

Mediterranean Death Trip – The *Mare Internum* as the Graveyard of International Obligations¹

Marie-Laure Basilien-Gainche

University Jean Moulin Lyon III, France

Abstract

This article examines the situation of the boat people of Europe. Given that this issue affects some politically sensitive and legally delicate notions, including for example the sovereignty and jurisdiction of States, provisions and scopes of norms, nature and control of borders, rights and protection of migrants, and imputability and responsibility of acts, it is important to exercise care and rigor. In light of this, the article questions them all via the international obligations the States have to respect. The legal regimes that are to be applied to the boat people of Europe are scrutinized, examining the uncertain spaces at the margins of law and rights that the boat people of Europe have entered.

Keywords immigration; mediterranean; right to life; right to asylum; international human rights law; EU law.

English Summary

Let us be clear. The European Union (EU) and its Member States are not currently facing a migrant or refugee crisis, *per se*: more fundamentally, the dynamics of the European integration process is in great trouble and the imperative of the international protection obligations is in jeopardy. From shipwreck to shipwreck, the Mediterranean appears to have become the cemetery of the migrants' corpses and hopes, as well as the necropolis of the European Union values and principles. Europe's 80.000 maritime borders explain, of course, the importance of the migration flows of third country nationals (TCN) coming from the Middle East and Africa. They risk their lives on the Mediterranean and drift toward Cypriot, Maltese, Italian and, above all, Greek shores. Their arrivals decreased significantly between 2008 and 2012, as the control of the European western Mediterranean borders were greatly intensified. Thereafter, the political upheavals in North Africa (the so-called "Arab Spring") and the profound commotions in the Middle East (the expansion of Daech; the Libyan, Iraqian and Syrian crises) have led to an upsurge in the number of migrants who embark upon the Mediterranean death trip to flee violence and persecution. Most of them face harsh difficulties even to escape their national State, let alone reach another which will duly consider their application for asylum. At the same time, however, the legal routes to reach Europe (labour migration, family reunification, international protection) have narrowed as a consequence of the adoption of European norms on migration and asylum and their application by the Member States. This has left the TCNs with little choice: they have to follow dangerous and uncertain migration pathways, accepting irregular modes to enter the European territory, employing the "services" of smugglers, and thereby risking falling in the hands of human traffickers.

In order to "securitise" the European space, the EU and its Member States have established mechanisms that hinder migrants' arrivals. The controls of European external borders have been distanced and extra-territorialised, operated far away from the geographical borders of the EU Member States territories. Procedures have been created to regulate visa matters and migration flow management has been outsourced. The EU and its Member States adopted these security measures in the aftermath of the shipwreck that occurred in October 2013, allegedly to prevent more migrants' deaths in the Mediterranean. The solution highlighted the perceived need to reinforce the fight against irregular migration by increasing the skills and the means of Frontex, the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union. Similar orientations were reaffirmed in the European Agenda on Migration, which was published some weeks after the shipwreck that happened in

¹ This paper is also published in the *Revue des Droits de l'Homme*, whose editor kindly agreed to allow the author to place it here as well. Circumstances prevented us from translating the original into English but a summary is offered.

April 2015 and which remains the most deadly in Mediterranean history. But this was not all. The EU and its Member States, motivated by their obsessive and irrational concern for tackling irregular migration and dismantling the business model of the migrants' smugglers that supposedly feed migration flows, decided on military intervention (EUNAVFOR-MED, recalled SOPHIA on October the 7th, 2015). The self-defeating nature of this policy should be obvious as, rather than inhibiting the arrival of migrants, it creates even higher levels of the very calamities the boat people hope to escape. Against the backdrop of the true complexity of this problem, bombing campaigns of the boats the migrants use to venture through the Mediterranean appear desperately simplistic.

This article examines the situation of the *boat people* of Europe from a precise and cautious legal perspective. Given that this issue affects some politically sensitive and legally delicate notions, including for example: the sovereignty and jurisdiction of States, provisions and scopes of norms, nature and control of borders, rights and protection of migrants, and imputability and responsibility of acts, it is important to exercise care and rigor. In light of this, the article questions them all via the international obligations the States have to respect. The legal regimes that are to be applied to the *boat people* of Europe are scrutinized, examining the uncertain spaces at the margins of law and rights that the *boat people* of Europe have entered. What are the limits to State-exercise of authority, even in the name of their sovereignty? Given their obligation to secure and protect leads to an understanding of why their extraterritorial application is necessary in order to ensure the effectiveness of the rights they affirm, (as explained in the first part of the article). Nevertheless, the manner in which States fulfill these obligations to secure and protect has permitted them to ignore other aspects of responsibility and solidarity. The consequence has been the awful fate of all the vulnerable migrants who die in the obscure waters of the Mediterranean. Indeed, the *Mare Internum* appears to have become the graveyard not only of desperate populations and real humans, but also of international obligations and fundamental values. Examining the issue of the *boat people* of Europe leads therefore to scrutinise a Mediterranean Death Trip.

Résumé

La question des boat people de l'Europe touche à des notions politiquement sensibles et juridiquement délicates qui s'opposent et s'entremêlent : souveraineté et juridiction des États, contenu et portée des normes, nature et contrôle des frontières, droits et protection des migrants, imputabilité et responsabilité des actes. Une manière d'aborder les relations complexes et confuses qui se jouent entre ses différentes notions, dans le cas des migrants traversant la Méditerranée, est de les approcher par le biais des obligations juridiques qui s'imposent alors aux États. L'analyse de la situation des boat people de l'Europe conduit ainsi à examiner les régimes juridiques applicables à des espaces incertains aux contours indistincts qui se situent aux confins du droit et des droits.

Mots clefs immigration ; méditerranée ; droit à la vie ; droit d'asile ; obligations internationales ; union européenne.

"Notre mer qui n'es pas aux cieus et qui de ton sel embrasses les limites de ton île et du monde, que ton sel soit béni, que ton fond soit béni, accueille les embarcations bondées sans route sur tes vagues, les pêcheurs sortis de la nuit, et leurs filets parmi les créatures, qui retournent au matin avec leur pêche de naufragés sauvés.

Notre mer qui n'es pas aux cieus, à l'aube tu es couleur de blé au crépuscule du raisin des vendanges, nous t'avons semée de noyés plus que n'importe quel âge des tempêtes.

Notre mer qui n'es pas aux cieus, tu es plus juste que la terre ferme même à soulever des murs de vagues que tu abats en tapis. Garde les vies, les visites tombées comme des feuilles sur une allée, sois-leur un automne, une caresse, des bras, un baiser sur le front, de père et mère avant de partir." Poème récité par Erri de Luca à la télévision italienne 19 avril 2015

Introduction

De naufrages en naufrages, la mer Méditerranée en est venue à apparaître comme l'immense et indistinct cimetière des corps et des espoirs des migrants, comme la nécropole des valeurs de l'Union européenne et de ses États membres². A l'automne 2013, l'embarcation qui avait sombré au large de Lampedusa avait marqué les esprits à raison des quelque 360 migrants qui étaient alors disparus en mer. Au printemps 2015, le naufrage survenu le 19 avril a défrayé la chronique, parce que le plus tragique de l'histoire contemporaine de la Grande Bleue, avec plus de 800 migrants décédés. Le bilan est sinistre qui doit interpeller³ : 22 000 migrants tentant d'atteindre l'Europe sont morts en Méditerranée entre 1990 et 2010 ; 2 000 environ pour chacune des années 2013 et 2014 ; 3 719 migrants en 2014 ; 3 406 durant les neuf premiers mois de l'année 2015⁴. La route migratoire qui traverse la Grande Bleue est en fait la plus dangereuse du monde⁵ : depuis 1990, ce sont quelque 6 000 migrants qui sont morts en cherchant à passer la frontière entre le Mexique et les USA, 1 790 en traversant le Sahara, 1 500 en tentant de rejoindre l'Australie⁶, tandis que plus de 30 000 décès et disparitions de migrants en Méditerranée ont été répertoriés. Les images abondent de ces ressortissants de pays tiers qui tentent de parvenir aux côtes de l'eldorado européen, entassés dans des embarcations de fortune, livrés aux incertitudes de la navigation en Méditerranée, abandonnés dans des conditions d'hygiène déplorables⁷. Pourtant, ces images, aussi déchirantes soient elles, ne permettent pas de rendre compte de la gravité d'une crise que les chercheurs annoncent et dénoncent depuis fort longtemps⁸.

Que l'Europe compte plus de 80 000 kilomètres de frontières maritimes explique sans mal qu'elle soit confrontée à d'importants flux de migrants qui s'aventurent sur les eaux méditerranéennes en provenance d'Afrique, à destination principalement de Chypre, de Malte, de l'Espagne, de l'Italie, et de la Grèce. Si les arrivées par la mer ont significativement baissé entre 2008 et 2012 du fait de l'intensification des contrôles aux frontières ouest méditerranéennes de l'Europe⁹, les bouleversements politiques en Afrique du Nord (le printemps arabe) et au Moyen Orient (les attaques terroristes perpétrées par l'organisation armée Daesch induisant de graves déstabilisations politiques, de même que les crises libyenne, irakienne et surtout syrienne) ont conduit à une nouvelle et importante augmentation du nombre de ressortissants de pays tiers qui entreprennent ce périple¹⁰. Ainsi, selon les données publiées par le UNHCR, quelque 207 000 ressortissants de pays tiers sont parvenus en Europe par la Méditerranée en 2014, alors que leur nombre s'élèverait à plus 760 000 durant les seuls neuf premiers mois de l'année 2015, 140 000 étant arrivés sur les côtes italiennes et 619 000 sur les côtes grecques¹¹. De telles données doivent être mises en perspective, relativisant l'importance des entrées et balayant de fait l'argumentaire de l'invasion. D'abord, il convient de souligner que les données publiées varient sensiblement d'une instance à l'autre, voire d'un document à l'autre publié par une même instance : les migrants entrés dans l'Union européenne entre janvier et septembre 2015 sont estimés à 588 247 par le UNHCR, à 590 425 par l'OIM, à 710 000 par Frontex. Se questionnant sur de tels écarts, Nando Sigona a mis en évidence sur son blog que l'agence européenne prenait en compte non pas le nombre de migrants entrés sur le territoire européen, mais le nombre de franchissements des frontières extérieures de l'Union, de telle sorte qu'un migrant parvenu en Grèce et

² Thomas SPIJKERBOER, « Are European States Accountable for Border Deaths ? », in Juss SATVINDER (ed.), *Research Companion to Migration Law and Theory*, Aldershot, Ashgate, 2013, pp. 61-76.

³ ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport de la commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, *Vies perdues en méditerranée : qui est responsable ?*, Doc. 12895, 5 avril 2012, discuté et adopté par l'Assemblée le 24 avril 2012 ; INTERNATIONAL ORGANISATION OF MIGRATIONS, *Fatal Journey. Tracking Lives Lost during Migration*, 2014, 216 p.

⁴ IOM, Missing Migrants Project, Mediterranean, Update 3 November 2015, <http://missingmigrants.iom.int/>

⁵ Philippe de BRUYCKER, Ana di BARTOLOMEO & Philippe FARGUES, « Migrants Smuggled by Sea to the EU : Facts, Laws and Policy Options », *Migration Policy Centre – EUI Research Report*, 2013, 23 p.

⁶ Philippe FARGUES & Anna di BARTOLOMEO, « Drowned Europe », *Migration Policy Centre - Policy Brief*, 2015/05, 7 p.

⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, *Lives Adrift. Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, 2014, 88 p.

⁸ François CRÉPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 424 p. ; Thomas SPIJKERBOER, « The Human Costs of Border Control », *European Journal of Migration and Law*, 2007, 9, pp. 147-161.

⁹ Les contrôles ont été opérés dans le cadre des opérations Héra qui se sont succédé chaque année depuis 2006 sous la coordination de Frontex, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, afin de surveiller et empêcher les migrations depuis les côtes du Sénégal vers celles des îles Canaries.

¹⁰ Ce sont quelque 54,4 millions de personnes qui ont subi un déplacement forcé en 2014, une sur 5 étant syrienne. UNHCR, *World at War - Global Trends. Force Displacement in 2014*, Geneva, 2015, 56 p.

¹¹ UNHCR, Refugees/Migrants Emergency Response, <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>, mise à jour du 4 novembre 2015.

passant par la Hongrie est comptabilisé deux fois¹². Ensuite, il convient de rappeler d'une part que quelque 100 000 migrants sont estimés avoir fait la traversée de la Méditerranée chaque année entre 2000 et 2010, d'autre part que plus de 440 000 ressortissants de pays tiers se retrouvent chaque année en situation irrégulière sur le territoire d'un des États membres de l'Union européenne du fait du dépassement du terme établi dans leur visa.

Certes, l'une des caractéristiques essentielles de ces flux migratoires maritimes tient à leur mixité : se risquent à la dangereuse traversée de la Méditerranée des ressortissants de pays tiers qui fuient le chômage, la faim, l'exploitation, la traite, les persécutions. Toutefois, si se mêlent bien dans les mêmes flux des migrations de travail et des migrations de protection, les origines nationales des ressortissants de pays tiers parvenus en Europe par la Méditerranée montrent que la plupart d'entre eux fuient les guerres et les conflits, les répressions et les persécutions¹³. Dès lors que les migrants viennent de Syrie, d'Irak, d'Erythrée, du Soudan, entre autres, il convient de considérer qu'ils ont été contraints de fuir leur pays et qu'ils peuvent légitimement prétendre au bénéfice de la protection internationale : ils sont à regarder comme des réfugiés, au sens de l'article 1 A (1) de la Convention de Genève de 1951, qui cherchent asile en vertu d'un droit que Hugo Grotius affirmait déjà comme essentiel en 1625 dans son *De iure belli ac pacis*¹⁴. Or, pour beaucoup d'entre eux, il est difficile non seulement de sortir de leur pays d'origine¹⁵, mais encore de parvenir à un pays susceptible de leur accorder une protection. Parce que les voies légales d'immigration vers l'Europe (immigration économique, regroupement familial, protection internationale) se sont resserrées au fil de l'adoption des normes européennes d'immigration et d'asile et de leur application par les États nationaux¹⁶, les ressortissants de pays tiers concernés se trouvent forcés d'emprunter des parcours migratoires toujours plus périlleux et incertains¹⁷. Confrontés aux innombrables difficultés qui leur sont opposées, les migrants n'ont d'autre choix que de tenter une immigration illégale en recourant aux services de passeurs¹⁸ et en risquant de tomber aux mains de trafiquants¹⁹.

En effet, au nom de la sécurisation de l'espace européen, l'Union et ses membres ont mis en place des mécanismes de prévention de l'arrivée des migrants²⁰. Pour ce faire, les contrôles des frontières extérieures sont distancés, extra-territorialisés, autrement dit opérés bien au-delà des frontières géographiques des territoires des États membres de l'Union²¹. Interviennent ici les normes applicables en matière de visas qu'elles soient européennes²² ou nationales²³ : pour les ressortissants de pays tiers

¹² Nando SIGONA, « Seeing Double? How the EU Miscalculates Migrants Arriving at its Borders », 16 octobre 2015, <https://theconversation.com/seeing-double-how-the-eu-miscalculates-migrants-arriving-at-its-borders-49242>.

¹³ Philippe FARGUES & Sara BONFANTI, « When the Best Option is a Leaky Boat : Why Migrants Risk their Lives Crossing the Mediterranean and What Europe is Doing about it », *Migration Policy Centre - Policy Briefs*, 2014/05, 16 p.

¹⁴ Hugo GROTIUS, *Du droit de la guerre et de la paix*, 1625, liv. II, chap. II, XVI.

¹⁵ Commissaire en charge des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *The Right to Leave a Country*, Issue Paper, octobre 2013, 35 p.

¹⁶ Didier BIGO, « Globalized (in)Security: the Field and the Ban-opticon », in Didier BIGO & Anastassia TSOUKALA (ed.), *Terror, Insecurity, and Liberty. Illiberal practices of Liberal regimes after 9/11*, Abington, Routledge, 2008, pp. 10-48 ; Anna TRIANAFYLIDOU, *Irregular Migration in Europe: Myths and Realities*, London, Ashgate, 2012, 324 p.

¹⁷ Danièle LOCHAK, « L'Europe, terre d'asile ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°4, 2013, URL de référence : <http://revdh.revues.org/401> ; Randall HANSEN & Demetrios PAPADEMETRIOU, « Securing Borders. The Intended, Unintended, and Perverse Consequences », *Migration Policy Institute*, janvier 2014, 21 p. ; Didier BIGO, « Death in the Mediterranean Sea. The Results of the Three Fields of Action of EU border controls », in Yolande JANSEN, Robin CELIKATES & Joost de BLOOIS, *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe*, Rowman, 2014, pp. 55-71.

