

LE DROIT INTERNATIONAL FACE AUX NOUVEAUX DÉFIS DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE EN MER

Kiara Neri

Volume 26, Number 1, 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068104ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068104ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Neri, K. (2013). LE DROIT INTERNATIONAL FACE AUX NOUVEAUX DÉFIS DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE EN MER. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 26(1), 123–153. <https://doi.org/10.7202/1068104ar>

Article abstract

The severity of the problem of illegal immigration by sea has been highlighted collectively by the States. If there is no doubt that the number of illegal immigrants using sea routes is significantly lower than those opting for crossing land or air borders, this migration route is the most worrying one due to its consequences in terms of human lives.

The public international law struggles to find an appropriate legal solution, the existing regulations seem inadequate or insufficient. Caught by the dramatic headlines, the law is facing a bitter reality, the rules of the Law of the Sea and the general international law which do not address correctly the issues that states are facing and above all their concern about immigration control, traffic prevention and human trafficking. However, tragic events in the last decades raised awareness among the international community about the severity of this phenomenon and its consequences. This awareness was necessary for the development of states' practices and the international rules. Then, the international cooperation provides a glimpse of avenues, very few right now, to better handle these challenges and to help avoid human tragedies.

Then, new techniques need to be created, with the development of the international cooperation among states of a same region. They will take effect by pulling resources to fight illegal immigration by sea and overcome the shortcomings of international law towards illegal immigration by sea.

LE DROIT INTERNATIONAL FACE AUX NOUVEAUX DÉFIS DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE EN MER

*Kiara Neri**

La gravité du problème que pose l'immigration clandestine en mer a été soulignée collectivement par les États. S'il est certain que le nombre de migrants illégaux empruntant la voie maritime est nettement inférieur à ceux optant pour le franchissement de frontières terrestres ou aériennes, cette voie migratoire est bien la plus préoccupante en raison de ses conséquences en termes de vies humaines.

Le droit international public peine à trouver une solution juridique appropriée, les règles existantes semblent inadaptées ou insuffisantes. Rattrapé par l'actualité dramatique, le droit est confronté à un constat amer, les règles du droit de la mer et du droit international général répondent mal aux problèmes auxquels les États sont confrontés et surtout à leur préoccupation de contrôle de l'immigration et de prévention des trafics et de la traite des êtres humains. Pour autant, les événements tragiques de ces dernières décennies ont permis une prise de conscience par la communauté internationale de la gravité du phénomène et de ses conséquences. Cette prise de conscience était nécessaire pour une évolution de la pratique des États et des règles internationales. Dès lors, la coopération internationale permet d'entrevoir des pistes, pour le moment peu nombreuses, pour une meilleure gestion de ces défis et pour permettre d'éviter les drames humains.

De nouvelles techniques doivent alors voir le jour, issues du développement de la coopération internationale des États d'une même région. Elles se matérialisent par la mutualisation des moyens de lutte contre l'immigration clandestine en mer et permettent de dépasser les insuffisances du droit international face au défi de l'immigration clandestine en mer.

The severity of the problem of illegal immigration by sea has been highlighted collectively by the States. If there is no doubt that the number of illegal immigrants using sea routes is significantly lower than those opting for crossing land or air borders, this migration route is the most worrying one due to its consequences in terms of human lives.

The public international law struggles to find an appropriate legal solution, the existing regulations seem inadequate or insufficient. Caught by the dramatic headlines, the law is facing a bitter reality, the rules of the Law of the Sea and the general international law which do not address correctly the issues that states are facing and above all their concern about immigration control, traffic prevention and human trafficking. However, tragic events in the last decades raised awareness among the international community about the severity of this phenomenon and its consequences. This awareness was necessary for the development of states' practices and the international rules. Then, the international cooperation provides a glimpse of avenues, very few right now, to better handle these challenges and to help avoid human tragedies.

Then, new techniques need to be created, with the development of the international cooperation among states of a same region. They will take effect by pulling resources to fight illegal immigration by sea and overcome the shortcomings of international law towards illegal immigration by sea.

* Maître de conférence en droit international à l'Université Jean Moulin Lyon 3. Titulaire d'un doctorat en droit international et relations internationales sur le thème de l'emploi de la force en mer, l'auteure est spécialisée en droit de la mer, en droits fondamentaux et en droit de l'emploi de la force.

En 2009, le Programme des Nations unies pour le développement estimait à 50 millions le nombre de migrants irréguliers dans le monde; ce nombre n'a cessé de croître depuis¹. Chaque année, plus de 5 millions de personnes franchissent des frontières internationales sans autorisation². La gravité du problème que pose l'immigration clandestine a été soulignée collectivement par les États, notamment lors de la deuxième session de la Conférence des Parties à la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*³. La plupart des États sont touchés directement par ces questions, qu'ils soient des États de destination, de provenance ou de transit des flux migratoires. Quant à l'immigration en mer, il n'existe pas de statistiques permettant de savoir avec précision quelle proportion de ces migrants illégaux emprunte la voie maritime. En effet, seul un très petit nombre d'États signalent les incidents. Toutefois, malgré l'imprécision des données dont nous disposons, il est certain que le nombre de migrants illégaux empruntant la voie maritime est nettement inférieur à ceux optant pour le franchissement de frontières terrestres ou aériennes⁴.

L'immigration clandestine en mer n'est donc pas la plus nombreuse, mais c'est bien la plus préoccupante en raison de ses conséquences en termes de vies humaines⁵. Les dangers de l'immigration massive par mer ont été révélés au grand public avec les fameux « *boat people* » fuyant le régime vietnamien dans les années 1970. Depuis lors, l'actualité sera jonchée de nombreux accidents, tels que celui du 6 avril 2011 au large de l'île italienne de Lampedusa où au moins 150 migrants clandestins sont morts ou portés disparus après le naufrage de leur embarcation à environ soixante kilomètres de l'île. C'est bien cette actualité dramatique qui justifie de se pencher sur le volet maritime de l'immigration clandestine et ses implications juridiques. En effet, même si on souscrit pleinement aux réserves du Bureau des affaires du désarmement des Nations Unies (UNDC), qui considère que

¹ Programme des Nations Unies pour le Développement, *Rapport mondial sur le développement humain 2009. Lever les barrières : Mobilité et développement humains*, New York, 2009 à la p 9 [PNUD, *Lever les barrières*].

² *Ibid.*

³ La session s'est tenue du 10 au 21 octobre 2005. Voir *Rapport du Secrétaire général présenté aux États parties conformément à l'article 319, pour information, sur les questions de caractère général intéressant les États parties et ayant surgi à propos de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/61/63 (2006) au para 86 [*Rapport sur le droit de la mer*].

⁴ Par exemple, l'Union européenne note que, pour 2011, le nombre d'entrées illégales par air et par terre reste largement supérieur au nombre d'arrivées maritimes, malgré une forte recrudescence de ces dernières. Voir le rapport du Conseil européen pour les réfugiés et les exilés (CERE) : Sonia Sirtori et Patricia Coelho « Defending Refugees Access to Protection in Europe » (Décembre 2007), en ligne : Refworld <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4766464e2.html>> à la p 41 [Sirtori et Coelho, « Refugees Access to Protection »]. Cette répartition semble se reproduire dans les autres régions du monde : voir Marika McAdam et Morgane Nicot, dir, *Issue Paper. Smuggling of Migrants by Sea*, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, New York, Nations Unies, 2011 à la p 11 [McAdam et Nicot, *Smuggling of Migrants*].

⁵ Rafael Casado Raigón, « Trafic illicite des personnes et criminalité transnationale organisée », dans José Manuel Sobrino Heredia, dir, *Sûreté maritime et violence en mer. Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 3 à la p 5 [Raigón, « Trafic illicite »].

*attempting to isolate the issue of migrant smuggling by sea from other forms of migrant smuggling is in some ways an artificial and potentially misleading exercise. Migrant smuggling by sea generally occurs as part of a wider smuggling process often involving land and/or air movements*⁶,

on soutiendra avec force que l'immigration clandestine en mer présente des spécificités importantes qui justifient une étude séparée⁷.

Dans un premier temps, il convient de noter que ceux qui empruntent la voie maritime pour pénétrer clandestinement dans un autre pays peuvent être des migrants, des demandeurs d'asile, des réfugiés ou encore des personnes victimes d'un trafic⁸. Cette diversité des cas de figure et des régimes juridiques y attachés pose le problème de l'angle d'attaque à privilégier pour appréhender et combattre ces phénomènes. Doit-on se placer dans le cadre du droit de la mer, de la lutte contre la criminalité organisée, du droit des migrations et des réfugiés, etc.? L'immigration clandestine en mer est insaisissable notamment parce qu'elle n'est pas uniforme et peut recourir à des moyens très divers, de la petite embarcation sans pavillon aux grands navires de commerce. Dès lors, si l'on privilégie un angle d'approche, on néglige nécessairement tous les autres.

Dans un second temps, il convient de noter que la lutte contre l'immigration clandestine est un objectif légitime pour les États en termes de sécurité et de souveraineté. Toutefois, il faudrait le concilier avec la protection des droits des migrants illégaux, considérés comme des victimes, mais également l'obligation de secourir toute personne en détresse en mer. Ainsi, les participants au Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement « ont aussi souligné que les mesures destinées à contrôler les migrations clandestines ne devraient pas empêcher des personnes qui cherchaient à échapper à des persécutions et d'autres groupes vulnérables de rechercher une protection internationale⁹. »

Ces difficultés sont par ailleurs bien différentes selon que l'on se place dans le cadre d'un État de départ ou d'arrivée des flux migratoires illégaux. Les enjeux auxquels ces États sont confrontés sont extrêmement différents dans leurs modalités pratiques, mais se rejoignent néanmoins dans leur finalité.

Enfin, l'immigration clandestine en mer soulève des problématiques récurrentes en droit international, comme celle de l'incapacité de certains États de procéder à une surveillance effective de leur territoire maritime ou encore celle des navires sans pavillon ou sans nationalité.

Le droit international public peine à trouver une solution juridique appropriée, les règles existantes semblent inadaptées ou insuffisantes. L'exemple topique reste celui du droit de la mer. En effet, si les espaces maritimes ont été utilisés, de tout temps,

⁶ Mc Adam et Nicot, *Smuggling of Migrants*, *supra* note 4 à la p 9.

⁷ *Ibid.*

⁸ Sirtori et Coelho, « Refugees Access to Protection », *supra* note 4 au para 83.

⁹ *Résumé du Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement*, Note de la Présidente de l'Assemblée générale, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/61/515 (2006) au para 17.

pour les migrations¹⁰, le droit y applicable ne s'est pas nécessairement saisi de ces questions. L'article 33 de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer* a longtemps été la seule base juridique permettant l'exercice de police des mers au-delà de la mer territoriale¹¹. La question de l'immigration clandestine est quasiment absente de la *Convention*. Rattrapé par l'actualité dramatique, le droit est confronté à un constat amer : « les règles du droit de la mer et du droit international général répondent mal aux problèmes auxquels les États sont confrontés et surtout à leur préoccupation de contrôle de l'immigration et de prévention des trafics et de la traite des êtres humains¹². »

De nouvelles techniques doivent alors voir le jour, issues du développement de la coopération internationale des États d'une même région¹³. Elles se matérialisent par la mutualisation des moyens de lutte contre l'immigration clandestine en mer (II) et permettent de dépasser les insuffisances du droit international face au défi de l'immigration clandestine en mer (I).

I. Les insuffisances du droit international face au défi de l'immigration clandestine en mer

L'immigration clandestine fait partie de ces « problèmes [qui] dépassent les capacités des États individuels »¹⁴. Or, le droit international peine à fournir les instruments juridiques (A) et les institutions (B) adaptés à la lutte contre ces activités en mer.

¹⁰ Le trafic de migrants est défini à l'article 3(a) du *Protocole de Palerme* comme « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État », alors que « l'expression "entrée illégale" désigne le franchissement de frontières alors que les conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'État d'accueil ne sont pas satisfaites », art 3(b), *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2241 RTNU 519 (entrée en vigueur : 28 janvier 2004) [*Protocole de Palerme*].

¹¹ *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, 16 novembre 1994, 1834 RTNU 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994), art 33. L'OMI (Organisation maritime internationale) a néanmoins adopté une circulaire lors de sa 70^e session, établissant des directives intérimaires visant à la lutte contre les pratiques dangereuses liées au trafic ou au transport de migrants par mer. La circulaire du 11 décembre 1998 a été complétée et révisée par la circulaire du 12 juin 2001 : Organisation maritime internationale, *Interim Measures for Combating Unsafe Practices Associated with the Trafficking or Transport of Migrants by Sea*, Doc off OMI NU, 74^e sess, Doc NU MSC/Circ.896/Rev.1 (2001).

