CAHIER N° 1

MIGRATION

Le Forum Tunisien pour les Droits Economiques et Sociaux inaugure avec la publication de ce premier cahier une nouvelle expérience de contribution à la réflexion sur les problèmes émergeants dans un contexte de mondialisation féroce qui marginalise les populations les plus vulnérables et hypothèque l'avenir de générations à venir par sa logique de gains immédiats et de primauté des intérêts politiques et financiers dominants.

Cette publication trimestrielle de l'OST se veut comme la vitrine du travail de l'observatoire et des chantiers de réflexion du FTDES. Elle n'en sera pas la seule. Nous œuvrerons également à assurer la publication mensuelle régulière d'une policy paper sur les sujets spécifiques ou d'actualité immédiate.

Elle intervient à la suite d'une première expérience de veille, d'analyse et de publications de « Observatoire Sociale Tunisien » que le FTDES voudrait capitaliser pour répondre aux défis de l'actualité.

Le FTDES réaffirme par ce travail d'analyse son engagement solidaire avec ses partenaires tant nationaux que régionaux pour l'impératif de respect des droits humains mais également dans la lutte contre les menaces de la destruction de notre environnement, de la montée des extrémismes, de la militarisation des conflits et de l'injustice climatique que nous payons de nos dernières ressources élémentaires et vitales.

Forum Tunisien pour les Droits Economiques et Sociaux
Adr: 47, Avenue Farhat Hached 2ème étage, 1001, Tunis, Tunisie
Tél: 71 257 664 - Fax: 71 257 665
E-mail: contact@ftdes.net

FRIEDRICH EBERT STIFTUNG

CCFD TERRE SOLIDAIRE Soyons les forces du changement

Avril 2019 MIGRATION CAHIER N° 1

Les cahiers du FTDES

CAHIER N° 1

MIGRATION

Juin 2019

FTDES المنتدى التونسي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية

Ost Observatoire Social Tunisien المرصد الإجتماعي التونسي FORUM TUNISIEN POUR LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

LES CHAIERS DU FTDES

Cahier N: 1

MIGRATION

Cahier dirigée par :

Mohamed Limem

Sommaire :

Chapitre Introductif : Mohamed LImam, les politiques migratoires de l'UE et la Tunisie : regards croisés au prisme des droits économiques et sociaux.

Chapitre 1 : Dorra Jaïbi, Le Partenariat pour la mobilité : quand flexibilité rime avec conditionnalité.

Chapitre 2 : Mehdi Elleuch, Une pratique de délivrance des visas Schengen peu soucieuse des droits des demandeurs.

Chapitre 3 : Kmar Ben Youssef, Les opérations de sauvetage en mer : les droits des migrants en plein naufrage.

Chapitre 4 : Mohamed Anoir Zayani, La protection des réfugiés en Tunisie : bilan provisoire d'un projet de loi perplexe !

Chapitre 5 : Hajer Araissia, Les réfugiées syriennes en Tunisie : difficultés d'accès aux droits économiques et sociaux.

Chapitre 6 : نعيمة الفقيه، مكافحة تهريب المهاجرين و حق البقاء المشروع في بلد المنشأ : بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بين الواقع و المأمول.

Chapitre 7 : رابح الخرايفي، الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التونسي.

Chapitre 8 : Moez Charfeddine, La Cour européenne des droits de l'Homme et les droits des migrants

Le mot du FTDES

MALEK KEFIF
Membre du conseil scientifique de l'OST
Forum Tunisien pour les Droit économique et Sociaux

Le **Forum Tunisien pour les Droits Economiques et Sociaux** inaugure avec la publication de ce premier cahier une nouvelle expérience de contribution à la réflexion sur les problèmes émergeants dans un contexte de mondialisation féroce qui marginalise les populations les plus vulnérables et hypothèque l'avenir de générations à venir par sa logique de gains immédiats et de primauté des intérêts politiques et financiers dominants.

Cette publication trimestrielle de l'OST se veut comme la vitrine du travail de l'observatoire et des chantiers de réflexion du FTDES. Elle n'en sera pas la seule. Nous œuvrerons également à assurer la publication mensuelle régulière d'un policy paper sur les sujets spécifiques ou d'actualité immédiate.

Elle intervient à la suite d'une première expérience de veille, d'analyse et de publications de » **l'Observatoire Sociale Tunisien** » que le FTDES voudrait capitaliser pour répondre aux défis de l'actualité.

Le FTDES réaffirme par ce travail d'analyse son engagement solidaire avec ses partenaires tant nationaux que régionaux pour l'impératif de respect des droits humains mais également dans la lutte contre les menaces de la destruction de notre environnement, de la montée des extrémismes, de la militarisation des conflits et de l'injustice climatique que nous payons de nos dernières ressources élémentaires et vitales.

L'ensemble de ces thématiques feront l'objet de publications prévues en 2019 mais dont la Tunisie restera le focus privilégié de ces éclairages divers aux effets croisés potentialisateurs.

Dans un souci de proximité avec la réalité, nous consacrerons également un dossier aux nouveaux acteurs du changement dans notre pays en transition, à leurs discours, à leurs outils et à leurs causes toutes aussi légitimes que diverses.

« L'observatoire social « ouvre cet espace d'échange à des experts et à des chercheurs universitaires de compétences et générations différentes désirant enrichir une réflexion approfondie sur une réalité en mouvement et participer au développement d'alternatives constructives.

Nous espérons que ce partenariat aidera à décloisonner les efforts de recherche appliquée et à alimenter un espace de convergence entre un militantisme éclairé porteur d'alternatives et une recherche savante proche des réalités citoyennes et des défis du partage équitable des dividendes d'un développement plus humain.

Considérant l'atrocité des drames quotidiens vécus au large de nos côtes par des vagues de femmes et d'hommes sans horizons de dignité et qui se résignent à affronter un scénario de mort plus que probable plutôt que de se soumettre au cynisme des politiques sécuritaires européennes et à la marginalisation dans leurs propres pays, l'observatoire social dédie ce premier cahier à la question de l'immigration.

Nous espérons que ce débat contribuera à une plus grande mobilisation pour faire bouger le statut quo des égoïsmes actuels où les protagonistes feignent de négocier pour des politiques plus soucieuses des droits tout en s'accommodant des tergiversions des uns et des autres, des naufragés malmenés entre des ports qui leurs restent fermés , du sort de

milliers de disparus anonymes et des offensives récurrentes pour nous faire endosser la responsabilité de la fermeture externalisée des frontières européennes .

L'ensemble des experts que nous remercions et qui ont bien voulu proposer leurs contributions à ce dossier reviendront sur les différents aspects de l'inégalité du dialogue bilatéral ou multilatéral et de la conditionnalité qui le guide dans la conjoncture de notre dépendance économique aggravée.

Ils n'ont par ailleurs pas pu occulter l'obligation d'évoquer sans complaisance la situation non moins compromettante des migrants en Tunisie et la responsabilité de nos institutions en cela .Après de multiples effets d'annonces , nous restons en effet en attente d'une loi réglementant l'asile, d'une ratification des conventions garantissant les droits économiques de migrants et d'une stratégie migratoire pertinente qui au-delà de notre diaspora à l'étranger inclurait la mobilité et les droits des migrants à l'intérieur de nos frontières aussi.

Les enquêtes publiées par ailleurs par le FTDES sur les conditions indignes des demandeurs d'asile et des rescapés dans les différents régions et centres d'accueil à Medenine ou à Tunis confirment malheureusement qu'en l'absence de ce cadre légal, des centaines de réfugiés syriens ou sub-sahariens continuent à subir l'arbitraire et l'exploitation pour ne pas dire des situations de traite humaine inacceptables.

Le forum tunisien pour les droits économiques et sociaux qui tient particulièrement enfin à remercier monsieur Mohamed Limam coopté par ses collègues chercheurs pour coordonner ce premier cahier restera pour les prochains dossiers thématiques à l'écoute de l'ensemble des acteurs pour l'enrichissement de la réflexion pour un monde meilleur et plus équitable et pour une contribution aussi modeste soit elle aux changements effectifs.

Malek Kefif

Membre du conseil scientifique de l'OST

Forum Tunisien pour les Droits Économiques et Sociaux

LES POLITIQUES MIGRATOIRES DE L'UE ET DE LA TUNISIE :
REGARDS CROISES AU PRIME DES DROITS DES MIGRANTS

Chapitre introductif

Par Mohamed Limam

الفصل التمهيدي

ملخص

اعتمادا على جميع المساهمات لهذا المؤلف الجماعي، يرمي هذا الفصل التمهيدي إلى دراسة الإطار القانوني للتعاون بين تونس والاتحاد الأوروبي في ميدان الهجرة، والتي يمثل اتفاق شراكة التنقل آليته المميزة، وذلك بغية تسليط الضوء على أوجه القصور والتناقضات الواردة في العرض الأوروبي. وثانياً يلقي الضوء على الآثار العكسية للمقاربة الأمنية التي تهدد الحقوق الأساسية للمهاجرين، بما في ذلك الحق في الحياة خاصة في ظل العقبات والقيود المفروضة على عمليات الإنقاذ في البحر. ومن ثمة يستعرض التظلمات الرئيسية التي أعربت عنها الجهات الفاعلة الوطنية والدولية بخصوص انتهاكات حقوق المهاجرين. وأخيرًا، يعود هذا الفصل على دور العدالة في محاولة لتسليط الضوء على الفجوة بين فقه القضاء التونسي الذي يتسم بتطبيق صارم لنصوص زجرية بالأساس وبين فقه القضاء الدولي المتجه نحو حماية حقوق المهاجرين.

الكلمات المفاتيح: اتفاق شراكة التنقل . المقاربة الأمنية . حقوق المهاجرين . اللاجئون . فقه القضاء

The introductory chapter

Abstract

Based on contributions to this volume, this introductory chapter examines the legal framework of cooperation between Tunisia and the European Union in the field of migration, within which the Mobility Partnership Agreement occupies a distinctive position. It aims to highlight the shortcomings and inconsistencies of the European offer. Second, it sheds light on the counter-productive effects of the security driven approach that threatens the fundamental rights of migrants, namely the right to life, with regards to obstacles and restrictions on rescue operations at sea. It then presents the major grievances expressed by national and international actors regarding violations of migrants' rights. Finally, this chapter carry in the role of justice in an attempt to highlight the gap between Tunisian jurisprudence, which is characterized by the strict application of the provisions of the basic law and the international jurisprudence oriented toward the protection migrants' rights.

Key words: Mobility Partnership Agreement- Security Approach - Immigrant Rights – refugees - Jurisprudence

Dans une communication conjointe du 8 mars 2011, la Commission européenne et la Haute Représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité ont déclaré : « Les événements qui se jouent actuellement chez nos voisins du Sud sont historiques … La transformation radicale du paysage politique dans le sud de la Méditerranée exige que l'UE change de stratégie à l'égard de la région… La réaction de l'UE à la mutation qui s'opère dans la région doit être plus ciblée, innovante et ambitieuse…. Des partenariats pour la mobilité doivent être conclus avec les pays partenaires »[1] ! Quelques mois après, la communication de la Commission du 18 novembre 2011, annonce une « nouvelle approche globale de la question des migrations et de la mobilité (AGMM) »[2].

Pourtant, depuis 2006, la communication sur l'approche globale de la question des migrations, un an après déclarait notamment: « après que certaines conditions auront été satisfaites, telles que la coopération en matière d'immigration clandestine et la conclusion d'accords de réadmission, l'objectif pourrait être d'établir en concertation avec un certain nombre de pays tiers intéressés des programmes de mobilité qui permettraient à leurs ressortissants de bénéficier d'un meilleur accès à l'UE.»[3]. En 2007, la Commission propose que ces programmes « …devraient s'intituler « partenariats pour la mobilité » … ».[4]

À y bien regarder, il n'y a rien dans les textes de 2011 qui indique qu'il s'agit d'une nouvelle offre et qui soit réellement adaptée aux changements « historiques » dans la région. D'ailleurs, force est de constater que le principe de différenciation reçoit chez le Conseil de l'UE (le Conseil) une signification à bien des égards étrange. En effet, la différenciation ne veut pas dire pour le Conseil le fait de s'adapter et prendre en compte le contexte spécifique du partenaire et ses besoins. Elle signifie plutôt de regarder en quoi la situation spécifique de chaque partenaire pourrait servir les intérêts de l'UE : « En vertu du principe de différenciation, précise le Conseil, l'Union cherchera à tisser une coopération plus étroite avec les partenaires qui partagent des intérêts communs et qui sont disposés à négocier des

[1] Communication Conjointeau Conseil Européen, au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions : Un Partenariat pour la démocratie et une prospérité partagée avec le Sud de la Méditerranée, Bruxelles, 8.3.2011, COM (2011) 200 final, pp.2-3-5-7.

[2] Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Approche globale de la question des migrations et de la mobilité, Bruxelles, 18.11.2011, COM (2011) 743 final, P.3.

[3] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement. Européen, l'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations, Bruxelles, 30.11.2006, COM (2006) 735,

[4] Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, Bruxelles, 16.5.2007, COM (2007) 248 final, p.3.

engagements réciproques avec l'UE et ses États membres. Les nouvelles initiatives seront évaluées à la lumière des priorités régionales et bilatérales actuelles de l'Union. »[5]. Plus simplement dit, le PpM, instrument prévu depuis 2006 et conçu comme un des cadres de la mise en œuvre de l'approche globale, doit veiller à ce que les partenaires soient ciblés en fonction de leur disposition à satisfaire les intérêts de l'UE. Il s'agit en définitive de remettre sur la table les priorités de l'UE en matière de réadmission et de gestion des frontières : « L'objectif est de veiller, préalablement à l'allègement ou à la suppression des obligations en matière de visas, à ce qu'un certain nombre de critères spécifiques soient remplis par les pays partenaires, notamment dans des domaines tels que l'asile, la gestion des frontières et l'immigration clandestine. Cette démarche est à même de garantir la mobilité dans un environnement sûr. »[6]. Ainsi posés, les termes de cette nouvelle approche globale de la mobilité renvoient à une sorte de contrat d'adhésion proposé par l'UE et dans lequel les partenaires n'ont plus qu'à négocier les termes de leur soumission.

Le 03 mars 2014 fut signée la déclaration conjointe établissant un partenariat de mobilité entre la Tunisie, l'Union européenne et ses États membres participants[7]. Le Maroc a signé le 17 juin 2013 une déclaration identique[8]. Au-delà des discours de félicitations officielles, le partenariat a été qualifié de « marché de dupes »[9].

Ce volume se propose de faire la lumière sur les insuffisances du partenariat entre la Tunisie et l'UE. Il s'agit de faire ressortir les incohérences et limites de la politique migratoire des deux partenaires et pointer du doigt les atteintes aux droits des migrants que ce partenariat recèle. Les développements qui suivent, dans le présent chapitre ainsi que dans les 9 chapitres de ce volume, s'attellent à examiner de près l'offre de l'UE formulée dans le PpM et mettent la lumière sur son déséquilibre et son incohérence. Ils reviennent ainsi sur les errements de la *securitydriven* approche de l'UE, laquelle approche se montre non seulement peu soucieuse du respect de la règle de droit, son propre droit ainsi que le droit

[5] COM (2011) 743 final, op.cit., p.9.
[6] Ibid., p.4.
[7] Commission européenne, Déclaration conjointe pour le Partenariat de Mobilité entre la Tunisie, l'Union Européenne et ses États membres participants, Bruxelles, mars 2014. Online : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/international-affairs/general/docs/declaration_conjointe_tunisia_eu_mobility_fr.pdf
[8] L'UE et le Maroc signent un partenariat pour gérer la migration et la mobilité, Commission européenne, IP/13/513 - 07/06/2013.
[9] Accords sur la mobilité : quand l'Europe joue les « Ponce Pilate » Publié le jeudi 13 juin 2013 11:13 http://fr.lakome.com/index.php/chroniques/938-accords-sur-la-mobilite-quand-l-europe-joue-les-ponce-pilate

international, mais elle cherche à faire endosser la responsabilité de la gestion de ses frontières extérieures à des partenaires, eux-mêmes peu enclins à respecter la règle de droit et n'ont de cesse de bafouer les droits des migrants.

Dans ce volume, on montre que les deux partenaires, dont les dissensions ne portent pas sur l'impératif de respecter les droits des migrants ou l'optimisation des conditions d'accueil de la communauté des migrants ici et là, tentent dans un jeu vicieux d'obtenir des concessions de l'autre sans pour autant en concéder ce qui est raisonnablement attendu d'une coopération gagnant-gagnant. Et malgré le fait que ce jeu ait depuis longtemps montré ses limites, voire ses vicissitudes, l'UE n'en présente pas moins une offre autre que celle visant à obtenir la signature d'un accord sur la réadmission et l'implication directe de ses partenaires dans la protection de ses frontières extérieures ; la récompense étant la concession d'un accord sur la facilitation des visas. Mais à y bien regarder, cette récompense n'est qu'une vaporeuse concession verbale car elle est limitée mais surtout elle est sans valeur ajoutée pour la Tunisie.

Cette dernière, faute d'avoir défini une politique migratoire claire et cohérente se contente de gérer la question migratoire d'une manière approximative et à tâtons, tout en cherchant à monnayer, financièrement ou politiquement, toute satisfaction des demandes de l'UE. Pendant ce temps-là, les opérations de sauvetage en mer sont l'objet d'harcèlement et d'obstruction quotidiens, les interceptions et refoulements collectifs sont légion. Les garde-côtes des deux rives et FRONTEX se relayent tour à tour pour conduire les migrants vers des pays dont l'encadrement juridique et les pratiques des autorités en charge de la question migratoire affichent un déficit alarmant quant au respect des droits des migrants et des réfugiés.

Qui s'en soucient ? les organisations internationales ainsi que les ONG internationales et locales n'ont pas cessé de dénoncer ces agissements et de faire part de leurs doléances adressées aussi bien à l'UE et à la Tunisie. Certaines se mobilisent même pour soutenir les migrants en vue de saisir la justice dans l'espoir de faire condamner les autorités qui s'affranchissent de la légalité au nom de l'efficacité et de la politique du chiffre.

En plus de ces acteurs, la justice s'est emparée de la question et il en est résulté une jurisprudence manquant d'homogénéité. Si la justice tunisienne n'a pas pu s'affranchir de l'emprise d'une législation liberticide, la jurisprudence internationale et notamment celle de

la Cour Européenne des Droits de l'Homme fait montre d'un volontarisme salutaire lui permettant d'interpréter les textes dans une dynamique protectrice des droits des migrants. Tels sont donc les thèmes sur lesquels s'attardent les contributions que le présent chapitre tente d'introduire et utiliser comme des béquilles analytiques pour le besoin de la démonstration.

Dans ces lignes, nous examinerons le cadre juridique de la coopération pour faire ressortir les insuffisances et incohérences de l'offre de l'UE. Ensuite, nous reviendrons sur les effets contre-productifs de l'approche sécuritaire et la mise en péril des droits les plus élémentaires des migrants dont le droit à la vie. Puis, nous passerons en revue les principales doléances exprimées par des acteurs nationaux et internationaux contre le traitement réservé aux migrants et à leurs droits pour clore ce chapitre sur le rôle de la justice en tachant de faire ressortir l'écart entre une jurisprudence tunisienne marquée par une application draconienne de textes déjà liberticides et une jurisprudence internationale plutôt orientée vers la protection des droits des migrants.

1. Un modèle en déséquilibre ou la logique du gruyère :

La déclaration conjointe entre la Tunisie et l'UE précise que « les dispositions de la présente déclaration commune n'ontpas pour objectif de créer des obligations juridiques relevant du droit international »[10]. Il s'agit donc d'un accord politique, une feuille de route pour la coopération entre les parties signataires. **Dorra Jaibi** (Chapitre 1) replace cet accord politique dans son environnement juridique en précisant que « cet instrument relève en fait de la *soft law*. »[11]. Elle ajoute que « la *soft law* peut servir de locomotive à l'adoption de normes contraignantes incitant les États à élaborer des normes juridiquement contraignantes. C'est plutôt sous cet angle qu'il faudrait concevoir le partenariat pour la mobilité. »[12]. En effet, C'est dans ce cadre politique que la Tunisie et l'UE négocient deux accords formels portant respectivement sur la réadmission et la facilitation des formalités des visas. Mais à l'auteure de noter que « l'examen des communications de la Commission sur le partenariat pour la mobilité ainsi que les partenariats eux-mêmes, nous permettent de

[10] Déclaration conjointe Tunisie-UE, op.cit, p. 7.
[11] DorraJaibi, Le Partenariat pour la mobilité : quand la flexibilité rime avec la conditionnalité, in Mohamed Limam (dir.), *les chaiers du FTDES - Migration, FTDES, juin 2019*
[12] Ibid.

constater qu'au fond le but principal de ces partenariats réside dans l'obtention d'engagements de la part des pays tiers en matière de réadmission, de sorte que l'intégration de la mobilité dans le partenariat avec les pays tiers a pour objet de mettre en pratique une conditionnalité intrinsèque à la politique migratoire. »[13].

Bien plus, cette nouvelle offre conditionne toute coopération avec les voisins du sud non seulement à la négociation et la conclusion des accords de réadmission mais aussi à l'implication de ces partenaires dans la collaboration immédiate avec les agences de l'UE, notamment l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (FRONTEX). À juste titre, l'auteure s'interroge « si les PPM présentent réellement une valeur ajoutée par rapport au cadre déjà existant. Une analyse des dispositions contenues dans cet instrument nous conduit à affirmer que sur le fond cet instrument ne contient aucune avancée en termes de mobilité. »[14].

Force est de constater que la nouvelle offre proposée dans le PPM est non seulement loin de constituer une amélioration des engagements de l'UE et de ses États membres, bien au contraire, lesdits engagements, en matière de visa par exemple, risquent de se révéler sans valeur ajoutée.

1.1- Des engagements à géométrie variable :

La communication de novembre 2011[15] indique que « Le nouveau partenariat pour la mobilité offre un assouplissement des formalités d'octroi des visas lié à un accord de réadmission négocié simultanément. »[16]. Dans les négociations en cours entre la Tunisie et l'UE, les négociateurs tunisiens se déclarent prêts à concéder un accord de réadmission à l'UE à condition qu'il ne porte pas sur les immigrants ayant transité par le territoire tunisien[17]. En face, l'UE insiste sur le fait qu'il n'est pas question de dissocier la réadmission des nationaux des ressortissants des pays tiers ayant transité par le territoire tunisien. Bien mieux, pour l'UE, le PpM implique non seulement « la conclusion d'un accord de réadmission équilibré, prévoyant des dispositions relatives aux ressortissants des pays tiers »

[13] Ibid.
[14] Ibid.
[15] Approche globale de la question des migrations et de la mobilité », op.cit., p.3.
[16] Ibid., pp.12-13.
[17] Entretien téléphonique du 16 octobre 2013.

mais aussi la gestion des frontières avec l'implication directe des « agences de l'UE » à savoir, FRONTEX, EUROPOL, CEPOL, EUROJUST, EASO et l'ETF. « Ces agences, (qui) seront associées à la mise en œuvre du partenariat. ».[18].

Une lecture attentive du texte du PpM permet de relever que ces deux accords ont une géométrie variable quant à l'engagement de toutes les parties. En effet, et s'agissant des visas long séjour, celles qui intéressent le plus les pays d'origine puisqu'elles concernent l'immigration de la main d'œuvre, surtout non qualifiée, ce sont les États membres intéressés qui décideront « compte tenu de leur droit à déterminer le nombre de migrants économiques à admettre sur leur territoire. »[19]. La réserve de compétence au profit des États membres au sujet des visas long séjour fait que l'UE ne peut négocier en son nom et au nom de ses États membres que sur les visas court séjour. Autrement dit, l'accord sur la facilitation des visas représente une bien maigre concession de la part de l'UE. Elle ne pourra, dans ces conditions, correspondre aux concessions de la Tunisie si elle accepte éventuellement de conclure un accord de réadmission des arrangements de travail avec FRONTEX et les autres agences de l'UE ainsi que la participation dans le programme Seahorse.

Par ailleurs, l'accord sur la facilitation des formalités de l'octroi des visas ne profiterait qu'a une infime partie de la population en quête de mobilité/immigration. En effet « L'UE offrira aux pays partenaires la possibilité de conclure un accord sur l'assouplissement des modalités d'octroi des visas. La teneur d'un tel accord sera cependant différente d'un pays partenaire à l'autre. Les accords seront conclus au cas par cas, mais ils prévoiront au minimum un soutien à la mobilité des étudiants, des chercheurs et des hommes et femmes d'affaires. »[20].

Cela contraste avec l'engagement que la Tunisie est appelée à concéder en matière de réadmission, car l'UE négocie au nom de tous ses États membres, ce qui revient à dire que tous profiteraient de la conclusion d'un accord sur la réadmission. Les négociateurs tunisiens doivent être vigilants pour qu'il n'y ait pas d'asymétrie dans les engagements à concéder quitte à transformer la négociation sur un accord de réadmission à celui de

[18] Déclaration conjointe Tunisie - UE, op.cit., pp.4-5 et p.7.
[19] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions : « Un dialogue pour les migrations, la mobilité et la sécurité avec les pays du Sud de la Méditerranée », Bruxelles, 24.5.2011, COM (2011)292/3, p.10.
[20] Ibid.

facilitation des formalités de la réadmission, après tout et comme le note Stéphane Julinet : « C'est un accord inégal : la réadmission est une autorisation pure et dure, tandis que les facilitations de visa sont hypothétiques et conditionnelles »[21].

Cette géométrie variable des engagements qui règne sur les négociations en cours est non seulement révélatrice du déséquilibre qui caractérise ce PpM mais risque d'avoir des conséquences préjudiciables quant à la réalité des avantages que la Tunisie est censée en tirer.

1.2- Une offre sans valeur ajoutée :

D'emblée, l'on note que le PPM proposé ne débouchera que sur un seul accord formel, présenté comme étant bénéfique à la Tunisie, à savoir l'accord sur la facilitation des visas. On a déjà relevé que cet accord pèche par sa géométrie variable. Ensuite, les contours et les mesures concrètes à mettre en œuvre ne sont pas clairement fixés. Il règne comme une ambiance de fondu-enchainé autour du contenu de l'accord sur la facilitation des visas. Déjà, la terminologie utilisée n'est pas identique. Dans la déclaration conjointe il est désigné sous la formule « accord de facilitation des visas »[22]. Cette expression vague laisserait entendre que l'octroi des visas sera facilité pour ne pas dire facile. Or, loin s'en faut. Car ce qui est visé par le terme « facilitation », ce n'est pas l'octroi des visas, mais plutôt les formalités de l'octroi des visas.

Ceci est clairement posé dans les communications de la Commission. En effet, la communication du 24 mai 2011 parle d'un « accord sur l'assouplissement des modalités d'octroi des visas »[23] et la communication du 18 novembre 2011 plus « précise » encore, évoque « un assouplissement des formalités d'octroi des visas »[24]. Il n'est pas exclu de penser que cette formulation du texte de la déclaration conjointe est intentionnelle pour faire bonne figure, du moins vis-à-vis de l'opinion publique et de calmer les opposants à un tel partenariat. Et quand bien même que son contenu sera fixé après les négociations, il

[21] Cité in julie chaudlier, Bientôt l'expulsion des migrants subsahariens irréguliers de l'UE vers le Maroc ? *Yabiladi.com*, 07.06.2013. Online : https://www.yabiladi.com/articles/details/17816/bientot-l-expulsion-migrants-subsahariens-irreguliers.html

[22] Déclaration conjointe Tunisie - UE, op.cit. p.3.
[23] Ibid.
[24] ibid.

reste toujours vrai qu'entre faciliter l'octroi et faciliter les formalités d'octroi, il y a loin de la coupe aux lèvres !

Ceci étant précisé, même un accord sur la facilitation des formalités ne saurait accorder plus de facilités que ce qui est déjà en place par les consultas des États membres. Et encore, il faudrait se référer à la réalité de tous les jours pour mesurer l'effectivité de la facilitation des formalités de l'octroi des visas.

Un travail empirique, conduit par **Mahdi Elleuch**[25], (Chapitre 2) nous montre les limites, voire les vicissitudes des pratiques des autorités consulaires des États membres à l'égard des demandeurs de visa. L'auteur relève que le Code communautaire des visas (Code Schengen) n'est pas toujours observé et les autorités consulaires prennent très souvent la liberté de le transgresser[26]. De plus, il constate que les représentations diplomatiques alourdissent le coût financier des visas[27] en n'informant pas le public sur la possibilité de toujours déposer sa demande de visa auprès du consulat et que le passage par la société de service, TLS contact et/ou VFS, n'est pas obligatoire[28]. Bien mieux, lorsque le site web de l'Ambassade de France (le seul selon l'auteur) indique que les deux options sont possibles, le demandeur qui appelle le numéro prévu se voit diriger directement à TLS Contact[29]. Ainsi, des frais supplémentaires viennent s'additionner au montant total d'une simple demande de visa[30]. Devant ces pratiques, les doléances fusent de partout et plusieurs universitaires, notamment, dénoncent sur les réseaux sociaux ces pratiques quotidiennes. Ainsi, le 5 juillet 2018, un professeur de l'enseignement supérieur, le plus haut grade des enseignants universitaires s'indigne : « Pendant très longtemps, j'ai boycotté la France à cause des problèmes de visa... je pense que je vais revenir à mon boycott… Perdre des journées, payer le SMIG, et se faire traiter comme un vulgaire clandestin par le "pays des droits de l'homme" ... ce n'est pas (et ça ne sera jamais) mon truc... ». Ce témoignage que nous avons recueilli sur les pages du réseau social Facebook est corroboré par d'autres recueillis par Mahdi El

[25] Mahdi El Euch, Une pratique de délivrance des visas Schengen peu soucieuse des droits des demandeurs, in Mohamed Limam (dir.), op.cit., Chapitre 2.
[26] ibid.
[27] Ibid.
[28] Ibid.
[29] Ibid.
[30] Ibid.

Euch qu'il utilise tout au long de sa démonstration[31]. Ceci confirme que la facilitation des visas ne révèle pas une pratique constante et respectueuse des demandeurs.

Il est davantage regrettable de constater que là où le PpM puisse constituer un levier pour le développement socio-économique à travers l'immigration économique, l'UE n'est pas au RDV. Il s'avère que l'UE a d'emblée posé les limites de son engagement sur la facilitation de la mobilité et l'immigration économique, particulièrement de la main d'œuvre la moins qualifiée, celle-là même qui permettrait d'absorber une partie du chômage, contribuer à améliorer les conditions des familles restantes et créer une dynamique économique basée sur les micro-projets. En effet, le texte de la déclaration souligne que l'UE et la Tunisie ont décidé d'établir un PPM en vue « de mieux gérer la circulation des personnes pour des séjours de courte durée, les migrations régulières et la migration pour des raisons de travail en tenant compte, pour cette dernière, de la situation du marché de l'emploi des signataires. »[32]. Le paragraphe 3 de la déclaration conjointe précise aussi que les facilitations de l'immigration régulière de la main d'œuvre se fera en « tenant dûment compte du principe de la préférence communautaire de l'UE »[33]. Ceci ôte toute valeur ajoutée à l'offre en matière de mobilité. Résultat : un échec avoué à demi-mot par la commission qui déclare en 2017 que les négociations avec la Tunisie de l'accord sur la facilitation des visas et celui relatif à la réadmission sont en retard[34].

Par ailleurs la Commission établit le constat suivant : « En finir avec la résistance au retour et à la réadmission nécessite un usage plus coordonné et plus large des leviers offerts par les différentes politiques de l'UE si on veut aboutir à des résultats. Par exemple, un domaine spécifique à explorer est l'usage coordonné de la politique du visa ou celle de l'immigration légale. Sur la base des réponses de 24 États membres au questionnaire relatif aux initiatives en matière d'immigration légale, il apparait que 16 états membres n'ont pas d'initiatives spécifiques autres que celles relatives au programme Erasmus + pour la mobilité des étudiants. Seulement deux États membres rapportent qu'ils ont des initiatives bilatérales pour faciliter la mobilité des jeunes diplômés et des professionnels avec le Sénégal et le

[31] Mahdi elleuch, op.cit.
[32] Déclaration conjointe Tunisie - UE, op.cit., P.4.
[33] Ibid., p.1.
[34](http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-350-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF)

Mali. En vue de renforcer la coopération et prendre en compte les souhaits des pays tiers, des packages de motivations plus larges devraient être offerts. »[35].

Durant le conseil d'association de 2017, la commission s'est félicitée du fait que la Tunisie a confirmé son engagement de coopérer avec l'UE notamment dans la gouvernance de la migration et la lutte contre l'immigration non autorisée et qu'elle a exprimé son intérêt pour des formations dans le cadre du programme Seahorse[36]. Ceci renseigne bien à quel point l'UE continue à penser la question migratoire à partir de Lampedusa et la coopération avec la Tunisie comme un morceau de gruyère français à partager : à l'UE le fromage et à la Tunisie les trous.

2. Les démons de Lampedusa :

Au mois de mars 2011, le ministre de l'intérieur italien, voyant défiler les embarcations de fortune sur l'ile de Lampedusa, eut soudain une illumination, celle de l'exode biblique vers l'Italie. Relue aujourd'hui, cette déclaration sonne avec le recul comme une prophétie : elle parait annoncer le durcissement de la politique migratoire européenne envers un voisinage, pourtant en détresse. Le mot d'ordre est lancé : il faut plus que jamais conclure un accord de réadmission et externaliser de la gestion des frontières européennes. Après le désaccord de Schengen entre l'Italie et la France, l'UE s'est emparée de la question et les démons de Lampedusa que sont la réadmission[37] et l'externalisation de la gestion des frontières fussent introduits dans le PPM proposé à la Tunisie. Il en est résulté d'abord l'établissement d'une conditionnalité entre la signature d'un accord sur la facilitation des visas et un accord sur la réadmission. Ensuite, le rôle de FRONTEX a été élargi. Désormais, l'agence est appelée à jouer un rôle plus actif et de servir comme le point focal dans la conduite des opérations de retour en partance des États membres. Ces derniers doivent lui procurer tout leur soutien

[35] ((http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-350-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF) ibid, p.14-15)

[36] (http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-350-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF)

[37] Au point 26 de ses conclusions de Tampere d'octobre 1999, le Conseil européen fait référence à l'obligation internationale des États en matière de réadmission de leurs ressortissants. Il a également confirmé, au point 27, que le traité d'Amsterdam a conféré des compétences à la Communauté dans le domaine de la réadmission. Le Conseil a donc été invité à conclure des accords de réadmission ou à insérer des clauses-types de réadmission dans d'autres accords conclus entre la Communauté européenne et les pays ou groupes de pays tiers concernés. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2002/com2002_0175fr01.pdf

pour que la mise en œuvre de ses opérations soit un succès. Visiblement FRONTEX n'a pas démérité et la Tunisie figure au pole position des migrants reconduits à ses frontières, avec 47 opérations et 1187 personnes astreintes au retour[38] en 2017.

Soit, mais alors, après un tel constat surgit une interrogation : quelle est la face cachée de cette politique en termes de respect des droits des migrants, notamment le droit à la vie ? Le bilan est, semble-t-il, très lourd. En effet, les multiples obstacles aux opérations de sauvetage en mer, l'absence d'une législation adéquate sur l'asile et l'illustration que donne l'exemple des réfugiées syriennes en Tunsie, entre autres, sont autant d'éléments qui concourent à mettre en cause les opérations de FRONTEX et à se demander si la Tunisie peut être classée comme un pays sûr ?

2.1. L'obstruction aux opérations de sauvetage en mer

Kmar Ben Youssef[39] (chapitre 3) revient sur les opérations de sauvetage en mer et les obstacles, voire les violations manifestes du droit international et partant des droits humains des migrants commises par l'UE à travers FRONTEX et/ou par les garde-côtes de ses États membres. En effet, « le sauvetage en mer consiste à porter secours dans un but humanitaire et l'obligation de secourir en mer est prévue par la Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS), la Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritime (SAR) et aussi par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 », rappelle l'auteure[40]. Dans ces conditions et au regard du droit international, « le devoir de secourir est une obligation irréfutable »[41] qui incombe au même titre aux capitaines des navires et aux états. Or, certains états, à l'instar de l'Italie, ne cessent de restreindre la portée de cette obligation. L'auteure note que « l'Italie a édicté un code de conduite pour les ONG de secours en mer qui remet tout en question. Parmi les mesures requises par ce code figure l'interdiction de transférer les personnes secourues sur un autre navire. Une fois remplis, les navires de sauvetage devront ramener les personnes secourues sur les côtes. Alors qu'avant cette nouvelle disposition, en cas d'opération qui nécessite de

[38] ((http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-669-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF)
ibid, p.14-15)

[39] Kmar Ben Youssef Les opérations de sauvetage en mer : les droits humains en plein naufrage, in Mohamed Limam (dir.), op.cit.

[40] ibid Chapitre 3.

[41] Ibid.

gros moyens de transport, un navire peut recueillir des naufragés, leur apporter les premiers soins, puis les confier à un autre navire qui les amènera sur terre. Pendant ce temps, le premier navire peut continuer les opérations de secours. La responsabilité repose ainsi sur la complémentarité des capitaines de navire.

Avec ce code de conduite, un bateau de secours pourrait devoir abandonner une partie des naufragés puisqu'il est plein. Il serait donc forcé de regagner la côte, avant de revenir. Le risque est alors de ne plus retrouver les naufragés restants ou de les retrouver morts. »[42]. Bien plus, « voulant fuir leurs obligations internationales, les États jouent sur les interprétations à donner au contenu des instruments internationaux et régionaux applicables. De plus, ils concluent des accords bilatéraux visant à empêcher les sauvetages, ce qui met en péril la vie de migrants en détresse. … Souvent, les appels de détresse restent sans réponse. Il y a non seulement un refus de sauvetage …, mais aussi, on est face à une opposition des États au débarquement… . »[43]

L'auteure rapporte que **«** les marins ayant secouru des bateaux de migrants en difficulté ont été condamnés pour « aide à l'immigration illégale » en Italie. … Ainsi, ajoute-t-elle, on assiste à des navires qui refusent de secourir les bateaux chargés de migrants, et ce, pour ne pas encourir le risque d'emprisonnement. »[44]. Et à l'auteure de constater l'existence d'un « détournement clair des principes internationaux par le biais des législations nationales. Si on applique les Conventions SOLAS et SAR, l'obligation de porter secours et assistance devrait primer sur toute autre considération. ».[45]. Un autre exemple de détournement des textes est fourni au sujet de la Convention de Genève de 1951 sur le droit des réfugiés et qui pose le principe de non refoulement. En effet, pour esquiver les obligations énoncées dans cette Convention, les États membres s'opposent au débarquement et ne permettent pas au demandeur d'asile de franchir leurs frontières. Ils contournent ainsi le règlement de Dublin et s'affranchissent de l'obligation d'examiner les demandes d'asile[46].

[42] Ibid.
[43] Ibid.
[44] Ibid.
[45] Ibid.
[46] Ibid.

2.2. Sur un pont aux ânes : la Tunisie est-elle un pays d'origine sûr ? :

L'obsession pour la réadmission et le retour ne doit pas autoriser l'UE à s'affranchir des normes internationales en la matière. Elle doit se conformer aux standards internationaux en s'assurant d'abord que le pays du retour soit sûr, c.-à-d. ne présente pas le risque de violation des droits humains des retournés. Or, la Tunisie ne présente pas jusqu'à ce jour les garanties suffisantes pour être considérée comme un pays sûr. L'absence d'une législation sur le droit d'asile manque toujours et le traitement répressif des retournés ainsi que l'absence de protection des migrants présents sur le territoire tunisien en sont témoins.

2.2.1. Sur la psychologie d'un manque : l'absence d'une législation sur le droit d'asile

Depuis 2011 la Tunisie tergiverse au sujet de l'encadrement juridique de la question de l'asile. Un projet de loi sur l'asile récemment préparé est toujours dans les tiroirs de la présidence du gouvernement, lequel ne semble pas pressé pour le déposer devant l'ARP en vue de son adoption. Ceci étant précisé, **AnoirZayani**[47] (Chapitre 4) a pu travailler sur la dernière version du projet et considère qu'« Au final, ce Projet constitue de manière irréfutable une avancée puisqu'il fait sortir de la zone de "non-droit" des personnes en extrême vulnérabilité et leur confère des droits et des libertés. Plus encore, l'application de ce projet de loi constitue un défi pour les autorités. »[48]. L'auteur rappelle la nécessaire mise en cohérence de tout le dispositif normatif tunisien et aux moyens matériels pour asseoir une infrastructure permettant la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile, sans oublier le travail pédagogique à faire auprès des agents du ministère de l'intérieur qui sont souvent peu soucieux de la protection des réfugiés[49].

Toutefois, le projet de loi ne souffre pas moins de limites susceptibles de constituer de sérieux obstacles aux travaux du conseil qui sera créé au sein de l'instance nationale pour la protection des réfugiés pour statuer sur les demandes d'asile. En effet, l'auteur note que « la délibération du Conseil ne peut être faite qu'en la présence des représentants des ministères de la justice, de la défense nationale, de l'intérieur et des affaires étrangères. Ceci

[47] AnoirZayani, La protection des réfugiés en Tunisie : Bilan provisoire d'un projet de loi perplexe, in Mohamed Limam (dir.), chapitre 4
[48] Ibid.
[49] Ibid.

dit, les décisions peuvent être prises en l'absence du représentant de la haute Instance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, du représentant du Croissant Rouge, mais aussi en l'absence du Président même de l'Instance ! Plus encore, le mode de délibération et de prise de décision retenu dans le Projet fait en sorte que le Conseil ne puisse que refléter les décisions gouvernementales, puisqu'on ne peut délibérer ni prendre de décision en l'absence des représentants de ces quatre ministères. ».[50]

Tout de même, une garantie de type juridictionnel a été prévue pour contester la décision du Conseil puisque, « ces décisions sont passibles de recours auprès d'une chambre spécialisée en matière d'asile constituée au sein du tribunal administratif, en vertu de l'article 47 du Projet. ».[51] Malgré la présence de cette soupape, l'auteur estime qu'en somme, la forte représentation gouvernementale enlève l'utilité même de la création de l'Instance ! »[52].

2.2.2. Arrêt sur images : le cas des réfugiées syriennes en Tunisie :

Le cas des réfugiées syriennes est un autre argument empêchant de classer la Tunisie en tant que pays sûr.**Hajer Araissia**[53] (chapitre 5) nous fait découvrir les conditions précaires et draconiennes dans lesquelles vivent les réfugiées syriennes en Tunisie. L'auteure souligne d'emblée que « le statut juridique des réfugiés en Tunisie n'est pas encore défini. Ce vide juridique qui persiste jusqu'à présent, accentue les difficultés d'accès aux droits économiques et sociaux pour les réfugiés et les demandeurs d'asile qui y sont présents et qui sont estimés, selon le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), à plus de 1000 personnes dont plus de 70 % sont des ressortissants syriens. »[54]. L'auteure précise que « la catégorie la plus vulnérable parmi les réfugiés syriens est celle des femmes venues seules ou avec leurs mères et celle des femmes avec des enfants en bas âge ou en âge de scolarisation (familles monoparentales). »[55]

Les témoignages recueillis dans le cadre des focus groupes organisés par l'auteure avec des réfugiées syriennes décrivent une série d'atteintes graves contre leur dignité

[50] Ibid.
[51] Ibid.
[52] Ibid.
[53] Hajer Araissia, Les réfugiées syriennes en Tunisie : Difficultés d'accès aux droits économiques et sociaux, in Mohamed Limam (dir), op.cit.
[54]Ibid, p.1.
[55] Ibid.

humaine et qui concernent tour à tour les difficultés relatives à l'accès au logement, au marché du travail**,** à la scolarisation des enfants,aux soins de santé, sans oublier les abus sexuels, les tracasseries administratives et le mauvais traitement de la police. Les conséquences psychologiques sont terribles et qui plus est viennent s'ajouter aux troubles psychologiques causés par l'éloignement, la séparation des familles et l'avenir incertain notamment pour les enfants.

Dans cet ordre d'idée, la Tunisie est appelée à revoir sa politique migratoire qui doit viser « l'amélioration de la gouvernance de ses migrations dans le but de lutter contre l'injustice et les inégalités socioéconomiques et de garantir les droits fondamentaux des émigrants, des immigrants et des réfugiés et demandeurs d'asile. »[56].

Pourtant, tous les griefs relevés ci-haut et les insuffisances du cadre législatif tunisien n'ont pas empêché la chambre basse du parlement Allemand de classer la Tunisie, ainsi que le Maroc et l'Algérie comme pays d'origine sûrs. Ce vote, intervenu le 18 janvier 2019, doit par contre être validé par le vote de la chambre haute. Les critiques ont tout de suite déploré ce vote, et à Robert Habeck, l'un des leaders du parti écologique de souligner que les pays du Maghreb accusent des défaillances multiples dont la persistance de la torture et la persécution contre les journalistes, la communauté LGBT et les femmes[57].

3. Une politique dénoncée :

Cette façon de « penser la coopération depuis Lampedusa » et de faire « imposer » les priorités de l'UE en matière de réadmission et de gestion des frontières a été largement critiquée et stigmatisée. Les commentateurs et les acteurs de la société civile sont presque unanimes sur le fait que le partenariat conclu avec la Tunisie est comme celui avec le Maroc est plutôt un « marché des dupes »[58]. Un responsable d'une agence intergouvernementale qui travaille en étroite collaboration avec la Commission sur la mise en œuvre de la politique migratoire de l'UE nous a déclaré qu'ils ont fait part de leur désaccord par rapport à l'approche de l'UE vis-à-vis de la Tunisie en notant que le moment n'était pas opportun pour

[56] Ibid., p. 13

[57] The Local, Bundestag declares Georgia, Tunisia, Algeria and Morocco 'safe countries of origin, 18 janvier 2019. Online: https://www.thelocal.de/20190118/bundestag-votes-overwhelmingly-to-declare-georgia-tunisia-algeria-and-morocco-safe-countries-of-origin

[58] Accords sur la mobilité : quand l'Europe joue les «Ponce Pilate» Publié le jeudi 13 juin 2013 11:13 http://fr.lakome.com/index.php/chroniques/938-accords-sur-la-mobilite-quand-l-europe-joue-les-ponce-pilate

négocier un accord sur la réadmission alors que cela ne constitue pas une priorité pour la Tunisie post 2011.[59]

Dans ce contexte, le secrétaire d'État pour l'immigration et des Tunisiens à l'étranger a déploré ouvertement dans une intervention lors d'un colloque organisé à Tunis : « qu'il y a encore cette approche sécuritaire »[60] dans le partenariat proposé par l'UE.

Avant lui, le ministre marocain des affaires étrangères Saâdeddine El Othmani a déclaré sans ambages devant le Parlement marocain que le Maroc refuse de jouer le rôle du gendarme de l'UE.[61]

le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'Homme des migrants, François Crépeau, lors de sa visite en Tunisie, du 3 au 8 juin 2012, a appelé l'Union européenne « à aller au-delà des questions de sécurité et de son discours de contrôle des frontières et de développer le partenariat sur les migrations et la mobilité, actuellement en négociation avec la Tunisie, en se concentrant davantage sur le respect, la protection et la promotion des droits de l'Homme des migrants»[62].

Dans une déclaration conjointe plusieurs ONG locales et internationales n'ont pas ménagé l'UE : « En fait, la mobilité ne représente qu'une partie accessoire de cet accord qui met l'accent sur une approche sécuritaire et la collaboration de la Tunisie avec l'agence FRONTEX dans le contrôle des frontières et la migration clandestine sans aucune considération des causes de ces flux, ni des droits des migrants. »[63] Il demande à l'UE « L'arrêt de sa politique d'externalisation des frontières et une réforme de son approche sécuritaire de gestion des flux migratoires. »[64] .

Il semble que l'UE et ses états membres restent hermétique par rapport à ces doléances et revendications. En témoigne le lancement de l'opération Thémis au large de la Méditerranée. Pour le directeur de Frontex Fabrice Leggeri, « nous devons être mieux

[59] Entretien conduit a Bruxelles le 19 mars 2013.

[60] Colloque « conditions des migrants tunisiens : droits, aspirations et développement », mercredi 29 mai 2013. Tunis.

[61] http://www.lavieeco.com/news/politique/le-maroc-gendarme-de-l-europe-a-quel-prix--22961.html

[62] "In the context of the migration and mobility partnership currently being negotiated, adopt a more nuanced approach to migration policy with Tunisia that moves beyond security and border-control discourse and develops a real partnership that focuses on the respect, protection and promotion of the human rights of migrants; in particular, support the development by Tunisian authorities of alternatives to the detention of migrants, in order to ensure that detention is considered only as a measure of last resort", Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, A/HRC/23/46/Add.1, 03 Mai 2013, P.21.

[63] Communiqué de presse conjoint Partenariats pour la mobilité UE-Tunisie Mobilité réduite et sans droits ? p.2. Online : http://www.euromedrights.org/fra/2012/12/05/partenariats-pour-la-mobilite-ue-tunisie-mobilite-reduite-et-sans-droits/

[64] Idem, p.3

équipés pour empêcher que des groupes criminels tentent d'entrer dans l'UE sans être détectés. C'est crucial pour la sécurité intérieure de l'Union européenne »[65]. L'opération Thémis visera donc « à mieux refléter l'évolution des modèles de migration, ainsi que la criminalité transfrontalière. ».

Certains déplorent le fait que cette opération est déployée sans contrôle démocratique, il lui manque principalement la publication de ses références légales. Il semble, en effet, qu'« aucune autorité politique compétente au niveau de l'Union européenne — le conseil des ministres par exemple — n'a approuvé une telle opération. Aucune décision cadre n'en a fixé l'objectif, les moyens, les limites, voire la zone d'opération. Aucune décision n'a été publiée au journal officiel ou sur un autre support. Aucune information n'a été donnée sur le coût de cette opération, ni sa durée. Aucun procès-verbal n'a été constaté et est accessible publiquement. Aucune information au parlement européen n'a été effectuée officiellement. Aucune traduction même dans les principales langues concernées par cette opération n'a été publiée. »[66].

Naima Feki[67], (Chapitre 6) ne manque pas de rappeler les effets contreproductifs d'une telle approche ainsi que l'écart entre les dispositions du protocole international pour la lutte contre le trafic des personnes et son application par les États parties[68]. Elle remarque qu'au lieu d'observer les dispositions relatives à la protection de la dignité humaine et au devoir d'assistance, la réalité dans la Méditerrané nous sert une toute autre image faite d'interception et refoulement musclés, obstruction des opérations de sauvetage en mer et donc non-assistance à personne en danger[69]. L'auteur pointe du doigt l'inefficacité de cette approche sécuritaire et met en cause l'absence de perspectives pour les jeunes, ce qui les rend une proie vulnérable des trafiquants. Se basant sur une étude du FTDES sur l'immigration non autorisée publié en 2017, l'auteur insiste sur le fait que parmi les indicateurs sur les velléités d'émigrer est l'interruption scolaire qui touche quelques 100

[65] Cité in, Nicolas Gros-Verheyde, Opération Thémis. L'agence Frontex agit-elle sans contrôle démocratique ? *Bruxelles2.eu*, 2 février 2018. Online:https://www.bruxelles2.eu/2018/02/01/lagence-frontex-est-elle-democratique/

[66] Nicolas Gros-Verheyde, ibid..

[67] Naima Fekih, la lutte contre le trafic des migrants et le droit légitime de vivre dans son pays d'origine : le protocole pour la lutte contre le trafic des migrants entre réalité et espoir, in Mohamed Limam (dir.), op.cit., Chapitre 6. (en Arabe)

[68] نعيمة الفقيه، مكافحة تهريب المهاجرين وحق البقاء المشروع في بلد المنشأ: بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بين الواقع والمأمول، ص5.

[69] Ibid.

mille personnes, parmi elles 65% ont exprimé leur désir de partir. Le pourcentage des jeunes prêts à partir clandestinement a augmenté de 16%. Par ailleurs, 9.2% des interviewés ont admis leur implication dans les réseaux de l'émigration non-autorisée, alors que 15% ont confirmé qu'ils sont en train de contacter les réseaux du trafic des migrants[70]. Ils bravent ainsi faisant le dispositif juridique tunisien et une jurisprudence réputée sévère en la matière.

4. Quand la justice s'en mêle :

La justice nationale et la justice internationale ont été sollicitée dans des affaires relatives à la question migratoire. La jurisprudence produite reste marquée par une certaine instabilité, surtout celle tunisienne. **RabehKhraifi**[71](chapitre 7) dresse un bilan (non exhaustif faute d'accès à tous les jugements) de la jurisprudence tunisienne en matière migratoire. Il en ressort une tendance rigide de la part des juges tunisiens qui va dans le même sens que la législation liberticide et non conforme aux standards internationaux. La jurisprudence tunisienne se fait un peu le relais de la politique migratoire européenne sur le territoire tunisien. L'auteur tance que « la multiplicité des lacunes relatives au texte organisant l'entrée et la sortie du territoire tunisien peut être imputée à sa formulation vague et générale qui donne un pouvoir discrétionnaire aux contours flous aux mains du juge pénal. Ce pouvoir discrétionnaire conduit à des verdicts différents et contradictoires, contribuant ainsi à perpétuer l'instabilité de la jurisprudence en la matière et la violation des droits des migrants. »[72]. D'autre part, l'auteur note l'absence dans la jurisprudence tunisienne de toute référence aux textes internationaux portant sur les droits humains, en ce comprend ceux des migrants et des réfugiés. Il s'ensuit, selon lui, une atteinte manifeste aux droits des migrants[73]. Il ajoute qu'il aurait été plus judicieux pour le juge tunisien de s'inspirer de ses paires de la CEDH, qui même en l'absence de références expresses dans la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits des migrants, ont su s'adapter et ont fini par condamner à plusieurs reprises les décisions et mesures prises par les États membres de l'UE.