¹⁸ Anaïk PIAN, « Variations autour de la figure du passeur », *Plein droit*, 2010, 84, pp. 21-25.

¹⁹ Virginie GUIRAUDON, « Lutte contre les passeurs : une politique qui ne protège pas les victimes de l'immigration illégale », *Recueil Alexandries*, Collections Esquisses, novembre 2008, URL de référence : <http://www.reseau-terra.eu/article860.html>

²⁰ Pour une présentation détaillée des mécanismes de distanciation et de digitalisation des contrôles des frontières extérieures de l'Union, voir en particulier Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « La norme et l'exception. L'effectivité en péril du droit d'asile en Europe », *Annuaire du droit de l'Union européenne* 2013, 2015, pp. 3-31.

²¹ Tobias SCHUMACHER, « Uncertainties at the European Union's Southern Borders : Narrative of EU external relations in the Revised European Neighbourhood Policy towards the Southern Borderlands », *European Security*, 2015, 24 (3), pp. 381-401.

²² Sont concernés le visa de court de séjour dit visa Schengen ou visa type C, le visa de transit, et le visa de transit aéroportuaire. Les normes européennes en matière de visas, qui font l'objet de modifications régulières, sont nombreuses, parmi lesquelles il convient de citer le règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa, le règlement du Conseil (CE) n° 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, le règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas. Sur les implications de la politique européenne des visas en termes de distanciation des migrants, voir en particulier Didier BIGO & Elspeth GUILD, *La mise à l'écart des étrangers : la logique du visa Schengen*, numéro spécial de *Cultures & Conflits*, 2003/01, 49, 140 p. ; Gérard BEAUDU, « La politique européenne des visas de court séjour », *Cultures & Conflits*, 2003/02, 50, pp. 5-30 & « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *Cultures & Conflits*, 2009/02, 74, pp. 111-127 & « Le code communautaire des visas : trois ans d'application », *Revue Droit des Etrangers*, 2013, 174, pp. 409-425.

²³ Est concerné ici le visa de long séjour (appelé visa de type D) qui relève de la compétence des États.

nationaux d'États qui se voient imposer l'obligation de détention d'un tel sésame pour se rendre dans un des États membres de l'Union, les exigences posées en termes de documents apportant la preuve de l'identité du demandeur, de l'objet du voyage envisagé, des ressources disponibles pour subvenir aux besoins afférents, rendent réellement ardue l'obtention des visas qui pourtant seuls peuvent ouvrir les voies légales d'accès à l'Europe. En outre, la distanciation se traduit par la sous-traitance aux États voisins des contrôles des frontières extérieures de l'Union²⁴, au gré de la conclusion d'accords comportant des clauses migratoires²⁵, d'accords de réadmission²⁶, de partenariats pour la mobilité²⁷. Les États européens se déchargent ainsi à peu de frais sur leurs voisins et partenaires de leurs missions nationales de souveraineté²⁸. De surcroît, une telle politique, qu'il est coutume de nommer l'« Approche globale des migrations », emporte une modification des normes et des pratiques des administrations de ces derniers : celles-ci en viennent à instituer la violation des droits fondamentaux des migrants, notamment de leur droit à quitter le territoire de tout pays²⁹, à incarner les « mains sales de l'Europe ».

Cette expression est d'ailleurs celle employée par Amnesty International pour désigner Frontex, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'Union européenne. Non seulement cette dernière coordonne des opérations qui sont menées en dehors du territoire des États membres participant ainsi du mécanisme de distanciation, mais encore elle recourt aux nouvelles technologies qui contribuent à la digitalisation ou virtualisation des migrants³⁰. Ces derniers voient leurs données personnelles collectées, consultées, exploitées, tout au long de leur parcours, depuis leur pays d'origine jusqu'à leur pays d'arrivée sur le territoire d'un État membre de l'espace Schengen ou de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice, en passant par leurs pays de transit. Les informations sont ainsi recueillies pour être mises à disposition de toutes les autorités nationales et européennes de police qui peuvent les consulter et les utiliser à tout moment : dans les consulats quand un ressortissant de pays tiers dépose une demande de visa ; dans les zones d'intervention des opérations coordonnées par Frontex à la faveur du déploiement des *Rapid Borders Intervention Teams* (RABIT)³¹ et des *European Border Guard Teams* (EBGT)³², parfois en collaboration avec d'autres agences européennes (Europol, Eurojust, EASO) et avec les autorités d'États tiers dans le cadre des accords de travail passés ; dans les postes frontières qui se situent aux points de passage entre les territoires des États tiers où se trouvent des officiers européens de liaison ; dans les postes frontières qui sont aux points de passage Schengen³³ ; dans tout point du territoire de l'État national au titre des contrôles d'identité. Or toutes ces données sont enregistrées dans diverses bases de données qui sont interopérables et interconnectées³⁴.

²⁴ Anna TRIANDAFYLLOU, « Multi-levelling and externalizing migration and asylum: lessons from the southern European islands », *Island Studies Journal*, 2014, 9 (1), pp. 7-22.

²⁵ Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « La vertu constituante de l'Union européenne : la promotion des principes de l'Etat de droit », in Jean-Claude MASCLET, Hélène RUIZ-FABRI, Chahira BOUTAYEB & Stéphane RODRIGUES (dir.), *Union de droit, Union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Editions Pédone, 2010, pp. 35-52

²⁶ Carole BILLET, « 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 », *European Journal of Migration and Law*, Vol. 12, n° 1, 2010, pp. 45-79.

²⁷ Natasja RESLOW, « The Role of Third Countries in EU Migration Policy: The Mobility Partnerships », [European Journal of Migration and Law](#), 2012, 14 (4), pp. 393-415 ; RAHEL KUNZ & Julia MAISENBACHER, « Beyond conditionality versus cooperation: Power and resistance in the case of EU mobility partnerships and Swiss migration partnerships », *Migration Studies*, 2013, 1 (2), pp. 196-220 ; « The Political Economy of Mobility Partnerships – Structural Power in the EU's External Migration Policy », *New Political Economy*, 2015, 23 p.

²⁸ Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, « The Refugee, the Sovereign, and the Sea : European Union Interdiction Policies », in Rebecca ADLER-NISSEN & Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, *Sovereignty Games : Instrumentalizing State Sovereignty in Europe and beyond*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 171-195.

²⁹ Commissaire en charge des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *The Right to Leave a Country*, Issue Paper, octobre 2013, 35 p.

³⁰ Luisa MARIN, « Policing EU's external borders: a challenge for the rule of law and fundamental rights in the Area of Freedom, Security and Justice? An analysis of Frontex Joint Operations at the southern maritime border », *Journal of Contemporary European Research*, 2011, 7 (4), pp. 468-487

³¹ Règlement(CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités.

³² Règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011.

³³ Règlement (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006, établissant le Code Frontières Schengen (CFS), en particulier article 4 sur le franchissement des frontières extérieures.

³⁴ Les bases de données considérées sont le Système d'Information Schengen SIS, le Système VIS *Visa Information System*, le Système ESTA *European Electronic System of Travel Authorisation*, Système Eurodac d'enregistrement des empreintes digitales des demandeurs d'asile. Doivent s'y ajouter prochainement le Système EES *Entry /Exit System* et le Système RTP *Register Traveller Programme*.

L'Union européenne et ses États membres tissent ainsi une toile digitale qui couvre le territoire virtuel qu'ils souhaitent soumettre à leur surveillance³⁵, un maillage dématérialisé qui modifie profondément la nature même des frontières à contrôler³⁶, que la Commission en vient d'ailleurs à qualifier d'intelligentes³⁷. Or c'est bien dans une telle perspective de sécurisation de l'espace européen et de contrôle des frontières extérieures que ce sont positionnés les États au lendemain du naufrage d'octobre 2013, pour prétendument prévenir les naufrages et les morts en Méditerranée : la solution dégagée a consisté à affirmer le renforcement de la lutte contre l'immigration clandestine, notamment en augmentant les pouvoirs et les moyens de l'agence Frontex en matière de surveillance aux frontières extérieures. Tel est l'axe qui est repris dans l'Agenda européen pour les migrations³⁸, publié quelques semaines après le naufrage d'avril 2015, quand bien même est également prévu un mécanisme de relocalisation des réfugiés tendant à organiser une répartition plus équitable de la charge de leur accueil entre les États membres de l'Union. Dans leur souci non seulement obsessionnel mais plus encore irrationnel de lutter contre l'immigration clandestine et de s'attaquer aux réseaux de passeurs qui sont censés l'alimenter³⁹, l'Union européenne et les États membres ont même décidé de recourir à la solution militaire : au titre des articles 42 et 43 du Traité sur l'Union Européenne (TUE), le Conseil a envisagé le 18 mai 2015 le lancement d'une opération militaire en Méditerranée (EUNAVFOR-MED) dans le cadre de la Politique Commune de Sécurité et de Défense, qui a été renommée Sophia lors du passage à sa seconde phase le 7 octobre 2015⁴⁰. On ne peut manquer d'abord de relever que le modèle suivi est celui offert par l'opération EUNAVFOR-ATALANTA déployée depuis le 8 décembre 2008 au large des côtes somaliennes contre la piraterie maritime : cette dernière poursuit des objectifs bien différents de la lutte contre les passeurs, et emploie des moyens dont on imagine qu'ils ne sont guère adaptés à la réalisation d'une telle finalité. Ensuite, cette proposition, qui a été élaborée en particulier par le Royaume Uni, la France, l'Espagne et le Lituanie, soulève des interrogations et suscite des perplexités, juridiques et politiques, techniques et pratiques, logiques et éthiques.

Que l'Union européenne et ses États membres puissent procéder à la destruction des bateaux utilisés par les passeurs pour permettre aux migrants de traverser la Méditerranée suppose l'adoption par le Conseil de sécurité des Nations Unies d'une résolution avalisant une telle opération. Certes, la résolution 2240 (2015) présentée par le Royaume-Uni a été adoptée le 9 octobre 2015 par quatorze voix pour et une abstention⁴¹ : elle autorise pour un an à dater de son adoption les États Membres à inspecter et à saisir en haute mer les navires dont ils ont la confirmation qu'ils sont utilisés à des fins de trafic de migrants ou de traite d'êtres humains en provenance de Libye, et ce en garantissant le strict respect du droit international et des droits de l'homme et en assurant en priorité absolue la sécurité des personnes à bord. Cependant, les interventions dans les eaux territoriales libyennes ne se trouvant donc pas autorisées par la résolution 2040 (2015), il faudrait alors à l'Union et à ses membres obtenir l'accord de l'État concerné ce qui ne semble guère aisé, dans la mesure où le pays est en proie à une guerre civile et à une véritable anarchie depuis la

³⁵ Didier BIGO, « The (in)securitization practices of the three universes of EU border control: Military/Navy – border guards/police – database analysts », *Security Dialogue*, 2014, 45 (3), pp. 209-225.

³⁶ Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « The European Union Edges. Borders as ways or walls ? », *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, 2015, 2 (1), pp. 97-117 ; « L'identité européenne et ses frontières normatives : quand les frontières se font personnelles », à paraître dans l'ouvrage dirigé par Astrid von Buzekist, *Les Frontières de la communauté libérale*, Presses Universitaires de Rennes.

³⁷ COM (2011) 680 final, 25 octobre 2011.

³⁸ COM (2015) 240 final, 13 mai 2015. Pour une analyse critique de cette communication, voir en particulier Steve PEERS, « The Commission's New EU Migration Strategy : Waiting for the Great Leap Forward », *EU Law Analysis*, 13 mai 2015 ; Henri LABAYLE, « L'Agenda Européen sur la Migration. Quatre Affichages et un Enterrement », GDR – ELSJ, 18 & 19 mai 2015.

³⁹ Commission, Plan d'action de l'UE contre le trafic de migrants (2015-2020), COM (2015) 285 final, 27 mai 2015. Il convient de relever ici que les textes de l'Union font l'usage du terme « passeurs » qui a le grand inconvénient de créer la confusion entre victimes et auteurs de trafic de migrants. Voir la Convention des Nations unies (dite de Palerme) sur la criminalité transnationale organisée du 15 septembre 2000, entrée en vigueur en septembre 2003, complétée par trois protocoles, dont le Protocole sur le trafic illicite de migrants par terre, air et mer du 15 novembre 2000 (entrée en vigueur 28 janvier 2004) ; la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil 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 ; la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ; la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités.

⁴⁰ Décision (PESC) 2015/778 du Conseil relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED), 18 mai 2015.

⁴¹ L'abstention est celle du Venezuela. Il est à souligner ici que la Russie n'a pas accepté sans réserve ni contrepartie la demande européenne, puisqu'elle a exprimé son opposition à l'envoi d'avions et d'hélicoptères en soutien aux interventions maritimes envisagées, et puisqu'elle a obtenu au même l'autorisation d'intervenir en Syrie en soutien au régime de Bachar el Assad.

chute du régime de Mouammar Kadhafi qui oppose deux gouvernements tous deux hostiles à une intervention européenne sur le territoire national⁴². Bien plus, nombreuses sont les incertitudes qui apparaissent en creux, à la lecture des avis et recommandations dont la proposition a fait l'objet⁴³. Outre que la participation à l'opération placée sous commandement italien est laissée au bon-vouloir des États qui ne se montrent guère nombreux à désirer y prendre part, la conduite de l'opération soulève moult interrogations. Comment la destruction des bateaux de passeurs pourrait-elle être réalisée sans l'envoi de forces spéciales dans les ports libyens et donc sur le sol libyen ? Comment seraient différenciés les bateaux des pêcheurs des bateaux des passeurs alors qu'une même embarcation peut avoir ces deux usages ? Comment les équipes impliquées répondraient-elles aux éventuels assauts des troupes des gouvernements libyens et aux possibles ripostes armées des passeurs ? Comment seraient traitées les problématiques induites par les victimes civiles et les obligations afférentes aux migrants impliqués ?

Plus globalement, on ne peut que rester circonspect devant une telle opération de sécurisation qui emporte de nombreux risques, non seulement pour les individus, mais également pour les États qui verraient sans nul doute se détériorer leur image dans une région tout à la fois stratégique et instable. Le paradoxe réside encore dans le fait qu'une telle opération militaire consiste à employer les moyens de la guerre pour se prémunir de l'arrivée de populations qui fuient justement les exactions et les persécutions. Il y a certainement peur de l'étranger de la part des Européens ; mais il n'y a certainement pas d'intention belliqueuse de la part des migrants. Comme le souligne à juste titre avec véhémence Henri Labayle, l'Union européenne et ses États membres n'ont pas de guerre à mener ; ils n'ont pas de crise migratoire à affronter : ils ont une crise humanitaire à gérer⁴⁴. Loin d'adopter une éthique de l'hospitalité qui suppose réciprocité et responsabilité, les États européens développent des dynamiques de défiance et d'indifférence à l'égard de ces migrants considérés d'autant plus indésirables qu'ils sont plus vulnérables⁴⁵. La question des *boat people*⁴⁶ en Méditerranée est si complexe que la solution consistant à détruire les bateaux qu'ils empruntent apparaît désespérément simpliste : parce que les situations à considérer sont appréhendées par des opérations qui peuvent être successivement voire simultanément de contrôle des frontières extérieures maritimes de l'Union, d'assistance et de sauvetage en mer, de protection internationale ; parce que ces opérations font intervenir non seulement des autorités publiques (gardes-frontières, marines militaires, équipes Frontex) mais également des personnes privées (navires de pêche, de commerce, de plaisance) ; parce que les opérations menées et les acteurs impliqués relèvent de différents droits (droits de la mer, de la lutte contre la criminalité organisée, des migrations, des réfugiés, droits international, européen, national).

C'est bien pourquoi il convient d'étudier la question des *boat people* de l'Europe avec d'autant plus de rigueur qu'elle touche à des notions politiquement sensibles et juridiquement délicates qui s'opposent et s'entremêlent : souveraineté et juridiction des États, contenu et portée des normes, nature et contrôle des

⁴² Les deux gouvernements représentent des partis, des organisations et des courants idéologiques opposés. D'une part, il y a les autorités de Tobrouk, qui sont reconnues par la communauté internationale parce qu'elles sont issues des élections du 1^{er} juin 2014, bien qu'invalidées par la Cour suprême libyenne : il s'agit d'un gouvernement composé de différents membres de partis politiques de tendance nationaliste. Il est soutenu par l'armée nationale dirigée par le général Haftar. D'autre part, il y a les autorités de Tripoli qui représentent les Frères musulmans et les milices se définissant comme authentiques parce qu'elles ont participé du renversement du régime de Kadhafi : elles ont été installées au pouvoir par l'organisation armée « Fajr Libya », structure milicienne originaire de la ville de Misrata qui dispose d'une influence sur une grande partie du territoire.

