



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

GLOBAL STUDIES INSTITUTE

GSJ Working Paper BA LAW 2021/06

“ Les flux migratoires en Méditerranée : les perspectives du droit de la mer et du droit international des droits de l’homme ”

Silvia Sargenti

Global Studies Institute
10, rue des Vieux-Grenadiers
1205 Geneva
<https://www.unige.ch/gsi/fr/>



This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

Publications in the Series should be cited as: AUTHOR, TITLE, GSI WORKING PAPER YEAR/NO. [URL].

ISSN 2624-8360

Abstract:

En 2015, année du pic de la crise migratoire en Europe, le nombre d'arrivées en Europe par la mer Méditerranée s'élevait à 1 032 408 et le nombre de morts et de disparitions à 3 771. Encore aujourd'hui, les naufrages de bateaux de fortune surpeuplés sont à la une des journaux. Pourtant, la Méditerranée n'est pas un espace de non-droit, du moins *de jure*. Ce travail décrit les obligations découlant d'instruments juridiques régionaux et internationaux et du droit coutumier qui lient les États européens envers les migrants et les réfugiés, sous les perspectives du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme. Le non-respect de l'obligation d'assistance aux personnes en détresse en mer de la part des États européens, le drame des navires humanitaires bloqués en mer, ainsi que les refoulements des *boat people* par les autorités étatiques européennes vers des lieux où ils peuvent être soumis à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants, témoignent de la passivité des États européens et des violations continues de leurs obligations internationales. La dernière partie du travail est consacrée à l'analyse de l'arrêt « historique » concernant l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2012. Elle aborde les questions de l'extraterritorialité de la juridiction et des expulsions collectives d'étrangers qui font l'objet de nombreuses controverses parmi les spécialistes en droit.

In 2015, the year of the peak of the migration crisis in Europe, the number of arrivals in Europe via the Mediterranean Sea amounted to 1,032,408, while the number of deaths and disappearances came 3,771. Even today, the wrecks of the of overcrowded makeshift boats make newspaper headlines. Yet the Mediterranean is not an area of lawlessness, at least *de jure*. This essay describes the obligations arising from regional and international legal instruments and customary law which bind European States to migrants and refugees, from the perspective of the Law of the Sea and International Human Rights Law. The failure of European States to fulfil their obligation to assist persons in distress at sea, the tragedy of humanitarian vessels stalled at sea, as well as the refoulement of *boat people* by European State authorities to places where they may be subjected to torture or inhuman and degrading treatment, testify to the passivity of European States and the continuous violations of their international obligations. The last part of the essay focuses on an analysis of the “landmark” judgment in the case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, delivered by the European Court of Human Rights in 2012. It addresses the issues of extraterritoriality of jurisdiction and collective expulsions of foreigners, both of which are the subject of much controversy among legal scholars.

Keywords: Flux migratoires ; *Boat people* ; Droit de la mer ; Droit international des droits de l'homme ; Principe de non-refoulement.

Author: Silvia Sargenti

GSI Working Paper **BA LAW 2021/06**

Les flux migratoires en Méditerranée : les perspectives du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme

Projet de recherche

Sous la direction du Professeur Robert Kolb

Global Studies Institute

Université de Genève

Silvia Sargenti

Semestre d'automne 2020

I. Introduction

Au cours des siècles, la mer Méditerranée a été une route empruntée par les migrants et les réfugiés pour rejoindre l'Europe, qui symbolisait pour eux l'espoir d'une vie meilleure. Mais c'est seulement pendant ces dernières décennies, surtout à partir de 2011 avec les « Printemps arabes » en Afrique du Nord et de 2015 avec des milliers de Syriens fuyant la guerre civile, que les politiciens ont commencé à parler de « crise des migrants »¹. En effet, avec le durcissement des voies légales pour immigrer en Europe, des migrants et réfugiés provenant de nombreux pays d'Afrique, du Moyen-Orient et d'Asie centrale empruntent de plus en plus la voie clandestine de la mer Méditerranée à bord de bateaux de fortune surpeuplés, non équipés et conduits par des capitaines inexperts². Souvent, ces bateaux ne parviennent pas jusqu'à leur destination finale, bien que la Méditerranée soit un des espaces maritimes les plus surveillés³ et qu'elle ne consiste pas en un lieu de non-droit, contrairement à ce qu'on pourrait penser. Même si un « droit international des migrations en mer » n'existe pas⁴, des branches du droit international public sont applicables aux migrations en Méditerranée, notamment le droit de la mer et le droit international des droits de l'homme. En effet, les États européens ont ratifié de nombreux instruments juridiques régionaux et internationaux contenant des obligations qu'ils doivent respecter et qui confèrent des droits aux migrants et réfugiés en mer se trouvant sous leur juridiction.

Le but de cette étude est de comprendre quels sont ces obligations et ces droits et d'analyser de manière transversale le cadre juridique applicable en haute mer sous l'angle du droit de la mer (II) et ensuite sous l'angle du droit international des droits de l'homme (III). Dans la partie finale du travail, nous présenterons l'arrêt historique de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, qui est une illustration de la manière dont les États européens violent régulièrement les obligations auxquelles ils sont liés par les instruments juridiques régionaux et internationaux.

A. Situation actuelle des migrations en Méditerranée

Durant ces dernières décennies, les migrants et les réfugiés ont utilisé de plus en plus la voie de la Méditerranée pour se rendre en Europe, bien qu'elle soit considérée comme la route migratoire la plus meurtrière du monde⁵. Selon le Portail opérationnel de données du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), environ 66 886 migrants et réfugiés sont arrivés en Europe

¹ T. DUBRAIS, *L'affaire de l'Aquarius au regard du droit international et européen*, Mémoire de recherche, Université Paris Nanterre, 2019, pp. 6-7, disponible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/8412?file=1> (consulté le 21.10.20).

² M. LESCAUDRON, *Droit des réfugiés, droit des migrants, droit maritime : contraintes légales et cadre juridique du sauvetage des personnes en péril en Mer Méditerranée, le cas de SOS Méditerranée*, 2016, p. 16, disponible sur : <https://www.prospectivcooperation.org/wp-content/uploads/2017/10/EtudeDroitSOSM%20a9diterran%20a9e-ProspectiveWEB-1.pdf> (consulté le 15.11.20).

³ C. SAAS, « La Méditerranée, une zone de non-droit pour les boat-people ? », dans P. CHAUMETTE, *Espaces marins : surveillance et prévention des trafics en mer*, Gomylex, 2016, chapitre publié sur Archive ouverte pluridisciplinaire HAL, 2017, p. 18, disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01525202/document> (consulté le 15.11.20).

⁴ On peut mentionner la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990, toutefois celle-ci n'a pas été ratifiée par les États européens et ne s'applique pas aux réfugiés. Pour ces raisons, elle n'est pas pertinente dans le cadre de notre travail.

⁵ E. DUBUIS, « Le cimetière marin : 15'000 hommes, femmes et enfants sont morts en Méditerranée depuis 2014 », *Le Temps*, 18 décembre 2017, disponible sur : <https://www.letemps.ch/grand-format/cimetiere-marin-mediterranee> (consulté le 23.12.20).

par la mer Méditerranée en 2020 et le nombre de décès et disparitions estimé en mer est de 726. En 2015, année du pic de la crise migratoire, le nombre d'arrivées s'élevait à 1 032 408 et le nombre de morts et de disparitions à 3 771⁶. La véritable ampleur de ces tragédies est cependant inconnue, car beaucoup de bateaux coulent sans laisser de traces. Ces *boat people*⁷ modernes sont poussés à entreprendre la traversée de la Méditerranée par des « facteurs d'impulsion » présents dans leurs pays d'origine, comme une guerre civile, un conflit ou, plus fréquemment, des actes de répression ou de persécution pour des raisons religieuses, politiques, de race, de nationalité ou d'appartenance à un groupe ethnique. Selon un rapport du HCR, les personnes peuvent aussi décider d'émigrer « pour échapper à la famine, à la violation des droits économiques et sociaux, à la corruption et à la mauvaise gouvernance, [...] et à d'autres formes d'insécurité humaine »⁸. Par ailleurs, l'existence de la demande de travailleurs peu ou non qualifiés ainsi qu'une meilleure qualité de vie, le respect des principaux droits fondamentaux et surtout la présence de liens familiaux sur le continent européen représentent des forces d'attraction⁹. Les *boat people* qui partent du Maroc ou de l'Algérie suivent la route de la Méditerranée occidentale et arrivent généralement en Espagne. Ceux qui parviennent sur les côtes de Malte et de l'Italie ont en principe quitté la Libye, la Tunisie ou l'Algérie et ont suivi la route de la Méditerranée centrale ou orientale. Enfin, les pays de départ de la route de la Mer Egée qui mène à la Grèce sont principalement la Turquie et l'Égypte¹⁰.

La plupart des *boat people* ont besoin de protection tant en mer que lors de leur arrivée sur les côtes européennes. Malgré cela, les États européens ont tendance à les percevoir comme une menace à la sécurité de leur pays¹¹. L'Union européenne (UE) se trouve donc face au besoin de concilier la lutte contre les migrations irrégulières et l'obligation de respecter le droit de la mer et le droit international des droits de l'homme. Cette tâche se complique avec les flux humains de nature mixte : les personnes à bord des bateaux peuvent en effet être des migrants économiques, des réfugiés ou des personnes vulnérables comme, par exemple, les mineurs non-accompagnés, les femmes enceintes, les victimes de traite d'êtres humains, etc.¹². La détermination du statut juridique des *boat people* est donc extrêmement importante car elle désigne quelle sera la branche du droit applicable en l'espèce.

⁶ Données récoltées par le Portail opérationnel de données du HCR. Les données pour 2020 ont été récoltées début novembre et sont donc sujettes à une évolution. Elles sont disponibles sur : <http://data2.HCR.org/en/situations/mediterranean> (consulté le 07.11.20).

⁷ Le terme « boat people » est entré dans le langage commun dans les années 1970 avec l'exode de milliers de réfugiés vietnamiens fuyant le régime communiste dans leur pays. Il se réfère au moyen de transport utilisé par ces personnes lors de leur migration, soit des embarcations surpeuplées et précaires. De même, de nombreuses personnes traversent la Méditerranée à bord d'embarcations en espérant être recueillies par un navire de sauvetage. Ce terme est devenu très général et indique maintenant tous les migrants qui se trouvent à bord d'un bateau non-équipé ou surpeuplé. Cf. C. SAAS, *op. cit.*, p. 18.

⁸ Rapport du HCR, *The sea route to Europe: The Mediterranean passage in the age of refugees*, 2015, p. 6, disponible sur : <http://www.unhcr.org/5592bd059.html> (consulté le 12.12.20).