---

[70] Ibid.

[71] RabehKhraifi, l'immigration non-autorisée dans la jurisprudence pénale tunisienne, in Mohamed Limam (dir), op.cit., Chapitre 7. (en Arabe)

[72] رابح الخرايفي، الهجرة غير النظامية في فقه القضاءالجزائي التونسي،

[73] Idid.

Il est en effet fort instructif l'effort des juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (la Cour) en la matière. Pour s'en rendre compte, **MoezCharfeddine**[74] (chapitre 8) est revenu sur la jurisprudence de la Cour pour constater sa contribution à la consécration des droits des migrants. L'auteur juge qu'au « cours des dernières années, la Cour de Strasbourg a rendu un certain nombre d'arrêts très pertinents quant à la situation et aux droits de migrants dans les pays européens, les défaillances de la politique d'asile et d'immigration, les conditions d'accueil et de détention… etc. La Cour est désormais considérée comme « la référence » au niveau de la protection des droits des migrants en développant une jurisprudence progressiste, autonome et dynamique »[75].

Il est à noter avec l'auteur que la Cour a développé, voire adapté un certain nombre de règles de procédures consacrant le respect des droits des migrants. Il en est ainsi de l'usage des mesures provisoires qui « sont considérées comme « un refuge des migrants », qui les protèges et garantit leurs droits »[76] ou de l'interprétation dynamique enclenchée par la Cour et qui lui permet de s'adapter « selon les conditions et l'actualité, afin de maintenir sa vocation principale de « sauvegarde et de développement des droits de l'homme ». La Cour a dû contourner l'obstacle du silence de la Convention concernant la politique migratoire, à sa manière, afin de pouvoir déployer sa jurisprudence. »[77]. Il en va également de la protection par ricochet. L'auteur précise que c'est une « innovation jurisprudentielle de la Cour. Elle consiste à créer de nouveaux droits qui sont liés aux droits énumérés dans la Convention. »[78]. Ainsi cette manière de faire « a permis à la CEDH de développer sa jurisprudence de façon à reconnaitre le statut requis pour les victimes directes et les victimes indirectes ». Aussi, le juge européen a-t-il dispensé les migrants de l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans certains cas surtout lorsque la durée de la procédure est excessive, ou bien lorsque les juridictions internes se réfèrent au motif de préservation de l'ordre public. ».[79] .

Quant au fond, la Cour a fait en sorte d'optimiser la protection substantielle des droits des migrants. « Compte tenu de l'importance des droits de l'homme et de leur nature

[74]MoezCharfeddine, La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les Droits des Migrants, in Mohamed Limam (dir.), op.cit., Chapitre 8.
[75]Ibid.
[76] Ibid.
[77] Ibid.
[78] Ibid.
[79] Ibid.

même, le principe consacré est celui de leur indivisibilité. Les droits ayant une importance particulière dans la jurisprudence de la Cour concernant le contentieux migratoire regroupent le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumain ou dégradants, et le droit au respect de la vie privée et familiale. »[80]. Les droits économiques et sociaux occupent aussi une place importante dans la jurisprudence de la Cour comme le montre l'auteur en évoquant le droit au logement, le droit aux soins de santé, le droit à l'éducation, ainsi que le droit à un travail décent et ce en interdisant le travail forcé[81]. Pour la Cour, « le fait qu'un migrant n'a pas été autorisé à entrer ou à séjourner dans un pays ne le prive pas de ses droits fondamentaux ».[82]

Il est à regretter que la jurisprudence tunisienne, du moins celle publiée et disponible, n'a pas fait l'effort d'interpréter les textes dans un sens consacrant les droits des migrants et qui soit conforme non seulement au droit international qui prime les lois nationales mais aussi à la constitution.

La tendance récente de la jurisprudence comparée nous offre quelques timides occasions d'espérer. Se basant sur la constitution de la République française, la cour de cassation française a introduit une notion nouvelle qui est le devoir d'hospitalité.

Bibliographie :

Accords sur la mobilité : quand l'Europe joue les « Ponce Pilate », Publié le jeudi 13 juin 2013 11:13. Online: http://fr.lakome.com/index.php/chroniques/938-accords-sur-la-mobilite-quand-l-europe-joue-les-ponce-pilate

Colloque « conditions des migrants tunisiens : droits, aspirations et développement », mercredi 29 mai 2013. Tunis. (non publié).

Commission européenne, Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Fourth Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, Strasbourg, 13.6.2017 COM (2017) 350 final, p. 11. Online: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10408-2017-INIT/en/pdf

[80] Ibid.
[81] Ibid.
[82] Ibid.

Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement. Européen, l'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations, Bruxelles, 30.11.2006, COM (2006) 735.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions : « Un dialogue pour les migrations, la mobilité et la sécurité avec les pays du Sud de la Méditerranée », Bruxelles, 24.5.2011, COM (2011)292/3.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Approche globale de la question des migrations et de la mobilité, Bruxelles, 18.11.2011, COM (2011) 743 final.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, Bruxelles, 16.5.2007, COM (2007) 248 final.

Commission européenne, Déclaration conjointe pour le Partenariat de Mobilité entre la Tunisie, l'Union Européenne et ses États membres participants, Bruxelles, mars 2014. Online : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/international-affairs/general/docs/declaration_conjointe_tunisia_eu_mobility_fr.pdf .

Commission européenne, L'UE et le Maroc signent un partenariat pour gérer la migration et la mobilité, Commission européenne, IP/13/513 - 07/06/2013.

Commission européenne, REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL AND THE COUNCIL, Progress report on the European Agenda on Migration, Brussels, 15.11.2017, COM (2017) 669 final.

Communication Conjointeau Conseil Européen, au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions : Un Partenariat pour la démocratie et une prospérité partagée avec le Sud de la Méditerranée, Bruxelles, 8.3.2011, COM (2011) 200 final.

Communiqué de presse conjoint Partenariats pour la mobilité UE-Tunisie Mobilité réduite et sans droits ? p.2. Online : http://www.euromedrights.org/fra/2012/12/05/partenariats-pour-la-mobilite-ue-tunisie-mobilite-reduite-et-sans-droits/

http://www.lavieeco.com/news/politique/le-maroc-gendarme-de-l-europe-a-quel-prix--22961.html

Julie Chaudier, Bientôt l'expulsion des migrants subsahariens irréguliers de l'UE vers le Maroc ? *Yabiladi.com*, 07.06.2013.

Online : https://www.yabiladi.com/articles/details/17816/bientot-l-expulsion-migrants-subsahariens-irreguliers.html

Nicolas Gros-Verheyde, Opération Thémis. L'agence Frontex agit-elle sans contrôle démocratique ? *Bruxelles2.eu*, 2 février 2018. Online :https://www.bruxelles2.eu/2018/02/01/lagence-frontex-est-elle-democratique/

Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, A/HRC/23/46/Add.1, 03 Mai 2013.

The Local, Bundestag declares Georgia, Tunisia, Algeria and Morocco 'safe countries of origin, 18 janvier 2019. Online: https://www.thelocal.de/20190118/bundestag-votes-overwhelmingly-to-declare-georgia-tunisia-algeria-and-morocco-safe-countries-of-origin

LE PARTENARIAT POUR LA MOBILITE : quand flexibilité rime avec conditionnalité

Par Dorra Jaibi

اتفاق شراكة التنقل أو عندما تقترن المرونة بالمشروطية

ملخص

دخل الاتحاد الأوروبي وتونس في حوار حول الهجرة والتنقل والأمن توج رسميا بإبرام إعلان سياسي لشراكة التنقل في 3 مارس 2014. هذا الإعلان، وإن كان في ظاهره، يتيح معالجة شاملة للأبعاد الثلاث لمسالة الهجرة وهي الهجرة غير النظامية، وإدارة الهجرة القانونية وإقامة روابط إيجابية بين الهجرة والتنمية، فإنه في واقع الأمور ليس إلا وجها جديدا للسياسة المعتمدة من قبل الاتحاد الأوروبي تجاه الدول الغير عضو فيه. ذلك أنه بالرجوع إلىالأحكام التي يتضمنها هذا الإعلان يتبين لنا أن الطابع المرن لهذه الأداة الجديدة المعتمدة لتسيير السياسة الخارجية الإتحاد الأوروبي ليس إلا سلاحا بيد الدول الأعضاء يعكس اختلال موازين القوى لصالح هذه الأخيرة. فمرونة الالتزامات التي تحتويها، تمكن الدول الأعضاء من التفصي منها وفي المقابل تتعهد الدول الغير عضو والمتعاقدة مع الاتحاد بتنفيذ التزاماتها في مقاومة الهجرة الغير نظامية عبر الاتفاقيات المتصلة بقبول المهاجرين الموجودين في وضعية غير نظامية والتي تحث مختلف شراكات التنقل على إبرامها. ويترتب على ذلك أن التصور الجديد الذي تقوم عليه السياسة الخارجية للإتحاد الأوروبي، ألا وهو معالجة شاملة للأبعاد الثلاث لمسالة الهجرة عبر أداة جديدة مرنة، إنما هو خدمة استراتيجية مبنية على المشروطية.

كلمات مفاتيح:

المقاربة الشاملة للهجرة . المشروطية . اتفاقات إعادة القبول . اتفاقات تسهيل التأشيرة . القانون غير الملزم

Mobility Partnership: when flexibility rhymes with conditionality

Abstract

The European Union and Tunisia have initiated a Dialogue on Migration, Mobility and Security. Negotiations on the Political Declaration of the Mobility Partnership were finalized on 13 November 2013. On 3 March 2014. This instrument combines the three elements of the global approach, i.e. legal migration, unauthorized immigration and migration and development nexus. However, the analysis of the nature of this instrument used by the EU reveals another facet of the European policy vis-à-vis third countries. Indeed, the mobility partnership is a flexible instrument which betrays a balance of power in favor of the EU's Member States. This flexibility enables the EU's Member States to escape their commitments. In contrast, non-EU's Member States undertake to implement their obligations to combat unauthorized migration based onreadmission agreements that the Mobility Partnership encourage to conclude. Moreover, the examination of the reciprocal

commitments incumbent upon the parties to this partnership shows us that this flexibility is now at the service of a conditionality strategy.

Key words: The Global Approach to Migration - Conditionality - Readmission Agreements - Visa Facilitation Agreements - Soft Law.

Depuis la fin des années 90, on assiste à l'émergence au niveau européen d'un discours fondé sur la nécessité de développer une action extérieure s'inspirant d'une approche globale qui s'attaque aux causes profondes des migrations et qui cherche un véritable partenariat avec les pays tiers. La volonté d'aborder la question migratoire dans toutes ses dimensions, à savoir la lutte contre l'immigration clandestine, la gestion de l'immigration légale et l'établissement de liens positifs entre migration et développement sont au cœur de l'approche globale de la migration (programme de La Haye)[83]. Celle-ci, ayant été approuvée déjà lors du Conseil européen de Bruxelles les 15 et 16 décembre 2005, constitue la nouvelle approche que l'Union Européenne (UE) semble vouloir substituer à l'approche sécuritaire- laquelle s'articule autour du contrôle de l'immigration clandestine et réadmission des migrants- ayant depuis longtemps fondé le discours politique de l'action extérieure de l'Union en matière migratoire.

Dans le programme de Stockholm (2009), l'approche globale devrait traduire un équilibre entre ses trois dimensions à savoir la prévention et le contrôle de l'immigration irrégulière, la facilitation de la mobilité et de la migration légale ainsi que le renforcement des liens positifs entre la migration et le développement. Dans le même programme, le Conseil européen a insisté sur la priorité « de poursuivre et d'étendre l'utilisation de l'instrument que constitue **le partenariat pour la mobilité**[84], qui est le principal cadre de coopération stratégique global, et à long terme pour gérer les migrations avec les pays tiers et *qui apporte une valeur ajoutée par rapport aux cadres bilatéraux existants*(….) dans le respect de son caractère volontaire ». C'est bien dans ce cadre - celui des nouveaux instruments de l'approche globale des migrations - que s'inscrit l'étude du partenariat pour la mobilité (PPM). La corrélation étroite entre l'approche globale et son instrument- à savoir le partenariat pour la mobilité- se voit consacrée au niveau de la nouvelle appellation de l'approche globale à laquelle fut ajouté en 2011 le concept de mobilité. On parle désormais de « l'approche globale des migrations et de la mobilité ».

Le printemps arabe et ses répercussions migratoires n'ont fait que rappeler l'importance cruciale de la mise en œuvre de cette approche sur la base du partenariat pour la mobilité. C'est ainsi qu'en octobre 2011, l'Union européenne et la Tunisie ont initié un Dialogue sur la migration, la mobilité et la sécurité. Les négociations sur la Déclaration politique du partenariat de mobilité ont été finalisées le 13 novembre 2013[85].Le 3 mars 2014, le partenariat entre les deux parties fut formellement établi.

---

[83] Parmi les priorités fixées pour les cinq prochaines années, on note la définition d'une approche équilibrée de la migration. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 – « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice » [COM(2005) 184 final – Journal officiel C 236 du 24.9.2005].

[84] C'est nous qui soulignons.

[85] A cette fin une déclaration conjointe a été signée par Cécilia Malmström, la Commissaire européenne chargée des Affaires intérieures, Mr Tahar Cherif l'Ambassadeur de la Tunisie auprès de la Belgique et de l'Union européenne et les Ministres des dix États membres de l'UE participant à ce partenariat : Belgique, Danemark, Allemagne, Espagne, France, Italie, Pologne, Portugal, Suède, Royaume Uni. Le partenariat pour la mobilité avec la Tunisie est le deuxième à avoir été établi avec un pays du pourtour méditerranéen, suite à la signature d'un tel partenariat avec le Maroc en juin 2013. Il vient s'ajouter à ceux conclus avec la République de

A priori, cet instrument permet de combiner les trois éléments de l'approche globale et de parer aux maigres résultats d'une démarche sectorielle dont témoignaient les instruments jusqu'alors utilisés dans l'action extérieure de l'Union (accords de réadmission et accords en matière de visa de court séjour). En outre, il n'est pas sans intérêt de rappeler que cet instrument est, selon les conclusions mêmes du Conseil européen, censé *apporter « une valeur ajoutée par rapport aux cadres bilatéraux existants*(….) dans le respect de son caractère volontaire ». A cet égard, il convient de souligner que comparés aux instruments classiques de l'action extérieure de l'Union, le PPM présente la spécificité d'être un instrument relevant de la *soft law*. En effet, l'analyse de la nature de cet instrument utilisé par l'UE pour développer la dimension externe de sa politique migratoire permet de constater que le partenariat pour la mobilité est un instrument flexible de l'action extérieure de l'Union européenne (**première partie**). Toutefois l'examen des engagements réciproques qui incombent aux parties de ce partenariat nous permet de constater que cette flexibilité est désormais au service d'une stratégie de conditionnalité (**deuxième partie**).

I Le partenariat pour la mobilité est un instrument flexible de l'action extérieure de l'Union européenne

Avant de démontrer le caractère flexible de ce nouvel instrument de la politique extérieure de l'UE, à savoir le partenariat pour la mobilité (PPM), il convient d'abord de s'arrêter sur la nature des compétences que détient l'Union en matière d'immigration. La politique européenne de l'immigration correspond-elle - juridiquement parlant- à une compétence communautaire dont l'UE serait le titulaire ? La question se justifie eu égard à la position du Conseil de l'Union européenne lequel a souligné dans ses conclusions du Conseil du 18 juin 2007 que ces partenariats doivent se développer dans le respect des compétences des États membres.

Il en résulte que les États membres détiennent toujours un titre de compétence dans certains domaines relevant de la politique migratoire malgré la communautarisation progressive de ces derniers entamée depuis le traité d'Amsterdam. En effet si l'UE détient une compétence exclusive en matière de visas de court séjour, la fixation des volumes d'admission des travailleurs relève de la compétence exclusive des États membres, tandis qu'en matière de réadmission on parle de compétences concurrentes, c'est-à-dire appartenant à la fois à l'UE et aux États membres. Il suffit d'observer que dans sa dimension extérieure, la politique migratoire de l'UE continue à se développer par des accords bilatéraux conclus par les États membres et certains pays tiers, et des accords européens de réadmission conclus par l'UE d'une part, et les États tiers d'autre part.

Cela dit, il y a lieu de s'arrêter sur la signification de la flexibilité de cet instrument qu'est le partenariat pour la mobilité. Cet instrument relève en fait de la*soft law*. C'est à dire qu'il est dépourvu de la force contraignante. En effet, ces partenariats sont établis par la signature d'une « Déclaration politique commune » entre l'UE, les États membres participants et le pays tiers. Le caractère flexible de cet instrument est clairement souligné dans le texte même de cette Déclaration : « les dispositions de la présente déclaration commune n'ontpas pour objectif de créer des obligations juridiques relevant du droit international »[86]. Cette clause est

---

Moldavie et le Cap-Vert en 2008, avec la Géorgie en 2009, avec l'Arménie en 2011 et avec l'Azerbaïdjan en 2013.

[86]Point 38 de la Déclaration conjointe établissant un Partenariat de Mobilité entre la Tunisie et l'Union Européenne et ses États Membres participants, disponible : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/international-affairs/general/docs/declaration_conjointe_tunisia_eu_mobility_fr.pdf ; Pour le Maroc, le 46 précise que « Les

reprise dans le partenariat entre la Tunisie et l'Union européenne. Il s'agit donc d'un instrument de *soft law.* Les sujets concernés ont ainsi manifesté leur volonté de ne pas doter ces instruments de la valeur contraignante.

Sur le plan de la forme, la structure de ces partenariats est simple. Généralement, leurs textes identifient les objectifs de la collaboration à établir lesquels renvoient aux trois composantes de l'approche globale, à savoir la prévention et le contrôle de l'immigration non-autorisée, la facilitation de la mobilité et de la migration légale ainsi que le renforcement des liens positifs entre la migration et le développement. Ils contiennent en outre des précisions sur les modalités pratiques de leur mise en œuvre ainsi qu'une annexe qui prévoit les initiatives et les projets que ces partenaires proposent de développer. Le PPM avec la Tunisie ne contient pas cette annexe[87], mais il est prévu de « mettre en place un comité mixte de suivi de la mise en œuvre de la "Déclaration conjointe pour le Partenariat de Mobilité entre la Tunisie et l'UE et ses États membres". Ce Comité se réunit, immédiatement après la signature de cette Déclaration conjointe, pour établir l'ensemble des actions à réaliser pour sa mise en œuvre, ainsi que leur tableau de bord. Une fois cette tâche accomplie, il se réunira deux fois par an au niveau approprié décidé d'un commun accord. Il pourra réexaminer, le cas échéant, les priorités, en cohérence avec les stratégies des signataires en matière de migration, et évaluer les progrès accomplis dans la mise en œuvre du "Partenariat de Mobilité", ainsi que la mise à jour de la liste des actions et leur tableau de bord. Le groupe de travail « Affaires sociales et migrations » sera également impliqué dans le suivi du partenariat ». Sur le fond, l'analyse du texte du PPM ainsi que les mesures prévues pour sa mise en œuvre confirme la nature flexible de cet instrument.

Deux facteurs conduisent généralement les États à recourir à la soft law. Il s'agit de la sensibilité politique des matières à aborder, et le caractère fluide ou mouvant de l'objet de la réglementation lequel dépend des facteurs imprévisibles. Dans le domaine des migrations ces facteurs sont pertinents. Par ailleurs les effets liés à la *soft law* peuvent parfaitement inciter les États à recourir à cet instrument. Comme par exemple la volonté des États d'accélérer la mise en œuvre de leurs engagements en échappant aux contraintes constitutionnelles de la ratification. Ou encore le fait d'éviter le déclenchement de la responsabilité internationale en cas de non-respect. Or, ceci n'est pas sans conséquences sur la marge de discrétion dont disposent les acteurs dans la satisfaction de leurs engagements.

C'est ainsi que, concernant le partenariat pour la mobilité, l'absence de ratification et l'absence de participation du Parlement européen[88] confirment la nature *soft law* de cet instrument, et permettent d'éviter la lourdeur de la procédure de conclusion d'un accord mixte, même si certains aspects de la procédure d'adoption des partenariats pour la mobilité sont assez

---

dispositions de la présente déclaration commune et de son annexe n'ont pas pour objectif de créer des droits ou obligations juridiques relevant du droit international. », Déclaration Conjointe Établissant un Partenariat de Mobilité entre Le Royaume du Maroc et l'Union Européenne et ses États Membres, disponible : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/news/news/2013/docs/20130607_declaration_conjointe-maroc_eu_version_3_6_13_fr.pdf

[87] Contrairement à l'accord avec le Maroc qui contient deux annexes, idem.

[88] D'ailleurs l'absence de participation du Parlement européen a été fortement critiquée étant donné que le recours à la *soft law* dans des matières où la conclusion d'accords internationaux est soumise à l'intervention préalable du Parlement européen, constitue une manière de contourner la procédure prévue par l'art 218 § 6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoyant l'approbation du Parlement européen. D'autant plus que sur le plan interne, les matières abordées par les partenariats relèvent de la procédure législative ordinaire laquelle repose sur la codécision.

proches de la procédure suivie pour la conclusion de ces accords.[89] Dans le même ordre d'idées, et à défaut de caractère contraignant des PPM, les institutions européennes ne pourront pas exercer leurs fonctions traditionnelles de contrôle[90]. Il est à noter qu'en dépit de l'absence du caractère contraignant, les PPM ne sont pas dénués de tout effet. Bien au contraire, tout comme les instruments relevant de la *soft law*, la valeur de ces instruments est loin d'être négligeable. En effet de par sa souplesse, la *soft law* peut se déployer dans des domaines où le recours à des instruments contraignants se heurte à l'opposition des États[91].
En outre, la *soft law* peut servir de locomotive à l'adoption de normes contraignantes incitant les États à élaborer des normes juridiquement contraignantes. C'est plutôt sous cet angle qu'il faudrait concevoir le partenariat pour la mobilité.Pour mieux saisir cette idée, une distinction s'impose entre les partenariats pour la mobilité et « Les programmes communs pour les migrations et les mobilités » (PCMM) lesquels constituent un autre instrument de *soft law* permettant, dans le cadre de « l'approche globale des migrations », le développement de la coopération migratoire avec les pays tiers. Cet instrument constitue un cadre de collaboration qui pourrait être proposé par l'Union et ses États membres quant il y a un intérêt à instaurer une coopération migratoire approfondie mais que l'une ou l'autre partie n'est pas disposée à assumer l'ensemble des engagements d'un partenariat pour la mobilité. Ces programmes définiront des recommandations d'objectifs et d'engagements communs et devraient aller de pair avec des mesures de soutien spécifiques proposés par l'Union et les États membres intéressés. Cependant à la différence des partenariats pour la mobilité, les PCMM n'impliqueront pas de négociation d'accords en matière de réadmission et de facilitation des visas. Sachant que ces programmes peuvent se transformer ultérieurement en partenariats pour la mobilité. Dans cette hypothèse la *soft law* devient une locomotive du droit contraignant.
Outre le fait que le partenariat pour la mobilité relève de la *soft law*, cet instrument génère autour de lui une panoplie d'instruments flexibles. A cet égard, il convient de souligner que le partenariat entre l'UE et la Tunisie prévoit dans la partie relative à la mise en œuvre ce qui suit : « afin de définir les questions d'intérêt commun et les besoins en matière de migration et d'asile, les signataires entendent intensifier leur dialogue et leur concertation, (…), et continueront à le faire dans le cadre du Dialogue sur la migration, la mobilité et la sécurité initié le 6 octobre 2011 ». Cela signifie que le dialogue sur la migration, en l'occurrence celui initié le 6 octobre 2011 a servi de cadre pour la préparation de l'adoption du partenariat pour la mobilité et qu'il servira d'instrument accompagnant la mise en œuvre de ce partenariat. En

[89] En effet la négociation de ces accords se fait sur la base des directives politiques du Conseil à partir d'une recommandation de la Commission. Les négociations sont présidées par la Commission et la présidence du Conseil. La Commission assure la coordination avec une intervention des États membres intéressés ainsi que les agences de l'Union (Frontex ou la Fondation européenne pour la formation). Quant à la signature de l'instrument elle est assurée par les représentants du pays tiers, la Commission, la présidence du Conseil et les représentants des États membres participants.
[90] C'est ainsi que la Commission européenne ne sera pas en mesure d'utiliser le recours en manquement contre un État membre en cas de violation de ses engagements tels que définis dans le Partenariat.
[91] Il suffit de rappeler qu'initialement dans le cadre de l'Union européenne, la coopération entre les États membres dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a été développée grâce à des instruments relevant de la soft law (actions communes, positions communes dans le cadre de l'ex- titre VI du Traité sur l'Union européenne, version Maastricht).

outre, il est prévu que « la mise en œuvre de ce partenariat, (…), peut avoir lieu au moyen d'une plate-forme de coopération s'il y a lieu »[92].
En matière migratoire le caractère flexible de cet instrument se présente comme un incitant pour certains États tiers à s'engager dans la voie d'une coopération approfondie avec l'UE dans la lutte contre l'immigration non-autorisée moyennant l'octroi à leur profit de certains avantages. La flexibilité est ainsi au service d'une stratégie de conditionnalité.

II Une flexibilité au service d'une stratégie de conditionnalité

Dès le départ, la mobilité était conçue comme une contrepartie de la coopération de la part des pays tiers dans la lutte contre l'immigration non-autorisée et la réadmission.
Il suffit de souligner que dans la communication de 2006 sur l'approche globale de la question des migrations, la Commission consacre l'idée d'établir « des programmes de mobilité avec un certain nombre de pays intéressés, sitôt que certaines conditions auront été satisfaites, notamment la coopération en matière d'immigration clandestine et la conclusion d'accords de réadmission »[93].
Il ressort de cette communication que ces partenariats pour la mobilité sont fondés sur une stratégie de conditionnalité. Il suffit d'examiner les dispositions définissant les engagements devant être assumés par les parties contractantes à savoir les États membres de l'UE d'une part, et les États tiers d'autre part. Les éléments de ces partenariats confirment ce constat : Du côté des pays tiers, l'examen des communications de la Commission sur le partenariat pour la mobilité ainsi que les partenariats eux-mêmes, nous permettent de constater qu'au fond, le but principal de ces partenariats réside dans l'obtention d'engagements de la part des pays tiers en matière de réadmission, de sorte que l'intégration de la mobilité dans le partenariat, avec les pays tiers, ait pour objet de mettre en pratique une conditionnalité intrinsèque à la politique migratoire. En témoignent les critères de sélection des pays tiers avec qui l'Union et les États membres ont choisi de conclure les partenariats pour la mobilité. La préférence exprimée par l'Union à s'engager avec ces pays s'explique par leur disposition à coopérer dans la lutte contre l'immigration illégale et la réadmission. La redondance de la formule « donner plus pour recevoir plus » dans les communications de la Commission n'est que l'expression d'une consécration du principe de conditionnalité[94].
Dans ces partenariats, la coopération porte principalement sur le volet sécuritaire de l'approche globale c'est-à-dire une coopération en matière de lutte contre l'immigration clandestine. Les pays d'origine sont appelés à réadmettre leurs propres ressortissants ainsi que les ressortissants de pays tiers arrivés sur le territoire de l'UE et ayant transité par leur territoire, et ce dans le cadre des accords de réadmission conclus avec l'Union et au profit de tous les États membres y compris ceux qui ne participent pas directement au Partenariat. Sur ce plan, la démarche retenue par les partenariats pour la mobilité semble s'inscrire dans la logique de la clause habilitante contenue dans ce qui a été convenu d'appeler la deuxième

[92] Points 34 et 35 de la déclaration conjointe avec la Tunisie, op.cit.
[93] Communication de la Commission, 2006, op.cit.
[94]Notons que le nouveau contexte politique que la Tunisie avait connu après la révolution a été au service d'une nouvelle stratégie de l'Union européenne. Celle-ci est fondée sur la volonté de l'Union européenne d'afficher une identité normative fondée sur le respect des valeurs de la démocratie. Transposée aux pays tiers, cette stratégie implique que ces pays s'engagent à prendre des initiatives visant à promouvoir le respect de ces valeurs. De son côté, l'Union européenne s'engage à présenter à ces pays un appui financier.

génération des accords de réadmission, c'est-à-dire ceux conclus suite au Conseil européen de Tampere. Aux termes de cette clause, les États tiers s'engagent à réadmettre non seulement des nationaux mais également des ressortissants d'autres pays en provenance directe du territoire de l'une des parties[95].

Pour illustrer cette affirmation, il suffit d'analyser les dispositions du partenariat pour la mobilité entre la Tunisie et l'Union européenne. Au titre de la lutte contre l'immigration non-autorisée, il est prévu la négociation d'un accord de réadmission qui sera initiée et conclue en parallèle avec la négociation de l'accord de facilitation des visas (FAV). La conclusion d'un accord de réadmission UE-Tunisie conforme aux standards de l'UE dans ce domaine figure parmi les actions prioritaires en matière de lutte contre l'immigration irrégulière[96].

En matière de politique migratoire et précisément dans sa dimension relative à la lutte contre l'immigration non-autorisée, il semble que le partenariat pour la mobilité tend à faire reposer la charge du contrôle et de la répression des flux illégaux sur les pays d'origine et de transit. Il s'agit en d'autres termes de faire reposer le succès de la politique européenne de lutte contre l'immigration clandestine sur le concours actif d'États notamment ceux du Maghreb considérés comme pays d'origine ou de transit de migrants clandestins[97] moyennant une contrepartie.

Pour le cas de la Tunisie, l'incitant ou la contrepartie de l'engagement par la Tunisie dans la conclusion de cet accord de réadmission serait selon les dispositions du partenariat pour la mobilité, la négociation de l'accord de facilitation des visas (FAV). Or, il est prévu que la négociation de l'accord de réadmission soit initiée et conclue en parallèle avec la négociation de l'accord FAV. En fait, cette stratégie part d'une demande faite par le Programme de La Haye de 2005. Neuf accords de FAV ont été conclus jusqu'à 2012 dont un au profit de pays tiers qui ont signé un partenariat pour la mobilité avec l'UE à savoir la Moldavie et un mandat de négociation avec le Cap Vert**.** Aux termes de cet accord les ressortissants des pays tiers bénéficient d'un régime de faveur pour l'obtention des visas Schengen par rapport aux règles communes contenues dans le code des visas (2009).

L'examen des dispositions des FAV nous permet de constater que ces accords ne poursuivent pas un objectif autonome de favorisation de la mobilité, mais constituent tout simplement la contrepartie aux engagements en matière de réadmission. En effet ces accords prévoient que leur entrée en vigueur dépend de l'entrée en vigueur des accords de réadmission signés avec le même pays tiers. Il s'agit donc d'un instrument au service d'une stratégie de conditionnalité[98].

---

[95]A partir de 2002, des accords de réadmission ont été conclus par l'UE avec le Hong Kong le MACAO le Sri Lanka L'Albanie, la Russie, la Bosnie Herzégovine, la Serbie, la Moldavie 2007 la Pakistan 2009 la Géorgie 2010. Des mandats de négociation ont été adoptés à l'égard du Maroc en 2000 et de l'Algérie de la Turquie en 2002 du Cap vert en 2009 de la Biélorussie de l'Arménie 2011.

[96] Un projet d'accord entre l'Union européenne et la Tunisie visant à faciliter la délivrance de visas a été élaboré le 30/09/2016. Ref. Ares (2016)5695732 - 30/09/2016

[97]D'ailleurs c'est ce qui explique le changement de stratégie du Conseil lequel avait à partir de 2004 lié la négociation de l'accord de réadmission aux négociations de l'accord d'association lui-même. En témoigne la démarche utilisée vis-à-vis des pays des Balkans occidentaux ou avec la Géorgie.

[98] Cette stratégie de conditionnalité était déjà sous-jacente dans les conclusions du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 une coopération insuffisante de la part d'un pays pourrait rendre plus difficile l'approfondissement des relations entre le pays en question et l'Union. Cela signifie que le manque de

Les dispositions du traité de Lisbonne régissant la compétence externe de l'Union relativement à la politique migratoire confirme cette constatation. Alors qu'en matière de réadmission ce traité a conféré à l'Union une compétence externe expresse, une compétence similaire ne lui a pas été attribuée en matière de visas long séjour.

Ainsi les progrès en termes de facilitation des visas continueront à avoir pour condition la performance des pays tiers en matière de réadmission et de lutte contre l'immigration clandestine. Sur ce plan, il convient de souligner que le partenariat pour la mobilité permet d'accorder aux pays du Maghreb une contrepartie à leur engagement à coopérer en matière de réadmission puisqu'initialement les accords de réadmission négociés avec le Maroc et envisagés avec l'Algérie[99], ne prévoyaient pas la conclusion des AFV comme contrepartie.
A cet égard, il convient de s'interroger si cette conditionnalité se justifie eu égard au contenu des AFV. En effet, les facilités octroyées par ces accords concernent les aspects de procédure sans altérer les conditions de délivrance des visas. D'ailleurs, les dispositions du partenariat pour la mobilité en la matière sont de portée limitée puisqu'il est prévu l'application des flexibilités offertes par la législation de l'Union européenne sur les visas de court séjour ; par exemple, la possibilité d'émettre des visas à entrées multiples, et de concéder des exemptions des frais de dossiers pour certaines catégories de personnes. L'accord sur les visas couvrira exclusivement les courts séjours, c'est-à-dire les visas n'excédant pas trois mois ou les visas de transit. Car, pour les visas de long séjour, ceux –ci relèvent de la compétence nationale des États membres, et non celle de l'UE. En effet, l'immigration à des fins économique relève – dans sa dimension relative à la fixation des volumes d'admission des travailleurs- du ressort des États membres. Il s'agit, rappelons-le, d'un domaine appartenant à la compétence exclusive des États membres.
Concernant les visas de court séjour, les FAV prévoient deux types de facilités. Un montant réduit de 35 euros –au lieu de 60 euros d'après le code des visas de l'Union européenne- a été envisagé. En outre, il a été prévu l'exonération, pour certaines catégories de personnes, des frais de visa : enfants participants à des séminaires, conférences ou manifestations sportives, culturelles ou éducatives organisées par des organisations à but non lucratif.
Concernant la possibilité d'émettre des visas à entrées multiples, seules certaines catégories limitées de personnes bénéficiaires sont visées : chefs d'entreprises, chercheurs, membres des professions libérales, journalistes, participants à des programmes d'échanges officiels, parents proches d'étudiants résidants légalement dans l'Union européenne.

---

coopération des pays tiers dans la lutte contre l'immigration clandestine pourrait avoir des répercussions négatives sur l'aide au développement accordée au profit de ces pays.

[99] Notons que relativement à l'Algérie, bien que des directives de négociation pour la conclusion d'un accord de réadmission entre l'UE et cet État aient été adoptées par le Conseil dès 2002, jusqu'à présent, les négociations n'ont pas encore été lancées. *Rapport sur l'état des relations UE-Algérie dans le cadre de la PEV rénovée*, Bruxelles 9.3.2017 SWD (2017) 109 final. Aucun dialogue formel sur les migrations n'a malheureusement encore été engagé avec l'Algérie, mais le mandat de ce dialogue a été avalisé en juin 2017. COM (2017) 471 final, cinquième rapport d'avancement relatif au cadre du partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration.

Par conséquent, si la facilitation de visa constitue vraiment un objectif autonome poursuivi par les Accords de facilitation de visa, il est toujours possible de signer ces accords dans la perspective de faciliter la mobilité des ressortissants des pays tiers sans pour autant faire dépendre la négociation des dits accords d'un accord de réadmission. Telle n'a pas été la démarche retenue par l'Union européenne. La conclusion d'un accord de facilitation de visa est tributaire de la conclusion d'un accord de réadmission[100].

En outre il est toujours permis de s'interroger sur l'intérêt à inciter les États tiers à conclure des accords de réadmission si en vertu de ces mêmes accords cette réadmission peut être assurée sur la base d'autres dispositions formelles ou informelles. En effet, tous les accords de réadmission conclus entre l'Union européenne et les États tiers (ARUE) contiennent une clause prévoyant que « aucun élément du présent accord n'empêche le retour d'une personne en vertu d'autres dispositions formelles ou informelles ». Ceci signifie que le retour pourra se faire en vertu de n'importe quel accord antérieur signé par un État membre avec un pays tiers même si ce dernier serait incompatible avec les règles de l'ARUE. L'incohérence dans les dispositions mêmes des ARUE est flagrante. Ajoutons que la disposition contenue dans les ARUE selon laquelle ceux-ci primeront sur les dispositions des accords bilatéraux de réadmission est ainsi vidée de son contenu.

Il est vrai que la clause contenue dans les accords de réadmission conclus entre l'Union européenne et les États tiers (ARUE) et prévoyant qu'« aucun élément du présent accord n'empêche le retour d'une personne en vertu d'autres dispositions formelles ou informelles » pourrait s'expliquer par la volonté d'être le plus flexible possible en cherchant à assurer la réadmission selon les procédures déjà en vigueur dans les États membres. Il n'en demeure pas moins qu'elle est fâcheuse eu égard à la cohérence de l'action extérieure de l'Union. En effet, en l'absence de règles uniformes assurant le retour, il serait difficile de parler d'une politique commune en matière de réadmission. Sans oublier que la possibilité d'exécuter les retours sur la base *d'arrangements* (l'expression est utilisée par le Conseil JAI de 2007) informels pourrait nuire eu égard au manque évident de sécurité juridique et aux garanties en matière de retour. Du côté européen, les intérêts des États membres se trouvent constamment servis et renforcés. En effet, tout en n'ayant pas consenti à de véritables concessions en matière de mobilité au profit des ressortissants des pays tiers, ils continuent à faire peser la responsabilité en matière de réadmission sur les pays tiers. Ceux-ci s'engagent- rappelons-le- à réadmettre les

[100] Cet accord s'appliquera aux ressortissants nationaux, ainsi qu'aux ressortissants des pays tiers et aux apatrides. Il définira les modalités techniques régissant la procédure de réadmission : demande de réadmission, moyens de preuve, délais, modalités de transfert et modes de transport. Ce même accord organisera les conditions de transit des personnes dans d'autres États en vue de leur rapatriement définitif. La Commission européenne a rappelé, à cet égard, que les flux d'immigration irrégulière au départ de la Tunisie sont d'une ampleur non négligeable, à la fois en ce qui concerne les citoyens tunisiens mais aussi les ressortissants de pays du voisinage proche utilisant le territoire tunisien comme de passage privilégié vers l'Europe.

personnes en situation irrégulière sur le territoire de tous les États membres, y compris ceux n'ayant pas signé un accord bilatéral de réadmission.

Mise à part la réadmission, la coopération en matière de gestion des frontières revêt un caractère particulièrement important dans le cadre des obligations incombant aux pays tiers en matière de lutte contre l'immigration non-autorisée. Il est prévu, à ce titre, le développement de la coopération dans le domaine de la lutte contre les crimes transfrontaliers et de la prévention de l'immigration irrégulière, et dans ce contexte notamment la surveillance et le sauvetage en mer, entre les services tunisiens en charge de ces matières et ceux correspondants de l'UE, de ses Agences et des États membres, y incluant par le renforcement des capacités, l'échange d'informations et la participation de la Tunisie au réseau *Seahorse* méditerranéen[101].

Parmi ces mesures, celles relevant de la coopération opérationnelle entre la Tunisie et Frontex[102] méritent d'être soulignées. En effet, l'acte constitutif de cette agence autorise cette dernière à conclure des accords de travail avec les services en charge de la gestion des frontières des États non membres de l'UE dont le but consiste en fait à faciliter le retour des migrants irréguliers. Ces autorités peuvent correspondre au ministère de l'Intérieur (pour le cas de l'Albanie), le service des gardes-frontières (en Ukraine) ou encore la police nationale pour le (Cap vert**)**, et ce sur la base de l'article 14 du règlement instituant Frontex**.** Ces accords permettent d'organiser une coopération opérationnelle en matière de contrôle des frontières et de renforcer leur sécurité[103].
En novembre 2014, 14 accords de travail ont été conclus avec les pays tiers dont certains ont signé un partenariat pour la mobilité avec l'Union.Ces pays sont l'Azerbaïdjan (avril 2013), la Turquie, l'Arménie, le Nigéria, le Cap-Vert, le Canada, la Biélorussie, le Monténégro, les États-Unis, la Bosnie-Herzégovine, l'Albanie, la Serbie, la République de Macédoine, la Géorgie, la République de Moldavie, la Croatie, l'Ukraine et la Fédération de Russie (septembre 2006).
En avril 2013, des négociations étaient en cours avec sept autres pays : le Brésil, l'Égypte, la Libye, le Maroc[104], la Mauritanie, le Sénégal et la Tunisie.

---

[101] Bruxelles, le 19.10.2016 JOIN (2016) 47 final/2 Communication conjointe au Parlement européen et au Conseil. Renforcer le soutien de l'UE à la Tunisie.

102 Frontex est une agence européenne créée en 2004 pour « promouvoir, coordonner et développer la gestion des frontières européennes, en ligne avec la charte des droits fondamentaux de l'UE, appliquée au concept de gestion intégrée des frontières ». Elle est devenue opérationnelle en 2005 et est basée à Varsovie, en Pologne. Depuis sa création, ses prérogatives n'ont cessé d'augmenter et son budget annuel a fortement évolué au cours des années. En octobre 2011 son mandat a été modifié et a apporté des changements importants : Frontex peut désormais acheter ou louer son propre matériel, initier des opérations terrestres et maritimes de contrôle des frontières, déployer des officiers de liaison dans les pays non membres de l'UE ou bien encore échanger des données personnelles avec l'agence européenne de coopération policière Europol.

[103] Afin de faciliter cette coopération, ces accords prévoient la formation des agents nationaux, un soutien financier et en équipements, ou encore une coopération en matière de retours conjoints. Cela peut également consister en l'échange d'expériences et de bonnes pratiques, en l'échange d'informations stratégiques et d'analyses avec les pays tiers. (Une analyse conjointe des risques en participant au Réseau d'Analyse de Risques –FRAN- coordonné par l'agence).

[104] La Déclaration établissant un partenariat pour la mobilité entre le Royaume du Maroc et l'UE du 25 mars 2013 contient dans une annexe relative aux « nouveaux projets », au titre des « initiatives

Concernant la participation de la Tunisie au réseau *Seahorse*méditerranéen, il convient de souligner que ce réseau s'inscrit dans le cadre de la coopération multilatérale en réseau.Le projet de réseau *Seahorse* Méditerranées'inscrit dans la continuité du projet *Seahorse* dans la région atlantique, qui a servi de modèle pour l'établissement du réseau en Méditerranée.

Dans une communication de décembre 2013, la Commission mentionnait la mise en place en 2015 du réseau *Seahorse* Méditerranée entre les pays européens de la rive méditerranéenne et les pays d'Afrique du Nord sans réelle information supplémentaire. Sa mise en place a été progressive sur trois ans en collaboration avec l'Espagne, l'Italie, la France, Malte, le Portugal, Chypre, la Grèce et la Libye tandis que l'Algérie, la Tunisie et l'Égypte devaient rejoindre l'initiative en 2014. A la fin du mois de mai 2014, un rapport de la Commission sur la mise en œuvre de sa communication indiquait que ce réseau était maintenant en place.

Le réseau *Seahorse* Méditerranée est né d'une volonté « *d'améliorer les capacités des autorités des pays d'Afrique du Nord à lutter contre l'immigration irrégulière et le trafic illégal en renforçant leurs systèmes de surveillance des frontières »*. En raison de son expérience en la matière, l'Espagne (par l'intermédiaire de la Guardia Civil) est chargée de coordonner et de mobilier les soutiens des différents pays ciblés pour établir ce réseau.

Seahorse Méditerranée prévoit la constitution d'un réseau entre les pays participants, leur permettant d'échanger directement des informations sur les incidents et les patrouilles presque en temps réel par satellite. Ce réseau sera coordonné par un point central (*Mediterranean Border Cooperation Centre* – MEBOCC) situé en Italie et à Malte. Cette initiative s'inscrit dans le cadre d'EUROSUR[105] (*EuropeanExternal Border Surveillance System*) en collaboration avec les pays non membres de l'Union européenne.

Aussi bien pour les accords de travail conclus par Frontex avec les pays tiers que pour la participation au réseau *Seahorse*, le partenariat pour la mobilité vise à inciter la Tunisie à s'aligner sur la position des États tiers qui ont accepté de coopérer activement en matière de lutte contre l'immigration clandestine en signant des accords de travail avec Frontex ou en intégrant le réseau *Seahorse* méditerranéen[106].

---

proposées » dans le cadre du renforcement de la coopération opérationnelle entre l'UE et cet État et la lutte contre l'immigration clandestine, la conclusion d'un accord de travail entre ces deux partenaires.

[105]Lancé en octobre 2013, EUROSUR vise à établir un système intégré de gestion des frontières. Ce système repose sur les données collectées par les systèmes de surveillance maritime déjà existant dans l'UE pour accroître la connaissance de la situation aux frontières maritimes de l'espace Schengen et à terme des frontières de l'UE. Pour cela, chaque État Membre doit mettre en place un centre de coordination national (*National Coordination Center* – NCC) afin de coordonner les activités nationales de contrôle aux frontières et centraliser les données collectées.

[106]Le programme d'action annuel 2012 prévoyait ainsi l'extension à toute la Méditerranée du programme de surveillance maritime *SEAHORSE* initialement mis en place par l'Espagne, la Mauritanie, le Maroc, la Gambie, la Guinée Bissau et le Cap Vert à leurs frontières maritimes en Méditerranée et dans l'Atlantique. Ce programme d'extension s'appelle *SEAHORSE* avec un budget prévu dans le programme d'action annuel 2012 s'élevant à 4,5 millions €. La perspective d'une surveillance quasi totale des frontières extérieures de l'UE, notamment méditerranéennes, implique non seulement de connaître instantanément ce qui s'y passe mais aussi ce qu'il se passe en amont de cette frontière pour intercepter les migrants qui tentent de franchir la frontière de façon irrégulière. Anticiper l'arrivée des migrants suppose la coopération avec les pays tiers comme la Tunisie, qui échangeront des informations avec les pays européens avec lesquels ils ont établi une coopération bilatérale. Cette information sur les pays tiers et sur la "pré-frontière" sera ensuite compilée par Frontex, qui par ailleurs administrera le système EUROSUR.http://www.frontex.europa.eu/eurosur

Par ailleurs, la sécurisation des documents d'identité et de voyage, constitue un objectif devant être poursuivi par les pays tiers dans le cadre des partenariats pour la mobilité. Cet instrument prévoit à ce niveau, une coopération qui vise à renforcer les procédures de délivrance et la sécurité des documents de voyage, des documents d'identité, des titres de séjour, et des autres documents fournis par les autorités tunisiennes aux nationaux tunisiens ainsi qu'aux personnes résidant en Tunisie, avec l'objectif de rendre plus difficile leur falsification ou duplication illicite, et les échanges d'identités.

En fait, les autorités tunisiennes avaient, bien avant la signature du partenariat pour la mobilité, procédées au renforcement de la législation tunisienne dans le sens du durcissement de celle-ci. Tel fut en partie, l'objet de la loi organique du 3 février 2004 relative aux passeports et aux documents de voyage. La même attitude a été observée par le Maroc qui en 2003 a adopté une loi relative à l'entrée et au séjour au Maroc, à l'émigration et à l'immigration irrégulière.

Concernant les engagements de l'Union et des États membres

Les partenariats pour la mobilité, offrent-ils réellement- comme leur nom l'indique- la mobilité au profit des ressortissants des États tiers ? Quelle serait la valeur ajoutée des partenariats pour la mobilité ?

La question se pose d'autant plus qu'en matière de mobilité les initiatives des États membres se concentrent sur l'amélioration des mécanismes d'information et le renforcement de la capacité du pays signataire pour gérer la migration de travail sans que des offres précises permettant aux ressortissants des pays tiers signataires d'accéder au marché de l'emploi des États membres signataires, aient été présentées[107]. Les États membres demeurent, malgré la flexibilité de l'instrument en question réticents à favoriser l'admission légale des ressortissants des pays tiers et à améliorer le statut juridique des résidents légaux. D'ailleurs pour les États membres le caractère flexible de cet instrument était le seul moyen envisageable pour accorder dans un cadre commun des facilitations en matière de migration légale.

Pourtant cette flexibilité ne semble pas avoir convaincu les États membres à favoriser la migration légale des ressortissants des pays tiers et à améliorer le statut juridique des résidents légaux. A cet égard, il convient de rappeler qu'en proposant cet instrument, la Commission avait pensé présenter une offre consolidée de l'Union à ses partenaires en matière de migration légale. En effet, même si les États membres détiennent le pouvoir exclusif de déterminer les volumes de première admission de migrants pour des raisons économiques (art.79 §5 TFUE), il est toujours possible pour l'UE en application de l'article 74 TFUE relatif à la coopération administrative, de rassembler des quotas nationaux sur la base des volumes de première admission de migrants pour des raisons économiques.

Une telle proposition ne semble pas avoir été retenue par les États membres. Il est vrai que les nouvelles initiatives qui seront prises ultérieurement sur la base de ces partenariats peuvent être intéressantes en termes de promotion de la migration légale. Il n'en reste pas moins que ces initiatives demeureront tributaire de la volonté des États Membres d'autant plus que les engagements relatifs aux contreparties en matière de migration légale et de développement

[107] Il a été prévu par exemple l'assistance aux pays tiers afin de les aider à développer leur capacité de gestion des flux migratoire légaux comme élément pouvant être mis en œuvre dans le cadre d'un partenariat, et ce à travers des compagnes d'information sur les conditions d'immigration vers les États membres ou des mesures de réintégration des migrants de retour. (Les programmes de migration circulaires sont présentés comme des mesures pour faire face aux fuites de cerveaux).

des pays d'origine sont assumés dans des instruments juridiquement non contraignants (les partenariats pour la mobilité eux- mêmes, lesquels renvoient certes à des instruments contraignants mais qui servent l'intérêt des États membres à savoir les FAV, lesquels ne couvrent que les courts séjours, alors que pour les longs séjours, la compétence appartient aux États membres, du moins relativement à la fixation des volumes d'entrée des étrangers). Il s'ensuit que du côté de l'Union et des États membres, les engagements sont plus souples. Il s'agit de permettre aux États intéressés de promouvoir la migration légale sur une base volontaire et en tenant compte de leur besoin en matière de main d'œuvre.

Il semble ainsi que mobilité et migration légale ne sont que des incitants pour renforcer la collaboration en matière de prévention et de lutte contre l'immigration irrégulière au point de vider cette approche dite globale de son caractère présumé global. Ce constat se vérifie davantage lorsqu'on s'aperçoit que ces partenariats contiennent des projets ou des actions que certains États membres ont déjà lancés ou proposés dans un cadre bilatéral.

C'est ainsi que le partenariat pour la mobilité signé avec le cap- Vert en 2008 et avec le Maroc en 2013 contient des propositions que l'Espagne et la France avaient déjà incluses ou projetaient d'inclure dans leurs accords bilatéraux.

Dans ce partenariat, la France a proposé d'ouvrir un certain nombre d'activités professionnelles aux migrants Capverdiens, de ne plus opposer la situation nationale de l'emploi dans ces secteurs en tant que « composante de l'accord bilatéral sur la gestion concertée des flux migratoires » et de développer avec le Cap-Vert un programme de co-développement « dans le cadre d'un accord bilatéral sur la gestion concertée des flux migratoires » qui a été signé entre la France et le Cap-Vert à Paris le 24 novembre 2008[108]. Dans ce cas, le partenariat pour la mobilité, lequel constitue -rappelons le –un instrument flexible, devient une locomotive de l'adoption d'instruments contraignants.

D'ailleurs, c'est bien dans ce cadre qu'on pourrait situer une disposition du partenariat pour la mobilité entre la Tunisie et l'Union européenne. C'est ainsi que pour les travailleurs tunisiens régulièrement établis sur le territoire des États membres, il est prévu la négociation et la conclusion d'accords bilatéraux sur la sécurité sociale et l'impulsion des démarches en vue de l'adoption d'une décision du Conseil d'association sur la coordination de la sécurité sociale entre la Tunisie et l'UE mettant en œuvre les articles 65-68 de l'accord Euro-méditerranéen UE-Tunisie.

En guise de conclusion, on peut se demander si les PPM présentent réellement une valeur ajoutée par rapport au cadre déjà existant. Une analyse des dispositions contenues dans cet instrument nous conduit à affirmer que sur le fond cet instrument ne contient aucune avancée en termes de mobilité. En effet, la mobilité n'est reconnue qu'au profit de certaines catégories limitées de personnes ressortissantes de pays tiers. En outre, il n'y a aucune perspective de libéralisation en matière de visas, puisque la mobilité demeure justement conditionnée par l'obtention de visa.

[108] Notons que relativement à ces accords, on a pu constater que dans les accords espagnols, la réadmission fait l'objet de dispositions contraignantes complétées par une annexe qui développe des obligations et garanties concrètes. Ce qui n'est pas le cas des dispositions sur l'admission des travailleurs (art 3) ou l'intégration des résidents (art 6) migration et développement (art 7).

Bibliographie

BEURDELEY (L.), « Les stratégies sécuritaires américaine et européenne au Maghreb, impact sur les droits de l'homme et sur l'évolution des pays de la région », RMCUE, n°518, 2008, pp.298-312.
BEURDELEY (L.), « Un renforcement inédit des relations bilatérales Maroc- Union européenne : l'octroi du statut d'État avancé », in La politique méditerranéenne de l'Union européenne, dir., ICARD (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp.44-76.

BON (S.), « Les États du Maghreb face à la politique migratoire de l'Union européenne, une exception algérienne ? », in La politique méditerranéenne de l'Union européenne, dir., ICARD (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp.173-206.
CHETAIL (V.), « La dialectique migration et développement dans la politique de l'Union européenne à l'égard des pays tiers : Paradigmes et paradoxes du dialogue Nord-Sud », in External dimensions of EU migration and asylumlaw and policy, dir., MAES (M.), FOBLETS(M-C.) et DE BRUYCKER (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.551-582.