⁴³ Nous visons ici deux documents confidentiels du 12 mai 2015, le premier émanant du Groupe politico-militaire et du Comité chargé des aspects civils de la gestion des crises, et l'autre du Comité militaire de l'Union européenne. Ces documents sont étudiés par Steve PEERS, dans « Analysis Manufacturing consent, EU style: The EU's anti-smuggling military operation », *Statewatch*, Mai 2015.

⁴⁴ Henri LABAYLE, « L'Agenda Européen sur la Migration. Quatre Affichages et un Enterrement », GDR – ELSJ, 18 & 19 mai 2015.

⁴⁵ François CRÉPEAU, *Droit d'asile: De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 424 p. ; Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Leave and let die. The EU *banopticon* approach of migrants at sea », in Violeta MORENO-LAX & Eftymios PAPANASTAVRIDIS (dir.), *Boat Refugees' and Migrants at sea: A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security in Human Rights*, à paraître chez Brill ; Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « L'identité européenne et ses frontières normatives : quand les frontières se font personnelles », in Astrid von BUZEKIST (dir.) *Les frontières de la communauté libérale*, à paraître aux Presses Universitaires de Rennes.

⁴⁶ L'expression « boat people » est apparue dans la presse francophone à partir de la chute de Saïgon en avril 1975, et l'invasion du Sud Viêt Nam par le Nord Viêt Nam communiste unifiant le pays sous son autorité en juillet 1976. Elle prend son essor en 1978 avec l'exode massif par voie maritime des populations du sud-est asiatique : quelque 710 000 Vietnamiens, Cambodgiens, Laotiens quittent entre 1975 et 1979 leur territoire national dont 311 000 par la mer ; ils sont quelque 400 000 entre 1980 et 1984 qui pour 240 000 optent pour la voie maritime. Le UNHCR estimera à plus de 250 000 les disparitions de boat people dans le Golfe du Siam et en mer de Chine méridionale. – UNHCR, *Les Réfugiés dans le monde : 50 ans d'action humanitaire*, chapitre 4 « La fuite de l'Indochine », Genève, UNHCR, 2000, pp. 79-103.

frontières, droits et protection des migrants, imputabilité et responsabilité des actes⁴⁷. Une manière d'aborder les relations complexes et confuses qui se jouent entre ses différentes notions, dans le cas des migrants traversant la Méditerranée, est de les approcher par le biais des obligations juridiques qui s'imposent alors aux États. L'analyse de la situation des *boat people* de l'Europe conduit ainsi à examiner les régimes juridiques applicables à des espaces incertains aux contours indistincts qui se situent aux confins du droit et des droits. Tant les limites opposées à l'exercice par les États de leur autorité que les marges laissées aux États quant à l'appréciation de leur pouvoir sont à saisir. Si l'étude des obligations juridiques que les États ont à l'égard des migrants naufragés en Méditerranée permet de bien comprendre qu'ait été affirmé le principe de leur nécessaire extraterritorialité (I), l'observation de leur mise en œuvre donne à voir la tendance des États à s'en défaire. La réalité problématique de leur évitement se manifeste dans le destin tragique de trop nombreux ressortissants de pays tiers, à jamais disparus dans les eaux bien obscures de la Grande Bleue (II).

I – Le principe nécessaire de l'extraterritorialité des obligations étatiques

Certes, nombre de migrants ont été secourus en Méditerranée : 150 000 du 1^{er} novembre 2013 au 31 octobre 2014 à la faveur de l'opération *Mare Nostrum* menée par la marine italienne, 4 200 le 31 mai 2015, 6 000 les 7 et 8 juin suivants. Pourtant, le nombre sans cesse grandissant de ceux qui ne l'ont pas été et ne le sont pas manifeste l'incapacité de l'Union européenne et de ses États membres à préserver le droit à la vie, illustre la nécessité qu'il y a à préserver le caractère absolu du régime de la recherche et du sauvetage en mer des migrants en détresse⁴⁸, qui sont de surcroît pour leur grande majorité des réfugiés cherchant à bénéficier de la protection internationale. Si les migrants et les réfugiés peuvent se prévaloir de leur droit à la vie et de leur droit à l'asile qui sont tous deux à la fois fondamentaux et indérogeables, c'est que les États ont en parallèle des devoirs, ceux de secourir et de protéger. Cependant, l'obligation de porter secours aux personnes en détresse en mer en principe absolue se révèle en réalité relative en Méditerranée. En effet, les autorités nationales s'adonnent à des querelles d'interprétation, qui les conduisent à se renvoyer réciproquement la responsabilité de secourir des embarcations en perdition (que l'on pense aux atermoiements des autorités italiennes et maltaises dans l'affaire du « Left-to-die boat » survenue en mars 2011⁴⁹). En outre, les autorités nationales peuvent dissuader les capitaines de navires privés de mettre en œuvre leur obligation de prêter assistance aux migrants en détresse en mer, soit qu'elles refusent de leur autoriser le débarquement des personnes secourues en mer, soit qu'elles les sanctionnent au titre du transport de personnes en situation irrégulière⁵⁰, de la lutte contre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour

⁴⁷ Thomas SPIJKERBOER, « Moving Migrants, States and Rights. Human Rights and Border Deaths », *Law and Ethics of Human Rights*, 2013, 7 (2), pp. 213-242.

⁴⁸ AMNESTY INTERNATIONAL, *Europe's Sinking Shame. The Failure to Save Refugees and Migrants at Sea*, 2015, 21 p.

⁴⁹ En mars 2011, 72 personnes, dont deux nourrissons, ont quitté la Libye à destination de l'Italie sur une petite embarcation qui a dérivé durant 14 jours. À bord, très peu d'eau et de nourriture. Ils ont toutefois été repérés : un hélicoptère leur a distribué huit bouteilles d'eau ainsi que quelques paquets de biscuits, et les survivants ont indiqué avoir vu un navire militaire à proximité. Les autorités italiennes et maltaises, bien qu'informées, interprétant de façon divergente leurs obligations en matière de recherche et de sauvetage, n'ont pas considéré qu'elles avaient le devoir d'agir. 63 personnes ont péri avant que l'embarcation ne finisse par retourner en Libye. Cet incident dramatique, que l'on appellera ensuite l'affaire du « Left-to-Die Boat » ('bateau abandonné à la mort' ou 'bateau cerueil'), a été pris très au sérieux par le Conseil de l'Europe, qui a lancé une enquête afin de « prévenir l'impunité ». Un an plus tard, la rapporteuse Tineke Strik a conclu à un « ensemble de défaillances » et a demandé à l'OTAN, aux autorités militaires du Royaume-Uni, de la France et de l'Espagne, ainsi qu'aux autorités de recherche et de sauvetage italiennes et maltaises d'expliquer pour quelles raisons cette embarcation avait été ignorée. Avec le soutien d'organisations non gouvernementales et en particulier de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), des recours ont été introduits devant les tribunaux en Italie, en France, en Espagne et en Belgique, et des demandes d'accès à l'information ont été déposées au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Ces différentes procédures sont en cours et avancent peu à peu. En France, une plainte a été déposée en avril 2012 pour omission de porter secours à personnes en péril; mais, sur avis du ministère de la Défense, le parquet a classé cette affaire sans suite en décembre 2012. Deux survivants soutenus par trois ONG ont introduit des recours au civil en France et en Espagne, les juges prenant en 2013 respectivement une ordonnance de non-lieu et une décision de rejet, qui font toutes deux l'objet de procédures d'appel. Quant aux demandes d'accès à l'information formulées aux fins de connaître les mouvements des navires en Méditerranée au moment du drame, elles ont pour l'heure obtenu seulement une réponse partielle du Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis n'y ayant pas encore répondu. Pour une analyse de cette affaire, voir Efthymios PAPANASTAVRIDIS, « The Left-to-Die Incident of March 2011 : Questions of International Responsibility Arising from the Failure to Save Refugees at Sea », *Refugee Law Initiative Working Paper*, 2013, 10, 22 p. ; ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport de la commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, *Vies perdues en méditerranée : qui est responsable ?*, Doc. 12895, 5 avril 2012 & *Le 'bateau cerueil' : actions et réactions*, Doc. 135325, 9 juin 2014.

⁵⁰ Directive 2001/51/CE du 28 juin 2000, visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 ; directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les

irrégulier⁵¹, de la lutte contre le trafic et la traite des êtres humains⁵², ou encore de l'emploi de personnes en situation irrégulière⁵³. L'affaire du *Cap Anamur* illustre bien les entraves opposées au respect de l'obligation de porter secours et en conséquence de l'obligation d'accorder refuge⁵⁴. Or, il convient de le rappeler, le devoir de secourir (A) et le devoir de protéger (B) sont des obligations absolues dont la portée suppose par essence d'être extraterritoriale.

A – Le devoir de secourir : l'urgence de sauver les migrants en Méditerranée

Certes, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ne reconnaît pas explicitement le devoir des États de porter secours aux personnes en détresse en mer. Toutefois, en affirmant en son article 2 § 1 que « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi », elle consacre explicitement le droit à la vie⁵⁵. Or l'interprétation que la Cour de Strasbourg donne de cette disposition est constructive, qui impose aux États des obligations non seulement négatives mais également positives. En effet, la Cour a eu l'occasion de rappeler à diverses reprises que « la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »⁵⁶. C'est pourquoi « l'obligation de l'État à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations »⁵⁷. C'est donc de manière indirecte que la Convention vient reconnaître le devoir de porter secours aux personnes en détresse en mer, que le droit international général classique affirme, et que le droit international de la mer précise depuis la Convention pour l'Unification de Certaines Règles en matière d'Assistance et de Sauvetage Maritimes entrée en vigueur le 1^{er} mars 1913 et depuis 1948 dans le cadre de l'Organisation Maritime Internationale (OMI). Or, cette obligation s'applique dans les différents espaces maritimes à considérer⁵⁸ : la mer territoriale ; les eaux archipélagiques ; la zone contiguë, qui s'étend de la limite de la mer territoriale jusqu'au 12 milles nautiques ; la haute mer, qui se situe au-delà de la zone contiguë du territoire national maritime d'un État et en-deçà de celle d'un État tiers ; la zone contiguë et le territoire national maritime d'un État tiers.

L'obligation de prêter assistance est une règle coutumière du droit de la mer, que transcrit l'article 12 de la Convention de Genève de 1958 sur la Haute mer. Cette dernière disposition est reprise en termes quasiment identiques à l'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer de 1982,

transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.

⁵¹ Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ; décision-cadre du Conseil n°2002/946/JAI, 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.

⁵² Décision-cadre du Conseil n°2002/629/JAI du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, et directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

⁵³ Directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁵⁴ L'affaire du *Cap Anamur* doit son nom du navire affrété par l'association éponyme qui fournit des secours aux réfugiés en mer et dans des régions particulièrement défavorisées. Le 20 juin 2004, le *Cap Anamur* effectue le sauvetage de 37 migrants prêts à sombrer dans les eaux internationales du Canal de Sicile. Le navire attend 21 jours à la limite des eaux territoriales italiennes avec 37 *boat people* à son bord. L'équipage du navire perd patience et certains migrants secourus menacent de se jeter à la mer. Dès lors, le capitaine décide de naviguer vers les eaux territoriales italiennes en demandant le permis d'entrée au regard de la situation de danger imminent à bord du navire. Mais à l'arrivée à Porto Empedocle (Agrigente), Elias Bierdel, Stefan Schmidt et Vladimir Dachkevitch, respectivement le président de l'association, le capitaine et le premier officier du navire, sont arrêtés pour aide à l'entrée d'étrangers en situation irrégulière constatée en flagrant délit. Selon les autorités italiennes, l'infraction a des circonstances aggravantes : elle est commise en bande organisée ; elle se réfère à une fausse situation d'urgence ; elle s'accompagne d'une entrée en force dans le port, en approchant les navires militaires qui lui barraient la route. C'est ainsi que le parquet requiert quatre ans de prison et 400.000 euros d'amende pour Elias Bierdel, Stefan Schmidt et Vladimir Dachkevitch. Aux termes d'une procédure qui aura duré 5 ans, le Tribunal d'Agrigente dans sa décision du 7 octobre 2009 (disponible à l'adresse http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/tribunale_agrigento_15022010_1.pdf) relaxe les prévenus au motif que les faits considérés ne constituent pas un crime, mais une application des obligations du droit international de la mer dont le respect d'impose à l'Etat. Voir notamment Paolo CUTTITTA, « From the *Cap Anamur* to *Mare Nostrum*. Humanitarianism and Migration Controls at the EU's Maritime Borders », in Claudio MATERA & Amanda TAYLOR (eds.), *The Common European Asylum System and Human Rights. Enhancing Protection in Time of Emergencies*, CLEER Working Papers, 2014, 7, pp. 21-37.

⁵⁵ La Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose en son article 2 que « toute personne a droit à la vie ».

⁵⁶ Cour EDH, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, Req. n° 14/1997/798/1001, § 36.

⁵⁷ Cour EDH, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Req. n° 87/1997/871/1083, § 115.

⁵⁸ Article 2 § 1 de la Convention de Montego Bay.

dite Convention de Montego Bay, selon lequel différents devoirs s'imposent en la matière « : 1. Tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers : a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer ; b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, 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. 2. 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, collaborent à cette fin avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux ». Quant à la Convention Internationale pour la Sauvegarde de la Vie Humaine en Mer de 1960, qui a été maintes fois modifiée, et qui a été refondue en 1974 (*International Convention for the Safety of Life at Sea* SOLAS entrée en vigueur en 1980), elle approfondit la reconnaissance de l'obligation de prêter assistance, en consacrant son chapitre III au sauvetage en mer et son chapitre V à la sécurité de la navigation. Or ce dernier chapitre comporte deux règles essentielles pour notre propos, à savoir les règles 10⁵⁹ et 15⁶⁰ qui traitent des obligations de secourir qui s'imposent respectivement aux opérateurs privés et aux autorités nationales.

La Convention Internationale de 1979 sur la Recherche et le Sauvetage Maritimes entrée en vigueur en 1985 (*International Convention on Search and Rescue* SAR) est venue conforter et consolider la substance d'un tel devoir de secourir en définissant les champs temporels et personnels de son application à l'article 2.1.10 de ses annexes : « Les Parties s'assurent qu'une assistance est fournie à toute personne en détresse en mer. Elles le font sans tenir compte de la nationalité ou du statut de cette personne, ni des circonstances dans lesquelles celle-ci a été trouvée ». Aucun doute n'est donc possible quant à l'application de cette obligation de prêter assistance aux migrants, comme n'ont pas manqué de le souligner tant le HCR que l'OMI⁶¹. En revanche, des incertitudes demeurent concernant les États qui ont à supporter une telle obligation, à raison de l'appréhension principalement territoriale de la notion de juridiction en droit international général. En effet, cette notion renvoie à l'exercice autorisé du pouvoir étatique, qui est intimement lié à la souveraineté de l'État, c'est-à-dire à la capacité de ce dernier de réguler pleinement son ordre public interne d'un point de vue normatif, exécutif, et juridictionnel. Or les principes de non-ingérence et d'égalité souveraine conduisent à considérer que les États ne peuvent exercer une pleine juridiction que sur leur territoire. Il ne faudrait cependant pas négliger les situations singulières où la juridiction de l'État s'étend au-delà des frontières de ce dernier, où elle revêt une dimension extra territoriale. Il en est ainsi en droit de la mer, en vertu du principe énoncé à l'article 92 de la Convention de Montego Bay, selon lequel est compétent l'État dont le navire porte le pavillon. Il en est ainsi encore en droit international des droits de l'homme, qui développe une conception sensiblement différente de la notion de juridiction étatique.

Cette dernière est dans un tel domaine juridique appréhendée comme une question de fait, qui dépend du contrôle réel dont dispose un État sur un espace ou une personne, qu'il soit exercé de manière licite ou non, sur son territoire ou non. La juridiction, qui est une précondition essentielle à l'applicabilité des obligations tirées du droit international et à l'engagement de la responsabilité internationale d'un État en cas d'agissement illicite, peut revêtir, au moins à titre exceptionnel, une portée extraterritoriale. C'est ainsi que le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies considère que « les États parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte », ce qui « signifie qu'un État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas

⁵⁹ Règle 10 sous a) de la Convention SOLAS : « 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 ».

⁶⁰ Règle 15 sous a) de la Convention SOLAS : « 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 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 ».

⁶¹ HCR & OMI, *Sauvetage en mer : Guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et aux réfugiés*, septembre 2006.

sur son territoire »⁶². Une telle position est affirmée de longue date par le Comité tant dans ses conclusions⁶³ que dans ses décisions : l'interprétation de l'article 2 du Pacte ne peut conduire à permettre qu'un État puisse perpétrer, sur le territoire d'un autre État, des violations des dispositions du Pacte qu'il ne saurait commettre sur son propre territoire⁶⁴. Bien plus, le Comité estime qu'un État doit être reconnu responsable des atteintes aux droits énoncés dans le Pacte qui ont été réalisées en dehors de son territoire, y compris lorsqu'il les a simplement influencées, lorsqu'elles ne lui sont pas directement imputables⁶⁵. Quant à la Cour internationale de justice, elle reconnaît la possibilité d'une juridiction extraterritoriale, car les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont applicables aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire⁶⁶.

