

L'interception des réfugiés en mer: un régime juridique aux confins de la normativité

Olivier Barsalou*

Lex Electronica, vol. 12 n°3 (Hiver / Winter 2008)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-3/barsalou.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-3/barsalou.pdf>

INTRODUCTION	2
PARTIE 1. L'INTERCEPTION DES RÉFUGIÉS EN MER : ÉTAT DES LIEUX.....	4
1.1 LA PRATIQUE DES ÉTATS : LES CAS DES ÉTATS-UNIS ET DE L'AUSTRALIE	4
A. <i>Les Etats-Unis et l'affaire Sale</i>	4
B. <i>L'Australie et l'affaire du Tampa</i>	6
C. <i>Ressemblances entre les pratiques américaines et australiennes</i>	8
1.2. LE RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX INTERCEPTIONS EN MER.....	9
PARTIE 2. ANALYSE CRITIQUE: UN PHÉNOMÈNE TROUBLANT EN QUÊTE DE QUALIFICATION JURIDIQUE.....	11
2.1. DES ARGUMENTS DE DROIT VISANT LA PROTECTION.....	12
A. <i>Un devoir de secours ?</i>	12
B. <i>Un droit d'asile ?</i>	15
C. <i>Applicabilité du régime de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite ?</i>	17
2.2. LE DROIT APPLICABLE AUX RÉFUGIÉS INTERCEPTÉS EN MER : VACUUM JURIDIQUE OU ÉTAT D'EXCEPTION ?	20
CONCLUSION	24

* B.A. (2005), LL.M. (2007) Université du Québec à Montréal (UQÀM). L'auteur est candidat à la maîtrise en droit international à la New York University School of Law. L'auteur souhaite remercier Hélène Piquet, professeure au département des sciences juridiques de l'UQÀM, pour son aide dans la préparation de cet article ainsi que Marie-Ève Dumont, Benoît Frate, Sébastien Lafrance et Laurence Sainte-Marie pour les échanges et les discussions sur le sujet. Enfin, l'auteur tient à remercier l'évaluateur anonyme de la revue pour ses judicieux commentaires et conseils. Courriel : obarsalou@nyu.edu.

*International human rights law is fundamentally a means of delimiting state sovereignty. Human rights [...] establish a benchmark for a government's right to claim sovereign authority over a people*¹.

Introduction

Considérées par certains comme une sorte de « mur de Berlin flottant »², les politiques d'interception en mer³ des réfugiés des États soulèvent de nombreuses controverses depuis plusieurs années⁴. Toutefois, la pratique de l'interception en mer des immigrants a un caractère historique. Par exemple, en 1939, les États-Unis refusèrent au *U.S. St-Louis*, un navire de passagers en provenance d'Hambourg en Allemagne, l'accès à ses installations portuaires de Miami après qu'il eut été expulsé du port de La Havane. Le navire transportait plus de 900 Juifs qui fuyaient la répression nazie. Face au refus américain, le navire retourna en Allemagne et la majeure partie de ses passagers mourut dans des camps de concentration nazis⁵. En 1942, le *Struma*, un navire grec transportant 900 Juifs roumains quitta la Roumanie pour la Palestine. Le *Struma* était un navire en mauvaise condition, surpeuplé et dépourvu d'installations sanitaires adéquates. Il tomba en panne dans le port d'Istanbul. Ne sachant que faire du navire et constatant l'impasse dans laquelle se trouvaient les négociations avec les gouvernements britannique et

¹ James C. Hathaway, « Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection » (1991) 4:2 J. Refugee Stud. 113 à la p. 113.

² Propos de Harold Hongju Koh cités dans Terry Coonan, « America Adrift : Refoulement on the High Seas » (1994-1995) 63 U. Cin. L. Rev. 1241 à la p. 1256.

³ Malgré l'absence d'une définition universellement reconnue, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) définit l'interception comme étant « Toutes les mesures prises par un État hors du territoire national pour prévenir, interrompre ou arrêter le mouvement de personnes dépourvues de papiers requis et franchissant des frontières internationales par terre, air et mer et se rendant vers le pays de destination recherché » dans Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, « Interception de demandeurs d'asile et de réfugiés : le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale » (le 17 avril 2006), au para. 10, en ligne : HCR <<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/excom/openssl.pdf?tbl=EXCOM&id=3ae68d154>>. En 2003, le HCR a apporté certaines modifications à cette définition. Il a associé l'interception aux mesures employées par l'État « (i) to prevent embarkation of persons on an international journey; (ii) prevent further onward international travel by persons who have commenced their journey; or (iii) assert control of vessels where there are reasonable grounds to believe the vessel is transporting persons contrary to international or national maritime law; where, in relation to the above, the person or persons do not have the required documentation or valid permission to enter; and that such measures also serve to protect the lives and security of the travelling public as well as persons being smuggled or transported in an irregular manner » dans Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, « Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures » dans Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, « Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures » dans *Report of the Fifty-Fourth of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme*, Doc. Off. NU, 54^e sess., Doc. NU A/AC.96/987 (2003), au para. 22, en ligne : H.C.R. <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/excom/openssl.pdf?tbl=EXCOM&id=3f8d03ad4>>.

⁴ Notamment depuis l'affaire l'immigration massive des « boat people » vietnamiens au début des années 80. À ce sujet, voir l'article de Tsamenyi, B. Martin, « The Boat People : Are They Refugees? » (1983) 5 Hum. Rts. Q. 348 et ss..

⁵ Jessica C. Morris, « The Spaces in Between : American and Australian Interdiction Policies and their Implications for the Refugee Protection Regime » (2003) 21:4 Refuge 51 à la p. 52.

roumain sur le règlement de la situation de ces réfugiés, le gouvernement turc remorqua le navire après 70 jours d'attente au large des côtes de la Turquie. Le navire dériva pendant plusieurs jours sans nourriture ni eau avant d'être coulé par une torpille soviétique. Les autorités turques envoyèrent un navire de secours plus de 24 heures après le naufrage et un seul réfugié fut sauvé⁶. En mai 1980, les autorités singapouriennes assistèrent pendant plusieurs jours au naufrage d'un navire en détresse transportant des « boat people » vietnamiens. Après plusieurs jours d'attente, le navire coula sous la « supervision » des autorités singapouriennes. Seuls quelques réfugiés furent sauvés par un navire de commerce panaméen⁷.

De nos jours, la pratique de l'interception en mer constitue une pratique récurrente pour plusieurs États⁸. Cependant, le contexte dans lequel cette pratique est employée a radicalement changé. Auparavant, l'interception de réfugiés en mer se fondait uniquement sur le pouvoir discriminatoire de l'État procédant à l'interception à exercer ses prérogatives souveraines sur son territoire terrestre et maritime. Dans le contexte actuel de mondialisation, l'usage de ce pouvoir discrétionnaire est marqué par une compression du temps et de l'espace⁹. L'urgence et la sécurité sont devenus les paradigmes de la « gouvernementalité ». Le contrôle des flux migratoires, autrement dit des personnes, devient un des nouveaux « lieux » d'affirmation de la souveraineté de l'État¹⁰. La question des réfugiés interceptés en mer est donc soumise au processus de sécurisation des États en assimilant ces migrants à une éventuelle menace à la sécurité et à la souveraineté de l'État¹¹. Cette pratique de l'interception des réfugiés en mer est néanmoins soumise *a priori* à un ensemble complexe de normes juridiques nationales et internationales visant à protéger le migrant à titre de passager du navire intercepté ou à titre de demandeur du statut de réfugié. Malgré cela, ces contraintes légales à l'action du souverain semblent être inopérantes dans les situations d'interception de réfugiés en mer. Comme nous le constaterons, nous assistons, à la lumière de deux cas exemplaires issus de la pratique récente des États-Unis et de l'Australie, à une réaffirmation de la

⁶ Jessica E. Tauman, « Rescued at Sea, but Nowhere to Go : The Cloudy Legal Waters of the Tampa Crisis » (2002) 11 Pac. Rim. L. & Pol'y J. 461 aux pp. 492-493.

⁷ R.P. Schaffer, « The Singular Plight of Sea-Borne Refugees » (1978-1980) 8 Australian Yearbook of International Law 213 à la p. 214.

⁸ Andrew Brouwer et Judith Kumin, « Interception and Asylum : When Migration Control and Human Rights Collide » (2003) 22:4 Refuge 6 à la p. 11 [*Brouwer et Kumin*]. Voir notamment Lieutenant-colonel Francisco Espinosa Navas, « Le système intégré de surveillance maritime » (2003) N° 465 La Revue Maritime, en ligne : Institut français de la mer <<http://ifm.free.fr/htmlpages/pdf/2004/465-navas.pdf>> (pratique espagnole) (page consultée le 18 septembre 2006); Gilles Gaccia « Clandestini ou le problème de la politique migratoire en Italie » (2004) New Issues in Refugee Research Working Paper n° 101, en ligne : Agence des Nations Unies pour les réfugiés <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/research/opendoc.pdf?tbl=RESEARCH&id=405ab657f#search=%22clandestini%20ou%201e%20probl%C3%A8me%20%22>> à la p. 11 (pratique italienne) (page consultée le 30 août 2006); Michael Pugh, « L'Europe et ses boat people : la coopération maritime en Méditerranée » (2000) Cahiers de Chaillot n° 41, en ligne : Institut d'études de sécurité <<http://www.iss-eu.org/chaillot/chai41f.pdf>> (pratique européenne) (page consultée le 9 septembre 2006).

⁹ William E. Scheuerman, « Emergency Powers and the Compression of Time and Space » (2003) 33 Israel Yearbook on Human Rights 45 à la p. 45.

¹⁰ Catherine Dauvergne, « Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times » (2004) 67:4 Mod. L. Rev. 588 à la p. 595.

¹¹ Michael Pugh, « Drowning not Waving : Boat People and Humanitarian at Sea » (2004) 17:1 J. of Refugee Stud. 50 à la p. 57.

souveraineté de l'État au détriment des réfugiés interceptés en mer. Ce renforcement des prérogatives du souverain n'est pas sans influencer négativement sur le statut juridique du réfugié intercepté en mer.

La présente étude se divise en deux parties. Dans la première partie, nous ferons un survol des pratiques américaines et australiennes récentes en matière d'interception des réfugiés en mer et plus spécifiquement, nous nous attarderons sur les affaires *Sale* et du *Tampa*. Par la suite, nous exposerons le régime juridique international applicable à ces réfugiés. Dans la seconde partie de cette étude, nous constaterons que l'interception en mer constitue une pratique étatique se faufilant entre les mailles d'un droit international marqué par la fragmentation. Cette situation a pour conséquence la création d'un vacuum juridique au plan national et international condamnant les réfugiés interceptés en mer à la situation d'exception.