DE BAERE (G.), « The basics of the EU external relations law: an overview of the post –Lisbon constitutional framework for developing the external dimensions of EU asylum ans migration policy », in External dimensions of EU migration and asylum law and policy, dir., MAES (M.), FOBLETS (M-C.) et DE BRUYCKER (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.121-174.

GARCIA ANDRADE (P.), DI PASCALE (A.) et SARRAJ (A.), « L'importance des relations bilatérales entre Etats membres et pays tiers en matière d'immigration : une analyse de l'action extérieure de l'Espagne, la France et l'Italie, in External dimensions of EU migration and asylumlaw and policy, dir., MAES (M.), FOBLETS (M-C.) et DE BRUYCKER (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.251-339.

URBANO DE SOUSA (C.), « Le partenariat pour la mobilité : un instrument de l'approche globale en matière d'immigration », in External dimensions of EU migration and asylumlaw and policy, dir., MAES (M.), FOBLETS (M-C.) et DE BRUYCKER (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.244.358.

La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, dir., FLAESCH-MOUGIN et SERENA ROSSI (L.), Bruylant, Bruxelles, 2013.

LABAYLE (H.), « La compétence externe de l'Union européenne en matière migratoire », in External dimensions of EU migration and asylumlaw and policy, dir., MAES (M.), FOBLETS (M-C.) et DE BRUYCKER (Ph.), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.175.201.
GARCIA ANDRADE (P.), « La dimension externe de la politique migratoire de l'Union européenne : un bilan au travers de ses instruments », in La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm : un bilan à mi-parcours, dir., DONY(M.), Ed. de l'ULB, Bruxelles, pp.113-145.

ABDEREMANE (K.), « L'inclusion de la question migratoire dans la conditionnalité de l'action extérieure de l'Union européenne », in La conditionnalité dans l'action extérieure de l'Union européenne, dir., FINES (F.), et RASSU (F.), IDP, Paris, 2018. https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/25751-

LABAYLE (H.), « Approche globale de la question des migrations et de la mobilité dans l'Union : de la langue de bois à l'autosatisfaction », disponible sur http://www.gdr-elsj.eu/2014/02/27/immigration/

LIMAM (M.) and DEL SARTO (R.), « Periphery under Pressure: Morocco, Tunisia and the European Union's Mobility Partnership on Migration », RSCAS Robert Schumann Centre for advanced studies borderlands project, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/37521/RSCAS_2015_75.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ANDRADE (G.), « La dimension externe de la politique migratoire de l'Union européenne : un bilan au travers de ses instruments », in La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm : un bilan à mi-parcours, dir., DONY (M.), Ed.de l'ULB, 2012, pp.112-145.

COLEMAN (N.), European Readmission policy. Third country interest and refugee rights, Leiden, MartinusNijhoff publishers, 2009.

BILLET (C.), « EC readmission agreements: a prime instrument of the external dimension of the EU's fight against irregular immigration: An assessment after ten years of practice », EJML, n°12, 2010, pp.45-79

Communication de la Commission, « Un dialogue pour les migrations, la mobilité et la sécurité avec les pays du Sud de la Méditerranée », COM (2011) 292.

Communication de la Commission, « Approche globale des migrations et de la mobilité », COM (2011) 743.

« Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier », COM (2002) 175.

Communication de la Commission, « Évaluation des accords de réadmission conclus par l'UE », COM (2011) 76.

Conclusions du Conseil définissant la stratégie de l'UE en matière de réadmission, Conseil JAI, 9-10 juin 2011, doc. n° 11260/11, 8 juin 2011.

La déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et la République de Moldavie, signée le 5 juin 2008, doc. Conseil n°9460/08, ADD 1, 21 mai 2008.

Une pratique de délivrance des visas Schengen peu soucieuse des droits des demandeurs

Mahdi Elleuch

منح تأشيرات شنغن في الواقع العملي: قصور في الاكتراث بحقوق الطالبين

. ملخص .

يقوم فضاء شنغن على فلسفة واضحة: فتح الحدود الداخلية بين الدول الأعضاء مقابل تشديد الرقابة في الحدود الخارجية، وتقليص امكانية النفاذ إليها. هذه الروح حاضرة بقوة في القانون الاوروبي للتأشيرات، الذي دخل حيز النفاذ في 2010، واحتوى على تحسينات أكيدة، إلا أنه بقي مسكونا بهاجس مكافحة الهجرة غير النظامية. هذا الهاجس ينعكس أكثر وأكثر في الممارسة حيث تهضم حقوق طالبي التأشيرة وخاصة من الطبقات الفقيرة والمتوسطة. فتفويض إدارة إجراءات طلب التأشيرة إلى مسدي خدمات من الشركات الخاصة يحول طالبي التأشيرة إلى فريسة لمنطق الربح الاقتصادي. فهذا التفويض وإذ يمكّن المصالح القنصلية من التقليل من نفقاتها إلا أنه يزيد من كلفة التأشيرة، المرتفعة أصلا، خاصة بالنسبة لطالبيها من غير الأثرياء. ورغم أن القانون الاوروبي يفرض شروطا معينة للجوء إلى هؤلاء الخواصّ في ميدان سيادي كالتأشيرات، إلا أن الاستثناء القانوني أضحى، في الواقع، هو القاعدة. كما أن المؤيدات المشترطة على طالبي التأشيرة كثيرا ما تؤدي إلى فرز اجتماعي، حيث يصعب على من لا يملك شغلا أو أملاكا أو أرصدة بنكية مهمة أن يثبت نيته الرجوع إلى بلاده مع انقضاء التأشيرة، بما أن تذكرة العودة لا تكفي في أحيان كثيرة لإقناع السلطات القنصلية بنية الرجوع. فكأن طالب التأشيرة هو مهاجر غير نظامي حتى يثبت العكس. وقد أثبتت المقابلات التي أجريناها مع عدد من طالبي التأشيرة أن تجاوزات عديدة تحدث عند منح التأشيرات، وحتى الضمانات التي يقرها القانون الأوروبي للتأشيرات، كتعليل الرفض والحق في الطعن، لا تترجم بصفة واضحة في الواقع، ولا تتدارك الظلم الذي يتعرض إليه في أحيان كثيرة طالبو التأشيرة. ولئن تبرز احصائيات التأشيرات نسبة رفض قليلة نسبيا إلا أنها تخفي تجارب فردية مريرة ومظالم عديدة وتمييزا ضمنيا على أساس اجتماعي، حيث تبقى هواجس الهجرة والمصالح الاقتصادية تحظى بالأولوية على حساب حقوق طالبي التأشيرة.

الكلمات المفاتيح: فضاء شنغن . حقوق طالبي التأشيرة . القانون الأوروبي . السلطات القنصلية الأوروبية . تونس

Schengen visas in practice:Lack of concern to applicantsrights

Abstract

The Schengen spaceisbased on a clearphilosophy:openinginternalbordersbetweenmember States againstgreater control of externalborders and reducingaccess to them. This attitude isstronglypresent in the European visa code, whichenteredinto force in 2010 and contained certain improvements but remainshaunted by the concerns of combatingirregular migration. Theseconcerns are reflected more and more in practice where the rights of applicants, especiallyfrom the poor and middle classes, are digested. Delegating visa application management to private service providers turns visa applicantsintoprey to the logic of

economic profit. This mandate reducesconsulatesexpenditures, itincreases in the meantime the already high cost of visa, especially for non-wealthyapplicants. AlthoughEuropeanlaw imposes certain conditions on the recourse to privatecompanies in sovereign fieldssuch as visas, thislegal exception has, in fact, become the norm. Conditions applied to applicantsoften have a social screening sinceitisdifficult for thosewho do not have a job or assets or bank balances to provetheir intention to return home upon expiration of the visa, particularlybecause the return ticket isinsufficient to convince the consularauthorities of the intention to return back home. The visa applicantispotentially an irregular migrant untilheevidences the contrary. Interviews conductedwith a number of visa applicants have shownthatmany violations occurwhengranting visas, and even the guaranteesgranted by the European visa code, such as motivating the refusal and the right to appeal are not clearlytranslatedinto reality, nor do theyaddress the injustice oftenfaced by visa applicants. While visa statistics show relativelylittlerefusals, theyhidemany bitter individualexperiences, grievances and implicit discrimination on a social basis, with migration concerns and economicinterestsstillbeing a priority for consulateauthorities at the expense of the rights of applicants.

Key words: Schengen space - Rights of applicants - Europeanlaw - Europeanconsulates - Tunisia

Des promesses de construction de murs jusqu'au péril des bateaux sauvant des migrants, la frontière internationale revient au centre de l'actualité politico-médiatique. Mais on oublie souvent l'autre frontière, déplacée au sein même des pays d'émigration, et que l'on doit d'abord franchir pour espérer pénétrer légalement dans la « frontière physique »[109]. Cette frontière a précisément un nom : le visa. Et là aussi, le souci de lutte contre l'immigration clandestine l'emporte souvent sur la nécessité de respecter les droits fondamentaux des personnes. C'est en particulier le cas avec les visas Schengen.

Défini comme une autorisation délivrée à un étranger par un État accueillant pour qu'il puisse pénétrer dans son territoire, le visa est un domaine de souveraineté par excellence. Compétence nationale de chaque pays membre de l'Union européenne, la question des visas a commencé à se « communautariser » avec les traités de Maastricht puis d'Amsterdam[110]. La création de l'espace de libre circulation des personnes, par l'accord conclu en 1985, dans la ville luxembourgeoise de Schengen, entre les États du BENELUX, l'Allemagne et la France n'a été que le point de départ d'un long processus. Depuis, l'espace Schengen n'a cessé de s'élargir, jusqu'à compter 26 États, et l'acquis de Schengen[111] de croître. L'esprit, cependant, reste le même : à l'ouverture des frontières intérieures,

[109] Serge WEBER, *L'Europe discrimine à ses frontières*, Revue « Projet », 2009, p. 36.
[110] Gérard BEAUDU, « La politique européenne des visas de court séjour », *Cultures & Conflits*, n°50- 2003, p. 1.
[111] L'acquis de Schengen englobe l'accord de Schengen de 1985, sa convention d'application de 1990 ainsi que l'Acte final et les déclarations communes, mais aussi les décisions et les déclarations du Comité exécutif de Schengen, et celles du Groupe central sur mandat du Comité exécutif, les instructions consulaires communes, etc. Voir Décision 1999/435/CE du Conseil, du 20 mai 1999, relative à la ddéfinition de l'acquis de Schengen…, Journal officiel n° L 176 du 10/07/1999 p. 0001 - 0016.

correspond le renforcement des contrôles et la restriction des possibilités d'accès aux frontières extérieures.

Entré en vigueur en 2010, le Code communautaire des visas[112] (ci-après le *code*) fixe les procédures et conditions de délivrance, par les États membres, des visas pour les séjours prévus d'une durée maximale de trois mois. Abrogeant les textes disparates qui régissaient la matière, le *Code* a surtout permis de mettre fin à l'éparpillement, voire même l'incohérence de l'acquis Schengen antérieur[113]. Or, malgré les améliorations qu'il a apportées, le *Code* maintient une logique de peur, qui fait prévaloir le souci de *« lutte contre l'immigration clandestine »* sur toutes les autres considérations, y compris les droits des demandeurs de voyage.

Le *Code* poursuit d'abord une distinction, voire une discrimination fondamentale[114] entre deux listes de pays : une liste blanche, exemptant les ressortissants de certains États -outre les États membres de l'espace Schengen-, de l'obligation de visa, et une liste noire qui consacre, aux ressortissants des pays qui s'y trouvent inscrits, l'obligation de visa. La catégorisation des pays obéit à plusieurs critères, mais d'abord et avant tout, au risque migratoire tel que perçu par les États membres de l'espace Schengen. La communautarisation se traduit donc par une extension de la liste noire, qui constitue une *« agrégation des "peurs migratoires" des États membres »*[115]. La liste noire établit ainsi une *« présomption d'indésirabilité »*[116]pour des populations entières dont le motif de mobilité est potentiellement suspect[117], ce qui est d'autant plus discriminatoire que le « risque migratoire » est très souvent évalué en termes de pauvreté[118].

Cette discrimination entre populations, au niveau de l'obligation de visa, se double d'une discrimination entre les demandeurs de visas eux-mêmes. Là aussi, le « risque migratoire » est un critère décisif, auquel une *« attention particulière »* doit être accordée dans la délivrance (ou pas) du visa, selon le *Code*[119]. Pour cela, plusieurs documents justificatifs sont prévus par le *Code*, qui permettraient de prouver que le demandeur dispose des *« moyens de subsistance suffisants »*, ainsi que sa volonté de quitter le territoire Schengen avant l'expiration de son visa[120]. La longue liste de documents n'est toutefois pas exhaustive, et

[112] Règlement (CE) N° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.
[113] Samir BEN HADID, Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne, CPU, Tunis, 2016, p. 129.
[114] Serge WEBER, L'Europediscrimine…, op. cit., p. 35.
[115] Samir BEN HADID, op. cit., p. 107.
[116] Ibid., p. 104.
[117] Andrew CROSBY et Andrea REA, « La fabrique des indésirables », *Cultures & Conflits* [En ligne], 103-104 | automne/hiver 2016, mis en ligne le 20 décembre 2016, consulté le 09 octobre 2018. URL : http://conflits.revues.org/19357, p. 2.
[118]Serge WEBER, L'Europe discrimine…, op. cit., p. 35.
[119] Article 21 du Code des visas.
[120] Annexe II du Code des visas.

d'autres documents peuvent être exigés par les autorités consulaires - ou par leurs prestataires privés.

Le Code a en effet entériné une pratique qui existait déjà depuis des années, et qui ne cesse de se propager parmi les États membres de l'espace Schengen, à savoir l'externalisation. Il s'agit de la sous-traitance, à des prestataires privés, d'une partie de la « procédure visas », allant de la planification et la gestion des rendez-vous, jusqu'à la transmission des dossiers aux autorités consulaires, en passant par leur vérification et l'encaissement des frais de visas, sans oublier la restitution des passeports aux demandeurs[121]. Le recours à des prestataires privés, animés par une logique de marché, dans un domaine aussi sensible la délivrance des visas, comporte plusieurs risques, notamment par rapport aux droits des demandeurs du visa. Bien que le Code ait (timidement) essayé de l'encadrer, en imposant certaines conditions et obligations aux autorités consulaires et aux prestataires privés, l'externalisation continue de prospérer.

L'application du Code des visas ne dépend plus alors des autorités consulaires seulement, mais aussi d'opérateurs privés. Or, les manquements aux dispositions du Code, mais surtout aux droits des demandeurs de visa, ne sont pas rares. Ils ne sont pas suffisamment étudiés. Les évaluations de l'application de l'acquis de Schengen par chaque pays membre, sur la base du règlement (UE) no 1053/2013[122], ne sont pas accessibles[123]. Seules les recommandations qui en résultent le sont. Quant aux évaluations faites par la Commission européenne en application de l'article 57 du *Code,* elles cherchent à évaluer les dispositions plutôt que la pratique, et obéissent surtout au souci omniprésent de « *lutte contre l'immigration irrégulière* » -et à des enjeux économiques. C'est ainsi que le principal rapport d'évaluation, qui a servi de base à la proposition de révision du Code, s'intitule : *Une politique des visas plus intelligente au service de la croissance économique*[124]*.*

Le même rapport admet toutefois que les *« objectifs relatifs aux garanties procédurales n'ont pas été suffisamment atteints »*[125]*.* C'est le moins que l'on puisse dire. La procédure d'obtention du visa Schengen, dans la pratique encore plus que dans les textes, est peu soucieuse des droits des demandeurs de voyage. Les soucis sécuritaire, migratoire et

[121] Gérard BEAUDU, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *Cultures & Conflits* [En ligne], 68 | hiver 2007, mis en ligne le 19 mai 2008, consulté le 10 octobre 2018. URL : http:// conflits.revues.org/5793, p. 1.
[122] Règlement (UE) no 1053/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen.
[123] Nous avons adressé une demande d'accès au rapport d'évaluation pour 2016 de l'application, par la France, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique commune de visas, selon les procédures légales. La réponse du directeur général de la migration et des affaires intérieures a été le refus de communiquer le document, par ce qu'il contient des informations sensibles, dont la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public en ce qui concerne la sécurité publique de l'État membre concerné. Même l'accès partiel au document a été refusé pour les mêmes raisons.
[124] Commission européenne, Une politique des visas plus intelligente au service de la croissance économique, Rapport au Parlement européen et au Conseil, 01/04/2014, COM (2014) 165.
[125] op.cit., p. 8.

économique prédominent. Nous allons donc tenter, sur la base des rapports et articles disponibles, mais également de témoignages individuels[126], de critiquer la pratique de délivrance des visas en portant l'attention sur ceux et celles qui désirent voyager dans l'espace Schengen. D'abord victimes d'être ressortissants de pays inscrits dans liste noire, les demandeurs de visas sont, avec l'externalisation de la procédure de demande, livrés à la logique de profit économique (I). Ils sont aussi victimes d'une logique suspicieuse, peu protectrice de leurs droits, qui les perçoit avant tout comme des migrants (irréguliers) potentiels (II).

I. Le demandeur de visa livré à la logique de profit économique :

Le recours à des opérateurs privés pour la gestion de la procédure de visas a connu, en quelques années, un essor spectaculaire, notamment parmi les pays membres de l'espace Schengen. Présentée comme solution à la hausse du nombre de demandes et à l'incapacité des consulats à gérer le flux, l'externalisation livre le demandeur à une logique de profit économique. Outre les menaces qu'elle représente pour les données personnelles des demandeurs qui semblent préoccuper les institutions nationales et européennes[127], l'externalisation se fait aux dépens du demandeur de visa qui en supporte le surcoût (B), et contrevient aux conditions légales du *Code*, en devenant la règle alors qu'elle est censée être l'exception (A).

A/ Un recours abusif aux prestataires de service externes :

Domaine de souveraineté par excellence, la procédure des visas était toujours assurée en entier par les autorités consulaires, jusqu'aux début des années 2000. La sous-traitance des démarches administratives de la procédure de visa est alors apparue comme une pratique locale en Inde, avec la naissance de VFS Global, encouragée par les ambassades américaines et britanniques[128]. Imitée dans un premier temps par des États européens en Inde et en Chine, la pratique de l'externalisation a connu, en quelques années, un essor spectaculaire. Plusieurs États de l'espace Schengen y ont recouru, avant même qu'elle soit encadrée par le

[126]Nous avons réalisé huit entretiens individuels avec des demandeurs de visa Schengen, tous jeunes tunisiens. Un parmi eux a obtenu le visa (A.K.), alors qu'on a choisi tous les autres car ils ont vu leurs demandes refusées.
[127] Voir notamment les recommandations du Conseil européen à chaque État membre sur la base de l'évaluation de son application de l'acquis Schengen; Le rapport de la Cour des comptes, « L'externalisation du traitement des demandes de visa à l'étranger : une réforme réussie, un succès à conforter », Rapport public annuel 2017; Le rapport du sénat français, Éric DOLIGÉ et Richard YUNG, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances du Sénat français sur la délivrance des visas, 29 octobre 2015; les articles: Marie-Laure Basilien-Gainche, « Sécurité des frontières et/ou protection des droits », Cités 2011/2 (n°46, p. 47-68; et Vincent Tchen, « Les ambiguïtés de la dématérialisation des procédures en droit des étrangers », Revue française d'administration publique, 2013/2 n°146, pp. 393-403.
[128] Federica INFANTINO, « La mise en marché de la frontière, un produit d'Etat. Compagnies privées et mise en oeuvre de la politique du visa Schengen », Gouvernement et action publique 2017/4 (N°4), p. 57.

droit européen. En effet, ce n'est qu'en 2009 qu'un règlement du Parlement européen et du Conseil[129] a tenté d'encadrer une pratique déjà prospère.

Le règlement énonce que le principe demeure le dépôt des demandes de visas directement auprès des représentations consulaires ou diplomatiques[130]. Le recours aux prestataires de services externes n'est autorisé que si deux conditions cumulatives sont réunies. Il faut d'abord qu'il soit justifié par « *des circonstances particulières »* ou *« des raisons liées à la situation locale* », comme le fait que le nombre de demandeurs soit trop élevé pour assurer un service convenable, ou que ce soit nécessaire pour « *assurer une couverture géographique satisfaisante dans le pays tiers concerné*[131] *».* Mais ce n'est pas suffisant.La deuxième condition est que les diverses formes de coopération entre États membres (représentations limitées, colocalisation des représentations diplomatiques et consulaires, centres communs de dépôt des dossiers) s'avèrent inappropriées. Reprises peu après par le préambule du *Code des visas*, ces conditions ne sont vraisemblablement pas respectées. La généralisation spectaculaire du recours à l'externalisation en est la preuve. Si, en droit, l'externalisation doit être une option de dernier ressort et une exception au principe du dépôt direct, elle est aujourd'hui, de fait, la règle, sans que les États aient à la justifier. Ainsi, en 2014, 70% des demandes de visas ont été introduites via des prestataires de services externes[132]. Vu la croissance spectaculaire de l'externalisation, on peut penser que, aujourd'hui, le pourcentage est bien plus grand.

Certes, il est toujours possible, pour un demandeur de voyage, de déposer directement son dossier auprès des autorités consulaires. Mais cette information n'est pas systématiquement communiquée, en contradiction avec le *Manuel relatif à l'organisation des services des visas et à la coopération locale au titre de Schengen* établi par une décision de la Commission[133]. Celui-ci dispose en effet qu'aussi bien le prestataire que le consulat doivent mettre à la disposition du demandeur les informations relatives aux frais de service à acquitter et à la possibilité de soumettre la demande directement au consulat[134]. Or, aussi bien les autorités consulaires que les prestataires privés évitent souvent de mettre ces informations sur leurs sites web. En effet, un tour sur le site web de plusieurs ambassades montre qu'il n'y a aucune mention de l'option de déposer sa demande directement eu consulat. La seule exception est le site web de l'Ambassade de France où il est indiqué que les deux options existent. Cependant, des témoignages concordants font observer que lorsqu'on appelle le numéro du consulat français pour prendre un rendez-vous, on est systématiquement dirigé vers TLS contact. Et sur le site de TLS contact Tunisie, nulle mention de la possibilité de dépôt auprès du consulat, ni même des frais de service, n'est mentionné

[129] Règlement (CE) N° 390/2009 du 23 avril 2009, JO L 131 du 28.5.2009, p. L.131-1.
[130] Article 1er du Règlement (CE) N° 390/2009, op. cit., p. L.131-5.
[131] Ibid., p. L.131-6.
[132] Commission européenne, Une politique des visas…., op. cit., p. 10.
[133] Décision de la Commission européenne du 11/06/2010, C(2010)3667 final.
[134] Ibid. p. 11.

à moins de commencer la procédure et de s'inscrire sur le site. Certes, les lacunes d'informations dans les sites des prestataires de services ne sont pas rares, mais le manquement à cette obligation-ci du *Manuel de procédure* peut ne pas résulter d'un simple oubli. Animés par une logique de profit, ces opérateurs ont intérêt à ce qu'un maximum de demandeurs de visas passe par leurs centres, et ne s'empressent pas, dès lors, pour informer leurs « clients potentiels » de l'existence d'une autre option moins onéreuse.

Certes, c'est à la charge des États membres de rappeler aux prestataires de service externes ces obligations. Mais dans ce marché juteux de la procédure de visa, les pouvoirs publics ne sont pas forcément en position de force. Bien que la démarche de l'externalisation suit les règles de la mise en concurrence[135], le marché est largement dominé par deux géants, VFS Global et TLS Contact[136]. La croissance des activités de ces deux compagnies illustre d'ailleurs l'expansion du marché de l'externalisation. Précurseur (et toujours leader mondial) de la sous-traitance de la procédure de visa, VFS Global est passé d'un seul État client en 2005, à 25 en 2008, et 62 aujourd'hui (dont la quasi-totalité des États membres de l'espace Schengen) et ouvrant 2835 centres dans 141 pays[137]. Quant à TLS Contact, filiale de TéléPerformance, on sait, fautes de données précises, que la France constitue son premier client, même si elle coopère aussi dans certains pays avec VFS Global. La concurrence est donc, de fait, très limitée, comme le constate la Cour des comptes française, pourtant très favorable à l'externalisation[138]. Celle-ci constitue aux yeux des magistrats financiers français une « réforme réussie », car économe pour les finances publiques. Or, si l'externalisation est économe, c'est parce qu'elle minimise les dépenses et les recrutements dans les services consulaires, tout en faisant supporter les coûts supplémentaires de la gestion de la procédure par les demandeurs de visas.

B/ Un surcoût injustement supporté par les demandeurs de visa :

Les demandes de visas ne sont pas gratuites. A l'exception des cas d'exemption ou de réduction, chaque demandeur doit payer un montant fixé par le *Code* à 60€ au titre de « droits de visas ». Ce montant est le même pour tous les pays de la liste noire, peu importe le niveau de vie et les taux de changes. Converti en monnaie locale, le montant de 60€ risque ainsi de représenter, pour un demandeur de visa, bien plus que ce qu'il représente pour un européen d'un niveau de vie comparable. Et si le montant de 60€ peut paraitre raisonnable, quand on le compare aux frais de visa pour les États-Unis d'Amérique ou le Royaume-Uni, respectivement de 160$ (141€) et de 93 GBP (105€), il reste élevé par rapport

[135] Ce n'était pas le cas pendant les premières années du recours à l'externalisation. V. Cour des comptes, op. cit., p. 204 et s.
[136] Cour des comptes, « L'externalisation du traitement des demandes de visa à l'étranger : une réforme réussie, un succès à conforter », Rapport public annuel 2017, p. 188.
[137] D'après le site web de la compagnie : https://www.vfsglobal.com/en/governments/milestones.html
[138] Cour des comptes, « L'externalisation du traitement des demandes de visa à l'étranger : une réforme réussie, un succès à conforter », Rapport public annuel 2017, p. 188.

au coût réel de l'instruction des dossiers. En effet, selon un rapport du Sénat français, le cout réel de l'instruction d'un dossier de visa s'établit, en 2014, à 38,75€[139]. Le montant forfaitairement fixé par le Code est donc, du moins pour le cas français, supérieur de plus de 50% au cout réel, dégageant ainsi une source de bénéfice pour les États européens. Le même rapport qualifie ainsi l'instruction des dossiers d'*« activité rentable pour l'administration »*[140]. Pourtant, la Commission européenne propose aujourd'hui d'augmenter les droits de visas de 33%, pour atteindre 80€[141]. Cette augmentation permettra des ressources supplémentaires qui serviraient à « renforcer la sécurité »[142].

La logique de rentabilité financière est loin de s'arrêter là. Le recours aux opérateurs privés pour la gestion de la procédure du visa se traduit, en effet, par des frais supplémentaires à la charge du demandeur de voyage. Encadrés par l'article 17 du *Code,* les « frais de service » doivent être « *proportionnés aux coûts engagés par le prestataire de services extérieur »* pour les tâches externalisées. Une condition rarement vérifiée, selon le rapport du Sénat français, qui admet que *« les postes consulaires s'intéressent relativement peu à la pertinence et à la proportionnalité du montant des frais de services facturés »*[143]. Selon le même article, les « *États membres veillent à ce que les frais de services facturés à un demandeur correspondent bien aux services proposés par le prestataire de services extérieur et soient adaptés à la situation locale »*. Or, la Commission européenne admet elle-même l'impossibilité de respecter cette condition, puisque les contrats avec les prestataires de services externes sont souvent négociés et conclus à échelle centrale[144].

Le même article 17 fixe aussi une limite aux frais de service, qui est de 50% du montant (de droit commun) des droits de visas. Le coût total ne saurait ainsi dépasser 90€ - soit un peu moins du SMIG tunisien[145]. Or, ce montant n'est pas remboursé en cas de refus de délivrance du visa. Seuls les « droits de visas » doivent être remboursés, et uniquement dans le cas où le dossier ne franchit pas l'étape de la recevabilité[146]. Les frais de service ne peuvent, quant à eux, faire l'objet de remboursement. Ils sont d'ailleurs exigibles même pour les personnes bénéficiant d'une exemption des droits de visas.

---

[139] Éric DOLIGÉ et Richard YUNG, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances du Sénat français sur la délivrance des visas, 29 octobre 2015, p. 16.
[140] Ibid.
[141] Commission européenne, Communiqué de presse, « La politique de l'UE en matière de visas : la Commission présente des propositions pour la rendre plus solide, plus efficace et plus sûre », http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1745_fr.html
[142] Ibid.
[143] Ibid. p. 20.
[144] European Commission, Commission staff working document, Evaluation of the implementation of Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and Council establishing a Community Code on Visas (Visa Code), Accompanying the Report from the Commission to the European Parliament and the Council A Smarter Visa Policy for Economic Growth {COM(2014) 165 final}.
[145] Salaire minimum interprofessionnel garanti, qui est de 379 Dt (113€) pour le régime de 48 heures, et de 324 Dt (96€) pour le régime de 40h.
[146] C'est à dire les (rares) cas où le dossier ne comporte pas un document de voyage, un formulaire et une photographie conformes aux conditions, ou que le consulat ne soit pas compétent pour recevoir la demande.

S'ajoutant aux droits de visas, les frais de service font que le coût d'un visa devienne une charge que beaucoup de voyageurs, qui peinent déjà à financer leur voyage, ne peuvent supporter. Il s'agit d'une « *discrimination économique pour les familles les moins aisées* », selon la section CGT du ministère des affaires étrangères[147]. Le voyage en Europe devient ainsi une sorte de privilège des nantis. M.I., étudiant tunisien, indique par exemple qu'il a *« dûtravailler la nuit dans un bar, pendant trois mois, pour pouvoir payer les frais de visas »*. Pourtant, le surcoût que représente les frais de service n'est pas très justifié, puisque le montant de 60€ suffirait pour couvrir non seulement les frais de l'instruction mais aussi les frais de la gestion de la procédure. L'externalisation de ce service public aurait donc pu être financée par les États européens. Ceux-ci préfèrent cependant faire des *« économies de personnel sur le dos des usagers »*[148].

Destinée à protéger le demandeur de visa contre la logique de profit, la limite légale des « frais de service » ne suffit pas à freiner l'appétit des opérateurs privés. En effet, ceux-ci ont souvent recours aux services optionnels pour accroitre leur marge de profit. Ces services vont de la prise de photos, jusqu'à l'assurance voyage, en passant par la récupération du passeport pendant qu'il est instruit, ou sa restitution par courrier express. Le point commun entre ces services optionnels est leur surfacturation. Souvent, le demandeur qui craint de devoir attendre longtemps avant d'avoir un deuxième rendez-vous se trouve obligé de recourir à ces services même s'ils sont disponibles ailleurs à moindres coûts. Des fois, des services optionnels sont même facturés sans le consentement clair du demandeur de voyage. C'est le cas de la notification par SMS. Ainsi, A.K., étudiant, raconte comment VFS Global lui a facturé, sans recueillir son consentement, 7Dt500 supplémentaires pour une notification par SMS[149]. C'est aussi le cas de M.L., enseignant chercheur, qui a même signalé l'abus dans une réclamation à l'Ambassade d'Allemagne, sans recevoir de réponse. La plupart des centres proposent aussi un « service premium », pour les demandeurs de visa les plus aisés. Ce service amélioré comprend un accueil confortable, un « *agent spécialement disponible pour s'occuper de la demande* » et assister le demandeur. On est donc face à un service public consacrant, de fait, une discrimination selon la richesse. Aux plus riches l'accueil chaleureux et l'assistance, et aux plus pauvres un « service minimum »[150].

En outre, les prestataires externes omettent souvent d'informer les demandeurs de visa sur les cas d'exemption. Ainsi, le cas des représentants d'organisations à but non lucratif participant à des séminaires ou des manifestations culturelles, sportives ou éducatives, prévu par l'article 16 du Code, figure rarement sur les sites web des prestataires, voire même des consulats. De même, les autorités consulaires et les opérateurs externes

[147] Explication du vote de la CGT lors de l'examen des avis formels, à la réunion du Comité technique ministériel du Ministère des affaires étrangères : http://www.cgt-mae.org/7-et-8-novembre-reunion-du-Comite
[148] Rachel KNAEBEL, « Privatisation des visas », Plein droit 2014/2 (n° 101), p. 9.
[149] Un SMS coûte 0,05 Dt en Tunisie.
[150] Rachel KNAEBEL, « Privatisation des visas », op. cit., p.8.

manifestent très peu d'empressement pour pratiquer des exemptions facultatives. Ainsi, la Commission européenne a constaté que *« seul un faible nombre de demandeurs répondant potentiellement aux critères requis bénéficient effectivement d'une exemption »*[151]. Et si une exemption, légale ou facultative, est pratiquée, le visa délivré se limite strictement à la durée de l'objet du voyage, comme M.L. en a fait l'expérience. C'est donc la logique du marché, et non celle du service public, qui règne. Une logique qui ne reconnait ni l'égalité, et encore moins la gratuité devant le service public. Une logique de profit, préférant vendre chèrement « l'assistance » pour les demandeurs financièrement aisés, plutôt que la donner à ceux qui en ont le plus besoin, parmi les catégories moins loties, moins lettrées, etc. De toute façon, tout semble indiquer que ces « gens-là » sont indésirables dans l'espace Schengen.

II. Le demandeur de visa traité comme un migrant potentiel indésirable :

Contrairement à la procédure de demande de visa gérée de plus en plus souvent par des opérateurs privés, l'instruction des dossiers se fait exclusivement par les services consulaires. Ceux-ci peuvent soit donner le visa, soit le refuser, ou à titre exceptionnel, délivrer un visa à validité territoriale limitée à un ou quelques États membres de l'espace Schengen. Les décisions de refus sont généralement liées aux justificatifs exigés du demandeur, source d'une discrimination sociale flagrante (A). Même l'obligation de motivation de ces décisions, considérée comme un acquis du *Code,* est loin de rétablir la justice et le respect des droits des demandeurs de visas (B).

1/ Les justificatifs comme moyen de « sélection par le porte-monnaie » :

Les décisions de refus de visas sont encadrées par l'article 32 du *Code,* qui indique huit cas justifiant le refus. Quasiment tous se rapportent aux justificatifs contenus dans le dossier. Ainsi par exemple des cas où le demandeur ne fournit pas *« de justification quant à l'objet et aux conditions du séjour envisagé »,* ou ne fournit pas « *la preuve qu'il dispose de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour, ou qu'il n'est pas en mesure d'acquérir légalement ces moyens ».* Le pouvoir des autorités consulaires ne se limite pas cependant à vérifier si le dossier contient tous les justificatifs demandés. Le *Code* leur permet en effet de refuser le visa dès lors qu'il *« existe des doutes raisonnables sur l'authenticité des documents justificatifs présentés par le demandeur ou sur la véracité de leur contenu, sur la fiabilité des déclarations effectuées par le demandeur ou sur sa volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé »*[152].

[151] Commission européenne, Une politique des visas plus intelligente au service de la croissance économique, Rapport au Parlement européen et au Conseil, 01/04/2014, COM(2014) 165, p. 12.
[152] Article 32 du *Code des visas*.

C'est dire l'importance des justificatifs dans la décision de délivrer ou pas le visa, ainsi que dans la procédure elle-même. Ils sont régis par l'article 14 du *Code,* qui en énumère quatre catégories pour la demande de visa uniforme, et renvoie à l'Annexe II pour la liste des justificatifs de chaque catégorie. Outre certaines lacunes et incohérences relevées par la doctrine[153], cette annexe pose un problème quant à sa longueur et sa complexité. Il suffit de se mettre à la place d'une personne peu lettrée pour pouvoir l'apprécier. En outre, le Code précise que la liste en question n'est pas exhaustive. C'est-à-dire que les autorités consulaires (et leurs prestataires de services) peuvent très bien exiger, en plus de ces documents, d'autres justificatifs. Ainsi, R.I., docteur en pharmacie, témoigne qu'on a exigé de lui une lettre de motivation pour un visa en Allemagne, qui lui a été d'ailleurs finalement refusé. Le même justificatif a été exigé des demandeurs de visas pour participer à un colloque *« alors que l'activité est déjà précisée dans la lettre d'invitation »*, comme en témoigne M.L. Demander un visa Schengen devient ainsi comparable à postuler à un emploi ou à une formation académique, où l'on doit, en plus des papiers exigés, rédiger une lettre pour prouver sa bonne foi et sa sincérité.De plus,l'exigence de tant de justificatifs n'épargne même pas les demandeurs ayant déjà fait preuve de respect des visas Schengen qu'ils avaient obtenu par le passé. Pourtant, le *Code* autorise pour cette catégorie de demandeurs des assouplissements procéduraux, notamment quant à la présentation de documents justificatifs, qui sont assez peu appliqués par les services consulaires.

Mais le principal grief que l'on peut avoir face à cette liste de justificatifs est la discrimination sociale qu'elle opère. En effet, les justificatifs servent surtout à évaluer le risque migratoire que présente le demandeur de visa[154]. Et comme le risque migratoire, que ce soit pour une population ou pour un individu, est souvent évalué en termes de pauvreté, la plupart des justificatifs visent la condition socio-économique du demandeur. Ainsi, les justificatifs prouvant la volonté de retour au pays de résidence comprennent, entre autres, une attestation d'emploi, une pièce attestant que le demandeur dispose de moyens financiers dans le pays de résidence, des relevés bancaires[155], ainsi que toute preuve de possession de biens immobiliers[156]. Il est clair que les demandeurs financièrement aisés n'auront pas de mal à fournir de tels justificatifs, contrairement aux demandeurs pauvres. Les chômeurs sont ainsi des migrants potentiels, jusqu'à preuve du contraire. Les pauvres, qui n'ont pas de comptes bancaires assez étoffés et ne disposent pas de biens immobiliers ne sont pas désirables non plus. Ainsi, on opère à travers le visa une« *sélection implicite des étrangers par le porte-monnaie* »[157].

[153] Samir BEN HADID, op. cit., p. 114.
[154] Samir BEN HADID, op. cit., p. 112.
[155] Ce qui constitue une atteinte à la protection des données personnelles.
[156] Annexe II du Code communautaire des visas.
[157] Alexis SPIRE, « Faire payer les étrangers, l'avenir d'une vieille idée », *Plein droit* 2005/4 (n°67), p. 5.

Ces justificatifs ne servent pas uniquement à évaluer, au moment de l'instruction du dossier, le risque migratoire que présente une personne. Ils jouent aussi un rôle dissuasif qui n'est pas à négliger. Ainsi, les catégories de personnes incapables de fournir les justificatifs demandés, qui ne coïncident que trop avec les couches sociales les moins loties, renoncent tout simplement à demander le visa. Ils savent d'avance, en effet, que leurs chances pour l'avoir sont, sinon nulles, minimes. Le tri des étrangers selon la situation socio-économique ne commence donc pas au moment de l'instruction du dossier, mais bien avant. Le coût élevé de la procédure de visa ne peut, là aussi, que décourager davantage les demandeurs des classes populaires et moyennes. Motivée par l'objectif sacro-saint de lutte contre l'immigration irrégulière, cette situation frustrante pourrait, paradoxalement, encourager l'immigration irrégulière par la mer, avec les tragédies humaines qu'elle implique.

Que ce soit un objectif conscient ou pas, il est clair que les justificatifs exigés, ajoutés aux frais élevés, aboutissent à une « rationalisation » des demandes de visa. Certains papiers requièrent en effet de se déplacer physiquement à des administrations publiques ou privées pour les avoir, impliquant parfois même des personnes tierces, notamment les parents. Des papiers qui ne restent pas moins nécessaires pour avoir le visa. Ainsi, K.J., étudiante, a vu sa demande de visa touristique pour la France refusée parce que *« le dossier a été jugé incomplet car ne comprenant pas les relevés bancaires de [ses] parents »,* bien qu'elle soit en situation sociale assez aisée. En effet, l'absence d'un seul justificatif signifie, souvent, le refus de la demande. Ces refus sont, à juste titre, mal vécus par les demandeurs, d'autant plus que les ressortissants européens peuvent, quant à eux, accéder au territoire tunisien avec une simple pièce d'identité. Et ces demandeurs malheureux ne trouvent pas consolation -ni justice- dans les garanties que prévoit le *Codedes visas* pour eux.

2/ Des garanties légales peu respectées dans la pratique :

Bien qu'il soit dominé par le souci de lutte contre l'immigration irrégulière, le *Code des visas* a comporté certaines garanties pour les demandeurs de visas. Certes, le visa n'est pas, contrairement à ce qu'une logique de droits humains aurait impliqué, un droit dont on ne saurait être privé qu'exceptionnellement. Les autorités consulaires peuvent en effet refuser le visa dès lors qu'elles doutent de la volonté du demandeur de quitter l'espace Schengen. Cependant, le *Code* prévoit une garantie importante pour les demandeurs, qui est celle de la motivation de la décision de refus. En effet, avant l'entrée en vigueur du *Code*, plusieurs lois nationales, comme le *Code des étrangers* en France, établissaient un principe de non-motivation des décisions de refus de délivrance de visas[158]. Or, la motivation des décisions administratives est une garantie fondamentale. Non seulement elle permet au demandeur de comprendre les raisons du refus, mais elle force aussi l'administration, du moins théoriquement, à traiter les dossiers avec plus d'attention. Elle réduit donc la marge

[158] Code des étrangers, Article L211-2.

d'arbitraire. D'autant plus qu'elle est liée à un droit tout aussi fondamental, à savoir le recours juridictionnel. Ainsi, l'extension de l'obligation de motivation conduit normalement à encourager les recours et à enrichir le contentieux des refus de visas[159]. Là aussi, le *Code des visas* comporte une avancée pour la situation légale des demandeurs de visas, en énonçant clairement le droit de recours contre les décisions de refus.

Or, ces garanties légales n'ont pas d'impact réel sur la pratique. La motivation des décisions de refus se limite en effet à cocher des cases dans un formulaire type figurant dans l'annexe VI du *Code,* qui correspondent aux cas de refus de visas de l'article 32. Parmi les demandeurs de visas malheureux que nous avons contactés, les motifs de refus invoqués par les services consulaires sont presque toujours les mêmes. Soit que les *« informations relatives à l'objet et aux conditions du séjour sont jugées pas fiables »*, soit *« la volonté de quitter l'espace Schengen à l'expiration du visa n'est pas établie »,* ou qu'il manque au dossier « *la preuve que l'on dispose des moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour »*.

Pourtant, les dossiers sont, d'après la plupart des demandeurs de visas interviewés, complets. C'est le cas de A.J., résident en médecine, qui était invité à participer dans un Congrès de médecine en France, mais à qui on a refusé le visa *« car le motif du séjour n'était pas fiable »,* alors que *« l'invitation officielle figurait bien dans le dossier ».* D'ailleurs, il a *« refait sa demande, quelques jours après, avec exactement les mêmes papiers, et [il a] eu le visa »*. De même, les justificatifs de la volonté de retour dans les pays de résidence sont souvent invoqués, même si les dossiers comprennent la réservation de billet d'avion pour le retour. C'est le cas de C.A., *« invité tous frais compris dans un Congrès en Belgique »,* de A.S., résidente en médecine et de M.I., étudiant et artiste, qui voulaient voyager en France pour du tourisme.

Ainsi, la motivation des décisions de refus ne semble pas garantir aux demandeurs une compréhension suffisante des raisons du refus. D'autant plus que ceux-ci, souvent, reçoivent leurs passeports des prestataires externes, et non des services consulaires aptes à leur expliquer davantage les raisons du refus. Ce qui fait que beaucoup de demandeurs ne savent pas ce qui manque dans leurs dossiers pour qu'ils soient acceptés. C'est le cas de A.E., étudiante, à qui on a refusé récemment un visa touristique pour la France, et qui, à peine quelques semaines après, *« ne se rappelle même pas des motifs du refus car ils étaient incompréhensibles ».* Telle que pratiquée aujourd'hui, la motivation des décisions de refus ne change pas grand-chose à la frustration des personnes concernées. Et visiblement, des décisions arbitraires continuent d'être prises.

[159] Claire SAAS, « Le refus de délivrance de visas fondés sur une inscription au Système Information Schengen, *Cultures & Conflits* [En ligne], 50 | été 2003, mis en ligne le 29 septembre 2003, consulté le 01 octobre 2016. URL: http://conflits.revues.org/917 .

Autre avancée du Code, le droit de recours peine aussi à changer significativement la situation des demandeurs de visa. D'abord, cette obligation légale n'est pas respectée par tous les États membres, d'après l'évaluation conduite par la Commission européenne[160]. En effet, le droit à un recours juridictionnel contre les décisions de refus n'est pas garanti par toutes les législations nationales. Certaines prévoient une commission administrative, d'autres des délais très courts ou des frais élevés[161]. Suite à un recours intenté par un demandeur de visa débouté en première instance par la justice polonaise, la Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs rappelé que, si la nature et les modalités concrètes du recours relèvent de la compétence des États membres, ceux-ci doivent respecter l'exigence d'un recours effectif, et donc juridictionnel.[162]

Ensuite, les demandeurs de visas renoncent le plus souvent à utiliser le droit de recours pour des raisons multiples. Certains préfèrent déposer une nouvelle demande, en l'étoffant éventuellement par davantage de justificatifs, plutôt que de se risquer dans une procédure juridictionnelle[163]. C'est le cas de K.J., qui a présenté les relevés bancaires à l'origine du refus, et de A.J. qui a déposé une nouvelle demande avec les mêmes papiers. D'autres considèrent la procédure compliquée et/ou coûteuse, d'autant plus qu'elle fait suite à une procédure de demande de visa aussi compliquée que coûteuse. C'est le cas de A.O. et de A.S., qui a même parlé avec un avocat, mais qui a fini par renoncer *« car elle a déjà dépensé trop d'argent pour le visa ».* D'autres enfin, comme C.A., renoncent aussi bien à un recours qu'à une nouvelle demande parce que les billets d'avion sont déjà achetés et que le voyage ne peut être reporté. La perte financière des demandeurs de visas malheureux ne se limite donc pas aux frais de visas, ce qui accentue d'autant plus leur frustration.

Il apparaît ainsi que les garanties que prévoit le Code pour les demandeurs de visas ont peu d'impact dans la pratique. Le refus, quant à lui, est lourd de conséquences pour les demandeurs. Non seulement ils doivent renoncer à des voyages planifiés et on restreint leur liberté de circulation, mais on leur signifie qu'ils sont indésirables, peu dignes d'être acceptés dans l'espace Schengen. Le refus du visa est une expérience tragiquement vécue par la plupart des demandeurs. Or, outre ces conséquences immédiates, un refus risque probablement d'engendrer de nouveaux refus de visas, à cause de l'inscription obligatoire des refus dans le système d'informations sur les visas (VIS)[164].

---

[160] European Commission, Commission staff working document, Evaluation of the implementation of Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and Council establishing a Community Code on Visas (Visa Code), op. cit., p. 25

[161] Ibid., p. 26.

[162] CJUE, Arrêt du 13 décembre 2017 (Renvoi préjudiciel), Affaire C-403/16.

[163] European Commission, Commission staff working document, Evaluation of the implementation of Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and Council establishing a Community Code on Visas (Visa Code), op. cit., p. 26.

[164] Il s'agit d'un système d'échange de données sur les visas entre les États Schengen, régi par le Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur

Bien que le Code dispose dans son article 21 qu'« *un refus de visa antérieur n'entraîne pas a priori le refus d'une nouvelle demande »* qui doit être *« examinée sur la base de toutes les informations disponibles »,* la pratique montre le contraire. En effet, aussi bien les services consulaires que les prestataires de service externes indiquent aux demandeurs de visa précédemment refusés que leurs chances sont minimes, et qu'ils feraient mieux de s'adresser d'abord au consulat à l'origine du premier refus. C'est le cas de C.A., qui a été invité par les services consulaires portugais à « *demander le visa pour la Belgique d'abord »*, vu le refus qu'il a essuyé quelques mois plus tôt. De même, A.S. a pensé à refaire une demande de visa Schengen pour l'Italie, après le refus français, avant de renoncer car *« on lui a dit qu'il sera automatiquement refusé ».* A.O., quant à elle, a été prévenue par les services consulaires hongrois que l'examen de sa demande *« allait prendre beaucoup de temps, suite au refus français ».* Ainsi, il est clair que, dans la pratique, un refus d'un visa Schengen minimise les chances du demandeur d'avoir le visa une autre fois. Une personne jugée, même à tort, indésirable par les services consulaires d'un État membre risque fort de l'être aussi, pendant les cinq années suivantes, à chaque fois où elle demande un visa Schengen d'un autre Etat membre. A l'opposé, une personne qui a eu un visa Schengen, et respecté ses conditions durant son voyage, ne garantit nullement que sa prochaine demande sera concluante. Plusieurs des demandeurs que nous avons interviewés en ont fait l'amère expérience[165].

—-

La situation des demandeurs de visas ne semble pas émouvoir les institutions européennes et les États membres de l'espace Schengen. Ce qui compte le plus, c'est que « *l'objectif global de lutte contre l'immigration irrégulière est généralement considéré comme atteint »*[166]. Mais à quel prix ? Les statistiques des taux de refus montrent, certes, un taux global de refus de visas Schengen qui n'est que de 8,2%[167]. La plupart des demandeurs obtiennent donc le visa souhaité, même si cela varie considérablement d'un pays de la liste noire à un autre[168]. Mais ces froides statistiques cachent des calvaires individuels vécus par les personnes qui désirent voyager en Europe.Combien de personnes ont dû renoncer à demander le visa, se sentant d'emblée exclues par les justificatifs exigés ? Combien de demandeurs ont peiné à financer les frais de visas, rien que pour assurer la marge de profits des services consulaires et des prestataires externes ? Combien de demandeurs de visas ont été injustement privés de leurs droits, de personnes désireuses de voyager en toute légalité,

---

les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS) (JO L 218, 13.8.2008, p. 60).

[165] C'est le cas de A.J. et de A.O., qui avaient déjà des visas Schengen, et ont vu leurs demandes de visas refusées pour des motifs pas du tout convaincants pour le premier, même pas intelligibles pour la seconde.

[166] Commission européenne, Une politique des visas…, op. cit., p. 7.

[167] Ces statistiques sont disponible via ce lien : https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy_en#stats

[168] Ainsi, les taux de refus vont de 0% et 1% dans plusieurs pays développés, à 52,5% au Nigeria. La Tunisie se classe à la 123ème position avec 16,5% de refus.

traitées en indésirables ? Combien de rêves brisés, et de projets individuels sacrifiés sur l'autel de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière ?

Tout en concrétisant une liberté de circulation entre pays européens, l'espace Schengen a érigé une frontière extérieure de plus en plus surveillée, de plus en plus difficile à franchir, de plus en plus discriminatoire. « *La seule frontière que trace l'Union européenne est celle de la démocratie et des droits de l'homme »*, lit-on dans la déclaration du sommet européen de Laeken en 2001[169]. Cette déclaration portait sur… *« l'avenir de l'Union européenne »*. Ledit avenir nous a plutôt montré une autre frontière, bien plus réelle, dans laquelle démocratie et droits humains importent peu devant les objectifs d'ordre sécuritaire, migratoire, et économique.

[169] https://www.cvce.eu/content/publication/2002/9/26/a76801d5-4bf0-4483-9000-e6df94b07a55/publishable_fr.pdf

Bibliographie:

Ouvrages:

Samir BEN HADID, Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne, CPU, Tunis, 2016.

Articles:

Gérard BEAUDU, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », Cultures & Conflits [En ligne], 68 | hiver 2007, mis en ligne le 19 mai 2008, consulté le 09 octobre 2018. URL : http:// conflits.revues.org/5793 ;

Andrew CROSBY et Andrea REA, « La fabrique des indésirables », Cultures & Conflits [En ligne], 103-104 | automne/hiver 2016, mis en ligne le 20 décembre 2016, consulté le 09 octobre 2018. URL : http://conflits.revues.org/19357 ;

Federica INFANTINO, « La mise en marché de la frontière, un produit d'Etat. Compagnies privées et mise en oeuvre de la politique du visa Schengen », Gouvernement et action publique 2017/4 (N°4), pp. 51-73;

Rachel KNAEBEL, « Privatisation des visas », Plein droit 2014/2 (n° 101), pp. 7-9;

Claire SAAS, « Le refus de délivrance de visas fondés sur une inscription au Système Information Schengen, Cultures & Conflits [En ligne], 50 | été 2003, mis en ligne le 29 septembre 2003, consulté le 09 octobre 2018. URL : http://conflits.revues.org/917

Alexis SPIRE, « Faire payer les étrangers, l'avenir d'une vieille idée », Plein droit 2005/4 (n°67), pp. 3-5.

Serge WEBER, « L'Europe discrimine à ses frontières », Revue « Projet », 2009, pp. 6-13.

Rapports et documents officiels:

Commission européenne, « Une politique des visas plus intelligente au service de la croissance économique », Rapport au Parlement européen et au Conseil, 01/04/2014, COM(2014) 165;

Commission européenne, Commission staff working document, Evaluation of the implementation of Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and Council establishing a Community Code on Visas (Visa Code), Accompanying the Report from the Commission to the European Parliament and the Council A Smarter Visa Policy for Economic Growth {COM(2014) 165 final;

Commission européenne, Communiqué de presse, « La politique de l'UE en matière de visas: la Commission présente des propositions pour la rendre plus solide, plus efficace et plus sûre », http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1745_fr.html;

Cour des comptes, « L'externalisation du traitement des demandes de visa à l'étranger : une réforme réussie, un succès à conforter », Rapport public annuel 2017,

Éric DOLIGÉ et Richard YUNG, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances du Sénat français sur la délivrance des visas, 29 octobre 2015.

