



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La gestion difficile des flux migratoires pour un État situé à la frontière maritime extérieure de l'Union Européenne

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La gestion difficile des flux migratoires pour un État situé à la frontière maritime extérieure de l'Union Européenne / Favilli, Chiara. - In: ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL. - ISSN 0066-3085. - STAMPA. - 2013:(2013), pp. 257-288.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/1005739> of the repository was last updated on 2015-09-13T10:39:34Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

La gestion difficile des flux migratoires pour un État situé à la frontière maritime extérieure de l'Union Européenne

1. Lampedusa, symbole de la tragédie de la Méditerranée	2
1. Les mesures adoptées par l'Union Européenne et par l'Italie avant et après la tragédie de Lampedusa d'octobre 2013	3
3. Les obligations qui découlent du droit international et de l'Union européenne dans les opérations de contrôle des frontières maritimes	6
a. Obligation de secours en mer et principe de <i>non-refoulement</i>	6
b. Les obligations qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme	9
c. Le règlement de l'UE sur les obligations des États en matière de recherche et de sauvegarde en mer.....	12
4. Le règlement Dublin sur l'État membre compétent pour examiner une demande de protection internationale versus la liberté de circulation dans l'Union Européenne.	14
5. L'accueil des migrants et des demandeurs d'asile	18

1. Lampedusa, symbole de la tragédie de la Méditerranée

Lampedusa, une petite île de l'archipel des *Palagie*, au sud de la Sicile, est devenue célèbre dans le monde pas tant pour sa mer splendide, mais plutôt parce qu'elle est devenue la destination choisie par les migrants qui tentent d'arriver en Europe avec des embarcations de fortune. A l'automne 2013, les arrivées quotidiennes de migrants ont été interrompues par la force des choses, à cause du naufrage d'un bateau qui comptait environ cinq cents personnes à bord, dont 360 ont été retrouvées mortes. L'étendue des cercueils déployés dans le port de Lampedusa, presque tous sans personne venu les pleurer, n'est autre que le symbole des morts de la Méditerranée, de tous ceux qui ont tenté de la traverser sans y arriver. Peu de semaines après, la diffusion d'une vidéo faite par un migrant retenu dans le centre de premier accueil de Lampedusa a enfin attiré l'attention de l'opinion publique internationale et celle de beaucoup d'autorités politiques, ainsi que celle de l'Union Européenne, sur les conditions d'accueil déjà souvent dénoncées par des organisations internationales et non gouvernementales.

Ces dramatiques épisodes ne sont que l'épiphénomène d'une politique migratoire radicalement fautive. Il est difficile de prévoir si les mesures déjà mises en œuvre, et celles encore en préparation, réussiront à imprimer un changement effectif. En effet, l'Italie a périodiquement été dénoncée ou condamnée pour un aspect différent concernant la politique de gestion des flux, aussi bien sous le profil de l'accueil que sous le profil des refoulements. Déjà il y a deux ans, par exemple, les graves illégalités concernant les modalités d'accueil dans le centre de Lampedusa avaient été dénoncées. Ces dénonciations avaient abouti à un recours auprès de la Cour EU, nous en reparlerons plus en avant (*infra*, par. 5); avant encore, en 2004, la question plus importante avait été celle des modalités de refoulements vers la Libye, pour lesquelles l'Italie a été condamnée par la Cour EDU (*infra*, par. 2.b) ; une autre question soulevée par la pratique de ces dernières années a été celle des conflits de juridiction entre les États européens qui bordent la Méditerranée, avec les fameux cas des bateaux *Cap Anamur* et *Pinar*, laissés pendant plusieurs jours au gré des vagues, dans l'attente de savoir qui devait intervenir: l'État compétent en fonction de la zone SAR ou l'État le plus proche (*infra*, par. 2.a et 2.c)¹.

Un point commun à tous ces épisodes est l'adoption d'instruments législatifs, tous inspirés de la nécessité de réagir face à des situations d'urgence, comme d'ailleurs cela s'est toujours fait dans les vingt dernières années dans le cadre de l'élaboration de la politique migratoire italienne. En 1989 aussi, lorsque la première réglementation en matière d'entrée et de séjour de l'étranger en Italie a été approuvée avec un décret-loi; de même dans les années '90 avec l'urgence "Balkans" et puis encore, à partir de 2001, avec la situation d'urgence terrorisme, en 2007 avec l'état d'urgence appelée état d'urgence nomades et en 2011 avec l'urgence humanitaire en Afrique du Nord. Aujourd'hui nous avons encore la crise des réfugiés, l'urgence aux débarquements, les accueils d'urgence. Toutes ces situations d'urgence sont dramatiquement réapparues après l'incident du 3 octobre dernier devant les côtes de Lampedusa. Les situations d'urgence sont toutes différentes mais la façon de les affronter est identique; elle consiste toujours à réagir aux phénomènes plutôt qu'à les gouverner et à les percevoir comme exceptionnels même lorsqu'ils sont systématiques et structurels².

¹ S. Trevisanut, *Le Cap Anamur: Profils de droit international et de droit de la mer*, dans *Annuaire de droit de la mer* 2004, p. 62 et s.; F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, dans C. Favilli (dir.), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 26; F. de Vittor, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, dans *RDI*, 2009, p. 800 et s.

² P. Bonetti, *I principi generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, dans B. Nascimbene (dir.), *Il diritto degli stranieri*, Milano, 2004, pp. 4-79; P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008; A. Colombo, *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Bologna, 2012;

L'objective complexité de la gestion des flux migratoires par mer et le fait que l'Italie soit située aux frontières extérieures de l'Union ne font qu'accentuer les carences structurelles de la politique migratoire italienne³. Régulièrement le Gouvernement italien et grande partie de l'opinion publique invoquent avec insistance une intervention non précisée de l'Union Européenne, retenue absente et pas suffisamment solidaire à l'égard d'un État comme l'Italie en position de frontière extérieure. En effet, la création d'une zone de libre circulation rend l'accostage sur la côte italienne une entrée facile sur l'ensemble de l'espace Schengen. Toutefois, même s'il est vrai que l'Italie se trouve à devoir réagir à une pression migratoire à ses frontières plus importante qu'elle ne serait si l'entrée ne coïncidait pas avec l'entrée dans la zone UE, les données montrent que la perception de l'«assaut», partagée par l'opinion publique, ne correspond pas à la réalité du phénomène. Malgré l'augmentation objective durant les deux dernières années et le pic de la première moitié de 2014, le nombre aussi bien d'étrangers repoussés que de demandeurs de protection internationale en Italie est analogue à celui des autres États membres, et certainement inférieur à celui de l'Allemagne, de la France et de la Suède⁴. Cette donnée objective permet, d'une part de relativiser les problématiques que l'Italie est amenée à affronter, et de l'autre, elle rend nécessaire l'intervention de l'Union Européenne comme celle de tous les acteurs compétents au niveau national, européen et international.

1. Les mesures adoptées par l'Union Européenne et par l'Italie avant et après la tragédie de Lampedusa d'octobre 2013

Depuis que l'Union Européenne est compétente en matière d'asile et d'immigration, elle a adopté une série de mesures législatives et opérationnelles. En particulier, en accord avec l'art. 77 TFUE, l'Union a développé un «système intégré de gestion des frontières extérieures» qui voit dans l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures l'organisme clé pour sa mise en pratique⁵. C'est un sujet qui avait déjà été en partie réglé par la Convention de Schengen avant qu'elle ne soit incorporée dans le droit de l'Union Européenne, et il est aujourd'hui défini par une pluralité d'actes, parmi lesquels le règlement n. 562/2006 établissant le Code frontières Schengen, avec lequel les normes en matière de franchissement des frontières

R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, *Diritti umani degli immigrati, Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010; M. Benvenuti (dir.), *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, Roma, 2011; P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di réfugiato e di protezione sussidiaria*, dans *Dir. imm. citt.*, 2008, pp. 13-53.

³ S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare: diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; L. Salamone, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Torino, 2011; L. Azoulay/K. de Vries (dir.), *EU Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, 2014; F. Vassallo Paleologo, *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti*, dans G. D'Ignazio/S. Guarino (dir.), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, p. 23-85; A. Fischer-Lescano/T. Löhr/T. Tohidipur, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, *IJRL*, 2009, pp. 256-296; A. Kirchner/L. Schiano di Pepe, *International Attempts to Conclude a Convention to Combat Illegal Migration*, dans *IJRL*, 1998, p. 662 et ss.

⁴ Voy le Cinquième rapport annuel sur l'immigration et l'asile (2013), COM(2014)288 du 22 mai 2014 y son Document de travail SWD(2014)165.

⁵ «Il n'affecte pas la compétence des États membres concernant la délimitation géographique de leurs frontières, conformément au droit international» (art. 77, par. 4, TFUE). L'Agence a été créée par le règlement no. 2007/2004 du 26 octobre 2004, dans *GUUE* L 349 du 25 novembre 2004, pp. 1-11; www.frontex.europa.eu. Voy S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2013; F. Julien-Laferrière/H. Labayle/Ö. Edström (dir.) *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, 2005, pp. 45-75; G. Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, 2006; L. Manca, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2003; A. Adinolfi, *Riconoscimento dello status di réfugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, dans *RDI*, 2009, pp. 669-696; A. Millet-Devalle (dir.), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Paris, 2010.

ont été reformulées et les articles de 2 à 8 de la Convention d'application de l'accord de Schengen abrogés⁶.

Frontex a pour tâches, entre autre, de coordonner les opérations de patrouille qui impliquent des unités de tous les Pays membres et d'assister les États membres dans l'organisation d'opérations de retour communes. Cette assistance a pris une dimension non prévue au moment de la constitution de l'agence, à tel point qu'il a été retenu nécessaire de modifier le règlement constitutif pour faciliter l'intervention opérationnelle⁷. Le règlement n. 1052/2013 est également important pour avoir institué EUROSUR, le système européen de surveillance des frontières, qui a pour objectif de renforcer l'échange d'informations et la coopération opérationnelle entre les États membres et avec l'Agence⁸.

