



# Assemblée générale

Distr. générale  
16 avril 2019  
Français  
Original : anglais

## Conseil des droits de l'homme

### Quarante et unième session

24 juin-12 juillet 2019

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,  
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,  
y compris le droit au développement**

## Les droits de l'homme et la solidarité internationale

### Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale

#### *Résumé*

Le présent rapport est le troisième de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale, Obiora Chinedu Okafor, et le deuxième adressé au Conseil des droits de l'homme. Dans ce rapport, soumis en application de la résolution 35/3 du Conseil, l'Expert indépendant examine la question de l'incrimination et de la répression de la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants et aux réfugiés qui entrent sur le territoire d'un État de manière irrégulière.



## I. Introduction et activités de l'Expert indépendant

1. Depuis qu'il a soumis son précédent rapport au Conseil des droits de l'homme en juin 2018, l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale a soumis à l'Assemblée générale son deuxième rapport thématique, dans lequel il a examiné la question de la solidarité internationale fondée sur les droits de l'homme – ou de l'absence d'une telle solidarité – dans le contexte des migrations mondiales. Il a également effectué deux visites de pays, en Suède du 23 au 27 avril 2018 et aux Pays-Bas du 5 au 13 novembre 2018 (A/HRC/41/44/Add.1 et A/HRC/41/44/Add.2). En mars 2019, il a participé à la deuxième Conférence de haut niveau des Nations Unies sur la coopération Sud-Sud, qui s'est tenue à Buenos Aires. L'Expert indépendant rappelle aux États qui ne lui avaient pas encore adressé d'invitation au moment de la rédaction du présent rapport qu'il importe que ses demandes de visite reçoivent une réponse favorable.

2. Dans le présent rapport, l'Expert indépendant examine la question de savoir si l'incrimination et la répression des activités des militants des droits de l'homme et des autres acteurs humanitaires qui font preuve de solidarité envers les migrants et les réfugiés en leur portant assistance dans l'exercice de leurs droits fondamentaux sont conformes au droit international général et au droit international des droits de l'homme. Les lois et pratiques nationales et régionales qui incriminent ou répriment pareilles manifestations de solidarité, ainsi que les actions menées par une partie de la société civile pour les empêcher, sont analysées au regard des normes et règles pertinentes du droit international général et du droit international des droits de l'homme.

3. Parce que les questions migratoires restent de première importance à notre époque, que les mesures prises par certains États, organisations régionales et groupes de la société civile pour incriminer ou réprimer l'expression de la solidarité internationale envers les migrants en situation irrégulière et les réfugiés ont de lourdes conséquences, et que ces mesures ont des effets graves sur droits de l'homme, l'Expert indépendant a jugé important de se pencher sur cette question. Il espère que toutes les parties prenantes tiendront compte de l'analyse, des conclusions et des recommandations qu'il formule ci-après.

4. Le présent rapport comprend sept parties. La première présente le rapport. La deuxième partie est consacrée à l'examen des lois et pratiques nationales qui incriminent ou répriment l'assistance humanitaire prêtée aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés. Dans la troisième partie, l'Expert indépendant examine certaines des mesures prises au niveau régional. La quatrième partie porte sur les mesures prises dans certains pays ou lieux par une partie de la société civile pour empêcher l'expression d'une solidarité avec les migrants et les réfugiés. Dans la cinquième partie, l'Expert indépendant se penche sur la question de savoir si les lois et pratiques qui incriminent ou répriment cette solidarité sont conformes au droit international général, tandis que, dans la sixième partie, il examine la conformité de ces lois et pratiques avec le du droit international des droits de l'homme. Enfin, dans la septième partie, s'appuyant sur la réflexion menée dans le rapport, l'Expert indépendant formule des conclusions et propose des recommandations en vue de la mise en œuvre d'une réforme propice aux droits de l'homme.

## II. Lois et pratiques nationales incriminant ou réprimant l'assistance humanitaire prêtée aux migrants en situation irrégulière ou aux réfugiés

5. L'Expert indépendant se propose de mettre en évidence, au moyen d'exemples, la façon dont les manifestations d'une solidarité internationale fondée sur les droits de l'homme sont réprimées et incriminées (et constituent des « délits de solidarité<sup>1</sup> ») dans un grand nombre de pays à travers le monde. Il est possible de distinguer plusieurs catégories, comme suit.

<sup>1</sup> Voir Liz Fekete, Frances Webber et Anya Edmond-Pettitt, « Humanitarianism : the unacceptable face of solidarity » (Institute of Race Relations, 2007), p. 3.

### Répression et incrimination du sauvetage humanitaire de migrants en situation irrégulière qui risquent de mourir en mer

6. Il existe un certain nombre d'exemples de mesures de ce type mises en œuvre face aux migrations de masse, en particulier face aux migrants qui traversent la Méditerranée depuis l'Afrique du Nord pour se rendre en Europe. La pratique consistant à prendre pour cibles les groupes humanitaires qui se portent au secours des migrants clandestins en situation de détresse en mer n'est malheureusement pas nouvelle<sup>2</sup>. En 2004, le *Cap Anamur*, navire appartenant à une organisation non gouvernementale (ONG) humanitaire allemande, a croisé une embarcation de fortune transportant 37 réfugiés africains partis de Libye à destination de l'Italie, qui courait un grave danger ; il a secouru les réfugiés et leur a sauvé la vie. Le *Cap Anamour* a ensuite demandé sans succès aux garde-côtes de pouvoir accoster dans un port. Durant onze jours, il a navigué en haute mer non loin des eaux territoriales, jusqu'au moment où il a été forcé d'accoster pour cause de détresse à bord. Le capitaine et le premier officier du navire, ainsi que le directeur de l'ONG, ont immédiatement été accusés d'aide à l'immigration irrégulière et placés en détention. Ils ont toutefois été acquittés cinq ans plus tard des charges qui pesaient contre eux.

7. En 2007, dans l'affaire *Morthada/el-Hedi*, les membres d'équipage de deux bateaux de pêche tunisiens qui avaient secouru 44 migrants en détresse ont été placés en détention à leur arrivée au port<sup>3</sup>. Ils ont été jugés pour trafic d'êtres humains, sous les chefs d'« aide à l'entrée irrégulière » et de « circonstances aggravantes de criminalité organisée »<sup>4</sup>. Tous ont finalement été acquittés, soit en première instance, soit par la cour d'appel de Palerme, mais la procédure a duré de deux à quatre ans<sup>5</sup>. Beaucoup plus récemment, en mars 2018, un navire de sauvetage de l'ONG humanitaire espagnole Proactiva Open Arms a été saisi et une enquête pour trafic d'êtres humains ouverte contre l'équipage après que celui-ci a ramené au port 216 migrants trouvés en situation de détresse en haute mer et a refusé de les remettre aux autorités du pays de départ<sup>6</sup>. Le 16 avril 2018, un tribunal a jugé que l'opération de sauvetage menée le 15 mars 2018 au large des côtes par le groupe humanitaire était justifiée car les migrants et les réfugiés secourus risquaient de subir de « graves violations des droits de l'homme » dans le pays de départ<sup>7</sup>. Toutefois, le 24 avril 2018, la Cour suprême a rejeté un recours déposé contre la saisie en août 2017 du *Iuventa*, navire de sauvetage appartenant à une ONG, comme suite à une enquête ouverte par les autorités sur des ONG actives en Méditerranée<sup>8</sup>.

### Exercice de poursuites ou d'une répression contre les humanitaires qui aident des migrants en situation irrégulière à entrer sur le territoire d'un pays (y compris en les transportant à la frontière)

8. De l'avis de l'Expert indépendant, cette pratique est généralisée. Les propos tenus par un ministre européen de l'immigration en 2008 devant la chambre basse du Parlement national, selon lesquels le fait de soutenir les migrants en situation irrégulière, ne serait-ce que tacitement, n'était plus acceptable pour le Gouvernement et celui-ci comptait examiner les moyens de « faire en sorte que ceux qui accompagnent et conseillent les demandeurs d'asile [...] soient tenus responsables de leurs actes »<sup>9</sup> en sont une bonne illustration. Les autorités d'un autre pays ont engagé des poursuites contre des personnes pour aide à l'entrée irrégulière, alors même que les motifs humanitaires de ces personnes tenues pour

<sup>2</sup> Voir Liz Fekete, « Europe: crimes of solidarity », *Race and Class*, vol. 50, n° 4 (avril 2009).