⁹ S. COGOLATI, N. VERLINDEN, P. SCHMITT, *Le migrants en Méditerranée : la protection des droits de l'homme*, Parlement européen, 2015, p. 16, disponible sur : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU\(2015\)535005_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU(2015)535005_FR.pdf) (consulté le 21.10.20).

¹⁰ Portail opérationnel de données du HCR : <http://data2.HCR.org/en/situations/mediterranean> (consulté le 07.11.20).

¹¹ V. MORENO-LAX, E. PAPASTAVRIDIS, « Tracing the Bases of an Integrated Paradigm for Maritime Security and Human Rights at Sea », dans *“Boat Refugees” and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 2016, p. 4.

¹² M. DI FILIPPO, « Irregular Migration Across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea », dans *Paix et Sécurité Internationales*, n° 1, 2013, p. 56, disponible sur : <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2014/jan/psi-01-etudes-di-filippo-irregular-migration.pdf> (consulté le 21.10.20).

B. Questions terminologiques

La définition du terme juridique « réfugié » est donnée dans l'article premier de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951 : un réfugié est une personne « qui, 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, 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 ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner »¹³. Autrement dit, un réfugié est une personne qui ressent une « well-founded fear » d'être persécuté dans son pays et pour qui émigrer et chercher asile dans un autre État est la seule solution envisageable pour protéger son droit à la vie et ses libertés personnelles¹⁴. Ces individus bénéficient d'une protection particulière, conformément à la Convention de Genève de 1951.

Un « demandeur d'asile » est une personne qui a déposé auprès d'un État une demande d'asile, à savoir une requête d'accueil et de protection internationale, mais dont la procédure n'a pas encore abouti¹⁵. La reconnaissance du statut de réfugié est de nature déclarative et non constitutive : le réfugié « does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee »¹⁶. Un demandeur d'asile devrait donc bénéficier du statut de réfugié jusqu'à l'achèvement de la procédure¹⁷ et c'est pour cette raison que le terme « réfugié » sera aussi utilisé dans ce travail pour se référer aux demandeurs d'asile.

En ce qui concerne le terme « migrant », il n'existe pas une seule et véritable définition juridique en droit international. Selon le HCR, « les migrants choisissent de quitter leur pays non pas en raison d'une menace directe de persécution ou de mort, mais surtout afin d'améliorer leurs conditions de vie en trouvant du travail, et dans certains cas, pour des motifs d'éducation, de regroupement familial ou pour d'autres raisons. Contrairement aux réfugiés qui ne peuvent pas retourner à la maison en toute sécurité, les migrants ne font pas face à de tels obstacles en cas de retour. S'ils choisissent de rentrer chez eux, ils continueront de recevoir la protection de leur gouvernement »¹⁸.

La différence entre les termes « migrant » et « réfugié » peut être parfois subtile car les facteurs d'impulsion de ces deux catégories de personnes peuvent se chevaucher ou être liés. Par exemple, la pauvreté et le chômage peuvent être provoqués par des persécutions de la part des autorités et ressembler à une cause « volontaire » de migration alors qu'elle contient des éléments liés à la définition de réfugié. En 2017, un groupe de 674 spécialistes en droit international a affirmé que l'Union européenne devrait « traiter l'ensemble des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants avec dignité et respect, en respectant et en protégeant leurs droits de l'homme, quel que soit leur

¹³ Convention de Genève sur le statut des réfugiés, 1951, art. 1, section A, par. 2.

¹⁴ D. DESSALEGNE, *Refugee and Asylum Seekers* dans *International Migration Law and Policies in the Mediterranean Context*, OIM, 2009, p. 57.

¹⁵ ONU, « Réfugiés et migrants » : <https://refugeesmigrants.un.org/fr/d%C3%A9finitions> (consulté le 10.11.20).

¹⁶ HCR, *Handbook on Procedure and Criteria for determining Refugee status and Guidelines on International Protection*, 2019, Part. I, par. 28, disponible sur : <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (consulté le 21.11.20).

¹⁷ V. MORENO-LAX, E. PASTAVRIDIS, *op.cit.*, p. 251.

¹⁸ HCR, « Point de vue du HCR : ‘‘Réfugié’’ ou ‘‘migrant’’ – Quel est le mot juste ? », 2016, disponible sur : <https://www.unhcr.org/fr/news/stories/2016/7/55e45d87c/point-vue-hcr-refugie-migrant-mot-juste.html#:~:text=Nous%20appelons%20C2%AB%20r%C3%A9fugi%C3%A9s%20C2%BB%20les%20personnes,ce%20qu'est%20un%20r%C3%A9fugi%C3%A9> (consulté le 11.11.20).

statut »¹⁹. Toutefois, comme le souligne un représentant du HCR, il est dangereux de mélanger les deux termes : un réfugié qui est considéré comme migrant par les autorités d'accueil risque de ne pas se voir accorder le droit à la protection internationale²⁰.

Étant donné qu'il est difficile d'identifier une seule catégorie de personnes dans les migrations en Méditerranée, nous allons utiliser le terme *boat people* pour indiquer toutes les personnes à bord des bateaux de fortune indépendamment de leur statut et le terme « migration mixte » pour indiquer le flux de migrants, réfugiés et demandeurs d'asile selon un concept inclusif²¹. En ce qui concerne les termes « réfugié » et « migrant », nous allons nous baser sur les définitions données ci-dessus.

II. Le droit de la mer : l'obligation d'assistance aux personnes en détresse en mer

Comme annoncé, le droit de la mer s'applique aux questions des migrations en mer. Les capitaines de navire et les États doivent respecter une série de normes, parmi lesquelles l'obligation d'assistance aux personnes en détresse en mer. Ce devoir est essentiel car la mer représente un environnement extrêmement hostile pour l'être humain et celui-ci doit donc compter sur une solidarité générale en cas de danger²². Cette obligation est avant tout de nature coutumière et il s'agit même « [d'] une des plus anciennes coutumes connues en droit international »²³. Elle est aussi consacrée dans plusieurs conventions maritimes internationales et est exprimée dans le droit international des droits de l'homme, sous la forme du droit à la vie. Dans ce domaine, le *soft law* – comme, par exemple, les lignes directrices de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) – joue aussi un rôle important.

Toutefois, les nombreux naufrages d'embarcations transportant des migrants et réfugiés sont une preuve que ce devoir n'est pas toujours respecté par les États et confèrent même à la Méditerranée le triste surnom de « cimetière marin »²⁴ ou « cimetière des migrants »²⁵.

A. La notion de « phase de détresse »

Avant de définir l'obligation d'assistance aux personnes en détresse en mer, il faut comprendre ce qu'on entend par la notion de « phase de détresse ». Dans l'Annexe à la Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes (Convention SAR), la phase de détresse est définie comme une « situation dans laquelle il y a lieu de penser qu'un navire ou une personne est menacé

¹⁹ B. ÇALI et alii., « Open Letter to the peoples of Europe, the European Union, EU Member States and their representatives on the Justice and Home Affairs Council », 22 septembre 2015, disponible sur : <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/open-letter1.pdf> (consulté le 13.11.20).

²⁰ D. DESSALEGNE, *op. cit.*, p. 57.

²¹ S. PANEBIANCO, « The Mediterranean migration crisis: border control versus humanitarian approaches », dans *Global Affairs*, Vol. 2, n °4, 2016, p. 443.

²² J. PANCRACIO, *Droit de la mer*, Editions Dalloz, 2010, p. 113.

²³ E. LENAIN, « Le régime de la recherche et du sauvetage maritime, ses défaillances et manipulations politiques », Alliance Europa, disponible sur <https://alliance-europa.eu/fr/post/le-regime-de-la-recherche-et-du-sauvetage-maritime-ses-defaillances-et-manipulations-politiques/> (consulté le 22.02.21), cité par T. DUBRAIS, *op. cit.*, p. 18.

²⁴ E. DUBUIS, *op. cit.*

²⁵ M. MAKHEDI, « La Méditerranée, cimetière des migrants clandestins », *Courrier International*, 17 septembre 2014, disponible sur : <https://www.courrierinternational.com/article/2014/09/16/la-meditteranee-cimetiere-des-migrants-clandestins> (consulté le 23.12.20).

d'un danger grave et imminent et qu'il a besoin d'un secours immédiat »²⁶. Néanmoins, deux interprétations sont possibles. La première, qui se rapproche de la définition donnée dans la Convention SAR, considère que, pour être dans une phase de détresse, il suffit qu'un danger grave soit imminent mais pas encore nécessairement présent. C'est ce qu'affirme le juge Sir William Scott de la Haute Cour anglaise d'amirauté : « I do not mean to say that there must be an actual physical necessity existing at the moment; a moral necessity would justify the act, where, for instance, the ship had sustained previous damage, so as to render it dangerous to the lives of the persons on board to prosecute the voyage »²⁷. La deuxième interprétation, exprimée par le juge Barr J. de la Haute Cour irlandaise d'amirauté et soutenue par d'autres sources, indique qu'on est face à une phase de détresse seulement lors de situations exceptionnellement dangereuses, où la vie humaine est en péril. Cette explication réduit considérablement le nombre de situations qui peuvent tomber sous la définition de phase de détresse²⁸. Les deux interprétations ont en commun l'élément de gravité du danger, mais elles divergent sur le facteur temporel.

Pour établir si l'on se trouve en présence d'une phase de détresse, le Parlement européen et le Conseil des ministres, dans le Règlement UE n° 656/2014, obligent les autorités compétentes à récolter des informations concernant l'état de navigabilité du navire, l'existence d'une demande d'assistance, le nombre de passagers par rapport au type et à l'état du navire, la quantité de réserves nécessaires présentes, la présence d'un équipage compétent, la présence à bord de personnes ayant besoin d'assistance et protection, les conditions météorologiques, etc.²⁹. Cette longue liste de critères indique que l'Union européenne adopte une interprétation de la notion de détresse plutôt restrictive qui peut avoir des conséquences dangereuses pour les *boat people*. En effet, laisser des navires chargés de migrants et réfugiés sans assistance en haute mer signifie mettre leurs vies en péril. Le nombre de migrants et réfugiés disparus en mer montre combien il est important d'interpréter de façon plus large la notion de phase de détresse car celle-ci est une condition nécessaire pour déclencher l'obligation de porter assistance aux personnes en détresse en mer³⁰.

B. Le cadre juridique

Les contours juridiques de l'obligation d'assistance sont très clairs et consolidés dans le droit de la mer : tout capitaine (d'un navire étatique ou privé) a l'obligation de prêter assistance à une personne ou à un navire se trouvant en détresse en mer, sauf si cette aide comporte un risque immédiat pour lui-même, son navire ou son équipage. Le Haut-Commissaire pour les réfugiés Filippo Grandi a même souligné que : « [s]auver des vies en mer n'est pas un choix, ni un sujet de débat politique, mais une obligation séculaire »³¹.