Certaines mesures ont été prévues pour répondre aux situations d'urgence que les États membres sont à chaque fois appelés à affronter. En particulier l'art. 8- *bis* du règlement no. 2007/2004 prévoit que l'Agence peut envoyer "une ou plusieurs équipes d'intervention rapide" à l'État membre qui le demande pour faire face "à des sollicitations urgentes et exceptionnelles" et "surtout en cas d'afflux massif aux frontières extérieures de citoyens de Pays tiers qui tente d'entrer illégalement"⁹. Une mesure générale, jamais adoptée jusqu'à maintenant, est prévue à l'art. 78, par. 3 du TFUE qui prévoit expressément que si un ou plusieurs membres doivent affronter des situations d'urgence déterminées par un afflux improvisé de citoyens de Pays tiers, le Conseil peut adopter, sur proposition de la Commission, des mesures temporaires au bénéfice de l'État membre ou des États membres intéressés, en délibérant après avoir consulté le Parlement européen. Une autre directive qui n'a jamais été appliquée est la directive 2001/55/CE sur la protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées qui ne peuvent pas rentrer dans leur propre pays. En 2011, le Gouvernement italien avait demandé à la Commission européenne d'activer cette protection, essuyant le refus aussi bien de la communauté européenne que de la plupart des Gouvernements de l'UE, sous prétexte que le nombre de personnes arrivées en Italie, entre vingt et trente mille, n'était pas suffisant pour constituer un afflux massif de réfugiés et que la plupart n'avaient pas présenté de demande de protection internationale. La protection temporaire est en effet conçue comme une troisième sorte de protection internationale qui doit être activée pour éviter que le système d'asile d'un État membre ne soit pas suffisant pour accueillir et examiner dûment toutes les demandes.

D'autres mesures sont prévues dans la norme dérivée et elles ont pour objectif de fournir aux États membres un véritable support opérationnel. L'institution du Bureau européen d'appui pour l'asile

⁶ Règlement no. 562/2006 du 15 mars 2006 *établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, dans *GUUE* L 105 du 13 avril 2006, pp. 1-32. La suppression des contrôles aux frontières intérieures a été rendue possible grâce à la création du système d'information Schengen (SIS), changé dans le SIS II; Règlement no. 1987/2006 du 20 décembre 2006 *sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, dans *GUUE* L 381 du 28 décembre 2006, pp. 4-23. Le SIS II est une des plus grandes bases de données que l'Union européenne a décidé de créer dans le domaine de l'immigration et de l'asile. Les autres sont Eurodac, opérant dans le «Système de Dublin», et le VIS, le système d'information sur les visas, institué par la décision no. 2008/633. Une fois pleinement opérationnel ces bases de données devraient permettre l'intégration mutuelle des données.

⁷ Règlement no. 1168/2011 du 25 octobre 2011 *modifiant le règlement (CE) n° 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*, dans *GUUE* L 304 du 22 novembre 2011, pp. 1-17. Frontex peut également coopérer avec les autorités compétentes des pays tiers, en particulier en ce qui concerne l'analyse des risques et la formation des gardes-frontières, dans le plein respect des droits fondamentaux des migrants.

⁸ Règlement no. 1052/2013 *portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosir)*, dans *GUUE* L 295 du 6 novembre 2013, p. 11.

⁹ La mise en place des équipes d'intervention rapide a *rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités*, dans *GUUE* L 199 du 31 juillet 2007, pp. 30-39. L'art. 8-bis cités dans le texte se réfère expressément à ce règlement.

répond aussi à cette exigence¹⁰. Il devrait également pouvoir intervenir dans les situations de crise à travers un mécanisme d'alerte rapide qui est prévu par le Règlement Dublin III et qui permettrait d'établir une coordination entre la Commission, le Bureau européen d'appui pour l'asile et l'État membre soumis à des pressions urgentes et exceptionnelles pour la préparation et la gestion des crises¹¹.

Les tensions et les sollicitations qui sont parvenues à la Commission et au Conseil au cours du premier semestre 2011 avaient déjà déterminé la publication de documents qui avaient pour objectif de mieux spécifier la stratégie complexe de l'Union Européenne dans la gestion du phénomène migratoire, tout en gardant à l'ordre du jour de presque tous les Conseils consacrés à la justice et aux affaires internes le point du contraste de l'immigration irrégulière et de la surveillance des frontières extérieures¹².

Suite à la tragédie du 3 octobre, l'Union Européenne a institué une *Task Force* pour la Méditerranée, objet de rapports périodiques et de révisions de la part de la Commission et du Conseil¹³. La *Task Force* ne contient pas de changement de stratégie ou ni des nouvelles actions, mais comprend les États membres, les compétentes agences de l'UE (Bureau européen d'asile, Frontex, Europol, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, European Maritime Safety Agency) et le Service européen pour l'action extérieure. Grâce à l'action coordonnée dans la *Task Force* le Conseil et la Commission ont reformulé les mesures déjà promises dans les secteurs désormais "classiques" de l'intervention européenne, en tentant de leur donner un cadre plus cohérent et un élan supplémentaire¹⁴.

L'Italie a par la suite, dès le 18 octobre 2013, mis en œuvre de manière autonome une opération

¹⁰ Règlement no. 439/2010 du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, dans *GUUE* L 132 du 29 mai 2010, pp. 11-28. Parmi les diverses activités promues par le Bureau il y a les outils d'aide à la prédisposition plus appropriées à l'État membre concerné, y compris les équipes de soutien et les instruments financiers. Un accord de ce type a déjà été conclu avec la Grèce et l'Italie, dans <http://easo.europa.eu/wp-content/uploads/Work-Programme-2014.pdf>.

¹¹ Voy *infra* par. 4. Ce mécanisme n'a pas encore été activée, même si la *Cinquième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen 1er novembre 2013 – 30 avril 2014*, montre que la Commission envisageait l'application en Italie et en Bulgarie; COM(2014)292 du 26 mai 2014, p. 3.

¹² Voy COM(2011)743 sur l'*Approche globale de la question des migrations et de la mobilité, qui a suivi la communication sur la migration* du 4 mai 2011, COM(2011)248. Voy aussi les conclusions du Conseil *Cohérence de la réponse de l'UE aux pressions migratoires continues.*, approuvé le 26-27 avril 2012; doc. Cons. no. 8714/1/12, p. 10 et 18. Encore voy la communication COM(2014)154 du 11 mars 2014, *Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité*, dans la quelle au par. 3.4 est spécifiquement abordé la question de la coopération internationale avec les pays d'origine et de transit afin de réduire le nombre de personnes qui font face à des voyages périlleux à l'Union européenne. Parmi les actions stratégiques de la Commission a identifié le renforcement des plans régionaux, la réinstallation en tant que solution durable sous la forme de coopération avec le UNHCR et les procédures d'entrée protégée pour permettre aux gens de demander une protection sans aborder voyages risqués avec une approche coordonnée de la question de visas humanitaires et des lignes directrices communes. La communication concerne également le thème souvent évoqué, mais jamais réellement évalué dans une étude de faisabilité concernant l'examen des demandes de protection en dehors de l'Union, sans préjudice du droit d'accès aux procédures d'asile dans l'UE. En outre, la Commission travaille sur les recommandations adressées à l'Italie et la Bulgarie pour démarrer le mécanisme de l'alerte rapide, la préparation et la gestion de crise fondé sur l'art. 33 du règlement de Dublin III, pour soutenir les États membres dans la gestion des situations de pression à laquelle ils sont exposés, à faire preuve de solidarité et d'aider les demandeurs d'asile qui en ont besoin.

¹³ La mise en place de la *Task Force*, Présidé par la Commission européenne a été approuvé par le Conseil le 7 et 8 Octobre 2013. Le 22 mai 2014 la Commission a présenté un rapport *Sur la mise en œuvre de mesures opérationnelles dans le cadre de la Task Force pour la Méditerranée* COM(2014) 288, qui a été examiné par le Conseil dans la réunion du 5 juin 2014. Voy aussi la note d'information pour la réunion du Conseil, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/jha/143031.pdf. Le Conseil européen du 26-27 juin a aussi abordé la question, sans, toutefois, définir de stratégie supplémentaire.

¹⁴ Ces domaines sont: la coopération avec les pays tiers; protection régionale, la réinstallation et les voies d'entrée légales; lutte contre la traite, le trafic et la criminalité organisée; contrôle des frontières maritimes; soutien et solidarité avec les États membres avec une forte pression migratoire. Communication *sur les travaux de la Task-Force pour le Méditerranée*, COM(2013)869 du 4 décembre 2013 et le document de travail *Implementation of the Communication on the Work of the Task Force Mediterranean*, SWD(2014)173 du 22 mai 2014, part 1/2 e 2/2.

militaire et humanitaire qui avait le double objectif de garantir la sauvegarde de la vie en mer et de lutter contre le trafic illicite des migrants¹⁵. L'opération *Mare Nostrum*, qui a effectivement garanti le sauvetage de milliers de personnes, est totalement à la charge du Gouvernement italien. Pour cette raison, le Gouvernement italien a plusieurs fois demandé, mais sans l'obtenir, le passage de l'opération sous l'égide de Frontex, en signe concret de solidarité de l'Union envers l'Italie¹⁶. Sur ce point on note une certaine ambiguïté de fond de la part de tous les acteurs impliqués, *in primis* les États membres, chacun déclinant de manière différente le sens du principe de solidarité énoncé à l'art.80 du TFUE. En vérité, la Commission avait déjà publié, dès le lendemain de la crise "italienne" de 2011, une communication pour définir ce principe en des termes concrets dans le cadre du système d'asile¹⁷; le Conseil avait ensuite convenu des conclusions sur la solidarité à l'égard des États membres qui ont des systèmes d'asile qui subissent des pressions particulières à cause des flux mixtes¹⁸. De ces documents, il en ressort que pour les deux institutions de l'Union Européenne le principe de solidarité comporte l'adoption d'un ensemble de mesures, y compris toutes celles mentionnées ci-dessus, ainsi que les ressources financières qui sont imputées au budget de l'Union européenne. À ce propos, il faut considérer qu'après le naufrage du 3 octobre l'Union a débloqué, en plus des mesures normatives, opérationnelles et financières déjà programmées, d'importantes ressources pour l'Italie et pour les autres Pays qui se trouvent, depuis 2013, dans la condition de devoir affronter des flux migratoires plus intenses¹⁹. Ce sera surtout à la nouvelle Commission et au futur Commissaire à l'immigration de mettre en œuvre les actions déjà commencées et d'en promouvoir de nouvelles, en assurant la médiation entre les positions parfois diamétralement opposées des États membres et la nécessité de poursuivre le véritable intérêt de l'Union Européenne.

3. Les obligations qui découlent du droit international et de l'Union européenne dans les opérations de contrôle des frontières maritimes

a. Obligation de secours en mer et principe de non-refoulement

La pratique diffuse de la part des États de contrôler les frontières maritimes a fait l'objet d'études approfondies en doctrine²⁰. Ces études ont bien mis en évidence les limites et les pouvoirs des États²¹. Des limites et des pouvoirs qui voient dans les principes de sauvegarde de la vie en mer et

¹⁵ L'opération comprend une pluralité de moyens et de ressources humaines, appartenant principalement, mais pas seulement la marine, <http://www.marina.difesa.it/attivita/operativa/Pagine/MareNostrum.aspx>.

¹⁶ L'Union a toutefois soutenu l'Italie avec l'allocation de fonds supplémentaires d'un montant de 30 millions d'euros seulement d'Octobre à Décembre 2013; COM(2014)173, part 1/2 p. 6.