<sup>3</sup> Voir Tugba Basaran, « Saving Lives at Sea : Security, Law and Adverse Effects », *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, n° 3 (2014).

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Voir BBC News, 19 mars 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://www.bbc.com/news/world-europe-43455555>.

<sup>7</sup> Voir <https://af.reuters.com/article/libyaNews/idAFL8N1RT4FQ>.

<sup>8</sup> Voir <https://www.aljazeera.com/news/2018/04/italian-court-rules-iuventa-rescue-vessel-remain-impounded-180424115151621.html>.

<sup>9</sup> Voir Liz Fekete, « Europe : crimes of solidarity ».

être en infraction auraient dû être manifestes<sup>10</sup>. Des arrestations et/ou des poursuites du même ordre ont eu lieu dans plusieurs pays européens.

**Exercice de poursuites ou d'une répression contre les humanitaires qui viennent en aide à des migrants en situation irrégulière en assurant leurs déplacements dans un pays**

9. Ce geste humanitaire provoque fréquemment l'ire de bon nombre d'États. En 2005, deux jeunes bénévoles d'un groupe de militants humanitaires nord-américain, No More Deaths, ont été mis en examen pour transport et conspiration à cet effet « au service d'une présence illégale »<sup>11</sup>. Il s'agit d'infractions graves, pour lesquelles ces bénévoles, qui avaient accompagné en voiture trois migrants malades jusqu'à un centre de soins, risquaient quinze ans de prison<sup>12</sup>. Dans un pays européen, alors qu'ils étaient mus par des motifs humanitaires, plusieurs particuliers ont été mis en examen et reconnus coupables (en tout cas en première instance) d'infraction à la législation sur l'immigration pour avoir conduit des migrants à la gare ou fait en sorte qu'ils puissent embarquer sur des bateaux<sup>13</sup>.

**Exercice de poursuites ou d'une répression contre les humanitaires qui aident des migrants en situation irrégulière à pourvoir à leurs besoins vitaux**

10. Dans un pays d'Amérique du Nord, plusieurs groupes humanitaires, dont le groupe mentionné ci-dessus, s'emploient depuis des années à pourvoir aux besoins vitaux (eau, nourriture, soins médicaux, etc.) des migrants en situation irrégulière à la frontière méridionale du territoire<sup>14</sup>. Ces groupes sont fréquemment la cible d'actes d'intimidation et/ou de manœuvres visant à les faire passer pour des délinquants<sup>15</sup>. Parmi les autres exemples de mesures de cet ordre prises face aux migrations de masse figurent aussi les sanctions professionnelles et administratives prises dans un pays européen contre des professionnels de santé qui avaient offert une assistance médicale à des migrants en situation irrégulière<sup>16</sup>.

**Exercice de poursuites ou d'une répression contre les humanitaires qui louent des logements à des migrants en situation irrégulière**

11. Dans la lignée d'autres formes d'incrimination ou de répression de la solidarité envers les migrants en situation irrégulière, des groupes humanitaires et des particuliers qui louaient des logements à des migrants ont été poursuivis ou menacés de poursuites par les autorités de leur pays. Selon une étude, la location d'un logement à un migrant en situation irrégulière tombe sous le coup de la loi pénale et est, de fait, réprimée d'une façon ou d'une autre dans certains pays européens<sup>17</sup>. Cela semble moins courant en dehors de l'Europe. Dans quelques pays d'Asie du Sud-Est et du Moyen-Orient, quiconque fournit un hébergement à des étrangers doit tenir un registre et le notifier aux autorités, sous peine de sanctions administratives et pénales<sup>18</sup>. Dans certaines villes et autres entités d'un pays

<sup>10</sup> Voir Liz Fekete, Francesca Webber et Anya Edmond-Pettitt, « Humanitarianism : the unacceptable face of solidarity », p. 53 et 54.

<sup>11</sup> Voir Maria Lorena Cook, « Humanitarian aid is never a crime : humanitarianism and illegality in migrant advocacy », *Law & Society Review*, vol. 45, n° 3 (septembre 2011).

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Voir Liz Fekete, Francesca Webber et Anya Edmond-Pettitt, « Humanitarianism : the unacceptable face of solidarity », p. 53.

<sup>14</sup> Voir Andrew Burridge, « Differential Criminalization under Operation Streamline : Challenges to Freedom of Movement and Humanitarian Aid Provision in the Mexico-US borderlands », *Refuge*, p. 83.

<sup>15</sup> Voir Kristina M. Campbell, « Humanitarian Aid is Never a Crime ? The Politics of Immigration Enforcement and the Provision of Sanctuary », *Syracuse Law Review*, vol. 63 (2012).

<sup>16</sup> Voir Liz Fekete, « Europe : crimes of solidarity ».

<sup>17</sup> Voir Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them » (mars 2014).

<sup>18</sup> Ces informations sont tirées d'une enquête consacrée aux législations nationales sur l'immigration de ces pays.

d'Amérique du Nord, la location d'appartements à des migrants en situation irrégulière tombe également sous le coup de la loi pénale, et est même passible de peines de prison<sup>19</sup>.

**Exercice de poursuites contre les autorités religieuses, les ONG et d'autres entités qui fournissent un hébergement ou donnent refuge à des migrants en situation irrégulière**

12. Cela fait plusieurs dizaines d'années que, dans un pays d'Amérique du Nord, des Églises, des groupes humanitaires et des particuliers sont poursuivis pour avoir donné refuge à des migrants en situation irrégulière risquant d'être appréhendés ou expulsés par les autorités<sup>20</sup>. Dans un pays européen, un certain nombre de particuliers ont été poursuivis et certains ont été reconnus coupables et condamnés à de lourdes amendes pour avoir fourni un hébergement ou un refuge à des migrants<sup>21</sup>. À titre d'exemple, en 2016, des membres de l'ONG Refugees Welcome to the Arctic ont été arrêtés et mis en examen pour « aide au séjour illégal » après avoir tenté d'aider des réfugiés syriens menacés d'expulsion vers un autre pays à se mettre en lieu sûr dans une église. Les trois personnes poursuivies ont toutes reçu une amende. L'une d'elles a refusé de payer et a été jugée. Elle a été acquittée en 2017, au motif qu'il n'avait pas été démontré que son geste, certes inconsidéré et risqué, était délictueux<sup>22</sup>.

**Exercice de poursuites ou d'une répression contre les avocats qui assistent des migrants en situation irrégulière**

13. Des avocats qui se consacrent à la défense des droits des immigrants ont été harcelés ou menacés. En avril 2017, dans un pays d'Amérique du Nord, Northwest Immigrant Rights Project, ONG respectée qui représente des migrants faisant l'objet d'une procédure d'expulsion, a reçu une lettre du Département de la justice<sup>23</sup> lui enjoignant de cesser de représenter ses clients et de mettre fin à son programme de consultations dans le domaine de l'asile. L'ONG était accusée d'enfreindre une règle visant à protéger les particuliers contre les avocats et les notaires qui perçoivent des honoraires puis abandonnent leur client<sup>24</sup>. Elle est parvenue à contester l'injonction en question devant les tribunaux<sup>25</sup>.

**Exercice d'une répression contre les villes qui donnent refuge à des migrants clandestins**

14. Dans certains pays, des villes ont adopté et mettent en œuvre des politiques de résistance ou de non-coopération face à des lois ou à des mesures du gouvernement central qu'elles jugent contraires aux droits de l'homme des migrants en situation irrégulière et des réfugiés<sup>26</sup>. Souvent, dans le cadre de ces politiques, elles prennent des mesures d'action positive en faveur des personnes concernées<sup>27</sup>. Elles subissent des représailles des autorités centrales, qui entendent les punir pour avoir ainsi manifesté leur opposition.

<sup>19</sup> Voir Commission nationale de l'équité en matière de logement et de l'égalité des chances, « The Future of Fair Housing » (décembre 2008), p. 49.