²⁶ Annexe à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, conclue à Hambourg le 27 avril 1979, chapitre 1, art. 1.3.11.

²⁷ *The Eleanor 1965 English Reports* 1058 1068 (English High Court of Admiralty, 22 Novembre 1809), cité par L. KOMP, *The Duty to Assist Persons in Distress* dans "*Boat Refugees*" and *Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 2016, p. 233.

²⁸ L. KOMP, *op. cit.*, pp. 232-233.

²⁹ Règlement UE n° 656/2014 du Parlement et Conseil du 15 mai 2014, art. 9 par. 2 let. f).

³⁰ L. KOMP, *op. cit.*, p. 234.

³¹ HCR, « Voyages du désespoir. Réfugiés et migrants qui arrivent en Europe et aux frontières de l'Europe », 31 janvier 2019, disponible sur : <https://asile.ch/2019/01/31/unhcr-voyages-du-desespoir-refugies-et-migrants-qui-arrivent-en-europe-et-aux-frontieres-de-leurope/> (consulté le 24.12.20).

Ce devoir d'assistance est prévu dans les principales conventions maritimes internationales qui codifient la coutume internationale. En effet, cette obligation fait « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », conformément à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice³². Le devoir d'assistance est prévu à l'article 36 du Projet d'articles sur le droit de la mer de la Commission du droit international, qui soutient que cette disposition « constate [...] le droit international en vigueur »³³. Cet article a inspiré d'autres dispositions contenues dans des instruments juridiques internationaux et régionaux, ratifiés par les États de l'Union européenne, que nous allons maintenant analyser.

La Convention SOLAS de 1974 (« Safety of Life at Sea ») sur la sauvegarde de la vie humaine en mer énonce que « le capitaine d'un navire en mer qui est en mesure de prêter assistance et qui reçoit [...] une information indiquant que des personnes se trouvent en détresse en mer, est tenu de se porter à toute vitesse à leur secours, si possible en les informant ou en informant le service de recherche et de sauvetage »³⁴. La règle 7 du Chapitre V de la Convention contraint aussi les États à prendre des dispositions pour garantir la communication et la coordination en cas de situations de détresse dans leur zone de responsabilité.

L'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (dite CNUDM ou de Montego Bay) oblige non seulement les capitaines mais aussi l'État de pavillon de leurs navires à prêter assistance aux personnes en danger en mer. De plus, « tous les États côtiers [doivent] facilite[r] la création et le fonctionnement d'un service permanent de recherche et de sauvetage »³⁵.

Les modalités du service de recherche et de sauvetage évoquées dans la Convention SOLAS ont été spécifiées en 1979 dans la Convention SAR, qui prévoit des dispositions beaucoup plus précises sur l'embarquement, l'assistance, l'accompagnement sans délais au premier « port sûr » et le débarquement³⁶. La Convention SAR a comme but l'établissement d'un cadre international pour l'organisation des opérations de recherche et de sauvetage de personnes en détresse. Les États contractants ont divisé les océans du monde entier en zones d'intervention appelées SAR (« Search and Rescue »), en vertu du dispositif de coordination de cette Convention. Ces zones ne coïncident pas avec les frontières maritimes nationales et les États ont dû les délimiter, soit par accord multilatéral, soit de manière unilatérale. Lors de la délimitation des zones, Malte et l'Italie ont établi leur propre zone SAR de façon unilatérale, si bien que certaines parties de ces deux zones se chevauchent (*cf.* Annexe). En effet, la zone revendiquée par Malte est très étendue et même disproportionnée par rapport à la taille de son territoire, et va jusqu'à inclure les îles italiennes de Lampedusa et Lampione³⁷. Dans sa zone SAR, chaque État partie est responsable de la coordination des missions de recherche et sauvetage ainsi que de celles de débarquement³⁸. Toutefois, il faut souligner que l'obligation d'assister les personnes en détresse n'est pas limitée géographiquement :

³² Statut de la Cour Internationale de Justice du 26 juin 1945, art. 38 par. 1 let. b.

³³ Commission du droit international, « Commentaires sur les articles relatifs au droit de la mer », art. 36, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1956, p. 281.

³⁴ Convention « Safety of Life at Sea » (SOLAS) sur la sauvegarde de la vie humaine en mer conclue le 1^{er} novembre 1974 à Londres, chapitre V, règle 33.

³⁵ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (dite CNUDM ou de Montego Bay) conclue à New York le 10 décembre 1982, art. 98. Cet article est inspiré par la Convention sur la haute mer de 1958.

³⁶ V. BUMBACA, « Questions choisies de chevauchement des compétences et responsabilités internationales en droit international public et droit international privé face à la 'boat migration méditerranéenne' et à la protection des migrants », *Village de la justice*, 2019, n° 29 novembre, Archive ouverte UNIGE, 2019, p. 16, disponible sur : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:127536> (consulté le 03.11.20).

³⁷ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, pp. 61-62.

³⁸ V. BUMBACA, *op. cit.*, p. 18.

si un navire identifie une embarcation ou une personne en détresse, il doit lui prêter assistance, indépendamment de la zone SAR où il se trouve. Selon la Convention, tous les États parties doivent mettre en place des MRCC, c'est-à-dire des « Maritime Rescue Coordination Centres », où des mécanismes de veille et de réponse aux appels de détresse des navires sont installés³⁹. Tous ces MRCC sont compétents pour les opérations de recherche et sauvetage dans la zone SAR à laquelle ils appartiennent, et doivent établir un contact avec l'État responsable de cette zone pour un éventuel accompagnement des requérants d'asile vers les côtes de cet État, qui prendra ensuite le relais⁴⁰. Pour faciliter cette tâche, les États sont encouragés à conclure des accords régionaux entre eux afin de coordonner leurs actions et s'apporter mutuellement une aide logistique. La Convention SAR prévoit que, dans le cas où un MRCC reçoit l'alerte d'une possible situation de détresse, l'État responsable de ce MRCC a l'obligation de prendre les premières mesures. De plus, selon un système de coopération, les unités de sauvetage d'un État contractant peuvent pénétrer dans les eaux territoriales d'un autre État contractant pour accomplir des opérations de secours, à condition que les lois nationales de ce dernier l'autorisent ou si les deux États en question ont décidé d'agir ainsi d'un commun accord⁴¹.

Dans le cadre des flux de migrations mixtes, il est important de souligner que l'Annexe de la Convention SAR indique que les États doivent prêter assistance aux personnes en détresse en mer quels que soient leur statut juridique, leur nationalité ou les circonstances⁴².

En revanche, la fin de l'obligation de porter secours n'était pas indiquée dans les conventions SOLAS et SAR et c'est pour cette raison qu'elles ont été amendées en 2004. Les amendements prévoient que désormais la responsabilité de l'État en charge de la zone SAR concernée disparaît une fois que les personnes secourues ont été débarquées dans un lieu sûr⁴³. Cependant, les États ne sont soumis à aucune obligation d'accueillir les personnes sauvées sur leur propre territoire.

En résumé, trois catégories d'États sont concernées par ces conventions : l'État de pavillon, l'État côtier et l'État responsable de la zone SAR. L'État de pavillon doit s'assurer que le capitaine respecte son devoir de prêter assistance (art. 94 et 98 par. 1 CNUDM et autres)⁴⁴, l'État côtier doit veiller à ce qu'une assistance soit fournie et faciliter la mise en place d'un système de recherche et de sauvetage (art. 98 par. 2 CNDUM), tandis que l'État responsable de la zone SAR doit fournir une assistance immédiate aux personnes en détresse en mer (Convention SAR)⁴⁵. Souvent, ces obligations peuvent incomber à un seul État.

L'Union européenne est également intervenue dans le domaine du sauvetage en élaborant des règlements importants, parmi lesquels le Règlement UE n° 1052/2013 qui établit le Système européen de surveillance des frontières EUROSUR. Son but est de détecter, combattre et prévenir la migration illégale ainsi que d'assurer la protection de la vie des migrants. Ce système établit un cadre d'échange d'informations et de coopération entre les États membres et l'Agence européenne de garde-frontières

³⁹ J. PANCRACIO, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁰ V. BUMBACA, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹ Annexe à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritime (SAR) conclue à Hambourg le 27 avril 1979 et modifiée en 1988 et 2004, chapitre 3, points 3.1.1 et 3.1.2.

⁴² Annexe à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritime (SAR) conclue à Hambourg le 27 avril 1979 et modifiée en 1988 et 2004, points 2.1.10 et 3.1.9.

⁴³ C. SAAS, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ Division des affaires maritime et du droit de la mer, Bureau des affaires juridiques, Nations Unies, *Le droit de la mer – Obligations des États Parties aux termes de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et des instruments complémentaires*, 2005, pp. 13-14.

⁴⁵ A. Miron et alii, *Les obligations des États en matière de secours en mer, Livret à destination de la société civile*, Université d'Angers, 2020, p. 10, disponible sur : https://alliance-europa.eu/wordpress/wp-content/uploads/2018/09/SecoursEnMer2020_compressed.pdf (consulté le 09.12.20).

et garde-côtes (Frontex)⁴⁶. Cette agence est de nature militaire et a été créée en 2004 par le Règlement CE n° 2007/2004. En outre, le Règlement UE n° 656/2014 reprend dans son article 9 l'obligation, déjà prévue par les conventions internationales, pour les États membres de prêter assistance aux personnes et aux navires en détresse. Cette obligation ne s'applique pas seulement sur le territoire de l'Union européenne mais aussi en haute mer (art. 7)⁴⁷. Le Règlement UE n° 2019/1896, qui est entré en vigueur en 2019, est la quatrième révision du Règlement CE n° 2007/2004. Cette nouvelle version prévoit le renforcement des effectifs et des pouvoirs des gardes-frontières et, à la suite des nombreuses critiques dont Frontex avait fait l'objet les années précédentes⁴⁸, elle insiste sur le respect des droits fondamentaux, l'interdiction de la torture et d'autres traitements inhumains et dégradants, le principe de non-refoulement ainsi que sur le droit d'asile (§103).

De plus, des opérations maritimes ont été mises en place, comme par exemple l'opération *Triton*⁴⁹, déployée par Frontex en 2014, et l'opération européenne EUNAVFOR MED *Sophia*⁵⁰. Toutefois, il est à noter que ces opérations ont été lancées pour freiner la migration clandestine et non pas pour sauver les migrants et réfugiés en détresse.

C. Les obstacles et les limites

Comme le démontrent les nombreux naufrages dont sont victimes les embarcations empruntées par les *boat people* dans la Méditerranée, l'application de l'obligation d'assistance en mer connaît plusieurs obstacles et limites de nature juridique, politique et technique.

