

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2019

Volume XX

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

LES NAVIRES D'ONG DE SAUVETAGE EN HAUTE MER ET LES ETATS

PAR

HÉLÈNE RASPAIL (*)

L'actualité ne fait que répéter l'histoire. Depuis les *Boat People* indochinois jusqu'aux Rohingyas fuyant la Birmanie, en passant par les populations d'Afrique subsaharienne cherchant à rallier l'Europe, les migrations ont souvent pris la voie, aussi périlleuse que d'issue incertaine, maritime. Cet exil présente toujours, d'une manière ou d'une autre, un caractère forcé. Que le départ du pays soit volontaire ou non, le choix de la route maritime n'est jamais fait de manière librement consentie. Il peut être forcé par les circonstances, lorsque la personne craint des atteintes graves ou des persécutions et que seule la route migratoire maritime lui est accessible. Il peut également être forcé par les réseaux de trafic illicite de migrants qui, comme en Libye, poussent physiquement les personnes à la mer. Il est à tout le moins le fruit d'un dol, les personnes étant toujours trompées quant à la nature et la dangerosité du trajet qu'elles entreprennent (1).

Dès lors, il apparaîtrait particulièrement cynique de traiter les situations de détresse en mer qui découlent de ces pratiques différemment de toute autre, sous prétexte qu'elles répondraient à un projet d'immigration non respectueuse des lois du pays de destination. D'autant que les personnes dont il est question ne relèvent pas d'une catégorie homogène et que certains auraient des raisons légitimes de ne pas respecter ces lois : il s'agit des réfugiés qui, comme on le sait, ne peuvent se voir reprocher une entrée irrégulière sur le territoire (2) et figurent en très grand nombre parmi les personnes migrantes par voie maritime. Mais un traitement conforme

(*) Maître de conférences en Droit public à l'Université du Maine (Le Mans, France).

(1) Bérangère Matta, représentante de SOS Méditerranée en Bretagne indiquait ainsi que les personnes migrantes en Libye n'avaient pour la plupart jamais vu la mer avant de prendre place dans des embarcations de fortune, totalement insusceptibles de supporter la traversée. Lors des départs, de nuit, des lumières à l'horizon proche leur sont présentées comme le phare de l'île européenne de destination. Il ne s'agit malheureusement que de feux signalant des rochers en mer territoriale libyenne : communication lors du colloque annuel de la Fondation René Cassin, sous notre direction, *Les Droits de l'homme et la mer*, Le Mans Université, 24-25 mai 2018. Cf. SOS Méditerranée, *Les Naufragés de l'enfer. Témoignages recueillis sur l'Aquarius*, Récit M. Rajabla et Photos L. Schmid, Digobar Editions, 2017.

(2) Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 28 juil. 1951, *Recueil des Traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. CLXXXIX, art. 31§1.

au devoir général de sauvetage en mer est-il suffisant ? Les naufrages d'embarcations de personnes migrantes arrivent avec fréquence, régularité et prévisibilité, ce qui n'est d'ordinaire pas le cas des situations de détresse en mer. En mer Méditerranée, la particularité est d'autant plus grande que les naufrages sont concentrés dans une zone relativement circonscrite, située peu au-delà des 12 milles marins des côtes libyennes : autrement dit, en haute mer, dès la fin de la mer territoriale de cet Etat failli.

La situation se distingue donc bien des traversées entreprises par le détroit de Gibraltar ou encore plus récemment dans la Manche, par le détroit du Pas-de-Calais. En effet, ces détroits sont séparés par une étendue de moins de 24 milles marins de largeur et les eaux territoriales des Etats côtiers occupent la totalité de l'espace (3). Les embarcations sont bien souvent stoppées par les autorités avant que la dangerosité ne soit trop grande et, le cas échéant, les opérations de sauvetage sont réalisées par les forces armées des Etats côtiers ou tout du moins initiées et coordonnées par les autorités étatiques. Ces dernières n'agissent toutefois pas de manière aussi systématique et organisée au-delà de la mer territoriale, qu'il s'agisse de la zone économique exclusive d'un Etat ou bien de la haute mer, autrement dit de tout espace insusceptible d'appropriation territoriale, sur lequel règne le principe de la liberté de navigation. Certes, des mesures sont habituellement prises par les Etats en matière de recherche et de sauvetage dans ces zones, mais elles sont destinées à assurer la sécurité d'une navigation ordinaire et largement insuffisantes pour sauver de manière certaine des vies délibérément mises en danger en mer. Espace international et systématisation de la détresse : ces problématiques croisées s'illustrent au travers des migrations en mer Méditerranée et nécessitent une réponse spécifique que les Etats manquent à apporter.

Une réponse est depuis quelques années fournie par des organisations non gouvernementales (ONG) spécialisées dans le sauvetage en mer, comme Jugend Rettet, Migrant Offshore Aid Station (MOAS), Proactiva Open Arms, Sea Eye, Sea Watch, SOS Méditerranée, ou bien des organisations dont le but est plus large, telles que Médecins sans frontières (MSF), Save The Children et la Croix-Rouge, qui ont elles aussi participé à cette mission de sauvegarde de la vie en mer d'un genre si particulier. Malheureusement, ces associations ont rencontré des obstacles nombreux, dérivant tous d'une politique de fermeture des Etats membres de l'Union européenne.

Le « raidissement de l'Italie », Etat de destination de la route migratoire maritime en provenance de Libye, est particulièrement marquant et s'est manifesté par un accord de coopération avec cet Etat, dans la lignée duquel s'est inscrite la « Déclaration de Malte » des Etats membres de l'Union européenne (UE), qui légitime les interceptions des gardes-côtes libyens

(3) Pour la Manche, cf. le décret n°2018-681 du 30 juillet 2018 établissant la limite extérieure de la mer territoriale au large du territoire métropolitain de la France, *Journal officiel de la République française (JORF)*, n°0176, 2 août 2018, carte n°1 en annexe.

et donc, tacitement, les rapatriements vers cet Etat (4)(5). Poursuivant cette même tendance, l'Italie a ensuite proposé aux ONG, afin qu'elles limitent volontairement leur action (6), un « Code de bonne conduite », encore salué par les Etats membres de l'UE. Cependant, pour celles qui ne l'ont pas accepté ou pour celles qui l'ont accepté mais n'ont finalement pas pu tenir ses lignes, cela a marqué le point de départ de multiples tentatives d'incrimination de leurs activités par la justice italienne en tant que contrevenant aux lois nationales sur l'immigration, notamment (7). Ce durcissement politique a été jusqu'au refus de débarquement des passagers de ces navires, les condamnant à une errance internationale dans l'attente d'un autre accord étatique pour mener à bien le sauvetage qui doit nécessairement s'achever par le retour sur le territoire d'un Etat pour une remise en « lieu sûr » (8). Des pressions ont enfin été exercées sur les Etats du pavillon des navires d'ONG pour qu'ils retirent cette protection, ce qui a conduit à la perte des pavillons de Gibraltar puis du Panama du navire de SOS Méditerranée, l'*Aquarius*. Sur les douze navires d'ONG actifs en mer Méditerranée, il n'en reste aujourd'hui plus aucun.

Les relations qu'entretiennent les ONG de sauvetage en mer, leurs navires et les Etats sont donc loin de l'harmonie. Force est de constater que le droit international est pour l'heure insuffisant pour garantir tant la protection effective de la vie en mer que le soutien nécessaire aux navires privés qui assurent, à la place des Etats, cette protection. Il est à notre sens inutile de faire du droit incantatoire pour dégager des obligations étatiques là où il n'y en a aucune, mais au contraire nécessaire de révéler les lacunes

(4) F. VIALLAT (Président de SOS Méditerranée France), Rapport d'activité 2017, p. 5.

(5) Déclaration de Malte des chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil européen concernant les aspects extérieurs des migrations lors du sommet informel de l'Union européenne, La Valette, 3 fév. 2017, disponible sur le site Internet discours.vie-publique.fr.

(6) Ce code de bonne conduite volontaire, publié le 1^{er} août 2017, vise à rappeler certaines règles à respecter, comme l'interdiction d'entrer dans les eaux libyennes ou encore l'obligation d'être localisable et d'obéir aux centres de coordination des secours en mer. Il en appelle également à ce que l'activité de « Search and Rescue », autrement dit en haute mer, de la Libye ne soit pas entravée. Il interdit également le transbordement et impose la présence d'un membre des forces de l'ordre à bord, ce qui semble incompatible avec le quotidien des missions de sauvetage assurées et contraire à la neutralité des associations (cf. « Codice di condotta per le ONE impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare », 1^{er} août 2017, disponible sur le site Internet www.interno.gov.it). Seules Proactiva Open Arms, Save the Children et MOAS ont accepté de le signer. En tant que tel, cet instrument n'a toutefois aucun caractère obligatoire, que ce soit en droit italien ou, *a fortiori*, en droit international.