<sup>20</sup> Voir Liz Fekete, Francesca Webber et Anya Edmond-Pettitt, « Humanitarianism : the unacceptable face of solidarity », p. 3.

<sup>21</sup> Ibid., p. 55.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Voir Département de la justice, lettre datée du 5 avril 2017, disponible à l'adresse suivante : [www.nwirp.org/wp-content/uploads/2017/05/Dkt-1-1-exhibit.pdf](http://www.nwirp.org/wp-content/uploads/2017/05/Dkt-1-1-exhibit.pdf).

<sup>24</sup> Voir Rachel B. Tiven, « The airport lawyers who stood up to Trump are under attack : the Department of Justice is perverting a rule to shut down immigration-rights lawyers », *The Nation*, 19 mai 2017.

<sup>25</sup> *Northwest Immigrant Rights Project v. Sessions*, order No. 2:17-cv-00716, disponible à l'adresse suivante : <http://www.nwirp.org/wp-content/uploads/2017/05/Dkt-33-order-granting-tro.pdf>.

<sup>26</sup> Voir Kristina M. Campbell, « Humanitarian Aid is Never a Crime ? The Politics of Immigration Enforcement and the Provision of Sanctuary ».

<sup>27</sup> Ibid.

**Exercice de poursuites ou adoption de mesures d'intimidation contre les humanitaires et les autres personnes qui participent aux manifestations organisées en solidarité avec des migrants en situation irrégulière ou leur apportent leur soutien**

15. En 2007, dans un pays européen, les autorités ont poursuivi des personnes qui avaient soutenu la journée nationale de solidarité observée cette même année par des groupes de la société civile pro-migrants, et ont adopté par la suite des mesures leur permettant de recueillir et de conserver des données sur les défenseurs des demandeurs d'asile et des migrants sans papier<sup>28</sup>. Dans un autre pays européen, des personnes qui avaient manifesté après qu'une famille de migrants avait fait l'objet d'une descente des forces de l'ordre ont été mises en examen pour trouble à l'ordre public<sup>29</sup>.

**Menaces de poursuites, de répression ou d'expulsion visant les personnes qui militent en faveur des migrants en situation irrégulière ou qui leur expriment leur soutien (ou application effective de telles mesures)**

16. En février 2018, un groupe d'experts des droits de l'homme de l'ONU a reproché à un pays d'Amérique du Nord d'avoir engagé une procédure d'expulsion contre une Mexicaine qui faisait campagne contre les mauvais traitements dont seraient victimes les migrants détenus dans le pays, soulignant que cette mesure semblait liée aux activités militantes de l'intéressée. Les experts ont également dit constater avec préoccupation que le traitement réservé à cette femme semblait s'inscrire dans « une tendance de plus en plus marquée à l'intimidation des défenseurs des migrants et à l'exercice de représailles contre ces défenseurs »<sup>30</sup>. Dans un pays européen, les autorités ont menacé de poursuivre, en vertu de la législation sur les étrangers, des responsables politiques qui avaient exprimé leur soutien à une migrante de 15 ans à laquelle un prêtre catholique avait donné refuge<sup>31</sup>.

**Exercice de poursuites ou d'une répression contre les personnes qui participent ou apportent leur soutien à des actions de protestation menées à bord d'avions en solidarité avec des migrants en situation irrégulière sur le point d'être expulsés**

17. En mars 2017, 15 militants ont empêché le départ d'un avion affrété pour expulser discrètement des migrants en s'enchaînant à l'appareil et en restant allongés sur le tarmac durant plus de dix heures. Ils ont été mis en examen pour différentes infractions, y compris pour intrusion illicite avec circonstances aggravantes et pour mise en péril de la sécurité de l'exploitation d'un aéroport, qui est une infraction liée au terrorisme et emporte une peine pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie. Leur procès s'est ouvert le 14 mars 2018 devant une juridiction pénale et risque d'être long<sup>32</sup>. Des poursuites ont aussi été engagées dans d'autres pays européens pour des actes similaires. Il est à noter que, même si nombre d'entre elles ont finalement été acquittées par des juridictions supérieures dans les pays concernés, les personnes poursuivies dans ces affaires n'en ont pas moins souffert de l'épreuve considérable que constitue le fait d'être traitées comme des délinquants et d'avoir dû se défendre en justice, parfois à grands frais.

18. Il est à noter également que l'incrimination et la répression de l'assistance humanitaire prêté aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés sont généralement autorisées en vertu des lois et pratiques nationales des pays concernés. En ce qui concerne l'« infraction » d'aide à l'entrée sur le territoire d'un pays, dans quatre des six pays examinés dans une étude récente, l'aide à l'entrée irrégulière est punissable pénalement, même lorsqu'elle n'est pas apportée à des fins lucratives<sup>33</sup>. Toujours selon la même étude, l'aide au séjour de migrants en situation irrégulière est également réprimée par la législation des six pays concernés mais, dans quatre d'entre eux, uniquement si elle est apportée à des

<sup>28</sup> Voir Liz Fekete, « Europe : crimes of solidarity ».

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Voir [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22657&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22657&LangID=E).

<sup>31</sup> Voir Liz Fekete, « Europe : crimes of solidarity ».

<sup>32</sup> Frances Webber, « Institute of Race Relations », entretien, 8 mars 2018.

<sup>33</sup> Voir Mark Provera, « The Criminalization of Irregular Migration in the European Union », Centre d'études des politiques européennes, article publié dans *Liberty and Security in Europe*, n° 80 (février 2015).

fins lucratives. Cet élément de l'infraction est susceptible d'épargner un verdict de culpabilité à ceux qui fournissent une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière, même s'il ne leur évitera pas nécessairement d'être arrêtés et poursuivis<sup>34</sup>. Après avoir examiné la législation nationale de nombreux pays, l'Expert indépendant est parvenu à la conclusion que les lois relatives aux sanctions pénales ou autres pour aide à l'entrée ou au séjour de migrants clandestins semblent être similaires dans bon nombre d'autres pays européens, ainsi que dans la plupart des pays d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine<sup>35</sup>. Il a également pu constater que la location de logements à des migrants en situation irrégulière est également incriminée ou réprimée d'autre manière dans de nombreux pays.

19. Il importe de souligner que des pays européens ont introduit des dérogations pour raisons humanitaires dans les lois qu'ils ont adoptées pour combattre le trafic de migrants et les autres lois relatives à l'immigration et ont ainsi dépénalisé la plupart des formes de solidarité envers les migrants en situation irrégulière. À titre d'exemple, en 2012, la France a adopté des dispositions législatives qui exonèrent de poursuites les membres de la famille d'un migrant en situation irrégulière et d'autres personnes qui lui fournissent des conseils juridiques, des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux ou « toute autre aide visant à préserver [sa] dignité ou [son] intégrité physique »<sup>36</sup>. Suggérées par le droit de l'Union européenne<sup>37</sup>, des « clauses humanitaires facultatives » de ce type, quoique de portée limitée, ont aussi été introduites dans la législation de plusieurs autres pays européens, dont la Belgique, l'Allemagne et l'Italie (dérogations expresses en faveur des humanitaires qui portent assistance à des migrants quels qu'ils soient), la Finlande et le Danemark (dérogations implicites), l'Irlande, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'Espagne (dérogations accordées aux seules personnes qui viennent en aide à des demandeurs d'asile) et la Grèce (dérogations accordées seulement à ceux qui portent secours à des migrants en mer ou qui aident des personnes ayant besoin d'une protection internationale).