Au niveau régional, les conclusions sont les mêmes. Ainsi, la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme reconnaît que l'exercice de la juridiction sur des actes extraterritoriaux est non seulement cohérent, mais également requis par les normes énoncées par la Déclaration Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans les cas où une personne, qui n'est pas présente sur le territoire d'un État, se trouve sous l'autorité et le contrôle de cet État par le biais des actes de ses agents à l'étranger⁶⁷. La Cour de Strasbourg estime, de manière similaire, que « selon sa jurisprudence constante, la notion de "juridiction" ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes »⁶⁸. En particulier, cela induit que les membres d'équipage d'un bateau battant pavillon d'un État membre du Conseil de l'Europe sont soumis au respect des règles énoncées par la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'égard de toute personne, y compris à l'égard des migrants dérivant dans les eaux internationales, ou bien embarqués sur un navire sans pavillon ou battant pavillon d'un État non signataire de la Convention. Une telle affirmation relève de la pure logique. D'abord, il serait pour le moins inconséquent que les membres d'équipage soient supposés respecter la CEDH au titre de la Convention de Montego Bay, tandis que les personnes affectées par leurs actes ne puissent pour leur part se prévaloir des droits énoncés par celle-là en application de celle-ci. Ensuite, il serait incohérent de ne pas admettre que les actes d'expulsion et de déportation, d'éloignement et de réorientation, prennent leur point de départ, d'origine, si ce n'est dans le territoire, à tout le moins dans la juridiction de l'État qui décide que de tels actes soient menés à bien.

La Cour de Strasbourg constate bien que « l'article 1 fixe une limite, notamment territoriale, au domaine de la Convention », que « l'engagement des États contractants se borne à reconnaître (en anglais "to secure") aux personnes relevant de leur "juridiction" les droits et libertés énumérés »⁶⁹. Néanmoins, elle estime que la responsabilité d'une Haute Partie Contractante peut « entrer en jeu à raison d'actes ou

⁶² Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°31. La Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), 26 mai 2004, § 10.

⁶³ Notamment Conclusions du Comité des droits de l'homme, Bosnie-Herzégovine, UN Doc. CCPR/C/79/Add.14, 6 novembre 1992, §§ 4 & 5 ; Serbie Montenegro, UN Doc. CCPR/C/79/Add.16, 6 novembre 1992, §§ 4 à 7 ; Israël, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, § 10 & UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 31 août 2003, § 11 ; Belgique, Doc. CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998, §14 ; Moldavie, UN Doc. CCPR/CO/75/MDA, 26 juillet 2002, § 4.

⁶⁴ Décisions du Comité des droits de l'homme, *López Burgos c. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, § 12.3 & *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, 29 juillet 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, § 10.3 (« it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory »).

⁶⁵ Comité des droits de l'homme, *Mohammed Munaf c. Roumanie*, 30 juillet 2009, UN Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006, § 14.2 (« a State party may be responsible for extra-territorial violations of the Covenant, if it is a link in the causal chain that would make possible violations in another jurisdiction »).

⁶⁶ CIJ, avis du 9 juillet 2004 relatif aux conséquences juridiques de la construction d'un mur dans les territoires occupés ; arrêt du 1^{er} juillet 2000 concernant les activités armées sur le territoire du Congo ; jugement du 19 décembre 2005 (en particulier §§ 216 & 217) ; jugement du 15 octobre 2008 sur l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale (en particulier §§ 109 & 149). Sur la jurisprudence de la CIJ en la matière, voire notamment Ralph WILDE, « Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties », *Chinese Journal of International Law*, 2013, 12 (4), pp. 639-677 ; « The extraterritorial application of international human rights law on civil and political rights », in Nigel RODLEY & Scott SHEERAN (eds), *Routledge Handbook on Human Rights*, Routledge, 2013, pp. 635-661.

⁶⁷ Notamment Cour IDH, *Coard et autres c. États-Unis*, affaire n° 10.951, rapport n° 109/99, 29 septembre 1999, § 37 ; *Alejandro c. Cuba*, affaire n° 11.589, rapport n° 86/99, 29 septembre 1999, § 23 ; *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, 25 novembre 2000, série C n° 70, § 209 ; *Rafael Ferrer-Mazorra et autres c. États-Unis*, affaire n° 9903, rapport n° 51/01, 4 avril 2001, § 179.

⁶⁸ Cour EDH, *Drozd & Janousek c. France & Espagne*, 26 juin 1992, Req. n° 12747/87, § 9 ; *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, Req. n° 15318/89, § 62. Voir entre autres Syméon KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. *Vaetera et nova* », *RTDH*, 2005, 61, pp. 33-120. Voir Kiara NERI, « The applicability of the European Convention of Human Rights to State Enforcement and Control at Sea », in Gemma ANDREONE, *Jurisdiction and Control at Sea. Some Environmental and Security Issues*, Giannini Editore, 2014, pp. 153-168.

⁶⁹ Cour EDH, GC, *Medvedev c. France*, 29 mars 2010, Req. n° 3394/03, § 63.

d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire »⁷⁰, dès lors que « par suite d'une action militaire - légale ou non - elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national »⁷¹. Elle tempère de la sorte la limitation territoriale de la juridiction des États et par là-même de l'application de la Convention. Reste à savoir comment la Cour apprécie alors l'existence de la juridiction d'un État au sens de l'article 1 de la Convention. Avant de conclure à « l'existence d'un contrôle absolu et exclusif exercé par la France, au moins *de facto* [...] de manière continue et ininterrompue » sur le cargo nommé *Le Winner* immatriculé au Cambodge dès son interception au large des îles du Cap-Vert⁷², la Cour relève dans sa décision *Medvedyev* que les autorités maritimes françaises ont spécialement chargé un navire de guerre de l'intercepter, ce qui a conduit l'équipage d'un tel navire à appareiller de Brest avec à son bord une équipe de forces spéciales, à effectuer des sommations et des tirs d'avertissement pour en venir à des tirs au but sur ordre du préfet maritime de l'Atlantique, à maintenir les membres d'équipage du *Winner* sous leur contrôle exclusif, imposant notamment la consignation dans les cabines durant le voyage jusqu'en France, à faire remorquer le cargo par un navire français en le dérivant vers la France sous escorte d'un navire de guerre supplémentaire sur ordre du préfet maritime de l'Atlantique et à la demande du procureur de la République de Brest⁷³.

Certes, les actes d'un État partie accomplis ou produisant des effets en dehors de son territoire ne peuvent être regardés comme l'exercice de sa juridiction que de manière exceptionnelle, comme le souligne la Cour elle-même⁷⁴. Toutefois, deux remarques au regard de l'emploi du terme « exception » s'imposent ici, qui impliquent la nature extraterritoriale de la juridiction des États européens concernant les opérations maritimes relatives aux migrants en Méditerranée. D'une part, on ne saurait douter du caractère exceptionnel de la crise humanitaire qui sévit aux frontières méridionales de l'Europe. D'autre part, si l'article 15 de la CEDH permet bien aux États parties « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » - somme toute, en cas de circonstances exceptionnelles - de « prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige », il oppose une exception à cette possibilité reconnue aux États concernant les obligations énoncées aux articles 2, 3, 4 §1, et 7 : outre l'interdiction de la torture, la prohibition de l'esclavage, le principe de la légalité des peines, c'est encore le respect du droit à la vie qui doit être assuré, y compris dans les circonstances exceptionnelles, pour tout individu quelle que soit sa nationalité.

Parce que « les États parties doivent répondre de toute violation des droits et libertés protégés par la Convention commise à l'endroit d'individus placés sous leur juridiction »⁷⁵, ils doivent assumer toute violation du droit à la vie qui résulterait de leur défaut de satisfaire à leur devoir de secourir les migrants qui se trouvent en détresse en mer Méditerranée⁷⁶. Ils doivent donc se plier aux obligations procédurales qui exigent d'eux qu'ils mènent 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. Or, il ne s'agit pas seulement pour les États européens de prêter assistance aux migrants 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 protéger⁷⁷.

B – Le devoir de protéger : l'exigence d'examiner les situations individuelles des réfugiés

La Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le Statut des Réfugiés ne consacre pas explicitement le

⁷⁰ Cour EDH, *Drozd & Janousek c. France & Espagne*, 26 juin 1992, Req. n° 12747/87, § 9 ; *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, Req. n° 15318/89, § 62.

⁷¹ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, Req. n° 15318/89, § 49-57. Voir sur ce point également *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, Req. n° 25781/94 ; *Djavit An c. Turquie*, 20 février 2003, Req. n° 20652/92.

⁷² Cour EDH, GC, *Medvedyev c. France*, 29 mars 2010, Req. n° 3394/03, § 67.

⁷³ *Ibid.*, § 66.

⁷⁴ Cour EDH, *Bancovic & alii c/ Belgique et 16 autres Etats*, 19 décembre 2001, Req. n° 52207/99, § 71 ; GC, *Medvedyev c. France*, 29 mars 2010, Req. n° 3394/03, § 64.

⁷⁵ Cour EDH, *Ilascu & autres c. Moldavie & Russie*, 8 juillet 2004, Req. 48787/99, § 314.

⁷⁶ Efthymios PAPANASTAVRIDIS, « Rescuing Migrants at Sea: The responsibility of State Under International Law », *SSRN Electronic Journal*, 2011, 41p.

⁷⁷ Nabil HAJJAMI, *La responsabilité de protéger*, Bruylant, 2013, 558 p.

droit d'asile comme les constitutions nationales peuvent le faire, à l'instar de l'alinéa 4 du Préambule de la constitution française du 27 octobre 1946⁷⁸, de l'article 10 § 3 de la constitution italienne du 22 décembre 1947, de l'article 16 sous a) de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, de l'article 33 § 8 de la constitution portugaise du 2 avril 1976, de l'article 13 § 4 de la constitution espagnole du 27 décembre 1978. C'est en réalité d'une manière indirecte que la Convention pose le droit d'asile comme un élément fondamental du droit international à la faveur de dispositions qui ont une portée contraignante en application de l'article 1 § 1 du Protocole de 1967. D'une part, elle donne, en son article 1 § sous A) 2°, une définition du réfugié : « toute personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ». D'autre part, elle affirme, en son article 33 § 1, le principe de non-refoulement, autrement dit l'interdiction d'expulser ou de refouler toute personne « 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 »⁷⁹. Si cette reconnaissance internationale du droit d'asile est évidemment majeure qui induit logiquement un examen individuel de la situation particulière de chaque réfugié, elle trouble cependant par les exceptions qu'elle prévoit et les incertitudes qu'elle génère.

En effet, l'article 33 § 2 peut inquiéter : il permet aux États de ne pas avoir à respecter le principe de non-refoulement concernant « un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays »⁸⁰. Néanmoins, il convient de souligner d'une part que cette exception, de par sa nature même, doit être entendue et appliquée de manière circonscrite et restrictive, d'autre part qu'elle n'est pas reprise par les instruments internationaux ou régionaux affirmant par la suite le devoir de protéger. Ces derniers viennent encore apporter des éclaircissements quant à la définition du refoulement et donc quant à la signification de son interdiction. Par ailleurs, la terminologie employée par l'article 33 § 1 de la Convention de Genève ne peut manquer d'interroger : que soit prohibé le renvoi d'un réfugié « sur les frontières des territoires » résonne de manière réductrice, en limitant l'interdiction de façon géographique en considération du lieu de renvoi⁸¹. Reste que la version anglaise de la Convention manifeste clairement que cette disposition consacrant le principe de non-refoulement interdit non seulement de renvoyer un réfugié sur le territoire de l'État où sa vie et sa liberté sont menacées, mais également de le réorienter vers les frontières de l'État en cause⁸². Si l'article 7 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 en vertu duquel « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » n'apporte aucun élément venant conforter une telle compréhension du principe de non-refoulement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans son observation générale 20 de 1992 au point 9, vient ôter quelque doute que soit sur la portée du principe de non-refoulement : « le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite »⁸³.

C'est dans cette double lignée que se positionne la reconnaissance européenne du droit d'asile. Adoptant une logique similaire à celle de la Convention de Genève de 1951, la CEDH opère une

⁷⁸ « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

⁷⁹ On peut remarquer ici que la version anglaise emploie le terme *return* ce qui éclaire d'un certain jour le choix des mots employés par la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁸⁰ Il convient de noter ici que le Comité consultatif juridique afro-asiatique, lors de sa huitième session tenue à Bangkok en du 8 au 17 août 1966, a adopté des principes régissant le traitement des réfugiés, qui introduisent des exceptions au principe de non-refoulement fondés non sur des considérations personnelles tenant au réfugié, mais sur des considérations générales liées à la protection de la sécurité nationale ou de la population (article 3 § 2 de la Déclaration sur l'asile territorial).

⁸¹ Joan FITZPATRICK, « Revitalizing the 1951 Refugee Convention », *Harvard Human Rights Journal*, 1996, 9, pp. 229-253.

⁸² « No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion ».

⁸³ Comité des droits de l'homme, *Charles Chitah Ng c. Canada*, 5 novembre 1993, UN Doc. A/49/40, § 14.2. Il convient de relever ici que la Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains et dégradants de 1984 adopte une même perspective en disposant en son article 3 § 1 : « Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extraditera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

consécration indirecte du devoir de protéger, via l'admission en réalité implicite en son article 3 de la prohibition du refoulement⁸⁴, et via l'interdiction quant à elle explicite des expulsions collectives posée à l'article 4 du Protocole n° 4 additionnel à la CEDH dans la mesure où elles ne permettent pas de déterminer la situation particulière de chacun des individus concernés⁸⁵. Développant une approche nourrie des observations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Cour de Strasbourg en affirme la portée absolue qu'aucune exception ne saurait venir entamer⁸⁶. Tout comme celui-là pour qui aucune circonstance y compris exceptionnelle ne permet de déroger à l'article 7 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 (point 2 de l'observation générale 20), celle-ci souligne que l'article 15 de la CEDH n'autorise aucune limitation ou suspension de l'article 3. La Cour de Strasbourg tient une position des plus claires : le droit à la vie « astreint les États non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction », ce qui revient à lier l'obligation de secourir à l'obligation de protéger⁸⁷. Par conséquent, les États du Conseil de l'Europe, quand bien même ils agiraient en vertu de la Convention internationale de coopération dans la lutte contre l'immigration clandestine, ne sauraient, sans violer la Convention, reconduire des migrants interceptés ou secourus en mer vers un État où ils risquent des traitements contraires à l'article 3 de la Convention⁸⁸.

Quant à la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CFDUE), c'est une consécration directe et explicite du droit d'asile qu'elle énonce : son article 18 dispose que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne »⁸⁹ ; son article 19 prohibe tout éloignement, expulsion, extradition vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (§ 1) de même que les expulsions collectives (§ 2). Reste que l'affirmation claire d'un droit et d'un principe ne résout pas la problématique de son champ d'application. En effet, afin de pouvoir se décharger de leur responsabilité pour les atteintes au respect du droit d'asile et du devoir de protéger lors des actions menées en dehors de leurs frontières, les États cherchent à faire prévaloir une application territoriale de leurs obligations, en s'appuyant sur l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui stipule la territorialité de l'application des conventions internationales « à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie »⁹⁰. Ainsi des États-Unis qui ont estimé ne pas être liés par le principe de non-refoulement, lorsque leurs garde-côtes ont intercepté en haute mer des migrants haïtiens pour les réorienter vers Haïti sans avoir procédé à une détermination adéquate de leur statut ni les avoir entendus afin de vérifier s'ils pouvaient prétendre au statut de réfugié⁹¹. Cela a été

⁸⁴ « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

⁸⁵ Cour EDH, *Hirsi Jamaa & Others v. Italy*, 23 février 2012, Req. n° 27765/09.

⁸⁶ Olivier DELAS (dir.), *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : de la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, collection mondialisation et droit international, 2011, 448 p.

⁸⁷ Cour EDH, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, Req. n° 14/1997/798/1001, § 36.

⁸⁸ Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Req. n° 14038/88, § 93.

⁸⁹ La question partage la doctrine sur le point de savoir si la CFDUE reconnaît un droit d'asile dont les implications vont au-delà de ce qui est reconnu par les instruments internationaux. Certains auteurs estiment que le fait pour l'article 18 de préciser que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention » signifierait que la protection serait supérieure car elle comprendrait les préalables et les implications de l'obligation de protéger. Voir Maira-Teresa Gil-Bazo, « The Charter of Fundamental Rights of the EU and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law », *Refugee Survey Quarterly*, 2008, Vol. 27, n°3, pp. 33-52; Marteen DEN HEIJER, « Article 18. Right to Asylum », in Steve PEERS, Tamara HERVEY, Jeff KENNER & Angela WARD (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Londres, Hart Publishing, 2014, pp. 519-542.