Partie 1. L'interception des réfugiés en mer : état des lieux

1.1 La pratique des États : Les cas des Etats-Unis et de l'Australie

A. Les Etats-Unis et l'affaire Sale¹²

Le 23 septembre 1981, les Etats-Unis et Haïti adoptent un accord autorisant les navires de la garde côtière américaine à intercepter les navires transportant illégalement des étrangers sans papiers vers les côtes américaines¹³. Quelques jours plus tard, soit le 29 septembre 1981, le Président Reagan émet une proclamation dans laquelle il reconnaît l'ampleur du phénomène et des problèmes posés aux Etats-Unis par celui-ci. Il émet l'*executive order 12324*, qui autorise les garde-côtes américains à retourner tout navire et passager vers le pays de provenance s'il y a des raisons de croire que ceux-ci sont en contravention des lois américaines relatives à l'immigration¹⁴. Dans le cadre de cet *executive order 12324*, les autorités américaines procèdent à des évaluations et des interviews des migrants, au terme desquelles seuls les migrants économiques sont rapatriés vers leur pays d'origine. Les migrants démontrant qu'ils sont victimes de persécution au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁵ sont transportés aux Etats-Unis pour demander officiellement le statut de réfugié. Près de dix ans après l'adoption de l'*executive order 12324*, le 30 septembre 1991, un coup militaire renverse le gouvernement de Jean-Bertrand Aristide, provoquant du même coup un nouveau flot de réfugiés haïtiens. Face à cette situation, le gouvernement américain remet en marche

¹² *Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. v. Haitian Centers Council inc. et al.*, 32 I.L.M. 1042, 509 U.S. 155, 113 S. Ct. 2549 (1993) [*Sale*]. Dans cette décision, la Cour Suprême des États-Unis reconnut que l'article 33, relatif au principe de non-refoulement, de la *Convention relative au Statut des réfugiés* n'avait pas d'effet extraterritorial (p.1053). Par conséquent, les interceptions en mer pratiquées par le gouvernement américain étaient légales en vertu du droit américain et du droit international.

¹³ *Haiti-United States : Agreement to Stop Clandestine Migration of Residents of Haiti to the United States [Exchange of Letters, at Port-au-Prince, September 23, 1981]*, (1981) 20:5 I.L.M. 1198.

¹⁴ U.S. National Archives & Records Administration, « Executive order 12324 -- Interdiction of Illegal Aliens » (le 17 avril 2006), Section 2(c)(3), en ligne : N.A.R.A. <<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12324.html?template=print>>.

¹⁵ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) [*Convention de Genève*].

le programme d'interception adopté en 1981. Les États-Unis mettent en place des centres de rétention des réfugiés sur la base militaire de Guantanamo afin de traiter le surplus de migrants. Avec les installations de Guantanamo saturées par le flot de réfugiés et le manque d'effectifs de la Garde Côtière, le gouvernement américain se trouve dans une situation où il ne peut plus protéger ses frontières¹⁶. Les autorités américaines se trouvent alors face à un dilemme. Soit elles autorisent les migrants haïtiens à entrer aux États-Unis afin de faire leur demande de statut de réfugié sans qu'ils soient préalablement filtrés par la Garde Côtière. Soit elles rapatrient les migrants sans que ceux-ci puissent déposer une demande formelle visant à faire reconnaître leur statut de réfugié. Le gouvernement américain opte pour la seconde option¹⁷. Le Président Clinton décide ultérieurement de ne pas modifier cette décision.

Les Américains justifiaient cette pratique en arguant que l'interception en mer avait pour objectif premier d'assurer la protection des migrants voyageant sur des rafiots ou des navires en très mauvaise condition et surtout, de sauver des vies¹⁸. La Cour Suprême des États-Unis rendit une décision très controversée sur ce sujet dans l'affaire *Sale*¹⁹. S'appuyant sur une lecture littérale et originaliste, la Cour Suprême reconnut que l'article 243 du *Immigration and Nationality Act* avait une application exclusivement territoriale et que, par conséquent, il ne protégeait pas les réfugiés haïtiens interceptés en mer, *i.e.* à l'extérieur du territoire américain. De plus, la Cour jugea qu'en vertu du *Immigration and Nationality Act*, les réfugiés, bien que matériellement présents sur le territoire américain n'étaient pas, au sens légal du terme, présents sur le territoire. « Those seeking "admission" and trying to avoid "exclusion" were already within our territory (or at its border), but the law treated them as though they had never entered the United States at all; they were within United States territory, but not "within the United States" »²⁰. Dans l'affaire *Rasul v. Bush*²¹, la Cour Suprême des États-Unis a reconnu que Guantanamo Bay était un territoire sur lequel le gouvernement américain exerçait une juridiction et un contrôle exclusif sans que cela constitue l'exercice de pouvoirs souverains *per se*. Pour certains, cette décision permet même de croire que l'application extraterritoriale de la constitution américaine aux détenus de Guantanamo Bay pourrait être étendue aux demandeurs du statut de réfugiés²² comme ceux de l'affaire *Sale*. Cette lecture demeure cependant contestée²³.

¹⁶ *Sale*, *supra* note 13 à la p. 1045.

¹⁷ U.S. National Archives & Records Administration, « Executive Order 12807 -- Interdiction of illegal aliens » (le 17 avril 2006), en ligne : N.A.R.A. < <http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/1992.html?template=print>>.

¹⁸ Gary W. Palmer, « Guarding the Coast : Alien Migrant Interdiction Operations at Sea » dans Jack Grunawalt et Jack N. Schmitt, dir., *The Law of Military Operations : Liber Amicorum Jack Grunawalt*, New Port, Naval War College Press, 1998, 157 à la p. 164.

¹⁹ *Sale*, *supra* note 13.

²⁰ *Ibid.* à la p. 1051.

²¹ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

²² Sur ce point, voir Brian G. Slocum, *The War on Terrorism and the Extraterritorial Application of the Constitution in Immigration Law*, (2007) 84 Denv. U.L. Rev. 1017 à la p. 1040. Dans le même sens, voir Fiona de Londras, *Guantánamo Bay: Towards Legality ?*, (2008) 71:1 Mod. L. Rev. 36.

²³ Selon Azmy, « the application of the Constitution to Guantánamo would not in any meaningful sense be "extraterritorial"; this is because Guantánamo's unique historical, political and instrumental status renders it, in constitutionally dispositive respects, United States territory. In other words, for the

Au regard de l'applicabilité de la Convention relative au statut des réfugiés aux « boat people » haïtiens dans l'affaire *Sale*, la Cour Suprême s'est bornée à reprendre l'approche méthodologique utilisée pour analyser l'*Immigration and Nationality Act*. La Cour reconnut que l'article 33 (relatif au principe de non-refoulement) de la *Convention de Genève* n'avait pas d'effet extraterritorial²⁴. En fait, selon la Cour, un traité ne peut pas imposer des obligations internationales qui n'étaient pas envisagées au moment de sa ratification. « Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such action »²⁵. Par conséquent, les interceptions en mer pratiquées par le gouvernement américain étaient légales en vertu du droit américain et du droit international.

Par ailleurs, comme le soulignent Brouwer et Kumin, les Etats-Unis ont conclu suite à l'affaire *Sale* plus d'une vingtaine d'accords bilatéraux avec les États des Caraïbes autorisant les autorités américaines à intercepter, à l'extérieur de ses eaux territoriales, des migrants arrivant par la mer. Ces accords ont conduit à l'établissement de standards d'évaluation des demandes de statut de réfugiés différenciées selon la nationalité d'origine du migrant. Cette pratique soulève de sérieuses questions relatives à l'accès pour les demandeurs du statut de réfugié à une solution et une protection durables²⁶.

B. L'Australie et l'affaire du *Tampa*²⁷

Le 26 août 2001, un rafiôt transportant près de 430 migrants afghans et irakiens se trouvant en situation de détresse est sur le point de faire naufrage à 140 kilomètres au nord des côtes de l'île Christmas, territoire australien. Le capitaine du *MV Tampa*, le Norvégien Arne Rinnan, reçoit un appel des autorités australiennes lui demandant d'aller porter secours au navire en détresse qui, selon elles, transporte quelque 80 passagers. Rinnan se rend sur les lieux du naufrage et porte secours aux migrants. Il embarque à bord du *MV Tampa* tous les migrants sans que les gardes-côtes australiens ne lui indiquent un endroit où il puisse se rendre afin de débarquer ces demandeurs d'asile. Les autorités australiennes le contraignent à retourner vers l'Indonésie, État de provenance des migrants. Toutefois, plusieurs des migrants refusent cette solution et menacent de se jeter à la mer si le capitaine Rinnan les conduit en Indonésie. Face à ces pressions, le capitaine du *MV Tampa* choisit de poursuivre sa route vers l'île Christmas. Avant d'entrer dans les eaux territoriales australiennes, les gardes-côtes lui refusent l'entrée sur le territoire australien et le somment de rebrousser chemin vers l'Indonésie. Or, plusieurs migrants souffrant de graves blessures ainsi que trois femmes enceintes ont un urgent besoin de soins médicaux. À cela s'ajoute une pénurie d'eau et de nourriture, car les réserves sur le *MV Tampa* avaient initialement été prévues pour un équipage de 27 personnes. Face à une situation se détériorant rapidement, le capitaine

purposes of evaluating the applicability of certain fundamental constitutional rights, Guantánamo Bay is little different from Kansas » in Baher Azmy, *Rasul v. Bush and the Intraterritorial Constitution*, (2007) 62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 369.

²⁴ *Sale*, *supra* note 13 à la p. 1053.

²⁵ *Ibid.* à la p. 1055.

²⁶ Andrew Brouwer et Judith Kumin, *supra* note 8 à la p. 8.

²⁷ Victorian Council for Civil Liberties Incorporated v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs (& summary) [2001] F.C.A. 1297 [*Ruddock v. Vardalis*].

Rinnan entre dans les eaux territoriales australiennes le 29 août. Peu de temps après, 45 membres du *Special Armed Services* de la défense australienne abordent le *MV Tampa*. Entre-temps, des démarches judiciaires sont entreprises en Australie afin de légaliser le statut du navire, de son capitaine et des réfugiés se trouvant à son bord. Finalement, le 1^{er} septembre 2001, l'Australie conclut une entente avec la Nouvelle-Zélande et Nauru visant à régler le statut des réfugiés secourus par le *MV Tampa*²⁸. La Nouvelle-Zélande accepte d'accueillir près de 150 de ces réfugiés, surtout les familles, les femmes et les enfants. De son côté, Nauru accepte d'« accueillir » les quelque 280 autres réfugiés dans son centre de détention. L'Australie accepte, en échange, d'assurer l'ensemble des coûts liés à cette opération à Nauru.

L'affaire du *MV Tampa* relatée ci-haut survint au moment des élections générales australiennes. Le Premier-Ministre sortant fit de cette affaire un enjeu électoral²⁹ relatif à la sécurité nationale³⁰. Au cours de cette période, le gouvernement Howard chercha à faire adopter par le Parlement australien une série de lois mieux connues sous le nom de « Pacific Solution » visant à renforcer la sécurité des frontières australiennes face à l'arrivée des migrants par mer³¹. Malgré l'adoption par l'Australie de législations beaucoup plus sévères à l'endroit des migrants maritimes, ces derniers continuent de migrer vers l'Australie par la mer, surtout en provenance de l'Indonésie. L'Australie a aussi maintenu sa politique d'interception en mer des navires transportant des migrants³².