Les opérations de sauvetage en mer : les droits humains en plein naufrage

Kmar Ben Youssef

عمليات الإغاثة في البحر: حقوق الإنسان تغرق

ملخص

إن دراسة التحديات التي تفرضها عمليات الإنقاذ البحري تكشف عن مواجهة القانون الدولي لصعوبات جمة من اجل إيجاد الحلول المناسبة للهجرة غير النظامية في البحر. وبعد الأحداث المأساوية للسنوات الأخيرة، أضحى جليا أن قواعد قانونالبحار لا تستجيب بشكل مرضي للمشاكل الـ تواجهها الدول. فتقديم يد المساعدة لشخص في خطر هي قاعدة دولية من الواجب احترامها، و كذلك الشأن بالنسبة لواجب الدول تجاه المهاجرين الذين يتم اعتراضهم في البحر فهو أمر مكفول بموجب اتفاقية جنيف. في الوقت الراهن هناك مقاربتان متقابلتان: توجه إنساني تتبعه المنظمات غير الحكومية العاملة لإنقاذ القوارب المنكوبة و ذلك في تناغم تام مع القانون الدولي وحقوق المهاجرين تقابلها مقاربة الدول التي تريد محاربة الهجرة غير النظامية والسيطرة على حدودها غير عابئة بحقوق المهاجرين وقانون البحار. لا غرو أن أمن الدولة هدف مشروع ولكن يجب التوفيق بينه وبين حماية حقوق المهاجرين غير النظاميين باعتبارهم كضحايا.

الكلمات المفاتيح: حقوق المهاجرين، الالتزامات الدولية، المنظمات غير الحكومية، الحدود، الحق في الحياة.

Rescue operation at sea: human rights in the sinking

Abstract

The study of the challenges posed by rescue operationsat sea reveals that international law is facing great difficulties in finding suitable solutions for irregular migration at sea. After the tragic events of recent years, it became clear that the rules of the law of the sea did not satisfactorily respond to the problems faced by States. Providing assistance to a person at risk is an international obligation that must be respected, as well as guaranteed the obligation of States toward migrants intercepted at sea is under the Geneva Convention. There are currently two approaches: a humanitarian approach in full conformity with international law and migrants' rights observed by non-governmental organizations working to rescue boats in emergency. In contrast, the approach of States that want to combat irregular migration and to control their borders, regardless to migrants' rights and to the law of the sea. Certainly, the State security is a legitimate objective, but it must be reconciled with the protection of the rights of irregular migrants who must be considered as victims.

Key words: migrants' rights, international obligations, NGOs, borders, right to life.

Les dangers de l'immigration massive par mer ne sont pas nouveaux. Les « *boatpeople* » fuyant le régime vietnamien pendant les années 1970 montrent l'ancienneté de ce phénomène. Pour des raisons politiques et économiques, ils se sont évadés sur des embarcations précaires et ont fini naufragés[170]. De nombreux accidents en mer se sont, ensuite, succédés, et particulièrement en méditerranée. En effet, suite aux événements qui ont eu lieu ces dernières années, notamment les révolutions dans les pays arabes, les attaques terroristes induisant de graves déstabilisations politiques, ainsi que les crises libyenne et syrienne, le nombre des migrants empruntant la voie maritime et voulant parvenir aux côtes de l'Europe ne cesse de s'accroître. Cela justifie l'intérêt porté par les États méditerranéens européens au volet de l'immigration non réglementaire et ses implications juridiques. Ces États se sont trouvés ou cœur de la question de l'immigration. Les statistiques en témoignent clairement : En 2016, 3800 migrants sont morts en méditerranée[171]. Plus récemment encore, en 2017, plus de 3 100 migrants sont morts ou disparus en méditerranée[172]… Cette actualité dramatique affirme que de « naufrages en naufrages, la mer méditerranée apparaît comme le cimetière des corps et des espoirs des migrants »[173].

La migration non réglementaire présente des spécificités importantes qui justifient une étude approfondie. En effet, ceux qui empruntent la voie maritime pour atteindre un autre pays peuvent être des migrants, des demandeurs d'asile, des réfugiés ou encore des personnes victimes d'untrafic d'êtres humains. La diversité de ces situations montre la difficulté à saisir ce phénomène. Les opérations à inspecter seront des opérations de contrôle des frontières extérieures, d'assistance en mer, de protection internationale... De

[170] JAGGER (M.) « Les Boat People Vietnamiens : un exemple pour la crise migratoire actuelle ? », disponible sur : Les Boat People Vietnamiens : un exemple pour la crise migratoire actuelle ? », Blogue sur l'Asie du Sud-Est, disponible sur : http://redtac.org/asiedusudest/2017/02/15/les-boat-people-vietnamiens-un-exemple-pour-la-crise-migratoire-actuelle/

[171] Le Monde, « 3800 migrants sont morts en Méditerranée en 2016, un chiffre record selon l'ONU », *Le Monde,* 26 octobre 2016.

[172]IOM, « The Central Mediterranean is considered to be the deadliest migration route in the world, with more than 14,500 deaths recorded in this area since 2014. During the first seven months of 2017, 2,224 migrant fatalities were recorded by IOM in the Central Mediterranean » disponible sur ttps://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/c-med-fatalities-briefing-july-2017.pdf. Voiraussi DURIEZ (J.) et AMAR (L.) « Plus de 3 100 migrants morts ou disparus en Méditerranée en 2017 », 10 janvier 2018, La Croix, disponible in. https://www.la-croix.com/Monde/3-100-migrants-morts-disparus-Mediterranee-2017-2018-01-10-1200904860

[173]BASILIEN GAINCHE (M.L.) « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, septembre 2016, p. 1.

ce fait, on est en présence d'une diversité de règles juridiques qui touche le droit de la mer, le droit des migrants, le droit des réfugiés, mais aussi la lutte contre la criminalité organisée et notamment les passeurs de migrants.

La question des migrants peut ainsi, être appréhendée à travers une multitude d'angles. Quel que soit cet angle, une chose est sûre : sauver des vies en mer est une obligation tant morale que légale. Le sauvetage en mer étant le fait de porter secours dans un but humanitaire, l'obligation de secourir en mer est prévue par la Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS), la Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritime (SAR) et aussi par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Notons que la prise en charge du sauvetage en mer par les États européens se concrétise par le contrôle de leurs frontières par l'intermédiaire de Frontex, l'agence de contrôle des frontières extérieures de l'UE[174]. Cette dernière a vu accroître ses pouvoirs, dans la perspective de contrôler les frontières et de prévenir les naufrages en méditerranée. Ces États mettent en place des mécanismes en prévention de l'arrivée des migrants. Par exemple, l'Italie a développé des axes de coopération en matière migratoire. Le contrôle des frontières extérieures italiennes sont extra-territorialisés par le biais d'accords bilatéraux avec la Libye[175]. Les forces militaires libyennes se chargent de l'interception et du renvoi en Libye des migrants sur la route maritime de l'Italie. Or, ces mécanismes se heurtent avec les obligations internationales notamment le non-respect des conventions sur les droits humains.

Face à une multitude de règles juridiques qui tantôt s'opposent et tantôt se recoupent, comment peut-on gérer les opérations de sauvetage en mer ? La réponse à une telle question n'est pas évidente d'autant plus que les considérations politiques viennent davantage embrouiller la situation : « Le droit international se trouve tiraillé entre la force du droit et le droit de la force »[176]. En effet, la migration en méditerranée devient de plus en plus barrée au nom de l'obsession de la sécurisation de l'Europe. On pourrait aborder les

[174] C'est l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes appelée communément Frontex. Elle est chargée du contrôle et de la gestion des frontières extérieures de l'espace Schengen.

[175] De même l'Italie a signé un accord avec le Tchad et le Niger, qui vise à renforcer les contrôles aux frontières, voir dans ce cadre « L'Italie a signé un accord avec la Libye, le Tchad et le Niger pour contenir l'afflux de migrants », *Jeune Afrique*, 23 mai 2017.

[176] BEN ACHOUR (R.) et LAGHMANI (S.) dir., *Le droit international à la croisée des chemins Force du droit et droit de la force*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone, Colloque des 14, 15 et 16 avril 2004.

relations complexes qui existent entre ses différentes règles juridiques, dans le cas des migrants traversant la méditerranée, par le biais des obligations juridiques qui s'imposent aux États, sans négliger les nouvelles législations nationales en la matière[177], qui ont suscité de vives oppositions de la part des ONG humanitaires. En effet, les navires privés traversent la méditerrané pour tenter de sauver des personnes en détresse ; parmi lesquels on cite l'Aquarius de SOS Méditerranée[178] qui partage les frais de sa mission avec Médecins sans frontières (MSF) et le Phoenix qui est la propriété de l'ONG Migrant Offshore Aid Station (MOAS), créé en 2014 par un couple américano-italien. Ces navires qui appartiennent aux ONG sont soupçonnés de complicité avec les trafiquants sans preuves concrètes, ce qui a favorisé la désinformation sur l'action des ONG. Elles sont alors médiatiquement dénoncées.L'image du sauvetage en mer se trouve embrouillée. Dans lemême temps, « un certain nombre d'acteurs de la justice italienne s'emparent de la question des ONG et sèment le doute dans l'opinion publique sur le bien-fondé de leur action »[179]. Désormais, une campagne de criminalisation et de limitation de l'action de ces ONG a été lancée en Italie.

Les opérations de sauvetage menées par les ONG se heurtent à des pressions qui compliquent l'accomplissement de leurs missions. D'une part, la sécurité des migrants est fondée sur le droit à la vie. Le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies considère que « les États sont tenus de respecter et de garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence, les droits énoncés dans le Pacte »[180]. Les États devraient faciliter la tâche des ONG pour garantir ce droit à la vie, ce qui n'est pas le cas : les États ne garantissent pas les droits reconnus dans le Pacte, bien au contraire, ils empêchent les ONG d'intervenir en mer. Ils essayent même de les discréditer en les accusant de créer un appel d'air vers l'Italie, voire de les criminaliser en les accusant d'être

[177] La législation italienne en la matière est révélatrice. En effet, elle s'est concentrée sur le transport des migrants en situation irrégulière. Elle expose tous ceux qui essayent d'aider le transport de ces migrants à l'emprisonnement et à une amende.

[178] SOS Méditerranée est une association de sauvetage en mer Méditerranée, fondée en Allemagne en juin 2015. Elle opère avec le navire Aquarius depuis février 2016 afin d'apporter une réponse humanitaire d'urgence en mer Méditerranée.

[179]SCHMOLL (C.), « Quoi de neuf sous le soleil de Sicile ? », *EchoGéo*, Paris, 2017.

[180]Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 31. La Nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte.

en relation avec les réseaux de passeurs[181]. D'autre part, les ONG sont tenues par un code de bonne conduite édicté par le ministre de l'intérieur italien et entré en vigueur en aout 2017. Ce dernier contrôle les interventions de ces ONG en méditerranée et prévoit l'interdiction d'entrée dans les eaux libyennes[182].

Partant de ces développements, il convient d'examiner les régimes juridiques applicables aux migrants dans des espaces aux contours flous. La responsabilité tant des États que des capitaines de navires affirme que le devoir de secourir les migrants est une obligation irréfutable (I), mais, la mise en œuvre de ce devoir se heurte à des contestations de la part des États, qui esquivent leurs obligations (II).

I- LE DEVOIR DE SECOURIR : UNE OBLIGATION IRREFUTABLE

Le sauvetage consiste à porter secours aux personnes en détresse en mer. L'obligation de prêter assistance est une règle coutumière du droit de la mer, mentionnée dans la Convention de Genève de 1958 sur la Haute mer[183]. Cette obligation est reprise en termes identiques dans la Convention des Nations-Unies sur le Droit de la Mer de 1982, dite Convention de Montego Bay[184]. Quant à la Convention SOLAS, elle a consacré son chapitre III au sauvetage en mer et son chapitre V à la sécurité de la navigation. D'ailleurs, ce chapitre comporte deux règles essentielles qui traitent des obligations de secourir qui s'imposent aux capitaines de navire et aux autorités nationales. En effet, « Le capitaine d'un navire en mer qui est en mesure de prêter assistance et qui reçoit, de quelque source que ce soit, une information indiquant que des personnes se trouvent en détresse en mer, est tenu de se porter à toute vitesse à leur secours »[185] (A). En outre, « Tout Gouvernement contractant s'engage à prendre toutes les dispositions nécessaires pour la veille sur côtes et pour le sauvetage des personnes en détresse en mer auprès des côtes. Ces dispositions doivent comprendre la mise en place, l'utilisation et l'entretien des installations de sécurité maritime

[181] De GENDT (P.) « La criminalisation des ONG en Méditerranée pour masquer le désastre humanitaire et moral », *Service International de Recherche, d'Éducation et d'Action Sociale*, Bruxelles, septembre 2017, p. 1.

[182] Le code consiste en une liste de règles qui devront être respectées rigoureusement par les ONG signataires, afin qu'elles continuent à travailler en Méditerranée. Le code se veut être une garantie pour les migrants et les opérateurs. Les organisations qui refuseront de le signer ou qui manqueront à respecter leurs obligations pourront se voir refuser l'accès aux ports italiens.

[183] Article 12.

[184] Article 98.

[185] Règle 10 sous a) de la Convention SOLAS.

jugées réalisables et nécessaires, eu égard à l'intensité du trafic en mer et aux dangers de la navigation, et doivent, autant que possible, fournir des moyens adéquats pour repérer et sauver les personnes en détresse »[186] (B).

A- La responsabilité des capitaines de navire

La responsabilité des capitaines de navire trouve son origine dans les conventions SOLAS et SAR, mais aussi dans la Convention de Montego Bay qui affirme : « Tout Etat exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers : a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer ; b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre qu'il agisse de la sorte ; c) en cas d'abordage, il prête assistance à l'autre navire, à son équipage et à ses passagers, et, dans la mesure du possible, indique à l'autre navire le nom et le port d'enregistrement de son propre navire et le port le plus proche qu'il touchera… »[187].

Cette responsabilité implique que l'obligation de sauvetage incombe aux capitaines de navire et ce, indépendamment de leur nationalité et de leur statut. Par ailleurs, le sort des personnes secourues n'est guère décidé par les capitaines de navire embarquant ces personnes. Une fois le sauvetage et la conduite à un lieu sûr ont eu lieu, la responsabilité des capitaines s'arrête. Il faut cependant prendre en considération l'avis du capitaine, en tant que professionnel et ce, concernant la détermination du moment et du lieu du débarquement des migrants.

Toutefois, l'Italie a édicté un code de conduite pour les ONG de secours en mer qui remet tout en question. Parmi les mesures requises par ce code figure l'interdiction de transférer les personnes secourues sur un autre navire. Une fois remplis, les navires de sauvetage devront ramener les personnes secourues sur les côtes. Alors qu'avant cette nouvelle disposition, en cas d'opération qui nécessite de gros moyens de transport, un navire peut recueillir des naufragés, leur apporter les premiers soins, puis les confier à un autre navire qui les amènera sur terre. Pendant ce temps, le premier navire peut continuer les opérations de secours. La responsabilité repose ainsi sur la complémentarité des capitaines de navire.

[186] Règle 15 sous a) de la Convention SOLAS.
[187] L'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer de 1982, Convention de Montego Bay.

Avec ce code de conduite, un bateau de secours pourrait devoir abandonner une partie des naufragés puisqu'il est plein. Il serait donc forcé de regagner la côte, avant de revenir. Le risque est alors de ne plus retrouver les naufragés restants ou de les retrouver morts.

Les ONG ne cessent de contester ce code et certaines refusent même de le signer. Ce refus n'est pas sans conséquences. Les organisations qui ne signent pas ne seront plus incluses dans le système officiel de sauvetage en mer[188] ce qui signifie concrètement, que les ports italiens pourront refuser l'entrée des bateaux de ces organisations non gouvernementales.

Par ailleurs, d'autres mesures prises par ce code sont refusées par ces ONG comme par exemple la présence de policiers à bord. Cela ne coïncide pas avec la philosophie des ONG. Médecins Sans Frontières affirme : « Cela est contraire aux principes humanitaires de neutralité auxquels nous adhérons. Nous refusons les armes dans tous nos programmes. Si on accepte, on va nous assimiler avec la police, et notre mission reste médicale »

Néanmoins, il ne faut pas impliquer le capitaine d'un navire dans les problèmes liés à l'origine des migrants. Sa mission s'arrête à l'assistance et ne peut pas être étendue à l'identification des personnes. L'identification de ces derniers, relève en premier lieu de la responsabilité des instances nationales. Il faut, ainsi, décharger les capitaines de navire dès que l'assistance est portée.

B- La responsabilité des États côtiers

La Conventions SOLAS a imposé aux États côtiers l'obligation de veille sur les côtes et la Convention search and rescue (SAR) a défini les principes généraux de l'organisation du sauvetage maritime. En vertu de ces conventions, on a défini des zones de responsabilité à l'intérieur desquelles chaque État s'engage à mettre des moyens pour répondre aux appels de détresse. Dans ce cadre, l'article 98 de la Convention de Montego Bay cite la mise en place de centres de coordination du sauvetage en mer. Elle affirme : « (…) Tous les États côtiers facilitent la création et le fonctionnement d'un service permanent de recherche et de sauvetage adéquat et efficace pour assurer la sécurité maritime et aérienne et, s'il y a lieu,

[188] C'est un système international qui utilise des moyens de télécommunications pour la recherche et le sauvetage en mer et la prévention des accidents maritimes. Il est conçu pour qu'à tout moment un navire soit capable de rentrer rapidement en contact avec les centres de coordination de sauvetage en mer, qui sont chargées selon la Convention SAR de coordonner les opérations de recherche et de sauvetage dans leur zone de responsabilité SAR

collaborent à cette fin avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux »[189].Le but étant de s'assurer que l'assistance serait octroyée à toute personne en détresse en mer quelques soient les circonstances dans lesquelles on trouve ces personnes.

Ces deux conventions ont aussi le mérite de mettre en œuvre une coopération étatique en concluant des accords pour la mise en œuvre des régions SAR et ce, en installant des moyens communs, en élaborant des procédures communes et en coordonnant les opérations de recherche et de sauvetage comme par exemple conclure des accords pour que les unités de sauvetages des États voisins puissent rapidement pénétrer dans leurs eaux territoriales.

Quoiqu'il en soit, les États parties doivent protéger le droit à la vie. Ils doivent répondre à leur devoir de secourir les migrants qui se trouvent en détresse en mer. « Ils doivent donc se plier aux obligations procédurales qui exigent de mener des enquêtes afin de déterminer les contextes et les causes des naufrages, d'identifier les personnes décédées ou disparues, de reconnaître si besoin les atteintes aux droits survenues, de faire jouer les responsabilités des acteurs impliqués, d'accorder réparation aux familles des victimes, et de prévenir l'occurrence de telles violations du droit à la vie »[190]. Néanmoins, il ne s'agit pas de prêter assistance aux migrants uniquement pour les sauver de la mort ; « il s'agit encore pour eux de sauver leur vie en ne les mettant pas en danger, c'est-à-dire en tirant toutes les conséquences du droit d'asile et du principe de non-refoulement qui exigent des États qu'ils remplissent leur devoir de protéger »[191]. Or, concrètement, il existe d'autres accords qui visent au contraire à fermer la route migratoire et donc « belliciser » les frontières. Désormais, le sauvetage en mer est converti en une guerre menée par les États européens contre les migrants. En 2017 et 2018, les arrangements conclus entre la Libye et l'Union européenne, qui visent à fermer la route migratoire entre les deux pays, en est un exemple. Ces arrangements se sont concrétisés par un accord prévoyant l'entrainement et le soutien des garde-côtes libyens afin que ceux-ci apprennent à empêcher le départ vers l'Europe. Par ailleurs, l'Italie a conclu un accord de coopération avec la Libye afin de surveiller la frontière sud de l'Italie. Le but étant d'empêcher le passage des migrants. Le Parlement italien a voté dans ce cadre l'envoi de bateaux militaires pour soutenir l'action des gardes côtes libyens.

[189] L'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer de 1982, dite Convention de Montego Bay.

[190] BASILIEN GAINCHE (M.L.) « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 9-2016, p.11.

[191] HAJJAMI (N.) « *La responsabilité de protéger* », Bruylant, 2013, p. 558.

Bien plus, pour surveiller les flux des migrants, la marine libyenne a annoncé la création d'une zone interdite de recherche et de sauvetage, sauf autorisation, aux navires étrangers[192]. Une zone de navigation exclusive qui exclut tout navire humanitaire prend la relève. La Libye refuse aux ONG l'accès à ses cotes.

II- L'ESQUIVE DES ÉTATS A LEURS OBLIGATIONS

Les États sont dans l'obligation de secourir toute personne en détresse en mer. C'est ce que confirme la Convention SAR[193] et le règlement 656/2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par Frontex. Toutefois, la gestion des migrations par voie maritime se heurte à plusieurs obstacles.

La priorité des États est la sécurisation des frontières. Le souci de protection des migrants est abandonné. On assiste à des remises en question par les États de la nature et de l'étendue de leurs responsabilités, et ce, dans le but de renforcer les mesures visant à empêcher les migrations en amont de la traversée. Voulant fuir à leurs obligations internationales, les États jouent sur les interprétations à donner au contenu des instruments internationaux et régionaux applicables. De plus, ils concluent des accords bilatéraux visant à empêcher les sauvetages, ce qui met en péril la vie de migrants en détresse. « Derrière ces manœuvres se cachent (…) la volonté européenne d'externaliser sa politique d'asile »[194]. Souvent, les appels de détresse restent sans réponse. Il y a non seulement un refus de sauvetage (A), mais aussi, on est face à une opposition des États au débarquement (B).

A- Le refus de sauvetage

La tradition humanitaire de sauvetage est remise en question par les nouvelles pratiques en méditerranée. En effet, les législations adoptées associent le trafic d'immigrants à l'assistance des migrants. Le sauvetage des migrants en situation irrégulière expose le navire

[192] « Cette zone englobe les eaux territoriales libyennes, la zone économique exclusive et le plateau continental, soit des endroits qui sont parfois à 190 miles marins (360 kilomètres) des côtes libyennes », *in.* DE GENDT (P.) « la criminalisation des ONG en Méditerranée pour masquer le désastre humanitaire et moral », *Service International de Recherche, d'Education et d'Action Sociale,* Bruxelles, septembre 2017, p. 8.

[193] Le paragraphe 2.1.1 du chapitre 2.

[194] De GENDT (P.) « La criminalisation des ONG en Méditerranée pour masquer le désastre humanitaire et moral », *Service International de Recherche, d'Éducation et d'Action Sociale*, Bruxelles, septembre 2017, p. 1.

en question à une peine d'emprisonnement puisqu'il serait assimilé à un trafiquant d'immigrants.

Justement, les marins ayant secouru des bateaux de migrants en difficulté ont été condamnés pour « aide à l'immigration illégale » en Italie. Or, la violation de l'obligation de porter secours à des personnes en péril ne peut être justifiée. Dans ce sens, une plainte pour non-assistance à personne en danger a été déposée contre l'armée française le 11 avril 2012, par des survivants d'un bateau de migrants ayant dérivé pendant plusieurs jours en méditerranée. « Survolé par de nombreuses patrouilles et approché par un navire militaire français, le bateau n'a pas été secouru et a dérivé jusqu'en Lybie, provoquant des morts et des blessés »[195]. Ainsi, on assiste à des navires qui refusent de secourir les bateaux chargés de migrants, et ce, pour ne pas encourir le risque d'emprisonnement. La loi italienne sur l'immigration qui inclut de nombreuses mesures sécuritaires est accusé de « laisser mourir pour dissuader de venir ».

Cet amalgame entre trafic d'immigrants et sauvetage des migrants a suscité les critiques des ONG intervenant en méditerranée pour sauver des vies. Ces dernières sont accusées par les autorités européennes de complicité avec les passeurs. Cela a déclenché des recours contre toute personne ou ONG qui entreprend une opération de sauvetage. Mais la plupart des ONG refusent qu'on laisse impunément mourir -en toute connaissance de cause- un être humain en détresse.

Plusieurs exemples témoignent de la politique de criminalisation des sauvetages en mer. Depuis 2007, dans l'affaire Zenzeri et Bayoudh, deux marins pêcheurs tunisiens ont été condamnés pour avoir porté secours à un bateau en difficulté en provenance de Tunisie. Ils ont été accusés d'avoir favorisé l'immigration clandestine. Leur faute était d'avoir secouru des migrants naufragés[196].

Plus récemment, l'affaire Bourassine[197] qui a débutée en septembre 2018, illustre bien cet amalgame entre sauveteur et trafiquant. Après avoir sauvé et conduit 14 migrants jusqu'aux

---

[195] CHERON (B.) L'image des militaires français à la télévision 2001-2011, *Institut de Recherche Stratégique de l'Ecole Militaire*, 2012, p.131.

[196] Voir « Pêcheurs d'hommes », *Le Monde*, 13 septembre 2007.

[197] « Il pêchait tranquillement lorsque sa route a croisé par le plus grand des hasards celle d'une embarcation en détresse avec à son bord quatorze migrants. Obéissant « aux lois de la mer », Chams Eddine Bourassine affirme avoir aussitôt prévenu les garde-côtes italiens qui n'auraient pas réagi. Il a alors pris en remorque la barque chargée de migrants et s'est dirigé vers Lampedusa », https://lesalonbeige.blogs.com/my_weblog/2018/09/un-passeur-de-migrants-emprisonn%C3%A9-ses-soutiens-poursuivis-par-g%C3%A9n%C3%A9ration-identitaire-restent-silenci.html.

eaux italiennes, le bateau de pêche a été filmé et repéré par les gardes côtes italiens et par suite arrêté pour favorisation préméditée, à des fins lucratives, de l'immigration clandestine[198]. Cela montre qu'en matière de sauvetage maritime, il existe une tension entre droit de la mer, droit humanitaire et législations nationales. On se dirige vers un durcissement de la criminalisation des flux et de ceux qui tentent de sauver les migrants en mer.

Il y a un détournement clair des principes internationaux par le biais des législations nationales. Si on applique les Conventions SOLAS et SAR, l'obligation de porter secours et assistance devrait primer sur toute autre considération. Or, l'assistance et le secours à ces personnes est sanctionné par application de ces législations nationales qui émettent des exigences qui non seulement négligent les droits humains, mais aussi sanctionnent les personnes qui s'y réfèrent. Les capitaines se trouvent découragés de venir en aide aux migrants. Désormais, l'appel à l'aide des naufragés est ignoré non seulement par les capitaines mais aussi par les États méditerranéens qui favorisent la politique de laisser mourir[199]. Ainsi par exemple, à plusieurs reprises, les autorités maltaises ont refusé l'intervention pour sauver des migrants coincés sur des filets à thon dans les eaux libyennes. Cette non-assistance à personne en danger n'est pas un cas isolé. Au contraire, des incidents pareils ne cessent de s'accroitre et les ONG ne cessent de les dénoncer[200].

B- L'opposition des États au débarquement

Une fois les personnes secourues, se pose le problème du débarquement du navire. La nouvelle loi italienne sur l'immigration a aboli les autorisations de séjour accordées pour motifs humanitaires. Ces autorisations sont remplacées par des permis spéciaux visant à récompenser un comportement méritoire, à permettre un traitement médical ou accueillir des immigrés fuyant des calamités naturelles. L'entrée en Italie est interdite pour tout autre motif.

Cette nouvelle loi a coûté la condamnation de certains marins pour délit d'aide à l'entrée irrégulière, en contradiction claire avec le droit international. En 2004, le navire de l'ONG

[198] GERARD (A.) et MESSINA (P.) « Sauveteur ou trafiquant, l'affaire qui empoisonne les juges italiens », *Paris Match*, 25 septembre 2018.

[199] Voir dans ce cadre « *Failure to assist persons in distress and "let die policy" : Identitarianactivists to the rescue of Europe border-control policy* », Migreurop, observatoire des frontières, disponible sur http://www.migreurop.org/article2823.html?lang

[200] Voir dans ce cadre, SCHMOLL (C.), « Quoi de neuf sous le soleil de Sicile ? », *EchoGéo*, Paris, 2017.

allemande Cap Anamur effectue un sauvetage de 37 migrants qui se trouvaient en situation de détresse en mer. Après plusieurs semaines d'attente d'une autorisation pour entrer sur le territoire italien, le capitaine décide finalement d'entrer dans les eaux territoriales italiennes sans cette autorisation. A son arrivée au port, le capitaine et tous les membres de l'ONG présents sont arrêtés pour aide à l'entrée irrégulière négligeant le fait qu'il s'agit d'un état de nécessité.

Cette nouvelle loi suspend également l'examen des demandes d'asile et prévoit l'expulsion immédiate des migrants commettant certains délits en Italie. Cette expulsion intervient dès la première condamnation, sans attendre l'appel éventuel. Ce texte restreint le droit de séjour et facilite les expulsions des migrants. Il se dirige vers un sauvetage sans débarquement.

Plus récemment, en 2018, L'Aquarius et ses 630 migrants ont dû faire route vers Valence en Espagne après le refus de débarquement par l'Italie et Malte, ce qui témoigne clairement de la politique dissuasive des États. Heureusement, ce bateau de sauvetage a refusé de transporter des naufragés en Libye car il ne peut les renvoyer dans un pays non sûr et ce, en application des conventions SAR et SOLAS.

En effet, pour faciliter les opérations de recherche et de sauvetage en mer, les amendements apportés aux conventions SAR et SOLAS[201] permettent d'établir les responsabilités incombant aux capitaines de bateaux et aux États en cas de sauvetage en mer.

Ces amendements affirment que les capitaines des navires devront fournir assistance. En contrepartie, les États devront coopérer avec ces capitaines dans les situations de secours en mer. En effet, il est demandé aux États de coopérer pour assurer que les navires portant secours aux personnes en détresse puissent continuer leur route, en facilitant le

[201] Il faut dire que la Convention SAR a été amendée en 2004. De nouveaux paragraphes relatifs à l'assistance à prêter au capitaine pour débarquer en lieu sûr les personnes secourues en mer, ont été rajoutésau chapitre 3. La Convention SOLAS a été amendée aussi en 2004. Elle prévoit que " les Gouvernements contractants doivent assurer la coordination et la coopération nécessaires pour que les capitaines de navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations et s'écartent le moins possible de la route prévue...". Elle ajoute que " Le Gouvernement contractant responsable de la région de recherche et de sauvetage dans laquelle une assistance est prêtée assume au premier chef la responsabilité de veiller à ce que cette coordination et cette coopération soient assurées, afin que les survivants secourus soient débarqués du navire qui les a recueillis et conduits en lieu sûr".

débarquement aussi rapidement que possible. De leur côté, les capitaines qui ont aidé des personnes en détresse en mer sont obligés de les traiter avec humanité.

Ces modifications dégagent les capitaines de la responsabilité de prendre soin des survivants, permettant ainsi aux personnes secourues en mer d'être débarquées rapidement dans un lieu où elles seront en sécurité. Ainsi, il appartient au gouvernement responsable de la région SAR dans laquelle une assistance est prêtée, d'assurer une coordination avec le capitaine de navire afin de conduire les personnes secourues en lieu sûr. Ce lieu sûr est, Conformément à la directive de l'Organisation Maritime Internationale de 2004 sur le traitement des personnes secourues en mer, "un endroit où la vie des survivants n'est plus menacée et où l'on peut subvenir à sesbesoins fondamentaux. Un navire prêtant assistance ne devrait pas être considéré comme un lieu sûr, du seul fait que les survivants, une fois qu'ils se trouvent à bord du navire, ne sont plus en danger immédiat. Il se peut qu'un navire prêtant assistance ne dispose pas des installations et du matériel approprié pour accueillir des personnes supplémentaires à bord sans mettre sa propre sécurité en péril ou pour s'occuper correctement des survivants(sans compromettre la prise en charge des survivants). Même si le navire a la possibilité d'héberger les survivants en toute sécurité et peut faire office de lieu sûr provisoire, cette responsabilité devrait être dégager dès que d'autres dispositions peuvent être prises."

Au même moment, la nouvelle loi italienne est poursuivie par le code de bonne conduite qui prévoit plusieurs obligations dont l'interdiction d'entrée dans les eaux libyennes et l'interdiction des opérations de transport hors impératif humanitaire[202]. En effet, La Libye a adopté ce code édicté par Rome en interdisant à tout navire étranger de naviguer près de ses côtes pour venir en aide aux migrants. Elle a créé une zone de recherche et de sauvetage au large de son territoire, dans laquelle les bateaux étrangers ne pourront plus circuler, « sauf demande expresse de la part des autorités libyennes ». Les garde-côtes libyens ont même, à plusieurs reprises, empêché des ONG de sauver des migrants en mer, causant des dizaines de morts, et bafouant ainsi les droits humains [203].

C'est une opposition claire non seulement au sauvetage, mais aussi au débarquement. Il s'agit d'un détournement des obligations SAR. Pire encore, il y a un risque de poursuites

[202] Il faudrait entre autres respecter des consignes du Centre de coordination des secours en mer (MRCC) de Rome, conformément à la Convention SAR. Les navires n'interviennent qu'après demande explicite du MRCC de Rome, qui surveille toutes les missions de secours dans la zone.

[203] SCHMOLL (C.), « Quoi de neuf sous le soleil de Sicile ? », *EchoGéo*, Paris, 2017.

judiciaires pour les navires qui vont secourir les migrants. Pour toutes ces raisons, plusieurs ONG qui prêtent secours ont refusé de le signer et donc on assiste à un bras de fer en méditerranée.

Par ailleurs et dans la même lignée, si les migrants sont des réfugiés, la Convention de Genève de 1951 sur le droit des réfugiés pose le principe de non refoulement. Ainsi, s'il y a débarquement, il revient au premier pays franchi par les réfugiés d'examiner le droit d'asile. Cette responsabilité d'examen de la demande d'asile revient à l'État le plus proche du lieu de sauvetage[204]. Pour esquiver les obligations énoncées dans cette Convention, les États européens en méditerranée s'opposent au débarquement et ne permettent pas au demandeur d'asile de franchir leurs frontières. Ils contournent ainsi Le règlement de Dublin qui établit les critères et les mécanismes permettant de déterminer quel État membre de l'Union Européenne est responsable de l'examen d'une demande d'asile.

Les circonstances peuvent conduire à un débarquement sur le territoire d'un État certes le plus proche mais qui n'est pas sûr pour les survivants. Ainsi, et encore une fois, l'Aquarius a sauvé 11 personnes mais il a refusé de les embarquer à l'État le plus proche, à savoir la Libye jugeant qu'il s'agit d'un pays non sûr. Le deuxième État proche fût l'Italie qui a refusé à son tour le débarquement des migrants sur son territoire. Aucun mécanisme n'a été trouvé pour savoir à l'avance dans quel port débarquer les personnes secourues depuis le refus de l'Italie de les accueillir[205].

***

L'étude des défis posés par le sauvetage en mer et particulièrement en mer méditerranéenne révèle un corpus juridique boiteux, qui peine à trouver des solutions cohérentes avec le droit international. Entre sauvegarde de la sécurité des Étatset respect des droits de l'Homme, l'équilibre semble fragilisé. Les lois et les déclarations officielles adoptées dans les pays européens manifestent peu d'intérêt pour garantir aux migrants non-autorisés le droit d'être secouru et le droit d'être protégé imposés par les droits humains.

Malheureusement, les pays d'accueil utilisent les textes juridiques pour se dégager de leurs obligations et pour développer des politiques de lutte contre l'immigration clandestine,

[204] C'est ce qu'affirme la Convention de Dublin de 1990 et les règlements intérieurs Dublin 1, 2 et 3.

[205] « L'Aquarius cherche un port pour 11 migrants secourus au large de la Libye », Europe 1, 20 septembre 2018, disponible sur https://www.europe1.fr/international/laquarius-cherche-un-port-pour-11-migrants-secourus-au-large-de-la-libye-3760790

quitte à négliger le droit d'assistance humanitaire. Ces mêmes objectifs sont les causes des naufrages et des disparitions en mer. Pourtant, « les migrants, les réfugiés ne viennent pas prendre mais demander : une aide, une protection »[206]. Ils peuvent être des alliés potentiels contre toute forme d'extrémisme[207].

[206] BASILIEN GAINCHE (M.L.) « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, septembre 2016, p. 20.
[207] BASILIEN GAINCHE (M.L.) *Ibid., Loc. cit.*

Bibliographie

I. Ouvrages

- BEN ACHOUR (R.) et LAGHMANI (S.) dir., Le droit international à la croisée des chemins Force du droit et droit de la force, Pedone, Paris, 2004.
- BONASSIES (P.) et SCAPEL (CH.) Droit maritime, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006.
- CHAABITA (R.) dir., Migration clandestine africaine vers l'Europe. Un espoir pour les uns, un problème pour les autres, l'Harmattan, Paris, 2010.
- DORMOY (D.) et SLIM (H.) dir., Réfugiés, immigration clandestine et centre de rétention des immigrés clandestins en droit international, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- HAJJAMI (N.) « La responsabilité de protéger », Bruylant, 2013.

II. Articles

- « L'Aquarius cherche un port pour 11 migrants secourus au large de la Libye », Europe 1, 20 septembre 2018, disponible sur https://www.europe1.fr/international/laquarius-cherche-un-port-pour-11-migrants-secourus-au-large-de-la-libye-3760790
- « L'Italie a signé un accord avec la Libye, le Tchad et le Niger pour contenir l'afflux de migrants », Jeune Afrique, 23 mai 2017.
- BASILIEN GAINCHE (M.L.) « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, septembre 2016.
- BASTID-BURDEAU (G.) « Migrations clandestines et droit de la mer », in. LUCCHINI (L.) et QUENEUDEC (J.P.), La mer et son droit : Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec, Pedone, Paris, 2003.
- CHERON (B.) L'image des militaires français à la télévision 2001-2011, Institut de Recherche Stratégique de l'École Militaire, 2012.
- DE GENDT (P.) « la criminalisation des ONG en Méditerranée pour masquer le désastre humanitaire et moral », Service International de Recherche, d'Education et d'Action Sociale, Bruxelles, septembre 2017.
- DURIEZ (J.) et AMAR (L.) « Plus de 3 100 migrants morts ou disparus en Méditerranée en 2017 », 10 janvier 2018, La Croix, disponible in. https://www.la-croix.com/Monde/3-100-migrants-morts-disparus-Mediterranee-2017-2018-01-10-1200904860
- GERARD (A.) et MESSINA (P.) « Sauveteur ou trafiquant, l'affaire qui empoisonne les juges italiens », Paris Match, 25 septembre 2018.
  JAGGER (M.) « Les Boat People Vietnamiens : un exemple pour la crise migratoire actuelle ? », disponible sur : Les Boat People Vietnamiens : un exemple pour la crise migratoire actuelle ? », Blogue sur l'Asie du Sud-Est, disponible sur : http://redtac.org/asiedusudest/2017/02/15/les-boat-people-vietnamiens-un-exemple-pour-la-crise-migratoire-actuelle/
- Le Monde, « 3800 migrants sont morts en Méditerranée en 2016, un chiffre record selon l'ONU », Le Monde, 26 octobre 2016.
- Le Monde, « Pêcheurs d'hommes », Le Monde, 13 septembre 2007.

- Migreurop, « Failure to assist persons in distress and “let die policy” : Identitarianactivists to the rescue of Europe border-control policy »,Migreurop, observatoire des frontières, disponible sur http://www.migreurop.org/article2823.html?lang
- SCHMOLL (C.), « Quoi de neuf sous le soleil de Sicile ? », EchoGéo, Paris, 2017.

III. Sites Web

- Site Web de l’agence de contrôle des frontières extérieures de l’UE www.frontex.europa.eu
- Site Web de l’organisation internationales pour les migrations www.iom.int
- Site Web du consortium pour la recherche appliquée sur les migrations internationales www.carim.org
- Site Web du réseau documentaire sur les migrations internationales www.remisis.org

La protection des réfugiés en Tunisie : Bilan provisoire d'un projet de loi perplexe ![208]

M. Mohamed Anoir Zayani

« [Les réfugiés sont persécutés] *non plus seulement, ni même principalement, à cause de ce qu'ils [ont] fait ou pensé, mais parce qu'ils* [sont] *nés pour toujours dans la mauvaise catégorie de race ou de classe* »[209].

الحماية اللاجئين في تونس: قراءة أولية في مشروع قانون مرتبك

ملخص

منذ سنة 2011، انطلقت الدولة التونسية في إعداد مشروع قانون يتعلق بحماية اللاجئين. هذا المشروع بلغ، في نسخة جوان 2018، درجة متقدمة تسمح بتمريره إلى مجلس نواب الشعب للمصادقة عليه لكن ذلك لم يتم إلى اليوم.يكرّس مشروع القانون عددا من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور والمعاهدات الدولية منها التي يتمتع بها كل إنسان بغض النظر عن جنسيته وهي : حرية المعتقد والقيام بالشعائر الدينية، الإغاثة والمساعدة العامة والتعليم الأساسي والصحة والتقاضي أمام المحاكم بما فيها الحصول على الإعانة العدلية والملكية الفكرية والثقافية والصناعية ومنها ما يتمتع بها اللاجئ بصفته أجنبيا أي ليس كما يتمتع بها المواطن التونسي وهي : الملكية، حرية التنقل والإقامة داخل البلاد، الشغل والضمان الاجتماعي، ممارسة المهن الحرة وتعاطي أعمال الفلاحة والصناعة والحرف اليدوية وتكوين الشركات، الحصول على سكن، مزاولة التعليم وتكوين الجمعيات والنقابات. إذ وضع مشروع القانون عديد الحدود لممارسة هذه الحقوق والحريات. كما أرسى مشروع القانون كذلك هيئة وطنية لحماية اللاجئين أسندت إليها عديد الصلاحيات منها "ضبط الإستراتيجية الوطنية المتعلقة بحماية اللاجئين" و"النظر والبت في مطالب اللجوء والطرد ومتابعة وضع اللاجئين وسحب صفة اللاجئ". يبحث هذا المقال في نجاعة المنظومة المزمع تركيزها والوقوف على الإيجابيات والسلبيات ويتولى تقديم مقترحات في الغرض.

كلمات مفاتيح: لاجئين . حقوق وحريات . مشروع قانون . الحماية . هيئة وطنية لحماية اللاجئين

Refugee protection in Tunisia: preliminary reading of a confused bill

Abstract

Since 2011, the Tunisian government has started drafting a law on the protection of refugees. This project, in the version of June 2018, reached an advanced stage that would allow it to be passed to the Assembly of Representative of People for ratification, but this has not been done yet. The draft law enshrines a number of rights and freedoms guaranteed by the Constitution and international treaties that are enjoyed by everyone regardless of their nationality: freedom of belief, religious practice, relief, public assistance, basic education, health and litigation before the courts, including legal aid, intellectual property.

[208] Ce papier a été préparé à la lumière de la version du projet de loi du 26 juin 2018.
[209] Hannah Arendt, *L'Impérialisme*, Gallimard, 2002, pp. 595-596.

Specifically, as foreigners, refugees, would enjoy specific rights, i.e. property, freedom of movement and residence within the country, employment and social security, the exercise of free professions on agriculture, industry, handicrafts and establishing private companies, access to housing, engage in education and the creation of associations and trade unions. However, the bill has set many limits for the exercise of these rights and freedoms. The draft law also laid down a national authority for the protection of refugees, which was entrusted with a number of powers, including "control of the national strategy for the protection of refugees", "consideration and determination of asylum claims, expulsion, follow-up of refugee status and withdrawal of refugee status". This article examines the effectiveness of the system to be set up and identifies the pros and cons and makes proposals for the purpose.
Key words: Refugees - Rights and Freedoms – Protection –draft law - National Refugee Protection Agency

Introduction

La Tunisie, pays au carrefour des sentiers migratoires, s'est trouvée à différents moments de son histoire confrontée au phénomène migratoire. Pourtant, le pays ne s'est jamais doté d'une loi sur l'asile et la protection des réfugiés et ce, malgré sa ratification, depuis les années soixante, de plusieurs conventions internationales en la matière.

Il est pertinent de signaler que les contextes politiques antérieurs à la Révolution de 2011 ont contribué à l'existence de ce vide juridique. En réalité, les politiques publiques en matière migratoire ont toujours été des politiques marquées par l'hostilité et la fermeture à l'égard des étrangers en général et des réfugiés en particulier[210]. D'autant plus que les autorités ne traitaient les questions migratoires qu'à travers une approche politique et économique et rarement dans un but d'intégration dans l'espace public[211].

De nos jours, le phénomène d'asile a pris une ampleur conséquente. La multiplication des conflits armés de toute nature, assez souvent asymétriques, a fait des populations civiles les premières de ses victimes. Selon les chiffres du HCR, plus de 25 millions de personnes ont été contraintes, entre janvier et juin 2017, de fuir leurs pays à cause des guerres[212].

[210] Monia Ben Jemia, « Le droit tunisien de l'immigration », *Migrations méditerranéennes et subsahariennes : évolutions récentes, modules juridique, CARIM-AS 2011/46*. Disponible sur : http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17799/CARIM_ASN_2011_46.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Page consultée le 24/11/2018).

[211] Haikel Ben Mahfoudh, « Tunisie - Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle », In *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°32, 2016- 2017, p. 501.

[212] HCR, « Plus de 68 millions de personnes déracinées en 2017 ; Une nouvelle approche mondiale sur les réfugiés est nécessaire d'urgence », 19 juin 2017. Disponivle sur : https://www.unhcr.org/fr/news/press/2018/6/5b27c297a/68-millions-personnes-deracinees-2017-nouvelle-approche-mondiale-refugies.html (page consultéée le 3 janvier 2019).

Le pays, étant en situation de fermeture et de déni juridique et politique de la situation des réfugiés, s'est trouvé en 2011, face à trois vagues migratoires de grande ampleur. La première, constituée de plus de 30000 jeunes Tunisiens qui ont traversé la Méditerranée, en direction de sa côte nord. La deuxième a éclaté suite au conflit libyen et a été représentée par des milliers de travailleurs étrangers qui ont franchi les frontières terrestres libyennes en direction de la Tunisie. La troisième était composée de ressortissants libyens, des familles pour la plupart, qui ont trouvé refuge en Tunisie pour fuir les combats, l'insécurité, les pénuries et la désorganisation des services publics[213].

Cette "marée" brusque de réfugiés a constitué un défi réel aussi bien pour les autorités que pour le haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) mandaté par l'Etat à gérer les questions pratiques touchant les réfugiés[214]. En pratique, la gestion des flux migratoires s'est avérée être une opération compliquée en l'absence d'un cadre juridique relatif à la gestion et la protection des réfugiés qui se trouvait, dès lors, dans une zone de « non-droit ».

En l'absence de ce cadre juridique, les réfugiés et demandeurs d'asile sont soumis au régime juridique plus général, à savoir celui des étrangers. Pour nous rafraîchir la mémoire, le Droit tunisien a placé l'étranger, depuis 1968 à travers l'adoption de la loi n°7 de l'année 1968 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie, puis à travers plusieurs autres textes juridiques et réglementaires tels que la loi n°40 de l'année 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage[215], dans une catégorie « discriminante », qui a fait de l'étranger une personne de moindres droits, à la marge de la société[216].

---

[213] Hassan Boubakri, « Migration et asile en Tunisie depuis 2011 : vers de nouvelles figures migratoires ? », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 31, n°3 et 4, 2015, p. 20.

[214] *Ibid*.

[215] La loi prévoit dans son article 24- que "*Les titres de voyage type « C » sont délivrés aux personnes bénéficiant du statut des réfugiés conformément aux Conventions en vigueur et notamment à la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Ils ont une durée de validité de deux ans et ne peuvent être prorogés ou renouvelés que pour les réfugiés qui résident encore en Tunisie*". Ainsi que dans son article 25 "*Les titres de voyage type « D » sont délivrés aux personnes bénéficiant du statut des apatrides conformément aux Conventions en vigueur et notamment à la Convention du 28 septembre 1954. Ils ont une durée de validité de trois mois à deux ans maximum et ne peuvent être prorogés ou renouvelés que pour les apatrides qui résident d'une façon régulière en Tunisie*".

[216] Lotfi Chedly, « L'étranger : une catégorie juridique discriminante », In Henriette Asseo, FrançoisJulien-Laferriere& Lamia Missaoui (dir.), *l'étranger*, IRMC, 2002, pp. 25-47.

Dès lors, les réfugiés, étant des personnes vivant déjà dans une situation de vulnérabilité extrême[217] et devant, en principe, bénéficier d'un statut protecteur conforme aux normes internationales en la matière, se sont retrouvés dans une situation critique, symbolisée par le Camp de réfugiés de Choucha[218], qui a secoué la conscience du monde entier.

Depuis, la réflexion sur la mise en place d'un cadre juridique relatif aux réfugiés a commencé[219]. Ayant ratifié la convention de Genève de 1951 et son protocole[220], l'État tunisien se trouve dans l'obligation d'honorer ses engagements internationaux. Le ministère des affaires sociales a commencé à élaborer, depuis 2011, un projet de loi sur la protection des réfugiés (le Projet). Ce projet a été finalisé depuis 2014, mais il n'a toujours pas été soumis au parlement. En réalité, « *le gouvernement hésite à promulguer cette loi de crainte de se retrouver lié par des obligations auxquelles il ne peuvent répondre : mise en place de structures de détermination du statut de réfugiés, accueil, assistance des demandeurs d'asile, intégration des réfugiés reconnus, gestion des recours, modification de la législation relative aux migrants et aux étrangers, etc.* »[221].

Pourtant, garantir les droits et les libertés des réfugiés est un principe consacré par la constitution tunisienne qui garantit dans son article 26 le droit à l'asile politique et dans son article 23 qui consacre le principe de la dignité humaine, par les conventions internationales notamment la Convention de Genève de 1951 ainsi que son protocole additionnel de 1967, ainsi que par les différents pactes et conventions consacrant les droits fondamentaux et qui interdisent toute discrimination dans l'application de ces droits.

Il est vrai que le Droit International des réfugiés et le Droit International des droits de l'Homme sont deux branches distinctes du Droit International car chacune poursuit une logique qui lui est propre inspirée par des philosophies différentes et qui repose sur des

[217] Elodie Boublil et Laure Wolmark, « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n°13, 2018, 05 janvier 2018. Disponible sur : https://journals.openedition.org/revdh/3502 (page consultée le 02 décembre 2018).

[218] Le camp de transit de Choucha a été ouvert le 24 février 2011 dans le grand Sud tunisien, à quelques kilomètres du poste frontière de Ras Jedir. Pour plus d'informations, veuillez consultez, Daniel Dalet, "Relations inter-ethniques et attentes : Le cas du camp de transit de Choucha en Tunisie", Les cahiers de l'IRMC [En ligne]. Disponible sur : https://irmc.hypotheses.org/tag/camp-de-refugies#_ftn1 (page consultée le 2 janvier 2019).

[219] Hassan Boubakri, *article précité.*

[220] La Tunisie a ratifié la Convention de Genève de 1951 le 24 oct. 1957 et ratifiée aussi son protocole additionnel de 1967 le 16 oct. 1968.

[221] Idem., p. 25.

règles et des principes spécifiques[222]. Toutefois, ces branches se croisent en ce qui concerne la protection conférée à l'individu se trouvant dans une situation de vulnérabilité, dont notamment les réfugiés.

Cette vulnérabilité, causée par les circonstances, se renforce par un statut juridique qui ne reconnaît pas le statut juridique de « réfugié ». Absente de l'ordre juridique tunisien, la définition du réfugié fait, à travers ce projet de loi, irruption. L'article 7 du projet prévoit que « *Peut introduire une demande d'asile et bénéficier de la protection établie en vertu de cette loi, toute personne étrangère se trouvant sur le territoire tunisien et ne peut ou ne veut pas revenir à l'État ou aux États dont il porte la nationalité à cause d'une peur sérieuse et véritable justifiée par une crainte de persécution basée sur sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un groupe social déterminé ou ses opinions politiques, ou toute personne apatride se trouvant sur le territoire tunisien et qui ne peut ou ne veut pas revenir à l'État ou aux États de sa provenance* »[223].

Selon cette définition, la protection prévue par ce Projet ne s'applique qu'à partir de l'introduction d'une demande d'asile. Cette idée se confirme à travers la lecture de l'article 2 dont l'application est réservée aux demandeurs d'asile et aux réfugiés[224]. Le sens qui se dégage, donc, d'une lecture harmonisée de ces deux articles du projet de loi confirme qu'il s'agit uniquement des réfugiés dits « statutaires », c'est-à-dire, ceux qui ont déjà obtenu une réponse favorable pour leur demande d'asile. Dans ce sens, une personne étant dans une situation de vulnérabilité et n'ayant pas, pour une raison ou une autre, introduit une demande d'asile ne bénéficie pas de la protection prévue dans ce projet de loi.

Dès lors, le réfugié qui n'a pas encore pu déposer une demande d'asile se trouve dans une situation de « non-droit ». Même s'il bénéficie d'une immunité à l'égard de son entrée irrégulière au pays d'accueil et une protection interdisant son refoulement, il se retrouve, de manière générale assujetti à des mesures étatiques limitant ses droits et libertés.

Cependant, la protection de ces réfugiés peut être assurée, en vertu de l'article 4 du Projet qui étend le champ de la protection, objet ultime de ce texte juridique, à d'autres branches de Droit à savoir, le Droit International des droits de l'Homme et le Droit International

[222] Vincent Chetail, « Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture ou de traitements inhumains ou dégradants », *RBDI*, n°37, vol.1, 2004, p. 156.

[223] C'est nous qui traduisons.

[224] En arabe : طالباللجوءواللاجئ.

Humanitaire[225]. D'où la nécessité de savoir, à quel point le système de protection mis en place par projet de loi relatif à la protection des réfugiés est compatible avec les normes constitutionnelles et internationales en la matière ?

Afin d'explorer cette question, on abordera dans une première partie, la spécificité du statut de réfugié (Partie I) et dans une deuxième partie la gestion du statut de réfugié et les effets protectrices qui en découlent (Partie II).