¹⁷ Communication *sur le renforcement de la solidarité au sein de l'Union européenne dans le domaine de l'asile. Un programme européen en faveur d'un meilleur partage des responsabilités et d'une plus grande confiance mutuelle*, COM(2011)835 du 2 décembre 2011.

¹⁸ Conclusions *Un cadre commun pour une solidarité réelle et concrète à l'égard des États membres dont le régime d'asile est soumis à des pressions particulièrement fortes, notamment en raison de flux migratoires mixtes*, adoptée par le Conseil du 8 mars 2012; http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/jha/130732.pdf.

¹⁹ Grâce aux fonds de l'urgence, la Commission a reçu 50 millions d'euros dont 30 millions pour l'Italie en 2013; ressources supplémentaires ont été demandés pour 2014; COM(2014)173, cit., p. 6.

²⁰ Voir l'*Étude du Secrétariat* de la Commission de droit international relatif aux travaux sur l'expulsion des étrangers, dans <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/260/30/PDF/N0626030.pdf?OpenElement>. Le refoulement et l'interception des étrangers ont été considérées dehors du champ de l'expulsion. En effet l'art. 1 du projet d'articles présenté par le rapporteur M. Kamto limite son champ d'application "à l'expulsion, par un État, d'un étranger se trouvant sur son territoire", doc. A/CN.4/L.832 du 30 mai 2014, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/038/30/PDF/G1403830.pdf?OpenElement>.

²¹ F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, op. cit., p. 3 et ss.; V. Chetail, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, dans Vincent Chetail (dir), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, pp. 3-61; K. Hailbronner, *Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Thinking?*, dans *VJIL*, 1985-1986, pp. 857-896; B. Ryan/V. Mitsilegas (dir.), *Extraterritorial immigration control: legal*

de non-refoulement deux pivots qui sont essentiels dans n'importe quelle opération de contrôle et de lutte contre l'immigration irrégulière²².

Ainsi, comme nous le savons, même si les États peuvent exercer des pouvoirs différents selon qu'on se trouve dans la mer territoriale, dans la zone contiguë ou en haute mer, les États côtiers ont en principe un pouvoir de contrôle et de répression de l'immigration irrégulière²³. Ce pouvoir se concrétise à travers la légitimation à intervenir sur le bateau étranger quand celui-ci est suspecté de violer les normes nationales en matière d'entrée et de séjour des étrangers. Ces États côtiers, s'ils retiennent que le bateau n'a pas le droit d'accoster, peuvent refuser l'entrée et exercer de possibles actions de *redirection*. Dans la mer territoriale, l'État côtier pourra ainsi limiter le droit de passage inoffensif en général reconnu à n'importe quel bateau étranger. En haute mer, l'État a moins de possibilités d'intervenir et les opérations sont essentiellement des opérations d'interdiction navale, sauf dans le cas de l'exercice du droit de visite en conformité avec l'art. 110 UNCLOS²⁴.

Tous les droits que les États côtiers peuvent exercer dans la mer territoriale, dans la (éventuelle) zone contiguë et en haute mer doivent être tempérés par l'obligation de prêter assistance conformément à l'art. 98 de l'UNCLOS. Cette norme est étroitement liée au principe de sauvegarde de la vie en mer, qui se configure comme une obligation de nature coutumière codifiée dans de nombreuses conventions internationales, notamment celle de 1979²⁵ sur la recherche et le sauvetage maritimes. Comme nous le savons, l'obligation de prêter assistance comporte non seulement le sauvetage des personnes en danger mais aussi leur transport vers un port sûr²⁶. C'est justement dans la localisation du lieu sûr que les droits et les obligations qui découlent du droit de la mer se croisent avec ceux des droits de l'homme. Dans le cas des naufragés migrants qui fuient les

challenges, Leiden, 2010; S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2008, pp. 205-246; K. Wouters/M. Den Heijer, *The Marine I Case: a Comment*, in *IJRL*, 2009, pp. 1-19; A. Fischer-Lescano/T. Löhr/T. Tohidipur, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, cit., p. 256-296; G.S. Goodwin-Gill/J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007; C. Hathaway, *The rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005. European Commission Staff Working Document SEC(2007)691 du 15 Mai 2007, *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea*; EU Fundamental Rights Agency, *Fundamental Rights at Europe's Southern Sea Borders*, 2013, in www.fra.europa.eu; F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009; R. Weinzierl/U. Lisson, *Border Management and Human Rights. A Study of EU Law and Law of the Sea*, German Institute for Human Rights, 2007; G. Gaja, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, dans *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1999, p. 289 et ss.

²² G. S. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, dans *Ijrl*, 2011, p. 443 et ss.; S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, *MPYUNL*, 2008, pp. 205-246; *id.*, *The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *LJIL*, 2014 forthcoming; C. Zanghi, *L'intervento in alto mare fra "non refoulement", diritti umani e contrasto all'immigrazione clandestina*, in N. Parisi/M. Fumagalli Meraviglia/A. Santini/D. Rinoldi (dir.), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, pp. 815-835; A. Aleinikoff/V. Chetail (dir.), *Migration and international legal norms*, The Hague, 2003.

²³ T. Scovazzi, *Le norme di diritto internazionale sull'immigrazione illegale via mare con particolare riferimento ai rapporti tra Italia e Albania*, in A. de Guttry/F. Pagani (dir.), *La crisi albanese del 1997*, Milano, 1999, p. 239 et ss.

²⁴ Sulla convenzione si veda R.R. Churchill/A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester, 1988; M.H. Nordquist/S. Nn. Nandan (dir.), *UNCLOS 1982. A Commentary*, Danvers, 2011.

²⁵ Voi aussi la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'Abordage* du 23 septembre 1910; la *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)*, du 1^{er} novembre 1974; la *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)* du 27 avril 1979. Dix ans plus tard a été conclu la *International Convention on Salvage* du 28 Avril 1989. S. Trevisanut, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?*, in *IJMCL*, 2010, p. 523 ss.; J. COPPENS, E. SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *IJMCL*, 2010, p. 377 ss.; F. De Vittor, *Il diritto di traversare il Mediterraneo....o quanto meno di provarci*, dans *DUDI*, 2014, pp. 63-81, en particulier p. 75.

²⁶ Cf. la circulaire du Comité de la sécurité maritime de l'OMI sur "*Interim Measures for Combating Unsafe Practices Associated with the Trafficking or Transport of Migrants by Sea*", MCS.1/Circ.896/Rev.1, du 19 juin 2001, in www.imo.org. D. Guilfoyle/E. Papastavridis, *Mapping Disembarkation Options: Towards Strengthening Cooperation in Managing Irregular Movements by Sea*, Background paper, dans www.unhcr.org.

persécutions ou qui sont à la recherche de protection internationale, l'opération de sauvegarde est plus complexe, surtout pour la localisation du port où les débarquer. On comprend donc que l'intérêt des États côtiers a été celui d'éviter d'établir le contact, pas tant pour éviter le sauvetage mais surtout pour éviter que l'État sauveteur devienne aussi l'État responsable des opérations d'identification, d'examen des demandes de protection internationale et donc d'accueil.

A ce propos, le fait que l'IMO ait dû intervenir justement pour définir les procédures existantes en adoptant deux amendements à la Convention SOLAS et à la convention SAR, entrés en vigueur le 1 juillet 2006²⁷, nous dit combien cette question est cruciale. Cependant, ces conventions établissent un principe de juridiction pour l'État responsable de la zone de compétence concernée, sans toutefois établir une juridiction exclusive²⁸.

Pour les États côtiers, l'obligation de sauvetage se conjugue avec celle de *non-refoulement* de sorte que l'obligation de sauvegarde de la vie en mer doit être interprétée à la lumière de la première²⁹. La localisation du port sûr où débarquer le migrant secouru devra donc être effectuée en tenant compte de l'obligation de *non-refoulement* du demandeur d'asile³⁰. Revendiquée par l'art. 33, par. 1 de la Convention relative au *status* des réfugiés de 1951³¹ et confirmée aussi dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme³², l'obligation de *non-refoulement* est désormais pacifiquement considérée comme un principe de nature coutumière³³. On considère qu'elle doit être appliquée indépendamment du lieu où se trouvent les demandeurs d'asile et en particulier indépendamment de leur présence physique sur le territoire de l'État (y compris la mer territoriale) si l'État a la juridiction sur les personnes intéressées³⁴.

Le fait que le principe de non-refoulement s'applique en haute mer n'implique pas que l'État soit dans l'obligation d'accueillir les réfugiés sur son propre territoire; il ne doit pas les envoyer vers un État qui mettrait leur vie en péril. En revanche, si l'État repousse les réfugiés vers un territoire où leur vie, leur liberté et leur intégrité physique sont garanties, il ne viole en aucun cas l'art. 33, par. 1³⁵.

²⁷ Résolutions MSC.153(78) et MSC.155(78) du 20 mai 2004.

²⁸ Même si, comme nous le verrons, l'Union a récemment intervenu en ce qui concerne l'adoption d'un règlement vise à fixer des règles spécifiques applicables aux opérations de contrôle et de surveillance maritime dans le cadre des opérations de FRONTEX; *infra*, par. 3.b.

²⁹ Cf. le document intitulé *Rescue at Sea, A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees*, élaboré par le OMI en collaboration avec l'UNHCR, in www.unhcr.org.

³⁰ F. Salerno, *op. cit.*, p. 3 et ss.; E. Lauterpacht/D. Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement*, dans E. Feller/V. Türk/ F. Nicholson (dir.), *Refugee protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 140 et ss.; également disponible dans www.refworld.org; P. Weis, *The Refugee Convention, 1951, The Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge, 1995; M. Pallis, *Obligations of States towards Asylum Seeker at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *IJRL*, 2002, pp. 329-364.

³¹ Art. 33, par. 1: "No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion".

³² Art. 3 de la Convention contre la torture du 1984; art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 1966; art. 22, par. 8, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 1969; art. 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 1981. F. Salerno, *op. cit.*, p. 8.

³³ En 1982, il a été déclaré pour la première fois la valeur contraignant du principe par le Comité exécutif du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés - Executive Committee, Conclusion n. 25(XXXIII), 1982, par. (b); G. Noll, *Seeking Asylum at Embassies: A right to Entry under International Law?*, dans *IJRL*, 2005, pp. 542-573.

³⁴ Cf. UNHCR, *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, 26 janvier 2007, dans www.refworld.org; E. Lauterpacht/D. Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement*, *op. cit.*, p. 114.