¹² Geneviève Bastid-Burdeau, « Migrations clandestines et droit de la mer », dans Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec, *La mer et son droit : Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, Paris, 2003 à la p 65 [Bastid-Burdeau, « Migrations clandestines »].

¹³ Tel est par exemple le cas de l'agence européenne FRONTEX.

¹⁴ PNUD, *Lever les barrières*, *supra* note 1 à la p 129.

A. Les insuffisances des instruments

Le domaine de l'immigration illégale par la voie maritime est placé au carrefour de diverses branches et secteurs du droit international public, tels que le droit de la mer (1), le droit de la lutte contre la criminalité transnationale organisée (2), le droit des réfugiés et le droit international des droits de l'homme (3). Elle n'est toutefois jamais abordée pour elle-même et reste à la périphérie de ces corps de règles, qui ne lui sont applicables que dans certaines circonstances particulières. Cette diversité crée une concurrence entre les règles juridiques qui tour à tour se complètent ou s'opposent. Il est alors parfois nécessaire de les concilier.

1. LA PROBLÉMATIQUE DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE EST TRÈS PEU ABORDÉE PAR LA *CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DE LA MER*. ON RETROUVE LE TERME « IMMIGRATION » À SIX REPRISES¹⁵

Ces dispositions donnent compétence à l'État côtier ou riverain pour adopter des lois et règlements relatifs au passage inoffensif dans sa mer territoriale¹⁶ ou en transit dans un détroit international¹⁷. L'État côtier peut alors intervenir pour mettre fin au passage dans sa mer territoriale si celui-ci ne revêt plus le caractère « inoffensif ». Ainsi, aux termes de l'article 19(2)(g) de la *Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer*, le passage d'un navire étranger est considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier s'il contrevient aux lois et règlements d'immigration de l'État côtier. Dans le même sens, la *CMB* confère à l'État côtier la compétence exclusive sur les îles artificielles, installations et ouvrages de sa zone économique exclusive (ZEE), y compris en matière de lois et règlements d'immigration¹⁸. Au-delà de la mer territoriale et des îles artificielles, installations et ouvrages de la ZEE, l'État côtier ne peut exercer des pouvoirs de police en matière d'immigration que dans sa zone contiguë¹⁹.

¹⁵ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 RTNU 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994) aux art 19(2)(g); 21(1)(h); 33(1)(a); 42(1)(d); 60(2); 182(b) [*CMB*]. La sixième occurrence n'est pas pertinente pour la lutte contre l'immigration clandestine en mer, elle concerne les privilèges et immunités des personnes agissant dans le cadre de l'Autorité internationale des fonds marins.

¹⁶ *Ibid* à l'art 21(1)(h) : « L'État côtier peut adopter, en conformité avec les dispositions de la *Convention* et les autres règles du droit international, des lois et règlements relatifs au passage inoffensif dans sa mer territoriale, qui peuvent porter sur les questions suivantes : [...] prévention des infractions aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'État côtier ».

¹⁷ *Ibid* à l'art 42(1)(d) : « Sous réserve de la présente section, les États riverains d'un détroit peuvent adopter des lois et règlements relatifs au passage par le détroit portant sur [...] la contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration des États riverains ».

¹⁸ *Ibid* à l'art 60(2).

¹⁹ *Ibid* à l'art 33. Le droit de visite que peut exercer l'État en mer en matière d'immigration clandestine est un droit classique. Il ne peut être exercé que lorsque la *CMB* l'y autorise expressément. L'État côtier est ainsi compétent pour intercepter les navires qui se livrent à une activité d'embarquement ou de débarquement d'une personne en contravention aux règles d'immigration de l'État côtier, dans sa

Plusieurs problèmes se posent, nés du caractère restrictif de la compétence des États en mer en matière d'immigration.

Dans un premier temps, l'État côtier ainsi que les États tiers se retrouvent sans outil juridique ni titre pour intervenir sur un navire se livrant à un trafic de migrants en haute mer ou au-delà de leur zone contiguë. Seul l'État du pavillon est compétent, conformément à l'incontournable règle coutumière de l'exclusivité de la juridiction du pavillon en haute mer. Aucune exception à cette règle n'est prévue en matière de lutte contre l'immigration illégale. L'État qui souhaite intervenir devra donc solliciter, au cas-par-cas, l'accord exprès de l'État du pavillon²⁰. Il convient néanmoins de noter que certains auteurs ont pu défendre un rattachement de la lutte contre le trafic de migrants à la lutte contre l'esclavage, revendiquant ainsi l'application des articles 99 et 100 de la *CMB* et de la compétence universelle en haute mer. Il reste donc à se demander, comme le fait le professeur Casado Raigón, si des pratiques comme celles de l'exploitation sexuelle, l'exploitation de la prostitution d'autrui, le travail forcé ou encore le prélèvement d'organes peuvent être considérés comme de l'esclavage²¹. Il ne semble pas que les dispositions en matière d'esclavage soient applicables en matière d'immigration clandestine. On ne peut évidemment pas exclure totalement cette application, mais elle doit être circonscrite aux cas de cumul des qualifications juridiques où les migrants sont également victimes de l'esclavage²².

Dans un second temps, se pose la question de savoir si l'État côtier peut empêcher le passage dans sa mer territoriale d'un navire transportant des passagers clandestins. L'article 19 de la *CMB* énonce clairement que le passage n'est plus inoffensif quand un navire se livre à une activité d'embarquement ou de débarquement d'une personne en contravention aux règles d'immigration de l'État côtier. Dans ce cas de figure, l'article 27(2) reconnaît à l'État côtier le droit de prendre toutes les mesures en vue de procéder à des arrestations à bord d'un navire qui quitte ses eaux intérieures²³. Le problème se pose par rapport aux navires transportant des migrants clandestins qui ont seulement l'intention de traverser la mer territoriale sans entrer dans les eaux intérieures. Portent-ils atteinte au bon ordre de l'État côtier au sens de l'article 19? La question a été posée par de nombreux auteurs,

mer territoriale ou sa zone contiguë. Ce droit ne peut se poursuivre au-delà de ces zones qu'en cas d'exercice valable du droit de poursuite codifié à l'article 111 de la *CMB*. Sur le droit de poursuite en matière d'immigration, voir Pablo Antonio Fernández Sánchez, « Illegal trafficking of people on the high seas », dans José Manuel Sobrino Heredia, dir, *Sûreté maritime et violence en mer. Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 69 aux pp 76-77 et voir également les décisions de la Cour provinciale de Las Palmas en Espagne du 17 mars 2006 à la p 79 [Fernández Sánchez, « Illegal trafficking »].

²⁰ Sauf en matière de navires sans nationalité : voir *CMB*, *supra* note 11 à l'art 110(1)(d), ou si l'intervention a pour objectif de prêter assistance à un navire en détresse : *ibid*, art 98. L'article 110 de la *CMB* relatif au droit de visite prévoit des exceptions autorisant les navires tiers à intervenir sur des navires ne battant pas leur pavillon, uniquement en matière de piraterie, d'esclavage ou d'émissions non autorisées.

²¹ Raigón, « *Trafic illicite* », *supra* note 5 à la p 17.

²² François-Xavier Saluden, « Le statut du migrant clandestin en haute mer », dans Daniel Dormoy et Habib Slim, dir, *Réfugiés, immigration clandestine et centre de rétention des immigrés clandestins en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2008 1 à la p 4.

²³ Raigón, « *Trafic illicite* », *supra* note 5 à la p 12.

tels que Geneviève Bastid-Burdeau²⁴ ou Rafael Casado Raigón²⁵. La réponse semble devoir être négative.

Enfin, le caractère restrictif du droit de la mer contemporain doit être atténué au regard de la compétence très large des États en matière de navires sans nationalité. En vertu de l'article 110(1)(d) de la *CMB*, tous les États conservent en haute mer un droit d'intervention sur des navires sans pavillon. Cette règle classique du droit de la mer découle de l'affirmation ancienne selon laquelle un navire ne battant le pavillon d'aucun État ne bénéficie d'aucune protection. Seuls les navires dotés de la nationalité d'un État en bonne et due forme jouissent des libertés de la haute mer²⁶. Il convient de citer à cet égard la jurisprudence du Privy Council britannique :

*the freedom of the open sea, whatever those words connote, is a freedom of the ships which fly, and are entitled to fly, the flag of a State which is within the comity of nations. The Asya did not satisfy these elementary conditions. No question of comity nor of any breach of international law can arise if there is no State under whose flag the vessel sails [...] the Asya could not claim the protection of any State nor could any State claim that any principle of international law was broken by her seizure*²⁷.

En matière d'immigration clandestine, le *Protocole de Palerme* confirme le droit de visite des navires sans nationalité²⁸, dès lors, tout État, sans plus de démarches, pourra arraisonner et visiter le navire et, si les autorités trouvent des preuves d'une activité illicite, prendra les mesures appropriées conformément au droit interne et au droit international pertinents²⁹. Par exemple, lors de l'interception par la marine espagnole le 2 avril 2006 d'un « cayuco » avec à son bord 36 migrants clandestins au large de Gran Canaria, la Cour suprême espagnole avait considéré que le fondement de la compétence espagnole résidait dans le fait que le navire était sans nationalité³⁰.

²⁴ Bastid-Burdeau, « Migrations clandestines », *supra* note 12 à la p 63.

²⁵ Raigón, « *Trafic ilicite* », *supra* note 5 à la p 12.

²⁶ Hersch Lauterpacht, dir, *Oppenheim's International Law*, 7^e éd, vol 1, Londres, Longmans, 1948 à la p 546 au para 261. La problématique des navires sans nationalité est largement développée en matière de pêcheries, considérée comme l'une de pratiques à combattre pour faire cesser la pêche illicite, non déclarée et non réglementée. Voir par exemple, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Mise en œuvre du Plan d'action international visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée*, Rome, FAO, 2002, à la p 18.

²⁷ *Naim Molvan v Attorney-General for Palestine*, [1948] 81 Ll L R 277 (R-U, PC). Il s'agissait d'un navire sans pavillon saisi par la marine de guerre britannique en haute mer avec à son bord 733 immigrants illégaux se dirigeant vers la Palestine. Le navire avait en effet arboré le pavillon turc, mais sans pouvoir le prouver, puis le pavillon d'Israël, alors que l'État n'existait pas encore à l'époque des faits. Il avait dès lors été considéré comme « sans nationalité ». Voir Anne Bardin « Coastal State's Jurisdiction over Foreign Vessels » (2002) 14 : 1 Pace Int'l L 27 à la p 50.

²⁸ *Protocole de Palerme*, *supra* note 10, art 8(7).

²⁹ Raigón, « *Trafic ilicite* », *supra* note 5 à la p 8.

³⁰ Voir la décision de la Cour suprême espagnole du 15 juin 2007 citée dans Fernández Sánchez, « Illegal trafficking », *supra* note 19 à la p 80. Voir également la décision de la Cour suprême espagnole du 20 septembre 2006, *ibid* à la p 79.

2. LE CADRE GÉNÉRAL DU DROIT INTERNATIONAL DE LA LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE EST LA *CONVENTION DES NATIONS UNIES DE 2000*³¹

Elle fixe les bases de la lutte contre les activités illicites transnationales et prévoit la possibilité d'adopter des protocoles afin de la compléter³². Ce fût chose faite avec l'adoption de deux protocoles pertinents dans le cadre de la lutte contre l'immigration clandestine en mer : le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer*³³, tous deux adoptés le 15 novembre 2000³⁴.

Le premier s'intéresse à la traite des personnes³⁵. Le second a vocation à régir la lutte contre le trafic de migrants³⁶. La première difficulté semble être de l'ordre de la qualification juridique. En effet, même si ces deux définitions sont clairement distinctes, en matière de lutte contre l'immigration clandestine en mer, il est parfois impossible d'établir une différence claire entre ces deux manifestations du trafic illicite des personnes³⁷, d'abord parce que le statut juridique est susceptible de changer au cours d'un voyage³⁸. Ensuite, parce que la notion de trafic de migrants recourt à une « situation de vulnérabilité », « c'est-à-dire aux causes socio-économiques sous-jacentes de la migration irrégulière, comme la pauvreté, le

³¹ *Convention des nations unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 RTNU 209 (entrée en vigueur : 29 septembre 2003).

³² *Ibid*, art 37.