(7) Le 2 août 2017 par exemple, un navire de l'ONG allemande Jugend Rettet a été placé sous séquestre par la justice italienne, sur le fondement d'accusations de collusion avec les trafiquants d'êtres humains (cf. « L'Italie restreint les opérations de sauvetage en mer des migrants », *Le Monde*, 3 août 2017). Au début du printemps 2018, une enquête a été ouverte contre l'ONG Proactiva Open Arms, son fondateur, le chef de mission et le capitaine du navire à la suite d'une opération de secours au large des côtes libyennes durant laquelle le capitaine du navire a refusé de remettre les personnes sauvées en mer aux militaires libyens, contrairement au code de conduite que l'ONG avait accepté. Officiellement, les poursuites sont du fait d'« association de malfaiteurs en vue de favoriser l'immigration clandestine » (cf. « Le navire de l'ONG Proactiva Open Arms placé sous séquestre », *Le Monde*, 21 mars 2018). Enfin, la dernière illustration en date est la demande de mise sous séquestre du navire *Aquarius* de l'ONG SOS Méditerranée, actuellement au port de Marseille, par la justice italienne, pour allégation de tri non conforme des déchets du navire lorsqu'il était au port en Sicile.

(8) Cf. *infra* pour la notion de « lieu sûr ».

de ce droit afin d'identifier les points pour lesquels une évolution serait nécessaire.

Le droit de la mer est suffisant en matière de sauvetage lorsqu'il s'agit de navires classiques. Il est toutefois totalement inadapté à cette problématique spécifique des migrants en mer naviguant sur des embarcations de fortune destinées non pas à naviguer sur une longue distance – elles sont impropres à la navigation en haute mer – mais à être sauvées. Le devoir de sauvetage du droit de la mer s'applique à eux également, mais les obligations précisément faites aux États en la matière sont insuffisantes pour garantir un sauvetage effectif de ces personnes. Quant aux droits de l'homme, ils sont inadaptés car ne s'appliquent pas ou de manière très limitée tant qu'il n'y a pas de présence étatique en mer. Les ONG de sauvetage en mer viennent donc pallier cette carence du droit international (9). Leur action, privée, est nécessaire en l'absence d'obligations étatiques suffisantes. Elle est toutefois insusceptible de s'exercer avec succès en l'absence d'un certain soutien étatique, dont elles ont fondamentalement besoin.

LA NÉCESSITÉ D'UNE ACTION PRIVÉE EN L'ABSENCE D'OBLIGATIONS ÉTATIQUES SUFFISANTES

Le bon sens ordonnerait que les États se chargent de la protection de la vie en mer, en démonstration de leur puissance souveraine. Pourtant, même dans leur territoire maritime, ils délèguent souvent la mission de sauvetage en mer à des organismes privés, à fonctionnement associatif. En France, ainsi, la Société nationale de sauvetage en mer (SNSM) gère une très large part de cette mission. Bien entendu, les autorités coordonnent l'action de ces personnes privées et portent donc la responsabilité principale du sauvetage (10), en respect de leur obligation issue du droit international général d'assurer un minimum de protection aux personnes agissant sur leur territoire (11). Cependant, cette obligation n'est qu'un corollaire de la souveraineté territoriale, « *souveraineté envisagée dans ses rapports avec le*

(9) Pour Marjolaine Roccati, « [d]evant l'inaction des États, la société civile joue ici un rôle de substitution » (« Les personnes privées », in *Traité du droit international de la mer*, Pedone, Paris, 2018, p. 328).

(10) En France, les Centres régionaux opérationnels de secours et de sauvetage (CROSS), sous la responsabilité du Préfet maritime, gèrent une veille permanente afin de recevoir les alertes puis dirigent et coordonnent les opérations de recherche et de sauvetage.

(11) L'exclusivité du pouvoir de l'État sur son territoire « a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en tant de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger. [...] La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres États : car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tous lieux le minimum de protection que le droit international doit garantir » (Sentence arbitrale rendue par M. Max Huber, *Affaire de la souveraineté sur l'Île de Palmas ou Miangas (États-Unis/Pays-Bas)*, 4 avr. 1928, traduction française C. Rousseau, *Revue générale de Droit international public*, 1935, pp. 156 et suiv.)

territoire » selon Max Huber (12) et qui s'y exerce de manière exclusive. Elle cesse avec la limite de la mer territoriale. En haute mer en effet, tout Etat exerce ses pouvoirs librement et aucun ne porte donc la charge exclusive d'y assurer la sécurité. Au-delà, les obligations pesant sur les Etats, ensemble, en matière de protection de la vie en mer sont fragiles. L'action des ONG de sauvetage en mer vient ainsi pallier un manque d'action étatique qui n'est pas en lui-même contraire au droit international. Nécessaire, cette action ne doit, à tout le moins, pas être entravée par les Etats.

La fragilité des obligations « de faire » en matière de protection de la vie en mer

S'il n'est pas nié que les Etats ont, en vertu du droit international de la mer comme du droit international des droits de l'homme, l'obligation de ne pas prendre de mesure portant atteinte à la vie en mer, l'existence d'obligations de protection, active, de la vie en mer qui pourraient peser sur eux est plus incertaine. L'obligation de sauvetage du droit de la mer n'impose en effet aux Etats qu'une obligation de *due diligence* de contrôle des activités des personnes en mer. Quant au droit international des droits de l'homme, il impose en matière de droit à la vie tant une abstention d'ingérence que l'adoption de mesures de protection. Toutefois, l'applicabilité en haute mer de ces obligations positives est à exclure.

L'obligation de sauvetage en mer : une obligation de due diligence pesant sur l'Etat du pavillon

En vertu du droit international de la mer, les obligations faites aux Etats en haute mer peuvent essentiellement être résumées en une obligation de contrôle des activités humaines qui leur sont rattachées par un lien personnel, obligation de *due diligence* (13). Certes, on peut admettre que le principe de protection de la vie en mer irrigue l'ensemble du droit de la mer (14). Le devoir de sauvetage constitue d'ailleurs une tradition des gens de mer. On peine toutefois à trouver de quelconque obligation étatique d'exercer des pouvoirs opérationnels dans cet espace aux fins de la protection de la vie – comme dans tout autre domaine d'ailleurs, tel que la protection de l'environnement. Dans la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, l'obligation de prêter assistance figurant à l'article 98 ne comporte en effet que des obligations faites aux Etats d'exiger du capitaine d'un navire battant son pavillon qu'il prête assistance aux personnes en péril en mer et se porte au secours des personnes en détresse s'il est

(12) *Ibid.* Dans cette sentence relative à la détermination de la souveraineté sur une île, l'arbitre a présenté *in limine litis* « quelques remarques d'ordre général sur la souveraineté dans ses rapports avec le territoire » (souligné dans l'original).

(13) I. CARACCILO, « *Due diligence* et droit de la mer », in S. CASSELLA (dir.), *Le Standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'étude franco-italienne du Mans, Pedone, Paris, 2018, pp. 163 et suiv., spéc. pp. 166-170.

(14) S. TREVISANUT, « Refugees, migrants and the law of the sea », *Ocean Yearbook*, n°31, 2017, pp. 139-154, spéc. pp. 139-140.

informé d'un besoin d'assistance, sans qu'il soit indiqué que les Etats aient à se porter eux-mêmes au secours des dites personnes. Cette obligation est à mettre en lien avec le contrôle que doit assurer l'Etat sur tout navire battant son pavillon, évoqué précédemment. Les Etats doivent donc « faire » en matière de sauvetage, mais essentiellement au travers d'autres acteurs.

Hormis la Convention de Montego Bay, générale, deux instruments conventionnels régissent le sauvetage en mer de manière plus spécifique. Il s'agit de la Convention sur la sauvegarde de la vie humaine en mer de 1974 dite SOLAS (pour *Safety of Life at Sea*) (15) ainsi que la Convention sur la recherche et le sauvetage en mer de 1979 dite SAR (pour *Search and Rescue*) (16). Cependant, la Convention SOLAS renforce et précise essentiellement les obligations de *due diligence* des Etats sur les navires battant leur pavillon, leur imposant de veiller à faire respecter de nombreuses normes techniques de sécurité destinées à renforcer la sécurité en mer. Concernant leurs propres actions, les Etats ont l'obligation de fournir certains services de sécurité en matière de navigation, dont un service de recherche et de sauvetage comportant, « *autant que possible* », « *des moyens adéquats pour repérer et secourir les personnes en détresse* » (17) : il s'agit certainement de l'obligation la plus contraignante faite aux Etats en la matière. Il demeure cependant que cette obligation de moyen n'oblige pas de manière suffisamment ferme les Etats à diligenter en haute mer des patrouilles agissant comme le font les navires d'ONG (18). En outre, elle ne s'applique en principe qu'aux « *zones proches de ses côtes* », à moins que l'Etat ait volontairement pris sous sa responsabilité une zone de haute mer : il est ici fait référence aux zones SAR de la Convention éponyme.

La Convention SAR a quant à elle été rédigée parallèlement à la tenue de la conférence sur les personnes réfugiés et déplacées en Asie du Sud-Est, en pleine crise des réfugiés indochinois, alors que les navires marchands avaient cessé de remplir leur devoir de sauvetage (19). Toutefois, loin de parvenir, par imbrication des préoccupations, à ce que le droit des réfugiés

(15) Convention internationale de Londres pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (ci-après « Convention SOLAS »), 1^{er} nov. 1974, RTNU, vol. MCLXXXV, n°18961. La Convention a depuis été modifiée à plusieurs reprises.

(16) Convention internationale de Hambourg sur la recherche et le sauvetage maritimes (avec annexe) (ci-après « Convention SAR »), 27 avr. 1979, RTNU, vol. MCDV, n°23489. La Convention a depuis été modifiée en mai 1998 puis de nouveau en mai 2004.