³⁵ S. Trevisanut, *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, *op. cit.*, p. 270; Maritime Safety Committee, ris. no. 167(78) du 20 mai 2004, *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, MSC 78/26/Add. 2, in www.imo.org.

b. Les obligations qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme

L'activité de contrôle des frontières maritimes et de lutte contre l'immigration irrégulière effectuée par l'État est ultérieurement limitée par les contraintes qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme³⁶. Les doutes concernant l'application de ces contraintes à tous les types d'activité de contrôle exercée par les États, indépendamment du lieu matériel où ces activités se produisent, ont été dissipés de manière nette et sans équivoque par la Cour européenne elle-même³⁷. L'occasion en a été fournie à la Cour par un recours présenté contre l'Italie qui, en vertu des accords signés avec la Libye, renvoyait vers leur pays les migrants interceptés au large des côtes de Lampedusa³⁸. La Cour a de fait durement condamnée l'Italie en décidant la cessation d'une certaine politique de lutte contre l'immigration irrégulière pratiquée par le Gouvernement italien.

Quant à l'applicabilité, la Cour européenne a ôté tous les doutes à propos de l'applicabilité de la Convention aux sens de l'art. 1 qui en définit le cadre d'application, en l'étendant à n'importe quelle personne soumise à la juridiction des États membres³⁹. La Cour, même si elle confirme la prédominante dimension territoriale dans la notion de juridiction, a fini par affirmer la juridiction des États membres même en dehors de leur propre territoire toutes les fois qu'un État exerce, par l'intermédiaire de ses agents, un contrôle effectif sur une personne⁴⁰. Dans ces circonstances, tous

³⁶ N. Mole, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2008; G. Caggiano, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, dans *Gli stranieri*, 2010, 2, pp. 7-32; A. Saccucci, *Il diritto d'asilo nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *RDPE*, 2011, 2, pp. 81-102; *Id.*, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, dans C. Favilli (dir.), *op. cit.*, pp.147-186; S. Bartole/P. De Sena/V. Zagrebelsky (dir.), *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012; A. Caligiuri/G. Cataldi/N. Napoletano (dir.), *La Tutela dei Diritti Umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010; R. Pisillo Mazzeschi/P. Pustorino/A. Viviani (dir.), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2009.

³⁷ P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

³⁸ *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. no. 27765/09. M. Den Heijer, *Reflections on 'Refoulement' and Collective Expulsion in the 'Hirsi' Case*, dans *IJRL*, 2013, pp. 265-290; P. Bonetti, *La decisione di Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, dans *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 447-449; G. Carella, *Il caso Hirsi Jamaa e l'isola che non c'è*, in *SudinEuropa*, 2012, Avril, pp. 5-7; G. Cellamare, *La sentenza Hirsi Jamaa e la "nuova fase di cooperazione" tra Italia e Libia nel settore migratorio*, in *Sud in Europa*, septembre 2012, pp. 3-6; C. Favilli, *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri di migranti in alto mare verso la Libia*, in *Quest. Giust.*, 2012, 3, pp. 199-208; C. Gabrielli, *Il rispetto dei diritti nella gestione delle politiche migratorie secondo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, n. 1, 2012, pp. 185-195; G. Garuti (dir.), *Illegittimo il respingimento dei migranti somali ed eritrei da parte dell'Italia*, dans *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, pp. 519-520; A. Gianelli, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, dans *Giur. cost.*, 2012, pp. 2358-2357; C. Morselli, *Hic sunt leones: la Corte di Strasburgo traccia l'invalidabile linea d'interdizione nella carta geografica dei respingimenti in alto mare*, dans *Dir. pen. proc.*, n. 4, 2012, pp. 509-516; B. Nascimbene, *Condanna senza appello della "politica dei respingimenti"? La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi e altri c. Italia*, dans *Documenti IAI*, mars 2012, pp. 2-5, www.iai.it; A. Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, dans *DUDI*, 2009, pp. 591-607; N. Napoletano, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, dans *DUDI*, 2012, pp. 436-447; A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: Il caso Hirsi*, in *RDI*, 2012, pp. 415-443; V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control*, dans *HRLR*, 2012, pp. 574-598; I. Papanicolopulu, *Hirsi v. Italy*, in *AJIL*, 2013, pp. 417-423; F. Lenzerini, *Il principio del 'non-refoulement' dopo la sentenza 'Hirsi' della Corte europea dei diritti dell'uomo*, dans *RDI*, 2012, pp. 721-761; M. Pacini (dir.), *Diritti dell'uomo: Respingimento di stranieri verso la Libia*, in *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, dans *Giorn. dir. amm.*, 2012, p.646; M. Stefan, *Cronache dal diritto d'alto mare: l'Italia condannata a Strasburgo per violazione del divieto di refoulement*, in *Studium Iuris*, 2013, pp. 144-151.

³⁹ I. K. Panoussis, *L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme en Irak (Cour européenne des droits de l'homme, arrêts Al-Skeini e.a. et Al-Jedda c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011)*, dans *RTDH*, 2012, pp. 647-670.

⁴⁰ *Loizidou c. Chypre*, 18 décembre 1996, Req. no. 15318/89; *Bankovic et a. c. Belgique et a.*, 19 décembre 2001, Req. no. 52207/99. P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, *op. cit.*, p. 163 et ss.; F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi*

les droits énoncés dans la première partie de la Convention doivent être reconnus à la personne⁴¹. Dans le cas *Hirsi*, la Cour souligne que les faits se sont produits entièrement à bord du bateau italien dont l'équipage appartenait aux forces militaires italiennes. Selon la Cour, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant de *jure* que *de facto*, des autorités italiennes⁴². La Cour explique aussi que la nature des activités accomplies par les autorités italiennes n'a pas d'importance en ce qui concerne l'exercice ou non de la juridiction: en particulier, selon la Cour, si les opérations d'interception navale ont pour but le sauvetage ou la lutte contre l'immigration irrégulière puisque ce qui importe est que l'opération détermine un contact qui puisse rendre applicables les obligations internationales en vigueur pour l'Italie. On considère aussi que, pour le système italien, ceci est expressément souligné dans une norme interne qui reproduit la règle internationale selon laquelle le bateau, en haute mer, doit être considéré territoire de l'état dont il bat pavillon : la règle se trouve exprimée dans l'art. 4 du Code de navigation italien.

Ajoutons également que ceci vaut pour n'importe quelle opération dans laquelle le bateau italien est impliqué. Pensons aux opérations organisées par l'agence FRONTEX dans lesquelles les États participent sous la coordination ou de l'agence même ou d'un État membre adhérent à l'opération. La coordination extérieure ne permet en aucune manière aux États de se soustraire à leurs obligations conventionnelles, même en cas de renonciation à la juridiction italienne. Dans ce cas l'exercice de la juridiction italienne viendrait à manquer, mais non l'existence de la juridiction de l'Italie au sens de l'art. 1 de la Convention EDH.

En effet, la Cour a confirmé clairement les obligations énoncées dans l'art. 3 et dans d'autres normes importantes de la Convention, ainsi que les obligations concernant les opérations d'interception des migrants en mer, même si elles ne sont pas qualifiées techniquement d'expulsions ou de refoulements puisqu'elles sont réalisées en dehors du territoire de l'État. La Cour a donc confirmé dans ce domaine la bien connue protection *par ricochet* garantie par l'art. 3 de la CEDH vouée à protéger le plus possible contre les actes de barbarie qu'aucun État européen ne peut infliger ni risquer de faire subir à ceux qui sont renvoyés dans un État tiers⁴³. La tension de la Cour sur l'art. 3 de la CEDH est tellement grande que cette dernière a toujours gardé ferme la barre de protection absolue qui dérive des dispositions combinées avec l'art. 15 de la même convention qui les comptera parmi ces droits qui ne peuvent subir aucune restriction, pas même dans des cas exceptionnels ou encore pour protéger des valeurs qui trouvent une large place dans la Convention, comme celles de la sécurité de l'État ou de l'ordre public. Ainsi, la Cour a résisté à la position pressante exprimée avant tout par le Gouvernement britannique, mais ensuite largement suivie par d'autres gouvernements, sur la nécessité de déroger à l'art. 3 en cas de menace à l'État dérivant du terrorisme et en présence d'assurances diplomatiques de la part des États de renvoi.

Bien que la Cour reconnaisse les difficultés objectives des États européens et de certains États plus que d'autres, comme l'Italie par exemple, à faire face à l'entrée des migrants irréguliers, elle a repoussé la thèse de la possibilité d'équilibrer l'exigence légitime de l'État de contrôler ses propres frontières avec le droit énoncé dans l'art. 3 de la CEDH et elle en a vérifié la violation, aussi bien

di tutela, dans M. Meccarelli/C. Sotis/P. Palchetti (dir.), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche dell'esclusione*, Macerata, 2012, pp. 183-205.

⁴¹ Cour EDH, *Medvedyev et autres c. France*, 29 March 2010, req. no. 3394/03.

⁴² *Id.*, par. 81.

⁴³ P. Pustorino, *Articolo 3*, dans S. Bartole/P. De Sena/V. Zagrebelsky (dir.), *op. cit.*, pp. 85-88; A. Saccucci, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, dans C. Favilli (dir.), *op. cit.*, pp. 150-153; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, pp. 84 et 304; F. Sudre, *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989*, in *RGDIP*, 1990, p. 108; *id.*, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, 2008, p. 320 ss; R. Alleweldt, *Protection against expulsion under article 3 of the European Convention on Human Rights*, dans *EJIL*, 1993, p. 360 et ss. Voir aussi les articles 23 et 24 du projet d'articles présenté par le rapporteur M. Kamto qui expressément oblige « de ne pas expulser un étranger vers un État "où sa vie ou sa liberté serait menacée" or "où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants" », doc. A/CN.4/L.832 du 30 mai 2014, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/038/30/PDF/G1403830.pdf?OpenElement>.

pour le risque de subir les traitements interdits en Libye que pour le risque d'être expulsés de la Libye vers la Somalie et l'Érythrée⁴⁴. A ce propos, la Cour a même confirmé que pour qu'un État puisse être considéré "sûr" par rapport à la garantie des droits fondamentaux, il faut que ces droits soient effectivement respectés car l'existence de normes internes ou la ratification d'accords internationaux, qui ne sont pas en soi une garantie de la protection des droits, ne suffit pas⁴⁵.

La Cour a même retenu applicable l'interdiction d'expulsions collectives énoncée dans l'art.4 du Prot. 4 de la CEDH, même au-delà des frontières et en haute mer⁴⁶. L'application concrète d'une telle interdiction a suscité de nombreuses problématiques, si bien que sa violation n'a été reconnue que très rarement par la Cour européenne⁴⁷. Ce qui permet essentiellement de considérer l'expulsion comme collective est le manque d'un examen raisonnable et objectif des cas spécifiques de chaque individu du groupe des personnes expulsées et l'impossibilité pour ces personnes de se défendre contre les mesures prises⁴⁸. Il est évident que les opérations d'interdiction au-delà des frontières ou en haute mer ne sont ni des expulsions ni des refoulements mais la Cour retient toutefois l'interdiction applicable même à ce cas. La Cour fait référence aux critères interprétatifs des traités internationaux pour ensuite résoudre la question à la lumière de la protection effective des droits, de manière à éviter que la protection ne soit que théorique et formelle⁴⁹. En particulier, selon la Cour, nier l'application de l'interdiction dans ce cas signifierait nier l'application à un phénomène, celui de la migration par mer et de l'activité de répression liée à cette migration. Ce phénomène est toujours plus intense et aggravé par le flux constant de migrants irréguliers qui proviennent de l'Afrique du Nord.