³³ Il vient compléter, suite aux travaux d'un Comité intergouvernemental créé par l'Assemblée générale dans sa résolution 53/111 du 9 décembre 1998 : *Criminalité transnationale organisée*, Rés AG 53/111, Doc off AG NU, 53^e sess, Doc NU A/RES/53/111 (1998).

³⁴ Le *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* est entré en vigueur le 25 décembre 2003 conformément à son article 17 : *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319 [*Protocole relatif à la traite des personnes*]. Le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* est entré en vigueur le 28 janvier 2004, conformément à son article 22 : voir *Protocole de Palerme*, *supra* note 10.

³⁵ *Protocole relatif à la traite des personnes, ibid*, art 3(a).

³⁶ *Protocole de Palerme, supra* note 10, art 3(a).

³⁷ Raigón, « *Trafic illicite* », *supra* note 5 à la p 4. Voir également Montserrat Abad Castelos, « Measures taken by International Organizations to combat illicit human trafficking and transnational organized crime », José Manuel Sobrino Heredia, dir, *Sûreté maritime et violence en mer. Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 47 à la p 50 [Castelos, « Measures taken »]; voir également Natalia Ollus, *Protocol against the smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, supplementing the United Nations Convention against Transnational organized crime: a tool for criminal justice personnel*, Resource Material Series n° 62, Tokyo, United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, 2004.

³⁸ Commission mondiale sur les migrations internationales, *Les migrations dans un mode interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Rapport de la commission, Genève, SROKunding, 2005, aux pp 41-42.

chômage et le sous-développement »³⁹. L'un des apports majeurs de ces *Protocoles* reste cependant la sécurité juridique apportée par les définitions⁴⁰.

La seconde difficulté est née de l'insuffisance des dispositions du *Protocole de Palerme* en matière de lutte contre l'immigration clandestine en mer. Le *Protocole* ne dote pas les États Parties de moyens juridiques suffisants pour mener une lutte efficace. En effet, même s'il déclare, dans son préambule, qu'une action efficace visant à prévenir et combattre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer exige une approche globale et internationale, y compris une coopération, des échanges d'informations et d'autres mesures appropriées notamment d'ordre social et économique tant au niveau national, régional et international⁴¹, l'efficacité de la lutte est plus que jamais tributaire de la coopération des États dans les espaces maritimes. Dans la liste des propositions visant à trouver des solutions concrètes et efficaces lors des négociations, la consécration d'une nouvelle dérogation à la compétence exclusive de l'État du pavillon en haute mer était avancée⁴².

Tel est précisément l'objet de l'article 8 du *Protocole*. Ainsi, un État Partie qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire exerçant la liberté de navigation conformément au droit international et battant le pavillon ou portant les marques d'immatriculation d'un autre État Partie se livre au trafic illicite de migrants par mer « peut le notifier à l'État du pavillon, demander confirmation de l'immatriculation [et, si celle-ci est confirmée] demander l'autorisation à cet État de prendre les mesures appropriées à l'égard de ce navire »⁴³, notamment son arraisonnement, sa visite et, le cas échéant, les mesures appropriées à l'égard du navire, de sa cargaison et de son équipage. Dès lors, la disposition ne prévoit pas, au final, de nouvelle dérogation à la compétence exclusive de l'État du pavillon. Les pouvoirs de police des navires étrangers ne sont pas de même nature que ceux prévus, par exemple, en matière de piraterie. L'État du pavillon reste maître de ses navires et son consentement doit être recherché au cas par cas. Cette prépondérance est rappelée par le *Protocole* lui-même, lorsqu'il indique qu'un « État Partie ne prend aucune mesure supplémentaire sans l'autorisation expresse de l'État du pavillon, à l'exception de celles qui sont nécessaires pour écarter un danger imminent pour la vie des personnes ou de celles qui résultent d'accords bilatéraux ou multilatéraux pertinents »⁴⁴.

³⁹ Ainsi, il s'agit toujours d'une activité transnationale. En revanche, la traite des personnes n'exige pas nécessairement le franchissement d'une frontière internationale, mais elle implique le recours à la tromperie ou une véritable contrainte exercée sur les victimes et leur exploitation continue à leur arrivée à destination. En outre, « ceux qui s'y livrent tirent profit de cette exploitation, alors que les liens entre les trafiquants et les migrants sont dissous dès que le migrant arrive à destination et qu'il acquitte la somme due. Enfin, à l'inverse du trafic de migrants, la traite des personnes est une violation des droits des victimes » : *Migrations internationales et développement. Rapport du Secrétaire général*, Doc off AG NU, 60^e sess, Doc NU A/60/871 (2006) au para 278. Raigón, « *Trafic illicite* », *supra* note 5 à la p 4.

⁴⁰ Castelos, « *Measures taken* », *supra* note 37 à la p 50.

⁴¹ *Protocole de Palerme*, *supra* note 10, au préambule.

⁴² Voir *Rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée* sur les travaux de ses première à onzième sessions, Doc off AG NU, 55^e sess, Doc NU A/55/383 (2000).

⁴³ *Protocole de Palerme*, *supra* note 10, art 8(2).

⁴⁴ *Ibid*, art 8(5).

Ce formalisme complique et ralentit la lutte contre l'immigration clandestine en mer et pèse ainsi sur son efficacité. Les obligations qui pèsent sur les États Parties au *Protocole de Palerme*⁴⁵ ne sont pas suffisantes pour créer des conditions optimales pour la lutte contre ces pratiques. Enfin, le *Protocole* reste mal appliqué par les États⁴⁶.

En tout état de cause, la lutte contre la criminalité en mer reste essentiellement soumise à la loi du pavillon et à la liberté de la navigation, au grand dam de certains qui plaident pour une reconsidération des équilibres de la *Convention des Nations unies pour le droit de la mer*⁴⁷.

3. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT DES RÉFUGIÉS PEUVENT ÉGALEMENT ÊTRE APPLICABLES À LA SITUATION DES MIGRANTS CLANDESTINS PAR VOIE MARITIME, NOTAMMENT AU REGARD DE LA DANGÉROSITÉ DE CELLE-CI

Dans un premier temps, c'est au regard du droit à la vie que les droits de l'homme s'emparent de la question des migrations par la voie maritime. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de rappeler que le droit à la vie « astreint les États non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction⁴⁸. »

Les États ont ainsi l'obligation de préserver la vie humaine en mer. Cette obligation est également une règle classique du droit de la mer, l'obligation d'assistance. Elle joue lorsqu'un navire est en détresse, ce qui est souvent le cas en matière d'immigration clandestine et ce qui était le cas dans l'affaire du Tampa⁴⁹. Elle

⁴⁵ Les États Parties ont souscrit aux obligations suivantes : coopérer autant que possible à la prévention de trafic de migrants par mer (*ibid*, art 7); prêter assistance à un État pour l'arraisonnement des navires suspects battant leur pavillon (*ibid*, art 8(1)); informer l'État du pavillon lorsqu'il a pris des mesures concernant l'un de ses navires (*ibid*, art 8(3)); répondre sans retard à une demande que lui adresse un autre État Partie en vue de déterminer si un navire qui se prévaut de l'immatriculation sur son registre ou qui bat son pavillon y est habilité (*ibid*, art 8(4)); répondre sans retard à une demande que lui adresse un autre État Partie en vue d'arraisonner ou de visiter un navire battant son pavillon (*ibid*, art 8(4)); désigner une autorité habilitée à recevoir les demandes émanant des autres États parties (*ibid*, art 8(6)); échanger des informations avec les États concernés (*ibid*, art 10(1)); se conformer à toute demande de l'État Partie qui a communiqué des informations soumettant leur usage à des restrictions (*ibid*, art 10(2)); assurer ou renforcer la formation spécialisée des agents des services d'immigration et autres agents compétents (*ibid*, art 14(1)); coopérer avec les autres États, les organisations internationales et non gouvernementales en matière de formation (*ibid*, art 14(2)).

⁴⁶ Voir : Raigón, « *Trafic illicite* », *supra* note 5 à la p 18; voir également *Les océans et le droit de la mer. Rapport du secrétaire général*, Doc off AG NU, 62^e sess, Doc NU A/62/66 (2007) au para 73; voir aussi Castelos, « *Measures taken* » *supra* note 37 à la p 51.

⁴⁷ Raigón, « *Trafic illicite* », *supra* note 5 à la p 18.

⁴⁸ *Osman c Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII 7, CEDH à la p 3159 au para 115.

⁴⁹ Le 26 août 2001, à la demande des garde-côtes australiens, un cargo norvégien, le Tampa, porte secours à un navire en graves difficultés se trouvant dans eaux internationales et transportant 438

est codifiée par l'article 98 de la *CMB* et par la *Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS)*⁵⁰ et ses amendements, adoptés en 2004 et en vigueur depuis 2006, qui énoncent que les survivants doivent être débarqués des navires qui les ont assistés et être placés en lieu sûr⁵¹. Cette obligation d'assistance est également relayée par la *Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SAR)*, qui dispose que « les Parties intéressées doivent prendre les dispositions nécessaires pour que le débarquement [des personnes secourues] ait lieu dans les meilleurs délais raisonnablement possibles »⁵².

Si l'obligation de prêter assistance est assez bien respectée par les capitaines de navires, ces derniers se trouvent de plus en plus fréquemment confrontés aux refus des États les plus proches de laisser débarquer les migrants secourus dans leurs ports. Face à ces pratiques, l'Assemblée générale des Nations unies met en garde la société maritime. « Le nombre croissant d'accidents tragiques qui se sont produits pendant des migrations irrégulières dans la mer Méditerranée et ailleurs témoigne de l'importance qu'il y a à préserver le caractère absolu du régime de recherche et de sauvetage⁵³. » Elle continue en affirmant :

bien que ce soit une obligation en droit international de porter secours aux personnes en détresse en mer, elle n'est pas toujours respectée par les États du pavillon ni par les commandants et les équipages des navires battant leur pavillon. La réticence de certains États côtiers à autoriser le débarquement des personnes sauvées en mer ou l'imposition de conditions préalables au débarquement ou de sanctions aux compagnies maritimes peut porter atteinte au caractère absolu du régime de recherche et de sauvetage. Elle peut aussi porter atteinte à la protection dont ont besoin les demandeurs d'asile et les réfugiés qui peuvent se trouver parmi les rescapés et aboutir au refoulement⁵⁴.

migrants, pour la plupart d'origine afghane. Le Tampa fit route vers l'île Christmas, territoire australien et port le plus proche. Le lendemain, soit le 27 août, le gouvernement australien refusa aux réfugiés la permission de débarquer et ordonna au Tampa de quitter ses eaux territoriales. Le capitaine du Tampa refusa d'obéir, vu que son bateau n'était pas équipé pour transporter autant de passagers (capacité de 50 personnes). Le capitaine essaya également un refus de l'Indonésie, à 12 heures de là. Le Tampa entra dans les eaux territoriales australiennes en raison de la situation sanitaire à bord et de l'état de santé de plusieurs passagers et lança un signal de détresse. Le 29 août, l'armée australienne prit le contrôle du Tampa afin d'empêcher l'entrée des migrants sur l'île. L'affaire trouva son dénouement le 1^{er} septembre quand la Nouvelle-Zélande et Nauru acceptèrent de se charger d'évaluer elles-mêmes le bien-fondé des demandes d'asile. Voir Jean-Claude Icart, « L'Odyssée du Tampa. Analyse d'un cas emblématique dans la conjoncture du 11 septembre », Conférence présentée dans le cadre de la Table ronde *La Loi de l'immigration et la logique sécuritariste* organisée par la Chaire de recherches en immigration, ethnicité et citoyenneté, Université du Québec à Montréal, 2 octobre 2002, en ligne : <<http://criec.uqam.ca/upload/files/odysee.pdf>>.

⁵⁰ *Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 11 janvier 1974, 1184 RTNU 277 (entrée en vigueur : 25 mai 1980) [*Convention SOLAS*].

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Point 3.1.9 (amendement du 20 mai 2004 entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006) de la *Convention Internationale sur la Recherche et le Sauvetage maritime*, 29 avril 1979, 1405 RTNU 134 (entrée en vigueur : 22 juin 1985).

⁵³ *Rapport sur le droit de la mer*, *supra* note 3 au para 90.

⁵⁴ *Ibid* au para 84.

La Convention de 1951 sur les réfugiés prévoit en effet qu'

aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques⁵⁵.