20. De surcroît, dans quelques autres États, la justice a estimé que l'offre d'une assistance humanitaire à des migrants en situation irrégulière ne pouvait être considérée en soi comme un acte délictueux. Ainsi, en 2006, en Autriche, la Cour constitutionnelle a établi que, s'agissant de fournir une aide humanitaire sans intention d'empêcher l'exécution de mesures officielles à plus long terme, l'infraction n'était pas constituée. En France, la décision récente du Conseil constitutionnel, par laquelle Cédric Herrou a été reconnu non coupable de trafic de migrants (dont des demandeurs d'asile) sur le territoire français, l'intéressé ayant agi conformément au principe de fraternité (c'est-à-dire par solidarité), est riche d'enseignements et très progressiste<sup>38</sup>. En 2015, au Canada, dans l'affaire *R. c. Appulonappa*, la Cour suprême a considéré que la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés était contraire à la Constitution en ce qu'elle n'opérait aucune distinction entre l'aide apportée à l'entrée de migrants dans un but humanitaire et l'aide apportée dans un but lucratif<sup>39</sup>. Pour la Cour, la mention d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel qui est faite dans la définition du trafic illicite de migrants figurant dans le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, démontrait que cet instrument ne visait pas les activités humanitaires.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Voir également Andreas Schloenhardt, « Trafficking in Migrants in the Asia-Pacific : National, Regional and International Responses », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 5 (2001).

<sup>36</sup> Voir Mark Provera, « The Criminalization of Irregular Migration in the European Union ».

<sup>37</sup> Voir directive 2002/90/CE du Conseil définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (28 novembre 2002).

<sup>38</sup> Affaire *Cédric Herrou et autre*, décision du Conseil constitutionnel n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, disponible à l'adresse suivante : [https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717\\_718QPC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm).

<sup>39</sup> Voir <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/15648/index.do>.

### III. Lois, politiques et pratiques régionales qui incriminent ou répriment la fourniture d'une assistance humanitaire à des migrants en situation irrégulière ou à des réfugiés

21. Au niveau européen, deux textes législatifs au moins ont contribué directement et de manière très sensible au maintien dans la plupart des États européens de régimes juridiques réprimant et incriminant la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière. Ces deux instruments visent expressément à freiner les migrations irrégulières à destination de l'Europe au moyen d'une pénalisation accrue des initiatives visant à venir en aide aux migrants. Le plus important de ces textes est la directive 2002/90/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, qui, en 2007, avait été adoptée par tous les États membres de l'Union européenne<sup>40</sup>. Elle impose aux États membres de prendre des mesures avant le 5 décembre 2004 pour adopter des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives contre quiconque aide une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers, ainsi que contre quiconque est complice de telles infractions ou tente de les commettre. Toutefois, par sa « clause humanitaire facultative », la directive laisse aux États membres la possibilité de déroger partiellement (ou non) à ces règles dans les cas où le comportement incriminé a pour but d'apporter une aide humanitaire aux migrants en situation irrégulière (sauf si l'aide en question a pour but de les aider à résider dans un pays de l'Union européenne)<sup>41</sup>. La directive ne donne aucune définition de l'aide humanitaire. Malheureusement, comme cela a déjà été relevé, seuls quelques États membres de l'Union européenne ont à ce jour transcrit dans leur législation nationale cette dérogation au titre de l'aide humanitaire<sup>42</sup>.

22. Le deuxième texte législatif pertinent au niveau européen est la Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Ce texte complète la Directive 2002/90/CE et impose aux États membres de prévoir des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives en cas de violation de la Directive. Ces sanctions comprennent la confiscation du moyen de transport ayant servi à commettre l'infraction, l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, et l'expulsion. Ces dispositions législatives sont complétées par divers documents qui vont dans le même sens mais ne sont pas contraignants, comme les conclusions du Conseil de l'Union européenne de mars 2016 sur le trafic de migrants et le plan d'action de l'Union européenne contre le trafic de migrants (2015-2020), qui proposent des mesures qui ont eu pour effet d'entraver l'offre d'une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière. Les pratiques de certaines agences de l'Union européenne, comme l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (également connue sous le nom de Frontex), ont parfois eu un effet similaire. L'une de ces pratiques consiste à accuser nombre d'ONG et d'acteurs humanitaires qui viennent en aide aux migrants en situation irrégulière de collusion avec les trafiquants et les passeurs ou de soutien à ces trafiquants et passeurs, autant d'accusations qui sont sans fondement mais n'en sont pas moins délétères<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Voir Kay Hailbronner et Georg Jochum, « Synthesis report on the implementation of the directive on facilitation of unauthorised entry and stay of 28 November 2002 » (Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum in Europe, 2007).

<sup>41</sup> Voir Sergio Carrera et autres, *Fit for Purpose ? The Facilitation Directive and the Criminalization of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants* (Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'Union, Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2016), p. 26 et 27.

<sup>42</sup> Voir Rachel Landry, « The "humanitarian smuggling" of refugees : criminal offence or moral obligation ? » (Refugee Studies Centre, Université d'Oxford, document de travail n° 119, octobre 2016), p. 10.

<sup>43</sup> Voir Stephanie Kirchgaessner, « EU migration crisis : border agency accused of stirring controversy » (The Guardian, avril 2017) ; Italian Insider newsdesk, « Frontex accuses NGOs of providing smuggler 'taxi' service » (avril 2017) ; et Nando Sigona, « NGOs under attack for saving too many lives in the Mediterranean » (The Conversation, mars 2017).



23. Dans la région Asie-Pacifique, deux documents de politique générale au moins semblent avoir contribué de manière significative à la répression et à l'incrimination de l'aide aux migrants en situation irrégulière, y compris lorsqu'elle est fournie dans un but humanitaire. Ces instruments ont été mis en œuvre dans de nombreux États de la région<sup>44</sup>. La Déclaration de Bangkok sur les migrations clandestines de 1999 invite les États participants de la région Asie-Pacifique à incriminer les migrations irrégulières comme le trafic de migrants et à punir ce dernier, qu'il soit ou non organisé à des fins lucratives<sup>45</sup>. En 2015, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est a adopté la Déclaration de Kuala Lumpur sur les déplacements irréguliers de personnes en Asie du Sud-Est, qui va également dans le sens de l'incrimination de l'aide aux migrants mais n'établit pas de distinction claire entre le trafic organisé à des fins lucratives et l'aide humanitaire à l'entrée ou au séjour de migrants en situation irrégulière.

24. En Afrique, il n'y a pas de lois, de politiques ou de pratiques régionales expressément destinées à réprimer ou à incriminer la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière ou aux réfugiés. Les problèmes soulevés par la traite des êtres humains et le trafic des migrants dans la Corne de l'Afrique comptent parmi les préoccupations de l'Union africaine et ont conduit à l'adoption en 2014 de la Déclaration de Khartoum et de l'Initiative de l'Union africaine sur la traite des êtres humains et le trafic de migrants dans la Corne de l'Afrique. L'objectif de cette initiative était de comprendre en détail le trafic de migrants et d'engager une action concertée pour le combattre. Elle n'a pas débouché sur la mise en place d'une pratique régionale en matière de lutte contre la traite des êtres humains et le trafic de migrants.

#### **IV. Actions menées par des éléments de la société civile pour empêcher la solidarité avec les migrants et les réfugiés**

25. Dans de nombreuses régions du monde, des éléments d'extrême droite ou d'autres groupes extrémistes de la société civile ont organisé des mobilisations de masse, se sont livrés à des affrontements et ont recouru à d'autres pratiques encore qui avaient pour but ou ont eu pour effet d'intimider ceux qui apportent une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière ou de leur porter préjudice. On a également assisté, dans le contexte des migrations mondiales<sup>46</sup>, à l'expression d'un troublant élan de solidarité contre l'humanitarisme, essentiellement relayé par l'extrême droite, la « droite alternative », les nationalistes blancs et d'autres groupes extrémistes. Ainsi, en juillet 2017, l'organisation Defend Europe et d'autres groupes d'extrême droite, prenant prétexte d'informations globalement erronées selon lesquelles des acteurs humanitaires seraient impliqués dans le trafic de migrants en Méditerranée, ont entrepris de patrouiller dans les eaux méditerranéennes dans le but de gêner le travail des acteurs humanitaires<sup>47</sup>. Si l'organisation a dû renoncer à sa mission, perturbée par les « antifascistes », elle s'est toutefois félicitée de son succès, arguant que certains gouvernements avaient déjà fait le travail à sa place.