(17) Convention SOLAS, version consolidée : Annexe, chap. V, règle 7 « Services de recherche et sauvetage ».

(18) Le révèle les différentes résolutions de l'Assemblée de l'Office des migrations internationales auxquelles renvoie cette règle, laquelle ne semble viser, hormis les moyens déployés « *sur* » des navires naviguant pavillon de l'Etat, que des moyens déployés par les autorités de l'Etat « *à partir de son territoire* » : Assemblée de l'OMI, Résolution A.225(VII) « *Homing capability of search and rescue aircraft* », 12 oct. 1971 (relatives aux moyens de radio-transmission d'aéronefs de recherche), et Résolution A.616(15) « *Search and rescue homing capability* », 19 nov. 1987, relative à l'utilisation des répondeurs radar, et Résolution A.894(21), « *International Aeronautical and Maritime Search and Rescue (IAMSAR) Manual* », 29 nov. 1999, disponibles sur le site Internet www.imo.org.

(19) Cf. P. HARTLING (Haut-Commissaire pour les réfugiés des Nations Unies), *Opening Statement at the Consultative Meeting with Interested Governments on Refugees and Displaced Persons in South East Asia*, Genève, 11 déc. 1978, disponible sur le site Internet www.unhcr.org.

s'étende en mer et conduise à une obligation de sauvetage corrélative, les négociations de la Convention SAR eurent lieu sans réelle prise en compte de la nécessité de prévoir des mesures spécifiques pour les migrations forcées en mer (20). Le droit de la mer ne tend ainsi qu'à déterminer l'Etat en charge du sauvetage mais dans le seul but de lui imposer une obligation de *due diligence* sur les navires présents en mer, sans qu'il soit lui-même obligé de déployer des moyens opérationnels afin de porter secours à ces personnes en situation de détresse particulière. Seule une neutralité pourrait s'appliquer à leur profit, en vertu de la Convention, qui prévoit que « [l]es Parties s'assurent qu'une assistance est fournie à toute personne en détresse en mer [...] sans tenir compte de la nationalité ou du statut de cette personne, ni des circonstances dans lesquelles celle-ci a été trouvée » (21). La pluralité des « Parties » en charge de fournir ladite assistance démontre que tous les Etats doivent s'y efforcer sans qu'aucun ne soit individuellement tenu à une obligation de résultat en la matière.

L'apport essentiel de cette Convention est de prévoir l'établissement de zones dites SAR pour lesquelles un Etat s'oblige à prendre en charge la coordination des mesures de sauvetage, autrement dit à réceptionner les appels de détresse, rechercher le navire le plus proche et le diligenter auprès de l'embarcation en péril. Il aura sur cette zone une obligation de s'efforcer à fournir les moyens de la recherche et du sauvetage, mais cette obligation figure au texte de la Convention SOLAS amendée et non dans la Convention SAR, ce qui pose un problème de clarté du droit en vigueur et de lisibilité des obligations des Etats. Surtout, il n'existe aucune obligation de prendre en charge une zone SAR, lesquelles s'établissent par voie d'accord entre Etats voisins – plus exactement en pratique : par déclaration unilatérale suivie d'une acceptation même tacite des Etats voisins. Cette prise en charge doit se faire en fonction des capacités de l'Etat. Or la Libye a proclamé une zone SAR en Méditerranée sans rencontrer de quelconque opposition des Etats méditerranéens, alors qu'elle n'est de toute évidence pas à même de mener des opérations de sauvetage en toute sécurité et dans le respect des droits humains, même avec l'appui de l'Union européenne. Leur silence équivaut donc à un accord y relatif, qui entre dans la droite lignée de la Déclaration de Malte et en dit long sur le poids que les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union accordent à la protection de la vie en mer et les obligations qu'ils entendent assumer en la matière.

(20) Le préambule de la Convention SAR, ainsi, ne mentionne pas même la question du sauvetage dans le cadre de migrations maritimes forcées : « Les Parties à la Convention, Prenant note de la grande importance que revêtent dans diverses conventions l'assistance aux personnes en détresse en mer et la mise en place par tous les Etats côtiers d'installations adéquates et efficaces pour la veille côtière et pour les services de recherche et de sauvetage [...] Désireuses d'intensifier et de promouvoir ces activités grâce à l'établissement d'un plan international de recherche et de sauvetage maritimes qui réponde aux besoins du trafic maritime en matière de sauvetage des personnes en détresse en mer, souhaitant favoriser la coopération entre les organisations de recherche et de sauvetage du monde entier et entre tous ceux qui participent à des opérations de recherche et de sauvetage en mer ».

(21) Convention SAR, Annexe §2.1.10.

C'est de toute évidence ce qui explique la nécessité de l'action des ONG de sauvetage en haute mer. Cette nécessité est renforcée par l'inapplicabilité d'obligations positives du droit international des droits de l'homme.

L'inapplicabilité des obligations positives du droit international des droits de l'homme en haute mer

En principe, les droits de l'homme et les libertés fondamentales s'appliquent là où l'Etat exerce son pouvoir de manière exclusive, car ils découlent de l'application du standard de l'Etat de droit. Ce champ d'application est distinct de la question de l'imputabilité des actes à un Etat en droit international, car il est attaché à un ordre juridique tout entier et non à l'action d'un organe étatique où qu'il se trouve. Il est donc essentiellement territorial, mais peut aussi s'étendre, comme le démontrent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme) (22) ou les observations des organes onusiens de protection des droits fondamentaux (23), à toute situation qui serait sous le « *contrôle absolu et exclusif* » (24) d'un Etat lié par les obligations en cause. Autrement dit, ces dernières s'appliquent dès lors que la situation peut être considérée comme placée dans l'ordre juridique d'un Etat déterminé à l'exclusion de tout autre et non lorsqu'il n'est question que d'un acte extraterritorial instantané (25). En haute mer, c'est le cas à bord des navires de guerre ou de tout navire affecté à un service public

(22) Relativement à notre cas de figure, cette juridiction peut ainsi s'étendre en haute mer dès lors que l'Etat exerce un contrôle absolu et exclusif sur un navire : Cour européenne des droits de l'homme, [GC], *Medvedjev et autres c. France*, 29 mars 2010, n°3394/03, et [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 fév. 2012, n°27765/09. La Cour rappelle que la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, déterminant le champ d'application de celle-ci, est une « *notion essentiellement territoriale* » et qu'elle ne peut admettre que « *dans des circonstances exceptionnelles que les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire* » puissent entrer dans ce champ d'application (arrêts *Medvedjev*, *op. cit.*, §64, et *Hirsi Jamaa*, *op. cit.*, §72).

(23) Dans une observation générale, le Comité contre la torture précise que le « *territoire* » sur lequel doit s'appliquer la Convention des Nations Unies contre la torture « *s'étend à toutes les régions sur lesquelles l'Etat partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou partie, un contrôle effectif, conformément au droit international* ». Cela recouvre ainsi « *les infractions commises, non seulement à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé sur le registre d'un Etat partie, mais aussi pendant une occupation militaire ou des opérations de maintien de la paix et dans des lieux tels qu'une ambassade, une base militaire, des locaux de détention ou tout autre espace sur lequel un Etat partie exerce un contrôle effectif* » (CAT, Observation générale n°2 – Application de l'article 2 par les Etats parties, 24 janv. 2008, CAT/C/GC/2, §16). Ainsi, l'opération de sauvetage menée en haute mer par un navire espagnol et ayant conduit au remorquage jusqu'en Mauritanie, puis le débarquement des personnes dans cet Etat entrent entièrement dans le champ d'application des obligations pesant sur l'Espagne car « *l'Etat partie a exercé un contrôle sur les passagers du Marine I dès le moment du sauvetage et tout au long de la procédure d'identification et de rapatriement qui a eu lieu à Nouadhibou* » (CAT, *J.H.A. c. Espagne*, 10 nov. 2008, Communication n°323/2007, §8.2). De même, des individus interceptés par un navire de la Garde civile espagnole et conduits jusqu'aux eaux territoriales marocaines étaient placés sous la juridiction de l'Espagne même s'il ne s'agissait pas de son territoire : « *le Comité relève que les Gardes civils ont exercé un contrôle sur les personnes se trouvant à bord du patrouilleur et qu'ils étaient donc responsables de leur protection* » (CAT, *Fatou Sonko c. Espagne*, 25 nov. 2011, communication n°368/2008, §10.3).

(24) Arrêts *Medvedjev*, §66, et *Hirsi Jamaa*, §73.

(25) Cour européenne des droits de l'homme, [GC], *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, 12 déc. 2001, n°52207/99, Rec. 2001-XII, §75.

non commercial, lesquels sont considérés en droit international comme exerçant des pouvoirs étatiques en mer (26).

Il semblerait que la juridiction de l'Etat reconnue aux fins d'application du droit international des droits de l'homme puisse également embrasser les situations qui se dérouleraient à bord de navires privés battant pavillon d'un Etat sur lequel pèsent les obligations (27). En vertu de l'article 94 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, l'Etat du pavillon doit exercer « *effectivement sa juridiction et son contrôle* » sur ses navires. Ce point n'a toutefois jamais été clairement tranché en jurisprudence. Même s'il était question dans les affaires portées à sa connaissance d'événements déroulés à bord de navires d'Etat, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas semblé les distinguer des autres navires, privés, battant pavillon de l'Etat (28). Elle a également pu considérer qu'une situation déroulée à l'étranger à bord d'un aéronef simplement immatriculé dans un Etat partie relevait de la juridiction de ce dernier. Toutefois, dans le cas de l'espèce des forces de l'ordre étatiques étaient présentes et agissaient (29). Il ne s'agissait donc pas d'un contrôle étatique immatériel comme celui qui doit être exercé sur les navires dans les espaces internationaux en vertu du droit de la mer.

