l'article 3 de la Convention en expulsant un migrant afghan vers la Grèce malgré les défaillances systémiques dans ce pays en matière d'asile et de protection sociale. C'est pourquoi, dans mon rapport de 2015 sur l'UE, j'ai recommandé de tenir compte des problèmes de droits de l'homme dans les politiques en matière de flux migratoires et de gestion des frontières et de mettre en œuvre les arrêts pertinents récents de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les priorités devraient être claires : lutter contre le trafic illicite de migrants est moins important que sauver des vies et protéger les droits de l'homme. Par exemple, l'argument voulant qu'il ne faille pas renforcer les capacités de recherche et de sauvetage de manière à ne pas encourager ce type de trafic est moralement, politiquement et juridiquement indéfendable. Il est vital que l'Union européenne et tous les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme renforcent de telles capacités, tout en adhérant aussi au principe du non-refoulement, en permettant aux migrants sans papiers de débarquer immédiatement au port le plus proche où leur vie et leurs libertés ne seraient pas menacées, en leur fournissant des informations, des soins et un soutien, en traitant équitablement leurs demandes d'asile et en encourageant les navires privés à conduire des opérations de sauvetage sans risque que les migrants soient considérés comme les complices des passeurs.

### ***La pénalisation des migrants sans papiers menace les droits de l'homme***

Dans de nombreux pays, la pénalisation des migrations clandestines existe davantage dans les discours et la pratique que dans le droit et les politiques eux-mêmes, le traitement des migrants étant régi dans la plupart des cas par le droit administratif et non par le droit pénal. Jusqu'à une date récente, le droit administratif ne portait pas atteinte aux droits individuels. Cependant, les règles, procédures et politiques administratives en matière d'immigration « imitent » désormais le régime de justice pénale à bien des égards, en s'inspirant notamment des catégories d'infractions pénales, des mécanismes d'application du droit pénal, des institutions répressives et des logiques de lutte contre la criminalité.

Or, les garanties strictes progressivement apparues au cours des siècles en droit pénal – par exemple en ce qui concerne la charge de la preuve ou l'admissibilité des preuves – parce qu'il s'agit des règles en vigueur les plus dangereuses pour la personne, restent étrangères au droit administratif, ce qui explique que les États préfèrent celui-ci au droit pénal car c'est un instrument plus souple et plus « efficace ». Et dans de nombreux États qui, comme les États européens, ne connaissent pas la peine de mort et n'extradent pas vers des pays qui appliquent celle-ci, le juge administratif est aujourd'hui le seul magistrat à pouvoir renvoyer des gens vers des lieux où ils feront l'objet d'exécutions, d'actes de torture ou de détentions arbitraire, en violation directe du principe du non-refoulement. Pour les migrants, le droit administratif est aujourd'hui la branche la plus dangereuse du droit du pays.

La rétention en est un bon exemple. Trop souvent, les migrants sont mis en rétention au seul motif qu'ils n'ont pas de papiers, alors qu'ils n'ont commis aucune infraction et n'ont pas été inculpés. Cette détention peut fréquemment se prolonger des mois ou des années, et les mécanismes de contrôle sont bien trop souvent indulgents envers les autorités quant à la justification de la

rétenion, préférant s'en remettre au jugement de celles-ci. Pour les étrangers comme pour les nationaux, la liberté devrait toujours être le principe et les restrictions à celle-ci devraient être spécifiquement motivées. Compte tenu des conséquences d'une détention de longue durée sur chacun, les critères devraient être stricts.

La situation est particulièrement préoccupante pour les enfants. Le Comité des droits de l'enfant a dit que la rétenion administrative des enfants migrants ne pouvait « jamais être » dans leur « intérêt supérieur » et qu'elle était toujours contraire à leurs droits. Or j'ai rencontré des enfants migrants en rétenion dans tous les pays européens et limitrophes que j'ai visités : ils sont essentiellement traités comme des migrants sans papiers alors qu'ils devraient avant tout l'être comme des enfants.