La Cour d'appel fédérale australienne entendit l'affaire du *MV Tampa* le 13 septembre 2001. Dans sa décision, la majorité reconnut que

*the power to determine who may come into Australia is so central to its sovereignty that it is not to be supposed that the Government of the nation would lack under the power conferred upon it directly by the Constitution, the ability to prevent people not part of the Australia [sic] community, from entering*³³.

²⁸ Prime Minister of Australia – John Howard, « Transcript of the Prime Minister the Hon. John Howard MP Joint Press Conference with the Minister for Immigration the Hon. Philip Ruddock MP – Sydney » (17 avril 2006), en ligne : Prime Minister of Australia <<http://www.pm.gov.au/news/interviews/2001/interview1206.htm>>.

²⁹ Sur le cynisme du gouvernement australien dans cette affaire, voir Julian Burnside, *Refugees: The Tampa Case*, (2002) 5:1 Postcolonial Stud. 17; Jessica C. Morris, *supra* note 5 à la p. 60.

³⁰ Prime Minister of Australia – John Howard, « Transcript of the Prime Minister the Hon. John Howard MP Interview on Radio 3aw, Melbourne » (17 avril 2006), en ligne : Prime Minister of Australia <<http://www.pm.gov.au/news/interviews/2001/interview1201.htm>>. Le Premier Ministre affirma lors de cette entrevue donnée le 31 août 2001 que « I believe that it is in Australia's national interest that we draw a line on what is increasingly becoming an uncontrollable number of illegal arrivals in this country [...] I have a responsibility to the Australian nation to protect our national interest and our national interest is not served by the view being accepted around the world that people can come here willy-nilly ».

³¹ Pour un aperçu critique de ces politiques, voir l'article de Penelope Mathew, « Australian Refugee Protection in the Wake of the *Tampa* » (2002) 96 A.J.I.L. 661 et ss.

³² Emily C. Peyser, « “Pacific Solution”? The Sinking Right to Seek Asylum in Australia » (2002) 11 Pac. Rim L. & Pol'y J. 431 aux pp. 433-435.

³³ *Ruddock v. Vardalis*, *supra* note 27 au para. 193.

L'adoption du *Migration Act* de 1958 ne remplaça pas les prérogatives souveraines dont jouissait le gouvernement du Premier-Ministre Howard. Malgré l'adoption de la loi de 1958, le gouvernement conservait le pouvoir de gardien des frontières australiennes (« gatekeeper functions »³⁴). En ce qui concerne l'interprétation de la *Convention de Genève* sur le statut de réfugié, la Cour fédérale australienne s'est montrée beaucoup plus sceptique. Tout en reconnaissant que l'Australie est partie à la convention, la Cour prend soin de spécifier que l'article 33 de la convention ne peut être appliquée en l'espèce. L'intervention d'un État côtier auprès de réfugiés en danger sur la mer n'entraîne pas une obligation pour cet État d'assurer la réinstallation de ces migrants sur son territoire. « Again, there is no obligation on the coastal state to resettle in its own territory. Any extra-judicial assessment of Executive policy in the present circumstances should be seen in this context »³⁵. Selon la majorité, aucune des actions entreprises par le gouvernement Howard dans cette affaire constituaient une violation du principe de non-refoulement reconnu à l'article 33 de la convention.

C. Ressemblances entre les pratiques américaines et australiennes

Les pratiques américaines et australiennes ont plusieurs traits en commun. Tout d'abord, tant les décisions rendues par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Sale* que celle rendue par la Cour d'Appel fédérale australienne dans l'affaire du *Tampa* ont réaffirmé la suprématie de la vision dualiste de la relation entre le droit international et le droit national. Celle-ci affirme que le droit international doit être incorporé dans le droit interne afin qu'il devienne contraignant pour les États³⁶. En matière juridictionnelle, ces deux tribunaux ont aussi rappelé la prééminence du principe de « territorialité » en vertu duquel les normes internationales et nationales s'appliquent uniquement aux individus physiquement présents sur le territoire de l'État souverain³⁷ et s'étant vus reconnaître un statut juridique quelconque par cet État. Ce principe de « territorialité » prend tout son sens à la lumière de la pratique australienne en matière d'excision territoriale ou à la lumière de la pratique américaine qui s'est plutôt concentrée sur l'établissement de centres de détention et la création de camps de réfugiés sur certains territoires se trouvant sous son mandat ou son protectorat³⁸. Enfin,

³⁴ *Ibid.* au para. 185.

³⁵ *Ibid.* au para. 126.

³⁶ L'article 6(2) de la Constitution américaine reconnaît que le droit international « shall be the supreme law of the land ». Autrement dit, du point de vue théorique, les États-Unis ont adopté une approche moniste. Cependant, si l'on considère la pratique des tribunaux américains depuis l'affaire *Paquete Habana* (175 U.S. 677 (1900)), force nous de constater que ceux-ci ont développé diverses doctrines relatives à l'incorporation du droit international – et dans le cas qui nous concerne, du droit international des droits de l'Homme – dans le droit constitutionnel américain. Au final, ces développements jurisprudentiels ont eu pour effet d'affaiblir l'approche moniste en droit constitutionnel américain. Théoriquement, la constitution américaine adopte une approche moniste. Cependant, au plan matériel, les tribunaux américains ont favorisé le développement d'une vision dualiste du droit international en droit constitutionnel américain. La vision dualiste à laquelle nous référons incorpore ce décalage entre la théorie et la pratique constitutionnelles.

³⁷ Mary Crock, « In the Wake of the *Tampa* : Conflicting Visions of International Refugee Law in the Management of Refugee Flows » (2003) 12 Pac. Rim. L. & Pol'y J. 49 à la p. 63.

³⁸ *Ibid.* à la p. 26. L'Australie, dans le cadre de la *Pacific Solution* a exclu certains îles et territoires sur lesquels elle exerce sa souveraineté des territoires où les réfugiés interceptés en mer peuvent demander le statut de réfugié. C'est le cas notamment de Christmas Island.

les mesures américaines et australiennes ont un impact sur l'accessibilité des réfugiés interceptés en mer au système judiciaire de ces deux États et sur les procédures relatives à la reconnaissance de leur statut de réfugiés. Les réfugiés sont en quelque sorte exclus de la sphère du droit.

1.2. Le régime juridique applicable aux interceptions en mer

Le régime juridique applicable aux interceptions des réfugiés en mer s'applique de façon différenciée selon l'endroit où le navire intercepté en mer se trouve. Ainsi, ces droits et obligations juridiques internationales varient selon que le navire se trouve en Haute mer, dans la zone contiguë ou à l'intérieur de la mer territoriale de l'État intercepteur.

Haute mer

La Haute Mer est définie de façon négative dans la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*³⁹. Elle réfère à toutes les « parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État, ni dans les eaux archipélagiques d'un Etat archipel »⁴⁰. Concernant la Haute mer, il existe plusieurs doctrines relatives aux interceptions des navires sans pavillon⁴¹, *i.e.* aux navires transportant des réfugiés⁴². Sont-ils dans une position les privant de toute protection juridique ou dans une position telle que le navire d'un État peut aborder le navire de réfugiés sans que cela entraîne une quelconque conséquence juridique ? Les réfugiés interceptés en mer sont souvent issus du trafic des migrants. Voyageant sur des navires non enregistrés auprès d'un État et pilotés par des individus niant être responsables ou en position de commande sur le navire, ces réfugiés sont susceptibles d'être « visités » par l'État côtier sans que celui-ci commette un acte engageant sa responsabilité internationale⁴³. L'interception en haute mer des navires avec pavillon engage techniquement la responsabilité de l'État qui intercepte, non pas face aux passagers du navire, mais plutôt au profit de l'État du pavillon. Dans le cas des navires sans pavillon, la question de la responsabilité ne se pose pas⁴⁴. En somme, il appert que l'État côtier peut exercer ses prérogatives de souverain sur le navire sans pavillon intercepté en Haute mer ainsi que sur les passagers sans que sa responsabilité internationale ne soit engagée.

³⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3. à l'art. 86 [*Convention de Montego Bay*].

⁴⁰ *Ibid.* à l'art 86.

⁴¹ Dans le cas américain, voir, entre autres, Andrew W. Anderson, *Jurisdiction over Stateless Vessels on the High Seas: an Appraisal under Domestic and International Law*, (1982) 13:3 J. Mar. L. & Com. 323.

⁴² Mark Pallis, « Obligations of States Towards Asylum Seekers at Sea : Interactions and Conflicts between Legal Regimes » (2002) 14:2/3 Int'l J. Refugee L. 329 à la p. 351.

⁴³ Natalino Ronzitti, « Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea » dans Nisuke Ando, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, dir., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 1271 à la p. 1274. Churchill et Lowe ont une opinion plus nuancée sur la question sans toutefois prendre position clairement dans le débat. Voir R.R. Churchill et A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1999 à la p. 214.

⁴⁴ Jon L. Jacobson, « At-Sea Interception of Alien Migrants : International Law Issues » (1992) 28 Willamette L. Rev. 811 à la p. 816.

Zone contiguë

Dans la zone contiguë⁴⁵, les États côtiers ont un droit limité de police⁴⁶. Ainsi, les États se trouvent dans une position paradoxale. Ils peuvent légalement exercer leurs prérogatives de souverain sur ce territoire en matière d'immigration. Toutefois, cette situation peut entrer en contradiction avec les obligations internationales de l'État, notamment l'art. 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* relatif au non-refoulement⁴⁷.

Mer territoriale

Dans le cas de la mer territoriale⁴⁸, l'ambiguïté des droits et obligations des États envers les réfugiés interceptés en mer est décuplée. En effet, deux règles du droit de la mer viennent s'insérer dans le régime juridique applicable aux interceptions en mer territoriale. La première est relative au droit de passage innocent ou inoffensif. La détermination du caractère de ce passage demeure une prérogative de l'État côtier. Pour être inoffensif, le passage d'un navire ne doit pas porter atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'Etat côtier⁴⁹. Ainsi, le passage du navire en question sera considéré comme portant atteinte à la souveraineté de l'État s'il y a « embarquement ou débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'Etat côtier »⁵⁰. De plus, en vertu de son droit de protection⁵¹, l'État côtier a le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires à sa sécurité s'il considère le passage non innocent. Comme le reconnaît Goowin-Gill, « the fact that a vessel may be carrying refugees or asylum seekers who intend to request the protection of the coastal state arguably removes that vessel from the category of innocent passage »⁵². En somme, tous les immigrants

⁴⁵ Dans la législation canadienne, la zone contiguë est définie comme « la zone maritime comprise entre la limite extérieure de la mer territoriale et la ligne dont chaque point est à une distance de 24 milles marins du point le plus proche de la ligne de base de la mer territoriale » dans *Loi sur les Océans*, L.C., c. 31 à l'art. 10. Selon la *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art. 33, cette zone « ne peut s'étendre au-delà de 24 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ». Dans la doctrine, cette zone est définie comme un « espace maritime s'étendant au-delà de la limite extérieure de la mer territoriale jusqu'à une certaine distance vers le large et dans laquelle l'État riverain exerce certaines compétences spécialisées » dans Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « zone contiguë ».