1- Une protection de nature spéciale et temporaire

Le projet de loi relatif à la protection des réfugiés créé au sein de l'ordre juridique tunisien une nouvelle catégorie juridique : celle des réfugiés. Étant une situation d'extrême vulnérabilité, la situation des réfugiés est une situation particulière qui requiert une protection de nature spéciale (A) et comme la vulnérabilité des réfugiés se fonde, essentiellement, sur l'existence de circonstances exceptionnelles, la protection elle aussi revêt un aspect temporaire (B).

A- Être réfugié ou demandeur d'asile : un statut spécial

La définition des réfugiés telle qu'employée dans le Projet, et bien qu'elle restreigne l'étendue de la protection en la limitant aux demandeurs d'asile et aux réfugiés « statutaires », c'est à dire ceux dont la demande d'asile a été acceptée. Elle reproduit en grande partie la définition conventionnelle de 1951 ainsi que celle de son protocole additionnel de 1967. Cette définition fonctionne sur un double critère : la crainte des persécutions fondée sur un des cinq motifs prévus par ladite Convention, d'une part, et l'absence de protection nationale dans le pays d'origine contre cette persécution, d'autre part[226]. Elle retient les mêmes motifs de persécutions qui permettent aux réfugiés et aux demandeurs d'asile de bénéficier du statut qui sont : la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social et les opinions politiques.

[225] Les Conventions de Genève (1949) ainsi que le Statut de la cour pénale internationale (1998), n'ont pas encore été transposées dans l'ordre juridique tunisien. Ainsi, une protection maximale des réfugiés nécessite l'existence de mécanismes de protection prévus dans des textes internes découlant des textes internationaux.

[226] Xavier Créac'h, « Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié », in *Hommes et Migrations*, n°1238, Juillet-août 2002, p. 65.

Si la race, la religion, la nationalité et les opinions politiques représentent des motifs plus ou moins clairs tant sur le plan international[227] que dans l'ordre juridique interne tunisien[228], elles font l'objet d'une certaine appréhension claire et quasi-uniforme[229]. Ces termes, même s'ils existent dans d'autres branches du Droit, devraient, dans le cadre du droit des réfugiés, être interprétés de manière large, mais non abusive[230], afin de leur conférer une protection maximale[231]. Cependant, le critère relatif à « *l'appartenance à un groupe social* » instaure une certaine ambiguïté conceptuelle. C'était d'ailleurs le cas sur le plan international[232], ce qui pourrait aussi poser des problèmes d'interprétation à l'échelle nationale, vu que ce critère serait introduit dans l'ordre juridique tunisien à travers ce projet de loi.

Parmi les autres motifs énumérés par la définition, « l'appartenance à un groupe social » reste un concept à contours flous. D'ailleurs, « *les tribunaux et les juristes ont adopté des points de vue très divergents au sujet de ce qui constitue l'appartenance à un certain groupe social au sens de la Convention. Cela n'est pas surprenant. L'expression est vague et le détail de l'historique législatif ainsi que les débats font défaut. Il est non seulement impossible de définir cette expression de manière exhaustive mais il est également inutile de tenter de le faire* »[233].

L'interprétation de ce concept a fait l'objet d'un effort d'interprétation de la part de la jurisprudence et de la doctrine. Ainsi, il est largement admis qu'une demandeuse ou un demandeur prétendant appartenir à un certain groupe social ne soit pas tenu de prouver que les membres de ce groupe se connaissent entre eux ou se réunissent en tant que groupe. Il n'y a pas d'exigence de cohésion pour ce motif, pas plus que pour les autres motifs

[227]Ce sont des termes qui existent dans plusieursautrestextes conventionnels à savoir : Le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 2), Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1969…

[228] Et ce à travers l'existence de plusieurs instruments juridiques nationaux à savoir : la loi organique n°11 de 2018 de 9 octobre 2018 relative à l'élimination de toutes les formes de la discrimination raciale.

[229]HCR, « Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/1P/4/FRE/REV., 3 décembre 2011, paras. 74–76.

[230] La Commission des Recours des Réfugiés (CRR) rejetait la demande d'un ressortissant tunisien qui invoquait de telles persécutions pour avoir témoigné en France dans un procès pour trafic de drogue contre le frère du président tunisien. La Commission relevait que l'intéressé « *se défend d'avoir eu une appartenance politique et que rien ne permet d'établir, quels qu'aient pu être certains commentaires de la presse tunisienne, que le requérant ait agi par conviction politique* ». CRR, *Beltaifa*, 3 février 1995.

[231]*Id*, p. 68.

[232] Alice Edwards, « Les dimensions de l'âge et du genre en droit international des réfugiés », In Erika Feller, Volker Türk & Frances Nicholsen (dir.) *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 103-104.

[233] Alexander Aleinikoff, « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social », In Erika Feller, Volker Türk & Frances Nicholsen (dir.) *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 305.

de la Convention. Toutefois, la question pertinente demeure de savoir s'il existe un élément commun que les membres du groupe partagent[234].

De même, la jurisprudence comparée a généralement reconnu que la persécution ou la crainte de persécution ne devrait pas constituer l'unique facteur définissant l'appartenance, bien que cela puisse être un élément pertinent pour déterminer la visibilité d'un groupe dans une société donnée. Selon une juridiction au Royaume-Uni, « *Alors qu'un comportement de persécution ne peut définir un groupe social, les actions de ceux qui persécutent peuvent permettre d'identifier ou même de susciter l'émergence d'un groupe social dans la société. Les gauchers ne constituent pas un certain groupe social. Mais s'ils étaient persécutés parce qu'ils étaient gauchers, ils deviendraient sans aucun doute identifiables au sein de leur société comme un certain groupe social. La persécution liée au fait d'être gaucher créerait la perception publique que les gauchers constituent un certain groupe social. Mais ce serait l'attribut de « gaucher » qui les identifierait en tant que certain groupe social et non le fait d'être persécutés* »[235].

L'effort de la jurisprudence ne s'est pas arrêté à appliquer le concept mais aussi à l'étendre à d'autres personnes persécutées notamment sur la base du genre[236]. D'ailleurs, la distinction claire entre les termes « genre » et « sexe » est un élément important de cette conception. Vu les développements récents, cette notion devrait englober toutes les violences basées sur le genre. Les Principes directeurs du HCR sur la protection internationale relatifs à la persécution liée au genre énoncent cette distinction comme suit « *Le genre fait référence aux relations entre les hommes et les femmes basées sur des identités définies ou construites socialement ou culturellement, sur des fonctions, des rôles et des responsabilités qui sont attribués aux hommes et aux femmes, tandis que la définition du terme « sexe » est d'ordre biologique. Ainsi le genre n'est pas statique ou inné mais acquiert, au fil du temps, une signification construite socialement et culturellement. Les demandes liées au genre peuvent être présentées aussi bien par des hommes que par des femmes, même si, en raison des formes spécifiques de persécution, ces demandes sont le plus souvent présentées par des*

[234] Le jugement dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department c. Montoya,* rendu par laUK Immigration Appeal Tribunal le 27 avril 2001, énonce la position suivante : « *Il n'est pas nécessaire de montrer que le [groupe social particulier] est un groupe uni, organisé ou interdépendant. La cohésion n'est pas une condition nécessaire (ni suffisante) pour qu'un certain groupe social existe* ».

[235] Haute Cour d'Australie,*Applicant A. c. Minister for Immigration and EthnicAffairs,* , 1997, rendue par le juge McHugh. Notons que certaines juridictions de droit civil n'ont pas de problème à accepter comme un certain groupe social un groupe défini par la persécution subie.

[236] Alice Edwards, *article précité*, pp. 106-107.

femmes. Dans certains cas, le sexe du demandeur peut avoir une influence significative sur la demande et la personne chargée de prendre la décision devra y être attentive. Dans d'autres cas, cependant, la demande d'une femme en quête d'asile n'aura rien à voir avec le fait que cette dernière est de sexe féminin »[237].

Il est aussi important de rappeler que les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle contiennent un élément de genre. En effet, ces demandes sont désormais reconnues dans de nombreuses juridictions[238] ainsi que dans les Principes directeurs du HCR relatifs à la persécution liée au genre « […] *La sexualité ou les pratiques sexuelles d'une ou d'un requérant(e) peuvent être des éléments pertinents dans le cadre de la demande de statut de réfugié, lorsque la ou le requérant(e) a été l'objet de persécutions (y compris discriminatoires) en raison de sa sexualité ou ses pratiques sexuelles. Dans nombre de cas, la ou le requérant(e) refuse de se conformer à des rôles sociaux ou culturels prédéfinis ou à des comportements attribués à l'un ou l'autre sexe. Les demandes les plus courantes concernent des homosexuel(le)s, des transsexuel(le)s ou des travesti(e)s qui ont été exposé(e)s à de graves manifestations publiques d'hostilité, des actes de violence, des mauvais traitements ou des discriminations graves ou cumulées* »[239]. D'autant plus, plusieurs Etats ont adapté leur législation en fonction de cette évolution conceptuelle qui reflète des réalités qui dépassent le texte conventionnel[240].

Dans le même sens, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a affiché son inquiétude par rapport au « *fait que les politiques d'immigration dans la plupart des pays membres du Conseil de l'Europe discriminent les gays et les lesbiennes* »[241]. De plus, l'interprétation extensive du motif de persécution « *appartenance à un certain groupe social*

---

[237] HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liées au genre dans le cadre de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/02/01, 7 mai 2002, para. 3.

[238] Pour plus d'informations : European Legal Network on Asylum (ELENA), « Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of RefugeeStatus », Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE/ CERE), Londres, septembre 1997.

[239] HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre… », *déjà cité*, para. 16.

[240] L'article 1er de la *loi irlandaise de 1996 sur les réfugiés* définit l'appartenance à un certain groupe social comme incluant « *les personnes dont la caractéristique est d'appartenir au sexe féminin ou masculin ou d'avoir une orientation sexuelle particulière* » (traduction libre) ; l'article 5 du décret d'application panaméen n° 23 du 10 février 1998 inclut le « genre » ; la loi sud-africaine de 1998 sur les réfugiés précise que les membres d'un certain groupe social peuvent inclure des personnes persécutées du fait de leur « *genre, orientation sexuelle, classe ou caste* » ; l'article 5 du décret du 3 octobre 2001 de l'Assemblée nationale du Venezuela ajoute le motif du « sexe » à la définition du réfugié.

[241] Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1470 sur la situation des gays et des lesbiennes et leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, 2000, §2. Disponible sur : www.refworld.org/ (page consultée le 15 décembre 2018).

» a permis également d'inclure dans la Convention de Genève, selon une certaine interprétation, les personnes victimes de traite[242] mais n'arrive pas à englober d'autres motifs récents à savoir les catastrophes écologiques qui sont en train de créer une nouvelle catégorie de réfugiés à savoir les réfugiés climatiques[243]. Un phénomène par lequel la méditerranée sera très impactée dans un avenir proche.

B- Être réfugié ou demandeur d'asile : un statut temporaire

La procédure d'asile concerne à la fois l'inclusion dans le champ de protection suite au respect des conditions exposées dans la première partie, mais aussi les motifs relatifs à l'exclusion du statut de réfugié et sa cessation, tels que prévus par la Convention de Genève dans ses points 1. C. et 1. F., l'exclusion étant une décision précédant l'octroi du statut de réfugié. Ses motifs sont examinés lors de l'examen de la demande d'asile. Quant à la cessation, elle intervient pour mettre fin au statut de réfugié après son obtention. Le projet de loi (le Projet), mentionne ces deux possibilités dans ses articles 8 et 9 en ajoutant, dans l'article 10, la possibilité d'annulation du statut de réfugié.

D'un côté, par rapport à **l'exclusion** d'une personne de l'obtention du statut de réfugié, l'article 8 du Projet reprend les mêmes motifs d'exclusion figurant dans le point 1. F. de la Convention de Genève[244] en y ajoutant le fait de commettre le crime d'agression ou le crime de génocide, suivant ainsi les évolutions des conventions internationales notamment le statut de la Cour Pénale Internationale qui énumère les crimes internationaux[245]. Ces motifs d'exclusion, sur la base de ces normes humanitaires consacrées, devraient être appliqués scrupuleusement auxquelles exceptions devraient être interprétées de manière rigoureuse

---

[242] CNDA, *Mlle J.E.F.*, 29 avril 2011, n° 10012810.

[243] Christel Cournil, « Les réfugiés écologiques : Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s) ? », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, 2006, juillet-août (4), pp.1035-1066.

[244] L'article 1. F. dispose que « *Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées ; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* ».

[245] « *Dans la résolution sur le déclenchement de la juridiction de la Cour sur le crime d'agression, l'Assemblée a reconnu la portéehistorique de la décisionconsensuelle prise à la Conférence de révision tenue à Kampala d'adopter les amendements au Statut de Rome et a décidé, entre autres, de déclencher la juridiction de la Cour à compter du 17 juillet 2018* ». CPI, Communiqué de presse - L'Assembléedéclenche la compétence de la Cour sur le crime d'agression, 15 décembre 2017. Disponible sur :https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350&ln=fr

et « prudente »[246]. Cependant, ces normes peuvent laisser une marge d'interprétation quant à la manière avec laquelle elles sont appliquées, puisqu'elles constituent une limite au principe de protection même[247]. D'où d'ailleurs, l'appel fait par le HCR à interpréter les clauses d'exclusion de manière étroite[248].

L'article 8 ne se contente pas de ces clauses et leur ajoute deux autres motifs à savoir : « *Toute personne qui constitue, de manière qui ne laisse pas place au doute, qu'il constitue une menace à la sécurité et l'ordre publique.*

Toute personne qui a été jugée définitivement, par une juridiction tunisienne, d'un crime de droit commun, d'un crime terroriste, un crime organisé ou a fait l'objet d'une décision judiciaire d'emprisonnement de 10 ans au minimum et que sa présence, sur le territoire tunisien, constitue, de manière directe ou indirecte, une menace à l'ordre public ou à la sécurité publique »[249].

Pouvant être interprétée de manière très large, la dernière clause pourrait, en pratique, écarter un grand nombre de personnes de la protection conférée par le Projet. Toute personne ayant un lien quelle que soit sa nature avec n'importe quel crime pourrait se trouver exclu du régime de protection, ce qui est contraire à la règle constitutionnelle de proportionnalité et à l'essence de la Convention de Genève. Même si la clause fixe un critère objectif, à savoir la décision judiciaire d'emprisonnement de dix ans, elle manque de précision, vu que même la décision judiciaire devrait révéler des faits graves pouvant vraiment porter atteinte à la sécurité publique[250] de manière permettant de juger la proportionnalité des faits commis avec la décision d'exclusion[251]. Or, certains textes relevant de plusieurs ordres juridiques (dont l'ordre juridique tunisien) prévoient des peines lourdes pour des actes qui ne sont pas d'une gravité extrême ou dont la gravité ne porte pas nécessairement atteinte à la sécurité publique. On peut se demander par exemple, si la

[246]Henry Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? »[en ligne], p.9. Disponible sur : http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2011/aprile/labayle-asilo.pdf (page consultée le 15/12/2018).

[247] Ces clauses ont soulevé plusieurs problèmes dans leur application telle que la question de l'enfant soldat ou les femmes persécutées mais qui ont contribué à l'effort de guerre.

[248] HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°5 : Application des clauses d'exclusion*, 4 septembre 2003, par. 2. (doc. HCR/GIP/03/05).

[249] C'est nous qui traduisons.

[250] Cour suprême du Canada, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002, SCC 1, 11 janvier 2002.

[251] Marina Eudes, « L'exclusion du statut de réfugié est-elle compatible avec un statut de protection effective des droits fondamentaux ? », *CRDF*, n°13, 2015, p. 106.

personne qui a commis un crime financier, qui n'entre pas dans la catégorie relative au blanchiment d'argent, serait exclue de la protection ou pas ?

Pire encore, l'avant-dernière clause, ouvre une brèche pour décider de l'exclusion de manière arbitraire. C'est une clause qui ne fixe aucun critère objectif et laisse une marge abusive aux autorités d'écarter toute personne de la protection prévue dans l'article 26 de la Constitution tunisienne, ce qui porte atteinte à la sécurité juridique des situations dans lesquelles les réfugiés se trouvent.

D'un autre côté, l'article 9 est en grande partie une reformulation des motifs de la cessation de la protection prévue par le statut de réfugié ou demandeur d'asile figurant dans l'article 1 (c) de la convention de Genève[252]. Cet article concerne les personnes qui ont déjà bénéficié de la protection, contrairement à l'article 8 qui est une condition préalable à l'octroi du statut.

En ce qui concerne la cessation éventuelle de la protection en raison de la disparition des circonstances l'ayant motivé, prévue par l'article 9 du Projet et l'article 1 (c) de la convention de Genève, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) considère qu'une personne perd ce statut lorsque, à la suite d'un changement de circonstances ayant un caractère « *significatif et non provisoire* », intervenu dans le pays concerné, les circonstances qui avaient justifié ses craintes ont cessé d'exister et qu'elle n'a pas d'autres raisons de craindre d'être persécutée, ce qui signifie l'élimination des facteurs ayant fondé les craintes de persécution. En clair, cela implique « *l'absence de craintes fondées d'être exposé à des actes de persécution constituant des « violations graves des droits fondamentaux de l'homme* »[253]. Dès lors, les autorités nationales doivent s'assurer que les acteurs de protection du pays

[252]L'article prévoit « *Cette Convention cessera, dans les cas ci-après, d'être applicable à toute personne visée par les dispositions de la section A ci-dessus : 1) Si elle s'est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité ; ou 2) Si, ayant perdu sa nationalité, elle l'a volontairement recouvrée ; ou 3) Si elle a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays dont elle a acquis la nationalité ; ou 4) Si elle est retournée volontairement s'établir dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée; ou 5) Si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité ; Étant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au paragraphe 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures. 6) S'agissant d'une personne qui n'a pas de nationalité, si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle est en mesure de retourner dans le pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle ; Étant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au paragraphe 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de retourner dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures* ».

[253] CJUE, *SalahadinAbdulla e.a.*, 2 mars 2010, C-175/08, C-176/08, C‑178/08 et C-179/08, point 73.

tiers ont pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution. Ainsi, les circonstances démontrant l'incapacité ou l'absence de volonté du pays d'origine à assurer une protection contre des actes de persécution constituent un élément décisif de l'appréciation à porter[254].

D'ailleurs, pour les personnes ayant subi des violences d'ordre sexuel ou basé sur l'orientation sexuelle, la crainte de l'ostracisme ou de persécutions de la part de la communauté, y compris de maltraitances physiques et d'attaques, peut-être réelle, en particulier pour les victimes qui retournent dans des communautés très traditionnelles. Ce niveau d'ostracisme social affecte aussi les autres membres de la famille[255].

Le Projet ajoute d'autres clauses pouvant entraîner la cessation de la protection telle que « *s'il s'avère d'une manière qui laisse aucune place au doute, que la présence du réfugié sur le territoire tunisien représente une menace grave à la sécurité publique et à l'ordre public de l'État* »[256]. Cette clause, se trouvant aussi parmi les motifs d'exclusion, est de portée très générale et ouvre la possibilité à la cessation abusive de la protection. Le Projet prévoit également la cessation pour avoir « *commis un des crimes prévus dans l'article 8 après l'obtention du statut de réfugié* »[257], alors que, comme on l'a déjà précisé, les crimes figurant dans l'article 8 ne sont pas des crimes spécifiés et ouvrent une marge abusive aussi bien à l'exclusion qu'à la cessation.

Il semblerait nécessaire, à ce stade, de rappeler que les clauses générales de cessation sont nécessairement personnalisées, surtout afin de tenir compte des considérations relatives à l'âge et au genre dans l'exception à la cessation. Il est important de comprendre, lors de l'évaluation d'une demande, la nature de la persécution subie et la gravité de ses effets sur chaque personne. Les effets psychologiques du viol et de la violence sexuelle sur les femmes supposent, par exemple, que dans de nombreux cas, le retour ne sera jamais envisageable, en particulier si la famille ou la société d'origine risque d'ostraciser ou de persécuter d'une autre façon cette personne. Dans ces cas, « *le retour implique beaucoup plus que les aspects physiques du retour* »[258].

---

[254] *Ibid.*
[255] Alice Edwards, *article précité*, p. 106.
[256] C'est nous qui traduisons.
[257] C'est nous qui traduisons.
[258] HCR & UNHCDH, *Daunting Prospects - Minority Women: Obstacles to their Return and Integration*, Sarajevo, avril 2000, p. 16.

En somme, tant l'exclusion que la cessation, telles que prévues par le Projet, constituent deux limites au droit d'asile figurant dans l'article 26 de la constitution. Dès lors, elles doivent être appliquées de manière qui respecte les conditions prévues par l'article 49 de la constitution relative aux limites aux droits et libertés. Alors que, dans leur forme actuelle, les deux articles 8 et 9 du Projet semblent ne pas respecter les conditions de proportionnalité et de nécessité prévues par l'article 49 de la constitution[259], vu qu'ils ouvrent la voie à l'arbitraire dans l'évaluation des demandes d'asile.

Finalement, le Projet prévoit, dans son article 10, un troisième cas pouvant annuler le statut de protection. En effet, l'annulation diffère de l'exclusion ; elle intervient après l'octroi du statut de réfugié. Elle diffère, par ailleurs, de la cessation de telle sorte qu'elle n'annule pas uniquement la protection mais aussi tous les effets qui en découlent. L'annulation résulte de la prise de conscience du caractère faussé des données présentées lors de l'examen de la demande ou du fait d'avoir commis l'un des crimes figurant dans l'article 8 avant l'obtention du statut de réfugié. Ainsi, les deux motifs apporteraient une rectification d'une faute d'appréciation faite lors de l'examen de la demande. Ces deux motifs devraient également être interprétés de manière stricte et proportionnelle, consacrant la primauté de la protection consacrée par le statut de réfugié.

Suite à ce qui a été présenté, on s'aperçoit que le souci de sécurité et d'ordre public occupe une place importante dans les clauses relatives à l'exclusion ou à la cessation de la protection des réfugiés. Il est alors important de rappeler que ce Projet vise, comme son titre l'indique d'ailleurs, à protéger les réfugiés, en premier lieu, et non à chercher les arguments justifiant qu'une personne ne puisse pas ou ne doive pas se voir octroyer le statut de réfugié d'où l'importance de mettre en place les garanties nécessaires afin de consacrer une application réelle du statut de réfugié permettant une protection optimale. Mais il semblerait que cette protection n'est pas tout à fait mise en valeur en vertu des articles 8, 9 et même 46 du Projet qui fixent les procédures de retrait du statut de réfugié sur la base de l'annulation ou la cessation et qui prévoit dans son alinéa 2 la possibilité de décider le retrait même sans laisser à la personne concernée la possibilité de défendre son statut et ses droits face à un organe quasi-gouvernemental.

---

[259] Khaled Mejri, *Les limites aux droits et aux libertés : Commentaire de l'article 49 de la Constitution* [en arabe], IDEA, Tunis, 2017, p. 28. Disponible sur : https://www.idea.int/sites/default/files/publications/Article%2049-low_res-%20for%20the%20Web.pdf (page consultée le 3 décembre 2018).

2- Une protection efficace en théorie, politisée en pratique !

La protection assurée par l'État d'accueil repose, comme les instruments internationaux l'indiquent, sur plusieurs éléments juridiques mais aussi opérationnels. D'ailleurs, « *La construction de la protection juridique internationale des personnes contraintes au déplacement est progressive et repose sur deux piliers. Le premier pilier, le pilier institutionnel, correspond aux organismes chargés de la protection tandis que le second pilier, le pilier matériel, renvoie aux instruments juridiques relatifs à la protection* »[260]. Néanmoins, le processus de protection des réfugiés et des demandeurs d'asile reste un processus fortement conditionné par la politique gouvernementale mise en place par l'Instance nationale de protection des réfugiés (l'Instance), vu ses enjeux qui dépassent le niveau interne de souveraineté (B) et qui dispose d'un rôle important dans l'application du statut de protection conférant aux réfugiés un ensemble de droits et de libertés (A).

A- Les droits et les libertés des réfugiés et des demandeurs d'asile : une avancée qui pourrait être améliorée

Le projet de loi met en place un cadre protecteur des réfugiés et demandeurs d'asile. Ce cadre repose, d'un côté, sur plusieurs principes et d'un autre côté, sur un ensemble de droits et de libertés. Le premier principe est celui de la non-discrimination, énoncé dans l'article 2 du projet de loi qui prévoit « *les dispositions de cette loi s'appliquent au demandeur d'asile ou le réfugié sans aucune discrimination surtout à cause de la race, la religion, l'appartenance à un groupe social déterminé, les opinions politiques ou le pays d'origine* ». Ce principe trouve son fondement, d'une part dans la constitution, à travers une lecture *a contrario* de l'article 21 qui prévoit l'égalité entre citoyens tunisiens et citoyennes tunisiennes dans et devant la loi, et d'autre part, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (articles 2 et 26) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[261], qui donnent à ce principe une portée qui dépasse celle de la Convention de Genève.

---

[260] Justine Castillo, *Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : Étude du point de vue de la France*, Thèse en Droit, Université de Bordeaux, 2016, p. 25.

[261] L'article 2.2 du Pacte dispose que « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue,*

Alors que cette dernière ne retient que trois motifs de non-discrimination que sont la race, la religion et la nationalité, les deux pactes y ajoutent : la couleur, le sexe, la langue, les opinions politiques ou toute autre opinion[262].De plus, l'égalité entre l'homme et la femme est également consacrée dans cet article du projet. Même si, la définition des réfugiés est considérée comme sexuellement neutre, il est important de faire clairement figurer l'égalité entre hommes et femmes tel que ça a été prévu par la Constitution et les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme qui consacrent expressément le principe d'égalité entre femmes et hommes[263].

Le deuxième principe protecteur des réfugiés et demandeurs d'asile est celui de l'immunité prévu essentiellement par l'article 21 du Projet. Ce principe prévoit l'immunité de sanctions pénales pour les réfugiés qui arrivent d'un territoire où leur vie ou leur liberté est menacée et qui entrent ou se trouvent dans un pays sans autorisation, dès lors qu'ils se présentent aux autorités et leur « *exposent des raisons reconnues valables* » de leur entrée ou présence irrégulière. Ce principe figure dans l'article 31 de la Convention de Genève qui prévoit aussi qu'il est généralement reconnu que les réfugiés n'ont pas besoin d'arriver directement, au sens littéral, de territoires où leur vie ou leur liberté est menacée.

Ainsi, l'article 31 § 1 de la Convention est plutôt destiné à s'appliquer aux personnes qui ont brièvement transité par d'autres pays ou qui n'ont pas été en mesure de trouver une protection effective dans le(s) premier(s) pays vers le(s)quel(s) elles ont fui. Il est également, généralement admis que, les demandeurs d'asile sont présumés avoir le droit de bénéficier de l'article 31 jusqu'à ce qu'il ait été « *établi, par une décision définitive et à l'issue d'une procédure équitable, qu'ils n'ont pas besoin d'une protection internationale* »[264].Dans son paragraphe 2, l'article 31 recommande aux États de ne pas appliquer aux déplacements des réfugiés relevant du paragraphe 1 d'autres restrictions que celles qui sont « nécessaires » et

---

la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

[262] Article 2 para. 1, article 4 para. 1 et article 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 2, para. 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

[263] Pacte international relatif aux droits civiles et politiques, 16 décembre 1966, article 3 « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte*» et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, article 3 « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte* ».

[264] Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : article 31 de la Convention de 1951», table ronde d'experts, Genève, novembre 2001, paragraphe 10, g.

uniquement dans l'attente que leur statut soit régularisé dans le pays d'accueil ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays.

Cependant, l'article 21 du Projet conditionne l'application de ce principe au fait de présenter une demande d'asile dans l'immédiat. La question qui se pose dès lors est de savoir si une personne est incriminable au cas où elle n'arrive pas à déposer, pour une raison ou une autre, sa demande d'asile « *dans l'immédiat* ». Pour être en parfaite harmonie avec son esprit protecteur, le Projet devrait fixer des délais raisonnables pour présenter la demande.

Dans ce sens, une application optimale de l'article 31 §2 de la Convention de Genève nécessiterait que les États prévoient « *des dispositions appropriées […] au niveau national pour garantir que seules les restrictions nécessaires à chaque cas sont appliquées, qu'elles satisfont aux autres exigences de cet article et que les normes applicables, en particulier en matière de droits de l'Homme, sont prises en compte* »[265]. Les développements du Droit International des droits de l'Homme signifient que toute restriction pourrait être imposée sur la base d'une décision administrative, quasi-judiciaire ou judiciaire, dès lors qu'un recours est possible auprès d'un organe judiciaire. Ainsi, « *le pouvoir des États d'imposer une restriction doit être lié à un objet ou à un but reconnu et il doit y avoir une relation de proportionnalité raisonnable entre la fin et les moyens. Les restrictions au déplacement ne doivent pas être imposées de manière illégale et arbitraire* »[266]. D'ailleurs, l'État est capable de gérer son système d'asile et ses politiques d'immigration sans recourir à la contrainte physique. Des solutions de substitution devraient toujours être envisagées, pour chaque cas individuel, avant de recourir à la détention. Elles comprennent l'obligation de résidence et de présentation, les cautions, la supervision par la communauté et les centres ouverts. Ces solutions pourraient être étudiées avec la participation de la société civile[267].

Un troisième principe protecteur figure dans le projet de loi, c'est celui denon-refoulement. Les articles 22 §3 et 25 du projet de loi confirment ce principe, qui figure dans les textes internationaux[268] et qui a été confirmé par les juridictions internationales de droits de

[265] *Id*, par. 5 & 11.
[266] *Id*, par. 11, a.
[267] *Id*, par. 11, g.
[268] Le droit qu'a un réfugié d'être protégé contre le refoulement est énoncé dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : « *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* » Article 33(1). Le refoulement est également interdit, explicitement ou implicitement, par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 3), le Pacte international relatif

l'Homme[269]. Cependant, l'article 23 du projet de loi prévoit une exception à ce principe, à savoir « *le non-respect des mesures prises par les autorités d'une manière qui porte atteinte à la sécurité et à l'ordre publique* »[270]. Cette disposition pourrait, en réalité, ouvrir une brèche dans le système de protection des réfugiés, puisque son appréciation revient à l'Instance et au ministère de l'intérieur.

Une affirmation de ce principe figure dans l'article 11 du Projet, qui consacre un ensemble de droits et de libertés fondamentales des réfugiés et demandeurs d'asile et ce, à travers l'affirmation du droit au sauvetage et à l'aide publique[271]. Ce droit constitue, en réalité, l'un des droits fondamentaux liés à la personne-même avant son arrivée sur le territoire tunisien. Le droit au sauvetage est un droit qui s'étend à toute personne en situation de danger, qu'il soit réel ou éventuel. Dans ce sens, même si l'État n'est pas tenu d'accorder le statut de réfugiés aux personnes secourues[272], l'obligation de secours s'incombe à l'État d'accueil.

Le même article 11 du projet de loi garantit également d'autres droits et libertés pour les réfugiés et les demandeurs d'asile au même titre que le citoyen tunisien, à savoir la liberté de conscience et l'exercice du culte. Cependant ces deux droits sont conditionnés par la limite relative à l'atteinte à la sécurité publique, figurant dans l'article 49 de la constitution. Ainsi, la liberté de conscience ne peut pas être soumise à cette limite contrairement à la liberté d'exercice du culte[273], d'où la nécessité de reformulation de cet article dans un sens plus harmonisé avec la constitution. L'article garantit aussi les droits à l'enseignement primaire, à la santé, le droit d'ester en justice et de bénéficier de l'aide judiciaire et à la propriété intellectuelle, culturelle et industrielle.

L'article 12 du projet de loi énumère les droits dont bénéficient les réfugiés et les demandeurs d'asile au même titre que les étrangers à savoir le droit de propriété, la liberté de circulation et de résidence, le droit au travail et à la sécurité sociale, l'exercice de

---

aux droits civils et politiques (article 7), la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 8), et les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires (Principe 5). Le refoulement est aussi interdit, explicitement ou implicitement, par un certain nombre d'instruments régionaux des droits de l'homme, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 3), la Convention de l'OUA sur les réfugiés (article 2).

[269] Pour plus d'informations, veuillez consulter : Olivier Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

[270] C'est nous qui traduisons.

[271] En arabe :الإغاثة والمساعدة العامة.

[272] Richard Barnes, « Refugee Law at Sea », *International & Comparative Law Quarterly*, N°53, Vol. 1, 2004, pp. 47-57.

[273] Khaled Mejri, *déjà cité*, p. 28.

professions libérales, le droit au logement, à l'enseignement secondaire et universitaire, la constitution et l'adhésion à des associations et des syndicats, etc.

En fait, cette catégorisation de droits et libertés peuvent être en contradiction avec le texte constitutionnel, puisqu'un nombre de droits et de libertés sont garantis dans la constitution et le Droit International des droits de l'Homme pour toute personne sans discrimination. Dans ce sens, si la liberté de circulation et de résidence (article 24 de la Constitution) et le droit au travail (article 40 de la Constitution), sont garantis uniquement pour les citoyens tunisiens, les autres droits et libertés énoncés devraient être garantis aussi bien pour les tunisiens que pour les étrangers en application du principe de non-discrimination dans l'exercice des droits et libertés[274] et même si l'exercice de certains droits et libertés pourrait être restreint, à savoir le droit au travail et à la sécurité sociale, la législation interne applicable aux réfugiés devrait se conformer aux dispositions de la Constitution ainsi qu'aux standards internationaux en la matière.

Par rapport à la question du travail, on rappelle que la Tunisie reste en-deçà du seuil d'approbation et de ratification des traités internationaux ou régionaux ayant pour objet la protection des immigrants[275]. La Tunisie n'a ratifié aucune convention de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur les travailleurs immigrants ni même la Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles adoptée le 18 décembre 1990. Sur le plan régional, elle n'a pas ratifié également les conventions de l'OIT qui prévoient une protection des travailleurs arabes dans un autre pays arabe telle que la convention arabe n° 2 de 1967 sur le déplacement de main-d'œuvre, ni la Convention n° 14 de 1981 concernant le droit du travailleur arabe aux assurances sociales en cas de son déplacement dans un autre pays arabe. Dès lors, garantir les droits et les libertés des réfugiés reste insuffisant vu l'absence d'engagements internationaux suffisants et de procédures claires et réalisables permettant d'exercer ces droits et libertés.

[274]MelikÖzden, *Le droit à la non-discrimination*, CETIM. Disponible sur : http://www.cetim.ch/legacy/fr/documents/bro13-discrim-fr.pdf (page consultée le 30/12/2018).
[275]Haikel Ben Mahfoudh, *article précité*, p. 9.

B. L'instance nationale de protection des réfugiés : un gouvernement en miniature ?

Comme c'est le cas dans la majorité des pays, la protection des réfugiés se fait sous l'égide d'une instance spécialisée. Dans son article 27, le projet de loi prévoit la mise en place d'une instance nationale pour la protection des réfugiés (L'instance), dotée de la personnalité juridique et de l'indépendance financière et qui a comme mission générale « *la réception et l'appréciation des demandes d'asile et le rapatriement et le suivi de la situation des réfugiés et le retrait du statut de réfugié* » et dont le budget est annexé au budget du ministère de la justice.

La composition de l'Instance figure dans l'article 28 du Projet. Elle est composée de quinze (15) membres. Douze (12) d'entre eux représentent des ministères, et ce, sur la base d'un représentant pour chaque ministère : Le ministère de l'intérieur, le ministère de la justice, le ministère des finances, le ministère des affaires étrangères, le ministère de défense nationale, le ministère chargé des affaires sociales, le ministère de la santé, le ministère chargé de l'éducation, le ministère chargé de l'enseignement supérieur, le ministère chargé de la formation professionnelle et l'emploi, le ministère chargé de la femme et la famille et le ministère chargé des relations avec les instances constitutionnelles, la société civile et les droits de l'Homme. Les trois autres membres sont comme suit : un représentant de la Haute Instance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui a disparu au profit de l'Instance des droits de l'Homme prévue dans la Constitution[276], un représentant du Croissant Rouge Tunisien (qui a le statut d'association), et un autre représentant du bureau du Haut-commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés (HCR) établi en Tunisie, dont le rôle est purement consultatif.

Cette composition, vu sa forte représentation gouvernementale, ne pourrait être efficace et ce, parce que, d'une part, c'est une composition très mouvante, vu que la création et la suppression des ministères relève uniquement de la volonté politique du Chef du Gouvernement et de la majorité parlementaire[277]. Cette mouvance d'ordre politique peut fusionner quelques ministères et faire apparaître d'autres, c'était d'ailleurs le cas avec le Ministère chargé des droits de l'Homme qui faisait partie avant du ministère de la justice[278]. D'autre part, cette composition n'est pas représentative des différents acteurs en relation

[276] L'article 128 de la constitution Tunisienne et puis la loi organique n°51 de l'année 2018 du 29 octobre 2018 relative à l'instance des droits de l'Homme.
[277] Article 89 de la constitution Tunisienne.
[278] Décret n° 2013-1372 du 15 mars 2013, portant nomination des membres du gouvernement.

avec la gestion des réfugiés, notamment les associations. Le projet de loi ne mentionne que le Croissant Rouge, vu qu'il est une représentation nationale du Comité international du Croix-Rouge (CICR) et qu'il dispose d'une forte présence dans les régions et la représentation nationale du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés (HCR). Cette mention pérennise le statut de ces deux organismes, dont l'apport est considérable certes, au sein du conseil de l'Instance, mais pérennise aussi l'exclusion des autres composantes de la société civile qui pourraient contribuer efficacement au travail de l'Instance.

Le Projet néglige aussi la représentation des acteurs institutionnels qui pourraient apporter une valeur ajoutée au travail de l'Instance. Il ne prévoit que la représentation de la haute Instance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales alors que plusieurs autres organismes pourraient contribuer au travail de l'instance plus que les représentations des ministères à savoir l'Observatoire National de la Migration, qui fonctionne sous la tutelle du ministère des affaires sociales et dont la mission essentielle et le suivi du phénomène migratoire[279], ou l'instance du développement durable et des droits des générations futures qui aura un rôle considérable en matière économique, sociale et environnementale[280]. La représentation de l'assemblée des représentants du peuple est aussi envisageable et ce, afin que le pouvoir législatif puisse contribuer au travail de l'Instance, y apporter une dimension de contrôle et pour que la politique de l'État en la matière ne soit pas un pur produit du Gouvernement. D'ailleurs, ce choix a été adopté dans plusieurs autres pays tels que la France[281]. En somme, la forte représentation gouvernementale enlève l'utilité même de la création de l'Instance !

Plus encore, le président, qui ne fait pas partie des quinze (15) autres membres est le seul à exercer sa mission à plein temps. Il est, selon l'article 28 du Projet, un juge judiciaire nommé par décret gouvernemental conforme à la proposition du Conseil suprême de la magistrature pour un mandat de 4 ans renouvelables. On se demande dès lors, pourquoi le président doit-il être un juge judiciaire alors que la justice judiciaire est rarement compétente dans les affaires touchant les réfugiés ou les demandeurs d'asile et que le contentieux prévu dans le

[279] Décret n°2014-1930 du 30 avril 2014, portant création de l'observatoire national de la migration et fixant son organisation administrative et financière.

[280] Article 129 de la constitution prévoit que « *L'Instance du développement durable et des droits des générations futures est obligatoirement consultée sur les projets de loi relatifs aux questions économiques, sociales, environnementales, ainsi que sur les plans de développement. L'Instance peut donner son avis sur les questions se rapportant à son domaine de compétence* ».

[281] Article L. 722-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Projet est attribué à la compétence de la justice administrative ? En réalité, ce choix serait en mesure d'exclure la candidature de plusieurs compétences qui pourraient apporter une valeur ajoutée au travail de l'Instance.

En vertu du même article du Projet, le Conseil de l'Instance choisit un vice-président et un rapporteur général à la majorité des voix de ses membres, mais ces deux membres n'exercent pas leur mission à plein temps, ce qui peut poser des problèmes opérationnels quant au volume du travail qui est incombé sur le président. L'expérience a fait déjà défaut avec l'Instance de lutte contre la traite des personnes, qui a à peu près la même composition[282].

Quant aux compétences du Conseil de l'Instance, l'article 32 énumère un bon nombre de compétences dont notamment : l'élaboration de la stratégie nationale en matière d'asile, la coopération avec les organismes publics, la société civile et les organisations internationales, décide de l'octroi du statut d'asile et les cas de son retrait et d'exclusion, fixer la forme et le contenu des documents relatifs au processus d'asile et les cartes de séjour des réfugiés, la mise en place d'une base de données relative aux demandeurs d'asile, proposer les textes juridiques et réglementaires relatifs aux centres d'accueil et d'hébergement des réfugiés ainsi que les allocutions qui leur sont destinées.

L'instance se trouve comme un organe administratif, certes, mais qui se prononce sur les droits et les libertés à travers l'octroi du statut de réfugié, son retrait ou sa cessation. Ces décisions sont passibles de recours près d'une chambre spécialisée en matière d'asile constituée au sein du tribunal administratif, en vertu de l'article 47 du Projet. Ainsi, une composition quasi-gouvernementale, par nature politisée, vu qu'elle reflète la politique du Gouvernement, à majorité de fonctionnaires désignés selon des règles indéterminées, ne peut assurer l'impartialité et la prévisibilité de la décision, qui devrait reposer sur des éléments objectifs et minimiser, au maximum, la marge de l'arbitraire[283].

De plus, la délibération du Conseil ne peut être faite qu'en la présence des représentants des ministères de la justice, de la défense nationale, de l'intérieur et des affaires étrangères. Ceci

[282] Mohamed-AnoirZayani, « Deux ans après l'adoption de la loi relative à lutte contre la traite des personnes en Tunisie : La volonté politique trahira-elle les droits des victimes ? »[en arabe], *Legal Agenda* [en ligne], 30 août 2018. Disponible sur : http://legal-agenda.com/article.php?id=4758(page consultée le 01 janvier 2019).

[283]L'accroissement des garanties procédurales conférées aux demandeurs d'asile constitue progressivement une obligation pour les Etats. Veuillez consulter : Nicolas Klausser, « Vers un renforcement du « droit » à une procédure équitable des demandeurs d'asile et une meilleure prise en compte de leurs traumatismes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 08 mai 2015. Disponible sur :https://journals.openedition.org/revdh/1089(page consultée le 01 janvier 2019).

dit, les décisions peuvent être prises en l'absence du représentant du la haute Instance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, du représentant du Croissant Rouge, mais aussi en l'absence du Président même de l'Instance ! Plus encore, le mode de délibération et de prise de décision retenu dans le Projet fait en sorte que le Conseil ne puisse que refléter les décisions gouvernementales, puisqu'on ne peut délibérer ni prendre de décision en l'absence des représentants de ces quatre ministères. D'ailleurs les décisions sont prises à la majorité des deux-tiers (2/3), majorité qui ne peut être atteinte qu'à travers l'approbation des représentants des ministères, ce qui affecte de manière inévitable le travail de l'Instance.

En plus, en vertu du Projet, L'Instance ne se compose pas uniquement d'un Conseil, elle dispose également d'une administration et surtout d'agents qui seront, de par leur mission figurant dans l'article 43 du Projet, en contact direct avec les réfugiés et les demandeurs d'asile. Ces agents portent le nom de « *délégué de protection* »[284] et reçoivent, de manière continue, une formation afin de développer leurs compétences en matière d'accueil, d'accompagnement et de traitement des dossiers d'asile (article 38 du Projet). Cependant, le Projet n'indique rien par rapport à leur formation initiale qui devrait être compatible avec les missions et qui sera parfois décisive dans le comportement des agents[285]. Plusieurs législations comparées, telle que la loi belge sur les réfugiés, exigent une formation adéquate et fixent les procédures exactes à suivre durant l'accueil et l'orientation des réfugiés[286] et ce, vu le pouvoir important dont ces agents disposent.

Au final, ce Projet constitue de manière irréfutable une avancée puisqu'il fait sortir de la zone de "non-droit" des personnes en extrême vulnérabilité et leur confère des droits et des libertés. Cependant, ce projet fait apparaître, dans plusieurs de ses articles, le souci de protectionnisme qui a toujours marqué l'esprit des autorités tunisiennes à l'égard des étrangers. Plus encore, l'application de ce projet de loi constitue un défi pour les autorités. Premièrement, son application nécessite la ratification de plusieurs conventions, la révision de plusieurs lois et textes réglementaires portant atteinte à la situation des étrangers mais

[284] C'est nous qui traduisons.

[285] Pour plus d'informations, veuillez consulter : Johanna Probst, « Entre faits et fiction : l'instruction de la demande d'asile en Allemagne et en France », *Cultures & Conflits* [En ligne], n°84, Hiver 2011, 15 mars 2013, par. 5-8. Disponible sur : https://journals.openedition.org/conflits/18243#tocto1n2 (page consultée le 2 janvier 2019).

[286] Arrêté royal de 11 Juillet 2003, fixant la procédure devant le Commissariat général aux Réfugiés et aux Apatrides ainsi que son fonctionnement.

aussi des moyens importants[287] pour asseoir une infrastructure permettant la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile. Deuxièmement, un effort est également nécessaire pour dépasser l'influence d'une certaine mentalité protectionniste, incarnée par les agents du ministère de l'intérieur et qui met souvent en cause la protection des réfugiés.

[287]Boubakri Hassan, *article précité*, p. 4.

Bibliographie

Documents officiels :

Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation n°1470 sur *la situation des gays et des lesbiennes et leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 2000. Disponible sur : www.refworld.org/ (page consultée le 15 décembre 2018).
CJUE, *SalahadinAbdullae.a.*, 2 mars 2010, C-175/08, C-176/08, C‑ 178/08 et C-179/08.
CNDA, *Mlle J.E.F.*, 29 avril 2011, n° 10012810.
Cour suprême du Canada, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002, SCC 1, 11 janvier 2002.
CPI, Communiqué de presse - L'Assemblée déclenche la compétence de la Cour sur le crime d'agression, 15 décembre 2017. Disponible sur : **https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350&ln=fr**
CRR, *Beltaifa*, 3 février 1995.
Haute Cour d'Australie,*Applicant A. c. Minister for Immigration and EthnicAffairs,* , 1997.
UK Immigration Appeal Tribunal, *Secretary of State for the Home Department c. Montoya,* 27 avril 2001.

Doctrine :

Alexander Aleinikoff, « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social », In Erika Feller, Volker Türk & Frances Nicholsen (dir.) *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008.
Alice Edwards, « Les dimensions de l'âge et du genre en droit international des réfugiés », In Erika Feller, Volker Türk & Frances Nicholsen (dir.) *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008.
Christel Cournil, « Les réfugies écologiques : Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s) ? », *Revue du droit public et de la science politique*, LGDJ, juillet-août 2006.
Elodie Boublil et Laure Wolmark, « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n°13, 2018, 05 janvier 2018. Disponible sur : https://journals.openedition.org/revdh/3502 (page consultée le 02 décembre 2018).
Haikel Ben Mahfoudh, « Tunisie - Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle », In *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°32, 2016- 2017.
Hannah Arendt, *L'Impérialisme*, Gallimard, 2002.
Hassan Boubakri, « Migration et asile en Tunisie depuis 2011 : vers de nouvelles figures migratoires ? », *Revue*
Européenne des Migrations Internationales, vol. 31, n°3 et 4, 2015.
HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liées au genre dans le cadre de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/02/01, 7 mai 2002.
HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n°5 : Application des clauses d'exclusion*, 4 septembre 2003, (doc. HCR/GIP/03/05).

HCR, « Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/1P/4/FRE/REV., 3 décembre 2011.
HCR & UNHCDH, *Daunting Prospects - Minority Women: Obstacles to their Return and Integration*, Sarajevo, avril 2000.
Henry Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question? » [en ligne]. Disponible sur : http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2011/aprile/labayle-asilo.pdf (page consultée le 15/12/2018).
EuropeanLegal Network on Asylum (ELENA), *Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of RefugeeStatus*, Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE/ CERE), Londres, septembre 1997.
Johanna Probst, « Entre faits et fiction : l'instruction de la demande d'asile en Allemagne et en France », *Cultures & Conflits* [En ligne], n°84, Hiver 2011, 15 mars 2013. Disponible sur : https://journals.openedition.org/conflits/18243#tocto1n2 (page consultée le 2 janvier 2019).
Justine Castillo, *Les interprètes de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : Étude du point de vue de la France*, Thèse en Droit, Université de Bordeaux, 2016.
Khaled Mejri, *Les limites aux droits et aux libertés : Commentaire de l'article 49 de la Constitution* [en arabe], IDEA, Tunis, 2017. Disponible sur : https://www.idea.int/sites/default/files/publications/Article%2049-low_res-%20for%20the%20Web.pdf (page consultée le 3 décembre 2018).

Lotfi Chedly, « L'étranger : une catégorie juridique discriminante », In Henriette Asseo, François Julien-Laferriere& Lamia Missaoui (dir.), *l'étranger*, IRMC, 2002.

MelikÖzden, *Le droit à la non-discrimination*, CETIM. Disponible sur : http://www.cetim.ch/legacy/fr/documents/bro13-discrim-fr.pdf (page consultée le 30/12/2018).
Marina Eudes, « L'exclusion du statut de réfugié est-elle compatible avec un statut de protection effective des droits fondamentaux ? », *CRDF*, n°13, 2015.
Monia Ben Jemaia, « Le droit tunisien de l'immigration », *Migrations méditerranéennes et subsahariennes : évolutions récentes, modules juridique, CARIM-AS 2011/46*. Disponible sur : http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17799/CARIM_ASN_2011_46.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Page consultée le 24/11/2018).
Mohamed-AnoirZayani, « Deux ans après l'adoption de la loi relative à lutte contre la traite des personnes en Tunisie : La volonté politique trahira-elle les droits des victimes ? »[en arabe], *Legal Agenda* [en ligne], 30 aout 2018. Disponible sur : http://legal-agenda.com/article.php?id=4758(page consultée le 01 janvier 2019).
Nicolas Klausser, « Vers un renforcement du « droit » à une procédure équitable des demandeurs d'asile et une meilleure prise en compte de leurs traumatismes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 08 mai 2015,. Disponible sur :https://journals.openedition.org/revdh/1089(page consultée le 01 janvier 2019).
Olivier Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
Richard Barnes, « Refugee Law at Sea », *International & Comparative Law Quarterly*, N°53, Vol. 1, 2004.

Vincent Chetail, « Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture ou de traitements inhumains ou dégradants », *RBDI*, n°37, vol.1, 2004.

Xavier Créac'h, « Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié », In:*Hommes et Migrations*, n°1238, Juillet-août 2002.

Les réfugiées syriennes en Tunisie : Difficultés d'accès aux droits économiques et sociaux

Par Hajer Araissia

اللاجئات السوريات: صعوبات الولوج للحقوق الاقتصادية والاجتماعية

ملخص

الغرض من هذه الورقة هو إلقاء الضوء، في مرحلة أولى، على وضع النساء اللاجئات السوريات في تونس، ودراسة الصعوبات والعراقيل التي تمنعهن من الوصول إلى حقوقهن الاقتصادية والاجتماعية والرعاية الصحية. كما ستتطرق هذه الورقة ثانيا، إلى تطلعات هؤلاء اللاجئات فيما يتعلق بتسوية وضعيتهن و خاصة على مستوى بلد الإقامة الذي يرغبن في اللجوء إليه. و أخيرا سنحاول التركيز، في الجزء الثالث، على دور منظمات المجتمع المدني في ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للاجئين وطالبي اللجوء في تونس. للإجابة عن هذه النقاط ، أجريت دراسة استقصائية نوعية لهذا الغرض مع عدد من النساء اللاجئات السوريات المتواجدات في تونس وبعض العاملين في مجال الصحة بالإضافة إلى ممثلين عن بعض منظمات المجتمع المدني المتخصصة في النشاط من أجل حقوق المهاجرين و اللاجئين الذين يعيشون وضعيات هشة.

الكلمات المفاتيح: اللاجئات السوريات - الحقوق الاجتماعية والاقتصادية - الرعاية الصحية - الصعوبات - المجتمع المدني.

The syrian refugee women in tunisia and the difficulties of accessing toeconomic and social rights

Abstract

The purpose of this paper is to shed light, in the first place, on the situation of Syrian refugees women in Tunisia and to examine the difficulties that prevent them from accessing to their economic and social rights and health care. Thus, this article will focus, secondly, on the aspirations of these refugees regarding their legal situation and their final destination of settlement. The third part will focus on the role of Civil Society Organizations in guaranteeing economic and social rights for refugees and asylum seekers in Tunisia. To answer these questions, a qualitative exploratory survey was conducted for this purpose among Syrian refugees women, health workers and representatives of Tunisian civil society organizations specializing in activism for the rights of vulnerable migrants.

Key words: Syrian refugee women - socio-economic rights - access to health care - Difficulties - Civil society.

Introduction

Depuis plus de deux décennies, l'identité migratoire de la Tunisie, s'est modifiée et s'est complexifiée. A sa fonction traditionnelle de terre d'émigration par voie légale ou illégale, s'ajoute désormais celle d'espace d'immigration et de transit vers le continent Européen. En effet, depuis 2011, date du déclenchement des révolutions arabes, la Tunisie est devenue aussi une terre qui attire les réfugiés provenant des pays subsahariens et des pays traversant des conflits armés en l'occurrence la Libye et la Syrie. Ainsi, les enjeux de la migration vers la Tunisie se sont diversifiés avec le changement des profils des immigrés qui y séjournent.