Plus généralement, il faut se demander si cette obligation d'exercer un contrôle effectif suffirait pour établir que l'Etat exerce effectivement ce contrôle. Si l'Etat, de manière constante, fait défaut à cette obligation de contrôle des navires privés battant son pavillon, peut-on tout de même considérer que sa juridiction s'y projette aux fins d'application du droit international des droits de l'homme ? Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, seule la réalité du contrôle est déterminante pour établir la juridiction d'un Etat et non le droit qui indique abstraitement celui supposé l'exercer (30). Il serait donc essentiel de déterminer si un Etat contrôle dans les faits, comme il le doit, son navire pour établir sa juridiction sur ce dernier. Autrement dit, seul le respect de l'obligation du droit de la mer emporterait extension du champ d'application du droit international des droits de l'homme. Bien entendu,

(26) Ces navires sont ainsi identifiés dans la Convention de Montego Bay comme susceptibles d'exercer au nom de leur Etat un droit de visite, autrement dit d'exercer un pouvoir étatique opérationnel en haute mer (art. 110).

(27) Pour une interrogation, cf. S. TREVISANUT, *op. cit.*, p. 140.

(28) Selon la Cour, « *en vertu des dispositions pertinentes du droit de la mer, un bateau naviguant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l'Etat dont il bat pavillon. Ce principe de droit international a conduit la Cour à reconnaître, dans les affaires concernant des actes accomplis à bord de navires battant pavillon d'un Etat, à l'instar des aéronefs enregistrés, des cas d'exercice extraterritorial de la juridiction de cet Etat [...]. Dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle de jure exercé par l'Etat en question sur les individus concernés* » (Arrêt *Hirsi Jamaa*, §75.)

(29) Cour européenne des droits de l'homme, [GC], *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n°46221/99. La « juridiction » de l'Etat turc n'était même pas contestée entre les parties.

(30) Cour européenne des droits de l'homme, [GC], *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, n°15318/89, §65 : « *Compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national* » (nous soulignons).

ce serait alléger de leurs obligations en matière de protection des droits de l'homme les Etats défaillants en droit de la mer, mais ces *corpus* normatifs n'ont jamais été envisagés de manière articulée. En outre, la règle du droit de la mer est une obligation d'exercer un contrôle sur une zone qui n'est soumise à aucune souveraineté liée au territoire. Les navires ne sont désormais plus assimilés à des portions flottantes du territoire de l'Etat (31). Ainsi, l'obligation d'assurer un certain niveau de sécurité qui s'applique sur le territoire de l'Etat n'est pas transposable aux navires sur lesquels seul s'exerce un pouvoir étatique en vertu d'un lien personnel.

Les Etats parties aux conventions de protection des droits fondamentaux devraient donc respecter le droit à la vie – et autres droits fondamentaux – des personnes qui sont à bord de leurs navires, voire des navires battant leur pavillon. Il demeure qu'en l'absence de prise en charge par un tel navire, on sort du champ d'application du droit international des droits de l'homme, qui ne peut s'appliquer par principe sur un espace international sans « juridiction » d'un Etat identifiable. La haute mer, espace irréductible à toute projection exclusive du pouvoir d'un Etat, ne peut être le lieu d'application de principe des normes de protection des droits fondamentaux, faute de pouvoir déterminer un Etat en charge de leur garantie. Les obligations positives découlant du droit à la vie, comprenant des mesures de prévention des atteintes qui ne seraient pas imputables à l'Etat, ne peuvent être opposables à un Etat déterminé. Les Etats n'ont donc pas à prendre des mesures d'organisation d'un service de sauvetage en haute mer en vertu du droit international des droits de l'homme, qui risque donc malheureusement de n'être exercé dans les faits que par des acteurs privés, comme l'illustre l'action des ONG de sauvetage en mer.

Le fait qu'un Etat ait pris la responsabilité de la recherche et du sauvetage dans une zone de haute mer déterminée (zone SAR) pourrait éventuellement changer l'analyse, d'autant plus si un contact entre un navire en détresse et l'Etat responsable de la zone a été établi (32). Il semble toutefois bien difficile d'envisager qu'il s'agisse de la « juridiction » d'un Etat partie à un instrument de protection des droits fondamentaux. En réalité, l'hypothèse ne relève plus d'une application extraterritoriale des droits de l'homme. Elle répondrait davantage au cas d'une violation « par ricochet », du fait de mesures prises par l'Etat au sein de son ordre

(31) J. Bentham écrivait que « *the ship is an ambulatory province* » (cité par E. ROUKOUNAS, « Facteurs privés et droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. CCXCIX, 2002, p. 196) et la Cour permanente de justice internationale a repris cette théorie de la territorialisation du navire dans l'affaire du *Lotus* (*France c. Turquie*, 7 sept. 1927, *Série A*, n°10). Elle a cependant depuis été abandonnée, comme l'illustre par exemple Conseil constitutionnel, n°2005-514 DC, 28 avr. 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, §33 : « Considérant, d'une part, qu'il résulte des règles actuelles du droit de la mer qu'un navire battant pavillon français ne peut être regardé comme constituant une portion du territoire français ». Cf., en doctrine, P. CHAUMETTE, « Le navire, ni territoire, ni personne », *Le Droit maritime français*, vol. LIX, n°678, fév. 2007, pp. 99 et suiv., ou encore J.-M. THOUVENIN, *in Traité de droit international de la mer*, op. cit., p. 426.

(32) S. TRÉVISANUT, op. cit., pp. 151-153.

juridique et qui auraient pour conséquence suffisamment prévisible la violation de droits fondamentaux hors de son territoire, comme dans la jurisprudence *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme (33). Il s'agit alors d'une extension de l'obligation pesant sur l'Etat.

Un tel raisonnement n'est pour l'instant appliqué qu'en matière de décisions d'éloignement d'individus, lorsque l'atteinte est suffisamment prévisible et directement reliée à la décision de l'Etat (34). Il semble en revanche difficile de le transposer à des comportements d'abstention tels que le fait de ne pas fournir les moyens suffisants pour la recherche et le sauvetage, voire de laisser à l'abandon une embarcation dont on a reçu un signal de détresse, car le lien de causalité avec l'atteinte au droit à la vie est alors plus ténu – il s'agit tout au plus d'une conséquence factuelle, pas d'un effet juridique (35). Il est donc peu envisageable d'interpréter le droit à la vie comme imposant aux Etats, même en charge d'une zone SAR, des obligations positives destinées à en prévenir les atteintes hors de leur territoire. Il s'agirait en cas contraire d'une interprétation fort extensive, par imprégnation du droit de la mer en matière de protection des droits fondamentaux.

Les actions des ONG de sauvetage en mer apparaissent ainsi plus que nécessaires car elles comblent des défaillances, persistantes car licites, des Etats en la matière. Ces derniers ne doivent toutefois pas aller jusqu'à entraver les missions de sauvetage ainsi opérées.

L'obligation minimale d'interdiction d'entrave à une mission nécessaire

Si les Etats ne sont pas dans l'obligation d'aller eux-mêmes porter secours aux migrants en haute mer, ils doivent à tout le moins respecter le principe de la liberté de navigation en haute mer dont peuvent bénéficier les navires d'ONG de sauvetage en mer, qui leur permet de mener librement leurs activités de sauvetage. La lutte contre la criminalité en mer ne doit pas non plus justifier qu'on porte atteinte aux droits les plus essentiels des personnes en détresse.

(33) Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juil. 1989, *Série A*, n°61. Selon cet arrêt fondateur, les décisions qu'un Etat adopte dans son ordre juridique – en l'occurrence, une décision d'extradition – et qui conduiraient de manière suffisamment certaine, en cas d'exécution, à la violation d'un droit fondamental même hors de son territoire, peuvent engager sa responsabilité.

(34) Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « [d]ans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés » (*ibid.*, §91).

(35) Certains auteurs vont plus loin et avancent que la responsabilité d'un Etat pourrait être établie du fait de la politique migratoire restrictive des Etats membres de l'Union européenne dont découle le risque encouru en Méditerranée (T. SPIJKERBOER, « Moving migrants, states, and rights. Human rights and border deaths », *Law and Ethics of Human Rights*, vol. CCXIII, n°2, 2013, pp. 226 et suiv.). Les réserves sont encore plus fortes, le comportement ici en question étant une politique générale dont les conséquences directes et prévisibles sont particulièrement difficiles à évaluer.

La liberté de porter secours en mer, corollaire du principe de la liberté de navigation

Du principe de l'absence de souveraineté liée au territoire en haute mer découle un régime codifié à l'article 89 de la Convention de Montego Bay selon lequel « [a]ucun Etat ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté ». Ainsi les Etats n'ont pas le droit d'exercer leur pouvoir en haute mer tant qu'ils n'ont pas compétence sur des situations rattachées à eux par un lien assimilé à un lien personnel : celles impliquant des navires battant leur pavillon. La haute mer n'est pas une zone de non-droit, mais elle est un espace de liberté pour tous les Etats, qui comprend entre autres une liberté de navigation (36), liberté qui bénéficie à leurs navires (37) et dont le but et l'objet important peu dès lors qu'il est compatible avec l'usage de cette liberté et ne correspond pas à un fait illicite tel qu'identifié par le droit de la mer. Cette liberté de navigation comporte comme corollaire une interdiction d'entrave faite aux autres Etats sur les navires qui ne sont pas les leurs (38).