La Cour a donc embrassé une interprétation extensive de l'expulsion, autonome par rapport à celle des États membres (*Explanatory Report*, § 21), en y incluant également les interceptions au-delà des frontières : autrement les États auraient trouvé la manière d'éluder leurs propres obligations tout simplement en déplaçant le champ d'application dans lequel chaque pays déroule sa propre action⁵⁰.

Un autre pivot de l'orientation de la cour européenne en matière de limites aux actions des États est le droit à un recours effectif, énoncé dans l'art.13 et avec une formulation presque identique dans l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵¹. Le droit de recourir afin que les actes de l'autorité administrative puissent être soumis à une révision, si possible de la part d'un organe juridictionnel, tiers et impartial est un principe cardinal de l'État de droit. Il existe toutefois des activités qui échappent à un tel contrôle, pour les modalités avec lesquelles elles sont accomplies et pour les circonstances dans lesquelles elles se vérifient. Les refoulements à la frontière sont une de ces activités, malgré l'obligation de suivre une procédure spécifique et de relâcher une sanction écrite, rédigée sur la base de standards communs à tous les États membres du

⁴⁴ Cour EDH, *Hirsi*, *cit.*, paras. 138 et 158.

⁴⁵ *Id.*, paras. 127-131.

⁴⁶ C. Favilli, *Articolo 4. Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, dans *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, *op. cit.*, p. 869 et ss.

⁴⁷ Cour EDH, *Čonka c. Belgique*, 5 février 2001, req. no. 51564/99; *Sultani c. France*, 20 septembre 2007, Req. no. 45223/05, par. 81.

⁴⁸ Le nombre de personnes concernées ne peut être déterminé a priori de sorte que pas toutes l'expulsions des groupes des personnes violent l'interdiction des expulsions collectives. En effet, il est possible pour un État d'expulser des gens dans une période limitée, grâce à des mesures similaires, sans pour autant violer l'interdiction de l'expulsion collective; E. Zaniboni, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nel diritto internazionale convenzionale, con particolare riguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, dans *Gli Stranieri*, 2004, p. 615 ss.

⁴⁹ Cour EDH, *Hirsi*, *cit.*, par. 175.

⁵⁰ Enfin, l'accent est également donnée par la Cour de la nature globale des opérations menées par les autorités et qui conduisent à l'expulsion d'un groupe de personnes. Ainsi, par exemple, dans *Čonka* les déclarations de la police qui ont précédé les opérations d'expulsion collective ont été prises en grande considération. Dans le cas présent, sont évalués les déclarations du ministre de l'Intérieur, qui ont été mises en évidence les objectifs de prévention de l'immigration en Italie; Cour EDH, *Hirsi*, *cit.*, par. 181.

⁵¹ F. De Vittor, *Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione*, dans *DUDI*, 2008, pp. 427-432.

territoire communément appelé “espace Schengen”⁵². Encore plus compliqué est le contrôle des activités d'interception des migrants qui surviennent en haute mer, là où les seuls sujets impliqués sont les migrants, les autorités italiennes et les autorités du Pays tiers auxquelles les personnes sont remises. Dans cette situation, même s'il y avait des violations, il n'y aurait aucune possibilité de les faire valoir⁵³. C'est pour cette raison que dans ce domaine il est important de garantir l'accès des ONG ou du personnel de l'UNHCR aux structures d'accueil. Pour cette même raison, n'importe quelle modalité d'examen des demandes à l'étranger ou en dehors du territoire devrait pouvoir au moins garantir la présence de sujets qui n'appartiennent pas à l'État et l'accès à une autorité juridictionnelle, tiers et impartiale de manière à pouvoir revoir l'éventuelle décision négative émise par l'autorité administrative.

L'effectivité est le concept clé de l'interprétation de l'art. 13 de la Cedh. Pour chaque violation dénoncée d'un des droits énoncés dans la Convention, les personnes ont le droit de faire recours. Ce recours doit être effectif, c'est-à-dire offrir de concrètes possibilités de réexamen du cas et de vérification de la violation. Le respect de l'art. 13 est étroitement lié à l'interprétation de l'art. 35, par.1, selon lequel les recours ne sont pas admissibles si les remèdes internes n'ont pas tous été contemplés auparavant. En effet, la Cour a affirmé que la règle de l'épuisement préalable des recours internes n'est applicable que si les remèdes sont effectifs. En revanche, elle peut être dépassée si les remèdes proposés ne sont pas effectifs. En matière d'expulsion, par exemple, la Cour retient que toutes les fois qu'il existe un réel risque de violation de l'art. 3 de la Cedh, chaque migrant doit pouvoir compter sur un recours contre l'éloignement qui soit suspensif : seule la suspension de l'exécution de l'éloignement peut en effet conjurer le risque de subir une torture ou un traitement inhumain ou dégradant⁵⁴.

c. Le règlement de l'UE sur les obligations des États en matière de recherche et de sauvegarde en mer

Les obligations qui découlent du droit international et de la CEDH ont été de nouveau élaborées et “codifiées” dans un récent règlement de l'Union européenne sur la “surveillance des frontières maritimes extérieures dans le contexte 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”⁵⁵. Un tel règlement vise à discipliner les activités de l'État vouées à empêcher la traversée non autorisée de la frontière maritime, à lutter contre la criminalité transfrontalière et à arrêter les personnes entrées illégalement, ou bien adopter d'autres mesures à leurs égards. Le règlement tend à offrir un cadre systémique des normes internationales importantes⁵⁶, à indiquer des obligations précises et des modalités qui doivent être observées au

⁵² L'obligation est expressément prévue par le règlement no. 562/2006 du 15 mars 2006 *établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, dans *GUUE* L 105 du 13 avril 2006, p. 1 ss.

⁵³ *Hussun y autres c. Italie*, 19 janvier 2010, Req. no. 10171/05; http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=786&l=it.

⁵⁴ *Jabari c. Turquie*, 11 Juillet 2000, Req. n° 40035/98.

⁵⁵ Règlement n. 656/2014 du 15 mai 2014 *établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, dans *GUUE* L 189 du 27 juin 2014, p. 93 et ss. Le règlement remplace la décision du Conseil 2010/252/EU du Conseil 1 qui a été annulée par la Cour de justice dans son arrêt du 5 Septembre 2012, C-355/10. Avec cet arrêt, la Cour a ordonné le maintien des effets de la décision 2010/252/EU jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Par conséquent, la décision a cessé d'avoir effet à partir de la date d'entrée en vigueur de ce règlement. Décision 2010/252/EU du Conseil du 26 Avril 2010 complétant la 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 membres de l'Union européenne, dans *GUUE* L 111 du 4 mai 2010, p. 20.

⁵⁶ Considérant no. 8: “Pendant les opérations de surveillance des frontières en mer, les États membres devraient respecter leurs obligations respectives au titre du droit international, en particulier la convention des Nations unies sur le

cours des opérations de contrôle des frontières. Le classement des diverses opérations qui peuvent être réalisées dans les États membres est particulièrement favorable, avec également l'indication des pouvoirs relatifs selon qu'on se trouve dans la mer territoriale, dans la zone contiguë ou en haute mer. Bien qu'il soit difficile d'imaginer que le règlement pourra éviter les tragédies et les conflits de juridiction entre les États membres, celui-ci a au moins le mérite d'offrir un cadre normatif clair et précis, d'établir des critères pour identifier l'État responsable des opérations de sauvetage, l'État où débarquer les personnes et selon quelles modalités.

Il convient de mentionner les normes qui précisent les limites imposées aux États dans les opérations de contrôle des frontières et de lutte contre l'immigration irrégulière. Dans le préambule abondent les références aux normes internationales et aux droits sanctionnés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir n.8-9); il y a également une référence précise au respect du principe de proportionnalité par rapport aux objectifs poursuivis, à la non discrimination, à la dignité humaine, aux droits fondamentaux, aux droits des réfugiés et des demandeurs d'asile, en particulier au principe de non-refoulement (voir n.10 et 12).

Ce qui est prévu par l'art. 4 est fondamental. Ce dernier est renforcé par le considérant n.13 qui met en évidence l'écho de la sentence *Hirsi* de la Cour EDH. L'article interdit toute hypothèse de débarquement ou de remise de personne, de quelque manière que ce soit, vers un pays tiers dans lequel la personne risque la peine de mort, la torture, la persécution et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou dans lequel la vie ou la liberté de l'intéressé serait menacée à cause de la race, de la religion, de la nationalité, de l'orientation sexuelle, de l'appartenance à un groupe social, des opinions politiques, ou vers un pays dans lequel subsiste un risque d'expulsion, de rapatriement ou d'extradition vers un pays qui viole le principe de non-refoulement. Il faut signaler qu'à juste titre l'orientation sexuelle est expressément considérée comme motif de persécution, en ligne avec ce qui a déjà été affirmé par la Cour de justice⁵⁷ et avec l'art. 10, point 1, lett. d), de la directive 2011/95/UE⁵⁸.

Des dispositions spécifiques concernent l'identification de l'État où le débarquement peut avoir lieu. Ainsi, sur la base de l'art. 4, par. 2, si l'interception se produit dans les eaux territoriales ou dans la zone contiguë, le débarquement doit avoir lieu dans l'État côtier; au contraire, si l'interception se fait en haute mer, le débarquement doit se produire dans le Pays tiers d'où l'on présume que l'embarcation est partie. Cependant, dans ce cas, il est expressément demandé de s'informer, à partir de sources diverses et notamment à partir des rapports des organisations internationales, sur la situation générale de ce Pays. Si, de ces informations, il en ressortait une impossibilité de débarquer dans le pays tiers, le débarquement devrait se faire dans l'État membre qui accueille les opérations de patrouille aux frontières. Le considérant n. 13 spécifie aussi que la limite en question reste en vigueur même quand il existe un accord entre un État membre et un pays tiers, à plus forte raison quand les États en ont connaissance ou lorsqu'il y a des lacunes systémiques dans la procédure d'asile et dans les conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays tiers, ou lorsqu'il y a un réel risque qu'un tel État adopte des actes en violation du principe de non-refoulement.

On considère que le règlement ne mentionne que les Pays tiers, mais la Cour européenne a établi ce principe aussi dans les rapports entre les États membres. En effet, selon la Cour, il n'existe aucun

droit de la mer, la convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, la convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et son protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, la convention des Nations unies relative au statut des réfugiés, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments internationaux applicables".