Tout d'abord, les capitaines, qui sont les sujets principaux de l'obligation d'assistance, font face à de très grandes responsabilités. Comme le soutient le HCR dans une note de 2007 sur le traitement des personnes sauvées en mer, « [l]a responsabilité de porter secours constitue une obligation pour les capitaines de navire en vertu du droit maritime. Ce devoir s'impose dès le début du sauvetage et ne prend fin que lorsque les passagers ont été débarqués dans un lieu sûr »⁵¹. Les capitaines doivent donc parfois changer de destination finale et amener les assistés vers un lieu sûr, ce qui entraîne des dépenses et des pertes financières supplémentaires. De plus, des capitaines ont été traduits en justice à plusieurs reprises pour avoir rempli leur obligation d'assistance⁵².

D'après les *Directives sur le traitement des personnes secourues en mer* adoptées par l'OIM, un lieu sûr est un endroit qui met fin aux opérations de sauvetage, où il n'y a plus de danger pour les personnes secourues et où leurs besoins fondamentaux peuvent être garantis. Le transfert de ces

⁴⁶ Site Internet de la Commission européenne, volet « Migration and Home Affairs » : https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/eurosur_en (consulté le 28.11.20).

⁴⁷ Règlement UE n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil, 15 mai 2014.

⁴⁸ Cf. Résolution 1821 de 2011 de l'Assemblée parlementaire du Conseil d'Europe, par. 5.4.

⁴⁹ L'Opération *Triton*, lancée en 2014, sera remplacée en 2018 par l'Opération *Themis*.

⁵⁰ L'EUNAVFOR MED Opération *Sophia* a été la première mission militaire de sécurité maritime de l'Union européenne qui a opéré dans la Méditerranée centrale. Elle a été lancée en 2015 et ses activités ont pris fin le 31 mars 2020. La mission a été remplacée par l'Opération *Irini*, pour plus d'informations cf. : <https://www.operationsophia.eu/> (consulté le 13.11.20).

⁵¹ HCR, « Note d'information - Le traitement des personnes sauvées en mer : Conclusions et recommandations des récentes réunions et tables rondes d'experts organisées par le HCR », 28 novembre 2007, p. 2, disponible sur : <https://www.unhcr.org/fr/protection/migration/4b151ca310/note-dinformation-traitement-personnes-sauvees-mer-conclusions-recommandations.html> (consulté le 13.11.20).

⁵² En 2007, deux capitaines tunisiens de navires pêcheurs ont été arrêtés et condamnés pour avoir sauvé 44 migrants et les avoir conduits au port de Lampedusa, malgré l'interdiction des autorités italiennes. Cf. J. COPPENS, *Intercetion of Migrant Boats at Sea*, dans « *Boat Refugees* » and *Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 2016, p. 202.

personnes vers leur destination finale pourra être organisé depuis ce lieu⁵³. Cependant, l'absence dans les conventions maritimes d'une indication précise sur le port dans lequel le débarquement doit être effectué crée des désaccords entre les États. Certains d'entre eux considèrent que les migrants et réfugiés secourus doivent être débarqués dans le port le plus proche, tandis que d'autres estiment que ces personnes doivent être conduites dans un port de l'État responsable de la zone SAR où l'embarcation a été interceptée⁵⁴. Ces conflits d'interprétations peuvent causer d'importants retards dans le débarquement des assistés car les navires sont obligés de rester en mer pendant plusieurs jours dans l'attente de recevoir des instructions précises, comme cela a été le cas du navire *Aquarius*⁵⁵. Pour répondre à ces divergences d'interprétations sur la définition de « lieu sûr », les amendements des conventions de SAR et SOLAS de 2004 prévoient que les États responsables des zones SAR ont l'obligation d'identifier et de rendre opérationnel un port sûr pour le débarquement des migrants et réfugiés dans leur zone⁵⁶. Pourtant, le gouvernement maltais n'a pas ratifié ces amendements et soutient que les rescapés doivent être débarqués dans le port le plus proche. Cette position provoque de nombreuses tensions avec l'Italie, surtout lorsque des embarcations sont interceptées en zone SAR maltaise mais sont géographiquement plus proches des îles italiennes. Dans ces cas, l'Italie et Malte refusent le débarquement des assistés, laissant ainsi les navires immobilisés en mer⁵⁷. Par ailleurs, les États européens ont profité de cette nouvelle disposition dans les amendements pour mener des opérations de recherche et de secours dans les zones SAR des pays nord-africains et éviter ainsi de devoir débarquer les migrants et réfugiés sur leurs côtes⁵⁸.

En 2015, l'Union européenne a répondu à la crise migratoire en établissant l'Agenda européen en matière de migration, qui s'appuie sur quatre piliers : la réduction de la migration illégale et non-autorisée ; la gestion des frontières (c'est-à-dire le renforcement des frontières et le sauvetage des personnes en détresse) ; une politique d'asile commune forte et l'établissement de nouvelles voies pour les migrations légales⁵⁹. Cette politique de lutte contre la migration illégale est souvent utilisée par les États européens pour justifier leur passivité lorsqu'il s'agit de porter secours à des *boat people* se trouvant en détresse en mer, malgré l'obligation qu'ils ont de le faire en vertu du droit de la mer. Pour combler ce vide, des organisations non gouvernementales (ONG) mènent des opérations de sauvetage à bord de navires humanitaires et jouent un rôle essentiel pour les migrants et les réfugiés traversant la Méditerranée.

Une autre difficulté concernant la question des migrations en Méditerranée résulte de ce que de multiples acteurs sont impliqués dans les opérations de recherche et de sauvetage : les autorités maritimes nationales, Frontex et d'autres opérations européennes, des organisations internationales

⁵³ OIM, Directives sur le traitement des personnes secourues en mer, Annexe 34 - Projet de résolution MSC.167(78) (adoptée le 20 mai 2004), point 6.12.

⁵⁴ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁵ En 2018, à cause du refus de Malte et de l'Italie d'ouvrir leurs ports, le navire humanitaire *Aquarius* opéré par SOS Méditerranée est resté bloqué en mer pendant trois jours avec à bord 629 rescapés, parmi lesquels 7 femmes enceintes et 123 mineurs, excédant ainsi la capacité maximale de passagers à bord. Dans ce cas, les personnes secourues ont connu une deuxième phase de détresse, causée par la prolongation de la durée du délai de débarquement et les conditions dramatiques présentes à bord de l'*Aquarius*. Cf. T. DUBRAIS, *op. cit.*, pp. 35-37.

⁵⁶ OIM et HCR, *Sauvetage en mer. Guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et réfugiés*, septembre 2006, p. 2.

⁵⁷ Un exemple est le cas du navire marchand *Pilar* qui a secouru en 2009 des migrants et réfugiés en zone SAR maltaise, mais qui a dû attendre quatre jours en haute mer avant d'obtenir le permis de la part des autorités italiennes de débarquer sur leurs côtes. Cf. M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁸ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *The perfect Storm*, dans "*Boat Refugees*" and *Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 2016, pp. 68-70.

⁵⁹ I. MANN, *Humanity at Sea*, Cambridge University Press, 2016, p. 189.

(comme l'OTAN), des acteurs privés, des ONG, etc. Ceci entraîne une complication *ex ante* dans l'organisation de la coopération et la coordination des opérations, déjà affectée par l'existence d'intérêts divergents, de questions politiques et de rapports de force au sein des États impliqués. Dans une perspective *ex post*, cette multiplicité d'acteurs entrave l'établissement de la responsabilité internationale en cas de violation du droit de la mer⁶⁰.

Les obstacles de nature technique ne sont pas non plus négligeables. En effet, il est difficile de détecter à travers les radars les petits bateaux souvent utilisés pour traverser la Méditerranée et les autorités devraient donc utiliser des avions maritimes de patrouille qui sont très coûteux. Pour limiter les dépenses, certains États attendent que les bateaux s'approchent encore plus près de leurs côtes, ce qui augmente les risques que les *boat people* soient victimes d'accidents ou de naufrages en mer⁶¹.

Une ultérieure limite naît du fait que le droit de la mer est un droit de nature interétatique. Seuls des mécanismes de règlement de différends entre États sont prévus par les conventions. Par conséquent, les individus privés n'ont pas la possibilité de les saisir et la responsabilité des États qui ont violé leurs obligations n'est pas engagée. Le droit international des droits de l'homme prend alors de l'importance, étant donné que certains de ses instruments juridiques prévoient le droit de recours individuel.

III. Le droit international des droits de l'homme applicable aux personnes secourues en mer

Parallèlement au droit de la mer, le droit international des droits de l'homme (DIDH) est applicable dans le domaine des migrations en Méditerranée. Les *boat people* sont protégés par de nombreuses conventions internationales et régionales⁶², qui s'appliquent à tout individu indépendamment de son statut juridique. De plus, les réfugiés bénéficient d'une protection particulière, consacrée par la Convention relative au statut des réfugiés de 1951. Toutefois, les droits des migrants et réfugiés sont régulièrement bafoués en raison de l'absence d'une voie sûre et légale pour atteindre les côtes européennes, comme nous le verrons dans l'analyse de l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, et parce que les mécanismes et les mesures en matière de responsabilité internationale sont souvent inefficaces.

A. Les droits et les principes cardinaux

a) Le droit à la vie

Le droit à la vie est un des droits primordiaux du DIDH. Il est consacré par de nombreux instruments juridiques internationaux et régionaux, notamment par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 (article 6), par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) de 1950 (article 2) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

⁶⁰ V. MORENO-LAX, E. PAPASTAVRIDIS, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁶¹ F. SANFELICE DI MONTEFORTE, *Migrants arriving by Sea* dans *International Migration Law and Policies in the Mediterranean Context*, OIM, 2009, p. 98.

⁶² Dans notre analyse, nous nous focaliserons seulement sur les instruments régionaux européens.

(CDF) de 2000 à son article 2 paragraphe 1. Tous les pays de l'Union européenne sont parties à ces conventions.

Le droit à la vie consacré par le DIDH peut être associé à l'obligation de prêter assistance aux personnes en détresse en mer puisque leur but est la sauvegarde de la vie humaine⁶³. En effet, le droit à la vie oblige les États à ne pas priver des individus de la vie et à prévenir la perte de vies humaines, tandis que le devoir d'assistance établit l'obligation positive pour les capitaines et les États de sauver les personnes qui se trouvent en détresse en mer. Si leur objectif est commun, leur applicabilité est en revanche différente. Comme nous l'avons vu, l'obligation d'assistance s'applique pour les capitaines partout en mer, y compris dans les eaux internationales, et pour les États à l'intérieur de leur zone SAR (et indirectement à travers les capitaines de navires battant leur pavillon), tandis que le droit à la vie doit être garanti par les États sur le territoire de leur juridiction.