La navigation aux fins de sauvetage en haute mer est bien entendu compatible avec l'usage de la liberté de navigation puisqu'elle répond en même temps à un devoir dont les Etats doivent veiller à la mise en œuvre par leurs navires. S'il pèse sur l'Etat du pavillon une obligation de *due diligence* en matière de sauvetage par rapport à ses navires, il pèse à tout le moins sur les autres Etats une interdiction d'entraver la navigation en haute mer des navires ne battant pas leur pavillon. Les missions de sauvetage sont donc protégées, mais non spécifiquement, au travers de la liberté de navigation interdisant que tout Etat agisse sur eux. L'Italie peut donc tout au plus chercher à imposer un « code de bonne conduite » aux ONG, mais se voit interdite de mettre de telles normes en œuvre dans le chef de navires qui ne dépendent pas d'elle car battant le pavillon d'un autre Etat. Elle ne peut exercer son pouvoir de nuisance que lorsque le navire en question pénètre dans sa mer territoriale (39).

Tout au plus pourrait-on se demander s'il en va de même dans une zone SAR, en particulier dans la zone SAR libyenne. Dans la Déclaration de Malte du 3 février 2017, les Etats membres de l'UE ont annoncé un plan d'aide financière destiné au redressement de la Libye, qui a pour contrepartie l'exercice cette fois très effectif d'une mission de secours en

(36) Convention de Montego Bay, art. 87§1 : « *La haute mer est ouverte à tous les Etats [...] Elle comporte notamment pour les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral : a) la liberté de navigation* ».

(37) *Ibid.*, art. 90 : « *Tout Etat, qu'il soit côtier ou sans littoral, a le droit de faire naviguer en haute mer des navires battant son pavillon* ».

(38) Dans son œuvre de codification du droit de la mer, la Commission du droit international a bien précisé que la liberté de navigation comportait pour corollaire « *l'interdiction de toute interférence dans la navigation en temps de paix d'un pavillon à l'égard de tout autre pavillon* » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 69). En ce sens également, cf. T. TREVES, « Intervention en haute mer et navires étrangers », *Annuaire français de droit international*, 1995, p. 652.

(39) Ou éventuellement sa zone contiguë afin de faire respecter ses lois en matière d'immigration.

mer territoriale mais aussi en haute mer, dans toute la zone SAR libyenne, en donnant « *priorité* » à « *la formation, l'équipement et le soutien fournis aux gardes-côtes nationaux libyens* » (40). Alors que les Etats européens respectent *a minima* leurs obligations en matière de sauvetage, ils ont entendu presser la Libye d'aller au-delà de ses capacités. Le risque évident est alors que les navires libyens « doublent » les navires d'ONG et procèdent à un rapatriement sur leur territoire, là où les traitements inhumains et dégradants, voire la torture, ne sont pas de l'ordre du simple risque.

Juridiquement, la question qui se pose est de savoir si les navires libyens seraient en droit d'entraver les missions de sauvetage assumées par les ONG, hors de leur territoire mais dans leur zone SAR, afin de ramener les personnes sur leurs côtes. Doit-on obéissance aux autorités de l'Etat responsable de la zone SAR ? C'est peu ou prou ce que tentait d'imposer aux ONG le « Code de bonne conduite » italien. Pour autant, selon la Convention SAR, l'Etat responsable d'une zone est investi d'une mission de coordination en matière de sauvetage dont il porte la responsabilité première, mais n'a pas pour autant le pouvoir de réglementer la navigation, voire d'interdire à un navire ne battant pas son pavillon d'user de cette liberté, y compris aux fins de sauvetage dans sa propre zone (41). Un tel pouvoir n'aurait de toute façon pu s'exercer que sur les navires des Etats qui l'ont accepté en étant parties à la Convention SAR : il aurait donc fallu que cela soit le cas de l'Etat du pavillon du navire de sauvetage concerné.

(40) Déclaration de Malte, §6. Selon cette déclaration en effet, « [l]es efforts déployés pour stabiliser la Libye sont plus importants que jamais et l'UE mettra tout en œuvre pour contribuer à la réalisation de cet objectif. En Libye, il est essentiel de renforcer les capacités pour que les autorités soient en mesure d'assumer le contrôle des frontières terrestres et maritimes et de lutter contre les activités de transit et de trafic. L'UE demeure résolue à appuyer un règlement politique sans exclusive, dans le cadre de l'accord politique libyen, ainsi que le Conseil de la présidence et le gouvernement d'entente nationale soutenus par les Nations Unies. Si possible, l'UE et ses Etats membres intensifieront en outre leur coopération avec les communautés régionales et locales libyennes ainsi qu'avec les organisations internationales actives dans le pays, et renforceront le soutien qu'ils leur apportent » (*ibid.*, §5). Au mois de juin suivant, le Conseil européen a martelé dans ses conclusions que l'UE et ses Etats membres devaient « obten[ir] davantage de résultats en ce qui concerne l'ensemble des éléments contenus dans la déclaration de Malte, le cadre de partenariat et le plan d'action conjoint de La Valette, qui devront s'accompagner de ressources financières suffisantes » (Conseil européen, Conclusions, Bruxelles, 22 et 23 juin 2017, EUCO 8/2017, §21.). Pour un aperçu des relations entre l'UE et la Libye et des montants des aides allouées, cf. la fiche d'information du service d'action extérieure de l'Union européenne (EEAS), disponible à l'adresse eeas.europa.eu/sites/eeas/files/factsheet_eu_libya_relations.pdf.

(41) Convention sur la recherche et le sauvetage, *op. cit.* Cf. notamment les stipulations relatives du §5.7 de l'Annexe (« Désignation du commandant sur place et définition de ses responsabilités » : « 5.7.1. Lorsque les unités de sauvetage s'appêtent à engager les opérations de recherche et de sauvetage, l'une d'entre elles devrait être désignée comme commandant sur place dès que possible et de préférence avant l'arrivée dans la zone de recherche déterminée » ; « 5.7.2. Le centre de coordination de sauvetage ou le centre secondaire de sauvetage approprié devrait désigner un commandant sur place. Si cela n'est pas possible, les unités concernées devraient désigner un commandant sur place d'un commun accord » (nous soulignons). Le temps utilisé a un sens bien spécifique dans la Convention SAR : alors que « [l']emploi de l'indicatif dans l'Annexe indique qu'il s'agit d'une disposition dont l'application uniforme par toutes les Parties est nécessaire pour la sauvegarde de la vie humaine en mer » (§1.1), « [l']emploi du conditionnel dans l'Annexe indique qu'il s'agit d'une disposition dont l'application uniforme par toutes les Parties est recommandée pour la sauvegarde de la vie humaine en mer » (§1.2). Il est donc clair qu'aucun pouvoir de commandement autoritaire n'est attribué à l'Etat responsable d'une zone SAR par ladite convention.

La lutte contre les activités illicites en haute mer, comprenant l'interdiction du trafic illicite de migrants, ne peut non plus justifier une entrave à la mission de sauvetage remplie par les acteurs privés du droit de la mer.

L'absence de justification d'une entrave à la mission de secours par la lutte contre la criminalité en mer

Tant qu'ils bénéficient d'un pavillon, les navires privés de sauvetage en mer ne peuvent pas même être visités par un navire de guerre d'un autre Etat. Ce droit de visite, qui peut conduire à un arraisonnement, est une limite à la liberté de la haute mer mais ne s'exerce envers les navires battant pavillon étranger qu'en cas de soupçon d'activités illicites limitativement énumérées : la piraterie, le transport d'esclaves, les émissions non autorisées (article 110 de la Convention de Montego Bay). La lutte contre la traite des personnes humaines ou encore la lutte contre le trafic illicite de migrants n'en font ainsi pas partie. Cette dernière fait l'objet d'un Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, dit Protocole de Palerme) qui oblige les Etats à réprimer ces crimes internationalement définis. Cependant, comme c'est le cas dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants, l'Etat qui entend, par un navire de guerre, agir opérationnellement contre un navire suspecté de mener de telles activités doit en demander l'autorisation à l'Etat du pavillon (42) – comme cela a été illustré, à propos de la lutte contre le trafic international de stupéfiants, dans l'affaire *Medvedyev* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. De plus – mais est-il même besoin de le rappeler ? –, de telles accusations seraient totalement fallacieuses puisque l'action des ONG de sauvetage en mer ne tire aucun « *avantage financier ou autre avantage matériel [à] l'entrée illégale dans un Etat Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet Etat* » (43). Enfin et surtout, quelles que soient les mesures prises dans le cadre de la lutte contre la criminalité en mer, elles ne peuvent en aucun cas porter atteinte aux droits les plus essentiels des personnes à bord, « *en particulier le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » (article 16 du Protocole de Palerme). L'Etat qui a pris en charge l'opération est même soumis à une obligation positive de prendre « *des mesures appropriées pour accorder aux migrants une protection adéquate contre toute violence pouvant leur être infligée* » (article 16 §3).