⁴⁶ *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art. 33; Mark Pallis, *supra* note 31 à la p. 353.

⁴⁷ *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 16 à l'art. 33; Natalino Ronzitti, *supra* note 32 à la p. 1273

⁴⁸ La *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'article 2, définit la mer territoriale de la façon suivante : « 1. La souveraineté de l'Etat côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures [...] à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale ; 2. Cette souveraineté s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol; 3. La souveraineté sur la mer territoriale s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international ». À l'article 3, elle précise que « Tout Etat a le droit de fixer la largeur de sa mer territoriale, cette largeur ne dépasse pas 12 milles marins ».

⁴⁹ *Ibid.* à l'art. 19 (1).

⁵⁰ *Ibid.* à l'art. 19 (2) g).

⁵¹ *Ibid.* à l'art. 25 (1), (2) et (3).

⁵² Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon press, 1996 à la p. 164.

irréguliers peuvent être théoriquement interceptés en mer territoriale si l'État le juge nécessaire⁵³. L'intention est le critère privilégié dans l'évaluation du caractère « innocent » d'un passage et la qualification de ce passage revient à l'État côtier⁵⁴. Dans ce contexte, si les obligations de l'État côtier demeurent ambiguës, le *dictum* dans l'*Affaire du Lotus* doit s'appliquer, *i.e.* les limites à la souveraineté de l'État ne se présument pas⁵⁵.

La seconde règle concerne l'accès à un port et au droit de refuge en cas de détresse. Il s'agit de déterminer si le navire en question est en détresse. Cette détermination relève des autorités portuaires et étatiques. Cela vaut aussi pour le navire se trouvant en situation de détresse après avoir secouru des réfugiés comme ce fut le cas dans l'affaire du *MV Tampa*. Encore une fois, en matière de migration maritime, « clearly the presumption lies in favor of the right of the coastal State to deny entry »⁵⁶. Les ports font partie des eaux internes d'un État et sont par conséquent soumis à la souveraineté de l'État côtier⁵⁷.

En résumé, en vertu du droit de la mer et de la *Convention de Montego Bay*, il appert que l'État côtier dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ses prérogatives de souverain sur les navires qu'il intercepte et ses passagers. Cela n'est pas sans altérer le processus visant à faire reconnaître le statut de réfugié aux migrants interceptés en mer par l'État côtier.

Partie 2. Analyse critique: Un phénomène troublant en quête de qualification juridique

Dans la seconde partie de cette étude, nous constaterons que le régime juridique applicable aux réfugiés interceptés en mer souffre de grandes lacunes en ce qui a trait à la protection conférée à ces migrants. Ainsi, il appert qu'en matière de protection, tant les conventions internationales portant sur le devoir de secours de navires et personnes en détresse sur la mer, situation dans laquelle se trouvent une majorité de réfugiés interceptés en mer, que la *Convention de Genève* se révèlent inadéquats pour assurer une protection effective aux personnes interceptées. Ces différents régimes ne sont pas complémentaires ou supplétifs. Ainsi, nous constaterons que la juxtaposition de ces régimes juridiques internationaux créent des interstices de non-droit dans lesquels se retrouvent les réfugiés interceptés en mer et pour lequel le régime de la responsabilité internationale de l'État développé par le Commission du droit international (CDI) demeure impuissant.

⁵³ Mark Pallis, *supra* note 31 aux pp. 357-358.

⁵⁴ Voir notamment *Japan v. Kulikov (Ashakawa District Court)* (1954), [1957] Japanese Annual of International Law 66 à la p. 71. Dans cette affaire, le Tribunal japonais qualifie le passage d'un navire soviétique trafiquant des passagers comme non-innocent et a reconnu le capitaine du navire coupable d'avoir enfreint la loi sur l'immigration japonaise et la loi sur les navires.

⁵⁵ *Affaire du Lotus (France c. Turquie)* (1926), C.P.J.I. (Sér. A) n° 10 à la p. 18 [*Lotus*].

⁵⁶ A.V. Lowe, « The Right of Entry into Maritime Ports in International Law » (1977) 14 San Diego L. Rev. 597 à la p. 619.

⁵⁷ Richard Barnes, « Refugee Law at Sea » (2004) 53:1 I.C.L.Q. 47 à la p. 57.

2.1. Des arguments de droit visant la protection

A. Un devoir de secours ?

Le devoir de secours des personnes en détresse en mer est une des plus anciennes règles coutumières en droit de la mer⁵⁸. Ce devoir se décline en deux obligations : une obligation de porter assistance et une obligation relative à la mise en œuvre d'outils pour la recherche et le sauvetage en mer. Ce devoir de secours est une obligation qui s'impose à l'État du pavillon du navire portant secours ainsi qu'à l'État côtier.

Responsabilités de l'État du pavillon

Le capitaine d'un navire a le devoir de porter secours à quiconque est trouvé en péril en mer⁵⁹. Lors de son intervention, le capitaine doit porter secours « pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers »⁶⁰. Toutefois, dans le cas qui nous concerne, que faire avec les navires voguant sous un pavillon de complaisance ou n'étant pas enregistrés⁶¹? Dans un contexte où près d'un tiers des navires de la planète sont enregistrés sous un pavillon de complaisance⁶², une partie de la doctrine émet de sérieux doutes face à cette règle qui est régulièrement « violated by masters who, perhaps pursuant to instructions, turn a blind eye to refugee boats in the vicinity »⁶³. En fait, l'opposabilité des obligations internationales aux capitaines de navire et aux armateurs dépend de leur incorporation dans le droit national de l'État du pavillon de leur navire. Plusieurs autres conventions internationales reconnaissent le devoir pour tout capitaine de navire de porter secours à un navire en détresse. Fait plutôt intéressant, ces conventions ne sont pas destinées prioritairement au sauvetage des vies humaines en mer, mais encouragent plutôt le sauvetage de la propriété privée, *i.e.* des navires et de leur cargaison, par l'octroi de récompenses financières⁶⁴. Les questions économiques occupent une place extrêmement importante dans la décision du capitaine et de l'armateur de porter secours à un navire en détresse car, à terme, toute assistance à un navire en détresse entraîne d'importants coûts économiques liés aux délais causés par le sauvetage pour les assureurs, transitaires, armateurs, etc.⁶⁵. Cette situation a même conduit certains auteurs à affirmer

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 49; Mark Pallis, *supra* note 31 à la p. 333.

⁵⁹ *Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 1^{er} novembre 1974, 1185 R.T.N.U. 2 au Chapitre V, Règle 10(A) [*Convention SOLAS*]; *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art. 98 (1).

⁶⁰ *Convention de Montego Bay*, *ibid.*

⁶¹ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, « The Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea » dans T. Alexander Aleinikoff et Vincent Chetail, *Migration and International Legal Norms*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, 137 à la p. 139 [*UNHCR*].

⁶² Richard Barnes, *supra* note 46 à la p. 51.

⁶³ Erik Røsæg, « Refugees as Rescuers : The Tampa problem » [2002] *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook* 43 à la p. 49.

⁶⁴ Organisation maritime internationale, *International Convention on Salvage* (1989), aux art. 11 et 12, en ligne : Admiralty and Maritime Law Guide International Conventions <<http://www.admiraltylawguide.com/conven/salvage1989.html>>; *Ibid.* à la p. 51.

⁶⁵ Martin Davies, « Obligations and Implications for Ships Encountering Persons in Need of Assistance at Sea » (2003) 12 *Pac. Rim. L. & Pol'y J.* 109 aux pp. 133-134.

que, du point de vue historique, « the preservation of man's life at sea has been relegated to secondary value *vis a vis* any property which may bring a monetary salvage award »⁶⁶. En somme, en matière d'assistance aux navires en détresses, le capitaine d'un navire portant secours jouit d'un large pouvoir discrétionnaire. Cela crée des situations où les États n'ont guère de pouvoir pour intervenir et faire respecter, par exemple, les droits des migrants interceptés en mer⁶⁷.

Responsabilités de l'État côtier

Les obligations internationales incombant aux États côtiers en matière d'assistance aux navires en détresse souffrent d'une absence de clarté. Selon Tauman, malgré le fait que l'Australie ait agi d'une façon douteuse d'un point de vue « humanitaire » dans l'affaire du *Tampa*, la question de savoir si l'Australie a violé ses obligations internationales demeurent extrêmement floue⁶⁸. En effet, les différentes conventions internationales relatives à ce sujet développent une série de normes de « soft law »⁶⁹ dont les obligations sont conditionnées par l'ensemble des circonstances en l'espèce⁷⁰. Par ailleurs, l'application géographique de ces régimes juridiques demeure incertaine⁷¹. De plus, les circonstances matérielles appelant une intervention de l'État côtier ne sont pas clairement définies. Qu'est-ce qu'un navire en détresse ? Est-ce qu'une situation où des individus menacent de se suicider en se jetant par-dessus bord peut être qualifiée de situation de détresse pour le navire, comme ce fut le cas pour le *MV Tampa*⁷²? Dans le cas plus spécifique des réfugiés interceptés en mer, il n'existe aucune norme en droit international obligeant les États côtiers à assurer le débarquement sur leur territoire respectif des individus qu'ils ont secourus en mer⁷³. Un État – comme l'a fait la Cour d'appel fédérale australienne dans l'affaire *Ruddock v. Vardalis* – pourrait donc arguer qu'une fois l'opération de sauvetage complétée et les personnes secourues transférées

⁶⁶ Wilbur Holmes Smith II, « The Duty to Render Assistance at Sea : Is it Effective or a Drift ? » (1971) 2 Cal. W. Int'l L.J. 146 à la p. 147.

⁶⁷ Frederick J. Kenney Jr. et Vasiliou Tasikas, « The *Tampa* Incident : IMO perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea » (2003) 12 Pac. Rim. L. & Pol'y J. 143 aux pp. 151-152.

⁶⁸ Jessica Tauman, *supra* note 6 aux pp. 483-484.