Ce lien étroit entre le devoir d'assistance et le droit à la vie est très important car, contrairement au droit de la mer, le droit international des droits de l'homme contient des instruments juridiques qui sont dotés de mécanismes de règlement des différends accessibles aux personnes privées. Le mécanisme le plus connu et le plus utilisé est contenu dans la CEDH, qui prévoit à son article 34 la possibilité pour toutes les personnes physiques, les organisations non gouvernementales et les groupes de particuliers de déposer une requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) contre un État partie. La CEDH représente donc un instrument essentiel pour les victimes, comme nous le verrons dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*.

Cependant, bien que plusieurs naufrages aient été très médiatisés, les recours à la CourEDH en matière de migrations en Méditerranée sont peu nombreux en raison des conditions précaires dans lesquelles les survivants se trouvent, de la difficulté d'établir un juge compétent du fait de la multiplicité des acteurs et des États impliqués et de la condition de subsidiarité de la CourEDH qui prévoit d'abord l'épuisement de toutes les voies de recours internes⁶⁴. Il est donc difficile pour les victimes d'une violation du droit à la vie de recourir à la CourEDH.

b) L'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants

Un autre principe important dans le cadre des migrations en Méditerranée est l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ce principe, de nature coutumière et faisant partie du *jus cogens*, est consacré de manière absolue à l'article 7 du PIDCP, à l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CcT) de 1984 (ratifié aussi par tous les États de l'UE), à l'article 4 de la CDF et à l'article 3 de la CEDH. Le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (ONU), qui a la fonction de « gardien » du PIDCP, a affirmé que : « les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement »⁶⁵. On peut retrouver cette disposition à l'article 3 de la CcT et à l'article 19 paragraphe 2 CDF, qui englobent le principe de non-refoulement. Par conséquent, si des autorités étatiques interceptent des migrants ou des réfugiés, elles ne pourront pas les refouler vers un pays où ils risquent d'être torturés, traités cruellement, inhumainement ou de manière dégradante, indépendamment de leur statut et du fait

⁶³ T. DUBRAY, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome en 1950, art. 35 par. 1.

⁶⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°20, « Article 7 », 10 mars 1992, par. 9.

qu'ils soient soupçonnés d'activité criminelle ou de danger pour la sécurité nationale⁶⁶. On observe donc un lien direct entre cette interdiction et le principe de non-refoulement.

c) Le principe de non-refoulement

Le principe de non-refoulement est fondamental dans le droit international relatif aux réfugiés. Il est codifié à l'article 33 de la « *Magna Carta* des réfugiés »⁶⁷, c'est-à-dire la Convention internationale relative au statut des réfugiés de 1951. Son Protocole de 1967 a supprimé les limites géographiques et temporelles selon lesquelles seuls les Européens touchés par des événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 pouvaient demander le statut de réfugié, et a ainsi fait de la Convention un véritable instrument universel⁶⁸. La Convention et son Protocole ont été ratifiés par l'ensemble des pays de l'Union européenne. Le principe de non-refoulement est aussi prévu dans la CDF (art. 19 par. 2), dans le Règlement UE n° 656/2014 (art. 4 par. 1) et dans les directives de 2004 de l'OIM. L'article 78 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que la politique de l'Union européenne en matière d'asile doit être conforme à la Convention sur les réfugiés et à son Protocole. Le principe de non-refoulement est considéré comme une règle de droit coutumier international⁶⁹ et de *jus cogens* car elle est indérogable et ne peut pas être l'objet de réserves⁷⁰.

L'article 33 de la Convention de 1951 prévoit le devoir de ne pas expulser ni refouler « de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »⁷¹, sauf s'il représente un danger pour la sécurité du pays d'accueil ou une menace pour la communauté de ce pays⁷². Les termes « refouler » et « expulser » couvrent l'interception, le renvoi aux frontières et le refoulement indirect⁷³. Par « frontières d'un territoire » on entend non seulement les frontières du pays d'origine ou de résidence du réfugié, mais aussi toutes les autres frontières des États où il y aurait un risque de menace pour sa vie ou sa liberté. De plus, un réfugié ne peut pas être refoulé vers un pays où sa vie et sa liberté ne sont pas en danger mais dans lequel il court le risque d'être rapatrié vers un autre pays où il existe un danger de persécution⁷⁴. Le refoulement vers des pays qui ne présentent aucun risque pour le réfugié n'est en soi pas interdit⁷⁵.

En 2001, le HCR a souligné le fait que cette obligation de non-refoulement s'étend « aux réfugiés indépendamment de leur reconnaissance officielle, ce qui inclut de toute évidence les demandeurs

⁶⁶ E. GUILD, V. MORENO-LAX, *Current Challenges regarding the International Refugee Law, with focus on EU Policies and EU Co-operation with HCR* dans CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, n° 59, septembre 2013, p. 5.

⁶⁷ Cf. J. M. READ, *Magna Carta for Refugee*, Nations Unies, Département de l'information, 1951.

⁶⁸ HCR, « Rappel sur la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 », disponible sur : <https://www.HCR.org/fr/4eddea036.pdf> (consulté le 20.12.20).

⁶⁹ A. ZIMMERMANN (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, OUP Oxford, 27 janvier 2011, Part Six Administrative Measures, article 33 par. 2, §63.

⁷⁰ Cf. article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'article 42 par. 1 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et article VII par. 1 du Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967.

⁷¹ Convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951, art. 33 par. 1.

⁷² Ibidem, art. 33 par. 2.

⁷³ A. ZIMMERMANN (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, OUP Oxford, 27 janvier 2011, Part Six Administrative Measures, article 33 par. 1, § 139-141.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ V. CHETAİL ET J. FLAUSS (éd.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, 2001, p. 25.

d'asile dont le statut n'a pas encore été fixé »⁷⁶. Ainsi, le principe de non-refoulement protège les individus qui ont acquis lors d'une procédure nationale le statut de réfugié (à savoir les réfugiés « *de jure* ») et les requérants d'asile (à savoir les réfugiés « *de facto* »)⁷⁷. Le droit à ne pas être refoulé ne concerne donc pas tous les *boat people*. En effet, il y a souvent dans les bateaux qui traversent la Méditerranée des migrants économiques qui ne bénéficient pas de cette protection spécifique du droit des réfugiés. Il est alors fondamental que les autorités compétentes établissent individuellement le statut juridique de chaque passager. Comme le rappelle le juge Pinto de Albuquerque, « l'obligation de non-refoulement a deux conséquences procédurales : le devoir d'informer un étranger de son droit d'obtenir une protection internationale, et le devoir d'offrir une procédure individuelle, équitable et effective permettant de déterminer et d'apprécier la qualité de réfugié »⁷⁸. Cette opération ne devrait pas être faite en mer mais selon des procédures adéquates menées sur le continent⁷⁹ : les passagers doivent pouvoir s'exprimer sur leur crainte de retourner dans leur pays d'origine et leurs revendications doivent être évaluées par des autorités compétentes. Selon le *Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status and Guidelines on International Protection* du HCR, il faut qu'un agent représentant l'autorité compétente pour la procédure d'asile soit présent et facilement identifiable et que le demandeur d'asile puisse bénéficier d'un interprète et avoir la possibilité de contacter un représentant du HCR. Si le demandeur obtient le statut légal de réfugié, des documents officiels certifiant son nouveau statut doivent lui être remis. Dans le cas contraire, il a le droit de recourir contre la décision des autorités et de rester dans le pays d'accueil jusqu'au moment où sa demande sera reconsidérée⁸⁰.

Les États parties à la Convention relative au statut des réfugiés doivent collaborer avec le HCR (art. 35 par. 1), qui est le gardien de cette convention et conseille l'Union européenne et ses membres concernant leurs obligations internationales⁸¹.

Comme annoncé précédemment, il est interdit pour les États de renvoyer toute personne vers un pays où elle risquerait d'être soumise à la torture et à des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants. Cela signifie que non seulement les réfugiés, mais aussi toutes les personnes qui sont protégées contre la torture et les traitements cruels, dégradants et inhumains, jouissent d'une protection inconditionnelle contre le refoulement⁸². On peut donc affirmer que l'objet de l'article 3 CcT est plus ample que celui de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention relative au statut des réfugiés car il est applicable à tout individu, indépendamment de son statut juridique, et ne contient pas d'exceptions, contrairement à l'article 33 paragraphe 2⁸³.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ A. ZIMMERMANN (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, OUP Oxford, 27 janvier 2011, Part Six Administrative Measures, article 33 par. 1, § 116.

⁷⁸ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n° 27765/09, Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque.

⁷⁹ D. DESSALEGNE, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁰ HCR, *Handbook on Procedure and Criteria for determining Refugee status and Guidelines on International Protection*, 2019, par. 192, disponible sur : <https://www.HCR.org/publications/legal/5ddfc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (consulté le 21.11.20).

⁸¹ D. DESSALEGNE, *op. cit.*, p. 60.

⁸² A. ZIMMERMANN (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, OUP Oxford, 27 janvier 2011, Part Six Administrative Measures, article 33 par. 2, § 64.

⁸³ *Ibidem*, § 56. L'art. 33 par. 2 prévoit que : « [I]l bénéficie de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par 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 ».

Malgré ces obligations internationales, on remarque que, ces dernières années, les États européens et la claire majorité de leurs ressortissants ont été plus soucieux de renforcer leurs frontières et de lutter contre l'arrivée de *boat people* sur leurs côtes que de leur offrir protection et refuge, et qu'ils les considèrent comme une menace à la sécurité de leurs territoires et non pas comme des victimes de menaces dans leurs pays d'origine⁸⁴. Ces États utilisent le concept de souveraineté de manière élastique et sont « aussi prompts à l'entendre pour bloquer les migrations, en interceptant ou en menant des opérations de push-back, qu'à [le] rétracter pour s'abstenir de porter secours, d'amener les personnes secourues dans un lieu sûr et d'y examiner leur situation individuelle »⁸⁵.

On observe donc que le principe de non-refoulement est souvent violé, soit quand les requérants d'asile sont reconduits dans leur pays d'origine où ils craignent pour des motifs légitimes d'être persécutés, soit quand les autorités des États côtiers leur interdisent de franchir leurs frontières maritimes nationales et les renvoient vers des pays où ils peuvent être victimes de torture ou traitement cruels, dégradants et inhumains⁸⁶.

B. L'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*

Comme mentionné précédemment, les opérations menées par Frontex et les autorités maritimes nationales en Méditerranée violent régulièrement les droits des *boat people*, et un bon nombre d'entre eux sont repoussés vers des pays où ils sont persécutés ou courent le risque d'être traités de façon dégradante ou inhumaine.