Dans un second temps, c'est en matière d'expulsion et d'éloignement des étrangers que le droit international des droits de l'homme vient régir la lutte contre l'immigration clandestine en mer. La réglementation en matière de droits de l'homme vient ici se heurter à la coopération internationale dans la lutte contre le trafic de migrants.

Le droit international des droits de l'homme impose aux États de ne pas éloigner ou expulser de personnes si elles risquent, dans leur pays d'origine, un traitement cruel, inhumain ou dégradant, ou encore des actes de torture⁵⁶. En matière d'immigration clandestine en mer, la Cour européenne des droits de l'homme a pu faire application de cette règle, notamment dans l'affaire *Hirsi Jamaa c Italie*⁵⁷. Dans cette affaire, il s'agissait d'environ deux cent personnes qui avaient quitté la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes. Le 6 mai 2009, alors que les embarcations se trouvaient à trente-cinq milles marins au sud de Lampedusa, dans la « zone maritime de recherche et de sauvetage »⁵⁸ relevant de la compétence de Malte, ils avaient été approchés par trois navires de la garde des finances et des garde-côtes italiens. Les navires de guerre italiens ont procédé à l'interception des embarcations et les migrants ont été transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli, sans avoir été informés de leur véritable destination et sans effectuer aucune procédure d'identification. L'Italie a agi au titre d'accords bilatéraux conclus avec la Libye et entrés en vigueur le 4 février 2009. Dans ce cadre, du 6 au 10 mai 2009, plus de 471 migrants clandestins avaient été interceptés en haute mer et transférés vers la Libye conformément auxdits accords bilatéraux, ce qui constituait, selon les autorités italiennes « un moyen très efficace de lutter contre l'immigration clandestine »⁵⁹. Cette pratique, déjà condamnée par le Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou

⁵⁵ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954), art 33 [*Convention de 1951 sur les réfugiés*].

⁵⁶ Par exemple, au niveau régional, l'article 19 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* dispose que : « 1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants », voir *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, [2000] JO C 364/1 à la p 12.

⁵⁷ *Affaire Hirsi Jamaa et al c Italie*, n° 27765/09 [2012], [GC] II CEDH 1 au para 10 [*Hirsi Jamaa*].

⁵⁸ Ou « zone de responsabilité SAR ».

⁵⁹ Selon l'Italie, ladite politique décourageait les organisations criminelles liées au trafic illicite et à la traite des personnes, contribuait à sauver des vies en mer et réduisait sensiblement les débarquements de clandestins sur les côtes italiennes, débarquements qui, en mai 2009, avaient été cinq fois moins nombreux qu'en mai 2008. *Hirsi Jamaa*, *supra* note 57 au para 13.

dégradants du Conseil de l'Europe⁶⁰, est censurée par la Cour européenne. Elle constate « que le transfert des requérants vers la Libye a été exécuté en l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant » et viole ainsi l'article 4 du *Protocole 4*⁶¹.

La Cour européenne apporte, grâce à cette affaire, deux séries d'éclaircissements sur les obligations qui pèsent sur les États luttant contre l'immigration clandestine en mer.

Tout d'abord, la Cour étend aux migrants interceptés en haute mer sa jurisprudence relative à l'éloignement des étrangers initiée dès l'affaire *Soering c Royaume-Uni*⁶². En effet, les États membres du Conseil de l'Europe ne peuvent, sans violer la *Convention*, transférer des migrants interceptés ou secourus en mer à un État où ils risquent des traitements contraires à l'article 3. Et ce, même s'ils agissent en vertu de la *Convention internationale de coopération dans la lutte contre l'immigration clandestine*⁶³. Par ailleurs, la Cour va plus loin dans cette affaire en condamnant l'Italie non seulement pour avoir confié les migrants à la Libye, où ils risquaient des mauvais traitements, mais également parce que ce faisant, ils exposaient les requérants à une expulsion de la Libye vers l'Érythrée et la Somalie où ils risquaient également des traitements contraires à l'article 3. Ainsi, par une procédure de double ricochet, la Cour ouvre la brèche à la sanction des éloignements d'étrangers vers un pays où les garanties sembleraient réunies, s'il est probable, en vertu de la politique de cet État, qu'ils seront par la suite extradés vers un État où ils risquent des traitements contraires à l'article 3. On pourrait alors se demander si la Cour ne fait pas peser ici un « fardeau excessif » sur les États du Conseil de l'Europe.

En second lieu, la Cour met à la charge des États Parties l'obligation procédurale de procéder à l'examen individuel de la situation de chaque passager en cas d'interception en haute mer de migrants irréguliers, mais également dans le cadre d'une opération de sauvetage. Dans le cas contraire, l'éloignement des migrants sera qualifié d'expulsion collective d'étrangers et tombera sous le coup de l'interdiction de l'article 4(4). Elle peut également, selon le Haut-commissariat aux réfugiés, être qualifiée de refoulement au sens de la *Convention de Genève sur les réfugiés de 1951*⁶⁴ et engager la responsabilité internationale de l'État⁶⁵.

Dans le même sens, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a également reconnu l'importance de ces garanties procédurales dans l'affaire *The*

⁶⁰ Il a estimé dans un rapport rendu public le 28 avril 2010 que « la politique de l'Italie consistant à intercepter des migrants en mer et à les contraindre à retourner en Libye ou dans d'autres pays non européens constituait une violation du principe de non-refoulement ». *Ibid* au para 36.

⁶¹ *Ibid* aux para 185-186.

⁶² *Soering c Royaume-Uni* (1989), 161, CEDH (Sér A) 11 EHRR 439.

⁶³ *Protocole de Palerme*, *supra* note 10.

⁶⁴ *Convention de 1951 sur les réfugiés*, *supra* note 55.

⁶⁵ *Hirsi Jamaa*, *supra* note 57 au para 27.

*Haitian Center for Human Rights et al c United States*⁶⁶. Elle condamne les États-Unis pour avoir renvoyé des migrants haïtiens interceptés en haute mer, sans avoir procédé à une détermination adéquate de leur statut ni les avoir entendus afin de vérifier s'ils pouvaient prétendre au statut de réfugié⁶⁷.

La clarification de ces obligations à la charge des États permet également d'éviter qu'ils ne se rangent derrière l'obligation d'assistance pour se décharger de leurs obligations au regard du droit des réfugiés et du droit international des droits de l'homme.

Cet arrêt de la Cour européenne constitue alors une source inestimable de précision du droit applicable, mais également une avancée importante dans la protection des droits des migrants irréguliers en route vers l'Europe⁶⁸. Il vient alors compléter les précédentes décisions des juges de Strasbourg en la matière telles que le fameux arrêt *MSS c Belgique et Grèce*⁶⁹.

B. Les insuffisances des organes

Le cadre institutionnel international de la lutte contre l'immigration clandestine en mer souffre de nombreuses failles. Dans un premier temps, il est largement fractionné. Ainsi, l'UNODC (1), l'OMI (2), le HCR (3) ou encore l'OIM (4) sont concernés par cette activité de lutte. Cette liste non exhaustive met en lumière la diversité des organismes compétents. Si cette superposition d'institutions peut parfois se révéler bénéfique, notamment parce que leurs compétences se complètent plus qu'elles ne se chevauchent, le plus souvent elle sème confusion et éparpillement. Dans un second temps, les institutions internationales ne disposent pas des moyens juridiques et matériels pour faire face et combattre utilement les trafics visés.

1. L'OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME

L'Office du Secrétariat, est né en 1997, de la fusion du Programme des Nations unies pour le contrôle international des drogues et de la Division de la prévention du crime et de la justice pénale. Il est désormais chargé de lutter contre le crime, les trafics drogues et le terrorisme et d'assister les États membres dans la mise en œuvre de la *Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée* et ses *Protocoles*. L'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (UNODC) est notamment chargé de promouvoir leur ratification et d'aider les États à les mettre en œuvre, notamment en les assistant dans la modification du droit interne.

⁶⁶ *The Haitian Center for Human Rights et al v United States* (1997), Inter-Am Comm HR No 51/96, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 1997*, OEA/Ser.L/V/II.95/doc 7 au para 163.

⁶⁷ Cette décision serait d'autant plus importante qu'elle contredirait la position prise précédemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sale v Haitian Centers Council*, 509 US 155 (1993).

⁶⁸ Voir également Federico Lenzerini, « Il principio del non-refoulement dopo la sentenza "Hirsi" della Corte europea dei diritti dell'uomo » (2012) 3 *Rivista di diritto internazionale* 721.

⁶⁹ *MSS contre Belgique et Grèce*, n° 30696/09 [2011] CEDH (Sér A).

En ce sens, l'Office a élaboré des modèles de lois, tant sur la traite des personnes que sur le trafic de migrants. Le premier modèle ne fait pas de place particulière aux aspects maritimes or, les enjeux et les risques sont assez différents et nécessitent un traitement différencié⁷⁰. En revanche, le modèle de loi contre le trafic de migrants prête une attention particulière au volet maritime. Il y consacre un chapitre V intitulé « Cooperation regarding the smuggling of migrants at sea »⁷¹. Néanmoins, le mandat de l'UNODC ne lui permet d'intervenir qu'à la demande des États et reste largement limité à des compétences d'assistance technique et juridique.

2. L'ORGANISATION MARITIME INTERNATIONALE (OMI)

L'OMI a également pu se pencher sur la question de l'immigration clandestine en mer à la fois sous l'angle de la lutte contre le trafic, des passagers clandestins, mais également sous celui de l'assistance et du sauvetage en mer⁷².

En 1998, le Maritime Safety Committee (MSC) avait établi un groupe pour la rédaction de mesures intérimaires pour combattre les pratiques en relation avec le trafic ou le transport de migrants en mer, adoptées le 11 décembre 1998⁷³. La circulaire MSC/Circ896⁷⁴ invitait les États membres à reporter les incidents produits en mer et de transmettre à l'Organisation les mesures adoptées à cette occasion. On est néanmoins contraint de noter la très mauvaise coopération des États membres, qui ne fournissent pas les informations demandées par OMI⁷⁵. On en veut pour preuve le récent rapport biannuel de décembre 2011 dans lequel on note que l'intégralité des 103 incidents reportés l'ont été par l'Italie⁷⁶. En matière de passagers clandestins, l'OMI a adopté des lignes directrices pour la prévention de l'accès de ces passagers et

⁷⁰ Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 51. Pour lire le modèle de loi voir : UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, Vienne, Nations Unies, 2009, en ligne : UNODC <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_against_TIP.pdf>.

⁷¹ UNODC, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, Vienne, Nations Unies, 2010, en ligne : <http://www.unodc.org/documents/legal-tools/Model_Law_Smuggling_of_Migrants.pdf>. Voir également Mc Adam et Nicot, *Smuggling of Migrants*, *supra* note 4 à la p 66.

⁷² Les résolutions pertinentes sont les suivantes : *Enhancement of safety of life at sea by the prevention and suppression of unsafe practices associated with alien smuggling by ships*, Doc off OMI NU, 18^e session, Doc OMI A18/Rés773 (1993); *Guidelines on the allocation of responsibilities to seek the successful resolution of stowaway cases*, Doc off OMI NU, 20^e sess, supp n°13, Doc OMI A20/Rés871 (1997); *Combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea*, Doc off OMI NU, 20^e sess, supp n° 9, Doc OMI A20/Rés867 (1997); OMI, Maritime Safety Committee, *Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea*, Doc off OMI NU, 74^e sess, Doc OMI MSC1/Circ.896Rev1 (2001). [*Interim measures*].

⁷³ OMI, *Report of the Maritime Safety Committee on its sixty-ninth session*, Doc off OMI NU, 69^e sess, supp n° 22, Doc OMI MSC 69/22 (1998) à la p 82.

⁷⁴ *Interim measures*, *supra* note 72.

⁷⁵ Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 aux pp 55-56.

⁷⁶ La grande majorité des incidents reportés ont eu lieu au large de Lampedusa. Ils concernent plus de 12 000 migrants illégaux. OMI, Maritime Safety Committee, *Unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea. Second biannual report*, Doc off OMI NU, Doc OMI MSC3/Circ20 (2011).

la répartition de la responsabilité des États⁷⁷. Elles prévoient, à leur point 3, des principes de base pour prévenir et traiter les incidents impliquant un passager clandestin tels que l'observation des principes d'humanité, de la sécurité du passager clandestin et du navire⁷⁸; de la coopération des divers acteurs pour la prévention de ce type d'incidents (propriétaire du navire, État du port, autorités publiques)⁷⁹; ou encore de l'application de la *Convention de Genève sur les réfugiés* si les individus concernés sont des demandeurs d'asile⁸⁰. L'OMI a également mis sur pied un système permettant aux États membres de reporter les incidents impliquant un passager clandestin. Là encore, la coopération reste très insuffisante⁸¹.