(42) Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 8 §2 : « *Un Etat Partie qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire exerçant la liberté de navigation conformément au droit international et battant le pavillon ou portant les marques d'immatriculation d'un autre Etat Partie se livre au trafic illicite de migrants par mer peut le notifier à l'Etat du pavillon, demander confirmation de l'immatriculation et, si celle-ci est confirmée, demander l'autorisation à cet Etat de prendre les mesures appropriées à l'égard de ce navire* ».

(43) *Ibid.*, art. 5a.

On le comprend : entraver l'action de sauvetage des ONG en haute mer est non seulement illicite mais également contre-productif pour les Etats qui se verraient dès lors eux-mêmes en charge de la protection des droits humains de ces personnes. Cette obligation découle non seulement de cet instrument de lutte contre la traite des migrants mais également du droit international des droits de l'homme qui serait aussitôt applicable et protégé contre le refoulement des personnes vers le territoire d'un Etat où ils risquent des traitements inhumains ou dégradants voire pire, comme la Libye.

On explique ainsi la passivité des Etats qui ne souhaitent pas s'embarasser du sauvetage des personnes migrantes en détresse en haute mer : elle demeure globalement licite faute d'être moralement justifiable. La nécessité de l'action, positive, des personnes privées en matière de protection de la vie en mer apparaît ainsi de manière éclatante et ne doit pas être entravée. Il n'est toutefois pas possible de la mener à bien en l'absence d'un certain appui des Etats, appui qu'il nous appartient à présent de déterminer.

LE BESOIN D'UN APPUI ETATIQUE AUX ACTEURS PRIVÉS DE LA PROTECTION DE LA VIE EN MER

L'appui étatique dont les acteurs privés ont besoin pour mener à bien leur mission de sauvetage est de deux ordres. Il s'agit, d'abord, d'une autorisation de débarquement des personnes secourues en mer, sans laquelle ils sont voués à errer en haute mer. Ensuite, cet appui renvoie à un rattachement : celui du pavillon, qui constitue l'établissement d'un lien entre un Etat et un navire qui seul permet de lui faire bénéficier de la liberté de navigation.

Le besoin d'un soutien étatique : l'autorisation de débarquement

La lacune majeure de l'obligation de sauvetage du droit de la mer est l'absence d'identification claire de l'Etat de débarquement, lequel serait obligé, en vertu du droit international, de permettre un accès au moins temporaire à son territoire suite au secours en haute mer. Les divers instruments conventionnels régissant la question ne l'identifiaient initialement pas. En 2004, un amendement identique aux Conventions SOLAS et SAR a toutefois été adopté par le Comité de la sécurité maritime de l'OMI (44), selon lequel l'Etat côtier en charge de la zone SAR devrait

(44) Comité de la sécurité maritime de l'OMI, Résolution MSC/153(78), « Adoption of amendments to the International Convention on safety of life at sea, 1974, as amended », 20 mai 2004, et Résolution MSC/155(78), « Adoption of amendments to the International Convention on maritime search and rescue, 1979, as amended », 20 mai 2004, disponibles sur le site Internet www.imo.org.

porter la responsabilité principale du débarquement des survivants secourus dans un lieu sûr (45). L'obligation reste malheureusement ténue.

Tout d'abord, ce « lieu sûr » n'est pas identifié. Il n'est défini qu'abstraitement par des lignes directrices du Comité de la sécurité maritime comme le lieu où l'opération de sauvetage prend fin, où la vie des personnes sauvées n'est plus en danger et où leurs besoins élémentaires peuvent être assouvis (46). Cependant, rien n'indique qu'il s'agisse de l'Etat en charge de la zone ni de l'Etat du port le plus proche. De manière négative, on peut à tout le moins exclure qu'il s'agisse de ports d'Etats dans lesquels règnent des situations de violence généralisée, où des mauvais traitements des personnes en situation irrégulière sont systématiques ou bien dans lesquels le droit d'asile des réfugiés se situant potentiellement parmi les personnes sauvées ne serait pas respecté, conduisant à leur refoulement vers un pays où ils craignent des persécutions, ainsi qu'a pu le préciser, en droit de la mer, le Comité sur la sécurité maritime dans des lignes directrices (47), mais aussi, en droit de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Hirsi Jamaa* (48). Il demeure que, dans cette affaire, les personnes sauvées en mer avaient été recueillies à bord d'un navire de guerre italien, permettant d'imposer à l'Italie des obligations tant relatives à la protection des droits de l'homme que dans le champ plus précis du droit des réfugiés. Il n'en va aucunement de même des personnes secourues à bord d'un navire d'une ONG.

Qu'en est-il alors de l'éventuelle responsabilité pesant sur l'« Etat SAR », en cas de coordination menant au renvoi dans un lieu à risque ? En 2014, le navire de commerce *MV Salamis* avait été dépêché par l'Italie, coordinatrice du sauvetage dans une zone au large de la Libye qui relevait encore de sa zone SAR, pour recueillir des personnes migrantes en détresse. Instruction lui avait alors été donnée de retourner en Libye pour leur débarquement, ce qui s'éloigne nettement des lignes directrices

(45) Est ajouté à la Convention SOLAS, chap. V, règle 33, un §1-1 et, à la Convention SAR, un §3.1.9 après le paragraphe existant 3.1.8, rédigés en termes similaires, selon lesquels les Etats parties « *shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable* » (nous soulignons).

(46) Comité de la sécurité maritime de l'OMI, Résolution MSC. 167 (78), *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, 20 mai 2004, §6.12 : « *A place of safety [...] is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination* ».

(47) *Ibid.*, §6.17 : « *The need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea.* »

(48) *Arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, *op. cit.*

du Comité de sécurité maritime de l'OMI précitées (49). Si le capitaine avait obtempéré – ce qui n'a heureusement pas été le cas –, aurait-il été envisageable de voir dans cette directive italienne la violation par ricochet de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradant des droits de l'homme (50) ? On émettra une réserve : la responsabilité « principale » de l'Etat SAR en matière de débarquement n'est pas une responsabilité exclusive (51) et la coordination qu'il exerce n'est en aucun cas un pouvoir de commandement impératif sur les navires qui ne battent pas son pavillon (52). La directive ainsi donnée à un navire n'est donc pas strictement comparable à une décision d'éloignement. La violation du principe de non-refoulement du droit des réfugiés serait encore plus incertaine puisque ce dernier ne s'applique que sur le territoire de l'Etat ou assimilé, comme à bord de ses navires, ce qui n'était le cas que dans l'affaire *Hirsi Jamaa* (53).

Plus loin, peut-on voir dans les amendements de 2004 aux Conventions SOLAS et SAR une obligation faite à l'Etat en charge de la zone SAR de trouver un lieu sûr de débarquement ? Cela reste très incertain, car ces nouvelles stipulations, bien que plus précises, sont formulées au conditionnel, ce qui signifie que le comportement en question est seulement « recommandé » aux Etats et non obligatoire ainsi qu'il est expressément dit dans la Convention SAR (54). Les lignes directrices du Comité de la sécurité maritime de l'OMI vont plus loin et indiquent que l'Etat en charge de la zone SAR devrait lui-même offrir ou bien trouver un lieu sûr pour les personnes sauvées en mer (55). L'Etat côtier pourrait alors avoir à permettre le débarquement sur son territoire de manière « résiduelle » (56). C'est également en ce sens qu'est allé le Comité de facilitation de l'OMI

(49) Comité de la sécurité maritime de l'OMI, Résolution MSC. 167 (78) préc., §6.17.

(50) P. MALLIA, « The MV Salamis and the state of disembarkation at international law: the undefinable goal », *American Society of International Law Insights*, vol. XVIII, 15 mai 2014, disponible sur le site Internet www.asil.org. Cf. également le raisonnement tenu *supra* à propos de l'obligation de protection du droit à la vie susceptible de peser sur un Etat en charge d'une zone SAR.

(51) Les amendements précités s'inscrivent dans une obligation de coopération et de coordination entre Etats voisins, laquelle est rappelée *in limine litis*, avant que ne soit mentionnée la responsabilité principale de l'Etat SAR » (Comité de la sécurité maritime de l'OMI, Résolution MSC/153(78), et Résolution MSC/155(78)).

(52) Cf. *supra*, note 41.

(53) *Contra*, P. MALLIA, « The MV Salamis ... », *op. cit.*, qui ne distingue pas les deux hypothèses.

(54) Comité de la sécurité maritime de l'OMI, Résolution MSC/153(78), et Résolution MSC/155(78) : « The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable » et le texte initial de la Convention SAR, Annexe, §1.2, sur l'emploi du conditionnel, inchangé, cité *in extenso supra*, note 41.

(55) Comité de la sécurité maritime de l'OMI, 20 mai 2004, Résolution MSC. 167(78).

(56) S. Trévisanut qualifie ainsi l'éventuelle obligation de l'Etat en charge de la zone SAR, *op. cit.*, p. 144 (notre traduction).

dans ses Principes n°3 (57). Quoi qu'il en soit, ces lignes directrices et principes n'ont qu'une valeur de recommandation sans être obligatoires. La pratique actuelle des Etats nous démontre que cette interprétation du rôle de l'Etat en charge de la zone SAR n'est pas communément acceptée.