⁶⁹ Organisation maritime internationale, *International Convention on Maritime Search and Rescue* (27 avril 1979), Annexe, Chapitre 2, art. 2.1.1, en ligne : Admiralty and Maritime Law Guide International Conventions <<http://www.admiraltylawguide.com/conven/searchrescue1979.html>> [*Convention SAR*]. Cet article stipule que « Parties **shall ensure that necessary arrangements are made** for the provision of adequate search and rescue services for persons in distress at sea round their coasts » [Nous soulignons]. La *Convention SOLAS* stipule quand à elle, au chapitre 5, règle 15, que « (a) Each Contracting **Government undertakes to ensure that any necessary arrangements** are made for coast watching and for the rescue of persons in distress at sea round its coasts. These arrangements should include the establishment, operation and maintenance of such maritime safety facilities as are deemed practicable and necessary having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and should, so far as possible, afford adequate means of locating and rescuing such persons » [Nous soulignons].

⁷⁰ *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art. 98(1).

⁷¹ Mark Pallis, *supra* note 31 aux pp. 335 et 337.

⁷² *Ibid.* à la p. 338.

⁷³ Richard Barnes, *supra* note 46 à la p. 53;

sur un nouveau navire, l'opération de sauvetage a pris fin⁷⁴. Cette vision n'implique aucun devoir pour l'État d'autoriser le débarquement et ne confère, par conséquent, aucun droit aux individus secourus de débarquer sur le territoire de l'État en question et d'avoir accès aux procédures d'immigration. Selon le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), les instruments en droit international de la mer « do not expand to the responsibility of coastal states for disembarkation or landing of those rescued, nor any follow-up actions »⁷⁵. Qui plus est, le HCR reconnaît que le droit en la matière demeure flou⁷⁶.

Cette situation a aussi des répercussions sur le principe de « port de refuge », puisque, si le secours ou le sauvetage a été effectué correctement, ledit principe n'a plus vraiment de sens ou de raison d'être dans les circonstances et partant, l'État côtier n'est pas obligé d'accepter l'entrée du navire dans ses eaux⁷⁷. Enfin, et dans le cas plus spécifique des réfugiés arrivant par la mer, les États côtiers appréhendent certains abus de la part des migrants relativement aux « situations de détresse », abus ayant pour objectif de faciliter leur entrée sur le territoire de l'État et à terme, de leur permettre de déposer une demande auprès des autorités d'immigration afin de faire reconnaître leur statut de réfugié. En effet, les États craignent que cette pratique abusive mine la pratique maritime et la valeur des principes d'humanité en droit de la mer et surtout, que cela suscite une immigration massive par la mer⁷⁸. Paradoxalement, même si le droit au débarquement était reconnu, celui-ci n'impliquerait pas un droit d'accès, pour le réfugié intercepté en mer, aux procédures d'immigration de l'État ayant porté secours au navire en détresse puisque l'État pourrait arguer que ce débarquement fait partie de la procédure d'assistance au navire en détresse ou encore, que le migrant est entré illégalement sur le territoire de l'État. « *A fortiori*, an application for asylum will thus not automatically give the right to disembark from a vessel in situation similar to that on the Tampa⁷⁹]. Likewise, an application for asylum in the flag state of the vessel will not improve the situation of the applicant⁸⁰ »⁸¹.

En somme, il appert que même si le droit d'accéder aux procédures d'immigration était reconnu aux réfugiés, cela n'impliquerait pas le droit de débarquer sur terre. Cette situation éminemment paradoxale dans laquelle se trouvent ces migrants est corroborée par le libellé de l'article 11 de la *Convention relative au statut de réfugiés* relatif aux

⁷⁴ La frontière entre l'assistance aux navires en détresses et l'interception est extrêmement floue. La pratique américaine est, à ce sujet, très évocatrice. Par exemple, les autorités américaines invoquent des raisons humanitaires pour intercepter les navires de réfugiés dans la mer des Caraïbes. Sur ce point, voir, Gary Palmer, *supra* note 19 à la p. 164.

⁷⁵ *UNHCR*, *supra* note 50 à la p. 139.

⁷⁶ *Ibid.* à la p. 140.

⁷⁷ Erik Røsæg, *supra* note 52 à la p. 57.

⁷⁸ Rolf Einar Fife, « The Duty to Render Assistance at Sea : Some Reflections after *Tampa* » dans Jan Klabbers et Jarna Petman (dir.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003, 469 à la p. 481.

⁷⁹ Comme cela aurait pu être le cas pour les réfugiés haïtiens interceptés par la marine américaine.

⁸⁰ Comme cela aurait pu être le cas pour les réfugiés dans l'affaire du *MV Tampa*, ce dernier étant enregistré en Norvège.

⁸¹ Erik Røsæg, *supra* note 52 à la p. à la p. 67.

« gens de mer réfugiés »⁸². En effet, si l'on se fie au libellé de cet article qui stipule que « dans le cas de réfugiés **régulièrement employés** comme membres de l'équipage »⁸³ [nous soulignons], il appert que les réfugiés maritimes n'ont pas le même accès au territoire de l'État. Encore une fois, le droit international, dans ce cas-ci, accorde de larges prérogatives ainsi qu'un immense pouvoir discrétionnaire aux États⁸⁴. Cette situation mine dangereusement l'effectivité du régime juridique applicable à ces migrants, rendant ces derniers dépendants non pas du système juridique, mais ultimement de la volonté de l'État souverain.

B. Un droit d'asile ?

L'article 33(1) de la *Convention relative au statut des réfugiés* stipule qu'« aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée ». Quel est le champ d'application territoriale de cet article⁸⁵? Par exemple, les personnes secourues en mer par un navire se trouvent immédiatement sous la juridiction de l'État du pavillon⁸⁶. Toutefois, comme nous l'avons souligné précédemment, cet État n'est pas tenu d'accorder le statut de réfugié aux personnes secourues⁸⁷. Selon Goodwin-Gill⁸⁸, trois options s'offrent à l'État du pavillon du navire ayant porté assistance aux personnes en détresse : 1) admettre et traiter les demandes des demandeurs conformément à son droit interne; 2) refuser d'admettre les réfugiés sur son territoire et exiger du capitaine de navire qu'il soustraie les demandeurs d'asile de la juridiction de l'État du pavillon du navire ayant porté assistance ou ; 3) rendre le débarquement conditionnel à la conclusion d'une entente entre l'État côtier et l'État du pavillon du navire ayant porté secours – ou tout autre État et/ou organisation internationale – afin d'assurer la relocalisation des personnes secourues. Selon Goodwin-Gill, « once again, a categorical refusal of disembarkation cannot be equated with breach of the principle of *non-refoulement*, even though it may result in serious consequences for asylum seekers »⁸⁹. Le refus d'autoriser le débarquement, malgré que cela soit moralement

⁸² *Convention relative au statut des réfugiés*, supra note 16 à l'art. 11 qui stipule que « dans le cas de réfugiés régulièrement employés comme membres de l'équipage à bord d'un navire battant pavillon d'un Etat contractant, cet Etat examinera avec bienveillance la possibilité d'autoriser lesdits réfugiés à s'établir sur son territoire et de leur délivrer des titres de voyage ou de les admettre à titre temporaire sur son territoire, afin, notamment, de faciliter leur établissement dans un autre pays ».

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ James Pugash, « The Dilemma of the Sea Refugee : Rescue without Refuge » (1977) 18 Harv. Int'l L. J. 577 à la p. 587; Richard Barnes, supra note 46 à la p. 54.

⁸⁵ Mark Pallis, supra note 31 à la p. 341. Nous ne questionnons pas le contenu juridique ni le caractère indéterminé du principe de non-refoulement, car cela dépasserait les objectifs poursuivis par le présent article. Sur l'indétermination juridique du principe de non-refoulement, voir Jari Pirjola, « Shadows in Paradise – Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept », (2007) 19 :4 Int'l J. Refugee L. (à paraître).

⁸⁶ *Lotus*, supra note 44 à la p. 25.

⁸⁷ Richard Barnes, supra note 46 à la p. 53.

⁸⁸ Guy S. Goodwin-Gill, supra note 41 à la p. 157.

⁸⁹ *Ibid.*; Natalino Ronzitti, supra note 32 à la p. 1277, précise « It seems to us that the correct position has been expressed by Goodwin-Gill, who makes a distinction between denial of entry into the coastal State's territorial sea, and interdiction followed by "the actual, physical return of passengers to the country of origin" ».

répréhensible, ne constitue pas une violation de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*⁹⁰.

L'enjeu dans ce contexte-ci demeure le point ou le moment d'application du principe de non-refoulement. La *Convention* n'est pas claire sur la question de l'étendue de son application. S'applique-t-elle uniquement au territoire terrestre ou au territoire au sens de la théorie classique du droit international (territoire aérien, terrestre et maritime)? Plusieurs juristes plaident pour cette dernière option⁹¹. L'ambiguïté du terme « territoire » dans la *Convention relative au statut des réfugiés* permet à l'Australie, par exemple, de développer de multiples interprétations de ce terme, de se glisser dans les interstices du droit international et à terme, de maintenir sa politique d'interception en mer⁹². Les Etats-Unis, quant à eux, maintiennent que l'article 33 s'applique uniquement dans les situations où le demandeur de statut de réfugié est entré légalement aux Etats-Unis⁹³.

Par ailleurs, la jurisprudence en la matière semble contradictoire. Les tribunaux américains⁹⁴ et australiens⁹⁵ semblent, dans les cas étudiés, plutôt confiner le principe de non-refoulement à une application terrestre uniquement. Alors que la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a reconnu que le principe de non-refoulement, norme coutumière du droit international⁹⁶, ne connaît pas de limitations géographiques dans son application⁹⁷. Par ailleurs, est-ce que le refus de l'Australie d'admettre les réfugiés afghans sur son territoire constitue un non-respect du principe de non-refoulement ? Pour certains, l'Australie n'a pas violé ces obligations puisqu'elle n'a pas retourné les demandeurs de statut de réfugié dans leur pays, mais les a plutôt relocalisés dans des endroits, tels que la Nouvelle-Zélande et Nauru, où leur vie et liberté ne serait

⁹⁰ Richard Barnes, *supra* note 46 à la p. 64.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 70; Mark Pallis, *supra* note 31 à la p. 343.

⁹² Emily C. Peyser, *supra* note 26 aux pp. 449-450.

⁹³ U.S. Navy, U.S. Marine Corps et U.S. Coast Guard, « Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations » (8 mars 2006), au para. 3.3.1.3, en ligne: <http://www.nwc.navy.mil/ILD/Annotated%20Supplement%20to%20the%20Commander's%20Handbook.htm>; Gary W. Palmer, *supra* note 19 à la p. 162. Concernant le champ d'application de l'article 33 de la Convention, le juge Blackmun de la Cour Suprême des Etats-Unis et dissident dans l'affaire *Sale* fut catégorique. Il reconnut que « the text of Article 33.1 is clear, and whether the operative term is "return" or "refouler," it prohibits the Government's actions. Article 33.1 is clear not only in what it says, but also in what it does not say: it does not include any geographical limitation. It limits only where a refugee may be sent "to", not where he may be sent from. This is not surprising, given that the aim of the provision is to protect refugees against persecution » (pp. 1060-1061) [note de bas de page omise].

⁹⁴ *Sale*, *supra* note 13 à la p. 1053.