#### **V. Analyse du droit international général**

26. L'obligation de secourir toute personne en détresse en mer est fermement établie en droit international général<sup>48</sup>. Dans l'affaire du *Cap Anamur*, le tribunal a fondé sa décision d'acquitter la personne accusée par les autorités d'un État d'Europe du Sud d'infractions à la législation sur les migrations sur l'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Cet article fait obligation aux capitaines de navire ou aux autorités

<sup>44</sup> Voir A. Schloenhardt, « Trafficking in migrants in the Asia-Pacific : national, regional and international responses ».

<sup>45</sup> Voir en particulier les paragraphes 8 et 14.

<sup>46</sup> Voir Liz Fekete, Francesca Webber et Anya Edmond-Pettitt, « Humanitarianism : the unacceptable face of solidarity », p. 31.

<sup>47</sup> Voir Maya Oppenheim, « Defend Europe : far-right ship stopping refugees ends its mission after a series of setbacks », (The Independent, août 2017).

<sup>48</sup> Voir Tugba Basaran, « Saving lives at sea : security, law and adverse effects ».

responsables qui constatent ou apprennent que des personnes sont en péril en mer d'intervenir pour leur sauver la vie ou leur apporter tout autre secours nécessaire. Les États parties à la Convention sont tenus d'exiger que les navires battant leur pavillon se conforment à ces dispositions. Une obligation du même ordre est également consacrée par l'article V de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer de 1974, l'article 10 de la Convention internationale de 1989 sur l'assistance et l'article 2 de la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes de 1979. Ces deux derniers instruments imposent cette obligation à tous les capitaines de navire, et non uniquement à ceux qui sont sous les ordres d'un État partie particulier. Il apparaît donc clairement que les capitaines de navires qui appartiennent à des groupes humanitaires ou sont gérés par de tels groupes (et, partant, les marins placés sous leur commandement) ne sont pas exemptés de cette obligation.

27. On peut logiquement conclure que les lois et les pratiques nationales et régionales mentionnées dans la présente section qui incriminent ou répriment les activités de ceux qui portent assistance à des personnes qui risquent de périr en mer vont clairement à l'encontre des règles de droit international qui consacrent l'obligation générale de porter assistance en mer<sup>49</sup>. L'acquiescement dont ont finalement bénéficié les marins inculpés d'infractions à la législation sur les migrations dans les affaires *Cap Anamur* et *Morthada/el-Hedi* était solidement fondé sur les dispositions du droit international général ainsi que sur les lois portant application de l'obligation juridique internationale ainsi consacrée. Force est toutefois de constater que, même si les intéressés ont finalement été acquittés, ces affaires (et d'autres) montrent clairement que le sauvetage de personnes en mer reste dans les faits une pratique passible de sanctions, ce qui influence et pourrait continuer d'influencer les comportements en mer<sup>50</sup>. Le placement en détention des personnes accusées de tels faits et les longues procédures judiciaires qu'elles ont endurées pourraient dissuader nombre de sauveteurs potentiels de tenter de venir en aide aux migrants ou aux réfugiés en détresse en mer, ce qui pourrait accroître encore le nombre de décès pourtant évitables.

28. Il convient toutefois de rappeler que la plupart des pays qui incriminent ou répriment le plus souvent les sauvetages humanitaires de migrants en détresse en mer effectués par des ONG ou d'autres acteurs privés font valoir que leur approche conduira, à terme, à une réduction du nombre de migrants et de réfugiés décédés en mer. Leur argument est qu'il n'y aura plus de morts si leur marine et leur système de justice pénale parviennent à dissuader les humanitaires d'aider les migrants en situation irrégulière qui sont en péril en mer, ce qui aura pour effet de dissuader les migrants de tenter de traverser la Méditerranée ou d'autres eaux. Certains pays de l'Union européenne ont ainsi fait valoir qu'ils avaient créé la Task Force pour la Méditerranée pour sauver des vies et que les particuliers ou les groupes qui secouraient des migrants et des réfugiés en détresse encourageaient d'autres migrants à tenter la traversée, compliquant ainsi la tâche de la Task Force pour la Méditerranée et alourdissant le bilan des pertes humaines<sup>51</sup>. Rien ne semble toutefois indiquer qu'une telle stratégie ait découragé ou puisse décourager les tentatives souvent désespérées que font les migrants en situation irrégulière et les réfugiés pour traverser la Méditerranée et arriver en Europe.

29. On rappellera également que d'aucuns font valoir qu'il y a peut-être une marge entre l'obligation de secourir les migrants et les réfugiés en détresse en mer et l'obligation expresse et clairement définie qui est faite aux États côtiers d'autoriser le débarquement dans leurs ports<sup>52</sup>. Certains ont argué qu'il était peu probable que le droit à une assistance s'étende au droit d'accoster dans un port particulier ou dans des eaux abritées<sup>53</sup> et ont aussi

<sup>49</sup> Voir Tugba Basaran, « Saving lives at sea : security, law and adverse effects » et Richard Barnes, « The international law of the sea and migration control » in *Extraterritorial Immigration Control : Legal Challenges*, Bernard Ryan et Valsamis Mitsilegas, ed. (Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff, 2010).

<sup>50</sup> Voir Tugba Basaran, « Saving lives at sea : security, law and adverse effects ».

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Voir Richard Barnes, « The international law of the sea and migration control » and Natalie Klein, « International migration by sea and air » in *Foundations of International Migration Law*, Brian Opekin, Richard Perruchoud et Jillyanne Redpath-Cross, (Cambridge, Cambridge University Press, 2012).

<sup>53</sup> Voir Richard Barnes, « The international law of the sea and migration control ».

fait valoir que, même si les règles pertinentes du droit international s'appliquaient manifestement aux cas de détresse physique, il n'y avait pas lieu d'en conclure par généralisation qu'elles s'appliquaient nécessairement aux navires qui demandent à accoster pour débarquer des personnes sauvées en mer<sup>54</sup>, en s'appuyant sur l'affaire du *Tampa*, en août 2001, dans laquelle un pays avait refusé de laisser débarquer des personnes sauvées en mer par un navire<sup>55</sup>. L'Expert indépendant s'oppose résolument à ce point de vue. Il estime que les traités pertinents n'auraient pas pu établir l'obligation de secourir les personnes en détresse en mer sans prévoir l'impératif implicite concomitant, à savoir que ces personnes soient autorisées à débarquer dans un port aussi proche que possible<sup>56</sup>. Quoi qu'il en soit, le déroulement et l'issue des affaires *Cap Anamur* et *Morthada/el-Hedi* confortent largement son point de vue sur cette question.

30. Il faut également rappeler que l'obligation juridique internationale générale de porter secours aux personnes en détresse en mer (y compris les migrants et les réfugiés) ne s'applique qu'aux espaces marins<sup>57</sup>. Il n'existe pas en droit international d'obligation positive similaire qui imposerait de secourir les personnes en détresse sur terre dans les pays de transit ou de destination. Ce point a été admis par la doctrine<sup>58</sup>.

31. La conclusion générale de la présente section est que si le droit international général fait obligation à quiconque est aux commandes d'un navire de porter secours à toute personne qui est en péril ou risque la noyade (y compris les migrants et les réfugiés), et aux États d'imposer et de faciliter de telles opérations de sauvetage, alors l'incrimination ou la répression des mesures prises par ceux qui s'acquittent de cette obligation de porter secours constitue de toute évidence une violation du droit international général.

## VI. Analyse du droit international des droits de l'homme

32. L'Expert indépendant tient à rappeler que plusieurs normes du droit international des droits de l'homme interdisent également ou à tout le moins limitent fortement l'incrimination de la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants et aux réfugiés en situation irrégulière et l'utilisation d'autres moyens de répression par lesquels les États tentent d'empêcher la fourniture d'une aide humanitaire privée aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés. Ces normes sont établies par les principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, comme le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

33. Même si le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer complète le système créé par la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et en fait partie intégrante, il a également vocation à être appliqué dans le respect du droit international des droits de l'homme. Il fait obligation aux États d'ériger en infraction pénale le trafic illicite de migrants mais définit les paramètres à respecter à cet effet (art. 6). Ainsi, le Protocole s'applique uniquement « à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant les infractions établies conformément à

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Voir *Ruddock v. Vadarlis*, FCA 1329 (Septembre 2001). Voir également W. Kirtley, « The Tampa incident : the legality of *Ruddock v. Vadarlis* under international law and the implications of Australia's new asylum policy », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, n° 1 (janvier 2002) ; Richard Barnes, « Refugee law at sea », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n° 1 (janvier 2004) ; et Cecilia Bailliet, « The Tampa case and its impact on burden sharing at sea », *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n° 3 (août 2003).