⁵⁷ Cour JEU, arrêt du 7 novembre 2013, *X. Y. Z.*, C-199/12 à C-201/12, non encore publiée.

⁵⁸ Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011, *concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte)*, dans *GUUE* L 337 du 20 décembre 2011, p. 9 et s.

Pays “sûr” au point de dispenser les États de la vérification du risque individuel qu'une personne peut encourir si elle est transférée. Le considérant évoque à nouveau le principe clé énoncé par la Convention. A juste titre, dans le règlement, l'interdiction vaut non seulement quand il y a une violation systémique du système d'asile mais aussi quand il y a des risques d'actes individuels qui peuvent perpétuer une violation du principe de non-refoulement.

Il est spécifié également que dans le cas de situations de recherche et de sauvetage, le centre de coordination et de sauvetage est en premier responsable, même si l'État membre qui accueille et les États membres participants coopèrent avec le centre de coordination du sauvetage compétent pour identifier un lieu sûr et pour assurer, une fois le lieu déterminé, que le débarquement se passe de manière rapide et efficace.

En outre, les personnes doivent être identifiées et dûment informées sur leur destination de manière à ce que leur soit donnée l'opportunité d'exprimer les éventuelles raisons pour lesquelles ils considèrent qu'un débarquement dans le lieu proposé violerait le principe de non-refoulement.

D'autres dispositions concernent les modalités opérationnelles des opérations de contrôle, de recherche et de sauvetage qui doivent être définies, conformément au règlement no. 2007/2004, instituant FRONTEX, dans le plan opérationnel spécifique de chaque opération. Ce dernier doit aussi rendre compte des modalités à travers lesquelles ont été considérées les exigences particulières des mineurs, y compris les mineurs non-accompagnés, des victimes de la traite des êtres humains, de l'assistance médicale urgente, des personnes avec handicap, de la protection internationale et des exigences de tous ceux qui se trouvent en situation de vulnérabilité. A juste titre, il spécifie aussi que l'échange de données personnelles avec le Pays tiers est interdit quand il existe un sérieux risque de violation du principe de non-refoulement.

Tenant compte des grotesques situations dans lesquelles se sont trouvés les sauveteurs des migrants en mer, le considérant n. 14 confirme que n'importe quel bateau doit intervenir en cas de nécessité, indépendamment “de la nationalité ou du statut juridique des personnes à secourir ou des circonstances dans lesquelles elles se trouvent”. Par conséquent, même celui qui n'a pas de documents de voyage réguliers ni de documents pour entrer régulièrement dans un État membre, doit être secouru par n'importe qui se trouvant dans les conditions matérielles de le faire. Le considérant précise que “le capitaine et son équipage ne devraient pas être passibles de sanctions pénales pour avoir porté secours en mer à des personnes en danger et pour les avoir portées en lieu sûr”. La disposition aurait pu aussi trouver une place dans le texte afin d'éviter que ne se répètent des situations désagréables et grotesques, à charge de ceux qui pour sauver des vies humaines se voient non seulement bloqués dans leur activité économique (en effet, beaucoup d'entre eux sont des pêcheurs) mais parfois même accusés de favoriser l'immigration irrégulière⁵⁹.

4. Le règlement Dublin sur l'État membre compétent pour examiner une demande de protection internationale versus la liberté de circulation dans l'Union Européenne.

Selon l'art. 78 du TFUE, l'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire, basée sur le respect du principe de non-refoulement et sur la Convention de Genève des réfugiés de 1951. La mise en acte d'une telle politique a été réalisée en deux phases. La deuxième est caractérisée par une plus grande harmonisation. Le système d'asile européen est composé de nombreuses mesures de droit dérivé parmi lesquelles émergent, par leur importance, cinq actes législatifs : le règlement n. 603/2013 sur l'État compétent pour examiner les demandes d'asile⁶⁰; la directive 2001/55/CE sur la protection

⁵⁹ L'exclusion des sanctions pénales pour les sauveteurs, même quand il est évident que ce sont des immigrés illégaux a été clairement établi par la Cour de cassation italienne: arrêt du 27 mars 2014, no. 14510, par. 2.2, dans www.penalecontemporaneo.it, avec un commentaire par A. Giliberto.

⁶⁰ Étroitement liée est le règlement no. 2725/2000 qui a créé le “système Eurodac”, pour permettre l'échange d'empreintes digitales des demandeurs d'asile qui sont ressortissants de pays tiers; règlement no. 2725/2000 du 11

temporaire en cas d'afflux massif de réfugiés⁶¹; la directive 2013/33/UE sur les conditions minimales d'accueil des demandeurs d'asile⁶²; la directive 2011/95/UE sur le titre de réfugié ou autre statut de protection et contenu de statut⁶³; la directive 2013/32/UE relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du *status* de réfugié dans les États membres⁶⁴.

Chacun de ces actes contribue à définir le système d'asile européen et est important pour la définition des systèmes d'asile nationaux auxquels est désormais laissé le seul pouvoir discrétionnaire typique de la mise en œuvre des directives ou de la mise en exécution des actes réglementaires. En ce qui concerne le contrôle des frontières, et surtout des frontières maritimes méridionales de l'UE, le règlement n. 604/2013, "Dublin III" prend une importance particulière. Comme nous le savons, ce règlement a pour but de décider quel État membre est compétent pour examiner la demande de protection internationale et la création qui en découle d'un système complexe de demande de reprise en charge entre les États membres quand le demandeur d'asile a présenté sa demande dans un État différent de celui compétent, qui coïncide souvent avec celui de débarquement⁶⁵.

Le système Dublin incite donc le migrant à présenter sa demande d'asile dans l'État où il a débarqué, c'est à dire presque toujours dans un État méridional pour ceux qui arrivent par mer d'Afrique du Nord (Grèce, Malte, Italie et Espagne). Du fait que les frontières de ces États coïncident avec l'entrée dans la zone UE, il est évident que ces États sont soumis à une plus grande pression. Il faut également évaluer quelle est la pression migratoire effective aux frontières de chaque État et donc, quel est le poids effectif que chaque État doit supporter, dans l'optique aussi d'une juste répartition des charges entre les États membres.

Il faut considérer que le système d'asile ne prévoit aucun droit de circulation et de séjour dans les autres États membres de l'Union européenne une fois que la personne a obtenu le statut de protection internationale. Cela signifie que la personne ne pourra pas se déplacer dans un autre État pour y habiter et y établir sa vie privée et familiale. Cette forclusion est peut-être la raison principale de la criticité que le "système Dublin" a mis en évidence dans la pratique, encore plus que la règle qui impose que ce soit l'État compétent à examiner la demande. Autrement on ne comprendrait pas pourquoi ceux qui arrivent en Italie, là où les taux de reconnaissance des demandes de protection internationale sont parmi les plus élevés en Europe, ont tendance à éluder le système Dublin pour se rendre dans un autre État membre, là où les taux sont au contraire inférieurs⁶⁶. Visiblement une des raisons pour laquelle ils ne veulent pas rester est parce que les possibilités d'intégration dans Pays comme l'Italie sont inférieures à celles des Pays du nord de l'Europe; en outre, les personnes ont souvent tendance à rejoindre des membres de leur famille ou du moins des personnes qui représentent un point de référence, de manière à faciliter le processus d'intégration.

décembre 2000, dans *GUCE* L 316 du 15 décembre 2000, pp. 1-10. Eurodac signifie *European Automated Fingerprint Recognition System*. le règlement a été adopté en 2000 mais est devenu opérationnel en janvier 2004. Le Conseil a ensuite approuvé un règlement en 2002 sur les mesures d'exécution du "système Eurodac"; règlement no. 407/2002, dans *GUCE* L 62 du 5 mars 2002, p. 1 et ss.

⁶¹ Dans *GUUE* L 212, du 7 août 2001, p. 12 et ss.

⁶² Dans *GUUE* L 31, du 6 février 2003, p. 18 et ss.

⁶³ Dans *GUUE* L 304, du 30 septembre 2004, p. 12 et ss.

⁶⁴ Directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), dans *GUUE* L 180 du 29 juin 2013, p. 60 et ss.

⁶⁵ Sur la compatibilité des critères énoncés dans le règlement de Dublin avec la Convention de Genève, voir F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, op. cit., pp. 14-16; F. Zorzi Giustiniani, *Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiché*, dans *SIE*, 2009, p. 783 et s.; A. Edwards, *Human Rights, Refugees, and the Right "To Enjoy" Asylum*, dans *IJRL*, 2005, p. 305 et ss.; G. Gaja, *La Competence des etats dans l'examen des demandes d'asile*, dans *Ecrits en l'honneur du Professeur Joe Verhoeven*, en cours des publications.

⁶⁶ Cinquième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen 1er novembre 2013 – 30 avril 2014, COM(2014)292 du 26 mai 2014.

Les règles qui disent que l'État a les compétences pour examiner la demande et pour accueillir/intégrer le demandeur/bénéficiaire de protection internationale constituent les principales causes de la plus grande pression sur les États de frontière extérieure méridionale, en plus des tentatives d'éluder le système Dublin même.

Par ailleurs, certaines études rapportent que seulement 30% des demandes de prises en charge sont effectivement exécutées: donc uniquement 30% des demandes de la part des États membres se conclue avec une prise en charge effective de la part d'un autre État membre. Une montagne – le système Dublin – qui accouche “d'une souris” en termes de résultats effectivement obtenus. Un système, donc, qui absorbe beaucoup d'énergies, beaucoup de ressources mais qui laisse à désirer d'un point de vue de l'efficacité⁶⁷.

Il faut ajouter que les restrictions à la liberté de circulation et de séjour comportent aussi quelques distorsions dans les comportements des personnes et des autorités. En effet, comme nous le savons, le système Eurodac a été créé pour obtenir une plus grande certitude sur l'identité du demandeur de protection internationale, système qui insère les empreintes digitales dans une banque de données à laquelle toutes les autorités compétentes des États membres peuvent accéder. Ceci pousse beaucoup de personnes à adopter des comportements élusifs afin d'éviter de se faire intercepter et identifier par les autorités et ainsi pouvoir ensuite atteindre un autre État membre avant d'avoir été identifié. Parfois, lorsque la “fuite” ne réussit pas, certains arrivent jusqu'à manipuler les empreintes digitales en compromettant leurs pouces et en évitant ainsi l'identification pour pouvoir présenter une demande de protection internationale dans un autre État membre, différent de celui d'arrivée⁶⁸.