Nous allons analyser ces violations des droits de l'homme à travers l'exemple de l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* tranchée en 2012 par la CourEDH et qui a conduit à la condamnation du gouvernement italien. Son arrêt reflète non seulement la réalité de nombreux migrants et réfugiés mais est aussi considéré comme « historique », car pour la première fois la Cour a dû examiner la question des expulsions collectives en haute mer. De plus, comme l'a souligné Sherif Elsayed-Ali, responsable du programme « Droits des réfugiés et des migrants » d'Amnesty International, « ce jugement [a] renforç[é] le respect des droits humains à travers l'Europe et [a] défend[u] les garanties juridiques internationales en faveur des migrants et des demandeurs d'asile »⁸⁷.

Les requérants, onze Somaliens et treize Erythréens, faisaient partie d'un groupe de plus de 200 migrants et réfugiés qui avait quitté la Libye à bord de trois embarcations, pour atteindre les côtes italiennes. Le 6 mai 2009, ces bateaux sont interceptés en haute mer par trois navires des garde-côtes et de la garde de finance italiennes, lorsqu'ils se trouvaient à 35 milles marins au sud de Lampedusa, soit à l'intérieur de la zone SAR maltaise. Les migrants et réfugiés sont transférés sur les navires italiens, qui leur fournissent une assistance médicale et humanitaire. Ils sont ensuite reconduits à Tripoli, sans que les autorités italiennes utilisent la violence contre eux ou les menacent avec des armes. Les requérants soutiennent que les agents italiens ne leur ont pas communiqué leur destination finale et n'ont pas procédé à une évaluation de leur situation personnelle lorsqu'ils étaient à bord des trois navires. Une fois arrivés dans le port de Tripoli, ils refusent de débarquer et demandent une

⁸⁴ N. KLEIN, « A Maritime Security Framework for the Legal Dimensions of Irregular Migration by Sea », dans *"Baat Refugees" and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 2016, p. 43.

⁸⁵ C. SAAS, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶ L. KOMP, *op. cit.*, p. 228.

⁸⁷ Sherif Elsayed-Ali (responsable du programme Droits des réfugiés et des migrants d'Amnesty International), « Italie. Un arrêt "historique" de la Cour européenne défend les droits des migrants », 23 février 2012, disponible sur : <https://www.amnesty.be/infos/actualites/article/italie-un-arret-historique-de-la> (consulté le 08.12.20).

protection internationale. Malgré leur refus, les garde-côtes italiennes les remettent de force aux autorités libyennes.

Le 26 mai 2009, les requérants déposent une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 34 de la CEDH, en invoquant les violations de l'article 3 CEDH, de l'article 4 du Protocole n° 4 de la CEDH et de l'article 13 de la CEDH combiné aux articles 3 CEDH et 4 du Protocole n° 4⁸⁸. La chambre de la CourEDH à laquelle l'affaire est d'abord attribuée s'en dessaisit au profit de la Grande Chambre, ce qui démontre l'importance de l'affaire.

a) La question de l'extraterritorialité de la juridiction

Comme c'est souvent le cas lors des migrations en Méditerranée, les embarcations de fortune sur lesquelles se trouvaient les requérants dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* ont été interceptées en haute mer. La haute mer est délimitée de manière résiduelle par le droit de la mer : elle représente tout espace qui n'appartient ni à la mer territoriale ou aux eaux intérieures d'un État, ni à la zone économique exclusive, ni aux eaux archipélagiques d'un État archipel (art. 86 CNUDM). L'Italie pouvait-elle donc être retenue responsable par la Cour d'avoir violé les articles susmentionnés de la CEDH dans des eaux internationales ? Pour répondre à cette question, il faut avant tout comprendre si l'Italie, au moment des violations alléguées, était en train d'exercer sa juridiction, condition *sine qua non* pour établir sa responsabilité.

L'article 1 de la CEDH prévoit que « [l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et les libertés définis au titre I de la présente Convention »⁸⁹, mais aucune définition précise du terme « juridiction » n'est donnée. Généralement, la juridiction d'un État a un caractère essentiellement territorial : les droits et les obligations consacrés par la CEDH doivent être respectés par les États contractants sur leur territoire⁹⁰.

Pendant, la CourEDH a admis dans sa jurisprudence que, dans un certain nombre de situations exceptionnelles, les États exercent aussi leur juridiction de manière extraterritoriale⁹¹. Ainsi, la Cour reconnaît que, lorsque des agents étatiques opérant hors territoire national exercent un contrôle physique et absolu sur des individus, la juridiction de leur État peut être fondée et la CEDH doit donc être respectée⁹². La Cour a utilisé ce principe de contrôle effectif de la part des agents étatiques français pour déterminer la juridiction de la France en haute mer dans l'arrêt *Medvedyev et autres c. France*⁹³. En général, ce critère n'est pas apprécié par les États de l'Union européenne qui ont tendance à préférer une interprétation restrictive de la notion de juridiction dans le but d'éviter d'être tenus responsables de leurs interventions hors de leur territoire ou de leurs eaux territoriales.

⁸⁸ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n° 27765/09, par. 1.4, 9-12.

⁸⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, art. 1.

⁹⁰ Cf. CourEDH, *Banković et autres c. Belgique*, requête. n° 52207/99, décision (G.C.) du 12 décembre 2001, par. 59-60.

⁹¹ Par exemple, la juridiction d'un État peut s'étendre aux actes d'un organe ou d'un agent d'État comportant des effets hors territoire national, ou lorsqu'un État exerce un contrôle effectif sur une zone située hors de son territoire national. Cf. CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, requête n° 55721/07, par. 130ss.

⁹² E. GUILD, V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 11.

⁹³ Dans cette affaire, les faits litigieux avaient eu lieu à bord d'un navire battant pavillon cambodgien dont l'équipage avait été enfermé dans les cabines et mis sous la garde de militaires français. Or, même si le navire n'était pas sous juridiction française, la Cour a reconnu l'exercice extraterritorial de la juridiction de la France, car les autorités françaises avaient exercé un contrôle absolu et effectif sur l'équipage du navire. Cf. CourEDH, *Medvedyev et autres c. France*, arrêt du 10 juillet 2008, requête n° 3394/03.

Dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, la CourEDH a estimé qu'« à partir du moment où [les requérants] sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, [ils] se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes »⁹⁴. Les requérants étaient donc sous la juridiction de l'Italie en raison du critère territorial des navires militaires italiens, prévu par le droit de la mer et l'article 4 du code de la navigation italien⁹⁵, et en raison de l'exercice d'un contrôle effectif de la part des autorités italiennes sur eux, comme dans le cas de l'affaire *Mevedyev et autres c. France*. Pour ces deux raisons, la Cour n'a pas retenu l'argument (que nous considérons faible) du gouvernement italien, qui soutenait qu'il s'était borné à mener une simple opération de sauvetage de personnes en détresse en mer, ce qui n'entraînait donc pas de contrôle effectif de l'État sur les personnes concernées⁹⁶.

On peut observer que, même en haute mer, les États parties de la CEDH ne sont pas libérés de leurs obligations car leur juridiction peut être établie de façon extraterritoriale. Malheureusement, les États veulent à tout prix éviter que leur responsabilité soit retenue et, de ce fait, de nombreux *boat people* nécessitant une protection internationale sont régulièrement abandonnés à leur triste sort dans les eaux internationales⁹⁷.

b) Le risque de subir des traitements inhumains et dégradants et le danger de rapatriement arbitraire

Les opérations d'interception en haute mer, que les États européens mènent régulièrement pour refouler les *boat people* vers le pays où ils ont embarqué, sont faites conformément à des accords, appelés « accords de réadmission », conclus entre l'Union européenne ou un de ses États membres et les pays tiers « de départ »⁹⁸. Bien que le principe de non-refoulement ne figure pas de manière explicite dans la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a estimé pour la première fois lors de l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* en 1989, qu'« une expulsion ou extradition peut soulever un problème au regard de l'article 3 [...] de la Convention » qui prévoit que « [n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants », et que la responsabilité de l'État peut être engagée⁹⁹. En effet, dans la majorité des cas, les autorités des pays vers lesquels les migrants et les réfugiés sont refoulés les détiennent dans des camps où ils subissent des traitements dégradants et inhumains¹⁰⁰. De plus, ils courent le risque d'être rapatriés arbitrairement vers leurs pays d'origine, où ils peuvent être victimes de persécution ou de mauvais traitements.

Dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, les requérants ont accusé le gouvernement italien d'avoir violé l'article 3 de la CEDH sous deux aspects¹⁰¹.

⁹⁴ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n °27765/09, par. 81.

⁹⁵ En haute mer, conformément à l'art. 92 ch. 1 de la CNUDM, un navire est considéré comme un territoire de son État de pavillon. Une fois qu'un individu monte à bord du navire il se trouve sous la juridiction de cet État. Cf. P. DE BRUYCKER, entretien en ligne avec Bruxelles2.ue, 23 octobre 2013, disponible sur : <https://asile.ch/2013/11/29/philippe-de-bruycker-les-etats-restent-responsables-en-haute-mer/> (consulté le 09.12.20). Le droit national italien reprend cette disposition à son art. 4 du code de la navigation.

⁹⁶ *Ibidem*, par. 64-65.

⁹⁷ E. GUILD, V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁸ S. COGOLATI, N. VERLINDEN, P. SCHMITT, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁹ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, requête n °14038/88, par. 91.

¹⁰⁰ Cf. les rapports officiels d'Amnesty International ou les articles en ligne de Médecins sans frontières, ex. : « Lybie : piégé dans le cauchemar de l'internement forcé, de la torture et de l'exploitation », 27 janvier 2020, disponible sur : <https://www.msf.ch/nos-actualites/articles/libye-piege-cauchemar-linternement-force-torture-lexploitation> (consulté le 15.01.20).

¹⁰¹ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n °27765/09, par. 83-84.