<sup>56</sup> Voir les paragraphes 5 et 12 de la résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Voir également les règles relatives aux opérations aux frontières maritimes annexées à la décision 2010/252/UE du Conseil du 26 avril 2010 complétant le Code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

<sup>57</sup> Voir Shalini Bhargava Ray, « Saving lives », *Boston College Law Review*, vol. 58, n° 4 (septembre 2017).

<sup>58</sup> Ibid.

[l'] article 6, lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué » (art. 4)<sup>59</sup>. Il en ressort très clairement que les dispositions que le Protocole impose aux États parties de prendre pour conférer le statut d'infraction pénale au trafic de migrants n'incriminent pas la fourniture d'une aide humanitaire aux migrants en situation irrégulière. C'est également ce qui ressort clairement de la lecture des travaux préparatoires relatifs au Protocole<sup>60</sup>.

34. Dans l'affaire *R. c. Appulonappa*, la Cour suprême du Canada a fait valoir que le Protocole ne visait pas à incriminer l'aide fournie aux migrants à des fins humanitaires et a annulé une disposition de la législation fédérale canadienne sur l'immigration qui était contraire à l'objectif limité du Protocole. Indépendamment du fond de cet argument contesté, il ne faut toutefois pas oublier que le Protocole sauvegarde expressément et dans leur intégralité les autres droits de l'homme garantis par les instruments internationaux à tous les êtres humains, y compris les migrants et les humanitaires qui leur viennent en aide. Il dispose qu'« aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme » (art. 19). Cela signifie que, même si l'incrimination de la fourniture d'une aide humanitaire aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés était autorisée en application du Protocole, elle n'en demeurerait pas moins illégale au regard d'autres normes du droit international des droits de l'homme. Cette interprétation du Protocole est également étayée par la décision rendue dans l'affaire *R. c. Appulonappa*.

35. Il ne fait guère de doute que l'incrimination par les États (et même les organisations régionales)<sup>61</sup> de la fourniture aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés d'une assistance humanitaire sous les formes déjà examinées dans le présent document constitue normalement une violation du droit international des droits de l'homme. Ce fait est reconnu par de nombreux auteurs<sup>62</sup>. Un expert a ainsi fait observer à juste titre que l'incrimination de tels faits a systématiquement eu pour effet d'empêcher les migrants en situation irrégulière et les réfugiés d'exercer nombre de leurs droits de l'homme, notamment en ce qui concerne les services essentiels et les services d'urgence<sup>63</sup>. Il y a, dans de telles situations, violation de plusieurs normes internationales relatives aux droits de l'homme ; c'est pourquoi l'Expert indépendant se propose d'examiner ci-après de quelle manière l'incrimination et la répression de la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière constituent une violation de certaines de ces normes.

### **Droit à la vie**

36. Ce droit est garanti par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui énonce que « [l]e droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi ». L'incrimination et la répression de l'assistance apportée par les personnes portant secours à des migrants en situation irrégulière ou des réfugiés risquant de périr en mer violent cette disposition, comme la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires l'a fait observer à juste titre dans un rapport récent (A/73/314). Si, en tant qu'être humain, un migrant en situation irrégulière ou un réfugié jouit intrinsèquement d'un droit à la vie protégé par la loi, l'incrimination et la répression de tout acte visant à prévenir la perte de vies humaines constituent une violation

<sup>59</sup> Voir également Liz Fekete, « Europe : crimes of solidarity ».

<sup>60</sup> Voir Rachel Landry, « The "humanitarian smuggling" of refugees : criminal offence or moral obligation ? ».

<sup>61</sup> Voir Sergio Carrera et Joanna Parkin, « Protecting and delivering fundamental rights of irregular migrants at local and regional levels in the European Union » (Centre for European Policy Studies, 2011), p. 3.

<sup>62</sup> Voir Mark Provera, « The criminalization of irregular migration in the European Union, p. 27 et 28 ; et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them ».

<sup>63</sup> Mark Provera, « The criminalization of irregular migration in the European Union », p. 27 et 28. Voir également Jennifer Allsopp, « Contesting fraternité : vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France » (Refugee Studies Centre, University of Oxford, document de travail n° 82, juillet 2012), p. 5 et 6.

de ce droit. Il serait donc difficile de nier que, dans l'optique du droit international des droits de l'homme, il est impératif de secourir ceux qui sont en péril en mer<sup>64</sup>. Cependant, la crainte des sanctions pénales conduit les personnes qui voudraient porter secours aux migrants en situation irrégulière qui sont en détresse en mer à y réfléchir à deux fois, et cette hésitation a souvent eu de graves conséquences pour les migrants et les réfugiés dont la vie est en danger. L'augmentation spectaculaire du nombre de décès de migrants en situation irrégulière et de réfugiés le long d'une frontière en Amérique du Nord depuis 1994 en est l'illustration<sup>65</sup>.

### **Droit à la liberté et à la sécurité de la personne**

37. Les droits extrêmement liés que sont le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne sont protégés par l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il est largement reconnu dans la jurisprudence des tribunaux de certains pays<sup>66</sup> comme par le Comité des droits de l'homme<sup>67</sup> que la capacité d'un migrant ou d'un réfugié dont la jouissance des droits fondamentaux (droit de ne pas être soumis à la discrimination, de ne pas être torturé ou de ne pas être tué, par exemple) est menacée dans un autre pays de trouver protection dans son pays hôte engage le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne. Par conséquent, l'engagement de poursuites ou l'exercice d'une répression contre des humanitaires qui, sans en retirer aucun gain matériel, facilitent l'entrée de ces migrants en situation irrégulière dans un pays ou les aident à se déplacer à l'intérieur d'un pays ou à trouver refuge dans le pays d'accueil constitue une violation de ces deux droits.

### **Droit à la liberté d'expression**

38. Le droit à la liberté d'expression est garanti par le paragraphe 2 de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Par conséquent, l'intimidation des humanitaires qui participent à des manifestations organisées en solidarité avec des migrants en situation irrégulière ou des réfugiés ou qui soutiennent de telles manifestations ou l'engagement de poursuites contre eux, les menaces de poursuites, d'expulsion ou de répression visant les personnes qui militent pour les migrants en situation irrégulière ou des réfugiés ou leur manifestent leur soutien (ou la mise à exécution de telles menaces), et les poursuites ou la répression dont font l'objet les personnes qui protestent de manière raisonnable dans les avions contre l'expulsion de migrants en situation irrégulière constituent à première vue une violation de ce droit. L'exercice de ce droit est expressément limité par l'autorisation accordée aux États au paragraphe 3 de l'article 19 d'appliquer les restrictions « nécessaires » « au respect des droits ou de la réputation d'autrui » et « [à] la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ». Sauf dans le cas des protestations à bord d'avions, l'incrimination ou la répression des manifestations organisées en solidarité avec des migrants en situation irrégulière et des réfugiés est clairement injustifiable, même dans le cadre de ces restrictions licites. Même à bord des avions, l'incrimination et la répression de tous les actes de protestation ne sauraient être justifiées par l'intérêt de la sécurité nationale. Ces restrictions doivent être strictement nécessaires et légitimes au vu des circonstances<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Voir Brunilda Pali, « Europe as Terraferma : against the criminalization of solidarity », *Security Praxis* (mai 2017).

<sup>65</sup> Voir Jill. M. Williams, « The safety/security nexus and the humanitarianisation of border enforcement », *The Geographical Journal*, vol. 182, n° 1 (mars 2016).