Il pourrait même se créer des situations telles que ce sont les États de frontière eux-même à laisser les demandeurs de protection internationale se rendre dans un autre État membre, sans identification préalable. Durant ces dernières années, cette pratique était fréquente, créant ainsi des tensions entre les États membres de l'UE, en particulier entre l'Italie d'une part et la France, l'Allemagne et l'Autriche de l'autre. Le cas le plus éclatant est celui qui s'est produit en 2011, au cours de l'urgence appelée urgence Afrique du Nord, quand environ 30 mille personnes sont arrivées en Italie durant les six premiers mois de l'année, la plupart en Sicile. Le choix du gouvernement italien de l'époque a été de les accueillir “à bras ouverts”, en relâchant à toutes ces personnes un permis de séjour pour raisons humanitaires, en conformité avec la législation nationale ; mais l'Italie a aussi donné à ces personnes un titre de transport qui leur a permis de circuler dans d'autres États membres, car le droit de circulation est autorisé, du moins pendant trois, aux personnes qui ont les pré-requis nécessaires, parmi lesquels le permis de séjour valable, relâché par les États membres, un titre de transport et une sorte d'argent de poche. Si bien que cette pratique a permis à l'Italie, en quelque sorte, de gérer ces arrivées, avec une partie des réfugiés qui est restée en Italie, dispersée dans les différents centres déjà existants ou créés exprès. Une autre partie de ces personnes, au contraire, s'est éloignée rapidement de l'Italie en rejoignant le Pays qu'ils voulaient rejoindre, d'ailleurs sans avoir présenté de demande de protection internationale et donc sans même laisser d'empreintes digitales.

Les protestations de la France, mais aussi celles de l'Allemagne et de l'Autriche ont été féroces, elles ont d'ailleurs duré jusqu'à le 2014, quand le régime de la protection humanitaire ne prenne fin⁶⁹.

⁶⁷ *Dublin II Regulation, European Comparative Report*, in www.dublin-project.eu; Dubliners Project Report, <http://www.cir-onlus.org/images/pdf/summary%20inglese%20dubliners.pdf>.

⁶⁸ Le problème est si important que, dans certains pays (comme l'Allemagne) des lésions des doigts est considéré par la loi comme une question de démonstration de la non-coopération, et donc aussi une cause de suspension de la procédure de demande d'asile. Sur ce point voir le *Cinquième rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen 1er novembre 2013 – 30 avril 2014*, cit., p. 4.

⁶⁹ S. Carrera/E. Guild/M. Merlino/J. Parkin, *A Race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair*, www.ceps.eu; <http://schengenalia.com/2013/05/31/190/>; <http://www.ambafrance-nl.org/Espace-Schengen-lettre-conjointe>; la Commission a “répondu” en fait avec la publication d'une *Communication sur l'immigration* du 4 mai 2011, COM(2011)248. Plus tard, en 2012, la Commission a également publié les *Lignes directrices relatives au fonctionnement de l'espace Schengen*, dans le *Rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen 1^{er} novembre 2011 - 30 avril 2012*, COM(2012)230 du 16 mai 2012, pp. 13-18. En plus a été approuvé le règlement no.

A la mince efficacité du “system Dublin” s'ajoute aussi le grave problème du respect des droits de l'homme, surtout pour les critères qui établissent l'État membre compétent pour examiner la demande de protection internationale et la protection juridictionnelle effective contre la décision de renvoi vers un autre État membre. Le nouveau règlement Dublin III apporte des modifications qui permettent, en partie, de remédier aux violations dénoncées des droits de l'homme, en se conformant aux sentences de la Cour Européenne et de la Cour de justice⁷⁰. Paradoxalement, l'accentuation des garanties tend nécessairement à rendre encore moins efficace le système Dublin, car celui-ci fonctionne s'il existe effectivement une présomption de sécurité des États membres de l'Union Européenne et par conséquent, une rapidité dans les transferts ; autrement l'introduction de recours pour contester la décision de transfert détermine une procédure à l'intérieur de la procédure de transfert qui allonge inexorablement les temps. D'autre part, il n'existe pas d'alternative puisque le droit à un recours effectif est un corollaire indispensable de n'importe quel droit substantiel, reconnu aussi bien dans les constitutions des États membres, comme en Italie, que dans les conventions internationales, et même aujourd'hui dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

En résumé, nous avons une procédure à l'intérieur de la procédure qui, d'une part, garantie davantage le respect des droits de l'homme en se conformant à la Cour Européenne, mais qui de l'autre compromet encore plus l'efficacité du système⁷¹.

Si les personnes pouvaient, une fois que le statut de protection internationale leur a été reconnu, se rendre où ils veulent pour des raisons de travail, des raisons linguistiques, familiales ou autres (par ex. pour une plus grande facilité d'intégration), elles seraient moins nombreuses à s'opposer aux critères établis par le règlement Dublin III et elles accepteraient que leurs demandes soient examinées dans l'État indiqué par le règlement. En revanche, puisque l'État qui est jugé compétent pour examiner la demande d'asile est aussi celui où qui obtiendra le statut de protection internationale sera obligé de résider, il est évident que le demandeur aura tendance à forcer le système Dublin et à se rendre dans l'État d'élection, dans le but aussi de présenter sa propre demande.

D'ailleurs la non reconnaissance du droit de circulation et de séjour aux bénéficiaires de protection internationale contraste avec la tendance qui consiste à harmoniser les procédures et les présupposés prévus pour obtenir ces statuts. En effet, il n'existe pas de reconnaissance mutuelle des *status* et par conséquent il n'y a pas la possibilité de se rendre et de séjourner dans un autre État, malgré que dans le droit de l'Union Européenne, le principe de la reconnaissance mutuelle a normalement pour but de favoriser la liberté de circulation des travailleurs, des marchandises et des services par manque d'harmonisation des normes et des procédures internes pour l'attribution de qualification et de *status*. Dans ce contexte, au contraire, malgré la tendance à l'harmonisation et l'affirmation de

1051/2013 du 22 octobre 2013 modifiant le règlement no. 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, dans *GUUE* L 295, pp. 1-10.

⁷⁰ Cour EDH, *MSS c. Belgium y Greece*, du 24 janvier 2011, *Req. n° 30696/09*; Cour JEU, *N.S.*, du 21 décembre 2011, C-411/10. Cf. L. Magi, *Protezione dei richiedenti asilo “par ricochet” o protezione “par moitié”? La grande camera ripartisce fra gli Stati contraenti la responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione ad un trasferimento “Dublino II”*, dans *RDI*, 2011, pp. 824-831; E. Rebasti, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, dans *DUDI*, 2011, 2, pp. 343-355; A. Skordas/N. Sitaropoulos, *Why Greece is not a Safe Host Country for Refugees*, dans *IJRL*, 2004, p. 25 et ss.; M. Marchegiani, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati*, dans *DUDI*, 2010, p. 452 et ss. Voy encre *UNHCR Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece under the “Dublin Regulation”*, du 15 avril 2008, dans www.unhcr.se.

⁷¹ Si nous considérons, par exemple, la sentence de la House of Lords du 19 février 2014, rendue sur un cas de recours contre la décision de transfert de réfugiés et de demandeurs d'asile du Royaume Unis vers l'Italie, il est surprenant que des entrées survenues quatre ans auparavant soient à l'origine de cette sentence: il a fallu quatre ans uniquement pour déterminer quel État est l'État membre compétent, sans d'ailleurs aucune garantie qu'ensuite l'autre État membre collabore effectivement à la prise en charge ; *R (on the application of EM (Eritrea) v. Secretary of State for the Home Department*, in www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0272_Judgment.pdf.

l'équivalence des systèmes d'asile, c'est exactement l'opposé qui s'affirme, c'est-à-dire que chacun reste dans l'État membre dans lequel il est arrivé, sans aucune reconnaissance des *status*.

D'autre part, une telle liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'autres États membres de l'Union Européenne n'est attribuée à aucune catégorie de citoyens de Pays tiers, exception faite pour les membres de la famille des citoyens de l'Union Européenne. L'attribution du droit de circulation et de séjour dans l'UE aux citoyens de Pays tiers est presque un tabou à l'intérieur de l'Union Européenne. Lorsque les normes qui prévoient des normes communes sur les conditions requises pour l'entrée et le séjour des citoyens des Pays tiers ont été adoptées, c'est justement le droit de séjourner dans un autre État membre qui n'a pas été reconnu. Il est donc fondamentalement indifférent que la demande d'entrée dans un État membre provienne d'un citoyen de Pays tiers déjà résident dans un autre État membre de l'UE ou dans un État tiers.

C'est la même chose pour les réfugiés, même s'il n'y a pas de directives qui établissent des normes communes sur l'attribution de la qualification de protection internationale (refuge ou protection subsidiaire) ainsi que sur les procédures pour la reconnaissance d'une telle qualification.

Il est évident que parler aujourd'hui dans des termes aussi critiques du "system Dublin" risque d'être un exercice presque purement théorique vu que le règlement a été récemment modifié et qu'il est entré en vigueur en janvier 2014. Pourtant les criticités de ce règlement sont tellement macroscopiques, aussi bien pour le respect des droits de l'homme que pour son inefficacité que le point de sa révision doit être toujours mis à l'ordre du jour. Dans tous les cas, même si le règlement reste inchangé, il est urgent de penser et de réaliser des projets alternatifs qui atténuent certaines distorsions du système. Parmi ces distorsions il y a la possibilité d'établir entre les États membres un système de quota de réfugiés qui peuvent être accueillis⁷². Les projets qui ont été promus jusque-là par la Commission Européenne ont été absolument inefficaces: par exemple le projet EUREMA, qui prévoyait le remplacement des demandeurs d'asile de Malte dans les autres États, n'a permis en 2013 qu'à 227 personnes de pouvoir être transférées, un nombre vraiment insignifiant.

Enfin, il faut en donner acte que le système européen d'asile a été complété d'un point de vue législatif en 2013. Mais aujourd'hui s'ouvre la phase de mise en œuvre du système dans les États membres. Cette phase est cruciale pour garantir une plus grande harmonisation entre les règlements des États et pour éviter ainsi ces différences macroscopiques et évidentes de traitement dans l'acceptation des demandes d'asile. Pour faciliter cette phase la Commission Européenne a institué le Bureau Européen d'Appui en matière d'Asile qui a son siège à Malte et qui a commencé à fonctionner en 2011. Une Agence externe de l'UE qui existe depuis peu mais qui a déjà mis en route des projets de coopération avec certains Pays membres, parmi lesquels l'Italie et la Grèce, en plus d'autres projets intéressants pour soutenir les États membres dans la mise en place du cadre normatif européen⁷³.

En conclusion, le système Dublin et le manque de reconnaissance du droit de circulation et de séjour dans les États membres ne sont autre qu'une tentative des États d'endiguer la mer des personnes qui arrivent et qui tentent de se rendre là où il y a le plus de possibilités d'intégration ; une tentative qui risque d'ailleurs de rester de plus en plus souvent vaine, aussi bien pour les demandeurs que pour les bénéficiaires de protection internationale, et qui soustrait de précieuses ressources, économiques avant tout, alors que ces ressources pourraient être plus profitablement destinées au soutien des États pour la mise en œuvre du système d'asile européen et pour la réalisation d'efficaces parcours d'intégration pour les bénéficiaires de protection internationale.