⁹⁵ *Victorian Council*, *supra* note 21 au para. 146.

⁹⁶ Guy S. Goodwin-Gill, « The Haitian Refoulement Case: A Comment » (1994) 6 Int'l J. Refugee L. 103 à la p. 106. Cette position est contestée par James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 363.

⁹⁷ *Rapport n° 51/96, Fond, Affaire 10.675 (Haitian Centers Council et al. c. États-Unis d'Amérique)*, (13 mars 1997), au para. 157, en ligne : Commission interaméricaine des droits de l'Homme <<http://www.cidh.org/annualrep/96fren/EtatsUnis10675.htm>>.

pas menacée⁹⁸. En somme, le droit international applicable aux réfugiés interceptés en mer place ces derniers dans un cul-de-sac juridique, les normes de droit international se contredisant les unes les autres⁹⁹.

C. Applicabilité du régime de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite ?

Si l'on accepte l'analyse de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme qui a reconnu que le principe de non-refoulement ne connaissait aucune limitation territoriale et que l'on accepte d'attribuer le statut de norme impérative du droit international audit principe¹⁰⁰, il semble *a priori* que les États-Unis et l'Australie ont commis un fait internationalement illicite au titre de l'article 33(1) de la *Convention de Genève*. Toutefois, si l'on analyse la situation de plus près, nous constatons que le régime de la responsabilité internationale développé à la Commission du droit international semble inefficace dans le cas présent. Dans un premier temps, il est important de souligner que les actions ou omissions d'un État en matière de protection des droits de l'Homme commises à l'extérieur de son territoire engage la responsabilité internationale de celui-ci que dans des situations exceptionnelles¹⁰¹. Dans un second temps, puisqu'il s'agit

⁹⁸ Chantal Marie-Jeanne Bostock, « The International Legal Obligations Owed to the Asylum Seekers on the *MV Tampa* » (2002) 14 Int'l J. Refugee L. 279 à la p. 288. Voir aussi Lauterpacht et Bethlehem qui affirment que « [the] removal to a safe third country or some other solution such a temporary protection or refuge. No other analysis, in our view, is consistent with the terms of article 33(1) » dans Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « The Scope and Content of the Principle of *non-refoulement* : Opinion » dans Erika Feller, Volker Türk et Francis Nicholson, dir., *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 87 à la p. 113.

⁹⁹ Sur les incohérences et la fragmentation, tant au plan normatif qu'au plan des acteurs, du droit international applicable aux réfugiés interceptés en mer, voir le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, « Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea » (le 17 avril 2006), en ligne : H.C.R. <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/protect/opendoc.pdf?tbl=PROTECTION&id=3e5f35e94>>.

¹⁰⁰ Voir notamment Jean Allain, « The *jus cogens* nature of *non-refoulement* » (2001) 13 Int'l J. Refugee L. 533.

¹⁰¹ Gregor Noll, « The Exclusionary Construction of Human Rights in International Law and Political Theory » (novembre 2003) Institute for International Integration Studies Discussion Paper No. 10, en ligne : IIS Trinity College, The University of Dublin <<http://www.tcd.ie/iis/documents/discussion/pdfs/iisdsp10.pdf>> (page consultée le 22 septembre 2006) à la p. 8. Selon Noll, « Hence, norms of State responsibility, the territorial, jurisdictional as well personal delimitations of human rights treaties create white spots in the universe of human rights – spots where no meaningful legal responsibilities can be determined, and victims remain unprotected. At times, states consciously move persons to such white spots, or consider doing so, to decrease their legal obligations » (p. 8). Le professeur cite à l'appui de son affirmation la décision rendue par la *Cour européenne des droits de l'Homme* dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants* (2001) XII Cour Eur. D.H. (Sér. A). 335 aux para. 71 et 82. Cela est différent de la situation survenue dans le cas du *Rainbow Warrior* où la France engagea sa responsabilité internationale pour avoir coulé un navire de Greenpeace dans le port d'Auckland en Nouvelle-Zélande qui protestait contre les essais nucléaires français dans le Pacifique. Dans ce dernier cas, la France avait engagé sa responsabilité internationale pour avoir violé la souveraineté de la Nouvelle-Zélande, i.e. le droit d'un autre État. Sur cette dernière affaire, voir « Ruling Pertaining to the Differences between France and New Zealand Arising from the Rainbow Warrior Affair » (1987) 26 I.L.M. 1349.

d'un régime applicable aux États seulement¹⁰², quel(s) État(s) interviendra(ont) au profit des réfugiés interceptés en mer ? Certains auteurs demeurent tout de même optimiste quant à la portée effective du régime de la responsabilité étatique et entrevoient que « in cases of a breach of a peremptory norm injuring non-nationals, a declaratory judgment recording this, gained at the instigation of an interested state, could be useful in restoring international legality »¹⁰³. La mobilisation de l'opinion publique internationale est au fondement d'une telle approche¹⁰⁴. Néanmoins, cette approche solidaire ou communautaire fondée sur une action de la société internationale demeure somme toute hypothétique puisque le projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) développe une approche essentiellement bilatérale, et non solidaire, aux questions relatives à la responsabilité internationale.

En rapport avec l'article 33(1) de la *Convention de Genève*, la CDI a reconnu que la responsabilité internationale de l'État refoulant les réfugiés interceptés en mer est en effet susceptible d'être engagée indépendamment du lieu où le fait internationalement illicite est commis¹⁰⁵. Pour certains, l'Australie et les États-Unis ne peuvent pas invoquer une norme impérative de droit international telle la préservation de la souveraineté territoriale ou le respect de son intégrité territoriale pour justifier leur comportement respectif. En effet, il existe, pour certains, des situations où la souveraineté territoriale doit céder le pas face à des intérêts plus vitaux¹⁰⁶ dont le droit à la vie des passagers en péril¹⁰⁷. Néanmoins, malgré ces dispositions internationales relatives à la protection des droits de l'Homme, le droit positif reconnaît aussi aux États le droit d'exercer exclusivement la plénitude de ses compétences souveraines sur son territoire¹⁰⁸. L'Australie et les États-Unis ont donc le droit d'interdire à des individus

¹⁰² James Crawford, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : A Retrospect » (2002) 96:4 A.J.I.L. 874 à la p. 888. Voir la critique de cette perspective interétatique dans Edith Brown Weiss, « Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century » (2002) 96:4 A.J.I.L. 798 et ss.

¹⁰³ Iain Scobbie, « The Invocation of Responsibility for the Breach of "Obligations under Peremptory norms of General International Law" » (2001) 13: 5 E.J.I.L. 1201 à la p. 1220.

¹⁰⁴ Rosalyn Higgins, *Problems & Process : International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994 à la p. 107.

¹⁰⁵ *Projets d'articles sur la responsabilité internationale*, Doc. Off. AG NU, 56^e sess., Annexe, Doc. NU AG/RES/56/83 (2001) à l'art. 4 [*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*]; *Projet d'articles sur la responsabilité pour fait internationalement illicite et commentaire y relatif*, 53^e session dans *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), New York, NU, 2001. aux pp. 65 et s. en ligne : CDI <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf> aux pp. 87 et ss. [*Commentaire sur le projet d'articles*]; *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, [2001] C.I.J. rec. 466 au para. 81; Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983 à la p. 183.

¹⁰⁶ CIISE, *La responsabilité de protéger*, Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, 2001 aux pp. 15-16.

¹⁰⁷ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 à l'art. 3 [*DUDH*]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 à l'art. 6 (1) [*PIDCP*].

¹⁰⁸ *Affaire du Lotus*, supra note 44 à la p. 18; *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 4 à la p. 23 à la p. 43 [Opinion individuelle du juge Alvarez]; *Île de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas)* (1928), 2 R.S.A 829 à la p. 839 [*île de Palmas*]; *Affaire relative à l'utilisation des eaux du Lac Lanoux (France c. Espagne)* (1957), 12 R.S.A. 285 à la p. 310; Dominique Carreau, *Droit international*, 8^e éd., Paris, A. Pedone, 2004 à la p. 336; Louis Cavaré, *Le droit international public*

l'accès à leur territoire comme le reconnaît la *Convention de Montego Bay*¹⁰⁹. Par ailleurs, selon une autre perspective, ces deux États ne peuvent pas être tenus d'avoir manqué à leur obligation d'assistance en mer puisque les seuls intérêts en jeu, que ce soit dans l'*Affaire du Tampa* ou dans l'*Affaire Sale* était sans équivoque la vie des migrants¹¹⁰. Par ailleurs, la responsabilité des États-Unis et de l'Australie peut difficilement être invoquée au titre de la *Convention contre la torture*¹¹¹ ou du PIDCP, car les naufragés ont été traités avec dignité¹¹² puisqu'ils ont été logés, nourris et ont pu bénéficier de services sanitaires offerts par les gouvernements respectifs. Partant, il devient dès lors extrêmement difficile pour un État voulant engager la responsabilité de l'Australie ou les États-Unis au titre de la *Convention contre la torture*¹¹³.

Même s'il y avait une reconnaissance de la responsabilité pour un manquement à leurs obligations internationales de l'Australie et des États-Unis, la situation se compliquera nécessairement, car il faudra inclure dans le cas américain, Haïti, qui a accepté une telle situation par un échange de lettre datée de 1982, et dans le cas australien, l'Indonésie. En effet, Haïti et l'Indonésie, lieux de départ des migrants dans les cas étudiés, pourraient voir, eux aussi, leur responsabilité internationale être engagée pour ne pas avoir respecté leur obligation « de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité [...] »¹¹⁴. Les gouvernements haïtien et indonésien avaient la responsabilité de surveiller leur territoire avec diligence¹¹⁵, chose qui manifestement n'a pas été effectuée. Aussi, nous pouvons légitimement nous demander quel État invoquera la responsabilité internationale de l'Australie et des États-Unis dans les cas qui nous préoccupent et surtout, au profit de quel(s) État(s) devront-ils procéder à la réparation de leur fait internationalement illicite, le cas échéant¹¹⁶? Dans la mesure où nous pouvons considérer les demandeurs d'asile comme des apatrides *de facto*¹¹⁷, il devient quelque peu compliqué de les rattacher à un

positif, Tome I, 3^e éd., Paris, A. Pedone, 1967 à la p. 188; Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998 à la p. 59; Jean-François Guilhaudis, *Relations internationales contemporaines*, Paris, Litec, 2002 à la p. 59; Covey T. Olivier, « La compétence des États » dans Mohammed Bedjaoui, dir., *Droit international : Bilan et perspectives*, Tome I, Paris, A. Pedone, 1991, 323 à la p. 324; Charles Rousseau, *Droit international public : Les compétences*, Paris, Sirey, 1977 aux pp. 9-10.

¹⁰⁹ *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art. 25(1).

¹¹⁰ *PIDCP*, *supra* note 96 à l'art. 6 [*PIDCP*]; *Convention SOLAS*, *supra* note 48 au règlement 15 du Chapitre V; *Convention SAR*, *supra* note 58 à l'art. 2.1.10; *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art. 98 (1)(a).