Les ONG ne peuvent opposer à un Etat précis une obligation de leur permettre le débarquement des personnes sauvées en haute mer et sont donc soumises à une décision étatique somme toute discrétionnaire les autorisant à accéder à leur territoire, sans laquelle elles sont condamnées à l'errance en mer. Ce ne serait qu'en « forçant » la main des Etats et pénétrant sans autorisation dans leur mer territoriale que les navires d'ONG pourraient les rendre responsables des personnes en détresse et potentiellement réfugiées qui sont à leur bord, ce qui révèle avec éclat combien l'état actuel du droit en matière de sauvetage des personnes migrantes est insatisfaisant. C'est également à ce pouvoir discrétionnaire de l'Etat que les ONG semblent soumises et donc à un potentiel refus qu'elles s'exposent, afin de bénéficier d'une protection minimale leur permettant d'user de la liberté de navigation et donc d'espérer même commencer à remplir leur mission : l'octroi d'un pavillon.

Le besoin d'un rattachement étatique : le pavillon, condition de l'exercice de la liberté de navigation

Le pavillon d'un navire découle d'une immatriculation qui opère un rattachement entre cet « *ensemble organisé* » et un Etat. Cette expression (58) désigne de manière très adéquate un engin qui n'est pas une personne juridique mais auquel des personnes sont liées, qu'elles soient membre de l'équipage, passager, armateur ou propriétaire, et qui est considéré comme une unité. Quelles que soient les nationalités de ces différentes personnes, le navire sera alors rattaché à un seul Etat : celui du pavillon (59). Le pavillon tient ainsi lieu de nationalité car il remplit la même fonction (60) : celle d'établir un lien personnel avec un Etat qui pourra y trouver un fondement de compétence pour exercer son pouvoir. Si des rattachements de navires à des organisations internationales, voire

(57) Comité de facilitation de l'OMI, « Principles relating to administrative procedures for disembarking persons rescued at sea », 26 janv. 2009 : « [i]f disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support. »

(58) L'expression a pour la première fois été utilisée par le Conseil d'Etat (avis du 28 octobre 1806, *Sally et Newton*, rapporté dans G. GIDEL, *Le Droit international public de la mer*, t. 2, Mellottée, Châteauroux, 1932, p. 207) et depuis utilisée en doctrine : J. COMBACAU / S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 341 ; C. SANTULLI, *Le Statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, Paris, 2001, pp. 170-171 ; N. ALOUPI, *op. cit.*, spéc. pp. 9-10.

(59) Le rattachement à un Etat est en effet un rattachement exclusif. La Convention de Montego Bay interdit la navigation sous double pavillon (art. 92), règle qu'on comprend aisément puisqu'il s'agit de déterminer un Etat exclusivement compétent sur l'engin en cause. S'il existe, en sus des pavillons étatiques, des pavillons « internationaux » conférés par des organisations internationales, ceux-ci ne semblent pas à même de supplanter le rattachement étatique : cf. N. ALOUPI, *op. cit.*, pp. 55-57.

(60) Traité du droit de la mer.

à des ONG, existent, ils ne remplacent jamais parfaitement les pavillons étatiques avec lesquels ils coexistent, sans quoi la situation du navire serait incertaine (61).

Comme l'attribution de la nationalité, l'octroi du pavillon relève du pouvoir exclusif de chaque Etat, autrement dit s'exerce unilatéralement. Il n'est pas inenvisageable de limiter l'usage de ce pouvoir par des règles de droit international, imposant notamment que ce lien de droit reflète une certaine réalité ou, tout du moins ne soit pas attribué frauduleusement ou encore interdisant de retirer une nationalité de manière discrétionnaire ou discriminatoire : de telles règles existent en matière de nationalité des personnes physiques, mais elles renvoient essentiellement à la conformité de l'attribution de la nationalité au droit de l'Etat lui-même (62). En droit de la mer, selon la Convention de Montego Bay (article 91) qui codifie sur ce point un droit coutumier établi de longue date et repris dans la jurisprudence internationale (63), « *chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon* ». L'opposabilité de l'attribution du pavillon à un navire ne dépend donc que de sa conformité au droit interne, sans qu'aucune condition de fond ne soit posée par le droit international (64). La liberté de l'Etat de déterminer qui sont les navires battant son pavillon apparaît dès lors inentamée (65).

Parallèlement, les Etats sont libres d'exercer leur pouvoir unilatéral de retrait de leur pavillon, liberté qui s'est manifestée dans les retraits consécutifs des pavillons de Gibraltar par le Royaume-Uni (66) puis du Panama dont bénéficiait le navire de SOS Méditerranée. Enfin, et de manière corollaire, les Etats sont libres de ne pas attribuer leur pavillon à un navire donné, quelque noble soit sa mission. Aurait-on pu envisager, puisque le droit international renvoie au droit interne en la matière,

(61) L. SAVADOGO, « Les navires battant pavillon d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international*, 2007, pp. 640-672.

(62) Pour C. Santulli, une nationalité non effective laisse présumer une nationalité acquise de mauvaise foi, de manière frauduleuse, notamment basée sur une irrégularité interne qui affecte la validité internationale de l'acte (*Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, LGDJ, Paris, 1995, 97 p., et *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 225).

(63) Selon la célèbre sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Boutres de Mascate*, « *il appartient à tout Etat souverain de décider à qui il accordera le droit d'arborer son pavillon et de fixer les règles auxquels l'octroi de ce droit sera soumis* » (Cour permanente d'arbitrage de La Haye, *Affaire Boutres de Mascate (France c. Royaume-Uni)*, 8 août 1905, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 92).

(64) Des conditions de fond telle l'effectivité de la nationalité du navire seraient impropres au lien qui unit le navire à un Etat, car « *les engins ne sont rattachés aux Etats que pour des raisons d'identification d'un sujet de droit international responsable d'eux* » et non pour rendre compte d'une quelconque réalité préalable à cette responsabilité (N. ALOUPI, *op. cit.*, p. 129).

(65) Sur cette question, cf. plus généralement N. ALOUPI, « Vie privée, discrétion et complaisance : bases et limites d'une réflexion sur les limites du droit international », in J. COMBACAU / P. D'ARGENT / B. BONAFÉ (dir.), *Mélanges en l'honneur de J. Verhoeven*, 2015, pp. 97-115.

(66) Le Royaume-Uni comprend en effet un registre britannique ainsi qu'un registre alternatif qui regroupe les registres des territoires autonomes mais non indépendants, dont Gibraltar. Ce pavillon « *bis* » est attribué de manière plus souple. Sur cette notion, cf. N. ALOUPI, *Le Rattachement des engins...*, *op. cit.*, pp. 207-209.

une obligation d'attribuer sa nationalité à des navires abstraitement identifiés par la loi ? Des mouvements citoyens pressent actuellement différents gouvernements d'attribuer leur nationalité à l'*Aquarius* ; une position défendue à l'égard de la Suisse apparaît intéressante car elle met en avant la loi fédérale de cet Etat, qui prévoit l'octroi de pavillon pour une navigation à des fins humanitaires (67). Si ce raisonnement est envisageable en matière de nationalité des personnes physiques dont les droits fondamentaux pourraient être heurtés en cas de déni arbitraire ou discriminatoire de nationalité, élément fondamental de l'identité d'une personne humaine (68), il est toutefois inapplicable aux entités abstraites que sont les navires. Les Etats ne commettent ainsi aucun fait illicite s'ils refusent d'octroyer leur pavillon à un navire qui le demande (69). Quoi qu'il en soit, à la différence des législations sur la nationalité des personnes physiques, ni le droit suisse ni aucun autre ne paraît identifier de la sorte une catégorie de navire auquel il attribuerait automatiquement son pavillon sans exercice d'un pouvoir discrétionnaire (70).

Cette liberté étatique est ainsi susceptible de conduire à diverses situations peu satisfaisantes. C'est le cas des pavillons de complaisance, qui sont attribués sans rattachement réel entre le navire et un Etat et mènent généralement à un manquement à l'obligation de contrôle effectif du navire par ledit Etat comme le prévoit pourtant l'article 94 de la Convention de Montego Bay déjà évoqué. Si ce n'est le pavillon « *bis* » britannique du registre de Gibraltar, le pavillon du Panama en a justement toutes les caractéristiques, mais ils avaient au moins pour mérite d'exister. En leur absence, la situation est au moins aussi peu satisfaisante : elle est celle d'un navire apatride.

L'apatridie du navire n'a pas les conséquences dramatiques qu'elle engendre pour une personne physique, certes, mais sa situation sera extrêmement précaire. Il n'est pas à proprement parler interdit de

(67) L. BOISSON DE CHAZOURNES / V. CHÉTAIL / P. GAETA *et al.*, « Un pavillon suisse pour l'*Aquarius* : de l'honneur d'une tradition humanitaire », *Le Temps*, 27 nov. 2018.

(68) La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) qualifie la nationalité de « *droit inhérent de tout être humain* » (CIADH, *Avis consultatif sur les modifications proposées aux dispositions sur la naturalisation de la Constitution du Costa Rica*, OC-4/84, 19 janv. 1984) et a été la première à développer une jurisprudence relative aux refus d'attribution de nationalité, à la faveur du support textuel de l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme qui reconnaît un « *droit à la nationalité* » (CIADH, *Fillettes Yean et Bosico c. République dominicaine*, 8 sept. 2005, *Série C*, n° 130). La Cour européenne des droits de l'homme protège toutefois également contre les refus ou retraits arbitraires de nationalité, sous l'angle du droit à la vie privée (Cour européenne des droits de l'homme, *Ramadan c. Malte*, 21 juin 2016, n° 76 136/12, §85).