Je m'inquiète aussi de ce que la marge d'appréciation nuise souvent aux droits fondamentaux des migrants. Il n'est pas acceptable que ces derniers demeurent dans la précarité parce que l'administration des États a le pouvoir de le faire. Les droits des migrants sont des droits fondamentaux opposables aux États, même dans une prétendue situation de « crise ». La marge d'appréciation ne saurait justifier une dérogation systématique aux obligations qui en découlent.

### ***Les politiques migratoires sont de plus en plus néfastes***

Les démocraties électives ignorent comment « représenter » les migrants. Les luttes pour les droits de l'homme ont le plus souvent été gagnées en se fondant sur une revendication de politique d'égalité entre citoyens : les ouvriers, les femmes, les aborigènes, les détenus, les gays et lesbiennes et les handicapés le savent très bien. C'est seulement lorsque ces groupes ont commencé à s'exprimer dans l'arène politique et à faire un usage stratégique de leur vote que les politiciens y ont prêté attention et sont revenus sur leurs idées, leur langage et leur comportement, modifiant par voie de conséquence la manière de voir des électeurs et permettant aux avocats et aux juges d'interpréter différemment la loi et d'étendre les garanties en matière de droits de l'homme.

Les migrants et réfugiés ne pourront pas avant longtemps mener des luttes politiques ouvertes de ce type. Si vous n'êtes pas représentés, vos droits ne seront pas défendus dans le système politique. Par conséquent, il est rare que les migrants sans papiers ou précaires se mobilisent, s'expriment ouvertement, contestent, protestent ou aillent en justice pour défendre leurs droits ; ils préfèrent les stratégies sans danger pour leur situation de migrants : « passer à autre chose » est souvent une meilleure stratégie que chercher à faire valoir ses droits. Les nationaux ne se mobilisant pas non plus pour les migrants, tenir un discours contre l'immigration n'emporte en fait aucune responsabilité politique.

Ce sont les politiciens populistes et nationalistes qui déterminent la rhétorique dominante actuelle, offrant des solutions simplistes à des problèmes complexes, faisant des migrants des boucs émissaires en toute impunité et affirmant que ces derniers volent les emplois et grèvent les budgets sociaux, qu'accueillir tous les réfugiés est synonyme d'insécurité ou de hausse de la criminalité, et que tous les étrangers altèrent nos valeurs, des assertions dont la fausseté a été prouvée par les sciences sociales. Les diatribes contre les tribunaux – et en particulier les tribunaux étrangers – qui empêchent les politiciens de traiter les migrants comme ils le voudraient feront certainement gagner à ces derniers des points dans les sondages. Certains de ces politiciens affirment même que les droits de l'homme, d'origine internationale ou européenne, ne s'appliquent pas aux migrants sans papiers. Ils invoquent ce qu'ils estiment être une « crise » pour justifier qu'on bafoue les droits des migrants, en oubliant que les garanties en matière de droits de l'homme ont été instaurées pour rappeler les États à leurs obligations non seulement en temps de paix mais surtout en temps de crise ou de guerre.

Ce qu'on peut constater dans le discours politique et l'évolution des politiques en Europe aujourd'hui, c'est une régression du régime des droits de l'homme pour les migrants. Au niveau politique, il y a une tendance vers l'érosion des droits des demandeurs d'asile, des réfugiés et des

migrants. Des comportements xénophobes contre les « personnes d'aspect étranger » sont de plus en plus souvent constatés dans bon nombre de pays. Si une telle attitude devient la norme, tout débat sensé sur les droits, la diversité et l'intégration deviendra impossible.

### ***Les tribunaux peuvent aider les migrants à se faire entendre***

Voilà pourquoi, en l'absence de tout soutien politique, le seul véritable moyen pour les migrants de défendre leurs droits est de saisir les tribunaux, les institutions nationales en matière de droits de l'homme et les médiateurs ou les autres organes de règlement des différends qui ne se laissent pas influencer par les sondages mais s'intéressent à la cohérence du système de droit et en particulier à la logique de la doctrine des droits de l'homme.