<sup>66</sup> Voir *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, Cour suprême du Canada, jugements (RCS 177, 4 avril 1985), par. 44 à 48, 52 et 53 et 59 et 60 ; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour suprême du Canada, jugements (1 RCS 3, 11 janvier 2002), par. 75 à 78, 113 à 114 et 118 à 119 ; *Medovarski c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Esteban c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, Cour suprême du Canada, jugements (2 RCS 539, 2005 CSC 51, 30 septembre 2005), par. 17 et 19 à 22.

<sup>67</sup> Voir *Hibaq Said Hashi c. Danemark* (CCPR/C/120/D/2470/2014), par. 9.1 à 9.10 ; *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013), par. 10.5 à 13. et *X c. Danemark* (CCPR/C/110/D/2007/2010), par. 8.5 et 9.3.

<sup>68</sup> Voir *Yuriy Bakur c. Bélarus* (CCPR/C/114/D/1902/2009), par. 7.4, 7.7 et 7.9 et 7.10.

### **Droit à ce qu'une cause soit entendue équitablement**

39. Le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue équitablement est garanti à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Au cœur de ce droit est le droit des personnes accusées ou susceptibles d'être accusées d'infraction à la loi de se faire assister d'un conseil. Son exercice est mis à mal par toute loi ou pratique qui a pour effet de restreindre ou d'interdire l'accès d'une personne à un avocat de son choix. Par conséquent, l'exercice de poursuites ou d'une répression contre les avocats qui, pour des raisons humanitaires, assistent des migrants en situation irrégulière constitue une atteinte à ce droit. En effet, ces poursuites et ces actes de répression ont pour effet de décourager de nombreux avocats d'assister des migrants en situation irrégulière ou des réfugiés, ce qui limite considérablement le droit de ces personnes à un conseil.

### **Droit à un logement convenable**

40. Le droit à un logement convenable est garanti à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du « droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille ». Cet article fait obligation aux États parties de prendre des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit. L'incrimination et la répression des actes des humanitaires qui louent des logements à des migrants en situation irrégulière ou à des réfugiés comme l'incrimination et la répression des actes des instances religieuses, des ONG et d'autres acteurs qui hébergent ces personnes ou leur donnent refuge constituent à première vue une violation grave de ce droit. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a interprété avec autorité le Pacte comme faisant obligation aux États de garantir à « toute personne » se trouvant sur leur territoire l'exercice minimal de chaque droit contenu dans ce traité, tel que le droit à un logement convenable<sup>69</sup>. Il convient de signaler que seuls les pays en développement disposent d'une marge de manœuvre, en application du paragraphe 3 de l'article 2, pour déterminer dans quelle mesure ils peuvent s'abstenir de garantir ce type de droits à des non-ressortissants, tels que des migrants en situation irrégulière. L'affaire *Conférence des Églises européennes c. Pays-Bas*, portée devant le Comité européen des droits sociaux, atteste également du bien-fondé de la position de l'Expert indépendant<sup>70</sup>.

### **Droit à l'alimentation et à un niveau de vie suffisant**

41. Le droit à l'alimentation est garanti à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du « droit de toute personne à un niveau de vie suffisant ». Dans le droit fil des arguments exposés au paragraphe précédent, il apparaît clairement que l'exercice de poursuites ou d'une répression contre les humanitaires qui répondent aux besoins vitaux des migrants en situation irrégulière et des réfugiés en leur fournissant de la nourriture, de l'eau, une aide médicale, des vêtements et de quoi se laver constitue également une violation grave de ce droit et que la clause de réalisation progressive évoquée ci-dessus n'empêche pas ces poursuites et cette répression d'être illicites au regard du droit international des droits de l'homme.

42. En outre, l'Expert indépendant tient à souligner que, dans le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 2018 et approuvé par 152 États Membres, les parties s'engagent à garantir un ensemble de principes directeurs transversaux et interdépendants, notamment le respect des droits de l'homme et du bien-être des migrants (indépendamment de leur situation migratoire), la primauté du droit et la coopération internationale<sup>71</sup>. Au paragraphe 24 du Pacte mondial, les signataires s'engagent « à coopérer au niveau international pour sauver des vies et prévenir les risques de décès et de blessure des migrants en organisant des opérations de recherche et de sauvetage individuelles ou conjointes, ainsi que la collecte et l'échange normalisés d'informations pertinentes, et en

<sup>69</sup> Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 4 (1991) sur le droit à un logement suffisant, et *I. D. G. c. Espagne* (E/C.12/55/D/2/2014), par. 11.1.

<sup>70</sup> Voir *Conférence des Églises européennes c. Pays-Bas* (décision sur le bien-fondé, 1<sup>er</sup> juillet 2014), réclamation n° 90/2013, par. 31 et 32, 34 et 35, 37, 41, 45, 48 et 113.

<sup>71</sup> Voir résolution 73/195 de l'Assemblée générale, par. 15 et 24.

assumant collectivement la responsabilité de la protection de la vie de tous les migrants, conformément au droit international ». Cette disposition va dans le même sens que la position juridique exposée ci-dessus par l'Expert indépendant. De même, dans le Pacte mondial pour les réfugiés (A/73/12, part II, par. 5 et 16), le principe de solidarité internationale est présenté comme un principe directeur fondamental pour la protection et le bien-être des réfugiés et des demandeurs d'asile.

43. En outre, l'Expert indépendant rappelle que, dans le rapport qu'il a soumis au Conseil des droits de l'homme en 2017, le Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs et défenseuses des droits de la personne a examiné la situation des personnes qui œuvrent pour la défense des droits des migrants et des réfugiés et a attiré l'attention sur la situation difficile de ceux qui font preuve de solidarité envers ces personnes et s'emploient à promouvoir et à protéger leurs droits. Il a aussi invité tous les États et les autres parties prenantes à protéger et à promouvoir les droits des défenseurs des personnes en déplacement et à remédier aux problèmes que rencontrent ces défenseurs (A/HRC/37/51).

44. Dans le droit fil de l'analyse faite aux paragraphes précédents, il convient d'examiner si ces actes sont justifiables au titre d'une clause générale de réserve (dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public), ou dans le cadre d'une dérogation générale prévue dans les traités concernés laissant aux États une certaine latitude en cas de crise ou de danger public. De nombreux États ont affirmé que les migrations de masse ou les déplacements de réfugiés qui ont eu lieu récemment constituaient en eux-mêmes une crise menaçant la sécurité nationale ou l'ordre public, ou qu'ils allaient déclencher une telle crise<sup>72</sup>. Étant donné que ni le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer ni le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne contiennent de clause relative à un danger public exceptionnel, l'analyse présentée ici se limitera au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et ne portera que sur les garanties des droits civils et politiques examinées au paragraphe précédent.

45. La Cour suprême du Canada a mis au point un procédé systématique et rigoureux pour concilier les intérêts de la population en matière de sécurité nationale, de sûreté publique et d'ordre public d'une part et les droits de l'homme de la personne d'autre part<sup>73</sup>. Il s'agit de l'application, chaque fois qu'il est nécessaire de limiter des droits individuels pour progresser dans la réalisation d'objectifs collectifs d'une importance capitale, du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Pour que la restriction de droits individuels puisse être justifiée, deux faits doivent être clairement établis :

a) L'objectif de la restriction proposée est lié à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique ;

b) Les moyens choisis sont raisonnables et leur justification peut se démontrer. Les mesures doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question (et ne pas être trop générales). En outre, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit de l'homme en question. Il doit aussi y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif en raison duquel le droit a été restreint (c'est-à-dire qu'il ne faut pas tomber dans l'excès et qu'il faut adhérer strictement au principe selon lequel les droits doivent être limités uniquement dans la stricte mesure où la situation l'exige).

46. Que les États et les organisations régionales qui ont promulgué des lois et se sont livrés à des pratiques qui incriminent ou répriment l'offre d'une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière ou aux réfugiés aient raison ou non de faire valoir que leur préoccupation face à l'arrivée d'un nombre relativement important de migrants sur leur territoire satisfait au critère a) ci-dessus, il leur sera extrêmement difficile de démontrer que le critère b) est respecté. Il est clair que le moyen qu'ils ont choisi ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de l'homme des migrants et des humanitaires qui leur viennent en aide, et qu'il n'y a pas proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive (c'est-à-dire l'incrimination et la répression) et l'objectif en raison duquel les droits concernés ont

<sup>72</sup> Voir, par exemple, [www.kormany.hu/en/prime-minister-s-office/news/government-declares-state-of-crisis-due-to-mass-migration-in-two-counties](http://www.kormany.hu/en/prime-minister-s-office/news/government-declares-state-of-crisis-due-to-mass-migration-in-two-counties) et [www.theguardian.com/world/2015/sep/03/migration-crisis-hungary-pm-victor-orban-europe-response-madness](http://www.theguardian.com/world/2015/sep/03/migration-crisis-hungary-pm-victor-orban-europe-response-madness).