La Tunisie est signataire de l'Accord de Genève relatif au statut des réfugiés en 1957 et de son protocole relatif à la protection des droits des migrants et des réfugiés en 1968[288] mais ce n'est qu'à partir de l'année 2011 qu'elle a dû réellement faire face à leur accueil. En fait, bien qu'un projet de loi sur l'asile soit en cours d'examen au sein du parlement, le statut juridique des réfugiés en Tunisie n'est pas encore défini. Ce vide juridique qui persiste jusqu'à présent, accentue les difficultés d'accès aux droits économiques et sociaux pour les réfugiés et les demandeurs d'asile qui y sont présents et qui sont estimés, selon le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), à plus de 1000 personnes dont plus de 70 % sont des ressortissants syriens[289]. D'autres sources tel que l'Association Dignité et Liberté (syrienne) confirme l'existence de plus de 1500 syriens en Tunisie. En réalité, les informations sur le nombre des réfugiés syriens et des autres migrants diffèrent d'une source à l'autre ce qui « rend leur assistance difficile »[290].

Quoi qu'il en soit, leur nombre et la présence de la communauté syrienne sur notre territoire a contribué à « renouveler la visibilité d'une altérité dans le paysage social local »[291] et, comme cela était attesté auparavant, a modifié « substantiellement les

[288] UNHCR, 2004, Agence des Nations Unies pour les réfugiés, États parties à la convention de 1951 relative au statut des réfugiés et/ ou à son protocole de 1968 (au 31 décembre 2004) Annexe *du Rapport Global de 2004*, p. 499.

[289] Déclaration du représentant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en Tunisie à la TAP le 30 Juillet 2018.

[290] ONFP et OIM, 2016, « Évaluation de base des vulnérabilités socioéconomiques et sanitaires des migrants pour un accès effectif aux services de santé en Tunisie », 104 pages, p20.

[291] BOUBAKRI Hassan, 2015, « Migration et asile en Tunisie depuis 2011 : vers de nouvelles figures migratoires ? », REMI *: Revue Européenne des Migrations Internationales*, 31 (3 & 4), pp. 17-39, p 24.

perspectives des problématiques sociétales »[292]de la société tunisienne. Cette présence a également soulevé des interrogations sur « les perspectives de leur intégration ».[293]

Cette communauté est composée de familles entières, de femmes avec leurs enfants ou de femmes seules. Elles ont fui la guerre et la situation de l'extrême insécurité dans leur pays. Les périples des réfugiés syriens pour arriver en Tunisie sont divers et ils n'étaient pas sans dangers pour certains. Il y a ceux qui sont entrés depuis la Libye ou l'Algérie par voie terrestre et ceux qui sont venus légalement par voie aérienne via la Turquie ou le Liban et qui étaient généralement soutenus par un proche résidant en Tunisie.

La catégorie la plus vulnérable parmi les réfugiés syriens est celle des femmes venues seules ou avec leurs mères et celle des femmes avec des enfants en bas âge ou en âge de scolarisation (familles monoparentales). Ces deux dernières catégories vivent une situation socioéconomique très sensible qui s'aggrave avec l'expiration de leurs cartes de séjour ce qui rend leur situation très délicate sachant que la loi tunisienne criminalise la migration irrégulière. Cet état de fait pousse les réfugiées à s'enfermer et ne plus confronter le monde extérieur par crainte d'être arrêtées.

Interroger la situation des réfugiées syriennes en Tunisie et les embarras qui les empêchent d'accéder aux droits économiques et sociaux, tel est l'objectif de cet article qui mettra la lumière sur plusieurs questions dont notamment :

- Quelles sont les difficultés rencontrées par les réfugiées syriennes au regard de leurs droits économiques et sociaux ?
- Quelles sont les aspirations des réfugiées syriennes concernant leur situation juridique et leur destination finale d'installation ?
- Quel est le rôle des Organismes de la Société Civile dans la garantie des droits économiques et sociaux en faveur des réfugiés et des demandeurs d'asiles en Tunisie ?

Pour répondre à ces questions, une enquête qualitative exploratoire a été réalisée à cet effet au cours de la période juin- juillet 2018. Cette recherche, quoi qu'elle ne reflète pas la réalité des conditions de toute la communauté syrienne en Tunisie, a permis de collecter des

[292] BENSAAD Ali, 2009, « Le Maghreb à l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration », KHARTHALA édition, 448 pages, pP6.
[293] BOUBAKRI Hassan, 2013, « Les migrations en Tunisie après la révolution de 2011 », *Confluences Méditerranée,* l'Harmattan, n°87, pp 31-46, p32.

informations pertinentes sur les vulnérabilités socioéconomiques et sanitaires des réfugiées syriennes les plus marginalisées vivant en Tunisie.

Démarche méthodologiqueet profil des enquêtés

La technique d'investigation choisie pour mener cette enquête est le focus-group, jugée comme la plus appropriée dans ce cas d'étude. Les groupes qui formaient l'échantillon de l'étude sont répartis comme suit :

- Trois groupes de femmes migrantes d'origine syrienne ;
- Un groupe de personnel de santé, prestataires de soins dans le secteur public ;
- Un groupe d'acteurs représentant des associations et des organismes ayant contact et expérience avec les réfugiées syriennes.

Tableau 1 : Nombre et profil des enquêtés et objectifs de chaque focus group

Profil des enquêtés	Nombre d'enquêtés	Objectifs spécifiques des focus group
1. Femmes migrantes d'origine syrienne	18	- Identifier les profils des réfugiées syriennes, leurs périples pour arriver en Tunisie,...; -Dresser un état des lieux sur les vulnérabilités socioéconomiques et sanitaires des réfugiées syriennes en Tunisie. - Déterminer leurs aspirations.
2. Personnel de santé du secteur public	5	- Effectuer un état des lieux sur les barrières d'accès aux services de la santé pour les réfugiées ; - Déterminer les attitudes et les pratiques du personnel de la santé envers les réfugiées syriennes qui demandent les soins de santé…
3. Représentants des OSC : Organismes de la Société Civile dont : ADL : Association Dignité et Liberté (syrienne), Terre d'Asile Tunisie, Caritas, Médecins du Monde.	6	- Effectuer un état des lieux sur les barrières d'accès aux droits économiques et sociaux et aux services de la santé selon l'expérience des OSC. - Connaitre le rôle joué par les OSC pour soutenir les réfugiées syriennes ; - Le rôle que peux jouer les OSC au futur pour mieux soutenir les réfugiées en situation vulnérable…
TOTAL	**29**	

Les limites de l'étude

Comme chaque recherche scientifique, cette étude exploratoire présente quelques limites qui se résument dans les éléments suivants : l'absence quasi-totale des statistiques sur la communauté syrienne en Tunisie, la taille réduite de la population enquêtée, la difficulté de rencontrer les réfugiées hors des sièges des OSC, la durée des focus group était plus-au-moins insuffisante pour collecter plus de détails et d'informations sur la population étudiée.

I. Périples des réfugiées syriennes pour arriver en Tunisie et dispersion géographique dans le pays

I.1Périples des enquêtées avant l'arrivée en Tunisie

La révolution en Syrie, avec ses dégâts multidimensionnels et ses conditions de forte insécuritéont poussé les migrantes syriennes à adopter des stratégies de survie et de fuite pour échapper à ces conditions dans leur pays d'origine. La majorité des enquêtées déclarent qu'avant leur arrivée en Tunisie, elles vivaient dans des camps près des frontières turques durant une période allant de quatre mois à trois ans. Leurs maris sont tous détenus et emprisonnés pour avoir manifesté contre le régime de Bachar Al Assad. Après avoir subi des tortures, des viols et des agressions, elles ont fui la Syrie par voie aérienne à travers la Turquie puis elles ont emprunté une traversée terrestre illégale depuis l'Algérie. Ces traversées, au cours desquelles elles ont subi des violences physiques et sexuelles de la part des passeurs et même par les policiers des frontières,étaient très dangereuse pour la plupart des enquêtées. Elles n'ont eu aucune assistance dans les zones frontalières[294]. Ci-après quelques témoignages des enquêtées sur leurs conditions avant de quitter le pays d'origine et durant leur parcours migratoire pour arriver en Tunisie :*« Les femmes et les filles sont victimes des viols fréquents. Il y a même des écolières qui ont été violées et frappées ! Notre maison aussi a été détruite. Les enfants sont tués devant nous, Nos maris sont arrêtés et torturés… ».*Maya, 36 ans, 2 enfants, arrivée en Tunisie depuis 2012.

*« Nous sommes restées aux camps turcs 3 ans, je ne pouvais plus voir ma famille, ma mère a été bombardée par un avion, je n'ai plus de raisons de rester en Syrie. Mon mari fut arrêté, et j'étais enceinte, enfin nous avons décidé de venir en Tunisie à la recherche de la sécurité ».*Fatma, 40 ans, 3 enfants, arrivée en Tunisie depuis 2015.

« A cause de la guerre à Douma, nous étions déplacés à plusieurs reprises, il y avait des bombardements, j'ai dû amener mon fils à l'hôpital Errazi et aux psychiatres... ». Eya, 34 ans, 2 enfants, arrivée en Tunisie depuis 2014.

« J'ai vécu beaucoup de difficultés depuis ma sortie d'Edleb en Syrie jusqu'à mon arrivée en Tunisie. J'ai vécu dans la rue avec mon nouveau-né en Algérie, j'ai subi des harcèlements et des agressions sexuelles à plusieurs reprises, j'étais frappée par la police des frontières en

[294] Rapport de Médecins Sans Frontières (MSF) sur l'immigration d'origine subsaharienne en situation irrégulière au Maroc, 2005, « Violences et Immigration », Septembre 2005.

Tunisie...Mon mari tunisien fut arrêté et emprisonné ... ». Kawthar, 26 ans, 1 enfant, en Tunisie depuis 2014.

I.2 Dispersion géographique

La présence des réfugiés et des demandeurs d'asile syriens en Tunisie ne se limite pas à la capitale seulement, mais s'étend désormais à la zone frontalière avec l'Algérie exactement au gouvernorat de Kasserine et au Kef mais aussi dans d'autres gouvernorats du pays tels que : Sfax, Nabeul, Kairouan, Gafsa, Médenine et Kébili sachant que les quartiers périphériques de Tunis restent la première zone d'installation des réfugiés syriens. En fait, grâce aux passeurs algériens et tunisiens et à la connaissance qu'ils ont acquise des lieux et des modes de circulation dans les zones frontalière, les réfugiés syriens continuent d'entrer dans le territoire tunisien en provenance essentiellement de l'Algérie.

II. Les difficultés d'accès aux droits économiques et sociaux des réfugiées syriennes en Tunisie

Selon l'article 25 de la Convention Universelle des Droits de l'Homme « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé,son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement,les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité encas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas deperte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciale... ». Malgré l'universalité de la reconnaissance des droits fondamentaux de toute personne sur la terre, les migrantes et les réfugiées syriennes en Tunisie vivent dans des conditions socioéconomiques très difficiles. Elles vivent sans ressources ou avec des aides financières insuffisantes. Elles font face à de multiples barrières et difficultés quotidiennes concernant l'accès à leur droit aux soins de santé, au logement décent et au travail.

Selon les résultats de notre enquête, ce sont les femmes migrantes en situation irrégulière qui vivent dans des conditions très précaires sur tous les plans. Essentiellement celles qui sont arrivés depuis l'Algérie par voie terrestre, seules ou accompagnées de leurs mères et de leurs enfants. Certaines d'entre elles n'ont pu accomplir les formalités d'entrée sur le territoire et se trouvent ainsi poursuivies de franchissement illégal des frontières.

*« Je suis choquée par ce que j'ai failli mourir plusieurs fois. Imagine à 19 ans j'étais seule en traversant les frontières tuniso-algériennes le soir avec un bébé âgé de 2 mois, puis j'étais violée et frappée par la police des frontières... ».*Leila, 19 ans, 1 enfant, arrivée en Tunisie en 2014.

II.1 Difficultés d'accéder au marché du travail

La grande majorité des enquêtées sont dans une situation irrégulière, n'ayant pas de visas de séjour et ne bénéficiant d'aucune protection. Ce statut impacte fortement le quotidien de ces réfugiées qui vivent dans une situation de précarité et d'insécurité traumatisante, d'autant plus que leur situation juridique les expose aux arrestations ce qui les oblige à se cacher. Ceci les empêche de sortir chercher un travail ou même aller contacter des organisations en vue de demander leur soutien. Les quelques enquêtées qui sont arrivées légalement avant la rupture des relations diplomatiques entre Tunis et Damas n'ont pas également accès « aux ressources économiques et non-économiques »[295]. Elles n'ont pas pu jusqu'à nos jours obtenir une carte de séjour. En fait, avec l'absence d'un cadre législatif en Tunisie, c'est le Haut-Commissariat des Réfugiés qui assure les formalités desdemandes d'asile et l'octroi d'un « document » provisoire pour les réfugiés pour pouvoir circuler, plus au moins, librement en Tunisie. Ce document ne les empêche pas de vivre encore sans titre de séjour, sans possibilité de travail légal : une situation qui, sur la durée, s'avère dramatique.

Concernant l'accès au marché du travail, les réfugiés syriennes enquêtées ont témoigné qu'elles peinent toujours à trouver des emplois adéquats et elles vivent des difficultés croissantes surtout avec la baisse ou l'arrêt des aides financières accordées par les organisations internationales. En fait, à cause de la situation de crise économique aigüe que traverse la Tunisie dans un contexte d'instabilité politique, même les emplois précaires dans le secteur informel et les petits boulots qu'elles exercent de temps en temps, sont pénibles et mal payés d'autant plus qu'ils sont de plus en plus difficiles à trouver. Cet état de fait, les pousse aux déménagements fréquents en raison des difficultés générées par l'incapacité de

[295] DURANT-DELVIGNE Annick, CASTEL Davy, BOZA Michaela, 2017, « L'impact des stratégies d'acculturation des migrantes sur le sexisme, l'orientation à la dominance sociale et la façon dont la migrante est perçue en pays d'accueil et en pays d'origine ». *International Review of Social Psychology,* (30)1, 29-40, p30.

payer le loyer.Dans ce cas, les réfugiées ont dû compter sur les revenus aléatoires qu'ils essayent d'obtenir grâce au travail « au noir », très souvent précaire et exécuté dans des conditions de travail inhumaines. Plusieurs enquêtées ont été contraintes à la mendicité. Le manque des ressources les rend, particulièrement vulnérables à l'exploitation dans le cadre d'activités de prostitution ou de travail forcé tel que la servitude domestique.

« J'ai tenté de travailler dans une usine de fabrication des câbles, mais à cause de la pénibilité de ce travail, j'ai très vite abandonné...Maintenant je risque d'être mise à la porte pour non-paiement de mon loyer ». Manel, 32 ans, 1 enfants, arrivéeen Tunisie en 2014.

« Je suis très inquiète car je n'ai plus le droit à l'aide financière du Croissant Rouge Tunisien à partir dece mois, et je n'ai pas encore trouvé un boulot,...ainsi je ne pourrai plus payer mon loyer ni nourrir mes enfants qui sont âgés de 7 et 11 ans...Parfois je prépare des plats syriens et je les vends chez les épiciers du quartier, mais le revenu est toujours insuffisant. D'autres fois, je me trouve obligée de mendier dans les rues ou de faire des travaux domestiques qui sont très mal payés ». Jinen, 40 ans, 2 enfants, arrivée en Tunisie en 2013.

II.2 Difficultés d'accéder à un logement décent

Quant à l'hébergement, certaines enquêtées qui sont arrivées illégalement ont déclaré qu'au début de leur avènement en Tunisie, elles étaient hébergées chez des membres de la famille ou chez des amis déjà installés dans le pays hôte qui offrent souvent aide et assistance (argent, hébergement, conseil) aux nouvelles arrivantes. Cette solidarité entre les réfugiés syriens, comme rapport social et culturel communautaire, est fort présente. Elleimpacte leurcapacité de résistance face aux difficultés vécues. En fait, les liens sociaux de la plupart des réfugiées rencontrées sont tissés à l'intérieur de leur communauté car les rapports avec la population tunisienne sont assez limités. Les réfugiées qui sont venues seules, avec leurs mères, ou avec leurs enfants et qui n'ont pas des amis ou des proches en Tunisie louent souvent des chambres avec des familles tunisiennes. Elles y vivent des conditions d'hébergement et d'hygiène rudimentaires alors qu'il se trouve parmi eux des personnes vulnérables, principalement des femmes âgées malades et des enfants qui ont besoin de soins de santé et d'un soutien spécifique.

II.3 Difficultés de se réunir avec les membres de la famille restante en Syrie

Les femmes syriennes enquêtées qui ont des membres de la famille restant encore en Syrie témoignent de leur incapacité de se réunir avec eux malgré leurs tentatives auprès des

autorités tunisiennes de les faire venir. Les enquêtées expliquent le refus des autorités par l'irrégularité de leur situation juridique puisqu'elles n'ont pas le droit de circuler librement, de voyager en Syrie et de faire venir leurs proches en Tunisie. Elles attendent avec impatience le rétablissement des relations diplomatiques entre la Tunisie et la Syrie et la réouverture de la zone aérienne entre les deux pays pour pouvoir rencontrer les membres de leurs familles. *« Je n'ai qu'un seul souhait : voir ma mère avant qu'elle meure. Elle est diabétique et âgée... »*. Emna, 42 ans, 3 enfants, venue en Tunisie en 2012.

« Ça fait six ans que je n'ai pas pu voir ma mère atteinte d'un cancer, elle est gravement malade, je ne peux pas la faire venir ici en Tunisie, ni aller la voir en Syrie...». Soulef, 39 ans, 2 enfants, venue en Tunisie depuis 2012.

II.4 Difficulté d'accès à la scolarisation pour les enfants syriens en Tunisie

En leur posant une question sur la scolarisation de leurs enfants, toutes les enquêtes ont révélé leur mécontentement quant à cette question. En fait, bien que le ministère de l'Éducation ait fait passer une circulaire autorisant les écoles tunisiennes à accueillir les enfants syriens et les aider à s'y intégrer, cette affaire s'avère très difficile, notamment à cause des problèmes liés au programme scolaire tunisien et à la langue française. Les réfugiées ont également déclaré qu'il y a des enseignants et des directeurs de quelques écoles qui ont refusé d'admettre leurs enfants sous-prétexte du retard qu'ils peuvent (les enfants syriens) causer en raison de la non maitrise de la langue française. Certaines enquêtées avouent que même si leurs enfants ont pu difficilement s'intégrer dans les écoles tunisiennes, elles ne peuvent pas les soutenir pour mieux réussir leur scolarisation en raison également des problèmes de la langue.

II.5 Difficultés d'accès aux soins de santé

En réponse à notre question sur les difficultés d'accès aux soins de santé, toutes les enquêtées ont avoué qu'elles vivent une grande précarité sanitaire et qu'elles font face à de multiples obstacles pour accéder à ce droit fondamental[296] sur le territoire tunisien. En fait, lors de leur sollicitation des services de santé publique, elles ont reçu un refus de prise en charge par des professionnels de santé. Les enquêtées qui ont des enfants ont déclaré

[296] L'OMS définie la santé en tant qu'un droit fondamental que tout être humain doit en jouir même en absence de maladie ou d'infirmité.

qu'elles n'ont pas pu les vacciner gratuitement puisqu'elles ignoraient que ce service est disponible à titre gratuit dans les structures de santé publique tunisiennes.

L'enquête a montré que les réfugiées syriennes les plus vulnérables vivent des difficultés de tous types quant à la question de l'accès aux soins de santé à cause de plusieurs problèmes dont : le mauvais traitement, les difficultés administratives, la méconnaissance des lieux des services de santé ; cela confirme le constat dressé par EuroMedRights relatif au « manque d'information, le refus de démarches, les procédures administratives encore en cours ».[297] Certaines d'entre elles ont été obligées de recourir à l'avortement vue qu'elles n'ont pas pu accéder à la santé reproductive facilement. Leurs enfants n'ont pas eu également un accès facile aux soins de santé. *« Étant donnée ma situation juridique, je ne pouvais pas consulter les hôpitaux publics pour soigner mon fils. Parfois je lui achète des médicaments sans ordonnance médicale…Ma voisine et compatriote syrienne a eurecours, quant à elle, à l'avortement clandestin par soucis de ne pas pouvoir bénéficier des soins de santé maternelle »*. Manel, 32 ans, 1 enfant, arrivée en Tunisie en 2014.

Quelques enquêtées seulement ont révélé qu'elles ont réellement bénéficié d'un accès effectif aux soins de santé dans les services publics tunisiens quoique cet accès reste toujours déficient. Leurs enfants n'ont pu avoir accès aux soins de santé que grâce à la Médecine Scolaire et Universitaire.

L'entretien avec les professionnels de santé enquêtés a révélé que, généralement, les migrants et les réfugiés vivant en Tunisie ne savent pas, dans la plupart des cas, qu'il existe des lois internationales et des mécanismes nationaux qui leur garantit leurs droits fondamentaux dont notamment l'accès aux soins de santé. Ils ont également affirmé que les migrants et les réfugiés vivent une vulnérabilité et une précarité sanitaire qui est en lien direct avec les déterminants socioéconomiques et juridiques de ces derniers.

Plusieurs barrières d'accès aux soins de santé, contribuent à la dégradation de l'état de santé de ces personnes. Parmi ces barrières les difficultés financières qui les poussent souvent au renoncement aux soins, le statut juridique, l'absence de législation spécifique pour la prise en charge médicale pour les réfugiés et les migrants irréguliers, la méconnaissance du droit d'accès aux soins chez les professionnels de santé, le manque

[297] Réseau Méditerranéen des Droits de l'Homme, 2008, « Droits économiques et sociaux des migrants et des réfugiés dans la région EuroMed, accès aux soins de santé et au marché du travail », 67 pages, p34.

d'information sur les services de soins accessibles, les violences subies de la part des patients tunisiens lors de la fréquentation des services de santé publique, les barrières culturelles et les difficultés de communication, le mauvais accueil du personnel de santé...

Face à ces barrières, les réfugiées et les migrantes en situation irrégulière ont recours aux OSC et aux ONG spécialisées dans le soutien des migrants dont le Croissant Rouge Tunisien (CRT), l'Organisation Internationale de la Migration (OIM), Médecins du Monde (MdM), Caritas, Maisons des Droits des Migrants (MDM),...Cependant, même avec le soutien de ces organisations, les réfugiées qui ont des enfants présentent un grand besoin en matière de santé maternelle et infantile et elles ne peuvent pas faire des consultations auprès du secteur privé jugé très cher.

Les personnels de santé enquêtés ont présenté la liste des services de santé disponibles et accessibles pour les migrants et qui sont les suivants :

- Les structures de soins des trois premières lignes : les Centres de la Santé de Base (CSB), les Hôpitaux Régionaux (HR) et les Hôpitaux Universitaires (HU) ;
- Les programmes nationaux de santé publique tels que : le programme national de santé reproductive et de planning familial, le programme national de vaccination, la médecine scolaire et universitaire, le programme national de lutte contre la Tuberculose, le programme national de lutte contre le VIH/ SIDA.

Bien que ces structures et ces programmes nationaux n'excluent pas les migrants, ils les différencient par rapport aux patients tunisiens d'autant plus qu'ils sont méconnus par les réfugiés et les migrants, essentiellement ceux qui sont nouvellement arrivés en Tunisie.

III. Aspirations des enquêtés

Les réponses des enquêtées sur leurs aspirations quant à leurs situations juridiques et leur destination finale d'installation étaient mitigées[298] et dissemblables et elles varient selon leur désir de s'installer ou de quitter la Tunisie. Pour celles qui veulent rester en Tunisie, et qui sont minoritaires, elles aspirent tout d'abord à la régularisation de leur statut de séjour pour pouvoir chercher un emploi, la suppression des pénalités de séjour, l'accès à un logement décent, « trouver une place dans la société tunisienne », avoir la nationalité tunisienne, accéder aux soins de santé, assurer une bonne scolarisation à leurs

[298] Association Tunisienne de Santé Reproductive (ATSR) et Fonds des Nations Unies pour la Population (UNFP), 2018, « Étude qualitative sur la migration mixte de jeunes et besoins en services de santé sexuelle et reproductive », *Rapport de synthèse*, 14 pages, p7.

enfants...*« Malgré que mon mari est tunisien, je suis encore sans papiers, la situation de mon fils n'est pas toujours régularisé...».* Leila, 19 ans, 1 enfant, arrivée en Tunisie en 2014.

La majorité des enquêtées, qui ne veulent pas rester en Tunisie et qui écartent l'éventualité de revenir en Syrie, aspirent au voyage aux pays de l'Union Européenne malgré le verrouillage de ce territoire à travers le durcissement de ses politiques migratoires[299] et la restriction des conditions d'asile[300]. L'Allemagne est désormais leur destination privilégiée. Une enquêtée a confirmé que sa « chanceuse amie », qui a réussi à trouver refuge en Allemagne, lui a confié que les réfugiés syriens là-bas vivent dignement et qu'ils sont en manque de rien...

D'autres enquêtées, essentiellement les femmes âgées, veulent retourner au pays d'origine dès que la situation sécuritaire en Syrie s'améliore. Elles vivent une souffrance morale et ne peuvent pas s'intégrer dans la société tunisienne. *« Je veux retourner dans mon pays, je n'ai pas encore perdu l'espoir, j'ai beaucoup de souvenirs là-bas. Le peuple tunisien est très accueillant mais je n'ai pas réussi à m'intégrer socialement ».*Majida, 62 ans, arrivée en Tunisie en 2012.

On peut constater que même si le phénomène migratoire est pluriel, les conditions de séjour, et les différents obstacles endurés par les migrants ou les réfugiés n'ont pas le même impact sur les capacités physiques et mentales de résistance et donc le degré de leur motivation pour s'intégrer est différent. C'est souvent l'histoire personnelle de chaque migrant et la dimension individuelle et singulière du « projet migratoire » qui prend finalement le dessus.

IV. Rôle de la société civile dans la garantie des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés

Lors d'un focus group avec les représentants des Organismes de la Société Civile tunisiens et étrangers, ces derniers ont tous mis l'accent sur le fait qu'il existe une méconnaissance des droits fondamentaux pour les réfugiés et les migrants en situation irrégulière en général.

[299]UNESCO : Rapports par pays sur la ratification de la Convention des Nations Unies sur les droits des migrants, 2004, « *Les migrants et leurs droits au Maghreb avec une référence spéciale à la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants* ». Section de la migration internationale et des politiques multiculturelles. Textes collectés par ELMADMAD Khadija.

[300] THIOLLET Hélène, 2013, « Migrations, asile et printemps arabes », La Documentation française, pp 133-146, p133.

Cette méconnaissance induit une impuissance à mobiliser les ressources qui existent autour d'eux en leur faveur et à terrasser les difficultés qu'ils endurent quotidiennement. Ceci impacte leur cadre de vie et crée une situation psychosociologique péniblement vécue.

Concernant les actions entreprises par les ONG tunisiennes et étrangères au profit des réfugiées syriennes, les enquêtés ont cité plusieurs réalisations dont :

- La participation avec d'autres ONG aux plaidoyers pour l'élimination des barrières d'accès aux soins de santé et l'amélioration des prestations ;
- La sensibilisation autour des problématiques liées au quotidien des réfugiées et des migrantes victimes de violence ;
- La prise en charge des besoins en soins de santé quotidiens et en temps de crise ;
- La promotion d'un environnement de protection favorable pour les réfugiés, les demandeurs d'asile et les migrants ;
- L'assistance humanitaire, médico-sociale et financière en faveur des réfugié-e-s et des migrant-e-s en situation irrégulière ;
- La médiation entre les praticiens tunisiens et les patients pour faciliter l'accès aux soins de santé dans le secteur public en cas d'opérations urgentes.
- Écoute, conseil, accompagnement, orientation et assistance juridique en cas d'exploitation, de traite ou de violence subie par les réfugiées...

Les organismes de la société civile tunisienne qui œuvrent pour la cause des droits des migrants et des réfugiés en collaboration avec les organisations internationales implantées en Tunisie, ont un rôle très déterminant à jouer dans la prise de conscience autour des questions liées aux droits fondamentaux à côté du rôle opérationnel de soutien ponctuel qu'elles sont en train de jouer à l'égard des migrants et des réfugiés qui séjournent en Tunisie.

Parmi les projets que souhaitent entreprendre les représentants des ONG enquêtés au futur, on cite les actions suivantes :

- La formation des professionnels de santé sur les droits des migrants au niveau de l'accueil et de l'orientation…;
- La formation des professionnels de la police en matière des droits des migrant-e-s et de la nécessité de prendre aux sérieux et avec justice les plaintes déposées par les migrantes et les réfugiées en cas de violence ou de demande d'aide ;
- La facilitation de la régularisation et la suppression des pénalités de séjour ;

- La mise en place d'une stratégie de communication qui vise à sensibiliser les citoyens, les autorités, les professionnels de santé, les professionnels de police sur les droits des migrants et des réfugiés et sur les nouvelles lois qui garantissent les droits des migrants ;
- La facilitation de l'accès au logement, à l'alimentation, au transport, à la formation... ;
- Favoriser l'intégration sociale, culturelle et économique des réfugiés et des migrants ;
- Aider à la création d'activités génératrices de revenus au profit des réfugiés afin de pouvoir satisfaire leurs besoins fondamentaux d'une manière décente et durable.

En guise de conclusion

Bien que le cadre juridique en matière de respect des droits de l'Homme des migrants, des réfugiés et des demandeurs d'asile reste toujours incomplet et insuffisant et que la Tunisie n'ait pas pu encore réunir les conditions favorables permettant de faire de ce pays une terre d'accueil et d'asile, un nombre croissant de migrants subsahariens et de réfugiés en détresse provenant des pays qui connaissent des conflits, la considère comme un pays sûr et y trouve refuge. Ceci ne peut qu'inciter la Tunisie à réviser sa politique migratoire toujours restrictive en lançant un programme qui vise l'amélioration de la gouvernance de ses migrations. Une nouvelle politique migratoire qui aura pour but de lutter contre l'injustice et les inégalités socioéconomiques et de garantir les droits fondamentaux des émigrants, des immigrants et des réfugiés et demandeurs d'asile. Elle doit être plus inclusive et plus respectueuse des droits de l'Homme en tenant compte des aspects humanitaires liés à la migration en non pas uniquement du volet sécuritaire. L'approbation des lois, des textes juridiques et des mécanismes nationaux et internationaux visant à élaborer une stratégie globale portant sur l'intégration des migrants en Tunisie sera la pierre angulaire de cette politique qui doit répondre de manière adaptée aux aspirations et aux besoins de protection des réfugiés et des demandeurs d'asile. En fait, plusieurs associations tunisiennes ont fait de la défense des droits des migrants leur champ d'action. Elles opèrent avec des réseaux internationaux de défense des droits des migrants et des réfugiés et bénéficient de l'appui financier de nombreux bailleurs de fonds. Mais, en dépit de cela, la problématique persiste à cause d'un ancrage au niveau de la perception du problème migratoire entre la société civile, qui privilégie la dimension humanitaire, notamment le respect des droits fondamentaux des migrants et l'État. La cause de cet ancrage est la crainte, pour l'État,

d’attirer de nouveaux réfugiés. Pour trouver un équilibre entre les contraintes politiques et diplomatiques et les contraintes juridiques, la Tunisie met en avant la difficile situation socioéconomique qu’elle traverse afin de justifier la déficience au niveau des services de santé et l’inaccessibilité au marché du travail pour les migrants, les réfugiés et les demandeurs d’asile.

Bibliographie

1. BENSAAD Ali, 2009, « Le Maghreb, l'épreuve des migrations subsahariennes. Immigration sur émigration », KHARTHALA, 448 pages.
2. BOUBAKRI Hassan, 2015, « Migration et asile en Tunisie depuis 2011 : vers de nouvelles figures migratoires ? », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 31 (3 & 4), pp. 17-39.
3. BOUBAKRI Hassan, 2013, « Les migrations en Tunisie après la révolution de 2011 », *Confluences Méditerranée*,l'Harmattan, n°87, pp 31-46.
4. Déclaration du représentant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en Tunisie à la TAP le 30 Juillet 2018.
5. DURANT-DELVIGNE Annick, CASTEL Davy, BOZA Michaela, 2017, « L'impact des stratégies d'acculturation des migrantes sur le sexisme, l'orientation à la dominance sociale et la façon dont la migrante est perçue en pays d'accueil et en pays d'origine ». *International Review of Social Psychology,*(30)1, 29-40.
6. Fonds des Nations Unies pour la Population (UNFP) et Association Tunisienne de Santé Reproductive (ATSR), 2018, « *Étude qualitative sur la migration mixte de jeunes et besoins en services de santé sexuelle et reproductive* », Rapport de synthèse, 14 pages.
7. La Convention Universelle des Droits de l'Homme de 1948.
8. ONFP et OIM, 2016, « *Évaluation de base des vulnérabilités socioéconomiques et sanitaires des migrants pour un accès effectif aux services de santé en Tunisie* », 104 pages.
9. Rapport de Médecins Sans Frontières (MSF) sur l'immigration d'origine subsaharienne en situation irrégulière au Maroc, 2005, « *Violences et Immigration* », Septembre 2005.
10. Réseau Méditerranéen des Droits de l'Homme, 2008, « *Droits économiques et sociaux des migrants et des réfugiés dans la région Euromed, Accès aux soins de santé et au marché du travail* », 67 pages.
11. THIOLLET Hélène, 2013, « Migrations, asile et printemps arabes », *La Documentation française*, pp 133-146.
12. UNESCO : Rapports par pays sur la ratification de la Convention des Nations Unies sur les droits des migrants, 2004,« *Les migrants et leurs droits au Maghreb avec une référence spéciale à la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants* ».

Section de la migration internationale et des politiques multiculturelles. Textes collectés par ELMADMAD Khadija.

13. UNHCR, 2004, Agence des Nations Unies pour les Réfugiés, « Etats parties à la convention de 1951 relative au statut des réfugiés et/ ou à son protocole de 1968 (au 31 décembre 2004) », Annexe *du Rapport Global de 2004*.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES DROITS DES MIGRANTS

Par Moez Charfeddine

المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان وحماية حقوق المهاجرين

ملخص

سارعت معظم الدول خاصة الاورومتوسطية منها بوضع تشريعات مشددة في مجال التصدي للهجرة غير المنظمة الى جانب اتخاذها لإجراءات امنية صارمة للحد من التدفقات البشرية التي تجتاحها. لكن في خضم هذه التشديدات تتعرض حقوق هؤلاء الضحايا الى جملة من الانتهاكات. وجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان نفسها في وضعية تحتم عليها التعاطي مع العديد من الدعاوى المرفوعة من قبل المهاجرين ضحايا الانتهاكات في الدول المستقبلة. نلاحظ انطلاقا من دراسة فقه قضاء هذه المحكمة جملة من الضمانات لتكريس حقوق هذه الفئة المستضعفة وقد تمكن القاضي الأوروبي بفضل سلطته التقديرية الواسعة من تجاوز النقائص الواردة في النصوص المنطبقة. نستنتج وجود حماية فعلية على المستوى الاجرائي من خلال اتخاذ التدابير الوقائية الوقتية كما نستخلص من فقه قضاء هذه المحكمة تكريسا واضحا لجملة من الحقوق الأساسية لفائدة المهاجرين غير الشرعيين على غرار السلامة الجسدية والحقوق المتعلقة بالصحة والتعليم والنقل والايواء فيبقى المبدأ حسب اجتهاد القاضي الأوروبي هو ضمان الكرامة الإنسانية لكل مهاجر او لاجئ في حين تعد التدابير الوطنية الردعية من قبيل الاستثناء. ساهمت هذه المحكمة في توسيع الجانب الحمائي لحقوق هذه الفئة من الأجانب كما قامت بحث الدول الأوروبية الى تحمل المسؤولية المشتركة في حل هذه الازمات الإنسانية وضرورة تغليب الجانب الحقوقي على الجانب الأمني.

كلمات مفاتيح: حقوق المهاجرين . الإتحاد الأوروبي . المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان . فقه قضاء

The European Court of Human Rights and the protection of migrants rights

Abstract

Most countries, particularly the Euro-Mediterranean, have accelerated legislation to tackle irregular migration and to take strict security measures to curb human flows. But in the midst of these restrictions, the rights of these victims are subject to a number of violations. The European Court of Human Rights has therefore found itself in a position to deal with many cases brought by migrant victims of violations in receiving countries. We see from the study of the jurisprudence of the Judgment of this Court a series of guarantees to enshrine the rights of this vulnerable group and the European judge was able, thanks to his extensive discretion, to overcome the shortcomings contained in the applicable texts. We conclude that there is effective protection at the procedural level through the use of temporary preventive measures. The jurisprudence of this Court clearly establishes a number of fundamental rights for illegal immigrants, such as physical integrity, rights to health, education, transportation and shelter. For each migrant or refugee, while national deterrent measures are considered as an exception, the Court has contributed to the expansion of the protectionist side of the rights of this category of foreigners.

Keywords: Migrants' rights - European Union - European Court of Human Rights - Jurisprudence

Les vagues de migrants arrivant dans un contexte de crise économique, ont été pour les États et les institutions européennes des contraintes énormes. Ceci a été souligné par la CourEDH, dans l'arrêt *Khalifa et autres* en affirmant l'existence : « (…) de très importantes difficultés de caractère organisationnel, logistique et structurel, compte tenu des exigences concomitantes à satisfaire » [301]. Cependant, face à cette crise, les États européens ont souvent fait recours à des mesures « anti-migrants », considérées comme contradictoires aux droits et à la dignité des migrants et incompatibles avec les valeurs de l'Europe de la démocratie et des droits de l'Homme, comme le souligne Marie-Laure Basilien-Gainche : « les États européens développent des dynamiques des défiance et d'indifférence à l'égard de ces migrants considérés d'autant plus indésirables qu'ils sont plus vulnérables »[302]. Face à ces violations des droits de l'Homme des migrants, la CourEDH a joué un rôle précurseur de protection. En effet, la CEDH prévoit sans son article 1er que : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Cela signifie que toute personne, indépendamment de sa nationalité, même un migrant, peut réclamer l'effectivité des droits contenus dans la CEDH.

Au cours des dernières années, la Cour de Strasbourg a rendu un certain nombre d'arrêts très pertinents quant à la situation et aux droits de migrants dans les pays européens, les défaillances de la politique d'asile et d'immigration, les conditions d'accueil et de détention…etc. La Cour est désormais considérée comme « la référence »[303] au niveau de la protection des droits des migrants en développant une jurisprudence progressiste, autonome et dynamique[304]. Ce dynamisme jurisprudentiel de la Cour, quant à la protection des droits des migrants, a des impacts multiples sur les États contractants, leurs politiques et

[301] CourEDH,15 décembre 2016, Aff.*Khalifa et autres c. Italie*.

[302] BASILIEN-GAINCHE (M-L), « Les boat people de l'Europe, Que fait le droit ? Que peut le droit ? »,*Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 9. 2016, Analyses et libres propos, publié sur https://revdh.revues.org/1838?lang=en le 16/11/2017, p. 5.

[303] LABAYLE (H.), BRUYCKER (Ph.), *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement européen, 2012, p. 101.

[304] Sur le plan quantitatif, suite aux flux migratoires de 2011, le nombre de requêtes introduites pour examen par la Cour a augmenté. C'est ainsi qu'en 2016, 38505 requêtes dont la Cour a terminé l'examen, alors qu'en 2015, le nombre était plus élevé, 45576 requêtes dont la Cour a terminé l'examen. Cour européenne des droits de l'homme, en faits et chiffres 2016, Mars 2017, p. 3.

leurs droits nationaux, ainsi que sur les individus et les migrants, d'où l'importance de « la responsabilité »[305] portée par la Cour de Strasbourg. En effet, les juges de la Cour, doivent toujours trouver un équilibre entre garantir les droits des États parties, le respect de leurs souverainetés nationales, leurs particularismes juridiques et leurs propres politiques d'une part, et d'autre part, garantir et protéger les droits issus de la convention qu'elle entend faire respecter, et dans ce cadre, de protéger les droits des migrants.

On peut cependant constater que les juges de Strasbourg se trouvent devant un dilemme : celui d'assurer la pleine protection des droits des migrants et de se montrer réalistes en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire des États à respecter ces droits. Dans cette relation, (États, Migrants), l'imbroglio juridique voire politique est un risque. C'est ainsi que le CourEDH, essaie toujours de trouver la balance en jouant le rôle de médiateur, afin d'assurer les intérêts de deux parties, dans le cadre du respect de la CEDH. Cependant, la mission apparait encore plus difficile surtout que cela touche le droit d'immigration et d'asile, et les politiques nationales des États dans ce domaine, qui divise et préoccupe. La Cour a rappelé à plusieurs reprises que les États sont en principe libres de réglementer les politiques migratoires dans leurs territoires. Cependant, pour reprendre la formule de la Grande Chambre dans l'affaire *Géorgie c. Russie* « si les États peuvent établir souverainement leurs politiques d'immigration, les difficultés de gestion des flux migratoires ne sauraient justifier des pratiques incompatibles avec leurs obligations conventionnelles »[306].

L'œuvre prétorienne développée par la CourEDH se caractérise par une forte protection accordée aux migrants. C'est en combinant plusieurs méthodes particulières (**I**) qu'elle a su optimiser leurs droits substantiels **(II)**. De surcroit, on relève une certaine démarcation de la Cour de certains instruments régissant le système européen de la migration **(III)**.

I. Le recours à des méthodes protectrices en faveur des migrants

Dans la pratique jurisprudentielle de la CourEDH, les mesures provisoires sont considérées comme « un refuge des migrants », qui les protège et garantit leurs droits.La Cour les considère comme étant des mesures « d'urgences » prises dans le cadre du déroulement de la procédure devant la Cour, qui ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de

[305] À voir : Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Déclaration de Bruxelles 27 mars 2015.
[306] CourEDH, 3 juillet 2014, *Aff. Géorgia c. Russie*.

dommage irréparable. Les mesures provisoires constituent ainsi « une véritable garantie juridictionnelle de caractère préventif »[307]. Leur application nécessite, selon l'analyse de Nuala Mole que trois critères principaux soient remplis. Tout d'abord, il faut « un risque de dommage irréparable très grave ». Ensuite, le dommage doit être « imminent et irrémédiable », et troisièmement, il faut « au moins un début de prétention défendable »[308].
Dans l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*[309], et pour la première fois, la Cour a conclu que le non-respect d'un Etat partie des mesures provisoires signifie la non-conformité à ses obligations au titre de l'article 34 de la Convention. Le deuxième arrêt *Paladi c. République de Moldova*[310]a confirmé la même position de l'obligation de respecter les mesures provisoires par les États et de prendre toutes les mesures nécessaires pour les appliquer. D'autre part, la CourEDH a mentionné qu'il n'appartient pas à un Etat contractant de substituer son propre jugement à celui de la Cour pour vérifier s'il existait ou nonun risque réel qu'un requérant subisse un dommage immédiat et irréparable au moment où la mesure provisoire a été prise[311].
Plusieurs exemples d'applications jurisprudentielles des mesures provisoires dans des affaires d'expulsion ou d'extradition démontrent l'impact de leur usage sur le contentieux migratoire de la Cour[312].
À titre d'exemple, l'arrêt *F.G. c. Suède*[313] concernait le refus d'accorder l'asile à un ressortissant iranien converti au Christianisme enSuède qui alléguait que son expulsion vers l'Iran l'exposerait à un risque réel d'être poursuivi et puni ou condamné à mort. Dans cette affaire, il fut sursis à l'expulsion du requérant en vertu d'une mesure provisoire adoptée par la Cour qui indiquait au gouvernement suédois que le requérant ne devait pas être expulsé vers l'Iran tant que la Cour examinerait l'affaire. La CourEDH a conclu qu'il n'y aurait pas violation des articles 2 et 3 de la Convention en raison du passé politique du requérant en Iran si celui-ci était expulsé vers son pays d'origine, et qu'il y aurait violation des articles 2 et

[307] TRINADES (A.A.C), *Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Strasbourg 11 juillet 2002, p. 13.
[308] MOLE (N*), Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, collection Migration, Éditions de Conseil de l'Europe, p. 137
[309] CourEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*.
[310] CourEDH, 10 mars 2009, *Paladi c. République de Moldova.*
[311] CourEDH, 22 octobre 2015, *Sergey Antonov c. Ukraine*.
[312] Les mesures provisoires sont appliquées dans les affaires d'expulsion ou d'extradition en cas de risques d'atteinte à la vie ; de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou risque pesant sur la vie privée et familiale.
[313] CourEDH, GC, 23 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*.

3 de la Convention si le requérant était renvoyé en Iran en l'absence d'une réévaluation actualisée, par les autorités suédoises, des conséquences de sa conversion religieuse.

Une seconde illustration concerne le risque de persécutions liées à l'orientation sexuelle, et dans ce sens on se réfère à l'arrêt *M.E. c. Suède*[314]. Cette affaire concernait la menace d'expulsion d'un demandeur d'asile de la Suède vers la Libye. L'intéressé soutenait qu'il risquerait de subir des persécutions et mauvais traitements en raison de son homosexualité, en Libye. Dans cette affaire, la Cour a décidé d'indiquer au gouvernement suédois, en vertu de l'article 39 de son Règlement, de ne pas expulser le requérant vers la Libye jusqu'à nouvel ordre. En décembre 2014, le requérant s'est vu octroyer un permis de séjour en Suède. La Cour a estimé que la menace d'une violation de l'article 3 de la Convention avait disparu et que le litige avait par conséquent été résolu au niveau interne. Elle a dès lors décidé de rayer la requête de son rôle.

La troisième catégorie est relative au risque d'être condamné à mort ou à une peine d'emprisonnement à vie en cas d'extradition. À ce titre, on se réfère à l'arrêt *Babar Ahmed et autres c. Royaume-Uni*[315]. Les requérants avaient été inculpés de divers chefs de terrorisme aux États-Unis d'Amérique, pays qui avait demandé leur extradition. Ils se plaignaient qu'ils risquaient de devoir purger leur peine dans une prison américaine de sécurité maximale, où ils feraient l'objet de mesures administratives spéciales et d'être condamnés à des peines d'emprisonnement à vie. La Cour a décidé d'appliquer l'article 39 de son règlement. Cette mesure a été levée après que la Cour eut jugé qu'il n'y aurait pas violation de l'article 3 de la Convention concernant la durée de la peine d'emprisonnement qui pourrait être infligée aux requérants s'ils étaient extradés vers les États-Unis.

Cette innovation jurisprudentielle de protection des droits des migrants s'est appuyée sur les rares bases textuelles contenues dans la CEDH, ainsi que dans des protocoles additionnels[316]. L'interprétation de la Cour est une interprétation progressiste et évolutive,

---

[314]CourEDH, GC, 23Mars 2016, *F.G. c. Suède*.

[315] CourEDH, 10 Avril 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*.

[316] Concernant les bases textuelles directes de la Convention, ils consistent dans l'article 5, I) qui réglemente : « l'arrestation ou détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ». Dans le même cadre, on mentionne aussi l'article 16 intitulé « restrictions à l'activité politique des étrangers » qui affirme que « aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».Concernant les bases textuelles des Protocoles, il y a tout d'abord, le protocole n° 4 du 16 septembre 1963, spécifiquement l'article 3 relatif à la liberté de circulation et

qui cherche à réaliser la finalité de la Convention, protéger les intérêts des individus et à garantir l'effectivité de leurs droits, en s'adaptant à l'actualité.

Ainsi, la CourEDH refuse une interprétation restrictive de la CEDH tout en affirmant la nécessité de « rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties »[317]. Ceci a été consacré par l'arrêt *Golder* du 21 février 1975[318], considéré comme étant la base jurisprudentielle de la doctrine générale de l'interprétation de la Cour. C'est ainsi qu'« en cas de doute ou ambiguïté, la Commission admet avec le requérant qu'il faudrait préférer les sens extensifs au sens restrictif proposé par le gouvernement ». En effet, « la fonction primordiale de la Convention consiste non pas à énoncer des obligations réciproques entre États »[319], mais à protéger les droits des individus. Ce but a été affirmé par la Cour dans l'arrêt *Airey c. Irlande*[320] et répété ensuite à de nombreuses reprises et ce en concluant que « la convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ». Le souci de la Cour est de garantir l'effectivité des droits, c'est-à-dire assurer que les droits protégés ne doivent pas être sans teneur.

Cette innovation de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour quant à la protection des droits des migrants s'est manifestée de manière éclatante dans un arrêt *HirsiJamaa*[321] où la CourEDH consacre l'effet extraterritorial de l'interdiction des expulsions collectives en rappelant que « la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles… d'une manière qui en rend les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoires ».

À ce titre, on considère la protection par ricochet comme une innovation jurisprudentielle de la Cour. Elle consiste à créer de nouveaux droits qui sont liés aux droits énumérés dans la Convention. Cela signifie autrement l'extension de la protection garantie par certains articles

---

d'établissement, et l'article 4 qui interdit les expulsions collectives. On relève également le Protocole n°7 du 22 novembre 1984 qui couvre totalement la matière de l'expulsion des étrangers. Cela inclut les garanties procédurales dont bénéficient les étrangers pendant les mesures d'éloignement et d'expulsion.

[317] CourEDH, 27/06/1968, arrêt *Wemhoff c. Allemagne* § 7 et 8

[318] PELLOUX (R), « L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, volume 21, 1975. pp. 330-339.

[319] CourEDH, 21 février 1975, Arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 4451/70, §36.

[320] CourEDH, 9 octobre 1979, Arrêt *Airey c. Irlande*.

[321] CourEDH, 23 février 2012, *HirsiJamaa et autres c/ Italie.*

ou textes à autres cas similaire. Ainsi on relève l'exemple de l'extradition illustré par l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*[322]. Dans la CEDH, il n'y a pas de droit à la non-extradition au cas où la personne risquerait un mauvais traitement dans l'Etat requérant. Cependant, la Cour refuse l'extradition dans les cas où le pays requérant pratique des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 CEDH. Cela a été jugé dans une affaire où un individu, après avoir commis un double assassinat aux États Unis d'Amérique s'était réfugié en Angleterre. Cet individu risquait la peine de mort et en cas de condamnation à celle-ci, s'écoulait en moyenne un délai de 8 à 10 ans avant l'exécution. Or, selon les juges européens, ce long délai, parsemé d'incertitudes sur les lendemains constitue un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 précité. Comme on le voit, on se trouve en pleine interprétation « analogique ». La protection par ricochet est présentée comme « l'une des preuves du dynamisme de la Cour, et elle s'est avérée comme étant la technique la plus déterminante pour protéger les droits fondamentaux »[323] des migrants.

En vertu de l'article 34 de la CEDH, toute personne qui saisit la Cour d'une requête doit être victime d'une violation des droits garantis par la Convention. La Cour a établi que la notion de victime est un concept autonome, ce qui autorise une interprétation téléologique[324] . Ainsi cette interprétation de la notion de victime a permis à la CEDH de développer sa jurisprudence de façon à reconnaitre le statut requis pour les victimes directes et les victimes indirectes[325]. Les victimes directes[326] désignent les requérants directement concernés par l'acte ou l'omission qui a prétendument porté atteinte aux droits qui leur sont garantis par la Convention, dans la mesure où ils n'étaient pas, ne serait-ce qu'en partie, responsable de cette violation. Les « victimes indirectes »[327] désignent les personnes qui prétendent avoir un lien particulier et personnel avec la victime directe. Toute personne qui n'est pas affectée dans ce sens n'a pas la qualité de victime. Par exemple, dans l'affaire de la Cour, *Chahal c. Royaume-Uni*[328], relative à l'avis d'expulsion de M. Chahal vers l'Inde, son épouse et ses enfants ont rejoint l'affaire en tant que requérants en soulevant que

[322] CourEDH, 07 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni
[323] LABAYLA (H.), BRUYCKER (Ph.), *op. cit*., p. 28.
[324] CourEDH, 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse*, §30 à 33.
[325] CourEDH, 27 septembre 1995, *McCain et autres c. Royaume-Uni*, CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, §36.
[326] KTISTAKIS (Y), *op. cit*., p. 112.
[327] *Ibid. loc. cit.*
[328] CourEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, précité.

l'expulsion de M. Chahal porterait atteinte à leur droit au respect de la vie familiale sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

Par ailleurs, la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus. Pour porter une requête devant la CourEDH, le requérant doit apporter la preuve[329] de l'épuisement des voies de recours internes, de même que l'Etat défendeur qui soulève l'exception de non épuisement doit prouver l'existence de voies de recours internes qui n'auraient pas été exercées[330].

Le juge européen a dispensé les migrants de l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans certains cas surtout lorsque la durée de la procédure est excessive, ou bien lorsque les juridictions internes se réfèrent au motif de préservation de l'ordre public. Ainsi à tire d'exemple, dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*[331], les tribunaux nationaux ont invoqué des considérations d'ordre subjectif qui consistent dans le danger que M. Chahal représentait pour la sécurité nationale, en tant que motivation de son expulsion. Ainsi la Cour a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH par les instances nationales, donnant une position en faveur des droits des migrants.

La Cour a introduit certains assouplissements concernant le respect de la règle du délai de la part des migrants lors de l'introduction des requêtes devant la Cour. Le juge européen considère que le délai peut courir à partir de l'exécution de la décision d'éloignement, c'est le cas de l'affaire *Nasri c. France*[332], à partir du moment où l'intéressé a eu connaissance effective de la décision d'éloignement, et puis du moment où la décision d'éloignement prend effet.

L'une des dispositions les plus pertinentes quant à la garantie des droits procéduraux dans le texte de la CEDH, est l'article 6 qui consacre le droit à un procès équitable. Ce droit, reconnait à toute personne « ...que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. ». Cet article ne s'applique pas aux migrants car il est réservé aux matières civiles et pénales.

---

[329] Art. 47-a, Règlement de la Cour. Il ne peut utiliser sa carence dans l'accomplissement des actes de procédure justifiant une déchéance : CourEDH, 20 janvier 200, *Yahiaoui c. France*.
[330] CourEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, § 41
[331] CourEDH, Affaire *Chahal*précitée.
[332] CourEDH, 11 mai 1993, N. c. France.