(69) Pour N. Aloupi, si l'attribution de la nationalité du navire doit être attribuée conformément à une législation nationale préexistante, « *on ne peut pas tirer de cela une obligation internationale dans le chef des Etats* » : ils ne commettent ainsi aucun fait internationalement illicite s'ils refusent d'attribuer leur nationalité à un navire qui la demande (*Le Rattachement des engins...*, *op. cit.*, p. 47).

(70) L'article 35 de la loi fédérale suisse est ainsi libellé : « *Exceptionnellement, le Département fédéral des affaires étrangères peut autoriser l'enregistrement dans le registre des navires suisses d'un bâtiment appartenant à une personne physique, une société commerciale ou une personne morale qui répond aux exigences légales selon les articles 20 et 21 et qui exploite un navire à des fins philanthropiques, humanitaires, scientifiques, culturelles ou à d'autres fins analogues. Il fixe les conditions de cas en cas.* » (Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, 23 sept. 1953, *RO*, 1956, p. 1 395, nous soulignons).

naviguer : la navigation n'est pas un droit du navire en vertu du droit international et ne peut donc faire l'objet d'une interdiction dans ce même ordre juridique. Un navire n'ayant pas de personnalité juridique, il ne peut être titulaire ni de droit ni d'obligations. La liberté de navigation n'est pas non plus un droit du capitaine ni d'un quelconque membre de l'équipage du propriétaire, de l'armateur ou encore des passagers. Il s'agit d'un droit des Etats à voir leurs navires naviguer librement.

Les navires qui bénéficient de la liberté de navigation sont dans une position d'objets du droit international, comme le sont par principe les sujets internes. La règle internationale n'est destinée qu'aux Etats, même s'ils la mettent en œuvre dans le chef des usagers de la mer. Cette liberté comprend le droit de chaque Etat à voir les navires battant leur pavillon en bénéficier, tout comme les Etats ont droit à voir le droit international des étrangers respecté dans le chef de leurs ressortissants. Certes, si le voile du navire en tant qu'ensemble organisé disparaît, on pourrait envisager que le capitaine puisse alors bénéficier d'un droit de navigation dont serait titulaire son Etat de nationalité. En effet, un rattachement personnel est susceptible de s'opérer de la sorte pour déterminer l'Etat compétent pour exercer son pouvoir juridictionnel. Il n'est toutefois pas question ici de rattachement du navire aux fins d'exercice de son pouvoir par un Etat, mais de rattachement établissant un rapport de protection entre le navire et l'Etat, afin de faire bénéficier le premier d'un droit dont qui sera exercé par le second. En l'état actuel du droit de la mer, il n'existe toutefois aucun droit des Etats à voir leurs nationaux, personnes physiques, naviguer librement, mais seulement un droit des Etats de « *faire naviguer en haute mer des navires battant [leur] pavillon* » (71). Les propos précédemment tenus sur la liberté de navigation que les navires des ONG pouvaient exercer aux fins de sauvetage en haute mer n'étaient donc valables que tant qu'ils bénéficiaient d'un pavillon étatique. La liberté de navigation n'existant qu'au profit des Etats, elle est insusceptible de bénéficier aux navires apatrides (72).

Ni droit de naviguer ni interdiction de naviguer car seul l'Etat du pavillon est titulaire de droits et obligations et susceptible d'exercer son pouvoir de contrôle sur un navire : le navire apatride en haute mer apparaît non soumis au droit. En effet, la haute mer n'étant pas soumise à appropriation territoriale, le droit ne s'y applique qu'en vertu du pouvoir des Etats s'exerçant sur un chef de compétence personnel (ou assimilé à, pour les navires). Dans les interstices, la mer reste sinon « *pure étendue abstraite* » (73), où le droit de l'Etat ne peut s'appliquer à personne, donc ne s'applique pas. Le statut de *res communis* signifie cela : aucun Etat ne peut exercer de pouvoir autre que personnel, sans quoi il s'agirait d'une

(71) Convention de Montego Bay, art. 90, nous soulignons.

(72) XXX, in *Traité de droit international de la mer*, op. cit., p. 677.

(73) J.-M. THOUVENIN, « La navigation », in *Traité de droit international de la mer*, op. cit., p. 334.

forme d'appropriation territoriale. Cela, à moins que les Etats aient ensemble décidé d'un autre fondement de compétence nécessaire au bon usage de la mer. C'est ainsi que les Etats ont coutumièrement établi qu'ils pourraient tous exercer leur pouvoir sur certaines situations avec lesquelles ils n'entretiennent aucun lien personnel, comme pour réprimer la piraterie. Concernant les navires apatrides, le droit de la mer reste toutefois plus obscur.

Naviguer sans pavillon peut en effet donner lieu à l'établissement du pouvoir de tout Etat d'exercer un droit de visite, comprenant l'arraisonnement du navire en question (74), mais le simple fait de naviguer sans pavillon n'est pas défini par la Convention de Montego Bay comme un comportement répréhensible, à la différence des autres faits susceptibles de donner lieu au droit de visite de tout Etat (piraterie, transport d'esclaves et émissions non autorisées). Les Etats n'ont aucune obligation de prévenir et de réprimer ce comportement en droit international, ni compétence pour exercer une telle répression en vertu de leur droit interne. Passé l'arraisonnement du navire et l'examen à bord confirmant qu'il n'a pas de pavillon, l'Etat dépourvu de tout chef de compétence ne peut plus exercer son pouvoir et devrait, en toute logique, laisser le navire apatride continuer sa route. La navigation de ce dernier peut donc être entravée mais pas totalement barrée. On pourrait considérer que la situation du navire apatride ne serait finalement pas si mauvaise que cela et qu'il pourrait exercer sa mission de sauvetage en étant simplement ralenti au gré des navires de guerre qu'il croiserait (75).

Cette vision optimiste rencontre toutefois des obstacles qu'on ne peut ignorer. Bien que juridiquement libre de naviguer, le navire apatride demeure dans une posture très inconfortable. Il est ainsi douteux qu'il puisse continuer à bénéficier d'une assurance, ce qui, sans lui interdire la navigation, la rend financièrement très périlleuse. Surtout, il serait soumis à une appréciation totalement discrétionnaire des Etats de la réalisation de faits illicites justifiant leur propre compétence, voire à leur arbitraire. L'accusation de trafic illicite de migrants n'en serait pas plus fondée, mais elle ne pourrait cette fois rencontrer l'opinion d'aucun Etat en charge de la protection dudit navire. Bien entendu, la protection attachée à un pavillon de complaisance comme celui du Panama était toute virtuelle. Si cet Etat agit souvent en prompt mainlevée, il est plus improbable qu'il agisse en cas d'arraisonnement car la procédure est beaucoup plus longue.

(74) Convention de Montego Bay, préc., art. 110 : « 1. *un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger, autre qu'un navire jouissant de l'immunité prévue aux articles 95 et 96, ne peut l'arraisonner que s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire [...] d) est sans nationalité [...]* 2. *Dans les cas visés au paragraphe 1, le navire de guerre peut procéder à la vérification des titres autorisant le port du pavillon. A cette fin, il peut dépêcher une embarcation, sous le commandement d'un officier, auprès du navire suspect. Si, après vérification des documents, les soupçons subsistent, il peut poursuivre l'examen à bord du navire, en agissant avec tous les égards possibles* ». Cf. J. COMBACAU, « Introduction. L'extension vers le large de l'emprise étatique », in *Traité de droit international de la mer*, op. cit.

(75) N. ALOUPI, Communication personnelle, oct. 2018.

Cela étant, elle existait au moins théoriquement, alors que, dans le cas d'un navire apatride, l'Etat qui choisirait d'agir même arbitrairement ne rencontrerait aucune limite à sa puissance, si ce n'est la protection, peu appropriée, exercée par chaque Etat de nationalité des membres de l'équipage s'ils étaient détenus ou s'il était porté atteinte à leurs biens. En dernier lieu, il ne faut pas oublier qu'un tel navire aura nécessairement à passer par les eaux territoriales d'un Etat, que ce soit pour son départ ou son arrivée, avec ou sans personnes secourues à débarquer, et à utiliser une place dans un port. Dès lors, il sera entièrement soumis au droit de l'Etat côtier qui pourrait refuser l'accès à son port et refuser toutes les facilités qui ne sont octroyées qu'aux navires qui battent pavillon d'un autre Etat. Le droit de passage inoffensif pourrait également être interprété comme ne permettant pas la navigation sans pavillon et le navire apatride être réprimé en conséquence.

Les faits les plus récents confirment cette vision plutôt pessimiste de la situation du navire de sauvetage apatride. Au mois de novembre 2018, les autorités italiennes ont pris la décision de saisir des biens de l'organisation SOS Méditerranée en Italie et de demander aux autorités françaises la mise sous séquestre de l'*Aquarius*, à quai dans le port de Marseille. Cette ordonnance intervient dans le cadre d'une enquête du Bureau du procureur de Catane pour tri non conforme des déchets du navire et allégations de profits illégaux. SOS Méditerranée réfute catégoriquement ces allégations, mais sa défense reste celle d'un sujet interne face à un Etat, lequel ne peut bénéficier d'aucune protection étatique au profit du navire agissant pour son compte.