En matière de sauvetage en mer et de ses suites, l'OMI a également adopté des lignes directrices pour prévoir le traitement des personnes secourues en mer⁸². Elles rappellent le droit international pertinent en matière de secours en mer, ainsi que les dispositions des *Conventions SAR* et *SOLAS* et mettent en avant les principes cardinaux du secours en mer, qui s'appliquent aux migrants illégaux. En particulier : « [a]ll persons in distress at sea should be assisted without delay [...] [f]lag and coastal States should have effective arrangements in place for timely assistance to shipmasters in relieving them of persons recovered by ships at sea⁸³. »

Ces recommandations ne présentent néanmoins aucun caractère obligatoire, même si elles ne font, la plupart du temps, que reprendre le droit international existant. L'OMI a eu l'occasion d'affirmer avec fermeté que

survivors, regardless of nationality or status, including undocumented migrants, asylum seekers, refugees and stowaways, are treated while on board in the manner prescribed in the relevant IMO instruments and in accordance with relevant international agreements and long-standing humanitarian maritime traditions⁸⁴,

probablement en réaction à l'actualité internationale ainsi qu'à la pratique des États en la matière⁸⁵.

⁷⁷ OMI, Facilitation Committee, *Revised guidelines on the prevention of access by stowaways and the allocation of responsibilities to seek the successful resolution of stowaway cases*, Doc off OMI NU, 69^e sess, Doc OMI FAL1137/17, Annexe 1 (2011).

⁷⁸ *Ibid.*, art 3(1).

⁷⁹ *Ibid.*, art 3(2).

⁸⁰ *Ibid.*, art 3(7).

⁸¹ Voir par exemple le rapport du 29 novembre, qui ne contient aucun incident reporté : OMI, *Report on Stowaway Incidents*, Doc off OMI NU, Doc OMI, FAL2/Circ50/Rev2 (2010).

⁸² OMI, Maritime Safety Committee, *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, Doc off OMI NU, 78^e sess, Doc OMI A78/Rés167 (2004).

⁸³ *Ibid.* à la p 4.

⁸⁴ *Review of safety measures and procedures for the treatment of persons rescued at sea*, Doc off OMI NU, 22^e sess, supp n^o 8, Doc OMI A22/Rés920 (2001) 1 à la p 3.

⁸⁵ Sur l'obligation de l'État d'accepter sur son territoire les personnes secourues en mer, voir également OMI, Facilitation Committee, *Principles relating to administrative procedures for disembarking persons rescued at sea*, Doc off OMI NU, Doc NU FAL3/Cir194 (2009). Sur ce point, voir également Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 57.

La compétence de l'OMI reste enserrée dans les limites de son traité constitutif. Elle n'a pas le pouvoir d'imposer aux États, elle ne peut que faire des recommandations, élaborer un système de consultation entre les États membres ou, et c'est peut-être là sa tâche la plus intéressante, « élaborer des projets de convention, d'accords et d'autres instruments appropriés, les recommander aux gouvernements et aux organisations intergouvernementales et convoquer les conférences qu'elle juge nécessaires⁸⁶. »

En matière d'immigration clandestine en mer, l'OMI a une action abondante qui passe par l'adoption de résolutions ou de circulaires destinées à assister les États dans la lutte contre les divers aspects de cette activité. Leur mise en œuvre reste néanmoins tributaire de la volonté des États membres, ce qui, on l'a vu, limite considérablement leur efficacité.

3. LE MANDAT DU HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS PEUT RECOUPER LES PROBLÉMATIQUES SOULEVÉES PAR LA LUTTE CONTRE L'IMMIGRATION CLANDESTINE EN MER

Chargé de la protection des personnes en quête d'asile et des réfugiés, le Haut-commissariat pour les réfugiés (HCR) va être appelé à se prononcer et à intervenir sur des migrants illégaux en mer, dès lors qu'ils ont l'intention de faire une demande d'asile. La situation est, cette fois, abordée en termes de protection des personnes⁸⁷.

Ainsi, en matière maritime, le Comité exécutif du HCR « a fait appel aux États pour qu'ils observent scrupuleusement les dispositions concernant le sauvetage en mer, contenues dans la *Convention de Bruxelles* de 1910 et la *Convention des Nations Unies* de 1958 sur la haute mer, et leur a instamment demandé de n'épargner aucun effort pour veiller à ce que les capitaines de navire respectent les dispositions de ces instruments juridiques en toutes circonstances »⁸⁸, et « a également fait appel aux États pour qu'ils fassent bénéficier du premier asile les réfugiés et personnes déplacées recueillis en mer ou venus directement par mer »⁸⁹. Dans le même sens, le Comité avait noté avec préoccupation que des réfugiés arrivant par mer s'étaient vus refuser l'asile, même temporaire, ce qui avait mis leur vie en danger. Il a en ce sens

⁸⁶ *Convention portant création de l'Organisation maritime internationale*, 6 mars 1948, 289 RTNU 3, (entrée en vigueur : 17 mars 1958) art 2(b) [*Convention OMI*].

⁸⁷ Le Comité exécutif s'est par exemple déclaré « gravement préoccupé par le fait que, malgré certains progrès, des personnes en quête d'asile se trouvant en mer continuaient d'être victimes d'attaques de pirates et a demandé au Haut-Commissaire, en coopération avec le Comité international de la Croix-Rouge, d'autres organisations intéressées et les pays concernés, de chercher à obtenir l'appui de la communauté internationale pour poursuivre et intensifier les efforts visant à protéger les réfugiés contre les actes de violence en mer et à aider les victimes ». Voir UNHCR, *Conclusions générales du comité exécutif n°21*, 21 octobre 1981, point (g), en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.fr/4b30a2561d.html>>.

⁸⁸ UNHCR, *Fonctionnement du Sous-Comité plénier et Conclusions générales du comité exécutif n° 2*, 12 octobre 1976, point (g), en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.fr/4b30a259e.html>>.

⁸⁹ *Ibid* aux points (g)-(h).

demandé aux États de veiller à ce que les commandants de navires battant leur pavillon respectent les règles relatives au sauvetage en mer et « prennent toutes les mesures nécessaires pour sauver les réfugiés et les personnes déplacées ayant quitté leur pays d'origine par bateau pour chercher asile et se trouvant en détresse en mer »⁹⁰. Le HCR a ainsi fait de l'obligation humanitaire de permettre aux navires en détresse de chercher refuge dans leurs eaux et d'accorder l'asile ou tout au moins un refuge provisoire aux personnes à bord qui souhaitent chercher asile, un principe général pesant sur les États côtiers⁹¹.

Le HCR s'est également penché plus précisément sur le cas des passagers clandestins et réaffirme qu'ils doivent bénéficier des mêmes garanties que les autres demandeurs d'asile en terme de non refoulement⁹². En particulier « les passagers clandestins en quête d'asile doivent être protégés contre un retour forcé dans leur pays d'origine et doivent, quand c'est possible, être autorisés à débarquer au premier port d'escale et se voir offrir la possibilité d'une détermination de leur statut de réfugié »⁹³.

L'action du HCR en matière d'immigration clandestine en mer reste néanmoins limitée aux cas des demandeurs d'asile⁹⁴.

4. LA CONSTITUTION DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DES MIGRATIONS NE FAIT AUCUNE MENTION DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE ET NE DONNE PAS EXPRESSÉMENT MANDAT À L'ORGANISATION EN LA MATIÈRE

Elle est, au contraire, chargée d'organiser les migrations, notamment pour ceux pour qui « les facilités existantes sont inadéquates ou qui, autrement, ne seraient pas en mesure de partir sans assistance spéciale vers des pays offrant des possibilités de migration ordonnée »⁹⁵. La *Constitution de l'OIM* prévoit également la compétence de l'organisation en matière de transfert organisé des réfugiés, des personnes déplacées et d'autres personnes ayant besoin de services internationaux de migration⁹⁶. Il semblerait donc que ce soit sur ce fondement que l'Organisation ait développé une action en matière d'immigration clandestine. La plus notable reste la création du Fonds d'assistance global. Il s'agit d'un mécanisme d'urgence qui procure une aide individualisée aux victimes de la traite qui ne peuvent bénéficier de

⁹⁰ UNHCR, *Conclusions générales du comité exécutif n°14*, 16 octobre 1979, en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.fr/4b30a250e.html>>.

⁹¹ UNHCR, *Conclusions générales du comité exécutif n°15*, 16 octobre 1979, au point (c), en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.fr/4b30a25fe.html>>.

⁹² Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 60.

⁹³ UNHCR, *Passagers clandestins en quête d'asile n° 53*, 1988, point 2, en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.fr/4b30a26319.html>>.

⁹⁴ Pour le mandat du HCR, voir *Statut du Bureau du Haut Commissariat des Nations*, Rés AG 428(V), Doc off AG NU, 5^e sess, Doc NU A/428, (1950).

⁹⁵ *Constitution de l'Organisation internationale pour les migrations*, 19 octobre 1953 (entrée en vigueur : 30 novembre 1954) tel qu'amendée le 20 mai 1987, art 1(1)(a) [*Constitution OIM*].

⁹⁶ *Ibid*, art (1)(b).

l'assistance offerte par d'autres projets d'échelle régionale ou nationale. Ce programme permet de fournir un logement salubre, des soins médicaux, un soutien psychologique, une assistance juridique, le remplacement de documents de voyage perdus ou volés ou encore une orientation professionnelle, etc.

Il permet un retour volontaire assisté « lorsque le bénéficiaire exprime le désir de rentrer dans son pays »⁹⁷, ainsi qu'une aide à la réintégration telle qu'une assistance immédiate à l'arrivée, un encadrement éducatif pour le bénéficiaire ou ses enfants, une formation professionnelle ou encore des subventions à la création d'entreprise. Le Fonds, financé par les États-Unis d'Amérique, a apporté un appui direct à plus de 1 120 victimes de la traite depuis sa création en 2000. Dans le même sens, l'OIM a mis en place le Programme d'assistance humanitaire aux migrants en détresse destiné aux personnes les plus vulnérables, indépendamment de leur statut (victimes d'un trafic ou de la traite, en situation régulière ou irrégulière) « pour autant qu'elles aient véritablement besoin d'assistance, qu'elles soient prêtes à changer de situation et qu'elles ne soient pas admissibles à un autre programme géré par l'OIM ou un organisme différent »⁹⁸.

Le Programme a aidé 1 286 personnes à rentrer dans leur pays d'origine depuis 2006. Toutefois, le traité constitutif de l'OIM reconnaît que « les critères d'admission et le nombre des immigrants à admettre sont des questions qui relèvent de la compétence nationale des États » et doit ainsi se conformer aux lois et règlements ainsi qu'à la politique des États intéressés⁹⁹.

L'action conjuguée de toutes ces institutions internationales¹⁰⁰ permet d'assurer aux États une assistance en termes de lutte contre l'immigration clandestine en mer et ses conséquences, mais force est de constater que nous sommes loin de disposer d'un système international réactif, efficace et adapté aux particularités de ce phénomène. Afin de dépasser ces difficultés, une coopération entre ces organes tente d'être mise en place, mais elle reste ponctuelle. Par exemple, une coopération a été mise en place entre la Commission européenne et UNODC pour la mise en œuvre du *Protocole de Palerme* depuis 2009¹⁰¹. En matière de traitement des personnes sauvées en mer, il convient de noter l'initiative inter-agence des Nations Unies¹⁰² qui réunit l'OMI, la Division des affaires maritimes et du droit de la mer de l'ONU, l'UNHCR, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, l'UNODC et l'OIM. L'intérêt majeur de cette initiative est d'établir un mécanisme coordonné pour être en mesure de répondre de manière cohérente et coordonnée aux urgences futures. Le mécanisme,

⁹⁷ OIM, *État de la migration dans le monde 2010. L'avenir des migrations : renforcer les capacités face aux changements*, 2010 à la p 41, en ligne : OIM <http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_FRENCH.pdf>.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Constitution OIM*, *supra* note 95, art (1)(3).

¹⁰⁰ L'auteur a présenté l'action de certaines institutions internationales, mais la liste est loin d'être exhaustive. Par exemple, le UNHCHR, INTERPOL ou encore l'OIT et l'UNESCO ont pu développer certaines politiques en matière d'immigration clandestine.

¹⁰¹ Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 65.