<sup>73</sup> Voir *R. c. Oakes*, Cour suprême du Canada, jugements (1 RCS 103, 1986).

été restreints (à savoir limiter l'immigration sur leur territoire)<sup>74</sup>. Cependant, ce n'est trop souvent que grâce à la solidarité que les migrants en situation irrégulière et les réfugiés peuvent exercer leurs droits fondamentaux et mener une vie à peu près digne<sup>75</sup>. Les relations sociales et la solidarité étant presque toujours les principaux moyens qu'ont les migrants en situation irrégulière d'exercer effectivement leurs droits fondamentaux, l'incrimination de la solidarité, qui favorise l'exclusion sociale, fait directement obstacle à l'exercice de droits de l'homme protégés au niveau international, comme le droit à la dignité<sup>76</sup>. Le fait que même l'introduction dans la directive européenne 2002/90/CE de la clause humanitaire facultative (qui n'est pas conforme au Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer<sup>77</sup>) ait fait débat est révélateur. La formulation définitive est, de fait, le résultat d'un compromis suggéré par la Suède, après que l'Autriche s'est opposée à la clause dans son intégralité, tandis que le Royaume-Uni formulait des réserves, que l'Allemagne proposait une clause humanitaire obligatoire et que la Grèce n'était pas en désaccord avec la disposition.

47. Il convient également de noter que ces mesures et pratiques qui incriminent ou répriment l'expression de la solidarité internationale fondée sur les droits de l'homme avec les migrants en situation irrégulière et les réfugiés sont contraires à la lettre et à l'esprit du droit de ces personnes à la solidarité internationale, lequel est énoncé dans le projet de déclaration sur le droit à la solidarité internationale soumis au Conseil des droits de l'homme en 2017 en annexe au rapport final de la précédente Experte indépendante (A/HRC/35/35). Le projet de déclaration donne une bonne indication des efforts qu'exigerait la solidarité internationale dans ce contexte.

## VII. Conclusions et recommandations en vue d'une réforme propice aux droits de l'homme

48. **En conclusion, l'Expert indépendant est d'avis que l'incrimination et la répression de la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés entravent de manière significative et injustifiée l'exercice par ces personnes de nombre de leurs droits de l'homme ou lui portent atteinte et sont donc illégales au regard du droit international des droits de l'homme. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne l'a reconnu<sup>78</sup>. Il convient également de noter que la décision prise récemment par la France de ne plus incriminer la solidarité envers les migrants en situation irrégulière et les réfugiés, notamment la décision progressiste prise par le Conseil constitutionnel au sujet de l'affaire Cédric Herrou, montre qu'il est de plus en plus admis, même au sein des gouvernements, que de telles mesures sont, par essence, contraires aux droits de l'homme<sup>79</sup>.**

49. **Parce que les questions migratoires sont de première importance à notre époque et que les lois et pratiques incriminant ou réprimant la fourniture d'une assistance humanitaire (c'est-à-dire l'expression de la solidarité internationale fondée sur les droits de l'homme) aux migrants en situation irrégulière et aux réfugiés ont des**

<sup>74</sup> Voir Liz Fekete, « Europe : crimes of solidarity ».

<sup>75</sup> Voir Sergio Carrera et Joanna Parkin, « Protecting and delivering fundamental rights of irregular migrants at local and regional levels in the European Union », p. 3.

<sup>76</sup> Voir Sergio Carrera et Massimo Merlino, « Undocumented immigrants and rights in the EU : Addressing the gap between social science research and policy-making in the Stockholm programme ? » (Centre for European Policy Studies, décembre 2009), p. 33.

<sup>77</sup> Voir Sergio Carrera et autres, *Fit for Purpose ? : The Facilitation Directive and the Criminalization of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, p. 10 et 11. Voir aussi Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 47.

<sup>78</sup> Voir Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them ».

<sup>79</sup> Voir loi n° 2012-1560, disponible à l'adresse suivante : [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1A086BE418596ED3F4A27A222F25AAE7.tpdjo15v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000026871211&categorieLien=id](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1A086BE418596ED3F4A27A222F25AAE7.tpdjo15v_1?cidTexte=JORFTEXT000026871211&categorieLien=id). Voir aussi Mark Provera, « The Criminalization of Irregular Migration in the European Union », p. 17.



conséquences graves pour les droits de l'homme, les États et les autres acteurs doivent impérativement redoubler d'efforts pour faire face de manière bien plus efficace aux problèmes et difficultés examinés dans le présent rapport. Le Conseil des droits de l'homme est très bien placé pour leur apporter son concours.

50. Au vu de l'examen et de l'analyse exposés dans le présent rapport, l'Expert indépendant formule les recommandations suivantes :

a) Tous les États devraient prendre toutes les mesures individuelles et collectives nécessaires pour mettre fin à l'incrimination et à la répression des activités des personnes qui fournissent une assistance humanitaire aux migrants en situation irrégulière et des réfugiés et font ainsi preuve de solidarité. Dans ce contexte, l'exemple de la France mérite d'être imité ;

b) À cette fin, tous les États qui ont adopté ou adopteront des lois pour lutter contre le trafic d'êtres humains devraient veiller à ce que ces lois contiennent des clauses d'exemption humanitaire qui énoncent aussi clairement que possible qu'il ne faut ni incriminer ni réprimer la fourniture d'une assistance humanitaire aux migrants ;

c) Toutes les organisations régionales devraient veiller à ce que leurs régimes et pratiques juridiques n'aboutissent pas à l'incrimination ou à la répression de l'expression par des acteurs humanitaires d'une solidarité avec les migrants. À cet égard, la directive 2002/90/CE de l'Union européenne définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (et d'autres textes législatifs y relatifs de l'Union européenne) devrait être modifiée de façon que sa clause humanitaire, actuellement facultative, soit obligatoire pour toutes les parties ;

d) Les États parties au Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer devraient envisager d'adopter et de ratifier un protocole portant modification de ce texte et enlevant aux États le pouvoir discrétionnaire qu'ils ont actuellement de définir le trafic d'êtres humains et d'élaborer des lois au niveau national pour le combattre. L'objectif est de mettre un terme à la tendance qu'ont un bien trop grand nombre d'États à adopter et à appliquer des dispositions excessivement vagues qui incriminent de la même manière les activités des organisations criminelles et celles des acteurs humanitaires. À cet égard, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Appulonappa* devrait servir d'exemple ;

e) Tous les États devraient s'employer de nouveau à s'acquitter de leur obligation conventionnelle de porter secours à toutes les personnes en détresse en mer, y compris les migrants en situation irrégulière et les réfugiés, et de faciliter le sauvetage de ces personnes, car le non-respect de cette obligation constitue une grave atteinte au droit international ;

f) Les États devraient prendre des mesures pour établir clairement que l'obligation juridique internationale de secourir les migrants en détresse en mer comprend l'obligation existante et fondamentalement liée à la première d'autoriser les migrants et les réfugiés secourus à débarquer sur le territoire terrestre de n'importe quel État côtier de la zone concernée ;

g) Les États devraient envisager d'instaurer ou du moins d'explicitier l'obligation positive de secourir les migrants en détresse sur leur territoire terrestre, et de ne pas incriminer ou réprimer l'action des acteurs humanitaires qui s'efforcent de porter secours à ces personnes. Le Conseil des droits de l'homme pourrait faciliter ce changement ;

h) Les États devraient prendre des mesures pour décourager et sanctionner les acteurs de la société civile qui tentent d'empêcher l'action des personnes qui font preuve de solidarité envers les migrants.