¹¹¹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1987, R.T. Can. 1987 no 36 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) à l'art. 3.

¹¹² *PIDCP*, *supra* note 96 à l'art. 10 (1); James C. Hathaway, *supra* note 85 à la p. 435.

¹¹³ Sur ce point, voir l'analyse de David Weissbrodt et Isabel Hörtreiter, « The principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of other International Human Rights Treaties » (1999) 5 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 1 aux pp. 4-8.

¹¹⁴ *Île de Palmas*, *supra* note 97 à la p. 839.

¹¹⁵ *Affaire de la fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)* (1941), 3 R.S.A. 1905 à la p. 907.

¹¹⁶ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 94 à l'art. 31.

¹¹⁷ David Weissbrodt et Clay Collins, « The Human Rights of Stateless Persons », (2006) 28 *Hum. Rts. Q.* 245 à la p. 252. Selon Weissbrodt et Collins, « *De facto* statelessness can occur when governments withhold the usual benefits of citizenship, such as protection, and assistance, or when persons relinquish the services, benefits, and protection of their country ».

État afin que le régime de responsabilité internationale des États pour faits internationalement illicites puisse être mis en œuvre.

Invoquer la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a, en matière migratoire, une drôle de résonance. D'une certaine façon ce serait l'État d'origine du migrant, *i.e.* l'État qui lui nie ses droits, qui exigerait la réparation pour ledit fait. En matière de responsabilité internationale, l'ambiguïté voire les contradictions fondamentales entourant les règles applicables aux cas étudiés (souveraineté vs droits humains) plongent les migrants interceptés en mer dans une sorte de *no man's land* juridique. Cette situation appelle à terme à un renouvellement de la réflexion de l'approche positiviste en droit international où les droits de l'Homme sécularisés évoluent dans un monde parallèle au-dessus de la politique¹¹⁸.

2.2. Le droit applicable aux réfugiés interceptés en mer : vacuum juridique ou État d'exception ?

Les réfugiés interceptés en mer se trouvent dans une situation paradoxale. Ils sont les individus auxquels tous les régimes juridiques évoqués précédemment sont destinés ou à tout le moins, devraient s'appliquer. Or, il n'en est rien. Pour quelle(s) raison(s) ? Les demandeurs d'asile se trouvent dans une situation exceptionnelle où aucun État ne veut leur reconnaître le droit d'avoir des droits. Ils se trouvent dans une situation d'indistinction juridique, une zone d'anomie marquée du sceau de l'état d'exception. Ainsi, que cette situation d'exception pour le réfugié soit le fruit d'une action fondée dans le droit positif des gouvernements américains et australiens, *i.e.* fondée sur une mesure dérogatoire autorisant les gouvernements à suspendre ou à moduler l'application du droit dans certaines circonstances, ou que ce soit une reconnaissance pragmatique des limites matérielles de la sphère juridique internationale¹¹⁹, comme nous l'avons constaté avec la fragmentation des différents régimes juridiques applicables, les réfugiés interceptés en mer se trouvent dans une situation de vacuum juridique.

Relativement au premier élément, soit celui du pouvoir d'un État souverain de moduler l'application de certains droits, nous constatons que les États-Unis et l'Australie ont amplement usé de cette prérogative souveraine par leur intervention directe auprès des migrants. Relativement à la question de la fragmentation, nous avons constaté qu'il y a

¹¹⁸ Gregor Noll affirme à ce sujet que « What does it mean that human rights are “universal” and “inalienable”; how can they be beyond politics in a secular world? Indeed, I would argue, it is precisely the fact that many writings in human rights law omit these and related foundational questions that makes their arguments imprecise, and their work as that of their advocacy friends vulnerable. If it is correct that human rights have largely become a matter of “strategic research” or “applied research”, we should remind ourselves that the discipline of international human rights law has not done its homework on basic research ». Noll souligne que les deux approches en droit positif généralement reconnus pour l'étude des droits de l'homme se fondent sur une approche dite contractuelle ou constitutionnelle des droits ou sur une approche cosmopolitique ou universaliste. Dans le premier cas, les limites de son application sont celles reconnues à la compétence de l'État (territoriale, personnelle ou juridictionnelle). Dans le second cas, les limites à l'approche universaliste réside dans le fait que ce sont les États les sujets primaires du droit international et par définition, auteurs et destinataires du droit international. Voir Gregor Noll, *supra* note 90 à la p. 3 .

¹¹⁹ Stephen Humphreys, « Legalizing Lawlessness : On Giorgio's Agamben State of Exception » (2006) 17:3 E.J.I.L. 677 à la p. 678.

une convergence, un chevauchement et une disjonction entre les différents ordres normatifs en jeu, *i.e.* une situation de morcellement et de fragmentation normative et institutionnelle du droit international. Dans ce cas-ci, nous nous trouvons face à une situation où le droit international refuse le mouvement de la globalisation vers l'intégration. « The *new world disorder* is not the *anarchical society* of atomized states and inadequate cooperation, but the heterarchical proliferation of disparate international regional regimes, institutions and jurisdictions »¹²⁰. La prolifération et la multiplication de ces régimes de façon non coordonnée créent des interstices, des trous noirs juridiques, où les États peuvent intervenir et agir, ou encore, intercepter en mer des individus, *i.e.* à l'extérieur de leurs frontières, sans contrevenir à leurs obligations internationales. Selon Stern, ce type d'action doit être qualifiée d'application extraterritoriale directe où un « État prétend appréhender, à travers son ordre juridique des éléments en dehors de son territoire »¹²¹. Comme nous le constaterons, les actions posées par l'Australie et les États-Unis répondent uniquement au critère de forme énoncé par Stern, *i.e.* le caractère extraterritorial des actions de l'État souverain. Toutefois, en substance, les affaires *Sale* et *Tampa* ne constituent pas une application extraterritoriale directe du droit national. Au contraire, tant le droit de la mer que le droit d'asile se sont, dans ces deux cas, autolimités. Il a aussi été limité par l'État souverain par son refus de « décider », *i.e.* de lier ses différents régimes juridiques et de combler les interstices entre les différents régimes normatifs. Par exemple, l'assistance de l'État côtier à un navire en détresse n'engage pas l'État à accorder un droit de débarquer aux passagers et membres d'équipage du navire, bloquant ainsi toute possibilité de demande de reconnaissance de statut de réfugié. Dans ce cas-ci, le pouvoir discrétionnaire de décision de l'État, notamment l'Australie et les États-Unis, aurait pu être exercé de telle façon qu'il aurait créé une passerelle normative entre les différents ordres juridiques afin que le devoir d'assistance engendre un droit de débarquer qui, à son tour, engendrerait un droit de déposer une demande de statut de réfugié. Or, le droit international s'est autolimité et les États souverains ont cristallisé cette situation. Pourquoi y a-t-il un vide juridique de ce type pour les réfugiés interceptés en mer ?

*Dans des conditions aussi extrêmes, la question de l'application de la loi du pavillon et de l'applicabilité des [sic] certaines règles de droit international devient malheureusement un jeu intellectuel presque pervers [...] La situation de ces navires et surtout celle de leurs passagers apparaît comme une zone de non-droit, non pas par construction car il est parfaitement possible d'identifier les règles applicables, mais dans la réalité des faits*¹²².

Il y a là un paradoxe inextricable entre l'universalisme déclaré des droits de l'Homme et le besoin d'être localisé, *i.e.* de faire partie d'une communauté, pour être destinataire de ces droits. En somme, les droits de l'Homme sont fondés sur l'idée de contrat social. Si un individu se trouve à l'extérieur de ce contrat, comme c'est le cas des réfugiés par

¹²⁰ Vik Kanwar, « International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System » (2004) 12:1 Critical Sense 41 aux pp. 43-44.

¹²¹ Brigitte Stern, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale » (1986) 3 R.Q.D.I. 49 à la p. 60.

¹²² Geneviève Bastid-Burdeau, « Migrations clandestines et droit de la mer » dans Vincent Coussirat-Coustère, Yves Daudet, Pierre-Marie Dupuy et al., dir., *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, A. Pedone, 2003, 57 à la p. 63.

définition¹²³, il est du même coup exclu de la sphère des droits de l'Homme¹²⁴. Il se trouve en situation d'exception, situation décidée, dans les situations qui nous préoccupent, par des États souverains. Dans le cas de l'Australie et des États-Unis, les deux États souverains ont agi en marge, non pas en contravention, du droit national et international, *i.e.* dans une situation d'état d'exception. L'état d'exception n'est pas entendu au sens de la responsabilité internationale de l'État, *i.e.* une « cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non-conforme à l'une de ses obligations internationales »¹²⁵. Il est plutôt entendu au sens où l'entend le juriste allemand Carl Schmitt : « est souverain celui qui décide sur la situation exceptionnelle »¹²⁶ ou en d'autres termes, est souverain celui qui décide sur l'intérieur et l'extérieur du droit. Le régime juridique s'appliquant aux réfugiés interceptés en mer, dans les cas américains et australiens, repose sur des décisions et non sur des normes¹²⁷. En effet, en agissant à l'extérieur de tout système normatif, l'État souverain fonde son action, non plus sur la norme, mais sur la décision. Ainsi, les limitations territoriales aux droits de l'Homme sont la prémisse pour la mise en œuvre d'un processus de négation ou de confinement des droits de l'Homme à la situation extraordinaire¹²⁸. Comme le souligne Mary Crock, « once again, the picture that emerges is one of political considerations overriding any pure application of the rule of law »¹²⁹.

Ce pouvoir de décision est par ailleurs enveloppé dans une rhétorique de sécurisation¹³⁰. En manipulant l'imaginaire collectif de la population par l'emploi de métaphores négatives pour décrire les migrants maritimes¹³¹, les gouvernements australien et américain ont créé une situation d'exception *de facto* pour ces migrants. Cette rhétorique est un élément constitutif de l'exception. En effet, « it is through the contrast with the political identities of other states and the constant threat of conflict with them that the internal identity of any particular group is preserved »¹³². L'exception devient

¹²³ Sur ce point, voir Giorgio Agamben, « We Refugees », en ligne : The European Graduate School <<http://www.egs.edu/faculty/agamben/agamben-we-refugees.html>> (page consultée le 22 septembre 2006).

¹²⁴ Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997 à la p. 137 [*Homo Sacer*].

¹²⁵ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 94 à l'art. 25; « Commentaires au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » (Doc. NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international* 2001, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2001 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1) à la p. 208; Roman Boed, « State of Necessity as a Justification for Internationally Wrong Conduct » (2000) 3:1 Yale Human Rts & Dev. L.J. 1 à la p. 14.

¹²⁶ Carl Schmitt, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988 à la p. 15.

¹²⁷ *Ibid.* p. 20.

¹²⁸ Prem Kumar Rajaram et Carl Grundy-Warr, « The Irregular Migrant as Homo Sacer : Migration and Detention in Australia, Malaysia, and Thailand » (2004) 42:1 International Migration 33 à la p. 34.