Dans ce cadre, la Cour a fait recours à l'interprétation par ricochet, afin d'admettre l'applicabilité de l'article 13 de la CEDHaux migrants qui consacre le droit au recours effectif, L'effectivité d'un recours tient notamment à son caractère suspensif. La Cour a insisté sur cette caractéristique en considérant que « l'article 13 exige un recours interne habilitant à examiner le contenu du grief et à offrir le redressement approprié, même si les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose cette disposition[333] ». En effet, la Cour a indiqué dans l'affaire *IM c. la France* que « l'effectivité implique des exigences de qualité, de rapidité et de suspensivité, compte tenu en particulier de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements »[334].

II. L'optimisation des droits substantiels des migrants

C'est par une construction jurisprudentielle remarquable que la Cour de Strasbourg a façonné le socle de la protection des droits substantiels des migrants. Ces droits sont reconnus à toute personne dès lors qu'elle relève de la juridiction de l'un des Etat membres de la convention. Compte tenu de l'importance des droits de l'homme et de leur nature même, le principe consacré est celui de leur indivisibilité. Les droits ayant une importance particulière dans la jurisprudence de la CourEDH concernant le contentieux migratoire regroupent le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumain ou de ou dégradants, et le droit au respect de la vie privée et familiale.

Concernant l'application du droit de la vie au profit des migrants, il est surtout applicable lors d'une mesure d'éloignement qui viole la protection de droit à la vie. Dans ce cas, la CourEDH ne se réfère pas dans sa jurisprudence à l'article 2, mais privilégie celle de la protection par ricochet de l'article 3 CEDH[335].

---

[333] CourEDH, 11 juillet 2000, *Habari c.Turquie*.
[334] CourEDH, 2 février 2012, *IM c. France*.
[335] C'est l'exemple de l'affaire *Kemalagu c. Turquie*, qui concernait le fils des requérants qui, à l'âge de sept ans, est mort de froid alors qu'il tentait de rentrer chez lui à pied un jour de tempête de neige où la classe avait fini plus tôt et où le bus de ramassage de la commune n'était pas passé à l'heure de sortie des élèves. La Cour a conclu à la violation de l'article 2 parce que les autorités ont manqué à leurs obligations de prendre les mesures obligatoires. CourEDH, 10 Avril 2012, *IlbeyiKemaloglu et MeriyeKemaloglu c. Turquie.*

La jurisprudence de la Cour interdisant l'éloignement d'un étranger vers une destination où il courait le risque d'être victime d'actes de torture ou de traitements inhumains et dégradants est fondamentale. En effet, l'application de l'article 3 quant aux migrants et étrangers, est une construction prétorienne de la Cour. Le juge s'est basé sur la technique de l'interprétation par ricochet, pour constater ainsi que la décision d'éloigner un étranger vers une destination risquée fonde la responsabilité de L'Etat, et ce dernier est tenu de vérifier la situation de l'Etat de destination avant de prendre la décision.

Le non-respect du droit de la vie privée et familiale pour les migrants est souvent soulevé devant la CourEDH. Cette juridiction a rendu son premier arrêt relatif à cette question de regroupement familial des migrants dans l'affaire *Abdelaziz c. Royaume-Uni*[336] dans lequel l'Etat partie (Royaume-Uni) a refusé de laisser un couple marié se réunifier sur son territoire en autorisant l'époux à rejoindre son épouse régulièrement installée chez lui. Dans cette affaire le raisonnement du juge s'illustre ainsi : premièrement il affirme que le droit de mener une vie familiale est un droit fondamental de l'individu qu'il importe de garantir, et ensuite il rappelle que la convention autorise aux pouvoirs publics une ingérence dans l'exercice de ce droit.

En effet, la Cour confirme le souci d'équilibre et de balance des intérêts qu'elle prend en considération dans le contentieux migratoire particulièrement, cela se résume dans l'énoncé de la Cour dans l'affaire *Mallah c. France* : « L'article 8 de la convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre d'éventuelles ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il engendre de surcroit des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale de l'individu et de la société dans son ensemble »[337] . De même, dans l'arrêt *Sen c. Pays-Bas*[338], la Cour considère que « l'article 8 peut engendrer des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Les principes applicables à pareilles obligations sont comparables à ceux qui gouvernent les obligations négatives. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation[339] ».

[336]CourEDH, 28 mai 1985, Arrêt *Abdulaziz, cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni.*
[337] CourEDH, 10 janvier 2011, *Mallah c. France*.
[338] CourEDH,21 décembre 2001,*Sen c. Pays-Bas*.
[339]*Ibid.* §31.

Concernant l'unité de la vie familiale en cas d'éloignement, ce droit interdit dans certain nombre de cas la rupture de l'unité familiale par une mesure d'éloignement. Cela est lié au terme de « double peine » : lorsqu'un seul des membres d'une famille est frappé d'une mesure d'éloignement et se trouve forcé de quitter la cellule familiale[340]. C'est en se fondant sur l'article 8 deCEDH mais également sur l'article 9 de la convention de Rome[341], que la Cour a initié une protection contre cette « double peine » ne touchant pas seulement la personne expulsée, mais également sa famille. Mais la Cour s'est montrée, sur ce terrain sensible, très timide. La Cour s'est fondée pour la premières fois sur l'article 8 à propos d'une situation d'expulsion à l'occasion de l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas*[342]. Elle a fait de même dans plusieurs autres affaires comme l'affaire *Moustaquim c. Belgique*[343].Ainsi une ordonnance d'éloignement d'un Etat contractant où l'intéressé a des enfants ou d'autres personnes avec lesquels il entretient des liens de famille ou refusant d'autoriser un parent ou un autre membre de la famille à rejoindre les autres dans ledit Etat, est considérée comme une ingérence dans la vie familiale au sens de l'article 8.

Quant aux droits économiques et sociaux, la Cour a connu de nombreuses affaires relatives aux limitations d'accès au logement. Cela se fait notamment en s'appuyant sur « l'absence de mise à disposition d'un abri par les États membres dans des situations où la loi les y oblige »[344]. La Cour qualifie l'absence de cette mise à disposition comme une violation de l'article 3 de la CEDH interdisant les traitements inhumains et dégradants. Dans d'autres cas, la Cour s'est basée sur l'article 8 de la CEDH, pour protéger les migrants contre des expulsions et des destructions d'habitations. La CourEDH a déjà, dans des cas exceptionnels, ordonné des mesures provisoires au titre de l'article 39 de son Règlement, afin de s'assurer que les familles de demandeurs d'asile bénéficient d'un toit en attendant qu'elle se penche sur leur requête.[345]

C'est notamment dans l'affaire *M.S.S c. Belgique et Grèce*[346], que la CourEDH a estimé que la Grèce n'avait pas respecté l'article 3 de la CEDH en l'absence des normes minimales

[340] LABAYLE (H.), « Le droit au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, 2007, p.101.
[341] Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.
[342] CourEDH, 21 juin 1988, affaire *Berrehab c. Pays-Bas*.
[343] CourEDH, 18 février 1991, affaire *Moustaquim c. Belgique*.
[344]*Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, Conseil de l'Europe, Edition 2014, p. 215.
[345] CourEDH, 24 mai 2011, *Afif c. Pays-Bas*.
[346]CourEDH, 21 janvier 2011,*M.S.S c. Belgique et Grèce*.

d'accueil imposés par le droit de l'UE pour les demandeurs d'asile. La Cour a ainsi confirmé que « l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités grecques en vertu des termes même de la législation nationale que transpose le droit communautaire, à savoir la directive 2003/09 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres[347]. ».

Cependant, la Cour reste paralysée en termes de reconnaissance de droit au logement aux migrants[348], et elle garde toujours une distance vis-à-vis des États,afin de ne pas empiéter sur leur droit d'imposer des conditions d'accès à leur territoire. On mentionne ainsi les arrêts *Chapman*[349] et *Muslim*[350] selon lesquels « l'article 3 ne saurait être interprété comme obligeant les Etats à garantir un droit au logement à toute personne relevant de leur juridiction et il ne saurait non plus être tiré de l'article 3 un devoir général de fournir aux réfugiés une assistance financière pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie [351]».

Par ailleurs, sous l'angle du droit à l'éducation, la CourEDH a affirmé que les États devraient prendre les mesures nécessaires pour garantir l'accessibilité des migrants à l'enseignement primaire, secondaire et supérieur. C'est ainsi qu'on se réfère à l'affaire *Ponomaryovi c. Bulgarie*[352], qui concerne un résident de longue durée vivant en Bulgarie qui avait perdu son permis de séjour et devait par conséquent payer des frais d'éducation secondaire. Dans cette affaire le juge, a considéré non justifiée l'obligation de payer des frais de scolarité dans l'enseignement secondaire en fonction de la nationalité et du statut en matière d'immigration des requérants. C'est ainsi que la Cour a confirmé que le fait de ne disposer que des connaissances et aptitudes basiques a des graves répercussions sur le

[347]CourEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, §250.

[348] À voir aussi l'affaire *Bah c. Royaume-Uni*, n° 56328/07, CourEDH, 27 septembre 2011. L'affaire porte sur le refus de reconnaitre à une mère et à son fils de 14 ans un « besoin prioritaire » de logement au motif que le fils venait à peine de recevoir un permis de séjour dans le cadre d'un regroupement familial, assorti de la condition expresse de ne pas recourir aux derniers publics. Pour la CouEDH, la législation dénoncée en l'espèce poursuivait un but légitime, en l'occurrence l'attribution équitable de ressources limitées entre différentes catégories de demandeurs. La CourEDH a précisé que la requérante en l'espèce n'était pas en situation de dénuement et possédait d'autres options de logement.

[349] CourEDH, G.C. 18 janvier 2011, *Chapman c. Royaume-Uni*, § 99.

[350] CourEDH, 26 avril 2005, *Muslim c. Turquie*, § 85.

[351] CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, §249.

[352] CourEDH, 21 juin 2011, affaire *Ponomaryovi c. Bulgarie*.

développement personnel et professionnel d'une personne, ainsi que sur son bien-être social et économique.

La CEDH ne prévoit pas le droit à la santé, cependant la Cour engage la responsabilité d'un Etat membre lorsqu'il y a des preuves de mise en danger de la vie d'une personne en interdisant ou ne pas facilitant l'accès de cette personne aux soins de la santé[353]. Les questions de soins de santé soulevées dans le contentieux migratoire de la Cour le sont généralement dans le contexte de l'invocation de besoins médicaux aux fins de protection contre l'expulsion. C'est ainsi que dans des cas extrêmes, l'article 3 de la CEDH peut être invoqué. Cette garantie du droit à la santé protégée à travers les articles 2 et 3 de la CEDH, découle du respect de la dignité humaine, valeur fondamentale en matière de droits de l'homme.

Dans ce cadre, la seule opinion engagée pour la reconnaissance du droit d'accès aux soins de santé envers les étrangers et en particulier les migrants a été prononcée dans l'affaire *B.B c. Royaume-Uni*. L'affaire en question concernait un demandeur d'asile atteint d'une maladie grave qui l'obligeait à se déplacer régulièrement à l'hôpital. C'est ainsi que le juge a affirmé qu'« un étranger gravement malade, qui réside dans un pays dans une sorte de clandestinité sans pouvoir bénéficier pleinement du régime de la protection sociale, se trouve dans une situation qui n'est pas conforme aux exigences de l'article 3 de la Convention[354]». Cette disposition demeure exceptionnelle et ne reflète pas la position générale de la Cour sur cette question, puisque comme elle l'a souligné dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* : « l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat contractant de pallier les disparités enfournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde pour les États contractants[355]».

Le respect des États de leurs obligations du droit au travail est important pour les migrants notamment entermes de protection de leur dignité. L'interdiction du travail forcé a été consacrée par l'article 1 et 2 de la CSE ainsi que par la CEDH, dans son article 4 relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.Dans sa jurisprudence relative à cette

[353] CourEDH, *Chypre c. Turquie* (GC), 10 mais 2001, §219, voir aussi CouEDH, 4 mai 2000, *Powell c. Royaume-Uni*.
[354] CourEDH, 7 septembre 1998, *B.B. c. Royaume-Uni*.
[355] CourEDH, G.C., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, §42.

thématique, notamment quant aux droits des migrants, l'affaire *Siliadin c. France*[356] revêt une grande importance. La requête a été déposée par une ressortissante togolaise, mineure et en situation irrégulière à l'époque des faits, qui avait travaillé plusieurs années à partir de 1994 comme domestique non rémunérée, sept jours par semaine, au service d'un couple qui avait confisqué son passeport. La CourEDH a déclaré qu'avec les articles 2 et 3 de la CEDH, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, comme l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. L'article4 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n°1 et 4, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre de nulle dérogation, même en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation »[357]. Par sa jurisprudence, la CourEDH a établi que les États sont dans l'obligation de protéger les migrants contre le travail forcé ou obligatoire lorsqu'ils connaissent ou auraient dû connaître les risques que court une personne d'être victime de la traite, de l'exploitation ou du travail forcé ou obligatoire.

III. La démarcation de la Cour de certains instruments régissant le système européen de la migration

Le système européen actuel de l'immigration est construit sur deux instruments juridiques, qui sont considérés comme les pierres angulaires de la gestion migratoire en Europe. Ces deux instruments sont : la Convention de Genève et le règlement de Dublin. Dans le cadre de sa démarche audacieuse et innovante, le juge de Strasbourg, en se prononçant dans le contentieux migratoire, a exposé sa position quant à ces deux instruments internationaux.

La Convention de Genève relative au statut des réfugiésdéfinit les procédures selon lesquelles un Etat doit accorder le statut de réfugié aux personnes qui en font la demande, ainsi que les droits et les devoirs de ces personnes. Cette convention a principalement consacré le principe de non-refoulement, dans son article 33, qui est « un principe fondamental du droit des réfugiés interdisant aux États d'éloigner ou de refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié vers des pays ou territoires ou sa vie ou sa liberté

[356] CourEDH, 26 juillet 2005, *Silidian c. France*.
[357]CourEDH, *Silidian c. France*, précité §82.

serait menacée »[358]. Cependant cette disposition, reste limitée, puisque l'éloignement d'un réfugié peut prendre place à titre exceptionnel, en cas de danger pour la sécurité de l'Etat d'accueil ou, ayant commis une infraction pénale grave. Pour sa part, la CourEDH interdit d'une manière absolue le refoulement d'une personne à travers l'article 2 et 3 de la CEDH. C'est ce qu'elle a déclaré dans l'affaire *Saadi c. Italie*[359]. La Cour confirme ainsi dans l'arrêt *Sharifi et autres c. Italie*[360] que cette interdiction absolue d'éloignement s'applique non seulement aux réfugiés et aux demandeurs d'asile, mais également à des personnes qui n'ont même pas pu formuler une telle demande.

La Cour a considéré autrement, que le principe de non-refoulement s'applique même en Haute mer, dans l'arrêt *HirsiJamaa*, dans lequel elle condamne l'Italie pour avoir violé l'article 3 de la Convention, en procédant à l'interception d'embarcations dérivant au large de l'île de Lampedusa et au refoulement immédiat vers la Libye des migrants qui s'y trouvaient. La Cour reconnait l'exercice par l'Etat italien de sa juridiction et conclut à l'application de la Convention induisant une application extraterritoriale non seulement de l'article 3 mais encore de l'article 4 du protocole n°4. Cela comme le démontre le juge de Strasbourg : « Si l'article 4 du Protocole n°4 devait s'appliquer seulement aux expulsions collectives effectuées à partir du territoire national des États parties à la Convention, c'est une partie importante des phénomènes migratoires contemporains qui se trouverait soustraite à l'empire de cette disposition, nonobstant le fait que les agissements qu'elle entend interdire peuvent se produire en dehors du territoire national et notamment, comme en l'espèce, en haute mer »[361] ; cela aurait pour conséquence que « des migrants ayant emprunté la voie maritime, souvent au péril leur vie, et qui ne sont pas parvenus à atteindre les frontières d'un Etat, n'auraient pas droit à un examen de leur situation personnelle avant d'être expulsés, contrairement à ceux qui ont emprunté la voie terrestre »[362]. Et la Cour de conclure : « les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un Etat dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'Etat, voire de les refouler vers un autre Etat, constituent un exercice de leur

[358] COMM. E, Glossaire, *op.cit*., p.163
[359] CourEDH, *Saadi c. Italie*, précité.
[360] CourEDH, *Sharifi et autres c. Italie*, précité.
[361]CourEDH, *Hirsi Jamaa*, § 68.
[362] Ibid., § 177.

juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'Etat en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n°4 »[363]. Il est opportun de souligner que l'interdiction d'éloignement au titre de la CDEH, et dans la jurisprudence de la Cour est plus marquée que le principe de non-refoulement de la Convention de Genève.

Le Règlement 604/2013 Dublin III détermine quel Etat membre est responsable du traitement d'une demande d'asile, et il « fait peser un poids considérable sur les pays situés aux frontières de l'UE »[364]. L'objectif du règlement est « d'éviter que les demandeurs d'asile soient renvoyés d'un pays à l'autre mais également d'éviter l'abus du systématiser la présentation de plusieurs demandes d'asile par une seule personne ».[365]Ce règlement permet donc d'éviter *l'asylim shopping*. Le règlement Dublin III permet à un Etat de refuser d'instruire une demande parallèlement à une autre demande souscrite dans un autre pays, ou bien que les empreintes du demandeur figurent dans le fichier Eudora à la suite d'un contrôle après le franchissement irrégulier d'une frontière. Ce règlement impose aux États de premier contact avec les flux des migrants un fardeau considérable. Cependant, la majorité des réfugiés qui atteignent l'Europe ne souhaitent pas rester dans les pays d'arrivée, ils les considèrent comme des pays de transit[366].

La position de la Cour a été bien établie dans l'arrêt *Sharif et autres c. Italie et Grèce*.[367] Dans cette affaire, elle a rappelé que l'application du système Dublin doit se faire d'une manière compatible avec la CEDH. Aucune forme d'éloignement collectif et indiscriminé ne saurait être justifié par référence à ce système et il appartient à l'Etat qui procède au refoulement de s'assurer de la façon dont le pays de destination applique la législation en matière d'asile des garanties suffisantes qu'il offre permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt.

On se réfère aussi à l'affaire *M.S.S c. Belgique et Grèce*,[368]dans laquelle le juge a considéré que dans l'application de règlement de Dublin, les États doivent s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé dans son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'il encourt.

[363]CourEDH, *Hirsi Jamaa*, § 180.
[364] CGIRON (P.), *op.cit*., p. 3.
[365] CourEDH, fiche thématique, affaire « Dublin », Unité de presse, juillet2015.
[366] CHIRON (P), *op.cit*., p. 102.
[367]CourEDH, *Sgarif et autres c.Italie et Grèce*, précité.
[368] CourEDH, 21 janvier 2011,*M.S.S.c. Belgique et Grèce*.

La Cour a tenu compte des besoins particuliers et de l'extrême vulnérabilité de la famille des requérants. C'est ainsi qu'elle a souligné dans l'affaire *Tarakhel c. suisse*[369]que l'exigence de « protection spéciale » pour les demandeurs d'asile est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit d'enfants. En d'autres termes, la Cour a écarté « l'automaticité » inhérente au régime de Dublin pour mettre en avant l'intérêt des enfants dans le contexte de l'article 3 de la convention. Dans ce cadre, la Cour souligne toujours que l'application du règlement de Dublin, ainsi que de la convention de Genève, doit être dans la mesure du respect des droits conventionnels, et dans les limites du respect de la dignité des migrants.

La Cour affirme dans sa jurisprudence, notamment dans l'affaire de *Souza Ribeiro c. France*, que « si la Convention ne garantit pas, comme tel, le droit pour un étranger d'entrer ou résider sur le territoire d'un pays, les politiques en matière d'immigration n'échappent pas à la compétence de la Cour. De plus, la convention protège bien les droits des migrants, quel que soit leur statut juridique dans le pays hôte. Le fait qu'un migrant n'a pas été autorisé à entrer ou à séjourner dans un pays ne le prive pas de ses droits fondamentaux ». La Cour élabore ainsi un code de conduite pour les États à respecter en termes de politiques migratoires, notamment pour ce qui est des conditions de détention des migrants dans des centres de rétention. L'arrêt *Khalifa et autres c. Italie*, concernant les mauvaises conditions de détention sur l'Ile de Lampedusa, est très révélateur. La Cour a reconnu l'obligation de l'Etat de garantir des conditions de détention compatibles avec le respect de la dignité humaine, comme elle a rappelé le caractère absolu de l'article 3 de la convention. Dans la même approche, la CourEDH a mis les bases concernant les expulsions collectives, elle a souligné dans divers arrêts que la procédure d'expulsion doit prendre en considération la situation individuelle des personnes concernées.

La Cour a établi les lignes directrices en matière de détention des migrants. C'est l'exemple de l'arrêt *S.K. c. Russie*[370] du 28 mars 2017, qui concernait des plaintes formulées par quatre personnes, originaux d'Irak, des territoires palestiniens, de Somalie et de Syrie, qui avaient transité par l'aéroport de Moscou et s'étaient vu refuser l'entrée en Russie. Trois des requérant avaient en fin de compte passé cinq à huit mois dans la zone de transit de l'aéroport ; le quatrième, originaire de Somalie, y avait passé près de deux ans. La Cour a conclu à la violation de l'article 5 § 1, (droit à la liberté et à la sureté) de la convention. Elle a

[369] CourEDH, 4 novembre 2014, affaire *Tarakhel c. Suisse.*
[370] CourEDH,14 février 2017, *Z.A.et autres c. Russie.*

jugé en particulier que la rétention des requérants dans la zone de transit, situation qu'ils n'avaient pas choisie, s'analysait en une privation de liberté et que cette mesure n'avait pas de base légale en droit interne. De plus, la Cour a estimé que les requérants avaient été retenus pendant de longues périodes dans des conditions inacceptables, qui avaient porté atteinte à leur dignité et leur avaient inspiré des sentiments d'agitation, et s'analysaient dès lors en un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la Convention.

Certes, la Cour a forgé des positions claires quant à la crise migratoire actuelle. On peut confirmer que ses positions dressent des limites importantes aux politiques des Etats face à la crise des migrants et des réfugiés. La jurisprudence de la Cour constitue une boussole pour les États européens. Elle met en évidence la nécessité de repenser la convention de Genève sur le statut des réfugiés et le système de Dublin. Elle établit les limites infranchissables par les Etats et garantit le respect des droits procéduraux et substantiels des migrants. En revanche, la Cour est souvent critiquée quant à l'étendue de ses pouvoirs, surtout que la question migratoire touche la sphère régalienne de la sécurité nationale. Certains n'hésitent pas à la qualifier de « gouvernement des juges tyrannique »[371].

[371]Sur les dérives de la Cour : http://www.marianne.net /pierre-lellouche- la-cedh-un-gouvernement-des-juges-européens ;http://www.polemia.com/tyrannie-des-juges-contre-droit-des-peuple-les-derives-de-la-cour-européenne-des-droits-de-lhomme-cedh/

Bibliographie

I. Ouvrages

CHIRON (P.), *Les politiques migratoires européennes à la frontière du droit*, Paris, Institut des relations internationales et stratégiques, Juin2017.

GREER (S.), *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, dossier sur droits de l'homme n°17,2000.

GROTRIAN(A.), *L'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, droit à un procès équitable*, dossier sur les droits de l'homme n°13, Strasbourg, Edition du Conseil de l'Europe, 2014.

LAMBERT (H.), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

LAMBERT(H.), La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, Dossiers sur les droits de l'homme, n°8, Strasbourg, Edition du Conseil de l'Europe, 2007.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 1997.
MOLE (N.), *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, collection migration, Strasbourg, Éditions de conseil de l'Europe, 1997.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et autres, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2éme édition, 1999.

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7éme édition, 2015.

II. Thèses et Mémoires

AUDOUY(A.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Droit. Université Montpellier, 2015. Français. Publié sur http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01369159,consulté le 20 septembre 2016.

BENNOUR (S.), *La protection des droits des étrangers par la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA en droit communautaire et relations Maghreb-Europe, Faculté des sciences juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2001.

KAOUECH (A.), *La migration dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Mémoire de Mastère de recherche en droit public, FSJPST, 2017.

III. Articles

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La subsidiarité devant la CJCE et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, pp.28-47.

BASILIEN-GAINCHE (M.-K.), « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? que peut le droit ? », *Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux,* 9/2016 ,analyses et libres propos, publié sur http://revdh.revues.org/1838?lang=en le 16/11/2017,pp. 1-31.

COSTA (J.-P.), « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales »,*R.T.D.H.*, n°557/2004, pp. 101-110.

DRZEMCZEWSKI (A.), « Vers une logique juridique : à propos de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2000, pp.85-90.

DUBOUT (E.), « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H*., n°74/2008,pp. 383-418.

LEVINET (M.), « La Cour européenne est de plus en plus compréhensive à l'égard des étrangers délinquants », *R.T.D.H*.,2000,pp. 301-321.

PELLOUX (R.), « L'arrêt Golder de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droits international*, volume 21, 1975, pp.330-339.

POITIVIN (A.), « La forteresse Europe opte pour l'option sécuritaire au détriment des droits fondamentaux », *Revue des droits de l'homme* [EN LIGNE], actualités droits-libertés, mis en ligne le 01 juin 2015, http://revdh.revues.org/1304;15p.

ROLLAND (P.), « Le contrôle d'opportunité par la cour européenne des DH », *in*. ROUSSEAU (D.) et SUDRE (F.), Dir., Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Paris, Edition STH, 1989, pp. 48-58.

ROUGET (D.) « Les étrangers et la convention européenne des droits de l'Homme : une protection limitée et contrastée », *Revue québécoise de droit international* (13.1) 2000,pp. 220-245.

SOUVIGNET (X.), « Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : dupouvoir du peuple à la souveraineté du sujet », *Jurisdoctoria,* n°5,2010,pp. 41-61.

WIEDERKEHR (G.), « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *Revue internationale de droit comparé,* n°50, avril-juin 1998, pp.449-462.

IV. Jurisprudence

CourEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne.*
CourEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni.*
CourEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*.
CourEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, cabales et Balkandali c. Royaume-Uni.*
CourEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*.
CourEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark.*
CourEDH, 07 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*.

CourEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*.
CourEDH, 27 septembre 1995, *McCain et autres c. Royaume-Uni.*
CourEDH, 11 juillet 2000, *Habari c. Turquie*.
CourEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*.
CourEDH, 26 juillet 2005, *Silidian c. France*.
CourEDH, 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse.*
CourEDH, GC, 23 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*.
CourEDH, 10 mars 2009, *Paladi c. République de Moldova*.
CourEDH, 10 janvier 2011, *Mallah c. France*.
CourEDH, 21 juin 2011, *Ponomaryovi c. Bulgarie*.
CourEDH, 2 février 2012, *IM c. France*.
CourEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c/ Italie.*
CourEDH, 10 Avril 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*.
CourEDH, 10 Avril 2012, *Ilbeyi Kemaloglu et Meriye Kemaloglu c. Turquie.*
CourEDH, 3 juillet 2014, *Géorgia c. Russie*.
CourEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse.*
CourEDH, 22 octobre 2015, *Sergey Antonov c. Ukraine*.
CourEDH, GC, 23 Mars 2016, *F.G. c. Suède*.
CourEDH,15 décembre 2016, *Khalifa et autres c. Italie*.
CourEDH,14 février 2017, *Z.A.et autres c. Russie.*

مكافحة تهريب المهاجرين وحق البقاء المشروع في بلد المنشأ: بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بين الواقع والمأمول

نعيمة الفقيه[31]

الملخص

تعطي هذه المقالة أهمية لموضوع مكافحة تهريب المهاجرين وحق البقاء المشروع في بلد المنشأ: بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بين الواقع والمأمول. يتمثل هدفنا في إزالة اللبس والغموض الذي لا يزال يكتنف شبكات تهريب المهاجرين والأخطار التي تمثلها على استقرار كل من دول المنشأ ودول المقصد وعلى مجتمعنا التونسي وعلى المهاجرين بتعريضهم لمختلف أنواع المخاطر. بحثنا بين أنّ الخلل في التعامل مع ظاهرة الهجرة غير الشرعية بالتركيز على الحلول الردعية والأمنية دون العمل على القضاء على الأسباب المؤدية للهجرة غير النظامية من شأنه تزايد أنشطة شبكات تهريب المهاجرين التي أصبحت بمثابة الضامن الحدثي لحق المغادرة المشروع الذي تنص عليه مبادئ حقوق الإنسان، وهذا ما يهدد أمن وسلامة مجتمعنا التونسي الأمر الذي يتطلب وضع خطط إستراتيجية تمكن من حماية المهاجرين وتمكينهم من حق البقاء المشروع وفق ما نص عليه بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين أو الهجرة بطرق شرعية دون أية مخاطر تذكر.

الكلمات المفتاحية: شبكات تهريب المهاجرين، البقاء المشروع، بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، الهجرة غير الشرعية.

Abstract

This article gives importance to the fight against the smuggling of migrants and the right to remain legitimate in the country of origin: the Protocol against the Smuggling of Migrants between Reality and Hope. Our aim is to remove the ambiguity and uncertainty that still surrounds migrant smuggling networks and the dangers they pose to the stability of our Tunisian society and to migrants by exposing them to various types of risks. We have examined whether the imbalance in dealing with illegal immigration by focusing on deterrent and security solutions without working to eliminate the causes of irregular migration would increase the activities of migrant smuggling networks that have

[31] Membre de l'unité de recherche : Transmission, Transitions, Mobilité, Faculté des sciences humaines et sociales de Tunis
Email : fakisouha@yahoo.fr - Tél : 0021697087900

become the temporary guarantors of the legitimate right of departure established by human rights principles. Threatens the security and safety of our Tunisian society, which requires the development of strategic plans to enable the protection of migrants and enable them the right to remain legitimate as provided for in the Protocol against the smuggling of migrants or migration by legal means without any risks.

Keywords: Networks of smuggling of migrants, Legitimate survival, Protocol against the Smuggling of Migrants, Illegal Immigration.

مقدمة

إنّ حدة التحركات السكانية الغير شرعية منذ ثورة 14 جانفي لسنة 2011 تحت طائلة العولمة وفشل المشروع التنموي الذي طبق منذ الاستقلال حفزت شبكات متخصصة في تهريب الشباب عبر البحر إلى جزيرة لامبيدوزا طمعا في الربح المادي، فلم يكن بمقدور الحكومة التونسية والمجتمع الدولي عموما أن يظلوا مكتوفي الأيدي إزاء نشاطات هذه الشبكات التي باتت تشكل خطرا على أمن وسيادة الدولة وعلى حياة وسلامة المهاجرين. ورغم أنّ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين نص على عدة سبل لمنع ومواجهة تلك الشبكات، إلا أنّ ذلك لم يحد من رغبة الشباب في مغادرة أراضي البلاد التونسية خاصة بعد فشل الطبقة السياسية في الاستجابة لمطالب شريحة اجتماعية تحس بالقهر لعدم استفادتها من ثمار ثروات البلاد وللتفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين الجهات، كما زاد هذا في وتيرة عمل الشبكات المنظمة لتهريب الشباب عبر البحر.

ارتأينا أن نتناول في هذه المقالة موضوع "مكافحة تهريب المهاجرين وحق البقاء المشروع في بلد المنشأ: بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بين الواقع والمأمول"، حتى نتعرف على حقيقة شبكات تهريب المهاجرين ومختلف انعكاسات هذه الشبكات على الدول وعلى المهاجرين لنصل إلى تبين آليات مكافحة جريمة تهريب المهاجرين من خلال مكافحة الأسباب المؤدية إلى الهجرة الغير شرعية وذلك بتصور جملة من المقترحات تتمحور حول أهمية وكيفية تكثيف البرامج التنموية في تونس كدولة منشأ. هدفنا من وراء هذا البحث هو القراءة النقدية لبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين الذي أوجد إجراءات وقع تطبيق الجانب الأمني منها مع التغافل على الجانبين الاقتصادي والاجتماعي، حتى نقرّ بانتهاك حقوق المهاجرين ومن أبرزها حق البقاء المشروع وحق الحياة الكريمة. وقمنا باستخدام المنهج التحليلي الوصفي حتى نجيب على عدة أسئلة تتطلب البحث عن أجوبة لها: أين تفعيل المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنص على حق كل فرد في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده دون معارضة مصالح دول الاستقبال؟ هل أصبحت شبكات تهريب المهاجرين الإجراء الضامن لتطبيق هذه المادة 13 ولحق الحياة الكريمة وحق المغادرة المشروع؟ ماهي مختلف الإستراتيجيات المساعدة على ضمان حق المغادرة للمهاجرين دون أن يكونوا ضحية شبكات التهريب؟ ولئن كانت تلك الشبكات تحقق أرباحا بالمليارات لماذا لا يتم إيجاد سبل شرعية تمكن من استخدام تلك الأموال في برامج تنموية مع ضمان حق المهاجرين في المغادرة؟

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لشبكات تهريب المهاجرين

1. تعريف شبكات تهريب المهاجرين

يطلق عليها أيضا عصابات تهريب المهاجرين، وهي شبكات متخصصة تقوم بتنظيم تهريب المهاجرين وعبورهم الحدود الوطنية والتسلل إلى دولة أخرى عبر حدودها البرية أو الجوية أو البحرية بطريقة غير نظامية، أو عبر منافذها الشرعية باستخدام تأشيرات ووثائق مزورة (عيد، م ف. 2010، 50). ويقوم المهربون بتقديم عديد الخدمات للمهاجرين على طول الطريق من توفير وسائل نقل وأماكن للإقامة والمبيت وذلك من أجل الحصول على منفعة مالية أو أية منافع مادية أخرى.

2. تعريف الاتجار بالبشر

حسب ما نصت عليه المادة 3 من بروتوكول مكافحة الاتجار بالبشر يقصد بالاتجار بالبشر عملية نقل أو إيواء أو توظيف أشخاص بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القصر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استخدام السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر بهدف الاستغلال في أنشطة غير قانونية وفي ظروف غير إنسانية. ويشمل الاستغلال كحد أدنى العمل القسري أو الدعارة أو تجارة الأعضاء البشرية أو استغلال الخدم في المنازل وسوء معاملتهم وعمالة الأطفال والاستغلال الجنسي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة مثل الدعايات الإباحية والأفلام الجنسية.(بروتوكول مكافحة الاتجار بالبشر، 2000)

3. التمييز بين تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر

يعتبر كلّ من تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر جريمة ونشاطا غير مشروع يشتمل على نقل مجموعة من الأشخاص بهدف تحقيق الربح، إلا أنهما يختلفان في عديد النقاط:

1.3. أوجه التشابه

كلّ من تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر يعدان من أخطر الجرائم المنظمة وهو ما جعل المجتمع الدولي يحثّ على أهمية اتخاذ التدابير اللازمة لمكافحتهما على الصعيدين الوطني والدولي من خلال إلحاق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة ببروتوكولين إضافيين أحدهما خصص لمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو وثانيهما خصص لمكافحة ومنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال.

ويتطلب كلّ من الجريمتين ضرورة تزوير وثائق وغسل عائدات الأموال والقيام بعمليات الفساد المختلفة يشارك فيها مقدمو خدمات المرفقية ومحصلو الديون وموظفو الأمن (أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر، 2010، 1-2)

وحسب الباحثة فتيحة محمد قوراري يؤدي تهريب المهاجرين في عديد الحالات إلى استغلال المهاجرين من قبل المهربين بشكل من أشكال الاتجار بالبشر (محمد قوراري، ف. 2009، 184) ، ذلك أنّ العديد من المهاجرين يبدؤون رحلتهم برضاهم وموافقتهم ومن ثمّ يتمّ استغلالهم لأغراض

مختلفة بعد تعرضهم للخداع والإكراه والابتزاز ومن ثمّ تتحول جريمة تهريب المهاجرين إلى جريمة الاتجار بالأشخاص بسبب الوضع القانوني الهش لهؤلاء المهاجرين محل التهريب. (عبد الله الشيخ، ب. 2012، 61)

2.3. أوجه الاختلاف

لئن كانت أنشطة تهريب المهاجرين تتمّ عبر مشاركة المهاجرين بصفة طوعية وبالموافقة على تهريبهم من قبل أباطرة التهريب، فإنّ الاتجار بالبشر يكون نشاطا قسريا مع التهديد بالاعتداء والعنف وموافقة الأشخاص أو دونها لا معنى لها أمام أفعال المتجرين. وعادة ما ينطوي تهريب المهاجرين على مغادرة أرض الوطن بطريقة غير مشروعة عبر معبر حدودي، في حين يمكن أن يقع الاتجار بالأشخاص داخل حدود الدولة الواحدة أو خارجها. وتنتهي علاقة المهاجرين بشبكات التهريب بمجرد بلوغ مقصدهم، أما العلاقة بين المتجرين وضحاياهم تبقى مستمرة لأنّ الهدف هو الكسب المتواصل الناجم عن عملية الاستغلال. ولئن كان أباطرة التهريب يكسبون أرباحهم من خلال فرض مبالغ مالية أو مادية مقابل نقل المهاجرين إلى وجهتهم، فإنّ أرباح المتجرين بالأشخاص تتضاعف من خلال الاستغلال المتواصل للضحايا والذي يتخذ عديد الأشكال من قبيل الاستغلال الجنسي، السخرة في العمل وتجارة الأعضاء البشرية (مجموعة أدوات الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالبشر، 2010، 4-5).

4. واقع شبكات تهريب المهاجرين في تونس

في عصر العولمة أصبحت الأموال والخدمات تتنقل دون أية قيود، في حين أسهمت الهواجس الأمنية والاقتصادية في مزيد تقييد حرية تنقل الأشخاص، وهذا ما خلق مناخا مناسبا لزيادة نشاط شبكات التهريب بتونس والتي كانت موجودة قبلا ولظهور أشكال جديدة لها في فترة ما بعد الثورة حيث بلغت حركات الهجرة غير النظامية ذروتها. لقد ظهرت هذه الشبكات الإجرامية بهدف نقل الكم الهائل والمتزايد من التونسيين الراغبين في بلوغ أراضي إحدى الدول الأوروبية بعد أن سدّت منافذ مغادرة أرض الوطن بطرق شرعية. وفي السنوات الأخيرة لا يخفى الدور البارز الذي يلعبه الوسطاء والسماسرة في تمكين المهاجرين غير الشرعيين من عبور الحدود التونسية.

وإذا كانت الهجرة لها أبعاد إنسانية تجعل المجتمع الدولي لا يجرمها والتشريعات الوطنية لا تدينها، فإنّ أنشطة شبكات التهريب بما تشكله من مخاطر بسبب انعكاساتها وعلاقتها بالجرائم العابرة للحدود مثل الاتجار بالبشر والإرهاب، وبما تشكله من تهديد على الأشخاص على أساس استغلالها للتربح من فئات هشة في مجتمعنا أو استغلالهم في ممارسات الاتجار بالبشر وقع تجريمها على مستوى وطني ودولي.

وبلغ عدد منظمي رحلات الحرقة الذين وقع إيقافهم أثناء الفترة الممتدة بين سنتي 2011 و2016 من قبل السلطات الأمنية 464 وتم تسجيل انضمام بعض أصحاب الجنسيات الإفريقية لهذه الشبكات منذ ثورة 14 جانفي سنة 2011 للمشاركة في استقطاب وتجميع الضحايا. وحسب عدد من الدراسات الميدانية للمنتدى التونسي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية يدفع التونسي مبلغا ماليا يتراوح بين 3000 دينارا و8000 دينارا لتلك الشبكات حتى يحظى بفرصة للسفر وحسب إفادات عدد من الحراقة يقل ثمن الرحلة كلما زاد عدد المهاجرين على متن القارب. وتعد مراكب الصيد الوسيلة الأكثر استعمالا من قبل تلك الشبكات الإجرامية لتهريب المهاجرين وذلك لانخفاض كلفتها وارتفاع طاقة استيعابها مقارنة ببقية الوسائل ولتفضيلها من قبل المهاجرين غير النظاميين، وتم استخدام بعض البواخر السياحية سنة 2011 أثناء تشتت مجهودات المؤسسة الأمنية في ظل اضطراب الأوضاع السياسية والاقتصادية وارتفاع الحركات الاحتجاجية. وخلال سنة 2017، وقع إيقاف 21 وسيلة نقل بحرية تمثلت 57% منها في مراكب سريعة (FTDES, 2017, 11-12).

5 انعكاسات شبكات تهريب المهاجرين

أصبحت مسألة تهريب المهاجرين في تونس كغيرها من عديد الدول خلال السنوات الأخيرة نشاطا تجاريا مفضلا لدى الشبكات الإجرامية الناشطة في تهريب الشباب نحو جزيرة لامبيدوزا وغيرها من الوجهات الأوروبية، وزادت جرأة وأنشطة هذه العصابات بزيادة الطلب على خدماتها. وبعد أن كان أباطرة التهريب ينظمون سفريات لفئة قليلة من الأشخاص عبر قوارب صغيرة أصبحوا اليوم ينظمون سفريات لمئات الأشخاص في قاع سفن متهالكة تسمى بقوارب الموت أو قوارب الانتحار الجماعي، يجوبون بهم المحيطات في رحلات محفوفة بالمخاطر. هذه الشبكات تقوم بتهريب المهاجرين دون أية ضمانات بشأن بلوغ مقصدهم بسلام وهذا ما يجعل أحلام العديد من شبابنا تتحول إلى معاناة تنتهي إمّا بالموت أو في سجون إحدى الدول الأوربية، وتتعدى هذه المخاطر المهاجرين غير الشرعيين لتمسّ سياسة الدول وكياناتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

1.5. مخاطر التهريب على المهاجرين المهربين

أكدت عديد الدراسات إمكانية ارتكاب جرائم في حقّ المهاجرين أثناء عملية تهريبهم حيث يمكن الاعتداء عليهم وتعريض حياتهم للخطر عند ركوب مراكب هشة وسط البحار. وتوجد عديد الإحصائيات الوطنية التي تشير إلى تزايد عدد المهاجرين الذين توفوا أثناء هجرتهم إلى الدول الأوروبية عبر البحر الأبيض المتوسط في قوارب الموت من سنة لأخرى، وتكشف حادثة غرق مركب في قرقنة في شهر جوان لسنة 2018 الجانب المخفي من ظاهرة تهريب المهاجرين حيث كانت حصيلة الموتى 87 شخصا (جابلي، ح. 2018)، بعد الكارثة الوطنية التي حدثت في 8 أكتوبر لسنة 2016 بسبب اصطدام سفينة لخفر السواحل بقارب يقل مهاجرين قبالة سواحل مدينة صفاقس والتي أدت إلى وفاة 46 شخصا[30]. وأكدت عديد الدراسات والمعطيات الميدانية أنّ حلم الضفة الأخرى لدى الشباب التونسي ينتهي بكوابيس تدل على مخاطر عمليات تهريب المهاجرين، فقد لقي 5000 تونسي نهايتهم في قوارب الموت منذ سنة 2011 وحتى اليوم هذا زيادة على تزايد عدد المفقودين الذين فاق عددهم 500 شخصا (بركات، ب. 2017). وحتى الناجين قد يكونون إما ضحية لعمليات تلاعب من قبل المهربين الذين يستخدمونهم للتهريب فيكونون عرضة للاعتقال لعدة سنوات في إحدى سجون الدول الأوروبية، أو عرضة للمشكلات النفسية مثل الشعور بالاضطهاد وصعوبة الاندماج بسبب التفرقة في المعاملة وفي الأجور بغض النظر عن مؤهلاتهم وكفاءاتهم، وكثيرا ما تتولد لديهم ظاهرة الإحباط والاغتراب وهذا ما يجعلهم عرضة للعزلة والانتحار أو الوقوع في فخ الانحراف والجريمة.

2.5. مخاطر شبكات تهريب المهاجرين على سيادة الدول وكياناتها

إنّ سيادة الدولة التونسية المطلقة لم تمنع شبكات تهريب المهاجرين من اختراق أنظمتها الأمنية، وقد تكون هذه العصابات أكثر تهديدا لأمن البلاد عندما ستطال النخب أو الأحزاب السياسية في الدولة، وتسهم في تفشي الفساد في الجهاز الحكومي، خاصة وأنّ هؤلاء الأباطرة لا يترددون في محاولة اختراق أعلى القيادات السياسية لضمان تسهيل نشاطها الإجرامي. (بن مبارك، خ. 2006، 113).

وتكون لعصابات تهريب المهاجرين علاقة بالمجموعات الإرهابية من حيث تبادل المعلومات وتحركات الأجهزة الأمنية، وتقديم خدمات ومساعدات للإرهاب العابر للدول ولمجموعات التعصب الديني والفكري من خلال إدخال الأسلحة والمتفجرات من أجل الإخلال بأمن واستقرار البلاد، وخير دليل على ذلك قيام قوات الجيش والأمن بتونس لأكثر من مرة بإلقاء القبض على مجموعات إرهابية حاولت التسلل عبر الحدود والتي أسفرت عن حجز

[30] الأمم المتحدة تصف غرق مركب قبالة المياه التونسية بفاجعة العام، 2018/6/5، https://www.dw.com/ar/، (تمت مراجعة الموقع في 2018/12/8)

معدات خطيرة من قبل الأسلحة والمتفجرات (حليمة بن نصر، 2014)[29]. ومن التهديدات الأخرى لشبكات التهريب هو احتمال أن تكون عملاء سريين هدفها التجسس لحساب دول أجنبية أو عناصر مخربة أو مجموعات يقع استخدامها من قبل قوى سياسية معادية للدولة أو ابتزازهم لممارسة أعمال تهدد أمن مجتمعنا التونسي نظرا لمظاهر الضعف لدى المهاجرين التي يتمّ استغلالها بهدف القيام بأعمال شغب أو إحداث اضطرابات داخل الدولة لأغراض معينة. (بن محمد، خ. الهويش، ع. 2011. 66-67).

ويبقى الهدف الأساسي لشبكات تهريب المهاجرين تحقيق الأرباح من وراء أعمالها الإجرامية التي لا تحترم حقوق المهاجرين أو سيادة الدول، وهذا يبين خطورة جرائم تلك العصابات على الحياة الاقتصادية لتونس ولدول المقصد ويكون ذلك من خلال:

- ارتفاع جرائم غسل الأموال وتأثيرها الخطير على الاقتصاديات المحلية والاقتصاد العالمي، فهي تستحوذ على عوائد العمليات الإجرامية والسطو على بطاقات الائتمان وعمليات الاتجار بالبضائع المقلدة، ويتسبب هذا في إفلاس الشركات العالمية لكساد منتجاتها الأصلية.

- خسارة البلاد التونسية للشباب الذين يمثلون القوى المحركة لعملية التنمية في البلاد، كما يشهد المجتمع خللا في التركيبة السكانية من خلال زيادة عدد المسنين والإناث وتراجع عدد الذكور.

- تزايد الخلل في آليات سوق العمل بدول المقصد نتيجة ارتفاع نسب البطالة على إثر قبول المهاجرين المهربين تقديم خدمات بأجور ضعيفة، وتسلل العملات العشوائية وانخفاض حركات التصدير والاستيراد واختلال الميزان التجاري وتدهور القدرة الشرائية للمواطنين.

- تزايد المشاكل الاجتماعية بدول المقصد على إثر تمركز المهاجرين غير الشرعيين في مناطق معينة، ومن أبرزها ظهور أحياء قصديرية تحاذي المدن وتفتقر لأبسط الخدمات الضرورية من صحة وتعليم وغيرها بشكل يتسبب في تفشي الأمراض وظواهر الأمية والبطالة والتسكع والتسول والانحراف.

المبحث الثاني

آليات مكافحة شبكات تهريب المهاجرين: قراءة لبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين

من أجل مكافحة ناجحة لجريمة تهريب المهاجرين عملت الأمم المتحدة على وضع اتفاقية خاصة تتمثل في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الموقعة في باليرم بإيطاليا سنة 2000، والتي تحتوي على 41 مادة وثلاث بروتوكولات إضافية صادقت عليها 154 دولة من بينها تونس، ومن أبرزها البروتوكول الإضافي الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين عبر البر والبحر والجو الذي يحتوي على 25 مادة (بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، 2000). وهدف هذا البروتوكول هو القضاء على جريمة تهريب المهاجرين وتعزيز التعاون وتبادل المعلومات بين الدول الأطراف لتحقيق هذا الهدف مع الحرص على حماية حقوق المهاجرين المهربين بتقديم يد العون لهم عند تعرضهم للخطر.

[29] بن نصر، حليمة، (2014): تونس: مقتل جندي وإلقاء القبض على المشتبه بهم، العربي 21، الموقع: https://www2.arabi21.com، (تمت مراجعته في 12.2018/10).

وأوردت المادة 6 من هذا البروتوكول السلوكيات التي تعتبر جريمة لتهريب المهاجرين والتي على الدول إدراجها تحت طائلة التجريم ومن أبرز هذه السلوكيات نخص بالذكر:

- تهريب المهاجرين

- القيام بتسهيل تهريب المهاجرين عن طريق إعداد هوية أو وثيقة مزورة

- تمكين شخصا ليس مواطنا أو مقيما بصفة دائمة في الدولة المعنية من البقاء فيها دون التقيد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع وذلك باستدامة الوسائل غير القانونية.

أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فقد نصت على التزام الدول الأطراف في الاتفاقية باتخاذ تدابير تشريعية وقمعية لتشديد العقوبات على من يقوم بتعريض حياة وسلامة المهاجرين المهربين للخطر، أو معاملتهم معاملة غير إنسانية أو تعريضهم للاستغلال.

وجاء البروتوكول بشروط وقائية وأخرى علاجية بهدف ردع هذه الجريمة عن طريق ضبط الدول لحدودها البرية والبحرية (المواد 7 و11) والحرص على مراقبة الوثائق المستخدمة للسفر (المواد 12و13). مع الحرص على أخذ الدول لتدابير من أجل حماية ومساعدة المهاجرين المهربين مع وجوب إرجاعهم إلى بلدانهم (المواد 16، 18). أما في مادته 3/15 نص البروتوكول على وجوب مكافحة الأسباب المؤدية إلى الهجرة غير الشرعية عن طريق تكثيف البرامج الإنمائية في دول الانطلاق (بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين).

وسارعت تونس التي تعاني من تفشي ظاهرة تهريب المهاجرين في إطار الجهود المحلية إلى إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف والانضمام إلى اتفاقيات إقليمية ودولية للتصدي لأخطار هذه الجريمة المنظمة. وفي هذا الإطار شدد المشرع التونسي العقوبات على مرتكبي الهجرة غير الشرعية ومهربي المهاجرين، حيث تمت إضافة الفصل 38 إلى القانون رقم 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المنقح بالقانون رقم 77 لسنة 1998، والذي يعاقب بالسجن مدة 3 سنوات وبخطية قدرها 8000 دينارا لكل من أرشد أو دبر أو سهل أو ساعد أو توسط أو نظم بأي شكل كان، ولو بدون مقابل دخول شخص إلى التراب التونسي أو مغادرته خلسة، سواء كان ذلك برا أو بحرا أو جوا، كما يكون العقاب بالسجن لمدة 15 عاما وبخطية تقدر ب50 ألف دينار إذا نتج عن الجريمة سقوطا بدنيا للأشخاص الواقع إدخالهم للتراب التونسي أو إخراجهم منه تفوق نسبتها 20%، ويكون العقاب بالسجن مدة 20 عاما وبخطية قدرها 100 ألف دينارا إذا نتج عن الجريمة موت (بركات، ب. 2017). ولم تكتف تونس بوضع النصوص القانونية لحماية حقوق المهاجرين، بل عملت على إنشاء أجهزة متخصصة في مكافحة ظاهرة تهريب المهاجرين كجريمة منظمة.

مختلف المعطيات الميدانية والتمعن في محتوى بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين يوحي بمفارقة بين ما جاء به البروتوكول من نصوص وإجراءات وما يتم تطبيقه على أرض الواقع، حيث نتبين قصورا في تطبيق ما جاء به البروتوكول. فإلى اليوم يعمل المجتمع الدولي على توخي الحلول الأمنية في مجابهة ظاهرة تهريب المهاجرين دون تطبيق الحلول المنصوص عليها ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والوقائي والتي تضمن حق المهاجرين في حياة كريمة من خلال معالجة الأسباب الجذرية لهجرتهم الغير شرعية وبخاصة ما يتصل منها بالفقر وبحمايتهم عند الوقوع في الخطر.

ويظهر ذلك من خلال التحولات التي شهدتها السياسات الهجرية بأوروبا منذ سنة 2017، حيث أصبحت أكثر تشددا ولا إنسانية. فعوض الإقتداء بما جاء به بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين وحماية هؤلاء من خلال التصرف بإنسانية تجاههم وتكثيف عمليات إنقاذهم وحمايتهم في البحر

تدل على الاستعدادات الكامنة للهجرة من أبرزها تزايد نسب الانقطاع المدرسي بما يقارب 100 ألف منقطع سنويا منهم قرابة 56% أعربوا عن رغبتهم في الحرقة وارتفاع الرغبة في الهجرة ولو بطريقة غير شرعية لدى فئات واسعة من الشباب التونسي بنسبة 16% وامتد هذا الشعور ليشمل النساء والأطفال والكهول، وأكد 9.2% من المستجوبين عن انخراطهم في مسالك الهجرة غير الشرعية وأكد قرابة 15% منهم أنهم بصدد الاتصال بشبكات تهريب المهاجرين. (FTDES , 2017, p4).