⁹⁰ Gary W. PALMER, « Guarding the Coast: Alien Migrant Interdiction Operations at Sea », in Jack GRUNAWALT & Jack N. SCHMITT (eds.), *The Law of Military Operations. Liber Amicorum Jack Grunawalt*, New Port, Naval War College Press, 1998, pp. 157-180 ; Ralph WILDE, « Legal Black Hole. Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights », *Michigan Journal of International Law*, 2005, 26, pp. 739-806 ; Olivier BARSALOU, « L'interception des réfugiés en mer : un régime juridique aux confins de la normativité », *Lex Electronica*, vol. 12, n° 3, Hiver 2008, 25 p. ; Richard BARNES, « The International Law of the Sea and Migration Control », in Bernard RYAN & Valsamis MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 103-149 ; Guy S. GOODWIN-GILL, « The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non Refoulement », *International Journal of Refugee Law*, 2011, 23, pp. 443-457 ; Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 310 p.

⁹¹ Sur le fondement de l'accord passé le 23 septembre 1981 avec Haïti autorisant les USA à intercepter les navires transportant illégalement des étrangers sans papiers vers les côtes américaines, et de l'*Executive Order 12324* émis par le président Reagan le 19 septembre 1981 autorisant les garde-côtes américains à retourner tout navire et passager vers le pays de provenance s'il y a des raisons de croire que ceux-ci sont en contravention des lois américaines relatives à l'immigration, les autorités américaines ont géré les flux de migrants provoqués par le coup d'Etat militaire qui a renversé le gouvernement de Jean-Bertrand Aristide : les migrants haïtiens sont interceptés en mer et renvoyés vers l'île sans pouvoir déposer de demande d'asile. La Cour Suprême a

condamné par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans sa décision de 1997⁹². Ainsi encore de l'Australie comme l'illustre l'affaire du *Tampa*⁹³.

Pourtant, le principe de non-refoulement ne fait sens que s'il s'applique en tout lieu où un réfugié se trouve dès lors qu'il n'est plus dans son pays d'origine⁹⁴. Son application extraterritoriale est nécessaire, sans quoi les États n'auraient qu'à extra-territorialiser les opérations violant leurs obligations internationales pour se défaire de leur responsabilité⁹⁵. Se référant à l'article 2 § 1 du Pacte de 1966⁹⁶, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies affirme dès le début des années 1980 que les droits reconnus aux individus et partant les obligations imposées aux États s'appliquent sans égard du lieu où un État agit, dès lors que des droits sont en jeu du fait de la relation établie entre un État et un individu⁹⁷, parce que celui-ci se trouve sous la juridiction de celui-là⁹⁸. Comme le pose très simplement le UNHCR, le principe de non-refoulement s'applique « partout où l'État exerce son autorité y compris ... en haute mer ... »⁹⁹. Telle est bien la position défendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision *Hirsi & Jamaa*¹⁰⁰, dans laquelle elle prononce la condamnation de 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 - essentiellement somaliens et érythréens - qui s'y trouvaient. Se refusant à autoriser « un État ... à commettre, en dehors de son territoire, des actes qui ne seraient jamais acceptés à l'intérieur de celui-ci » (§ 69), la Cour s'inscrit dans la droite ligne de ses jurisprudences *Al-Skeini*¹⁰¹ et *Medvedyev*¹⁰² pour reconnaître l'exercice par l'État italien de sa juridiction, et pour en conclure 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.

Pour la Cour, il s'agit « d'éviter que les États puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments

validé les textes considérés et les pratiques afférentes, considérant que « Those seeking "admission" and trying to avoid "exclusion" were already within our territory (or at its border), but the law treated them as though they had never entered the United States at all; they were within United States territory, but not "within the United States" » (Cour suprême des États-Unis, *Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service & alii v. Haitian Centres Council*, 21 juin 1993, 1993 509 U.S. 155, Req. n° 92-344). Ce n'est qu'avec sa décision de 2004 dans l'affaire *Rasul c. Bush* que la Cour Suprême a admis l'existence d'une dimension extraterritoriale de la juridiction, en reconnaissant que le gouvernement exerçait sur le camp de Guantanamo un contrôle exclusif qui ne correspondait cependant pas à l'exercice de pouvoirs souverains *per se* (Cour suprême des États-Unis, *Rasul c. Bush*, 28 juin 2004, 2004 U.S. LEXIS 4760, Req. n° 03-383 & 384). Voir Stephen H. LEGOMSKY, « The USA and the Caribbean Interdiction Program », *International Journal of Refugee Law*, 2006, 18 (3-4), pp. 677-695.

⁹² Com. IDH, *The Haitian Center for Human Rights et al c. United States*, 13 mars 1997, Report n° 51/96, Req. n° 10.675. Voir notamment Ana BEDUSCHI, « The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants' Rights: Opportunities and Challenges », *Refugee Survey Quarterly*, 2015, 0, pp. 1-30 ; and also Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 576 p.

⁹³ L'affaire porte le nom du cargo norvégien qui, à la demande des autorités australiennes, a porté secours le 26 août 2001 à un navire sur le point de faire naufrage à 140 kilomètres au nord des côtes de l'île Christmas qui transportait 438 migrants pour la plupart d'origine afghane. Le lendemain, les autorités australiennes refusèrent au capitaine du *Tampa* de débarquer les migrants sur l'île Christmas. Eu égard à l'état de santé de plusieurs migrants et à la situation sanitaire à bord du navire, le capitaine du *Tampa* décida le 29 août d'entrer cependant dans les eaux territoriales australiennes. 45 membres du *Special Armed Services* de la défense australienne furent alors dépêchés pour intercepter le cargo. Finalement, le 1er septembre 2001, l'Australie s'accorda avec la Nouvelle-Zélande et avec Nauru pour que ces dernières se chargent d'évaluer le bien-fondé des demandes d'asile des migrants secourus par le *Tampa*, elle-même assurant le financement des coûts liés à cette opération à Nauru. Est à souligner la position de la Cour Fédérale d'Australie, selon laquelle « the power to determine who may come into Australia is so central to its sovereignty that it is not to be supposed that the Government of the nation would lack under the power conferred upon it directly by the Constitution, the ability to prevent people not part of the Australia [sic] community, from entering » (Full Court of the Federal Court of Australia, *Ruddock v Vadarlis*, 18 septembre 2001, 11 FCR 491). Voir Cecilia BAILLIET, « The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea », *Human Rights Quarterly*, 2003, 25 (3), pp. 741-774.

⁹⁴ Guy GOODWIN-GILL & Jane MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 848 p.

⁹⁵ Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, « The Refugee, the Sovereign, and the Sea: European Union Interdiction Policies », in Rebecca ADLER-NISSEN & Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, *Sovereignty Games: Instrumentalizing State Sovereignty in Europe and Beyond*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 171-195.

⁹⁶ « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

⁹⁷ Comité des droits de l'homme, *López Burgos c. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, § 12.3 & *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, 29 juillet 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, § 10.3.

⁹⁸ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°31. La Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), 26 mai 2004, § 10.

⁹⁹ UNHCR, Avis consultatif sur l'applicabilité extraterritoriale des obligations de non refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, du 26 janvier 2007.

¹⁰⁰ Cour EDH, GC, *Hirsi Jamaa & alii c. Italie*, 23 février 2012, Req. n° 27765/09.

¹⁰¹ Cour EDH, GC, *Al-Skeini & autres c. Royaume-Uni et Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, Req. n° 27021/08.

¹⁰² Cour EDH, GC, *Medvedyev c. France*, 29 mars 2010, Req. n° 3394/03.

s'opposant à la mesure prise »¹⁰³. L'effet utile des dispositions de la Convention, en l'espèce de l'interdiction des tortures et traitements inhumains et dégradants et de la prohibition du refoulement, qui est indispensable à garantir l'effectivité du droit d'asile et du devoir de protéger, suppose leur application extraterritoriale, comme le démontre le juge de Strasbourg par un raisonnement par l'absurde : « 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 » ; « 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 État, n'auraient pas droit à un examen de leur situation personnelle avant d'être expulsés, contrairement à ceux qui ont emprunté la voie terrestre »¹⁰⁴. *Et la Cour de conclure* : « les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un État dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'État, voire de les refouler vers un autre État, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'État en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4 »¹⁰⁵.

La Charte des droits fondamentaux de l'UE paraît quant à elle d'emblée plus limpide, puisque son champ d'application est posé en son article 51, et se trouve alors défini en lien non pas avec le territoire des États membres mais bien avec l'exercice de leurs compétences et donc avec leur juridiction. Reste que certains textes de droit dérivé viennent obscurcir les choses : ils renvoient pour déterminer leur champ d'application au territoire des États membres, à l'instar de la directive procédures¹⁰⁶ en son article 3 § 1¹⁰⁷. A n'en pas douter, les droits fondamentaux à la vie et à l'asile reconnus aux migrants, les impératifs juridiques de secourir et de protéger imposés aux États, s'appliquent en tout lieu y compris en dehors de leur territoire national, dès lors que lesdits États exercent leur juridiction sur les migrants concernés. En conséquence, les contrôles aux frontières extérieures de l'Union, y compris quand ils sont réalisés dans les zones contiguës des territoires maritimes des États ou dans les eaux internationales ou encore dans les eaux territoriales des États tiers, parce qu'ils manifestent l'autorité des États qui les opèrent et emportent la juridiction des États considérés, se trouvent soumis aux normes internationales et régionales de protection des droits de migrants. Les États membres ne sauraient se défaire de leurs obligations de secourir et de protéger, en organisant leurs interventions de contrôle hors de leurs frontières, voire en sous-traitant à des États tiers la charge de les mener à bien. Mais étudier la pratique des opérations maritimes pratiquées à l'adresse des migrants en Méditerranée conduit à constater les difficultés d'une garantie effective du droit à la vie et du droit d'asile. Des questions se posent. L'obligation de secourir peut-elle permettre d'éviter l'obligation de protéger ? L'obligation de protéger peut-elle permettre de se décharger de la responsabilité de l'accueil sur des États tiers estimés sûrs ? Le fait même que de telles interrogations soient soulevées révèle que la manière dont les instruments juridiques sont interprétés et appliqués voire instrumentalisés par les États est problématique.

II – La réalité problématique de l'évitement des obligations étatiques

Si les migrants peuvent se prévaloir du droit à la vie, les États ont l'obligation de moyen et non de résultat de les secourir. Toutefois, comment envisager un tel devoir sans mettre en place des programmes de sauvetage des personnes en détresse en mer, ainsi que des dispositifs de patrouille pour s'assurer de la situation des embarcations navigant en Méditerranée ? Bien plus, vient à se poser la question de la nature

¹⁰³ Cour EDH, GC, *Hirsi Jamaa & alii c. Italie*, 23 février 2012, Req. n° 27765/09, § 171.

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 177.

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 180.

¹⁰⁶ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

¹⁰⁷ « La présente directive s'applique à toutes les demandes de protection internationale présentées sur le territoire des États membres, y compris à la frontière, dans les eaux territoriales ou dans une zone de transit, ainsi qu'au retrait de la protection internationale. »

des opérations qui sont alors menées en mer. Le sauvetage constitue-t-il une opération maritime *per se* ? Comment se distingue-t-il de l'interception, de la patrouille, du contrôle des frontières, des opérations de police pour la lutte contre le trafic de migrants ? Une opération en mer peut-elle changer d'objectif en cours de réalisation ? Quel est le droit applicable et à partir de quel moment l'est-il ? Quant aux réfugiés, s'ils ont le droit d'être protégés, les États n'ont pas l'obligation de les accueillir, mais simplement de leur accorder l'accès aux procédures permettant de vérifier leur identité, d'examiner leur situation, de contester les positions prises par les autorités nationales, autrement dit de déposer une demande d'asile et de bénéficier du droit au recours. Et l'on imagine mal comment toutes ces implications du devoir de protéger, qui ne peuvent être correctement satisfaites sur un bateau ou dans un centre de transit¹⁰⁸, n'emportent pas logiquement quoique implicitement un accès temporaire au territoire de l'État considéré afin de procéder aux identifications et entretiens nécessaires¹⁰⁹. Or, de nombreuses difficultés sont à constater dans la gestion des migrations par voie maritime¹¹⁰ : remises en question par les États de la nature et de l'étendue de leurs responsabilités, en jouant sur les interprétations à donner du contenu et de la portée des instruments internationaux et régionaux applicables ; désaccords retardant voire empêchant les sauvetages, ce qui met en péril la vie de migrants en détresse ; absence de définition claire et partagée de la notion de lieu sûr où les migrants secourus peuvent être débarqués ; déséquilibres des charges afférentes au secours, à l'accueil et au traitement des demandes d'asile, qui pèsent essentiellement sur les États situés aux frontières méridionales de l'Europe. Tant la nature des opérations menées (A) que les suites qui leur sont données (B) posent problème, alors que les États tendent à prioriser la préoccupation de sécurisation des frontières sur le souci de protection des migrants, allant ainsi à l'encontre de la recommandation faite en 2012 par le Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants : « les États parties devraient accorder une attention particulière à la vie et à la sécurité des migrants objet d'un trafic par mer, et accorder la priorité à la protection de leur vie et de leur sécurité en cas de détection d'un navire utilisé à de pareilles fins »¹¹¹.

A – La nature des opérations menées : de la frontière entre surveillance et sauvetage

Il revient aux États de mener des opérations de recherche et de sauvetage, en vertu de leur devoir de prêter assistance à tout navire ou à toute personne en détresse en mer, que pose le paragraphe 2.1.1 du chapitre 2 de la Convention SAR, et que rappelle l'article 9 du règlement 656/2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par Frontex¹¹². Reste que ledit règlement concerne les mesures de contrôle des frontières et les

¹⁰⁸ Une telle évocation des centres de transit demande de rappeler ici l'établissement de *hotspots*, énoncé par la Commission dans son Agenda européen pour la migration publié le 13 mai 2015 afin d'apporter un soutien aux États de première ligne (à savoir l'Italie et la Grèce auxquels pourrait venir s'ajouter la Hongrie qui pour l'heure refuse d'être considérée comme un État de première ligne), et prévu pour être mené à bien avant la fin du mois de novembre 2015 (quatre *hotspots* doivent être installés en Italie avec un état-major situé à Catane et cinq en Grèce avec un état-major positionné au Pirée). Or ces *hotspots* sont présentés comme des centres destinés à accueillir quelque 1500 réfugiés chacun, afin qu'il soit procédé aux opérations d'identification, d'enregistrement des témoignages, de prise d'empreintes des arrivants, à la faveur de l'intervention des personnels des autorités nationales soutenues par EASO, Frontex et Europol. Bien des interrogations et surtout des inquiétudes se trouvent suscitées par l'établissement de ces *hotspots*. En effet, ces centres sont appelés à effectuer une « sélection rapide » - ce qui pose en soi problème eu égard à la nécessité de prendre le temps d'examiner les situations individuelles de chacun des arrivants - entre les personnes ayant clairement besoin d'une protection internationale et celles n'en ayant pas évidemment besoin. Ainsi, sont instaurées de manière pour le moins critiquable d'abord une classification dangereuse entre migrants (il y aurait d'une part les « bons migrants » car réfugiés et d'autre part les « mauvais migrants » car économiques), ensuite une hiérarchisation problématique entre réfugiés (l'attention particulière censée être accordée aux arrivants syriens, soudanais, érythréens, irakiens tendrait à invalider a priori les demandes d'asile des arrivants d'autres nationalités). Et de comprendre sans mal que la nature même de ces *hotspots* prête à des interprétations différentes et partant inquiétantes, Matteo Renzi les regardant comme des camps de réfugiés tandis que François Hollande les conçoit comme des centres d'éloignement.

¹⁰⁹ Thomas SPIJKERBOER & Tally KRITZMAN-AMIR, « On the Morality and Legality of Borders: Border Policies and Asylum Seekers », *Harvard Human Rights Journal*, 2013 (26), pp. 1-38.

¹¹⁰ APCE, Recommandation 1645 (2004) du 29 janvier 2004 sur *L'Accès à l'assistance et à la protection pour les demandeurs d'asile dans les ports maritimes et les zones côtières en Europe* ; Résolution 1521 (2006) du 5 octobre 2006 sur *L'Arrivée massive de migrants irréguliers sur les rivages de l'Europe du Sud* ; Résolutions 1637 (2008) et 1850 (2008) du 28 novembre 2008 sur *Les boat people de l'Europe : arrivée par mer en Europe du Sud de flux migratoires mixtes* ; Résolution 1974 (2011) & 1821 (2011) du 21 juin 2011 sur *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*.