5. L'accueil des migrants et des demandeurs d'asile

L'application du principe de non-refoulement oblige les États à accueillir les migrants, tous, afin

⁷² A. Hans/A. Suhrke, *Responsibility Sharing*, dans J. C. Hathaway (dir.), *Reconceiving International Refugee Law*, The Hague, 1997, pp. 83 et ss.

⁷³ EASO Annual Activity Report 2012, dans www.easo.eu.

de leur permettre de présenter une demande d'asile. Par ailleurs il existe, même pour ceux qui ne demandent pas l'asile, l'interdiction d'éloignement collectif (aussi bien l'expulsion que le refoulement), ce qui comporte l'obligation d'examiner chaque situation afin de s'assurer qu'il n'y ait pas les présupposés pour appliquer les interdictions d'éloignement qui découlent des normes internationales ou nationales. Tout de suite après l'arrivée, il y a donc une phase durant laquelle la situation de chaque migrant doit être examinée pour en définir le *status* juridique: migrant régulier; demandeur d'asile; inexpulsable; irrégulier.

Le problème du traitement des migrants au moment de leur arrivée constitue un des domaines les plus ambigus du droit de l'étranger, aussi parce que souvent cette phase se caractérise par l'adoption de comportements matériels, de la part des autorités de l'État, qui échappent au contrôle des autorités judiciaires puisqu'il est extrêmement difficile de présenter un recours.

Le règlement italien prévoit que les migrants, durant cette phase, soient retenus dans un centre de premier secours et accueil (CPSA), comme celui de Lampedusa⁷⁴. A vrai dire, il s'agit d'un traitement qui prive l'individu de sa liberté personnelle au sens de l'art.13 de la Constitution italienne et de l'art. 5 de la CEDH. La discipline juridique est au contraire très pauvre, elle n'indique pas la période maximale de rétention ni ses modalités. De même, elle ne donne aucune indication sur l'obligation pour les autorités judiciaires de valider une telle rétention, alors que c'est imposé par la Constitution même et par la CEDH⁷⁵. Ceci parce que la rétention dans les CPSA devrait être la plus brève possible pour ensuite conduire les personnes dans des centres d'accueil pour les demandeurs d'asile (CARA) ou dans des centres d'identification et expulsion (CIE), ou pour les remettre en liberté⁷⁶.

Toutefois, le centre de Lampedusa a été cycliquement utilisé de fait comme un centre de détention, avec des rétentions qui ont durées plusieurs jours voire jusqu'à une semaine. En effet, plus grand est le nombre de retenus et plus il faut de temps pour l'examen individuel, et ceci implique une prolongation de la rétention "informelle" et la détérioration des conditions matérielles du centre. C'est ce qui s'est passé au moment des arrivées au cours du premier semestre 2011 et de l'automne 2013, avant et après le naufrage du 3 octobre⁷⁷.

Alors, et c'est encore le cas aujourd'hui, le centre a été rempli jusqu'à être surpeuplé, dépassant de loin la capacité maximale. Presque comme s'ils étaient une marée, ces personnes se sont reversées dans chaque coin du centre jusqu'à en déborder et à occuper les bancs adjacents, certaines préférant le ciment à un matelas malodorant et à des toilettes impraticables. En 2011, les personnes ont été retenues pendant des jours dans des conditions inhumaines et dégradantes, sans la moindre information. La situation était explosive et ponctuellement elle a explosé à cause d'un incendie

⁷⁴ Ces centres sont tenus par l'art. 23 du décret présidentiel no. 394/1999 fixant les règles d'application du Loi sur l'immigration, T.U. no. 286/1998; G. Savio (*dir.*), *Codice dell'immigrazione*, Rimini, 2012.

⁷⁵ La Cour constitutionnelle a assimilé toute restriction de la liberté personnelle, y compris l'accompagnement forcé à la frontière, à une limitation de la liberté personnelle, sous réserve des limitations et des garanties procédurales de l'art. 13 de la Constitution; voir pour tous, Corte cost. n. 105/2001, www.cortecostituzionale.it; voy P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir.imm.citt.*, 2009, 4, pp. 100-104.

⁷⁶ M. Borraccetti, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, en cours de publication dans *Dir. imm. citt.*, 2014; F. Vassallo Paleologo, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, dans *Dir. imm. citt.*, 2009, 2, pp. 15-29; M. Pierdonati, *La restrizione della libertà personale nel "carcere amministrativo" dei C.I.E.: tradimento e riaffermazione del principio di legalità*, dans R. Del Coco/E. Pistoia (*dir.*), *Stranieri e giustizia penale*, Cacucci, 2014, p. 230-272; N. Ricciuti/D. Serrapede, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo in Europa*, dans *Rass. dir. pub. eur.*, 2011, 2, pp. 155-200.

⁷⁷ L. Masera, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, dans *DUDI*, 2014, pp. 83-102; A. Natale, *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, dans *Quest. Giust.*, 2013, p. 181-199; F. Vassallo Paleologo, *Diritti sotto sequestro – Dall'emergenza umanitaria allo stato d'eccezione*, Ariccia, 2012; P-O Savoie/ O. Le Fort, *Quel Habeas corpus pour les demandeurs d'asile? Le Canada, les États-Unis, la Suisse et l'Australie face à leurs obligations internationales*, dans Daniel Domroy/Habib Sliou (*dir.*), *Réfugiés, immigration clandestine et centres de rétention des immigrés clandestins en droit international*, Bruxelles, 2008, pp. 51-119.

provoqué par certains détenus. Cet incendie, survenu en 2011, a rendu impraticable une grande partie de la structure qui, deux ans après, n'a toujours pas été réparée. Par ailleurs, à l'époque les personnes furent retenues pendant plusieurs jours à Lampedusa puis transférées à Palerme et de là réexpédiées en Tunisie, avec une restriction de fait de leur liberté personnelle, sans information utile et sans aucun acte formel validé par les autorités judiciaires.

En 2013, peu de semaines après le naufrage, ce sont surtout les conditions dégradantes dans lesquelles les étrangers ont été retenus dans le centre de premier accueil qui ont été mises en évidence. En particulier, un des retenus avait réussi à tourner un film sur la phase de désinfection pour lutter contre la gale. Les migrants devaient se soumettre, nus et à ciel ouvert, à un jet d'eau lancé par un tube en plastique. Même si les organisations non gouvernementales avaient pourtant, au cours des années, dénoncé plusieurs fois les conditions inhumaines de rétention dans le centre de Lampedusa, c'est uniquement grâce à ce film qu'on est enfin parvenu à une conscience collective et à une forte attention de la part des forces politiques. La protestation conduite par un parlementaire qui s'était auto-enfermé dans le centre de Lampedusa a déterminé la "libération" des étrangers qui y étaient enfermés et l'abandon progressif du centre.

Il n'y a aucun doute sur le fait que les situations qui se sont avérées au printemps 2011 et à l'automne 2013 avaient créé une situation objectivement difficile et mis à dure épreuve la tenue du système d'accueil italien. Toutefois, même la situation la plus dramatique ne peut consentir à la limitation des droits de l'homme fondamentaux, comme l'a affirmé et confirmé plusieurs fois la Cour européenne⁷⁸. Dans ces cas, comme dans d'autres, ce qui est en jeu n'est pas tant le droit de chaque État d'admettre et d'éloigner qui n'a pas le droit d'entrer ou de rester sur le territoire, mais plutôt l'obligation de traiter chacun avec dignité, de tout mettre en œuvre pour offrir assistance sanitaire et psychologique et des conditions d'accueil minimales, dignes d'un Pays de grande culture et civilité comme doit l'être l'Italie. Sans aucun doute il est inadmissible que les personnes soient privées de leur liberté personnelle, si ce n'est pour de brèves périodes et sous étroit contrôle de l'autorité judiciaire.

En effet, celui qui arrive à la frontière et est retenu ne se trouve pas dans un "limbe" mais il est, à tous les effets, sur le territoire de l'État et sous le contrôle des autorités de cet État⁷⁹: bien que les procédures pour le refoulement à la frontière ou le refoulement différé puissent être plus simplifiées par rapport à la véritable expulsion, il ne peut y avoir aucune dérogation à l'obligation du respect des droits fondamentaux de l'homme, comme le droit à la vie, l'interdiction de tout traitement inhumain et dégradant, le droit à la liberté personnelle et l'interdiction de tout abus.

La Cour européenne des droits de l'homme a désormais été saisie de la question, étant donné le non-lieu prononcé par les autorités italiennes⁸⁰. L'arrêt qui doit être émis par la Cour est très attendu

⁷⁸ Court EDH, *Chahal c. Royam Unit*, 15 novembre 1996, req. no. 22414/93; *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, req. no. 37201/06. E. Ocello, *Il trattenimento dei richiedenti asilo secondo la normativa dell'Unione Europea e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in C. Favilli (dir.), *op. cit.*, p. 219 et ss.

⁷⁹ Court EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. no. 19776/1992; *Mayeka et Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. no. 13178/03; *Gebremedhin c. France*, 26 avril 2007, req. no. 25389/05. Voir C. Cournil, *Les droits de l'Homme en zones d'attente: condamnation européenne et résistances françaises*, dans *Cultures & Conflits*, 3/2008, pp. 75-92, également disponible dans <http://conflits.revues.org/16433#text>.

⁸⁰ *Khlaifia et a. c. Italie*, req. no. 16483/12, en attente du jugement. L. Masera, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, cit., pp. 92-95. Comme indiqué dans cet article, le recours a été présenté par deux citoyens tunisiens La demande a été présentée par deux ressortissants tunisiens qui ont dénoncé: violation de l'art. 3 pour les conditions matérielles de l'acceptation; de l'art. 5 pour la privation arbitraire de leur liberté personnelle; de l'art. 4, Prot. 4, pour l'expulsion collective vers la Tunisie en vertu d'un accord de réadmission pas publié; enfin de l'art. 13, étant donné que les requérants ont été privés du droit à un recours effectif contre l'expulsion ainsi que contre tous les actes matériels qui leur sont adressées. Cf. *Repubblica italiana* e che ha concluso i propri lavori il 6 marzo 2012, nel "Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia", www.senato.it; UNHCR, *Asylum procedure and reception conditions in Italy: Report on the situation of asylum seekers, refugees, and persons under subsidiary or humanitarian protection, with focus on Dublin returnees*, 2011, in www.refworld.org; Lunaria (dir.), *Costi disumani. La spesa pubblica per il "contrasto dell'immigrazione irregolare"*, Roma, 2013; European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or

car la Cour pourrait obliger l'Italie à modifier également ce segment de la politique migratoire, comme c'est déjà arrivé dans le passé avec la politique de retour condamnée par la Cour européenne.