¹⁰² Connue sous le nom de « United Nations inter-agency initiative on the treatment of persons rescued at sea ».

initié en 2003, est en cours de réalisation. La réalisation majeure de l'initiative est pour le moment la rédaction commune d'un guide reprenant les principes et pratiques applicables aux réfugiés et aux migrants sauvés en mer¹⁰³, ainsi que les obligations des navires et des gouvernements. Toutefois, si cette initiative semble être un progrès considérable vers une meilleure coordination de l'action des institutions internationales, elle réaffirme avec force les aires de compétence respectives des organisations et agences concernées¹⁰⁴. Une initiative similaire a vu le jour en 2007 en matière de traite, qui regroupe l'Organisation Internationale du travail, l'Organisation internationale pour les migrants, le Fond des Nations-Unies pour l'enfance, le Haut-Commissariat des réfugiés et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe¹⁰⁵.

Le mandat de ces deux initiatives peut être amené à recouper des problématiques d'immigration clandestine en mer, mais force est de constater que ce n'est pas systématique. On touche ici au problème majeur qui anime la lutte contre ces pratiques maritimes : elles sont susceptibles d'être abordées par de nombreux corps de règles, mais toujours de manière accessoire et jamais de manière principale. Il en résulte un émiettement du droit applicable et une multiplication des acteurs impliqués. Dès lors, même s'il apparaît nécessaire de souligner le tissage constant de liens entre toutes ces institutions, le caractère éclaté et sectoriel de la lutte reste un défi majeur.

II. Le renforcement de la coopération internationale face au défi de l'immigration clandestine en mer

Face à l'inadéquation des règles et des acteurs de la lutte contre l'immigration clandestine en mer, les États ont tenté de dépasser ces insuffisances par la coopération bilatérale (A) ou régionale (B). Ces techniques sont généralement fondées sur une approche de proximité, plus réduite géographiquement et plus adaptée aux enjeux locaux, conformément à l'article 17 du *Protocole de Palerme*¹⁰⁶.

¹⁰³ OMI et UNHCR, *Rescue at Sea. A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees* (2006), en ligne : Refworld <<http://www.refworld.org/docid/45b8d1e54.html>>.

¹⁰⁴ OMI, *Report of the thirty-first session of the Facilitation Committee*, Doc Off OMI NU, 31^e sess, Doc OMI FAL 31/20 (2004) à la p 31.

¹⁰⁵ Voir UNGIFT, *United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking*, 2013, en ligne : <<http://www.ungift.org>>.

¹⁰⁶ *Protocole de Palerme*, *supra* note 10 à l'art 17.

A. Le dépassement de l'unilatéralisme par la coopération internationale

On observe une gradation dans la coopération bilatérale mise en place par des États, souvent voisins. Les accords ainsi conclus peuvent prévoir tour à tour le partage d'information (1), la coopération en matière pénale (2), ou encore la surveillance conjointe des zones maritimes touchées par l'immigration clandestine (3).

1. PREMIER DEGRÉ DE LA COOPÉRATION, L'ÉCHANGE D'INFORMATION EN MATIÈRE D'IMMIGRATION CLANDESTINE EN MER EST PRÉVUE PAR CERTAINS ACCORDS BILATÉRAUX

Par exemple, le gouvernement italien et le Conseil national de transition libyen ont conclu à Naples en juin 2011 un accord pour gérer les flux migratoires. « [II] confirme l'engagement à une gestion partagée du phénomène migratoire à travers l'application de l'accord italo-libyen pour la collaboration dans la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée, le trafic de drogue et l'immigration clandestine¹⁰⁷, » et prévoit un échange d'informations entre les deux pays sur les flux d'immigration illégale, sur les organisations de trafiquants, leurs modes d'action et itinéraires ainsi que sur la falsification de documents d'identité. Le précédent traité conclu entre les deux États avait été suspendu lors du conflit Libyen¹⁰⁸. Il avait permis, selon les autorités italiennes, la diminution de 94 % des débarquements de clandestins en Italie, avec une politique de refoulement immédiat, d'ailleurs dénoncée par les associations de défense des droits de l'homme et condamnée par la Cour européenne¹⁰⁹. Préalable nécessaire, le partage d'informations n'est néanmoins pas suffisant pour enrayer les phénomènes migratoires illégaux et les combattre.

2. EN MATIÈRE DE COOPÉRATION EN MATIÈRE PÉNALE, IL CONVIENT DE CITER L'ACCORD BILATÉRAL DE COOPÉRATION POLICIÈRE, DATÉ DU 13 DÉCEMBRE 2003, CONCLU ENTRE LA TUNISIE ET L'ITALIE.

Il a pour objet principal de former les forces de police tunisiennes au contrôle renforcé de la frontière maritime avec l'Italie. Il prévoit une assistance technique et une coopération accrue entre les autorités des deux pays.

¹⁰⁷ « Rome et le CNT libyen scellent un accord pour gérer les flux migratoire », *Le Point* (17 juin 2011) en ligne : http://www.lepoint.fr/monde/rome-et-le-cnt-libyen-scellent-un-accord-pour-gerer-les-flux-migratoires-17-06-2011-1343236_24.php.

¹⁰⁸ « D'après une déclaration du ministre italien de la Défense, en date du 26 février 2011, l'application des accords entre l'Italie et la Libye a été suspendue à la suite des événements de 2011 », voir *Hirsi Jamaa*, *supra* note 57 au para 21.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Dans le même sens, la *Convention sur la coopération en matière de lutte contre la délinquance* entre l'Espagne et le Sénégal datée 5 décembre 2006 vise également la coopération notamment pénale dans la lutte contre l'immigration illégale et le trafic d'êtres humains¹¹⁰. L'Espagne, tout comme l'Italie, a conclu de nombreux accords de ce type, étant particulièrement touchée par l'immigration clandestine par voie maritime. La *Convention entre l'Espagne et le Cap-Vert sur la coopération en matière de lutte contre la délinquance* du 26 juin 2006 en est un autre exemple, il comprend une section consacrée à l'immigration illégale en mer entre les deux États¹¹¹.

3. CERTAINS ACCORDS BILATÉRAUX VONT ENCORE PLUS LOIN ET PRÉVOIENT DE COMPENSER LA FAIBLESSE DE LA SURVEILLANCE DES ZONES MARITIMES RELEVANT DE LA JURIDICTION DE CERTAINS ÉTATS DU SUD PAR LE DÉVELOPPEMENT DE PATROUILLES COMMUNES

Tel est le cas de l'*Accord entre l'Espagne et le Cap-Vert relatif à la surveillance conjointe des espaces maritimes sous souveraineté et juridiction du Cap-Vert*¹¹². L'*Accord* prévoit deux types d'actions : des patrouilles communes dans les zones sous la souveraineté du Cap-Vert et des requêtes d'assistance de la part du Cap-Vert pour l'intervention sur les navires soupçonnés de se livrer à un trafic de migrants. Toutefois, afin de préserver la souveraineté capverdienne, les navires espagnols patrouillant dans les eaux du Cap-Vert doivent embarquer un agent du Cap-Vert¹¹³ et au moins un membre des garde-côtes pour faciliter les opérations¹¹⁴. Les inspections, saisies et visites sont menées uniquement par les autorités du Cap-Vert ou sous leur contrôle¹¹⁵.

Dans le même sens, un accord entre l'Italie et l'Albanie du 25 mars 1997 autorisant les navires de guerre italiens à arraisonner, dans les eaux internationales ou dans les eaux territoriales albanaises, tout navire transportant des citoyens albanais s'étant soustraits aux contrôles exercés sur le territoire albanais par les autorités

¹¹⁰ *Convention entre le gouvernement de la République du Sénégal et le gouvernement du Royaume d'Espagne sur la coopération en matière de lutte contre la criminalité*, 5 décembre 2006, BOE n° 63, 14 mars 2009, 25246.

¹¹¹ *Convention entre le Royaume d'Espagne et la République du Cap-Vert sur la coopération en matière de lutte contre la délinquance*, 26 juin 2006, BOE n° 153, 25 juin 2008, 28313.

¹¹² *Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Cap-Vert relatif à la surveillance conjointe des espaces maritimes sous souveraineté et juridiction du Cap-Vert*, 21 février 2008 (entrée en vigueur : 3 avril 2009), BOE n°136, 5 juin 2009, 47545 [*Accord Espagne et Cap-Vert sur la surveillance*]. Voir sur cet *Accord* Isabel Lirola Delgado, « Spain and the smuggling of immigrants by sea: an analysis in the light of the Palermo Protocol », dans José Manuel Sobrino Heredia, dir, *Sûreté maritime et violence en mer. Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 85 aux pp 97-98.

¹¹³ *Accord Espagne et Cap-Vert sur la surveillance*, *ibid*, art 3.

¹¹⁴ *Ibid*, art 6 (3).

¹¹⁵ *Ibid*, art 6 (5).

compétentes de ce pays¹¹⁶. Ce traité bilatéral est complété par un protocole daté du 2 avril 1997. Il autorisait notamment les navires de guerre italiens à pénétrer dans les eaux territoriales albanaises, à formuler une demande d'information et à procéder à une inspection pour vérifier la véracité des informations et à ordonner le retour du navire dans un port albanais lorsque son équipage refuse l'inspection ou lorsque des irrégularités sont décelées¹¹⁷.

L'accord bilatéral conclu le 29 décembre 2007 par l'Italie et la Libye à Tripoli constitue un autre exemple de la pratique des patrouilles communes. Il s'agit d'un accord de coopération pour la lutte contre l'immigration clandestine, complété d'un *Protocole additionnel de mise en œuvre de l'Accord*. Il prévoit notamment que :

l'Italie et la Grande Jamahiriya [arabe libyenne populaire socialiste] s'engagent à organiser des patrouilles maritimes à l'aide de six navires mis à disposition, à titre temporaire, par l'Italie. À bord des navires seront embarqués des équipages mixtes, formés de personnel libyen ainsi que d'agents de police italiens, aux fins de l'entraînement, de la formation et de l'assistance technique pour l'utilisation et la manutention des navires. Les opérations de contrôle, de recherche et de sauvetage seront conduites dans les lieux de départ et de transit des embarcations destinées au transport d'immigrés clandestins, tant dans les eaux territoriales libyennes que dans les eaux internationales, dans le respect des conventions internationales en vigueur et selon les modalités opérationnelles qui seront définies par les autorités compétentes des deux pays¹¹⁸.

Par ailleurs, l'Italie s'engageait à céder à la Libye, pour une période de trois ans, trois navires sans pavillon¹¹⁹. Le 4 février 2009, l'Italie et la Libye ont conclu à Tripoli un *Protocole additionnel visant au renforcement de la collaboration bilatérale aux fins de la lutte contre l'immigration clandestine*. Ce dernier *Protocole* modifiait partiellement l'accord du 29 décembre 2007, notamment en prévoyant que les Parties s'engagent à organiser des patrouilles maritimes avec des équipages communs formés de personnel italien et de personnel libyen, équivalents en nombre, expérience et compétence¹²⁰. « Les patrouilles opèrent dans les eaux libyennes et internationales sous la supervision de personnel libyen et avec la participation d'équipages italiens, et dans les eaux italiennes et internationales sous la supervision de personnel italien et

¹¹⁶ *Accordo per scambio di lettere tra i ministri degli affari esteri della repubblica italiana e la repubblica di Albania del 25 marzo 1997 relativo al controllo e il contenimento in mare degli espatri clandestini*, Gazz Uff, 5 juillet 1997, supp n° 163 [*Accord bilatéral entre l'Albanie et l'Italie*]. Fabio Caffio, « L'accordo fra Italia e Albania per il controllo e il contenimento in mare degli espatri clandestini » (1997) 507 *Rivista Marittima* (Ministère de la Défense) 109.

¹¹⁷ *Accord bilatéral entre l'Albanie et l'Italie*, cité notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans *Affaire Viron Xhavera et quinze autres contre l'Italie et l'Albanie* *Italie*, n° 39473/98 [2001], CEDH au para B. c).

¹¹⁸ *Hirsi Jamaa*, *supra* note 57 au para 19 [Traduction non officielle. Traduction du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme].

¹¹⁹ Art 3 du *Protocole additionnel* fixant les modalités opérationnelles et techniques de la mise à exécution de l'accord bilatéral de coopération pour la lutte contre l'immigration clandestine, 29 décembre 2007, cité par *Hirsi Jamaa*, *supra* note 57 au para 19.