¹¹¹ Rapport de la réunion du Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants, tenue à Vienne du 30 mai au 1er juin 2012, CTOC/COP/WG.7/2012/6.

¹¹² Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures 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. Ce règlement a dû être adopté suite à l'annulation par la Cour de Justice de l'Union Européenne de la décision du Conseil 2010/252/UE visant à compléter le Code Frontières Schengen, en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de

interventions de secours des migrants, en vertu d'un ordre de présentation qui manifeste l'ordre des priorités affiché et affirmé par les États membres¹¹³. Or la qualification à donner aux opérations maritimes menées ne relève pas de l'évidence : il n'est pas aisé de savoir s'il s'agit de détections des tentatives de franchissement illégal des frontières ou d'interventions de recherche et de sauvetage de migrants en danger, alors même que les opérations de contrôle peuvent conduire à prêter assistance à des migrants en détresse, et inversement que les opérations de sauvetage peuvent donner lieu à des contrôles des franchissements des frontières¹¹⁴. Si la notion de sauvetage paraît aisée à cerner, il n'en est pas de même de celle d'interception, d'autant qu'aucune définition n'en est fournie par le règlement 656/2014. Il convient donc de se rapporter au droit international de la mer dont l'étude met en évidence des zones d'ombre, cette notion se révélant indéterminée d'un point de vue tout à la fois territorial, matériel et personnel¹¹⁵.

D'abord, la différenciation se révèle floue entre migrants en situation irrégulière et personnes en détresse, ce qui permet aux États de prioriser la première qualification sur la seconde. Or, les migrants interceptés qui sont conduits sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne ont tendance à voir s'appliquer tout d'abord et avant tout le statut de migrant en situation irrégulière, et partant les règles nationales de nature administrative voire pénale qui y sont associées¹¹⁶. Au demeurant, les migrants interceptés en haute mer, dans la ZEE, ou dans la mer territoriale d'un État tiers, ne devraient pas pouvoir être considérés ni encore moins appréhendés comme migrants en situation irrégulière, puisqu'ils se trouvent alors en dehors du champ d'application des normes nationales déterminant un tel statut, à moins de les considérer comme de potentiels migrants en situation irrégulière au titre de mesures de prévention qui seraient en soi hautement problématique. A cette incertitude personnelle, vient s'ajouter une indétermination matérielle. Se référant au protocole de Palerme¹¹⁷, les États rappellent la nécessité de mener une coopération en vue non seulement de supprimer mais aussi de prévenir le trafic de migrants, par conséquent la possibilité de prendre des mesures pour anticiper les franchissements irréguliers des frontières par des passeurs. Or, c'est sur un tel fondement que se basent l'Union via Frontex et ses États pour conclure et conduire des opérations de coopération bilatérale ou multilatérale (à l'instar du réseau méditerranéen *Seahorse* approuvé le 19 septembre 2013 pour appuyer la coopération entre l'Espagne, la Mauritanie, le Maroc et le Cap-Vert). La détermination de l'objectif des opérations s'avère dès lors délicat entre surveillance et sauvetage.

Les incertitudes ne sont pas moindres d'un point de vue territorial. En effet, l'État côtier peut empêcher le passage dans sa mer territoriale d'un navire transportant des passagers clandestins. Selon l'article 19 de la Convention de Montego Bay, le passage n'est plus inoffensif quand un navire se livre à une activité d'embarquement ou de débarquement d'une personne en contravention aux règles d'immigration de l'État côtier. Celui-ci, au titre de l'article 27 § 2 de la Convention, peut prendre toutes les mesures en vue de procéder à des arrestations à bord d'un navire quittant ses eaux intérieures, ce qui laisse d'ailleurs sans

la coopération opérationnelle coordonnée par Frontex. Dans son arrêt du 5 septembre 2012 *Parlement / Conseil* dans l'affaire C-355/10, la Cour a considéré que les mesures énoncées dans la décision comme des mesures essentielles supposant l'exercice d'une compétence législative et par là même l'adoption de la norme selon la procédure législative impliquant le Parlement européen. Voir Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Le Code Frontières Schengen n'est pas soluble dans la comitologie » (CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-355/10), *Revue des droits de l'homme*, Lettre ADL du 12 septembre 2012, *La Revue des droits de l'homme*. Malheureusement la CJUE n'a pas alors tranché les questions portant sur les lignes de partage entre compétences des États membres et compétence de l'UE en matière de surveillance aux frontières extérieures maritimes de l'Union.

¹¹³ Steve PEERS, « New EU rules on maritime surveillance: will they stop the deaths and push-backs in the Mediterranean? », *EU Law Analysis*, 27 June 2014.

¹¹⁴ Matteo TONDINI, « The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations », *The Journal of International Maritime Law*, 2012, 18 (1), pp. 59-74 ; Silvia BORELLI & Ben STANFORD, « Troubled Waters in the *Mare Nostrum* : Interception and Push-Backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention of Human Rights », *Review of International Law and Politics*, 2014, 10, pp. 29-69.

¹¹⁵ Thomas SPIJKERBOER, « Stretching the Limits. European Maritime Border Control Policies and International Law », in Marleen MAES, Marie-Claire FOLETS, Philippe de BRUYCKER (eds), *The External Dimensions of EU Migration & Asylum Law & Policy*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 387-413 ; Efthymios PAPANASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High Seas, Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, Oxford, Hart, 2013, 402 p. ; Kiara NERI, « La responsabilité de l'Etat dans le cadre des opérations d'interdiction maritime », in Kimberley TRAPP & Efthymios PAPANASTAVRIDIS, *La criminalité en mer/ Criminal acts at sea*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 557-608.

¹¹⁶ Izabella MAJCHER, « Crimmigration in the European Union through the Lens of Immigration Detention », *Global Detention Project Working Paper*, 2013 (6), 21 p. ; Valsamis MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, London, Springer, 2015, 110 p.

¹¹⁷ Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, dit Protocole de Palerme visant à prémunir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

réponse la question du traitement des navires transportant des migrants clandestins qui ont seulement l'intention de traverser la mer territoriale sans entrer dans les eaux intérieures. L'article 33 de la Convention de Montego Bay (auquel se rapporte l'article 19 (2) sous g)), dans la lignée de l'article 24 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958, est clair : dans la zone contiguë à sa mer territoriale, « l'État côtier peut exercer le contrôle nécessaire en vue de : a) prévenir les infractions à ses lois et règlements [...] d'immigration sur son territoire ou dans sa mer territoriale ; b) réprimer les infractions à ces mêmes lois et règlements commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale ». L'interception renvoie donc aux prérogatives de l'État souverain, qui peut intervenir sur son territoire terrestre et maritime donc jusqu'à la limite de la zone contiguë. Mais qu'en est-il au-delà¹¹⁸ ? Certes, la règle coutumière de l'exclusivité de la juridiction de l'État du pavillon du navire en haute mer pourrait laisser penser que l'État souhaitant intervenir devrait solliciter, au cas par cas, l'accord exprès de l'État du pavillon. En réalité, l'État peut exercer des droits de police au-delà de la limite de la zone contiguë.

D'abord, en application de l'article 110 § 1 sous d) de la Convention de Montego Bay, tous les États conservent en haute mer un droit d'intervention sur des navires sans pavillon. Cette règle classique du droit de la mer découle de l'affirmation ancienne selon laquelle un navire ne battant le pavillon d'aucun État ne bénéficie d'aucune protection. Ceci est confirmé par le Protocole de Palerme : tout État peut arraisonner et visiter un navire soupçonné de participer au crime organisé, de telle sorte que, si les autorités trouvent des preuves d'une activité illicite, il peut prendre les mesures appropriées conformément au droit interne et au droit international pertinent. Ensuite, tout État peut exercer son droit de poursuite jusqu'en haute mer d'un navire étranger soupçonné d'avoir contrevenu à ses lois et règlements. De la sorte, les États peuvent mener des interceptions au-delà de la limite de leur zone contiguë, ce qui leur permet de procéder au contrôle des franchissements potentiellement irréguliers de leurs frontières, rendant par là même incertaine la nature des interventions dans leur zone économique exclusive, en haute mer, voire dans les eaux territoriales d'un État tiers. Or, comme le relève Rafael Casado Raigón¹¹⁹, les États disposent encore, au titre des articles 99 et 100 de la Convention de Montego Bay, de pouvoirs de police conférés sans limite territoriale, à savoir ceux attachés à la poursuite ou à la prévention des crimes contre l'humanité dont les crimes d'esclavage ; or on peut s'interroger sur le point de savoir si le trafic et la traite des êtres humains, qui mettent les migrants dans des positions de servitude à des fins d'esclavage domestique ou sexuel de manière indirecte pour le premier et de manière directe pour la seconde, ne pourraient justifier les interventions en mer des autorités nationales et européennes ; reste que ces dernières ne semblent guère enclines à vouloir assumer la charge qui leur reviendrait alors d'assurer la protection de ces victimes¹²⁰.

Une telle incertitude quant à la nature des opérations menées, et donc quant à l'objectif par elles poursuivi, apparaît à l'étude de l'opération Triton. Alors que se terminait le 31 octobre 2014 l'opération *Mare Nostrum* qui a permis aux autorités italiennes de secourir plus de 150 000 migrants en un an¹²¹, était lancée le 1^{er} novembre 2014 l'opération Triton. Cette dernière, coordonnée par Frontex¹²², n'a pas pour objet de remplacer l'opération *Mare Nostrum* : cela ressort des moyens mobilisés qui s'avèrent limités¹²³, et des

¹¹⁸ Richard BARNES, « The International Law of the Sea and Migration Control », in Bernard RYAN & Valsamis MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 103-149 ; Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, « Illegal Trafficking of People of the High Seas », in José Manuel SOBRINO HEREDIA (dir.), *Sûreté maritime et violence en mer / Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 69-84 ; Kiara NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue Québécoise de Droit International*, 2013, 26 (1), pp. 123-153.

¹¹⁹ Rafael CASADO RAIGÓN, « Trafic illicite des personnes et criminalité organisée », in José Manuel Sobrino Heredia (dir.), *Sûreté maritime et violence en mer / Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, pp. 3-18.

¹²⁰ Marie-Laure BASILIEU-GAINCHE, « La lutte contre la traite des êtres humains : directive communautaire, contentieux européen, et impasses françaises », *Revue de l'Union Européenne*, 2011, 550, pp. 445-454 ; William F. McDonald, « Explaining the Under-Performance of the Anti-Human-Trafficking Campaign : Experience from the United States and Europe », *Crime, Law and Social Change*, 2014, 61 (2), pp. 125-138 ; [Joanne VAN DER LEUN](#), « Emerging from the Shadows or Pushed into the Dark? The Relation between the Combat against Trafficking in Human Beings and Migration Control », *International Journal of Law, Crime and Justice*, 2015, forthcoming.

¹²¹ Paolo CUTTITTA, « *Mare Nostrum* e la Retorica Umanitaria », *Rivista di Storia Delle Idee*, 2015, 4 (1), pp. 128-140. Paolo CUTTITTA, « From the *Cap Anamur* to *Mare Nostrum*. Humanitarianism and Migration Controls at the EU's Maritime Borders », in Claudio MATERA & Amanda (ed.), *The Common European Asylum System and Human Rights. Enhancing Protection in Time of Emergencies*, CLEER Working Papers, 2014, 7, pp. 21-37.

¹²² Huit États ont décidé d'y participer : France, Espagne, Finlande, Portugal, Islande, Pays-Bas, Lituanie, Malte.

¹²³ L'opération Triton disposait au départ de 21 navires, 4 avions, 1 hélicoptère et 65 officiers détachés par les États pour des rotations à durée variable avec un budget annuel de 2,9 millions d'euros. Cela n'est pas comparable aux 900 soldats et 32 navires soutenus par des avions et hélicoptères employés par l'Italie pour l'opération *Mare Nostrum* pour un coût mensuel de plus de

positions affichées qui s'inscrivent dans la lignée de celles exposées le 7 octobre 2014 par Cécilia Malmström, alors qu'elle était encore commissaire européenne aux affaires intérieures¹²⁴. Si *Mare Nostrum* remplissait une mission de sauvetage, Triton vise d'abord à surveiller les frontières extérieures de l'Union. Et le directeur exécutif de Frontex, Fabrice Leggeri, de déclarer en avril 2015 : « Triton ne peut pas être une opération de recherche et sauvetage [...] Ce n'est pas dans le mandat de Frontex et, à mon sens, ce n'est pas non plus le mandat de l'Union européenne »¹²⁵. Frontex entend donc bien assumer essentiellement le rôle de surveillance des frontières maritimes extérieures que le règlement 656/2014 lui confie¹²⁶. En vertu de ce texte, les équipes de Frontex déployées dans des opérations en mer peuvent en effet procéder à des interceptions dans les eaux territoriales d'un État membre (article 6), en haute mer (article 7), et dans la zone contigüe (article 8) ; arrêter et arraisonner tout navire qui est soupçonné de transporter des personnes cherchant à se soustraire aux vérifications à des points de passage frontaliers (articles 6, 7 et 8) ; interroger et appréhender lesdites personnes pour éventuellement les remettre aux autorités de pays n'appartenant pas à l'Union (articles 6, 7 et 8).

Un tel accent mis sur le contrôle des frontières est illustré par le fait que le règlement 656/2014 ne considère les opérations de sauvetage que via le renvoi aux règles du droit international général. Dans la mesure où Frontex en assure la gestion, le système Eurosur semble devoir être employé davantage pour « prévenir et combattre l'immigration illégale » que pour « assurer la protection de la vie des migrants »¹²⁷. Ce système d'information, permettant la transmission et le partage des données sur la situation aux frontières extérieures de l'Union, paraît bien avoir pour fonction de détecter les embarcations transportant des migrants avant qu'elles n'atteignent les eaux territoriales des États membres, afin qu'elles soient réorientées vers les pays d'où elles sont parties et non afin qu'il soit prêté assistance aux personnes exposées au danger. Or, tant la Convention SAR que par le règlement 656/2014 classent les situations d'urgence en mer par degré croissant de gravité en distinguant l'incertitude¹²⁸, l'alerte¹²⁹, et la détresse¹³⁰. De la qualification de la situation dépend le déclenchement des opérations maritimes¹³¹ : seuls les cas avérés de détresse appellent la mise en œuvre d'interventions de recherche et de sauvetage. Dans les

9 millions d'euros. Est à noter que le budget consacré aux opérations Triton et Poséidon a été multiplié par trois suite au naufrage du 19 avril 2015.

¹²⁴ « Triton, la nouvelle opération de surveillance des frontières européennes », *Le Monde*, 31 octobre 2014.

¹²⁵ « EU borders chief says saving migrants' lives 'shouldn't be priority' for patrols », *The Guardian*, 22 April 2015.

¹²⁶ Nina PERKOWSKI, « A Normative Assessment of the Aims and Practices of the European Border Management Agency Frontex », *Refugee Studies Center Working Papers*, 2012, 81, 46 p.

¹²⁷ Article 1 du règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur). Voir Jorrit RIJDMA & Mathias VERMEULEN, « EUROSUR: Saving Lives or Building Borders? », *European Security*, 2015, 24 (3), 2015, pp. 454-472.

¹²⁸ Incertitude il y a : « 1.1 Lorsqu'il est signalé que le navire n'est pas arrivé à destination; ou 1.2 Lorsque le navire n'a pas signalé comme prévu sa position ou son état de sécurité » (Convention SAR, article 5 du chapitre V et article 1 des annexes) ; « notamment lorsque i) une personne est portée disparue ou un navire a du retard ; ou quand une personne ou un navire n'a pas envoyé le compte rendu de position ou le rapport de sécurité attendu » (règlement 656/2014, article 9 § 2 sous c)).

¹²⁹ Alerte il y a : « 2.1 Lorsqu'à la suite d'une phase d'incertitude, les tentatives visant à établir le contact avec le navire ont échoué ou lorsque les enquêtes effectuées auprès d'autres sources appropriées sont restées sans résultat; ou 2.2 Lorsque les informations reçues indiquent que l'efficacité du fonctionnement du navire est compromise, sans toutefois que cette situation risque de conduire à un cas de détresse » (Convention SAR, article 5 du chapitre V et article 2 des annexes) ; « notamment lorsque i) après une phase d'incertitude, les tentatives d'établir un contact avec une personne ou un navire ont échoué et les demandes d'informations adressées à d'autres sources appropriées n'ont pas abouti; ou ii) des informations ont été reçues indiquant que la manœuvrabilité d'un navire est compromise, mais pas au point de rendre probable une situation de détresse » (règlement 656/2014, article 9 § 2 sous d)).