Des barrières systématiques au droit d'accès à la justice ont été mises en place dans de nombreux États européens. D'importantes contraintes en matière de ressources font qu'ils ne sont guère désireux d'investir dans des services facilitant l'accès à la justice aux migrants, par exemple en matière d'assistance juridique ou de traduction et d'interprétation. La crainte qu'ont les migrants d'être repérés et/ou expulsés s'ils font valoir leur droit d'accès à la justice est aussi une barrière fondamentale. De surcroît, des incohérences persistent dans l'accès à la justice en fonction des droits en jeu, du type de migrants et de leur nationalité, et de la juridiction. Il y a aussi une autre barrière importante : l'absence de règles précises encadrant l'obligation pour les tribunaux d'appliquer des sanctions et/ou d'ordonner une indemnisation pour les violations des droits fondamentaux des migrants. Cependant, des problèmes d'accès à la justice ont été évoqués dans un certain nombre de décisions des juridictions européennes. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt important en l'affaire *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, soulignant que, en droit de l'Union européenne, l'absence de papiers d'identité ne doit pas servir à fonder un maintien en rétention aux fins d'un éloignement et que les migrants doivent avoir accès à la justice pour contester une telle mesure.

Je compte beaucoup sur la Cour européenne des droits de l'homme et sur la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que sur les juridictions nationales, pour résister aux pressions des politiciens à des fins électorales tendant à altérer la manière dont notre régime des droits de l'homme protège les migrants et pour confirmer au lieu de cela que les migrants sont des titulaires légitimes de droits. La valeur d'une démocratie se mesure à sa capacité à répondre aux besoins des membres les plus vulnérables de la société. Si le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ne sont ni désireux ni capables de protéger les droits fondamentaux des migrants, c'est au pouvoir judiciaire de s'en charger.

Par conséquent, il faut que les migrants aient le droit à un accès adéquat à des voies de recours effectives, à ce que les avocats et des juges soient davantage sensibilisés à leur situation et à ce que toutes les parties prenantes soient correctement formées, à des services d'assistance juridique et d'interprétation, et à un droit effectif d'interjeter appel – et il nous faut leur garantir ce droit. Si les tribunaux confirment celui-ci, les politiciens et les citoyens écouteront, les migrants auront un pouvoir et les droits seront protégés.

Nous devons aller plus loin dans notre prise de conscience collective des droits des migrants. Pour bon nombre de questions, les migrants ne devraient pas être traités différemment d'autrui et devraient être autant protégés dans leurs droits. De manière à leur permettre de s'exprimer et de lutter pour défendre leurs droits, il ne faudrait pas leur faire craindre de contacter les autorités. Il est essentiel de permettre aux migrants de dialoguer librement avec des services publics tels que la santé, l'éducation, la police locale, les services sociaux, le logement, l'inspection du travail ou d'autres, sans craindre d'être dénoncés aux autorités en matière d'immigration puis mis en rétention et expulsés, afin que les services publics puissent accomplir leur mission à l'égard de toutes les personnes concernées. En l'absence de tels « pare-feu », les migrants ne signaleront jamais les violations des droits de l'homme et leurs auteurs jouiront d'une immunité en pratique. Il y a des exemples de pare-feu de ce type partout dans le monde, y compris en Europe.

### ***Le moyen d'avancer***

La mobilité est propre à la nature humaine : elle est dans nos gènes. Les migrations ne sont ni un crime ni un problème et elles peuvent constituer une partie de la solution à bon nombre de nos problèmes économiques et sociaux. Les employeurs et le monde des affaires savent à quel point la mobilité et la diversité sont essentielles à leur succès. Réglementer les flux migratoires – au lieu de les restreindre – nous permet de couper l'herbe sous le pied des trafiquants, de répondre aux préoccupations sécuritaires de l'État, de réduire les souffrances humaines et de sauver des vies.

La réglementation des flux migratoires ne peut donc se résumer à empêcher des gens d'entrer en usant de moyens contraires à leurs droits. Elle doit aussi permettre de multiplier les filières d'immigration régulières, sécurisées, accessibles et abordables, d'éliminer les pratiques immorales en matière d'embauche, de réprimer l'exploitation au travail, et de donner aux migrants des pouvoirs en faisant clairement respecter leurs droits fondamentaux et sociaux, en leur offrant les moyens d'obtenir la qualité de résident permanent ou la naturalisation, en défendant l'intégration dans les sociétés d'accueil et en louant la diversité actuelle de la plupart de nos sociétés.

Je vous remercie de votre attention.