¹²⁰ *Protocole additionnel* visant au renforcement de la collaboration bilatérale aux fins de la lutte contre l'immigration clandestine, cité par *Hirsi Jamaa*, *supra* note 57 au para 19.

avec la participation de personnel libyen¹²¹. »

Ce type d'accord permet de dépasser l'incapacité, souvent matérielle de certains États côtier de procéder à une surveillance effective de leurs zones maritimes. Les États sur le territoire desquels la surveillance conjointe se déroule ont parfois pu dénoncer ou refuser leur application, comme la Tunisie qui refusa d'inclure dans l'*Accord bilatéral* avec l'Italie du 5 avril 2011 la création patrouilles communes¹²².

Si l'on ne peut que noter une nette amélioration de l'effectivité de la surveillance des zones maritimes en cause, l'on ne saurait conclure ce paragraphe sans émettre des réserves, notamment en matière de compatibilité avec le droit des réfugiés et le droit international des droits de l'homme¹²³. Par ailleurs, on ne peut que noter avec l'UNODC que

*the limits of bilateral cooperation agreements must be acknowledged. Bilateral cooperative policies may simply result in diversion of migrant smuggling routes, which may become longer and more dangerous for migrants concerned to evade detection. In other words, where criminal justice response along one route strengthens, the route and the modus operandi will be diverted to where no such cooperation has been achieved. This adaptability of smugglers to the cooperative responses of those who would stop them, underscores the need for authorities to cooperate quickly and widely, so that areas of impunity for smugglers are quickly removed. In this sense, the value of regional cooperation agreements has been emphasised*¹²⁴.

B. Le développement d'une approche régionale de la lutte contre l'immigration clandestine

La voie régionale pourrait apparaître comme une solution optimale afin d'allier le caractère adapté des solutions envisagées au niveau local et l'atténuation du risque de déplacement du phénomène sur des zones maritimes voisines. Il se développe alors largement grâce aux processus consultatifs régionaux (1), aux instruments (2), ainsi qu'aux mécanismes intégrés (3). Toutefois, il convient de noter que l'efficacité de la lutte se heurte au respect des droits fondamentaux des migrants.

¹²¹ *Hirsi Jamaa*, supra note 57 au para 20 [Traduction du greffe de la CEDH]. Le 30 août 2008, l'Italie et la Libye signèrent à Benghazi le *Traité d'amitié, de partenariat et de coopération* qui prévoit, en son article 19, des efforts pour la prévention du phénomène de l'immigration clandestine dans les pays d'origine des flux migratoires. Aux termes de l'article 6 du *Traité*, l'Italie et la Libye s'engageaient à agir conformément aux principes de la *Charte des Nations Unies* et de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista*, 30 août 2008, XVI^e lég, Chambre des députés n° 2041, en ligne : Camera.it
<http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apritelecomando_wai.asp?codice=16pd10017390>

¹²² Souhayma Ben Achour et Monia Ben Jemia, *Révolutions tunisienne et migration clandestine vers l'Europe : réactions européennes et tunisienne*, Italie, CARIM-AS N° 2010/65 aux pp 2-3.

¹²³ Voir *Hirsi Jamaa*, supra note 57.

¹²⁴ Mc Adam et Nicot, *Smuggling of Migrants*, supra note 4 à la p 35.

1. LES PROCESSUS CONSULTATIFS RÉGIONAUX EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE L'IMMIGRATION CLANDESTINE EN MER NE SONT PAS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES RÉGIONALES, MAIS PERMETTENT NÉANMOINS DE TROUVER DES SOLUTIONS AU NIVEAU D'UNE RÉGION

Ce sont des processus informels et non contraignants permettant d'offrir un cadre pour la coopération régionale en la matière. Ils ont néanmoins pu permettre, sous les encouragements de l'OIM, certaines coopérations non négligeables entre les États d'une même région. La mise en place d'une base de données SIEMCA¹²⁵ pour l'Amérique latine, à l'issue du Processus de Puebla, est une réalisation notable¹²⁶. Le plus important serait peut-être le Processus de Bali pour la région Asie-Pacifique, très touchée par l'immigration clandestine en mer¹²⁷. Toutefois, il insiste plus sur la prévention et la protection des victimes que sur l'intervention en mer.

¹²⁵ SIEMCA est l'acronyme de *Sistema de Información Estadística sobre las Migraciones en Centroamérica*. Le site internet est disponible au <<http://www.siemca.iom.int>>. Sur ce point, voir également la base de données IMLA (*Investigación de la Migración Internacional en Latinoamérica*). Cette base de données constitue un projet de la CEPAL (*Comisión Económica para América Latina y el Caribe*), afin d'étudier les phénomènes migratoires dans la région latino-américaine. Pour plus de détails, voir IMILA, *Investigación de la migración internacional en Latinoamérica*, 2000, en ligne : Eclac.cl <<http://www.eclac.cl/celade/proyectos/migracion/IMILA00e.html>>.

¹²⁶ La Conférence régionale sur les migrations a fait son apparition dans la foulée de la mise en œuvre de l'*Accord de libre-échange nord-américain* ou « Processus de Puebla ». Il s'agit d'un forum intergouvernemental regroupant 11 États de la région ayant pour but d'échanger des informations et de promouvoir le dialogue en matière migratoire. La Conférence se concentrait, au départ, uniquement sur l'échange d'information et d'avis techniques. Par la suite, une coopération technique fut ajoutée et un plan d'action consensuel identifiant des objectifs à atteindre fut inclus dans un calendrier de façon à rendre les initiatives concrètes. Sur ce point, voir Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 63. Voir également Karine Landry, « Gestion des migrations internationales dans les Amériques : étude de l'efficacité des institutions interaméricaines existantes à l'aube du XXI^e siècle » (décembre 2004) en ligne : Institut québécois des hautes études internationales <<http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/hei/fichiers/ceiessaikarinelandry.pdf>>.

¹²⁷ Les objectifs du Processus sont les suivants : « the development of more effective information and intelligence sharing; improved cooperation among regional law enforcement agencies to deter and combat people smuggling and trafficking networks; enhanced cooperation on border and visa systems to detect and prevent illegal movements; increased public awareness in order to discourage these activities and warn those susceptible; enhanced effectiveness of return as a strategy to deter people smuggling and trafficking through conclusion of appropriate arrangements; cooperation in verifying the identity and nationality of illegal migrants and trafficking victims; the enactment of national legislation to criminalise people smuggling and trafficking in persons; provision of appropriate protection and assistance to the victims of trafficking, particularly women and children; enhanced focus on tackling the root causes of illegal migration, including by increasing opportunities for legal migration between states; and assisting countries to adopt best practices in asylum management, in accordance with the principles of the Refugees Convention », voir The Bali Process, *The Bali Process on Smuggling, trafficking in Persons and Related Transnational Crime* « About the Bali Process », 2013, en ligne : Baliprocess.net <<http://www.baliprocess.net/index.asp?pageID=2145831401>>.

Ces processus sont nombreux¹²⁸, on notera par exemple celui de Lima pour l'Amérique du sud¹²⁹, de Budapest pour l'Europe¹³⁰, de Bern, mais également la *Déclaration de Bangkok sur la migration irrégulière*¹³¹.

2. L'UNION EUROPÉENNE S'EST DOTÉE D'INSTRUMENTS JURIDIQUES EN MATIÈRE D'IMMIGRATION CLANDESTINE, NOTAMMENT EN MATIÈRE DE TRAITE DES ÊTRES HUMAINS ET DE TRAFIC DE MIGRANTS¹³²

Quant au Conseil de l'Europe, il a chapeauté l'adoption des *Convention n°197 sur la traite des êtres humains* (2005) et *n°157 sur les trafics en mers*¹³³. Dans le même sens, l'OEA a adopté la *Convention américaine sur le trafic international des mineurs* en 1994. Elle prévoit notamment que « les États Parties s'engagent à adopter des mesures efficaces, conformément à leur droit interne, en vue de prévenir et de punir sévèrement le trafic international des mineurs défini dans la présente *Convention* »¹³⁴. Toutefois, ces instruments souffrent du même virus que les

¹²⁸ L'OIM recense les différents processus consultatifs régionaux par région : 3 pour l'Europe, 3 pour les Amériques et la région des Caraïbes, 2 pour la Méditerranée, 3 pour l'Afrique et 5 pour l'Océanie et l'Asie. Département de la coopération internationale et des partenariats de l'OIM, *Processus consultatifs régionaux sur la migration (PCR)*, 2013, en ligne : OIM <<http://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/RCP-Infosheet-2013-FR.pdf>>.

¹²⁹ La Conférence sud-américaine sur les migrations, également connue sous le nom de Processus de Lima ou bien de Dialogue sud-américain sur les migrations, réunit les dix pays d'Amérique du Sud suivants : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Chili, l'Équateur, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela.

¹³⁰ Depuis 1991, le Processus de Budapest est un forum consultatif de nature informelle qui rassemble actuellement 49 États. Il traite essentiellement de la collaboration dans la lutte contre la migration irrégulière. Le champ d'activité traditionnel du groupe couvre les rapatriements, la réadmission, la gestion frontalière et l'asile. Le Centre international pour le développement de politiques migratoires (CIDPM) dirige le secrétariat du Processus de Budapest. Les questions traitées sont les suivantes : harmonisation de la législation en matière de lutte contre le « trafic » d'étrangers; mise au point de contrôles d'entrée et de préentrée plus efficaces; relations juridiques permanentes entre États voisins en vue de la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux sur des questions concernant le trafic (échanges d'informations, etc.); amélioration de l'assistance technique et financière aux États d'Europe centrale et orientale et renforcement des programmes de retour dans le pays d'origine. Il ne s'intéresse néanmoins que très peu aux migrations maritimes. Voir Conseil de l'Europe, AP, 2000 sess ordinaire, *Migration de transit en Europe centrale et orientale*, Doc 8904 (2000).

¹³¹ *Déclaration de Bangkok sur la migration irrégulière* (23 avril 1999), en ligne : <http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/rcp/APC/BANGKOK_DECLARATION.pdf> (adoptée en clôture du Colloque international sur la coopération régionale relative aux migrations irrégulières ou clandestines, tenu à Bangkok du 21 au 23 avril 1999).

¹³² CE, *Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes*, [2004] JO, L 261/19.

¹³³ *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*, 16 mai 2005, STE 197 (entrée en vigueur : 1^{er} février 2008).

¹³⁴ *Inter-American Convention on international traffic in Minors*, 18 mars 1994, 33 ILM 721, OASTS n° 79 (entrée en vigueur : 18 août 1997), art 7.

conventions universelles : ils ne traitent pas directement des problématiques soulevées par l'immigration clandestine en mer et ne l'aborde que de manière incidente.

Ces conventions régionales apportent alors quelques éléments de réponse dans l'organisation de la coopération des États, mais ne permettent pas d'adresser une réponse efficace aux défis de l'immigration clandestine en mer.

3. LA SOLUTION LA PLUS EFFICACE QUI PU VOIR LE JOUR EST LA MISE EN PLACE DE MÉCANISMES RÉGIONAUX INTÉGRÉS

Par exemple, le Conseil des États de la mer Baltique, établi en 1992 à Copenhague, a mis sur pied une « *task force* » spécifique pour la lutte contre la traite des êtres humains. Elle agit en coopération avec l'agence FRONTEX, INTERPOL et EUROPOL¹³⁵, mène des opérations en mer et organise l'échange d'informations sur les contrôles portuaires et les zones maritimes¹³⁶.

Dans le même sens, l'Organisation des États des Caraïbes de l'Est créée en 1981¹³⁷ prévoit, dans le cadre du contrôle de l'immigration, des opérations maritimes, mais également la création d'une gestion régionale des frontières et un système d'échange d'information. Sur le continent africain, les politiques de migration développées par l'Union Africaine ont mené à l'établissement de patrouilles communes d'États voisins¹³⁸.

L'exemple européen reste le plus abouti. Le Livre vert de la Commission de 2006 : *Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers*, considère que la seule réponse réellement efficace pour lutter contre l'immigration clandestine en mer est de rechercher des exceptions à la compétence exclusive du pavillon, ou d'examiner des principes permettant de la nuancer¹³⁹. En ce sens, il convient de noter la création, par le *Règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil de l'Europe du 26 octobre 2004*, d'une agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (l'agence FRONTEX¹⁴⁰). Il prévoit que la nouvelle agence « devrait

¹³⁵ Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 41.

¹³⁶ Les États membres sont : l'Islande, la Norvège, la Suède, la Finlande, le Danemark, l'Allemagne, l'Estonie, la Lituanie, l'Estonie, la Pologne et la Russie.