¹³⁰ Détresse il y a : « 3.1 Lorsque les renseignements reçus indiquent d'une manière claire qu'un navire ou une personne est en danger grave et imminent et doit faire l'objet d'une assistance immédiate ; ou 3.2 Lorsqu'à la suite de la phase d'alerte, toute nouvelle tentative visant à établir un contact avec le navire et toute enquête plus étendue restent sans résultat, ce qui conduit à penser que le navire est sans doute en détresse; ou 3.3 Lorsque les informations reçues indiquent que l'efficacité du fonctionnement du navire est compromise de telle sorte qu'un cas de détresse est vraisemblable » (Convention SAR, article 5 du chapitre V et article 3 des annexes) ; « notamment lorsque i) des informations claires ont été reçues selon lesquelles une personne ou un navire est en danger et a besoin d'une assistance immédiate; ou, ii) après une phase d'alerte, de nouvelles tentatives d'établir un contact avec une personne ou un navire et des demandes d'informations à plus grande échelle sont restées infructueuses et semblent indiquer qu'il existe une situation de détresse; ou iii) des informations reçues indiquent que la manœuvrabilité d'un navire est compromise au point de rendre probable une situation de détresse » (règlement 656/2014, article 9 § 2 sous e)).

¹³¹ L'article 9 § 2 sous f) du règlement 656/2014 présente l'avantage d'énumérer les éléments qui participent de la détermination de la nature de la situation : l'existence d'une demande d'assistance, l'état de navigabilité du navire et la probabilité que le navire n'atteigne pas sa destination finale, le nombre de personnes se trouvant à bord par rapport au type et à l'état du navire, l'existence des réserves nécessaires, par exemple en carburant, en eau et en nourriture, pour atteindre une côte ; la présence à bord d'un équipage qualifié et du personnel de direction du navire ; l'existence d'équipements de sécurité, de navigation et de communication et leur état de fonctionnement ; la présence à bord de personnes ayant un besoin urgent d'assistance médicale, la présence à bord de personnes décédées ; la présence à bord de femmes enceintes ou d'enfants, les conditions météorologiques et l'état de la mer, y compris les prévisions en la matière.

situations d'incertitude ou d'alerte, les autorités ne sont pas contraintes de lancer des opérations de secours. Deux problèmes sont à relever : d'abord, celui de la qualification de la situation par les autorités nationales, qui disposent ainsi de marges d'appréciation quant à la pertinence de lancer des opérations de recherche et de sauvetage ; ensuite, celui de la hiérarchisation de l'urgence en niveaux de dangerosité, qui incite à n'intervenir que dans les situations de détresse, alors qu'une opération déclenchée dès les phases d'alerte voire d'incertitude permettrait d'agir avant la détérioration des conditions voire la perte de vie des migrants¹³². Par ailleurs, se pose la question de l'État dont les autorités nationales doivent intervenir en cas de détresse d'un navire.

La Convention SAR exige que les opérations de recherche et de sauvetage soient menées par le pays dont dépendent les eaux territoriales où l'embarcation en détresse est repérée, ou qui assure la responsabilité de la région de recherche et de sauvegarde dans laquelle l'assistance doit être prêtée. Si les choses semblent à la lecture des textes relativement claires car précises et détaillées, elles le sont nettement moins dans les faits et les réalités. Même quand les appels de détresse sont clairs, les interventions ne sont pas pour autant mises en œuvre. Ainsi, le 11 octobre 2013, 268 réfugiés syriens, dont plus d'une centaine d'enfants, ont péri en mer entre la Sicile et Malte, les trois appels de détresse envoyés par téléphone satellitaire aux autorités italiennes n'ayant obtenu pour seule réponse que l'injonction de s'adresser aux autorités maltaises. Or Malte n'est pas signataire de l'amendement à la Convention SAR adopté en 2004 et entré en vigueur en 2006, opposée qu'elle était à l'insertion d'un paragraphe 3.1.9¹³³. En effet, cette disposition lui aurait imposé non seulement de mettre en œuvre les opérations de recherche et de sauvetage dans la très étendue zone SAR placée sous son contrôle, mais encore de débarquer sur son territoire les personnes secourues dans une telle zone ; cela lui aurait imposé par là même d'assumer l'accueil approprié des migrants et le traitement des demandes d'asile des réfugiés. Les opérations de recherche et de sauvetage s'avèrent donc dépendantes des suites qui leur sont données, l'absence d'une réelle solidarité entre les États membres de l'Union, en ce qui concerne la répartition du coût de la prise en charge des migrants concernés suscitant des tensions entre les États membres côtiers et des refus d'intervenir de leur part¹³⁴. Autrement dit, les opérations maritimes posent problème non seulement quant à leur nature mais également quant à leurs conséquences, ces dernières étant liées au lieu de débarquement des personnes interceptées ou secourues ainsi qu'au problème du respect du principe de non-refoulement.

B – Les suites données aux opérations : de l'épineux problème du débarquement

Des avancées en matière de garanties du respect du principe de non-refoulement ont été opérées : le règlement 656/2014 tend à aligner le droit de l'Union d'une part sur les exigences du droit international¹³⁵, d'autre part sur celles du droit européen telles que précisées par la Cour de Strasbourg dans sa décision *Hirsi Jamaa*¹³⁶. Il est à relever d'emblée que le principe de non-refoulement est explicitement énoncé à l'article 4 § 1 du règlement à la faveur d'une rédaction plus riche que celle de l'article 33 § 1 de la Convention de Genève, en ce que sont visés tant les éventuels bénéficiaires du statut de réfugié que les potentiels bénéficiaires de la protection subsidiaire¹³⁷. Ensuite, sont établies « les modalités suivantes relatives au débarquement des personnes interceptées ou secourues lors d'une opération en mer » (article

¹³² ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport de la commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, *Vies perdues en méditerranée : qui est responsable ?*, Doc. 12895, 5 avril 2012, préc.

¹³³ Silja KLEPP, « A Double Bind: Malta and the Rescue of Unwanted Migrants at Sea, A Legal Anthropological Perspective on the Humanitarian Law of the Sea », *International Journal of Refugee Law*, 2011, pp. 538-545.

¹³⁴ Seline TREVISANUT, « Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict ? », *The International Journal of Marine and Coastal*, 2010, 25, pp. 523-542.

¹³⁵ Seline TREVISANUT, « The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection », *Max Planck Yearbook of United Nations of Law*, 2008, 12, pp. 205-246 ; Guy S. GOODWIN-GILL, « The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non Refoulement », *International Journal of Refugee Law*, 23, pp. 443-457 ; Jasmine COPPENS & Eduard SOMERS, « Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea? », *The International Journal of Marine and Coastal*, 2010, 377, pp. 377-404.

¹³⁶ Cour EDH, GC, *Hirsi Jamaa & alii c. Italie*, 23 février 2012, Req. n° 27765/09.

¹³⁷ « Nul n'est, en violation du principe de non-refoulement, débarqué, forcé à entrer, conduit dans un pays ou autrement remis aux autorités d'un pays où il existe, entre autres, un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture, à la persécution ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son orientation sexuelle, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, ou dans lequel il existe un risque sérieux d'expulsion, d'éloignement ou d'extradition vers un autre pays en violation du principe de non-refoulement ».

10 § 1), alors que l'absence de telles dispositions énonçant les critères de détermination du lieu de débarquement des personnes considérées a pu conduire à des situations d'incertitudes et de tensions entre États membres qui ont mis en danger les vies des migrants¹³⁸. Toutefois, à la lecture du règlement 656/2014, des ambiguïtés demeurent et des silences résonnent, qui renvoient à des situations problématiques dans lesquels le respect des droits fondamentaux des migrants, au premier rang desquels le droit d'être protégé, ne sont pas garantis. Certes, en cas d'interception dans la mer territoriale ou dans la zone contiguë d'un État membre de l'Union, il est prévu de débarquer les migrants secourus dans l'État membre participant dans la mer territoriale ou dans la zone contiguë duquel l'interception a eu lieu ou dans l'État membre d'accueil de l'opération (article 10 § 1 sous a)). Néanmoins, le texte réserve aux États membres la possibilité d'ordonner au navire de modifier sa route et de quitter les eaux territoriales (article 6 § 2 sous b)), et partant de n'offrir aucune garantie en terme de non-refoulement.

Le principe semble plus encore mis à mal concernant les cas d'interception en haute mer, puisque le débarquement des migrants interceptés ou secourus peut être réalisé dans le pays tiers que le navire est présumé avoir quitté (article 10 § 1 sous b)). Certes, le règlement 656/2014, adoptant une approche qui n'est pas sans rappeler celle exposée par la Cour de Strasbourg, exige alors que l'État membre d'accueil de l'opération, les États membres participants, et Frontex envisagent la possibilité de débarquer les personnes interceptées ou secourues dans ce pays tiers, en tenant compte de la situation générale qui y règne : ils doivent prendre en considération les risques de persécution qu'ils savent ou sont censés savoir s'y produire, au regard des informations dispensées par les organisations intergouvernementales ou non gouvernementales. En outre, les unités participant aux opérations maritimes doivent identifier les interceptés, évaluer leur situation personnelle, vérifier leur état de santé, apprécier leur vulnérabilité¹³⁹, déterminer leur besoin de protection internationale, avant de prendre toute décision de débarquement (article 4 § 3) ; et elles doivent informer du lieu de débarquement envisagé les migrants de telle sorte que ceux-ci puissent exprimer les risques de violation du principe de non-refoulement qui pourrait en résulter (article 4 § 4). Toutefois, la présence des interprètes et des conseillers juridiques n'est exigée qu'en « cas de nécessité », ce qui laisse aux agents présents à bord un rôle excessif dans l'appréciation de la situation des intéressés dont on peut légitimement se demander si elle sera réellement appréciée de façon individuelle. Or, de manière pour le moins étrange, il est en outre précisé que ces interprètes, conseillers juridiques, personnel médical sont disponibles à terre (article 3 § 3), sans que l'on puisse savoir à quel territoire national il est ainsi fait référence.

Quant au cas d'interception dans les eaux territoriales d'un État tiers de migrants qui n'en seraient pas les ressortissants¹⁴⁰, rien n'en est dit, permettant la poursuite des dispositifs de réorientations dont on ne saurait oublier qu'ils correspondent à des refoulements : les autorités nationales et les équipes Frontex ont en effet menés et continuent de mener des interventions de ce type dans les eaux territoriales de la Mauritanie, du Sénégal, de la Libye notamment¹⁴¹. Certes, « dans le cadre d'opérations de sauvetage », les garanties apparaissent rappelées : le règlement exige explicitement que le débarquement soit effectué en

¹³⁸ Le 4 août 2013, le pétrolier *Le Salamis* a secouru 102 migrants au large des côtes libyennes, d'où il avait appareillé. Se trouvant près des côtes italiennes, le capitaine du navire a informé les autorités de l'Etat italien du besoin d'aide des migrants secourus. Considérant que la Libye était le pays de départ de ces derniers, le centre de coordination de sauvetage maritime italien a demandé au *Salamis* de repartir vers le port de Khoms pour y débarquer les migrants. Le pétrolier a refusé d'obtempérer pour des raisons commerciales, ne voulant pas se dérouter de son itinéraire en direction de Malte. Le capitaine a alors informé les autorités maltaises de la présence de migrants à son bord, indiquant que certains avaient besoin de soins médicaux. Malte a refusé au *Salamis* l'entrée dans ses eaux territoriales et a demandé aux membres de l'équipage de débarquer les migrants en Libye, leur présumé pays de départ. Il s'en est suivi un différend diplomatique entre l'Italie et Malte qui toutes deux estimaient au demeurant que le droit international imposait le débarquement des migrants en Libye, alors même que la commissaire européenne aux affaires intérieures, Cecilia Malmström, indiquait que cela constituerait une infraction au droit international compte tenu de la situation en Libye. Après deux jours d'incertitudes et de tergiversations, l'Italie a finalement accepté que les migrants soient débarqués au port de Syracuse.

¹³⁹ En vertu de l'article 4 § 4 du règlement 656/2014, les unités participantes sont appelées à répondre en priorité aux besoins des personnes vulnérables, à savoir les enfants, les victimes de la traite des êtres humains, ceux ayant besoin d'une assistance médicale urgente, les personnes handicapées, ceux ayant besoin d'une protection internationale et les autres personnes se trouvant dans une situation particulièrement vulnérable, en faisant appel à des médecins, à des interprètes et à tous spécialistes (article 4 § 4).

¹⁴⁰ Le droit d'asile ne concernant les individus qu'une fois sortis du territoire de leur Etat national, la question du devoir de protéger et du principe de non refoulement ne se pose pas en ce qui concerne les interceptions dans les eaux territoriales d'un Etat de migrants qui en sont les ressortissants.

¹⁴¹ Matteo TONDINI, « Fishers of Men? The Interception of Migrants in the Mediterranean Sea and their Forced Return to Libya », *INEX Paper*, 2010, 28 p.

« lieu sûr » (article 10 § 1 sous c)). Ce dernier suppose non seulement la protection physique des personnes, mais également le respect de leurs droits fondamentaux¹⁴². Le Comité de la sécurité en mer de l'OMI ayant de manière on ne peut plus nette posé le principe qu'un navire ne saurait être considéré comme un lieu sûr, celui-ci renvoie au lieu de débarquement, et plus généralement à l'État territorial du port de débarquement. Dès lors, la notion de lieu sûr ne peut être pensée sans référence à celle de pays sûr (en particulier celle de pays tiers sûr) qu'il soit d'origine et de transit. Or cette notion est problématique¹⁴³. D'abord, elle ne respecte ni la Convention de Genève ni la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'a rappelé la Cour de Strasbourg¹⁴⁴. Ensuite, elle néglige le fait qu'est réfragable la présomption en vertu de laquelle les États membres de l'Union sont des pays sûrs (présomption établie par le protocole 24 additionnel au Traité d'Amsterdam dit protocole Aznar)¹⁴⁵. Pourtant, le règlement, adoptant la logique de la directive « procédures »¹⁴⁶, laisse aux États le soin de déterminer le caractère sûr des États où le débarquement est prévu : est alors à craindre que les autorités ne se fondent sur les listes de pays sûrs établies au niveau national qui varient selon les États¹⁴⁷ et avec le temps¹⁴⁸, sans que l'on puisse savoir comment les unités Frontex pourraient se prononcer sur la qualification de sûr d'un pays en l'absence de toute liste européenne¹⁴⁹.

D'autres dispositions du règlement 656/2014 inquiètent. Ainsi de l'article 4 § 5 qui limite au strict nécessaire les transferts à des pays tiers des données à caractère personnel des migrants interceptés et secourus, voire les interdit en cas de risque sérieux de violation du principe de non-refoulement : en creux, cette disposition admet la possibilité en soi problématique de confier aux autorités nationales d'États tiers les données qui sont collectées, exploitées et conservées par les systèmes intervenant en matière de justice intérieures (entre autres le *Visa Information System*, le *System Information Schengen*, le système Eurodac), données qui sont de plus en plus envisagées dans un souci de protection contre les migrants. Ce sont encore des silences qui s'avèrent troublants. Le texte ne prévoit pas les possibilités offertes aux migrants interceptés ou secourus de solliciter la protection internationale. On doit donc se rapporter aux règles établies par la directive « procédures » qui impose l'examen des demandes d'asile déposées dans le territoire des États membres, et non de celles déposées singulièrement par les migrants interceptés au-delà

¹⁴² Article 1 point 12 du règlement 656/2014 : « un endroit où des opérations de sauvetage sont réputées être achevées et où la sauvegarde de la vie des rescapés n'est pas mise en péril, où leurs besoins humains fondamentaux peuvent être satisfaits et à partir duquel des dispositions peuvent être prises pour le transport des rescapés jusqu'à leur destination suivante ou finale, en tenant compte de la protection de leurs droits fondamentaux dans le respect du principe de non-refoulement ».

¹⁴³ La notion de pays d'origine sûr a été vivement critiquée par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (UNHCR, Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004. Voir Catherine TEITGEN-COLLY, « Le concept de pays sûr », in *Mélanges François Julien-Laferrère*, Bruylant, 2011, pp. 325-376 ; Hélène LAMBERT, « Safe Third Country in the European Union: an Evolving Concept in International Law and Implications for the UK », *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2012, 26 (4), pp. 318-336.

¹⁴⁴ Cour EDH, GC, *Hirsi Jamaa & alii c. Italie*, 23 février 2012, Req. n° 27765/09.

¹⁴⁵ Cour EDH, GC, *M.S.S. c. Belgique & Grèce*, 21 janvier 2011, Req. n° 30696/09; CJEU, *N.S. & M.E.*, 21 décembre 2011, Affaire jointes C-411/10 & C-493/10. Voir Marie-Laure BASILIEU-GAINCHE, « Les gens de Dublin ont des droits », *La Revue des Droits de l'Homme*, Lettre Actualités Droits Libertés, 29 décembre 2011.