ومازال إلى اليوم التمشي السياسي والاقتصادي متعثرا أمام شرعية المطالب التنموية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية المكفولة دستوريا وبحق كل التونسيين في الرفاه الاجتماعي والعيش الكريم. وغياب رؤية وطنية جادة للقيام بإصلاحات اقتصادية واجتماعية تؤكد تواصل الهزات الاجتماعية وتوفر العوامل الموضوعية لموجات هجرية قد لا تختلف كثيرا عن تلك التي حدثت سنة2011 في ظل انعدام آفاق فعلية للخلاص من الوضع المأساوي الراهن، وهذا سيجعل نسق عمل شبكات تهريب المهاجرين تتزايد.

وتنص المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق الفرد في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة (الفقرة 1)، وحقه في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده وحق العودة إليه (الفقرة 2)، ويشمل هذا الحق حسب المدافعين عن حقوق المهاجرين حق الحصول على الوثائق الرسمية اللازمة مثل جواز السفر والحق في الهجرة بشكل شرعي دون أية قيود والتنقل بين الدول. لكن الدول بما فيها تونس لم تضع قواعد وإجراءات لممارسة هذا الحق من أجل الحفاظ على الأمن العام وسلامة الدولة في الداخل والخارج. (ثامر، م. 2013)

مختلف المؤشرات تؤكد تضافر الأسباب المشروعة لمغادرة بلد المنشأ وممارسة حق التنقل الذي كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. كما تبين أنّ شبكات التهريب وجدت منفذا لتوسيع أعمالها الإجرامية التي أصبحت السبيل الوحيد لأشخاص ذاقت بهم سبل الخلاص من وضع مأساوي ببلد لم يقم بتنفيذ ما نص عليه بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين والمتمثل في القضاء على الأسباب الدافعة للهجرة ولا تمكينهم من حق المغادرة بسبل شرعية وفق ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية. في هذا المستوى، يمكن القول بأنّ الراغبين في بلوغ الدول الأوروبية أصبحوا يمارسون حقوقهم بطريقة غير شرعية وتتولى شبكات تهريب المهاجرين تمكينهم من ذلك، وهذا ما يفسر تزايد عمليات الحرقة التي تنظمها تلك الشبكات تكريسا لمبدأ المغادرة المشروعة.

المبحث الرابع

بعض المقترحات لضمان حقوق المهاجرين وحمايتهم من شبكات التهريب نحو لامبيدوزا

أخذت ظاهرة شبكات تهريب المهاجرين بتونس أبعادا خطيرة بعد استقطابها لمختلف الشرائح الاجتماعية ومختلف الفئات العمرية في السنوات الأخيرة، وأكدت الإحصائيات الميدانية عن استعداد قرابة 31% من التونسيين للانخراط في الهجرة غير النظامية نحو لامبيدوزا حال توفر الظروف المناسبة وهذا يهدد أمن وسلامة بلادنا. على هذا الأساس، وكمختصين في التحركات السكانية ارتأينا إلى وضع جملة من المقترحات التي تساعد على القضاء على شبكات تهريب المهاجرين وحماية حقوق المهاجرين وأمن بلادنا، من أبز هذه المقترحات نخص بالذكر:

- تبقى الهجرة عملية إيجابية تساعد على تحقيق أهداف التنمية، لذلك من الضروري تشجيعها وتنظيمها لتتمّ بأساليب شرعية بشكل يمكن من القضاء على شبكات تهريب المهاجرين وحماية أرواح هؤلاء.

- تنفيذ ما جاء به بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين من خلال القضاء على أسباب الهجرة ودعم استراتيجيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وخلق فرص للعمل وتخفيف حدة البطالة داخل مختلف الجهات بالبلاد دون أي تمييز جهوي، وهذا سيساهم في الشعور بمشروعية البقاء والانتماء للوطن ويسهم في تخفيض معدلات الهجرة.

- المواجهة الأمنية والسياسية لشبكات تهريب المهاجرين من خلال استراتيجيات حديثة، والعمل على خلق خطة المهاجر الرقيب الذي بإمكانه الاتصال بشبكات التهريب بنية الحرقة ومن ثمّ الإطاحة بهم.

- تطبيق مبادئ حقوق الإنسان في التعامل مع المهاجرين والعمل على حمايتهم وتنسيق شرعي لعملية هجرتهم من خلال دعم التعاون الإقليمي والدولي لتيسير تنقل الأفراد وفق اتفاقيات.

- تكاتف جهود مختلف مكونات المجتمع من وسائل إعلام ومؤسسات المجتمع المدني للتحسيس بمخاطر الهجرة غير الشرعية وشبكات تهريب المهاجرين.

- إحداث دراسات ميدانية معمقة عن الجهات التونسية المصدرة للهجرة غير الشرعية للوقوف على أسباب الهجرة والعمل على مجابهتها، والقيام ببحوث ميدانية حول شبكات تهريب المهاجرين والحديث مع المهاجرين غير النظاميين حول أساليب تهريبهم لمعرفة الشبكات القائمة على تهريبهم وكيفية اشتغالها للتمكن بالتالي من إيجاد السبل الكفيلة لضبطها.

- تعزيز التعاون بين تونس والدول الأوروبية لإزالة الأسباب المؤدية للهجرة وأهمها الدوافع الاقتصادية وذلك من خلال مساعدة الدول الأوروبية في إحداث مشاريع تنموية تخلق فرصا للشباب للبقاء بتونس.

- بعث صندوق تعويض ضحايا الهجرة غير الشرعية.

- إحداث صندوق عائدات التهريب، يتم استخدام الأموال المتحصل عليها من قبل المهاجرين لبعث مشاريع تنموية تساعد على بقاء هؤلاء بتونس، أو الحصول على الأموال من المهاجرين مقابل ضمان المغادرة المشروعة، فالدولة أولى بالمليارات التي يتلقاها هؤلاء المهربين وهي كفيلة بتحقيق مشاريع تنموية ناجحة سواء بتونس أو في إحدى الدول الأوروبية التي يجب أن تضمن استقبال عدد من المهاجرين للقيام بعمليات استثمارية بأموال التهريب وتمكينهم من الإقامة الدائمة.

خاتمة

يشكل بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين نصا رئيسيا جرمت على أساسه التشريعات الوطنية التونسية ظاهرة تهريب المهاجرين لما تشكله من مخاطر على المجتمع التونسي وعلى سيادة الدولة، غير أنّ هذا التمشي الأمني غير كاف، باعتبار أنّ البروتوكول ذاته لم يكن دقيقا ويشوبه الكثير من الغموض، كما أنّ ذلك لم يحد من تزايد الهجرة غير النظامية التي كشفت في عديد المرات انتهاك حقوق المهاجرين الذين لم يتم ضمان حق بقاؤهم المشروع وفق ما نص عليه البروتوكول، فإلى اليوم مازالت التمشيات الوطنية بعيدة عن تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية تلغي أسباب الهجرة

المتوسط، وقع تجريم قوارب الإغاثة المنتشرة بالمنطقة، وتم حجز مركب يخضع للسلطات الإيطالية (Luventa) وإيقاف عدد من المراكب الأخرى من قبيل محطة إغاثة المهاجرين فينيكس ومركب يقظة التابع لمنظمة أطباء بلا حدود. كما أنّ إنشاء منطقة بحث وإنقاذ من قبل السلطات الليبية تمتد على بعد 100 ميل، أسهم في ابتعاد مراكب الإغاثة عن الشواطئ الليبية حفاظا على سلامتها وهذا زاد في ارتفاع عدد الغرقى بشكل كبير. وأفضت الاتفاقيات بين الاتحاد الأوروبي وبقية الدول من قبيل الدولة الليبية للحد من التدفقات الهجرية رغم استمرارية اضطراب الأوضاع التي شكلت دوافعا للمغادرة، إلى وجود مخلفات خطيرة كشفتها الإحصائيات التي أفادت بها وكالة الأمم المتحدة للاجئين سنة 2016، فقد وصل 137 مهاجرا إلى أوروبا الوسطى، أي بنسبة 37.58% من الرقم المرصود لسنة 2016، مع اختفاء وموت 3543 مهاجرا خلال الرحلة البحرية عبر المتوسط، ونفس الخسائر خلال سنة 2017 بعدد بلغ 2655 مهاجرا[28]. (UNHCR, 2017, 2018)

ورغم التحولات التي تعيشها تونس، إلا أنها لم تنجح إلى اليوم في خلق حركة تنموية تساعد على ضمان حق البقاء المشروع لمهاجرينا وهذا ما يجعلنا نقر بنسبية ما جاء به البروتوكول. وهذا سيزيد من أنشطة شبكات التهريب التي باتت تشكل سبيلا لإنقاذ شباب لم تعد له رغبة في البقاء في دولة لا تعرف كيف تضمن لهم حق البقاء ولامشروعية المغادرة.

المبحث الثالث

حق البقاء المشروع بدولة المنشأ تونس: قصور البرامج التنموية على الحد من تيارات الهجرة الغير شرعية وتنامي شبكات التهريب

منذ ثورة 2011 وإلى حدود اليوم عرفت تونس تحولات عميقة على جميع الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية أسهمت في تعميق الشعور بالإحباط لدى فئات عديدة من الشعب التونسي كانت ولا تزال تعيش في دائرة الإقصاء والتهميش وتفتقر لأبسط ضروريات العيش الكريم وظنت أنّ الثورة ستكون نقطة التحول المحورية نحو رفاه اجتماعي مثل حلما صعب المنال في فترات عهد بن علي. وفي ظلّ واقع سياسي غير مستقر لم تزده التحويرات الوزارية بين فترة وأخرى إلا تعقيدا حيث لا توجد إلى الوقت الراهن مؤشرات لبوادر حلول للمشاكل الاقتصادية والاجتماعية المزمنة ولجهات تفتقر لمقومات التنمية وأسس العيش الكريم وتعاني ارتفاع نسب الفقر والبطالة، تزايد نسق الحركات الاحتجاجية في مختلف الجهات خاصة داخل المناطق الداخلية التي تعاني من التميز والحرمان إلى حدّ اليوم حيث مرّ من 4960 احتجاجا سنة 2015 ليبلغ قرابة 8000 احتجاجا سنة 2017 (FTDES, 2017). وأفضى تفشي الفساد والارتباك السياسي في التعاطي مع الأزمة الاقتصادية والاجتماعية المتصاعدة إلى فقدان الثقة في السياسيين وعدم الشعور بالأمن في بلد المنشأ. ورغم إحداث وثيقة "البرنامج الاقتصادي والاجتماعي للحكومة في أفق 2020" لضمان حقوق المواطنين، إلا أنها لا تبشر بحلول في مستوى تطلعات الفئات الهشة والمحرومة التي تردت أوضاعها في السنوات الأخيرة على إثر غلاء الأسعار وتردي المستوى المعيشي وانسداد الآفاق أمام خريجي التعليم العالي وتوقيف الانتدابات بالوظيفة العمومية. وأثبتت عديد البحوث الميدانية قام بها المنتدى التونسي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية من بينها نستحضر دراسة أحدثت سنة 2016 حول الهجرة غير النظامية، وجود مؤشرات

[28] UNHCR, Desperate Journey: January 2017- March 2018, April 2018, https://data2.unhcr.org/en/documents/details/63039; UNHCR, Desperate Journey: January- October 2017, HTTPS//data2.unhcr.org/en/documents/downoad/6085.

بطرق غير شرعية. وفي ظل غياب رؤية استراتيجيه من لدن الدولة التونسية تمكن من تأمين حقوق التونسيين في عيش كريم ورفاه اجتماعي في كنف مساواة بين الجهات سوف تتصاعد وتيرة عمل شبكات التهريب التي أصبحت خيارا لمهاجرين باتوا يرون الخارج وطنا منتظرا سوف يضمن لهم حقوقا يحلمون بتحقيقها من خلال المخاطرة بحياتهم ومناشدة أباطرة التهريب لمساعدتهم في التخلص من مختلف الحواجز المفروضة على حقهم في المغادرة المشروعة.

قائمة المراجع والملاحق

- أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية للتصدي لتهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص: الصلات بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، البرازيل، 12-19 أفريل، 2010.

- الأمم المتحدة تصف غرق مركب قبالة المياه التونسية بفاجعة العام، 2018/6/5، https://www.dw.com/ar/، (تمت مراجعة الموقع في 2018/12/8)

- بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة المعتمد من طرف الجمعية العامة في 2000/11/15.

- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر البحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمد من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000.

- بركات، بسمة. (2017): حلم الضفة الأخرى (3/5) ...قوارب سريعة تحمل التونسيين إلى لامبيدوزا، العربي الجديد، 2017/4/20، https://www.alaraby.co.uk/investigations/2017/4/20/، (تمت مراجعة الموقع في 2018/12/6).

- بن مبارك القريوري القحطاني، خالد. (2006): التعاون الأمني ودوره في مواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.

- بن محمد، خالد، الهويش، عبد العزيز. (2011): دور التخطيط الأمني في الحد من الوافدين غير النظاميين، دراسة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم الأمنية، معهد الدراسات العليا، الرياض.

- ثامر، محمد. (2013): حق الإنسان في التنقل والإقامة، الحوار المتمدن، http://www.m.ahewar.org/، (تمت مراجعة الموقع في 2018/12/9)

- عبد الله الشيخ، بابكر. (2012): مكافحة الاتجار بالبشر، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض.

- عبيد، محمد فتحي. (2010): التجارب الدولية في مكافحة الهجرة غير المشروعة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.

- جابلي، حنان. (2018): مهاجرو تونس عبر البحر...عيش عسير وآمال بحياة أوروبا الرغيدة، الخليج أونلاين، 2018/7/19، http://alkhaleejonline.net/، (تمت مراجعة الرابط يوم 2018/12/8)

- مجموعة أدوات الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالبشر. (2010): البرنامج العالمي لمكافحة الاتجار بالبشر، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، فينا، الأمم المتحدة، نيويورك.

- محمد قوراري، فتيحة. (2009): المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة في القانون الإماراتي المقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 40.

- موقع الصحفيين التونسيين بصفاقس، صحيفة إلكترونية مستقلة تصدر عن شركة صفاقس للصحافة. (2018): تقرير حول الهجرة غير النظامية في تونس سنة 2017 الثلاثية الثالثة.https://www.journalistesfaxien.tn/، (تمت مراجعة الموقع في 2018/12/9).

- FTDES, (2017) : Rapport : Migration non réglementaire : Tunisie 2017, Observatoire Maghrébin des migrations.

- UNHCR, Desperate Journey: January 2017- March 2018, April 2018, httes://data2.unhcr.org/en/documents/details/63039 ; UNHCR, Desperate Journey : January- October 2017, HTTPS//data2.unhcr.org/en/documents/downoad/6085.

الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التونسي

رابح الخرايفي

ملخص

لقد أصبح بحث موضوع الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التّونسي، مبحثا ذو قيمة علمية قانونية وقضائية منذ تنقيح القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السفر بمقتضى القانون الاساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004. يُعدّ هذا القانون، أحد عناصر السّياسية الجزائية العامة التّونسية لزجر الهجرة غير النظامية.

إنّ ما يُمْكِنُ إبرازه من تعدد نقائص قانون تنظيم دخول الأشخاص التّراب التّونسي ومغادرته، ورود فصوله الجديدة في صياغة عامة تقبل تأويلات واسعة من قبل القاضي الجزائي. ففُتحتْ هذه العمومية لقضاة محاكم الأصل حرية الإجتهادات المختلفة والمتناقضة فساهم ذلك وسيساهم في المستقبل - إن لم ينقح القانون- في تذبذب مواقف محكمة التّعقيب وعدم إستقرارها على رأي.نستخلص هذه النقائص من خلال دراسة فقه القضاء الجزائي التّونسي الذّي لم يوازن بين القانونين الوطني والدّولي، ففي ذات الوقت توسع في تأويل القانون الجزائي الوطني الزّاجر للهجرة غير القانونية وأهمل الإتفاقيات الدّولية حامية حقوق المهاجر وحرياته، التّي صادقت عليها الدّولة التونسية.

كلمات مفاتيح: الهجرة غير النظامية . حقوق و حريات المهاجرين . القاضي الجزائي . سياسة زجرية . تونس

Unauthorized migration in the jurisprudence of the Tunisian penal judiciary

Abstract

The issue of unauthorized migration in the jurisprudence of the Tunisian penal judiciary has become a subject of scientific and legal interest since the revision of Law No. 40 of 1975 of 14 May 1975 on passports and travel documents under Basic Law No. 6 of 2004 on 3 February 2004. This Law, is one of the tools of Tunisia's general penal policy to repress unauthorized migration.

What can be highlighted is the multiplicity of shortcomings in the law regulating the entry and departure of Tunisian people, and the introduction of its new chapters in a general formulation that allowslarge interpretations by the penal judge. This has enabled judges to make different and contradictory judgments. This will contribute in the fluctuation of the Courts positions and opinions. Evidences of these shortcomings are made through the study of the jurisprudence of the Tunisian Penal Judiciary which did not balance national and international laws. At the same time, it expands the interpretation of the national penal law for unauthorized immigration and neglects the international conventions protecting migrant rights and freedoms, The Tunisian state.

Key Words: Irregular Migration - Rights and Freedoms of Migrants - Penal Judge – Repressive Policy- Tunisia

مقدمـــــة:

يَنبغي أنْ نُبيّن من البداية أن ألفاظ "الهجرة غير النظامية " التّي يقابلها الهجرة القانونية[26] - كجزء أوّل من عنوان البحث -ألفاظ لم يضعها المشرّع التّونسي ولم يعرّفها تعريفا قانونيا دقيقا ،لا في قانون عقوبات المهاجرين غير القانونيين، لاسيما منها الفصول الجديدة التّي وضعها وأضافها القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 والمنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 والمتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، ولا في القوانين ذات الصّلة ومنه القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 والمتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التّونسية، ولا في القانون الأساسيعدد 61 لسنة 2016 المؤرخفي 3 أوت 2016 و المتعلق بمنع الإتجار بالأشخاص و مكافحته.

إنّها ألفاظا وضعها الإعلاميون والسّياسيون وفقه القانون[27]، لأن المشرع التّونسي إستعمل ألفاظ أخرى وهي "دخول التّراب التّونسي ومغادرته"، وهي ذات الألفاظ والعبارات التّي إستعملها القضاء الجزائي التونسي في أحكامه. أمّا النّصف الثّاني من عنوان البحث "في فقه القضاء الجزائي التّونسي"، فيفيد أنّ التّحليل سينحصر في دراسة بعض من الأحكام القضائية الصّادرة عن المحاكم الإبتدائية ومحاكم الإستئناف ومحكمة التعقيب في زجر المهاجرين غير القانونيين التونسيين وذوي جنسيات أخرى منذ سنة 2004 تاريخ صدور القانون ونفاذه إلي سنة 2018 ، لما تمثله هذه القرارات من فقه قضائي جزائي يُمكّن الباحثين من الإطلاع على كبرى توجهات القضاة في تطبيق النّص ومدى إحترامهم لحقوق المهاجرين التّي ضمنتها الإتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها البلاد التونسية.

بناء على ذلك ، سيتمحور التّحليل حول نصوص الأحكام وتطبيقها للقانون وقصورها وهي التّي أمكن الإطلاع عليها وليس دراسة للسّند القانوني للحكم، كركن شرعي دون أن نهمل حدود هذا النّص التّشريعي ونقائصه.

---

[26] Nicole Guimezanes,La migration et le droit, Revue internationale de droit comparé, Année 2014 66-2 pp. 199-247.

[27] محمد بوزويتينة (مساعد وكيل الجمهورية) ، الهجرة السرية في القانون التونسي بين الوقاية والعلاج ، القضاء والتشريع عدد 8، 2007، ص 201-232.

إنّ إقتصار البحث على دراسة بعض أحكام القضاء الجزائي الصادرة في زجر المغادرين لتراب البلاد خلسة، يرجع لسبب عدم نشرهذه الأحكام على موقع محكمة التعقيب أو في مجمع قرارات أو في أي موقع أخر وهو ما لا ييّسر الإطلاع عليها إلاّ بعد عناء وبحث كبيرين.

لقد أصبح بحث موضوع الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التّونسي ،مبحثا ذا قيمة علمية قانونية وقضائية وحقوقية منذ تنقيح القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السّفر بمقتضى القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 فأُلغي عنوان الباب الرّابع وعُوِّض بعنوان دخول التّراب التّونسي ومغادرته، وأضاف فصولا جديدة وإعتبر مرتكبا لأفعال إجرامية ".....كل من أرشد أو دبّر أو سهّل أو ساعد أو توسّط أو نظّم بأيّ وسيلة كانت، ولو دون مقابل، دخول شخص إلى التّراب التّونسي أو مغادرته خلسة سواء تمّ ذلك برا أو بحرا أو جوّا، من نقاط العبور أو من غيرها" وفق نصّ الفصل 38 . ويؤاخذ جزائيا كذلك "كل من تولى إيواء الأشخاص الداخلين أو المغادرين للتراب التّونسي خلسة أو مرتكبي الجرائم المنصوص عليها بهذا الباب أو خصص مكانا لإيوائهم أو أخفاهم أو عمل على ضمان فرارهم أو عدم التّوصل إلى الكشف عنهم أو عدم عقابهم" وفق نصّ الفصل 39 من القانون المذكور.

لقد مكّن هذا القانون في ذات الوقت النّيابة العمومية من إثارة التتبع الجزائي وتوجيه الإتهام للفاعلين الأصليين والمشاركين ، وتعهد القضاة بهذه القضايا للحكم فيما نسب للمتهمين من جرائم وإصدار الأحكام القضائية الجزائية.

يُعدّ هذا القانون، أحد عناصر السّياسية الجزائية العامة التّونسية لزجر الهجرة غير النظامية. وقد سُنّ في سياق تنفيذ البلاد التّونسية لإلتزاماتها وتعهداتها القانونية الدّولية، لمّا صادقت بمقتضى القانون عدد 6 لسنة 2003 المؤرخ في 21 جانفي 2003 على بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البرّ والبحر والجوّ كبروتوكول مكمّل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والمعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 نوفمبر 2000 المصادق عليها والمنشورة بالأمر عدد 1398 لسنة 2004 المؤرخ في 22 جوان 2004.

ثلاثة أسباب كبرى لبحث موضوع "الهجرة غير النظامية" في فقه القضاء الجزائي التّونسي، وهي:

أوّلا: معرفة أغراض إصدار المشرّع التّونسي لنصّ جزائي يَزجُر الهجرة غير النظامية ،هل هي أغراض وطنية داخلية أم استجابة لضغوط خارجية إقليمية ودولية ؟ .

ثانيا: لأنه موضوع لم تنجز فيه دراسات خلافا لموضوع الهجرة الذّي بُحِثَ من النّواحي القانونية

والسّياسية[23] والسّوسيولوجية[24].

ثالثا: لأنه مبحث نقف فيه على وجه حقوقي ووجه حُسنُ تطبيق محاكم الأصل للقانون الجزائي الزاجر لمغادري التّراب التّونسي خلسة ،وكيف فهمته محكمة التّعقيب ، ومدى إلتزام القاضي بما عُهِدَ إليه من حماية حقوق وحريات المتهم "المهاجر غير النظامي" تطبقيا للقانونين التّونسي والدّولي الإنساني.

إنّ ما يُمْكِنُ إبرازه من تعدد نقائص وحدود قانون تنظيم دخول الأشخاص التّراب التّونسي ومغادرته،الذّي وردت فصوله الجديدة في صياغة عامة تقبل تأويلات واسعة من قبل القاضي الجزائي.

لقد فَتحتْ هذه العمومية لقضاة محاكم الأصل حرية الإجتهادات المختلفة والمتناقضة، فساهم ذلك وسيساهم في المستقبل - إنْ لم ينقحّ القانون- في تذبذب مواقف محكمة التّعقيب وعدم إستقرارها على رأي ،وإستمرار هضم الأحكام لحقوق المهاجرين.

نستخلصُ هذه النّقائص من خلال دراسة فقه القضاء الجزائي التّونسي وسنده القانون عدد 6المؤرخ في 3 فيفري 2004 الذّي صدر تحت الضغط الاوروبي[25] عموما والايطالي خصوصا ولم يوازن بين القانونين الوطني والدّولي ، ففي ذات الوقت توسّع في تأويل القانون الجزائي الوطني الزّاجر للمغادرين للتراب التونسي خلسة (**الفقرة الاولى**)، وأهمل الإتفاقيات الدّولية التّي تحمي حقوق المهاجرين وحرياتهم ، والتّي صادقت عليها الدّولة التّونسية وأصبحت جزء من المنظومة القانونية الوطنية النافذة (**الفقرة الثانية**).

---

synthèse 2011/47, Série sur la lutte contre la traite des personnes et le trafic de migrants dans la législation module Juridique, p, 10.

file:///C:/Users/media%20world/Downloads/Documents/CARIM_ASN_2011_47.pdf

(Consulté le 2 septembre 2018).

[23]**Riadh** Ben Khalifa, L'émigration irrégulière en Tunisie après le 14 janvier 2011, *Hommes & migrations,* 1303, 2013, pages, 182-188.

[24]Mehdi Mabrouk, "*El Harikoun*", pour une approche sociologique du milieu social desimmigrés clandestins et de leur imaginaire", in *Revue tunisienne de sciences sociales*, n° 125, 2003, pp. 15-49.Mehdi Mabrouk, Emigration clandestine en Tunisie : Organisations et filières, Revue, NAQD,2009/1 ,N° 26-27,Pages 101 – 126.

[25]**Hassan Boubakri**, Les migrations en Tunisie après la révolution, Confluences Méditerranée **2013/4 ,N° 87, Pages 31 – 46.**

الفقرة الأولى :توسع قاضي الأصل الجزائي في تأويل قانون زجر مغادرة التراب التونسي خلسة وإهماله للإتفاقيات الدولية المصادق عليها

إنّ ما نلاحظه حول تطبيق المحاكم التّونسية للقانون عدد 6 المؤرخ في 3 فيفري 2004 هو توسّع القاضي الجزائي التّونسي كقاضي أصل في الطورين الإبتدائيوالإستئنافي في تأويل القانون الجزائي الوطني الزّاجر للهجرة غير القانونية عند تطبيقه بما يجعله يهضم حقوق المهاجرين التّي ضمنتها الإتفاقيات التّي صادقت عليها تونس(أ).

أمّا مواقف محكمة التّعقيب كمحكمة قانون فقد كانت متذبذبة فتارة تساير قاضي الأصل في توسع قراءته للقانون وتطبيقه ، وتارة ترفض هذا الموقف وتقرّ التّطبيق والفهم الضّيق والحرفي للنصّ القانوني (ب).

أ- توسّع قاضي الأصل الجزائي في تأويل فصول قانون زجر مغادرة التّراب التّونسي خلسة

قاضي الأصل الجزائي هو القاضي المنتصب لفض النّزاعات ذات الصّبغة الجزائية الموصوفة جنحا أو جنايات والتّي تُعرض على المحاكم الإبتدائية (1)، ومحاكم الإستئناف (2).

1- فقه قضاء المحاكم الإبتدائية متنوع وغير مستقر

صدرت أغلب الأحكام القضائية الجزائية الإبتدائية في قضايا زجر الهجرة غير القانونية عن المحاكم الإبتدائية بالولايات السّاحلية[22] التّي تمّ بمرجع نظرها إيقاف المهاجرين المتهمين بمغادرة أو محاولة مغادرة التّراب

[22] CHERIF (I), La lutte contre les migrations clandestines, Mémoire, Mastère en sciences politiques, Université Tunis El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2004-2005, annexes n° 4. Souhayma Ben Achour, Le droit tunisien face à La traite de, Personnes et au trafic de migrants, CARIM Notes d'analyse et de

التّونسي خلسة في المياه الإقليمية أو إنطلاقا من موانئ صيد هذه الولايات التّي تُعدّ منافذا للهجرة غير القانونية أو الذين تم انقاذهم في المياه الدولية ، وهي محاكم ولايات كل من مدنين، وصفاقس، وسوسة، والمنستير ،ونابل، والمهدية ،وبنزرت.

لقد كان السّند القانوني للأحكام القضائية الجزائية الفصول الجديدة للقانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 والمنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر. وفي بعض القضايا يحال المتهم في ذات الوقت على القانون والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال.

ما نلاحظه حول التّشريع الجزائي التّونسي المنظم لدخول التّونسيين والأجانب وخروجهم من التّراب التّونسي، والذّي يطبقه القاضي الجزائي في الجنح والجنايات عند زجره لمغادرة التّراب التّونسي خلسة مهما كان الغرض، هو القصور الذّي يتمثل في عمومية ألفاظه وعدم دقتها .إذ تقبل هذه الألفاظ التّأويلات الواسعة عند تطبيق المحكمة لهذا القانون فتُجرّم بذلك كل أشكال المساعدة دون تمييزها على تلك التّي يبيحها القانون الدّولي الانساني وتعدّ من الحقوق الأساسية للمهاجرين مهما كانت جنسياتهم، وهو ما يجعل القاضي يسحب هذا النّص على كل أصناف الهجرة دون إعتبارلأغراضها،وعلى كل المهاجرين البالغين، والأطفال، والنّساء الحوامل[19]، مها كانت دوافع المهاجرسواء كان دافع هذه الهجرة الهروب من الحرب أو من الجفاف أو من الإقتتال العرقي أو من الفقر[20] بحثا عن العمل للعيش مقاومة للجوع والبطالة، ومهما كان مركزهم حتى وإن كانوا من الذّين يُتاجَرون بهم ورغم إفراد هؤلاء بالتّتبع الجزائي بقانون متخصص في جرائم الإتجار بالبشر[21].

القاضي الجزائي التّونسي لا يأخذ بهذه الدّوافع "للهجرة غير القانونية" حتى وإن كانت إنسانية، ولا يأخذ بتلك الأعذار المذكورة حتى وإن كانت وجيهة وجديّة تقرّها معاهدات القانون الدّولي الإنساني وصادقت عليها الدّولة التّونسية.

---

[19] وائل بن سليمان: قاضي مستشار بمحكمة التعقيب: الهجرة السّرية من وجهة نظر قاضي حين تصبح الهجرة السّرية مطية لإرتكاب جرائم خطيرة ومنظمة، جريدة الصباح التونسية، 17 نزفمبر 2017، الهجرة السرية «الحرقة» الأسباب التداعيات والمعالجات الممكنة الهجرة السرية من وجهة نظر القانون الجزائي وعلوم الاجرام ... جريمة ام لا، ندوة المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات بالتعاون مع "دار الصباح".http://www.assabah.com.tn/article/144456

تاريخ الاطلاع (7-9-2018)

[20]**Mehdi Lahlou,** Dossier : Les causes multiples de l'émigration africaine irrégulière, Population & Avenir, n° 676, 2006/1, Pages 4 – 7.

[21] سلمى عبيدة،الإطار القانوني الحالي لمكافحة الاتجار بالاشخاص في تونس، القضاء والتشريع، عدد 1، جانفي 2016، ص، 9-37.

فتارة يتمسك القاضي بحرفية النّص وتارة أخرى يتوسّع في تأويله حتى يمكنه من إستيعاب الوقائع محل التتبع لإدانة المتهم عند تطبيقه للقانون. هذا التوجه القضائي الجزائي لا يُعدّ صائبارغم ما تقتضيه ضرورة حماية الأمن والنّظام العامين التّونسيين.

لقد وردت ألفاظ الفصول الجديدة للقانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر في صياغة عامة تقبل تأويلات واسعة عند تطبيقها من قبل القاضي الامر الذي خلف تناقضا في اتجاهات نفس المحكمة إذ مثلا لم تعتبر المحكمة الإبتدائية بصفاقس في حكمها الابتدائي عدد 2088 بتاريخ 15 جوان 2006، وعدد 2179 بتاريخ 12-11-2006 المهاجرين "غيرا" أو "ضحايا" بل إدانتهم بالسّجن لإعتبارهم منخرطين في التنظم الإجرامي. بينما ذات المحكمة إعتبرت في حكمها الابتدائي الجنائي عدد 1888 بتاريخ 9-10-2006 و عدد 2196 بتاريخ 21 جوان 2007 إن دفع مبالغ مالية والرغبة في الهجرة لا يعد تعاونا أو إنظماما لوفاق إجرامي.

لقد فُتحتْ من ثمة أبواب الإجتهادات المختلفة والمتناقضة لمحاكم الأصل المتمثلة في المحاكم الإبتدائية ومحاكم الإستئناف.

الحالات التّي ينطبق فيها القانون عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر على الأفعال التّي تعدّ هجرة غير قانونية أو سريّة.

غير أنّه رغم هذا التّحديد فإن قضاة محاكم الأصل توسعوا في فهم هذا القانون وسحبوا فصولهعلى "كل مهاجر" تلقى مساعدة من مهربين أو من غير المهربين لأغراض أخرى حتى وإن كانت إنسانية كالإنقاذ التّي يحميها القانون الجزائي الوطني[18] والقانون الدّولي الإنساني.

معظم الأحكام القضائية الصّادرة عن المحاكم التّونسية لزجر الهجرة غير النظامية كانت على أساس المساعدة على إجتياز الحدود خلسة تهريبا للمهاجرين أو العمليات الفردية لمساعدة الغير على اجتياز الحدود خلسة أو تهريب المهاجرين في إطار وفاق أو تنظيم وفق الفصلين 41 و42 من القانون المذكور . وفي أغلب إحالات النيابة العمومية كان على سند الفصلين المذكورين وهي تكوين وفاق إجرامي. فهل يشمل هذا النّص الأشخاص غير التونسيين الموصوفين بالمهاجرين ؟.

هذا المشكل واجهه القضاء التّونسي عبر أغلب محاكمه،لأن القاضي الجزائي التونسي مطالب أن يجيب عن "مركز المهاجرين" هل هم مشاركون في الوفاق وفق الفصل 32 من المجلة الجزائية، أم متضررون من شبكات تهريب المهاجرين؟. لم يبحث القاضي هذه المسألة ، كما لم يبحث روح هذا القانون الذي هو في الأصل يمكن القول عنه

[18] ينص الفصل 143 من المجلة الحزائية التونسية على انه "يعاقب بالسجن مدة شهر وبخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا كل من يمتنع أو يتقاعس وهو قادر على مباشرة الخدمات أو الأعمال أو الإغاثة التي دعي إليها في حال حوادث أو ازدحامات أو غرق أو فيضان أو حريق وغيرها من الكوارث وكذلك في صور السلب والنهب أو مفاجأة المجرم حال مباشرة الفعل أو مطاردة الجمهور له صائحا وراءه أو تنفيذ عدلي".

قانون لإدارة الدول الأوربية لحدودها عن بعد وذلك من خلال تعهدها بالدعم الإقتصادي والمالي لتونس[14] على أن تقوم هذه الأخيرة بمنع المهاجرين من الوصول إلى السّاحل الجنوبي للدّول الأوروبية وساحل إيطاليا خصوصا.

1- تأييد محاكم الإستئنافلتوجه قضاة المحاكم الإبتدائية:

تنظر محاكم الإستئناف في القضايا المستأنفة أمامها من حيث الوقائع والقانون وهي محاكم درجة ثانية في التقاضي وتكون أحكامها إمّا ناقضة للأحكام المسأنفة أو معدّلة أو مؤيدة لها.

في هذا السّياق النظري القانوني من حيث الإجراءات والأصل، تعهدت بعض محاكم إستئناف الولايات السّاحلية بنزرت ونابل والمنستير وسوسة وصفاقس ومدنين بقضايا متهمين مستانفة أمامها ادينوا ابتدائيا لإرتكابهم لجرائم يعاقب عليها القانون عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر.

محكمة الإستئناف بالمنستير أصدرت حكما بتاريخ 17 مارس 2006 تحت عدد 1144 ، وحكما اخر تحت عدد 238 بتاريخ 10 جويلية 2008 ، فرغم أنّ الوقائع والافعال المكونة لجريمة الهجرة غير القانونية تختلف عن أفعال ووقائع تكوّنِ جريمة الاتجار بالبشر[15] فان القاضي الجزائي لا يميز بينهما ويعتبرها كلها أفعالا وأعمالا مكوّنة لجريمة الهجرة غير النظامية .

وذهبت محكمةالاسستئناف بنابل عدد 7890 بتاريخ 28 افريل 2016 الى اعتبار ان الانضمام الى وفاق اجرامي يساعد على مغادرة البلاد التونسية يثبت"بمجرد قيام شخص بتسهيل او مساعدة الاشخاص المنظمين للوفاق على تحقيق الهدف الذي اتفقوا عليه ولو بدون مقابل"[16].

ذات الموقف اتخذته محكمة الاستئناف بتونس في الأحكام عدد 23861 بتاريخ 24 نوفمبر 2016[17]

[14] **Alain Morice,Claire Rodier, Politiques** de migration et d'asile de l'Union européenne en Méditerranée, Confluences Méditerranée ,2013/4, N° 87, Pages 109 – 120.

[15] حافظ العبيدي ، خصوصية الاتجار بالبشر ، القضاء والتشريع ، عدد 4، 2012.
Hafedh Laabidi, La lutte contre la traite des personnes à des fins d'exploitation économique et sexuelle en droit tunisien, RJL, n 5 ,2009.

[16] قرار عدد 7890 بتاريخ 28 افريل 2016 صادر عن محكمة الاستئناف بنابل (غير منشور).
[17] قرار محكمة الاستئناف عدد 23861 بتاريخ 24 نوفمبر 2016 (غير منشور)

وعدد 24271 بتاريخ 19 جانفي 2017[11] ، ومحكمة الاستئناف بالمنستير عدد 6166 بتاريخ 2 جانفي 2016[12].

أ- تذبذب مواقف محكمة التّعقيب حيال تطبيق محاكم الأصل لقوانين زجر الهجرة غير النظامية:

يتمثل دور محكمة التّعقيب في الرقابة على حسن تطبيق محاكم الأصل للقوانين الجزائية والمدنية لذلك عُدتْ "محكمة قانون" فهي لا تتعهد بالوقائع إلاّ في حالات محدودة حصرها القانون ،ولا تعدّ من ثمّة محكمة درجة ثالثة للقضاء. لذلك ينحصر تعهدها في درس النزاع القانوني وحسن تطبيقه الذّي يثيره المعقب ويتمسك به تقديرا منه أن محاكم الأصل أساءت تطبيق قانون سند الدّعوى أو قانون سند الإتهام.

تعهدت المحكمة بمطالب التّعقيب في القضايا الجزائية وفق ما نصّ عليه الفصل 258 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية للنظر في "الأحكام والقرارات الصّادرة في الأصل نهائيا ولو تم تنفيذها، وذلك بناء على عدم الإختصاص أو الإفراط في السّلطة أو خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه".

بناء على ذلك، تمثل قرارات محكمة التّعقيب في المادة الجزائية عموما وخصوص منها الهجرة غير القانونية فقها قضائيا[13] ملزما للمحاكم الإبتدائيةوالإستئناف كمحاكم أصل وجب إحترامه وإتباعه في القضايا المحالة إليها بموجب نقضها، أمّا احكام التعقيب الجزائي في مجمل القضايا فانه يعدا فقها قضائيا يمكن الاستنارة به واستفادة المحاكم منه.

انّ فقه القضاء الجزائي للمحكمة في القضايا التّي نظرت فيها بموجب التعقيب من محاكم الاصل في موضوع الهجرة غير القانونية، غير منشور للعموم والباحثين ولا توجد منظومة معلوماتية تحفظ هذه الاحكام تمكن الباحث من النفاذ اليها بيسر ،وهذا أمر لا يُسهل بحث إحصائها ولا يُسهل انجاز بحوث ودراسات علمية أكاديمية.

من القرارات التّي ستجيب فيها محكمة التعقيب على حسن تطبيق المحاكم للقانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، أو اساءة تطبيقه قرارها عدد 7944 الصّادر بتاريخ 16 فيفري 2007 الذي اعتبرت فيه "مساهمة المعقب ضدهم بالمال يعد من قبيل المشاركة في وفاق لتسهيل مغادرة اشخاص التراب التونسي".فأيدت

---

[11] قراري محكمة الاستئناف بتونس عدد 23861 بتاريخ 24 نوفمبر 2016 (غير منشور) ، وعدد 24271 بتاريخ 19 جانفي 2017 (غير منشور)

[12] قرار محكمة الاستئناف بالمنستير عدد 6166 بتاريخ 2 جانفي 2016 (غير منشور).

[13] المنجيالأخضر ،تطور التشريع والقضاء التونسي ودور محكمة التعقيب في تركيز فقه القضاء جزائي في بحر الخمسين السنة الماضية, القضاء والتشريع عدد 7 ، 2011.

بذلك محكمة التّعقيب توسع بعض محاكم الأصل في تأويل الفصلين 41 و42 من القانون المذكور.

تراجعت محكمة التعقيب على هذا الموقف في قرارها الأول عدد 13006مؤرخ في 19 افريل 2007 وجاء فيه ان المهاجرين " الطرف المستعمل للتهريب وهم الأشخاص الذين وصفهم المشرع بالغير الذي تكون التنظيم لغاية تهريبهم". وهي قراءة تقرب مما جاء في الاعمال التحضيرية لنقاش هذا القانون[6].

في ذات السياق ذهبت محكمة التعقيب في قرارها عدد 18182 بتاريخ 7 جوان 2007 الى إعتبار ان توافق مجموعة لإجتياز الحدود خلسة لا يعد فعل يجرمه الفصل 41.

اعتبرت ايضا أن أفعال توفير البنزين أو دفع مبلغ مالي للمهربين لعبور صقلية لا يُعدّ مشاركة في عصابة تهريب البشر تنطبق عليها أحكام القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004.

وفي سنة 2017 أيدت محكمة الإستئناف لمّا إعتبرت إنه يثبت الوفاق الإجرامي المساعد على مغادرة البلاد التونسية "بمجرد قيام شخص بتسهيل او مساعدة الاشخاص المنظمين للوفاق على تحقيق الهدف الذي اتفقوا عليه ولو بدون مقابل"[7].

غير أنه في بعض الأحكام عمدت محكمة التعقيب إلى عدم نقاش الجانب القانوني لإعتبار أن مستندات التّعقيب تعرضت لنقاش مسائل واقعية تمس الاصل وهذا يخرج عن أنظارها كمحكمة قانون وكان ذلك في الأحكام التّالية الحكم عدد 42802 بتاريخ 22 مارس 2017[8] ، والحكم عدد 55444 بتاريخ 18 جانفي 2018[9] ،والحكم عدد 58285 بتاريخ 18 جانفي 2018[10] وخاصة في الأحكام التّي يحال فيها المتهم المعقب على أساس قانون مكافحة الارهاب الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2003 .

[6] الاعمال التحضيرية، مداولات مجلس النواب،27 جانفي 2004 ، الرائد الرسمس للجمهورية التونسية عدد 19 ، ص، 796.
[7] حكم عدد 49061 بتاريخ 21 نوفمبر 2017، صادر عن محكمة التعقيب، غير منشور.
[8] القرار التعقيبي عدد 42802 بتاريخ 22 مارس 2017 ، غير منشور
[9] القرار التعقيبي عدد 55444 بتاريخ 18 جانفي 2018، غير منشور
[10] القرار التعقيبي 58285 بتاريخ 18 جانفي 2018، غير منشور

الفقرة الثانية : إهمال القاضي الجزائي التّونسي للإتفاقيات الدّولية في أحكامه الزاجرة لمغادرة تراب البلاد خلسة

تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل 34 من دستور 1 جوان 1959 الملغى[3] على أنّ "المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيسالجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النّوابأقوى نفوذا من القوانين".

وفي ذات السّياق تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل 67 من دستور 27 جانفي 2014 التونسي على إنّه " لا تصبح المعاهدات نافذة إلا بعد المصادقة عليها" بقانون أساسي ينشر بالرائد الرّسمي للجمهورية التّونسية.

تأسيسا على ذلك، تصبح الإتفاقيات التّي تضمن حريات المهاجرين وحقوقهم الأساسية ، والتّي صادقت عليها الدّولة التّونسية ونشرت بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية نافذة ، وجزء من الإطار التّشريعي والنّظام القانوني عموما والجزائي خصوصا .

تلزم هذه الإتفاقيات ذات الأسس والرّتبة الدّستوريتين كل من المُشرّع والقاضي التّونسيين، فالمُشرّع ملزم بأنْ لا يَسنّ قوانين متعارضة معها ،والقاضي الجزائي سواء كان من قضاة محاكم الأصل أو من قضاة محكمة التّعقيب، ملزمون بتطبيق هذه الإتفاقيات كقانون من قوانين الدّولة التّونسية ،ولا يُمكن أن يتجاهل وجوب الرّجوع إليها في أحكامه مهما كان السّبب والنّية عمدا أو جهلا.

ينبغي أن تكون هذه المعاهدات والإتفاقيات من الأسانيد القانونية لأحكامه الجزائية، بينما في الممارسة لا نجد أثر لذلك في الأحكام القضائية الجزائية التّي صدرت منذ صدور القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 والمنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر.

إنّ إهمال قاضي الأصل لهذه الاتفاقات التّي ينجرّ عليه هتك حقوق وحريات المهاجر التي ضمنتها تلك المواثيق الدّولية التّي صادقت عليها الدّولة التونسية ومنها العهد الدّولي للحقوق المدنية والسياسية[4] المؤرخ في 16 ديسمبر 1966،والميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب المؤرخ في 26 جوان 1981، وإتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التّعذيب وغيره من العقوبات وضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية والمهينة[5] الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر

---

[3] **تنص الفقرة الأولى من الفصل 27 من القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلطالعموميةعلى أن "يقر المجلس الوطني التأسيسي ما تم من تعليق العمل بدستور الأول من جوان 1959 ويقرر إنهاء العمل به بصدور هذا القانون التأسيسي".**

[4] مصادق عليه بالقانون عدد 82-64 المؤرخ في 6 اوت 1982، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 10 بتاريخ 13 اوت 1989، ص، 1689.

[5] منشورة بالأمر عدد 88-1800، الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية، عدد 72 بتاريخ 25 اكتوبر 1988،ص، 1470.

.1984

غير إنه ،منذ شروع المحاكم الجزائية التّونسية في التعهّد بالنّظر في قضايا المتهمين بخرق القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 وإصدار أحكامها لم يتضمن أي حكم – على الأقل التّي أمكن الاطلاع عليها- الرّجوع للاتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها الدّولة التونسية كأسانيد قانونية أسوة بما إستقر في فقه القضاء الفرنسي[1].

يمكن أن نفسر هذا الإهمال إمّا بعدم إثارة دفاع المتهمين لهذه الإتفاقيات ذات العلوية على القوانين أو إقتصار محامي الدّفاع على القانون الجزائي الوطني لعدم إلمامهم وتكوينهم ومعرفتهم بقواعد القانون الدّولي النافذة في تونس، وإمّا لقصور في فهم القضاة المباشرين الذّين تنقصهم الشّجاعة القضائية وعمق المعرفة القانونية في القانون الدّولي حتى يتخذوا المعاهدات الدّولية المصادق عليها أسانيد قانونية لأحكامهم أو ايضا عدم استقلالية القضاء عن السلطة السياسية ومجاراتها في سياستها القانونية حيال مسألة الهجرة.

إنّ ما يمكن أن نستخلصه من نتائج علمية وعملية من هذا البحث هي أنه ينبغي على الدّولة التّونسية عموما ووزارة العدل خصوصا إعادة صياغة سياستها العامة الجزائية تجاه المهاجرين غير القانونيين وتميزهم عن المهربين للبشر والمتاجرين بهم وذلك من خلال تدقيق من هو "المهاجر غير القانوني"، وتعيد النظر في جملة قوانين زجرهم في إتجاه تعزيز حماية حرياتهم وحقوقهم الأساسية بما يتفق وإلتزامات الدّولة التّونسية بالإتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها فأصبحت هذه الإتفاقيات عنصرامن عناصر تكْوين النّظام القانوني الوطني العام والجزائي خصوصا.

ومن أسباب هذه الخلاصة، هو إستمرارإقتصار القاضي الجزائي التونسي على تطبيق القانون الوطني وإهماله للإتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها الدّولة التونسية وأصبحت نافذة، فلم يدرك ترابطهما. يظهر هذا الإهمال في خلو الأحكام الجزائية التّي أصدرتها المحاكم ضد المتهمين بخرق أحكام القانون الأساسي عدد 6 بتاريخ 3 فيفري 2004 الزاجر للهجرة غير النظامية ،منإعتمادها كأسانيد قانونية للحكم .

كما لم يوفق[2] القاضي الجزائي في أحكامه في الجمع بين مصلحة المتهمين وحماية حقوقهم الأساسية من جهة ،وواجب تطبيق القانون الزّاجر للهجرة غير النظامية من جهة أخرى.

---

[1] Tribunal correctionnel de Foix, 8 septembre 2009 n°713/2009. In, Anita Bouix, Les délits d' « aide aux migrants » Entre autonomie et dépendance à l'égard des infractions d'entrée et de séjour irréguliers sur le territoire français, université Évry, université d'Évry-val -d'Essonne ,2012, p,32.

[2]Kiara Neri, Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer, Revue québécoise de droit international,26.1, 2013, P, 125.

لا يوجد ما يفسر إقتصار القاضي على تطبيق القانون الجزائي الوطني فقط في محاكمة المتهمين بالهجرة غير النظامية إلاّ على الأقل فرضيتين مختلفتين : الفرضية الأولى وهي توجهٌ متعمد من قبل القاضي الجزائي، والفرضية الثانية تتمثل في قصور في فهم القاضي الجزائي وتكوينه الأكاديمي والمهني وفي الحالتين لا ينبغي أن يستمر الحال على ما هو عليه.

أضف إلى ذلك أنّ ،وزارة العدل مدعوة إلى تنقيح القوانين الجزائية الزّاجرة للهجرة غير النظامية، لتصبح هذه القوانين متوافقة ومحترمة للمعايير الدولية التّي تحمي الحقوق الأساسية للمهاجرين حتى وإن كانت هجرتهم موصوفة بغير النظامية حتى يقيد القاضي ويُلزم بهذه التشاريع.

ولبناء وتطوير قدرات منفذيها من القضاة، فمن الوجيه أن تشرع اليوم الهيئة الوطنية للمحامين في تنظيم دورات تكوينية للمحامين المباشرين حول نفاذ المعاهدات في القانون التونسي وتدرج في برنامج تكوين المحامين الجدد بالمعهد الاعلى للمحاماة هذهالإتفاقيات ،وتشرع وزارة العدل في وضع برنامج تأهيل وتكوين القضاة المباشرين والملحقين القضائيين الجدد ، محوره تطبيق القاضي الجزائي في ذات الوقت القانونين الوطني والدّولي حماية للحقوق الأساسية للمهاجرين .

وجب أن تظهر نتائج إستيعاب القضاة لهذا التأهيل والتّكوين المهني القضائي في تعليل الأحكام الجزائية الصّادرة عن المحاكم التّونسية في مجال مكافحة الهجرة غير النظامية، كما يبرز هذا الإستيعاب في عرض الأسانيد القانونية لهذه الأحكام.

المراجع

1- بالغة العربية

حافظ العبيدي ، خصوصية الاتجار بالبشر ، القضاء والتشريع ، عدد 4، 2012.

سلمى عبيدة، الإطار القانوني الحالي لمكافحة الاتجار بالاشخاص في تونس، القضاء والتشريع، عدد 1، جانفي 2016.

محمد بوزويتينة، الهجرة السرية في القانون التونسي بين الوقاية والعلاج ، القضاء والتشريع عدد 8،2007.

المنجيالأخضر ،تطور التشريع والقضاء التونسي ودور محكمة التعقيب في تركيز فقه القضاء جزائي في بحر الخمسين السنة الماضية, القضاء والتشريع عدد 7 ، 2011.

وائل بن سليمان: قاضي مستشار بمحكمة التعقيب: الهجرة السّرية من وجهة نظر قاضي حين تصبح الهجرة السّرية مطية لارتكاب جرائم خطيرة ومنظمة، جريدة الصباح التونسية، 17 نزفمبر 2017.

- باللغة الفرنسية :

Alain Morice,Claire Rodier , Politiques de migration et d'asile de l'Union européenne en Méditerranée, Confluences Méditerranée ,2013/4, N° 87

Ben Achour Souhayma, Le droit tunisien face à la traite des personnes et au trafic des migrants, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse*, n° 47, 2011. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18977/CARIM_ASN_2011_65.pdf?sequence=1 (consulté le 31 Aout 2018).

Ben Cheïkh Farah, ChekirHafidha, La migration irrégulière dans le contexte juridique tunisien, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse,* n° 64, 2008.

CHERIF (I), La lutte contre les migrations clandestines, Mémoire, Mastère en sciences politiques, Université Tunis El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, annexes n° 4 ,2004-2005.

HafedhLaabidi, La lutte contre la traite des personnes à des fins d'exploitation économique et sexuelle en droit tunisien, RJL, n 5 ,2009

Hassan Boubakri, **Les migrations en Tunisie après la révolution, Confluences Méditerranée, N° 87, 2013/4.**
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/10109/CARIM_AS%26N_2008_64.pdf?sequence=1 ,(consulté le 31 Août 2018).

Kiara Neri, Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer, Revue québécoise de droit international,26.1, 2013

Mehdi Lahlou,Dossier : Les causes multiples de l'émigration africaine irrégulière, Population & Avenir, n° 676, 2006/1.

Mehdi Mabrouk, "***El Harikoun***",**pourune approche sociologique du milieu social desimmigrés clandestins et de leur imaginaire", in *Revue tunisienne de sciences sociales*, n° 125, 2003.**

Mehdi Mabrouk, **Émigration clandestine en Tunisie : Organisations et filières, Revue, NAQD**,**2009/1, N° 26-27,Pages 101 – 126.**

Nicole Guimezanes,La migration et le droit, Revue internationale de droit comparé, Année 2014.

Riadh Ben Khalifa, L'émigration irrégulière en Tunisie après le 14 janvier 2011, *Hommes & migrations,* 1303, 2013

q