¹³⁷ Les États membres sont : Antigua et Barbuda, la République dominicaine, Grenade, Montserrat, Sainte-Lucie, Saint-Christophe-et-Niévès et Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Deux membres associés : les Îles Vierges britanniques et Anguilla.

¹³⁸ L'Union africaine recommande à ses États membres de « [r]einforce and encourage joint cross-border patrols between neighboring States », Union Africaine, Conseil exécutif, 9^e sess ordinaire, *The migration policy framework for Africa*, Doc EXCL/276(IX) (2006).

¹³⁹ Castelos, « Measures taken », *supra* note 37 à la p 11. Voir aussi CE, Commission, *Livre vert. Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers*, COM/2006/0275 final, Bruxelles, CE, 2006 à la p 48.

¹⁴⁰ Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures. CE, *Règlement (CE) 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2004] JO, L 349/1 [*Règlement (CE) 2007/2004*]. Voir aussi Christophe Degryse,

également prêter assistance aux États membres confrontés à une situation exigeant une assistance opérationnelle et technique renforcée à leurs frontières extérieures », y compris maritime¹⁴¹. L'agence FRONTEX a comme mission « de coordonner la coopération opérationnelle entre les États membres en matière de gestion des frontières extérieures »¹⁴². Pour la mener à bien, elle peut faire l'acquisition d'équipements techniques de contrôle et de surveillance des frontières extérieures qui seront utilisés par ses experts pendant la durée de leur mission d'assistance¹⁴³. Plus de 55 % des dépenses opérationnelles ont été affectées à des opérations maritimes. Les équipements utilisés dans ces opérations, tels que les navires et les aéronefs, consomment une proportion substantielle du budget¹⁴⁴. L'agence a en effet comme mission « d'assister les États membres dans les situations qui exigent une assistance technique et opérationnelle renforcée aux frontières extérieures, en tenant compte du fait que certaines situations peuvent relever de cas d'urgence humanitaire et impliquer des sauvetages en mer¹⁴⁵. »

Par exemple, les opérations HÉRA II et III¹⁴⁶ au large des îles Canaries avaient pour but le renforcement technique de la surveillance des zones maritimes entre les îles et la côte africaine. Les patrouilles FRONTEX avaient pour objectif, sur la base d'accords avec les États côtiers¹⁴⁷, d'intercepter les embarcations de migrants avant qu'elles ne quittent la zone des 24 milles marins des côtes africaines, et de remettre les individus aux autorités locales. C'est seulement au-delà de cette zone que les migrants sont rapatriés aux Canaries et auront la possibilité de déposer une

dir, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 4^e éd, Bruxelles, Larcier, 2011 aux pp 35-36; Sara Leonard, « The Creation of FRONTEX and the Politics of Institutionalisation in the EU External Borders Policy » (2009) 5 : 3 *Journal of Contemporary European Research* 371; Catherine Flaesch-Mougin, *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruxelles, Bruylant, 2009; Helene Jorry, « Construction of a European Institutional Model for Managing Operational Cooperation at the EU's External Borders : Is the Fontex Agency a decisive step forward? » (2007) Research Paper n°6 CEPS 1; Bernard Ryan et Mitsilegas Valsamis, *Extraterritorial immigration control : legal challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2000 [Ryan et Valsamis, *Immigration control*]; Seline Trevisanut, « Maritime Border Control and the Protection of Asylum-Seekers in the European Union », (2009) 12 : 12 *Touro International Law Review* 157; Gil Arias Fernandez, « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne » (2010) 8 *Économie politique des migrations* 228. Voir également Andrew W Neal, « Securitization and Risk at the EU Border : The Origins of FRONTEX » (2009) 47 : 2 *Journal of Common Market Studies* 333.

¹⁴¹ *Règlement (CE) 2007/2004*, *ibid* au para 10. Voir également *ibid*, art 1(3).

¹⁴² *Ibid*, art 2(1)(a).

¹⁴³ *Ibid*, art 8(3).

¹⁴⁴ FRONTEX, *General Report 2009*, 2009 à la p 24, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201008/20100805ATT79751/20100805ATT79751EN.pdf>.

¹⁴⁵ CE, *Règlement (UE) No 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) no 2007/2004 du Conseil portant création d'une agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2011] JO, L 304/1, art 1(ii)(d)bis. [*Règlement (UE) No 1168/2011*].

¹⁴⁶ Voir également, sur les opérations Nautilus et Poséidon : Anneliese Baldaccini, « Extraterritorial Border Control in the EU : the Role of FRONTEX in Operations at Sea » dans Ryan et Valsamis, *Immigration control*, *supra* note 140 aux pp 239-241 [Baldaccini, « Extraterritorial Border »].

¹⁴⁷ Principalement avec la Mauritanie et le Sénégal. Voir Sergio Carrera, « The EU Border Management Strategy FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands » (2007) Working Document n° 261 CEPS à la p 2.

demande d'asile¹⁴⁸. Au total, ce sont 1 167 migrants qui furent interceptés et redirigés vers leur point d'origine en 2007, et près de 6 000 en 2008¹⁴⁹. Ce type d'opération a également été mené au large de l'Italie (opération HERMÈS¹⁵⁰) et de la Grèce (opération POSÉIDON¹⁵¹).

Cette pratique reste hautement critiquable au regard des droits fondamentaux, ainsi que du droit des réfugiés. En effet, les retours systématiques vers l'État de partance contreviennent à l'obligation, dégagée par le droit international des droits de l'homme et le droit de la *Convention de Genève de 1951*, de procéder à un examen de la situation personnelle de chaque migrant¹⁵². Cette obligation a pour objectif d'éviter le refoulement, à savoir le renvoi d'un migrant dans un État 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 »¹⁵³, mais également d'empêcher le renvoi vers un territoire où l'intéressé risquerait de subir des mauvais traitements¹⁵⁴.

Face aux critiques souvent acerbes à l'encontre de l'agence¹⁵⁵, la Décision du Conseil du 26 avril 2010 visant à compléter le *Code frontières Schengen* en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes¹⁵⁶ adopte une série de lignes directrices qui précisent que les mesures prises aux fins d'une opération de surveillance sont exécutées « dans le respect des droits fondamentaux et de façon à ne pas mettre en danger la sécurité des personnes interceptées ou secourues ni celle des unités participantes »¹⁵⁷. Les lignes directrices couvrent également les cas de recherche et de sauvetage pouvant survenir au cours de l'opération de surveillance

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Baldaccini, « Extraterritorial Border », *supra* note 146 à la p 239.

¹⁵⁰ Opération toujours en cours, terme prévu pour le 30 octobre 2013 si elle n'est pas prolongée. États participants : Autriche, Finlande, France, Islande, Lituanie, Pologne, Portugal, Roumanie, Espagne, Suisse et Royaume-Uni.

¹⁵¹ Opération menée du 1^{er} avril 2011 au 31 mars 2012. États participants : Autriche, Danemark, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède et Royaume-Uni.

¹⁵² Baldaccini, « Extraterritorial Border », *supra* note 146.

¹⁵³ *Convention de Genève 1951*, *supra* note 64, art 33(1).

¹⁵⁴ Voir Hirsi Jamaa, *supra* note 57.

¹⁵⁵ Voir par exemple la lettre de Trans Europe Experts au médiateur européen Mr Nikiforos Diamandouros, 28 septembre 2012, en ligne : Médiateur européen <<http://www.ombudsman.europa.eu/fr/cases/correspondence.faces/fr/11995/html.bookmark>>.

¹⁵⁶ CE, *Décision 2010/252/UE du Conseil du 26 avril 2010 visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2010] JO, L 111/20 [*Décision 2010/252/UE*].

¹⁵⁷ *Ibid.*, principe 1(1). Voir également *Règlement (UE) No 1168/2011*, *supra* note 145, art 4, 9 : « La gestion efficace des frontières extérieures au moyen d'activités de contrôle et de surveillance contribue à lutter contre l'immigration illégale et la traite des êtres humains, et à réduire les menaces pesant sur la sécurité intérieure, l'ordre public, la santé publique et les relations internationales des États membres ». Mais, « Le mandat de l'agence devrait donc être revu de manière à renforcer notamment ses capacités opérationnelles tout en garantissant que toutes les mesures prises sont proportionnées aux objectifs poursuivis, efficaces et pleinement conformes aux droits fondamentaux et aux droits des réfugiés et des demandeurs d'asile, y compris, en particulier, l'interdiction du refoulement ».

dans le cadre des patrouilles maritimes de l'agence FRONTEX¹⁵⁸ et énoncent que « nul n'est débarqué dans un pays ni livré aux autorités de celui-ci en violation du principe de non-refoulement »¹⁵⁹, démontrant une volonté affichée de faire évoluer le droit de l'Union dans le sens d'une meilleure prise en compte des règles du sauvetage en mer et des droits des migrants¹⁶⁰. Toutefois, ce nouvel intérêt pour la préservation des droits fondamentaux ne diminue pas pour autant le risque que les nouvelles attributions octroyées aux gardes-frontières font peser sur les droits et libertés. C'est précisément pour cette raison que la Cour de justice a annulé dans son intégralité la décision du Conseil du 26 avril 2010, dans un arrêt rendu en Grande Chambre le 5 septembre 2012¹⁶¹. En effet, la décision prévoit les mesures que peuvent prendre les gardes-frontières à l'encontre des navires détectés et des personnes à bord or, pour la Grande Chambre de la Cour de justice, des dispositions qui portent sur l'attribution de pouvoirs de puissance publique aux gardes-frontières, tels que ceux attribués dans la décision attaquée, parmi lesquels figurent l'arrestation des personnes appréhendées, la saisie de navires et le renvoi des personnes appréhendées vers un endroit déterminé, permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union¹⁶².

La récente enquête lancée par le médiateur européen sur l'agence FRONTEX représente peut être un espoir de voir évoluer la législation et la pratique européenne dans le sens d'une meilleure conciliation des intérêts en présence. Le médiateur recommande en effet deux mesures fondamentales afin que l'agence se conforme à ses obligations en matière de droits de l'homme : « établir et mettre en œuvre une stratégie en matière de droits de l'homme; et mettre en place un mécanisme effectif de surveillance du respect de ces droits dans toutes ses activités »¹⁶³.

¹⁵⁸ « Les unités participantes prêtent assistance à tout navire ou personne en détresse en mer. Cette assistance doit être prêtée indépendamment de la nationalité ou du statut des personnes ou des circonstances dans lesquelles elles sont trouvées », voir *Décision 2010/252/UE*, *supra* note 156, Ann. partie 2, ligne directrice 1.1.

¹⁵⁹ *Ibid*, principe 1(2).

¹⁶⁰ Dans le même sens, le *Règlement 1168/2011 relatif à l'Agence FRONTEX* énonce que « la mise en œuvre du présent règlement ne devrait pas affecter les droits ou les obligations des États membres au titre de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, de la *Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer*, de la *Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes* ou de la *Convention de Genève relative au statut des réfugiés* », voir *Règlement (UE) No 1168/2011*, *supra* note 145, art 30.

¹⁶¹ CJE, *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne*, C-355/10 [2012] ECR.

¹⁶² *Ibid* au para 77.

¹⁶³ Médiateur européen, *Draft recommendation of the European Ombudsman in his own-initiative inquiry 0115/2012/BEH-MHZ concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (FRONTEX)*, 4 septembre 2013, en ligne : http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/404_draftrecomm_/404_draftrecomm_en.pdf.

L'étude des défis posés par la lutte contre l'immigration clandestine en mer révèle un droit international éclaté, qui peine à trouver des solutions spécifiques et complètes. Entre préservation de la sécurité des États, lutte contre la traite des êtres humains et respect des droits de l'homme, l'équilibre semble peu aisé à trouver. Face à un tel constat, le développement d'une approche régionale, dans le respect des règles internationales sectorielles est souvent, en droit international, une solution d'avenir pour relever les défis en cause. Toutefois, dans le cas de l'immigration clandestine en mer, les tentatives régionales ont certes eu plus d'efficacité en termes de nombre d'immigrants illégaux arrivés sur les côtes des pays de destination, mais elles ont eu un bilan beaucoup plus contrasté en matière de droits fondamentaux.

Pour autant, les événements tragiques de ces dernières décennies ont permis une prise de conscience de la communauté internationale quant à la gravité du phénomène et de ses conséquences. Cette prise de conscience était nécessaire pour une évolution de la pratique des États et des règles internationales. Dès lors, la coopération internationale permet d'entrevoir des pistes, pour le moment peu nombreuses, pour une meilleure gestion de ces défis et pour permettre d'éviter les drames humains.