Le premier aspect concerne le fait que l'Italie a exposé les requérants au risque de subir des traitements inhumains et dégradants en Libye en les refoulant sans qu'ils puissent demander une protection internationale avant leur débarquement à Tripoli. En effet, la Libye est un pays qui ne garantit aucune protection pour les migrants irréguliers et viole régulièrement leurs droits en les détenant dans des conditions inhumaines. De son côté, le gouvernement italien a justifié son opération en vertu des accords bilatéraux contre l'immigration clandestine qu'il a conclus avec la Libye en 2007 et 2009 et a soutenu que les autorités maritimes italiennes, en embarquant les requérants à bord, s'étaient limitées à effectuer un sauvetage en mer et non pas à mener une opération de police maritime¹⁰². Il n'y avait donc pas lieu à procéder à une évaluation individuelle de la situation des passagers, d'autant plus que ces derniers n'avaient pas manifesté ouvertement leur intention de demander l'asile ou une protection internationale. En outre, le gouvernement italien a argué que la Libye constituait un « lieu sûr » vu qu'elle avait ratifié le PIDCP, la CcT et d'autres instruments juridiques internationaux pertinents et que le gouvernement libyen avait autorisé l'ouverture de bureaux du HCR et de l'OIM à Tripoli où les requérants auraient pu demander le statut de réfugié et une protection internationale¹⁰³. Toutefois, les tiers intervenants dans ce procès ont contesté les arguments du gouvernement italien. Ainsi, le HCR a affirmé qu'il était très probable qu'une grande partie des requérants refoulés étaient des réfugiés et que la Libye n'avait pas ratifié la Convention relative au statut des réfugiés et ne pouvait donc pas être considérée comme un pays sûr en matière de droits de l'homme et de politique de migration. L'ONG Human Rights Watch a exprimé la même opinion et a souligné qu'il n'y avait pas de véritable droit d'asile en Libye : les autorités ne font pas de distinction entre les réfugiés, les demandeurs d'asile et les migrants clandestins¹⁰⁴. De plus, les migrants et les réfugiés qui se trouvent dans les camps de détention peuvent être refoulés à tout moment vers leurs pays d'origine ou abandonnés dans le désert¹⁰⁵.

La Cour a jugé que l'Italie ne pouvait pas violer ses obligations découlant de la CEDH en invoquant les accords bilatéraux conclus avec le gouvernement libyen, car ceux-ci ne permettent pas le désengagement de la responsabilité des États contractants. Elle a rappelé la prédominance du principe de non-refoulement par rapport aux autres dispositions de droit international invoquées par le gouvernement italien, dont l'obligation de secours en mer. Elle a jugé, tout comme les requérants et les organismes de protection des droits de l'homme, que l'Italie connaissait ou aurait dû connaître les risques de traitements contraires à l'article 3 de la Convention auxquels les requérants seraient exposés une fois débarqués en Libye¹⁰⁶.

Le deuxième aspect de la violation de l'article 3 de la CEDH alléguée par les requérants concerne le fait qu'après avoir été débarqués en Libye, ils ne bénéficiaient d'aucune protection contre le risque d'être refoulés vers leurs pays d'origine, la Somalie et l'Erythrée, où les droits de l'homme ne sont pas respectés. Encore une fois, le gouvernement italien a soutenu que la Libye était partie à plusieurs conventions internationales de protection des droits de l'homme et que la présence du HCR constituait une assurance contre le refoulement arbitraire des requérants¹⁰⁷. À ce sujet, la Cour a rappelé qu'« [i]l appartient à l'État qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des

¹⁰² *Ibidem*, par. 85-91, 93-94.

¹⁰³ *Ibidem*, par. 93-98.

¹⁰⁴ Human Rights Watch, Rapport publié le 21 septembre 2009, cité dans CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n°27765/09, par. 38.

¹⁰⁵ *Ibidem*, par. 102.

¹⁰⁶ *Ibidem*, par. 129, 134, 137, 138.

¹⁰⁷ *Ibidem*, par. 139, 141-142.

garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'il encourt »¹⁰⁸. Elle a souligné le fait que la Libye n'avait pas ratifié la Convention de Genève de 1951 et qu'elle n'avait pas mis en place de procédure d'asile et de protection des réfugiés dans le pays. Face au risque de rapatriement arbitraire, les autorités italiennes auraient donc dû s'assurer que la Libye respectait ses obligations en matière de protection des réfugiés.

En conclusion, la Cour a estimé qu'il y avait eu une double violation de l'article 3 de la Convention de la part du gouvernement italien¹⁰⁹ et a souligné le caractère absolu de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. En effet, dans le DIDH, aucun accord bilatéral, ni aucune circonstance exceptionnelle ne peuvent écarter la responsabilité d'un État contractant à cet égard. De plus, les États européens ne peuvent pas se limiter à vérifier si des États tiers ont ratifié des instruments internationaux ou ont adopté des lois nationales relatives au respect des droits de l'homme et des réfugiés, mais ils ont l'obligation de contrôler la véritable situation sur place, à l'aide des rapports rédigés par les organismes internationaux et les ONG¹¹⁰. Malgré cet arrêt, encore aujourd'hui des milliers de migrants et de réfugiés continuent à être interceptés en haute mer et refoulés en Libye¹¹¹, pays qui ne respecte toujours pas les droits fondamentaux de ces personnes. Effectivement, le rapport d'Amnesty International de 2020 dénonce les mauvais traitements et les épisodes de torture que subissent ces migrants et réfugiés détenus dans des prisons étatiques ou dans des lieux gérés par des milices et des groupes non étatiques¹¹².

c) La question de l'expulsion collective d'étrangers

L'affaire *Hirsi Jamaa et autre c. Italie* est aussi particulièrement importante car, pour la première fois, la CourEDH a été appelée à trancher sur une violation de l'interdiction de l'expulsion collective, prévue à l'article 4 du Protocole n° 4¹¹³, lorsque celle-ci a lieu au-delà des frontières nationales. En effet, jusqu'à alors, les affaires portées devant la Cour ne concernaient que des personnes expulsées depuis le territoire d'un État. Dans cette affaire, la Cour a donc dû déterminer si on peut parler d'une expulsion collective quand un groupe d'individus, avant même d'être arrivé sur le territoire d'un État, est renvoyé par les autorités de celui-ci vers un État tiers. En d'autres termes, est-ce que l'article 4 du Protocole n° 4 était applicable en l'espèce ?

Le gouvernement italien a soutenu que l'article 4 n'était pas applicable dans ce cas, car l'interdiction qu'il stipule intervient seulement quand on se trouve sur le territoire d'un État. *In casu*, il s'agissait d'« un refus d'autoriser l'entrée sur le territoire national plutôt [qu'] une

¹⁰⁸ *Ibidem*, par. 147.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 158.

¹¹⁰ A. FIORINI, « Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - Sentenza Hirsi Jamaa et altri c. Italia », 27 février 2012, disponible sur : <https://www.meltingpot.org/Italia-condannata-dalla-Corte-europea-dei-diritti-dell-uomo.html#.YAIUHthKg2x> (consulté le 15.01.21).

¹¹¹ Oxfam Italia, « Migranti in Libia, l'Italia mostri un sussulto di umanità », 14 juillet 2020, disponible sur : <https://www.oxfamitalia.org/migranti-in-libia-litalia-mostri-un-sussulto-di-umanita/> (consulté le 05.01.21).

¹¹² Amnesty International, « Libya: Between Life and Death: Refugees and Migrants trapped in Libya's Cycle of Abuse », Amnesty International, 24 septembre 2020.

¹¹³ Selon l'art. 4 du Protocole n° 4 de la CEDH, « [l]es expulsions collectives d'étrangers sont interdites », mais aucune indication sur le lieu où l'expulsion a lieu est donnée. Des dispositions similaires sont contenues à l'article 19 par. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans d'autres instruments juridiques régionaux et internationaux.

« expulsion » »¹¹⁴. De leur côté, les requérants ont demandé que la Cour reconnaisse l'applicabilité extraterritoriale de l'article 4 du Protocole 4, qui a pour but d'éviter qu'un État puisse expulser un groupe d'étrangers sans examiner leur situation individuelle. De plus, ils ont contesté de façon habile l'argumentation du gouvernement italien en s'appuyant sur la base territoriale des navires militaires à bord desquels ils se trouvaient lorsqu'ils ont été obligés de débarquer. En effet, les navires battaient pavillon italien et relevaient donc de la juridiction de l'Italie. Il est alors logique de déduire que les requérants avaient été expulsés depuis une extension du territoire italien. Leur position a été soutenue par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) et par le HCR qui considéraient l'extension de l'application de l'article 4 du Protocole n° 4 aux actions extraterritoriales comme un précédent très important pour les migrations internationales¹¹⁵.

La CourEDH a observé que l'article 4 du Protocole n° 4 ne contenait aucune indication précise concernant la dimension territoriale de l'interdiction, contrairement à d'autres dispositions du Protocole, et pour cette raison a dû procéder à une interprétation de la norme. *In casu*, la Cour a constaté que les travaux préparatoires du Protocole n° 4 ne sont pas exhaustifs en ce qui concerne le champ d'application de l'article 4 et ne s'opposent pas à une application extraterritoriale de cette disposition¹¹⁶. Elle a rappelé que le but de l'article 4 du Protocole n° 4 est d'éviter que des groupes d'individus soient renvoyés vers le pays de départ sans qu'une évaluation individuelle de leur situation personnelle ne soit faite par une autorité compétente. De plus, cet article doit être interprété à la lumière d'événements récents afin que le Protocole n° 4 soit « appliqué[...] d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire »¹¹⁷. En effet, la Cour a noté que, depuis la rédaction du Protocole n° 4 en 1963, les flux de migrations avaient beaucoup évolué et qu'une bonne partie d'entre eux avaient maintenant lieu dans la mer Méditerranée. En procédant de cette manière, elle a voulu éviter l'adoption d'une interprétation restrictive de l'article 4, qui prévoit que cette disposition n'est applicable que dans les territoires nationaux, car de nombreux migrants et réfugiés n'auraient plus été protégés. Ceci aurait également comporté une inégalité de traitement entre ceux qui arrivent en Europe par voie terrestre et ceux qui empruntent la voie maritime¹¹⁸. En outre, la Cour a fait une analogie entre l'application de l'article 4 du Protocole 4 et la question de la jurisprudence extraterritoriale. Comme nous l'avons vu précédemment, la notion de juridiction est principalement territoriale, mais elle prévoit des exceptions. De la même manière, la Cour a soutenu qu'il faut également accepter l'exception d'extraterritorialité dans les cas d'expulsions collectives afin d'éviter une « distorsion entre le champ d'application de la Convention en tant que telle et celui de l'article 4 du Protocole n° 4, ce qui contredirait le principe selon lequel la Convention doit s'interpréter comme un tout »¹¹⁹. La Cour a conclu que, selon le principe de bonne foi et à la lumière de l'objet et du but du traité, l'article 4 du Protocole n° 4 était applicable en l'espèce et avait été violé par les autorités italiennes puisque les requérants avaient été refoulés vers la Libye sans aucune évaluation de leurs éventuels besoins de protection de la part d'une autorité compétente¹²⁰.

Ce jugement a suscité un grand débat parmi les spécialistes en droit international, dont nous ne mentionnerons ici que deux avis. Dans un commentaire sur l'arrêt en question, J. Crawford,

¹¹⁴ CourEDH, *Hirsi, Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n° 27765/09, par. 160.

¹¹⁵ *Ibidem*, par. 162-164.

¹¹⁶ *Ibidem*, par. 174-175.