¹⁴⁶ Directive 2013/32/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

¹⁴⁷ Les disparités entre les listes nationales de pays d'origine sûrs doivent être soulignées qui sont à la fois quantitatives (le Royaume-Uni en dénombre ainsi 26 dans son *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, 2002 c. 41, Part 5, Section 94) et qualitatives (le Nigéria est sûr pour le Royaume-Uni mais ne l'est pas pour la France, le Ghana est sûr pour l'Allemagne mais pas pour l'Autriche, l'Arménie n'est sûre que pour la France, etc.).

¹⁴⁸ La volatilité de certaines listes nationales est à remarquer, à l'instar de la liste française des pays d'origine sûrs. Celle-ci est établie par le Conseil d'administration de l'OFPRA, en application de l'article L.722-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; mais elle fait régulièrement l'objet de recours devant le Conseil d'Etat par les associations de protection des droits, qui obtiennent le plus souvent gain de cause.

¹⁴⁹ Le 9 septembre 2015, la Commission européenne a présenté sa proposition de règlement établissant une liste commune de l'Union de pays tiers présumés d'origine sûrs, et la commission LIBE du Parlement européen l'a examinée le 22 septembre suivant. La liste comprend sept pays : Albanie, Bosnie-Herzégovine, ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, Monténégro, Serbie, Turquie (sans préjudice de l'ajout par la suite d'autres États, en particulier africains). D'abord, on doit rappeler que cette proposition s'inscrit dans la dynamique développée pour adopter une approche efficace de la gestion des migrations en organisant des procédures accélérées d'examen des demandes de protection internationale jugées « illégitimes » ou « abusives ». Ensuite, on peut raisonnablement s'interroger sur le fait que les États considérés répondent bien à la définition des pays d'origine sûrs donnée à l'annexe I de la directive 2013/32/UE : « un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que (...) il n'y ait jamais recouru à la persécution telle que définie à l'article 9 de la directive 2011/95/UE, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison d'une violence aveugle dans des situations de conflit d'une armée internationale ». En effet, la Commission reconnaît elle-même que ces pays ne sont pas sûrs pour les homosexuels, les Roms, les minorités, les opposants politiques, les journalistes, les défenseurs des droits de l'homme, qui feront pourtant l'objet de procédures accélérées dont la quasi-totalité aboutissent au refus de reconnaissance de la protection.

de la zone contiguë que cela soit dans la ZEE ou en haute mer. Voilà donc la garantie du devoir de protéger renvoyée aux législations nationales des États membres de l'Union qui pour la plupart d'entre eux n'admettent pas la possibilité pour les ressortissants d'États tiers de déposer des demandes d'asile hors de leur territoire, et aux législations nationales d'États tiers qui pour certains ne sont pas signataires de la Convention de Genève. Quelle peut être l'effectivité de la protection des migrants interceptés ou secourus dans un tel contexte¹⁵⁰ ? Quant au droit au recours des migrants interceptés qui seraient refoulés, réorientés, aucune mention n'en est faite, alors que le médiateur européen a demandé instamment à Frontex que ses unités mettent à la disposition des migrants considérés des formulaires leur permettant de déposer plainte en cas de violation de leurs droits fondamentaux¹⁵¹.

De tels silences mettent en lumière la pierre d'achoppement du sauvetage et du débarquement des *boat people* de l'Europe : le défaut de solidarité entre les États membres pour la prise en charge des coûts afférents aux opérations de secours des naufragés, aux exigences de l'accueil des migrants, au traitement des demandes d'asile¹⁵². Certes, le principe de solidarité s'applique aux politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, comme le pose l'article 80 TFUE et comme le rappelle le considérant 2 du règlement 656/2014. Pourtant, le cadre juridique actuel fait essentiellement peser sur les États membres situés aux frontières méridionales la charge des *boat people* de l'Europe, alors que nombre d'entre eux (que l'on pense à la Grèce) disposent de moyens matériels et de disponibilités financières limités : ils sont placés en première ligne pour le sauvetage, le débarquement et l'accueil des migrants, qui y sont au demeurant de manière quasi systématique placés en rétention¹⁵³ ; ils se voient attribuer la responsabilité du traitement des demandes d'asile en application du règlement Dublin III¹⁵⁴. C'est pourquoi, face à l'importance de la crise humanitaire qui sévit en Méditerranée, la Commission, soutenue par l'Allemagne, la Suède, l'Autriche, l'Italie et la Grèce, a évoqué la possibilité qu'il soit dérogé au règlement Dublin III¹⁵⁵. En application de l'article 78 § 3 TFUE, elle a soumis au Conseil une proposition de décision instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce¹⁵⁶ : considérant que ces deux États se trouvent dans une situation d'urgence du fait de l'importance de l'afflux de migrants interceptés et secourus, la Commission a élaboré un mécanisme de relocalisation obligatoire des réfugiés entre les autres États membres de l'Union sauf à exciper de raison de sécurité nationale ou d'ordre public.

Si le dispositif initialement envisagé concernait la relocalisation de quelque 40 000 demandeurs d'asile, 24 000 venant d'Italie et 16 000 de Grèce, l'ampleur accrue des arrivées de migrants sur les côtes de ces deux États au fil de l'été 2015 a conduit à revoir à la hausse le nombre d'arrivants supposés bénéficier d'un tel programme. En dépit des fortes résistances des États d'Europe centrale et orientale ainsi que des réticences de la France et de l'Allemagne¹⁵⁷, le Conseil a fini par adopter le 14 septembre 2015 la décision qui prévoit la relocalisation de 160 000 demandeurs de protection internationale (15 600 d'Italie, 50 400 de

¹⁵⁰ Andreas FISCHER-LESCANO, Tillman LÖHR & Timo TOHIDIPUR, « Border controls at Sea : Requirements under International Human Rights and Refugee Law », *International Journal of Refugee Law*, 2009, 21 (2), pp. 256-296 ; Violeta MORENO-LAX, « Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea », *International Journal of Refugee Law*, 2011, 23 (2), pp. 174-220.

¹⁵¹ Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/9/2014/MHZ concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex), 4 mai 2015.

¹⁵² Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité », in Chahira BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp. 248-260.

¹⁵³ Michael FORDHAM, Justine STEFANELLI & Sophie ESER, *Immigration Detention and the Rule of Law. Safeguarding principles*, Londres, Bingham Institute for the Rule of Law, 2013, 190p.; European Migration Network, *The Use of Detention and Alternatives to Detention in the Context of Immigration Policies*, 2014, 58 p. ; Michela CECCORULLI & Nicola LABANCA, *The EU, Migration and the Politics of Administrative Detention*, New York, Routledge, 2014, 266 p.

¹⁵⁴ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte). Voir Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe*, février 2014, n°2, pp. 6 et suivantes.

¹⁵⁵ Cette dérogation ne concernerait que les États membres de l'Union et n'affecteraient pas les États non membres qui sont tenues par les règles du règlement Dublin III (Norvège, Suisse, Islande, Lichtenstein) exception faite de la Grande Bretagne, de l'Irlande et du Danemark qui devraient utiliser leur *opt out*. Cela créerait par conséquent un régime concernant 25 États au sein du régime Dublin qui en implique 32.

¹⁵⁶ COM (2015) 286 final, 27 mai 2015. Pour une analyse du dispositif, voir entre autres Steve PEERS, « The New EU Migration Agenda Takes Shape : Analysis of the First New Measures », *EU Law Analysis*, 28 May 2015.

¹⁵⁷ Position franco-allemande commune sur la proposition de la Commission pour un mécanisme de relocalisation du 1^{er} juin 2015.

Grèce, 54 000 de Hongrie) sur une durée globale de 24 mois, les Etats devant recevoir 6 000 € du Fonds « Asile, Migration et Intégration » pour chaque demandeur d'asile considéré qu'ils auront accueilli sur leur territoire¹⁵⁸. Sont concernés les migrants qui sont arrivés sur le territoire de ces deux pays depuis avril 2015¹⁵⁹, qui ont enregistré leurs empreintes digitales dans le fichier Eurodac, qui sont de nationalités enregistrant un taux de réponse positive aux demandes d'asile de 75% en moyenne dans l'Union tel qu'établi selon les données Eurostat¹⁶⁰, et qui sont désignés par l'Italie et la Grèce en accordant une priorité aux personnes vulnérables¹⁶¹. La relocalisation des 160 000 réfugiés considérés est conçue selon une clé de répartition qui prend en compte la taille de la population nationale (à hauteur de 40%), le PIB (40%), le nombre moyen de réfugiés réinstallés et de demandes d'asile spontanées par tranche de 1 million d'habitants pour la période 2010-2014 (10%) et le taux de chômage (10%). De la sorte, la France est appelée à accueillir 7 175 demandeurs en provenance d'Italie, 12 794 de Grèce et 10 814 de Hongrie, soit un total de 30 783 sur deux ans, soit l'équivalent de 0,05% de sa population. La portée du dispositif apparaît évidemment limitée, mettant en évidence le caractère pour le moins relatif de ce mécanisme de solidarité.

Le programme de relocalisation, qui s'accompagne d'un programme de réinstallation de 20 000 migrants particulièrement syriens se trouvant hors du territoire européen qui seraient accueillis par les États membres de l'Union sur une base volontaire, est en réalité troublant. Tandis que l'idée même de déroger au règlement Dublin III manifeste l'échec du dispositif et l'artificialité de ses prémisses, les orientations énoncées par la Commission traduisent une persistance de l'attachement à l'idée selon laquelle tous les États de l'Union traitent demandes et demandeurs d'asile de manière similaire. La Commission a en effet assorti sa proposition de l'obligation faite à tout migrant franchissant de manière irrégulière les frontières extérieures de l'Union de faire enregistrer ses empreintes digitales dans le fichier Eurodac¹⁶², qui a pour objet de permettre la comparaison des empreintes digitales des demandeurs d'asile aux fins d'une application efficace du règlement Dublin. Il est même prévu que tout migrant qui s'y refuserait devrait être détenu, expulsé et soumis à une interdiction d'entrée¹⁶³, ce que ne permettent pourtant pas les normes européennes d'immigration et d'asile en vigueur. Le refus de la prise d'empreintes au titre de la mise en œuvre du système Dublin pour la détermination de l'État responsable de la demande d'asile n'est pas un des motifs de rétention prévu et ne justifie pas l'adoption d'une interdiction d'entrée¹⁶⁴. La rétention ne peut en effet être employée que pour vérifier l'identité et la nationalité des demandeurs d'asile¹⁶⁵, pour organiser le transfert des demandeurs d'asile présentant un risque de fuite¹⁶⁶, ou pour procéder aux mesures nécessaires à l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers en situation irrégulière¹⁶⁷. Par ailleurs, les migrants visés ne semblent pas avoir le droit de consentir ou non à leur relocalisation, ni le droit de se faire entendre au sujet de l'État où il conviendrait le mieux qu'ils soient relocalisés pour des raisons d'ordre familial ou matériel, ce qui ne fait que reproduire les travers qui rendent justement le système Dublin inefficace. Et de s'étonner encore que la Commission n'ait pas proposé la reconnaissance mutuelle du

¹⁵⁸ Décision (UE) 2015/1523 du Conseil instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce. A noter que la Slovaquie a annoncé le 30 septembre 2015 son intention d'introduire devant la Cour de Justice de l'Union européenne un recours en annulation à l'encontre de cette décision.

¹⁵⁹ On ne sait pas si les migrants ayant transité par l'Italie et la Grèce et se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre pourraient entrer dans le dispositif de relocalisation au titre d'une relocalisation sur place.

¹⁶⁰ La proposition tient de la sorte à viser particulièrement les Syriens et les Erythréens.

¹⁶¹ Sont notamment considérées comme vulnérables « *les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les mutilations génitales féminines* ». *Sur la question de la vulnérabilité, voir* Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et de ses enjeux en droit*, PUG, 2000, 336 p. ; Laurence De BAUCHE, *Vulnerability in European law on asylum : A conceptualization under construction. Study on reception conditions for asylum seekers / La vulnérabilité en droit européen de l'asile : une conceptualisation en construction. Etude en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile*, Bruylant, 2012, 488 p. ; Joanna PÉTIN, « Vulnérabilité et droit européen de l'asile : quelques précisions nécessaires », *GDR – ELSJ*, 18 avril 2015.

¹⁶² Commission Staff Working Document on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints, SWD(2015) 150 final, 27 mai 2015.

¹⁶³ Une dérogation est envisagée pour les enfants et les femmes enceintes.

¹⁶⁴ Respectivement articles 15 et 17 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

¹⁶⁵ Article 8 de la directive 2013/33/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte).

¹⁶⁶ Article 28 du règlement (UE) n° 604/2013.

¹⁶⁷ Article 15 de la directive 2008/115/CE.

bénéfice de la protection internationale entre les États membres de l'Union¹⁶⁸, d'autant que le statut de réfugié a une dimension internationale *per se*¹⁶⁹, et qu'il existe un traité du Conseil de l'Europe en la matière qui ne demande qu'à être appliqué¹⁷⁰.

Conclusion

Le droit de l'Union européenne paraît faire assez peu pour garantir aux migrants naufragés en Méditerranée leur droit à la vie et leur droit d'asile, pour assurer le respect par les États membres des devoirs de secourir et de protéger que les normes internationales leur imposent. Le droit de l'Union pourrait faire bien plus si les États membres ne cherchaient pas à l'utiliser pour se dégager de leur obligations, ne tendaient pas à l'exploiter pour développer des politiques de lutte contre l'immigration clandestine qui sont les causes des naufrages et des disparitions dans la Grande Bleue. Les barrières élevées par les États aux frontières extérieures voire intérieures qu'elles soient normatives (i.e. les exigences imposées pour obtenir des visas), matérielles (i.e. les constructions de clôtures barbelées), ou virtuelles (i.e. les détections par des équipements radars, des caméras thermiques, des drones), ne suppriment pas les migrations. Elles provoquent leur déplacement vers des parcours toujours plus dangereux, toujours plus dépendants des réseaux de passeurs et de trafiquants. Elles engendrent malheureusement la diffusion d'une suspicion à l'égard du réfugié, du migrant, de l'étranger, de l'Autre, qui est avant tout regardé comme un passeur, un fraudeur, un délinquant, un criminel, voire un terroriste. Dès lors, l'inconséquence de restreindre le bénéfice de droits universels aux seuls Européens ne choque même plus. L'Autre est considéré comme une menace, comme un ennemi contre lequel il faut lutter au besoin en usant des moyens de la guerre¹⁷¹ : les politiques de lutte contre l'immigration irrégulière menée en Europe qui optent pour la conduite d'opérations militaires illustrent bien cette dérive. Or, une telle tendance est à noter non seulement dans la zone méditerranéenne, mais également dans les régions ultrapériphériques. Les *boat people* de l'Europe qui s'aventurent en Méditerranée et qui viennent s'imposer à nos yeux ne sont pas les seuls à devoir être secourus et protégés : ceux qui se risquent et se meurent dans le canal du Mozambique entre l'île comorienne d'Anjouan et le département français de Mayotte ont eux aussi des droits fondamentaux indérogeables, qui leur sont d'autant moins garantis qu'ils demeurent loin de notre regard et éloignés de nos préoccupations¹⁷². Pourtant, les migrants, les réfugiés ne viennent pas prendre mais demander : une aide, une protection. N'oublions pas qu'ils ne sont pas nos ennemis, mais nos alliés dans la lutte contre les extrémismes, les fanatismes, et les terrorismes qui les ont chassés de leur pays.

Author contact: marie-laure.basilien-gainche@univ-lyon3.fr

SUGGESTED CITATION:

Basilien-Gainche, Marie-Laure (2016) "Mediterranean Death Trip – The *Mare Internum* as the Graveyard of International Obligations" *World Economic Review*, 6, pp. 60-85.

¹⁶⁸ ECRE, « Mutual Recognition of Positive Asylum Decisions and the Transfer of International Protection Status within the EU », novembre 2014, 20 p.

¹⁶⁹ UNHCR, Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status, EXCOM Conclusions, 17 octobre 1978, point c) : « several provisions of the 1951 Convention enable a refugee residing in one Contracting State to exercise certain rights as a refugee in another Contracting State and that the exercise of such rights is not subject to a new determination of his refugee status ».

¹⁷⁰ European Agreement on Transfer of Responsibility for Refugees du 16 octobre 1980 entré en vigueur le 1^{er} décembre 1980.

¹⁷¹ Didier BIGO, « Globalized (in)Security: the Field and the Ban-opticon », in Didier BIGO & Anastasia TSOUKALA (ed.), *Terror, Insecurity, and Liberty. Illiberal practices of Liberal regimes after 9/11*, Abington, Routledge, 2008, pp. 10-48.

¹⁷² Selon un rapport sénatorial de 2012, quelque 10 000 morts auraient eu lieu dans le canal du Mozambique depuis 1995. Selon les autorités comoriennes, au moins 12 000 personnes y auraient péri. Reste que les victimes disparues en mer sont toujours difficiles à dénombrer.