¹¹⁷ *Ibidem*, par. 175.

¹¹⁸ *Ibidem*, par. 177.

¹¹⁹ *Ibidem*, par. 178.

¹²⁰ *Ibidem*, par. 179, 182, 185-186.

professeur de droit international et ancien juge de la Cour Internationale de Justice, estime que la définition du terme « expulsion » implique la présence de l'individu en question sur un territoire et qu'il est dès lors difficile de concevoir une expulsion faite en haute mer¹²¹. Il note que, dans la première version du Protocole n° 4, l'article 4 contenait une limitation territoriale qui a été par la suite supprimée : l'individu devait se trouver « dans le territoire d'une Haute Partie Contractante »¹²². De plus, l'article 4 est inspiré par l'article 13 du PIDCP, qui prévoit en effet une limitation territoriale. Selon lui, la suppression de la dimension territoriale dans la version officielle du Protocole n° 4 n'indique pas la volonté des rédacteurs que l'application de l'article 4 soit indéfinie¹²³. Il conteste l'argumentation de la Cour basée sur une analogie entre l'application extraterritoriale d'une juridiction et celle des expulsions collectives, en soutenant qu'il est difficilement envisageable que l'interprétation de la juridiction (art. 1 CEDH) puisse « contrôler » l'interprétation du terme « expulsion » de l'article 4 du Protocole 4 car cet article comporte une interdiction absolue et non dérogeable et doit donc être interprété de manière restrictive et exacte. Si chaque mesure éloignant un groupe d'étrangers peut être considérée comme une expulsion collective, alors l'article 4 perdrait son sens¹²⁴. En outre, le juriste note que si on interprète l'article 4 du Protocole 4 de manière extensive, l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui interdit le refoulement à partir d'un État ou de ses frontières, serait « redundant as far as groups of persons are concerned and would do so irrespective of the treatment to be expected in the State of return: there would no longer be any requirement of a well-founded fear of persecution »¹²⁵. Il estime aussi que la décision de la CourEDH est en contradiction avec le travail sur les expulsions de la Commission de droit international, qui définit le terme « expulsion » comme « un acte juridique ou [...] un comportement attribuable à un État par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État »¹²⁶. Il conclut que la Grande Chambre de la CourEDH a tranché l'affaire sans tenir dûment compte des autres normes de droit international et a contribué à empirer la fragmentation du droit international déjà existante¹²⁷.

De son côté, le juge Pinto de Albuquerque est pleinement d'accord avec la décision de la CourEDH et soutient que le principe de non-refoulement n'est pas limité aux territoires des États, mais est aussi applicable de façon extraterritoriale, conformément aux interprétations faites par le HCR, l'Assemblée générale de l'ONU (selon sa résolution A/RES/2312 (XXII)), le Comité des Nations Unies contre la torture, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et des spécialistes de droit international¹²⁸. Quant à l'interdiction de mener des expulsions collectives, il rappelle que le principe de non-refoulement prévoit qu'avant le refoulement de toute personne, il faut qu'une évaluation personnelle de sa situation soit menée par des autorités compétentes. Il estime que l'expulsion collective est absolument inacceptable, car elle représente aussi une violation du principe

¹²¹ J. CRAWFORD, « Chance, order, change: General course on Public International Law », *RCADI* vol. 365, 2013, p. 206.

¹²² Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention », *Série des traités européens* n° 46, 16 septembre 1963, par. 30.

¹²³ J. CRAWFORD, *op. cit.* p. 207.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 209.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Commission de droit international, « Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2), 2014, art. 2 let. a.

¹²⁷ J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 210-211.

¹²⁸ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n° 27765/09, Opinion concordante du Juge Pinto P. Pinto de Albuquerque p. 68.

de non-refoulement. Le juge approuve aussi la décision de la CourEDH concernant son applicabilité en haute mer : « la garantie procédurale de l'appréciation individuelle des demandes d'asile et l'interdiction consécutive de l'expulsion collective d'étrangers ne se limitent pas au territoire terrestre et aux eaux territoriales d'un État, mais s'appliquent également en haute mer »¹²⁹. À son avis, ni la lettre ni l'esprit de l'article 4 du Protocole n° 4 de la CEDH, qui sont formulés de manière très large, interdisent son application extraterritoriale. Le but de la disposition est de garantir la possibilité de demander l'asile et d'être protégé contre tout refoulement, rejet, rapatriement et transfert arbitraire, quel que soit l'endroit où l'opération a lieu. Ce but serait trop facilement contournable si la disposition était interprétée de manière restrictive, puisqu'un État pourrait envoyer des navires militaires en haute mer pour intercepter les migrants avant qu'ils n'arrivent dans leurs eaux territoriales. Pour P. Pinto de Albuquerque, il est donc clair que les expulsions collectives d'étrangers sont applicables de façon extraterritoriale, conformément au droit international des droits de l'homme¹³⁰.

Malgré les opinions divergentes parmi les spécialistes, les décisions de la CourEDH dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* ont été reprises par le Parlement européen dans le Règlement n° 656/2014 établissant les règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par Frontex, qui détermine les normes applicables non plus seulement dans les territoires de l'Union (article 6), mais aussi en haute mer (article 7) et qui prévoit la fin des opérations de refoulement menées par certains États membres. À son article 4, il est indiqué que « les unités participantes [à l'opération en mer] doivent utiliser tous les moyens [...] pour identifier les personnes interceptées ou secourues, évaluer leur situation personnelle, les informer de leur destination sous une forme que ces personnes comprennent ou dont on peut raisonnablement supposer qu'elles la comprennent et leur offrir la possibilité d'expliquer les raisons pour lesquelles un débarquement dans le lieu proposé serait contraire au principe de non-refoulement »¹³¹. Cependant, le HCR a souligné que cette identification à bord des navires ne devait pas remplacer une véritable procédure d'asile¹³².

Force est de constater que les principes énoncés dans l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* ne sont pas encore entièrement respectés par les États¹³³ et il est très difficile pour les victimes de former un recours contre les décisions prises par les autorités maritimes en vue « d'obtenir un contrôle attentif et rigoureux de leurs demandes avant que la mesure d'éloignement ne soit mise en exécution »¹³⁴. De plus, les États peuvent contourner leurs obligations en déléguant les tâches d'interception aux pays de l'Afrique du Nord, comme la Libye qui n'est liée ni par la CEDH ni par d'autres instruments juridiques internationaux tels que la Convention de 1951¹³⁵.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 78-79.

¹³¹ Règlement UE n° 656/2014 du Parlement et Conseil du 15 mai 2014, art. 4 par. 3.

¹³² HCR, Commentaires du HCR relatifs à la proposition de la Commission d'un règlement du Parlement européen et du Conseil 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 (Frontex), COM (2013) 197 final, avril 2014, p. 4.

¹³³ M. LESCAUDRON, *op. cit.*, p. 45.

¹³⁴ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, arrêt du 23 février 2012, requête n° 27765/09, par. 205.

¹³⁵ E. MOUTHON, « L'arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* rendu en Grande Chambre le 23 février 2012 », *CESICE*, 9 mars 2012, disponible sur : <https://cesice.univ-grenoble-alpes.fr/actualites/2017-06-13/l-arret-hirsi-jamaa-et-autres-c-italie-rendu-en-grande-chambre-23-fevrier-2012-elodie-mouthon> (consulté le 15.12.20).

IV. Conclusion

Nous avons vu que les États européens sont liés par de nombreuses obligations envers les migrants et les réfugiés découlant des instruments juridiques qu'ils ont ratifiés, notamment l'obligation de prêter assistance, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et le principe de non-refoulement. Toutefois, les naufrages fréquents des embarcations transportant des *boat people*, les opérations de refoulement menées par les États et l'intervention de navires humanitaires pour sauver des vies humaines sont une preuve évidente que ces États violent régulièrement leurs obligations ou ne les assument pas de manière efficace. Leur désengagement naît de la préoccupation qu'ils ont de protéger leurs propres ressortissants au détriment des « autres », qui sont des personnes fuyant une persécution ou de mauvaises conditions de vie dans leur pays d'origine¹³⁶. Par conséquent, la Mer Méditerranée, qui *de jure* n'est pas un espace de non-droit, le devient *de facto*¹³⁷.

Pour répondre à cette problématique, il faut avant tout que les États européens considèrent la protection des migrants et surtout des réfugiés comme une priorité dans leur politique de migration. Dans cet esprit, la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil d'Europe Dunja Mijatović, dans sa recommandation de 2019, conseille aux États membres de « renforcer la capacité effective et la coordination des opérations de sauvetage en mer Méditerranée, de veiller à ce que les personnes rescapées soient débarquées en lieu sûr et sans retard inutile et de coopérer avec les ONG qui participent aux opérations de recherche et de sauvetage ». Elle leur recommande également de garantir la transparence lors de la conclusion d'accords avec des pays tiers en matière de migrations et de s'engager dans la création de routes migratoires légales et sûres¹³⁸. En effet, conformément à toutes les dispositions que nous avons analysées dans ce travail, la protection des droits des *boat people* doit primer d'une manière absolue sur toute question politique.

¹³⁶ N. KLEIN, *op. cit.*, p. 58.

¹³⁷ C. SAAS, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁸ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Dunja Mijatović), *Sauver des vies. Protéger les droits. Comblent le manque de protection des réfugiés et des migrants en Méditerranée*, Conseil de l'Europe, 2019.

V. Annexe

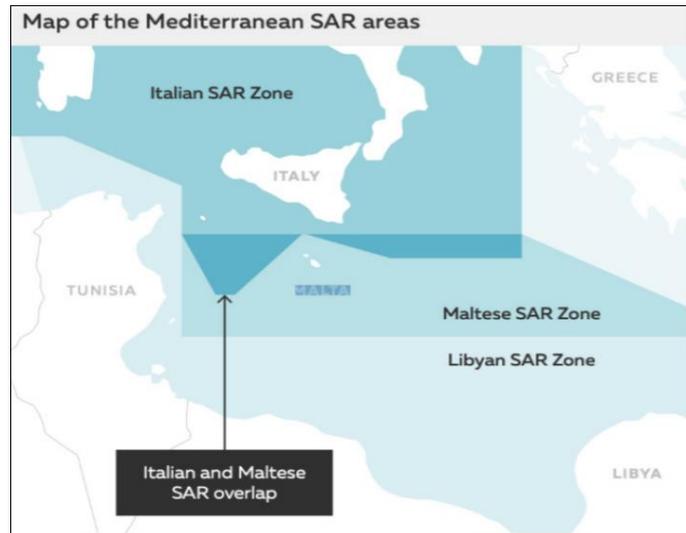


Image représentant le chevauchement des zones SAR italienne et maltaise.

Source : *Paix et Sécurité internationale* n°7, 2019, p. 304.