¹²⁹ Mary Crock, supra note 27 aux pp. 52-53.

¹³⁰ Richard Wazana, « Fear and Loathing Down Under : Australian Refugee Policy and National Imagination » (2004) 22:1 Refuge 83 à la p. 86.

¹³¹ Michael Pugh, supra note 11 aux pp. 52-55.

¹³² David Dyzenhaus, « The State of Emergency in Legal Theory » dans Kent Roach, Victor V. Ramraj et Michael Hor, *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 65 à la p. 77.

donc un outil de préservation pour l'État souverain¹³³. L'exception fondée sur un paradigme sécuritaire devient ainsi une technique de la gouvernementalité¹³⁴. Cette dichotomie entre l'inclus – le citoyen – et l'exclu du contrat social – le réfugié – se fait par le souverain, *i.e.* l'État. Celui-ci identifie les individus ou selon Agamben, les formes de vie, qui assurent sa survie. Ceux-ci constituent les inclus et sont protégés par le souverain. Les individus constituant une menace pour la juridiction du souverain sur un territoire en sont exclus conceptuellement et physiquement¹³⁵. Exclus, ils se trouvent à l'extérieur de la normativité qui demeure la prérogative du souverain¹³⁶.

L'objectif de cette démarche est d'essayer de comprendre la logique de la souveraineté de l'État et des lieux où le droit souverain décide lui-même de ne plus trouver application dans une situation donnée. Et la situation du réfugié, *i.e.* de l'exclu, dans cette perspective, ne doit pas être perçue comme une anomalie du système, mais bien le produit logique de l'exercice des prérogatives du souverain¹³⁷. L'intérêt d'une telle analyse repose essentiellement sur le fait que cette exception jette une lumière trouble sur la généralité¹³⁸ du comportement des États. En effet, le réfugié vient ébranler les fondements même de la souveraineté, *i.e.* la disciplinarisation ou l'ordonnement d'individus hétérogènes. Le réfugié dans cette perspective a deux impacts sur la souveraineté¹³⁹. Il met en exergue le confinement auquel sont réduits les citoyens sous le règne d'un souverain. Et paradoxalement, l'existence de ce réfugié, cet individu non-gouverné par le droit ou non-disciplinarisé par le souverain permet à ce dernier de définir les limites extrêmes de son pouvoir, *i.e.* la frontière du droit ou autrement dit, de différencier les parties membres du contrat social du réfugié. Ainsi, celui-ci constitue une sorte de concept limite de la souveraineté. « The whole of political system based around the sovereign depends, on the one hand, on the exclusion of crisis from the political realm, and, on the other, in the ever present *threat* of crisis lurking just outside the constitutional order »¹⁴⁰. Le discours sécuritaire devient donc un outil du souverain lui permettant de déterminer les limites de sa puissance.

Australiens et Américains, en invoquant le spectre de l'immigration massive et de l'insécurité, se sont trouvés dans une situation où ils pouvaient agir dans l'exception par rapport aux normes. En effet, comme nous l'avons constaté, tant en droit de la mer¹⁴¹ qu'en vertu de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁴², l'État peut invoquer des questions de sécurité pour ne pas remplir ses obligations internationales. Ce contrôle fut

¹³³ Vik Kanwar, *supra* note 108 à la p. 50.

¹³⁴ Giorgio Agamben, *État d'exception : Homo Sacer, II, 1*, Paris, Seuil, 2003 à la p. 29.

¹³⁵ À ce sujet, Mbembe affirme que « that the ultimate expression of sovereignty resides, to a large degree, in the power and the capacity to dictate who may live and who must die » dans Achille Mbembe, « Necropolitics », (2003) 15:1 Public Culture 1.

¹³⁶ Prem Kumar Rajaram et Carl Grundy-Warr, *supra* note 116 à la p. 34.

¹³⁷ *Ibid.* à la p. 36.

¹³⁸ Carl Schmitt, *supra* note 114 à la p. 25.

¹³⁹ Prem Kumar Rajaram et Carl Grundy-Warr, *supra* note 116 à la p. 36.

¹⁴⁰ Tim Fiske, « After the Rule of Law : The State and the State of Exception in an Age of Globalization » (2004) 12:1 Critical Sense 11 à la p. 29.

¹⁴¹ *Convention de Montego Bay*, *supra* note 29 à l'art.

¹⁴² *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 16 à l'art. 33(2)

exercé tant chez les Américains¹⁴³ que chez les Australiens par les forces militaires nationales. Une norme prévoit certaines circonstances où elle peut se suspendre elle-même. « La norme s'applique à l'exception en se désappiquant à elle, en s'en retirant »¹⁴⁴. Le réfugié est en quelque sorte abandonné par le droit sur décision du souverain.

Le statut des interceptés en mer et globalement, du réfugié, n'est pas un statut un juridique, mais un statut politique¹⁴⁵. « Refugees thus represent the contemporary political identity crisis. In their homelessness as statelessness they are the often unwitting representatives of a cosmopolitan alternative to the idea of homeland »¹⁴⁶. Dans la perspective d'Agamben, ce statut provient essentiellement du fait qu'en stressant la frontière du souverain, *i.e.* la frontière entre le droit et le non-droit, l'État souverain a pris une décision, a posé une action politique repoussant le réfugié à l'extérieur de la sphère juridique. Comme le souligne Frelick, la reconnaissance du statut de réfugié repose avant tout sur un pouvoir décisionnel du souverain de qualifier juridiquement les faits et dans le cas qui nous concerne, de reconnaître le statut de réfugié aux individus interceptés en mer. « The States drafting the Refugee Convention seemed intent on reserving what they viewed as a sovereign right to decide who should be granted asylum »¹⁴⁷. Cet état de fait est aussi constaté dans la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* de 1948 qui reconnaît le droit de sortir et de circuler des individus, mais pas celui d'entrer sur le territoire d'un État¹⁴⁸.

Conclusion

Ce renforcement de la prééminence de la souveraineté et de la territorialité par l'État ainsi que les problèmes de fragmentation du droit international évoqués précédemment en droit de la mer, en matière d'immigration ne sont pas sans affecter le fondement même du « statut de réfugié ». Le droit international se trouve face à un dilemme où les normes dites des droits de l'Homme entrent en conflit avec la souveraineté des États. Les réfugiés, tout comme le droit des droits de l'homme, se trouvent désormais en

¹⁴³ Voir notamment U.S. Navy, U.S. Marine Corps et U.S. Coast Guard, « The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations » (8 mars 2006), au para. 3.4, en ligne : Naval War College <<http://www.nwc.navy.mil/ILD/NWP%201-14M.htm>>. Ce document stipule que les navires militaires américains peuvent intercepter les navires qu'ils jugent « suspects » et les aborder afin de vérifier les documents du navire.

¹⁴⁴ Agamben, *Homo Sacer*, *supra* note 112 à la p. 25.

¹⁴⁵ Nicholas Xenos, « Refugees : The Modern Political Condition » (1993) 18 *Alternatives* 419 à la p. 419. De son côté, Martti Koskenniemi affirme que « rights do not exist as such – “fact-like” – outside the structures of political deliberation. They are not limit but an effect of politics » dans Martti Koskenniemi, « Human Rights, Politics, and Love » (2002) 13 *Finnish Yearbook of International Law* 79 à la p. 86.

¹⁴⁶ *Ibid.* au pp. 427-428.

¹⁴⁷ Bill Frelick, « Haitian Boat Interdiction and Return: First Asylum and First Principles of Refugee Protection » (1993) 26 *Cornell Int'l L. J.* 675 à la p. 676. « According to Louis Henkin, who served as the United States Representative to the Committee responsible for drafting the 1951 Convention, the drafters understood article 33 [non-refoulement] to mean that a state would not be compelled to grant asylum to any refugee » dans Suzanne Gluck, « Intercepting refugees at Sea : An Analysis of the United States' Legal and Moral Obligations » (1992-1993) 61 *Fordham L. Rev.* 865 à la p. 884.

¹⁴⁸ DUDH, *supra* note 96 à l'article 14(1).

orbite autour de la souveraineté à la recherche d'un territoire où sécuriser la reconnaissance d'un statut juridique¹⁴⁹. Pour Goodwin-Gill, la réponse à cette problématique demeure l'État.

The Tampa incident is a reminder that the refugee regime is not a seamless web, even if certain core and often competing principles retain their normative power. The gray areas themselves often reflect competing rights and a clash of interests which must be worked out in the light of the international legal principle of good faith, as well as cooperatively¹⁵⁰.

Que faire dans un contexte au sein duquel les politiques d'interception développées par les États ont un réel impact sur le flux migratoire¹⁵¹, où les États sont prêts à dépenser des sommes faramineuses pour assurer la « sécurité nationale »¹⁵² et les gouvernements se font réélire en brandissant l'épouvantail xénophobe¹⁵³? En fait, pour certains, la pratique australienne dans l'affaire du *Tampa* n'a pas eu que des effets néfastes sur la situation des réfugiés et des droits de l'Homme. Elle a eu aussi des effets positifs contrairement à la croyance populaire¹⁵⁴. Ainsi, 1) la pratique australienne et la « Pacific Solution » ont bénéficié économiquement à Nauru ainsi qu'aux réfugiés puisque ces derniers ne voient pas leur vie menacée, malgré leur relocalisation; 2) la pratique australienne fut acceptée par une grande partie de la population du pays, le gouvernement du premier-ministre sortant Howard ayant fait de cette question un enjeu de sa réélection; 3) les actions du gouvernement australien ont réduit les incitatifs pour les migrants économiques à réclamer le statut de réfugié auprès de l'Australie; 4) cela a eu des impacts positifs dans la bataille contre le trafic de migrants et enfin, 5) la pratique australienne a eu des répercussions positives au plan de la coopération entre États en favorisant un partage des coûts politiques, économiques et sociaux entre ces derniers afin de gérer les flux migratoires. La « Pacific Solution » ainsi que la solution américaine dans l'affaire *Sale* sont représentatives de ces avancées, mais aussi, des failles du droit international, au sens propre et figuré, et surtout, de la fragilité ainsi que du caractère parfois évanescent du discours sur les droits de l'Homme.

¹⁴⁹ Penelope Mathew, *supra* note 25 à la p. 666.

¹⁵⁰ Guy S. Goodwin-Gill, « Refugees and Responsibility in the Twenty-First Century : More Lessons Learned from the South Pacific » (2003) 12 Pac. Rim. L. & Pol'y J. 23 à la p. 34.

¹⁵¹ Dans le cas américain, « In the ten years since the *Sale* decision, the United States' increasingly restrictive interdiction policy has undoubtedly reduced refugee claims made by Haitians and other refugees who may have warranted consideration and protection under United States refugee law » dans Lory Diana Rosenberg, « The Courts and Interception : The United States' Interdiction Experience and its Impact on Refugees and Asylum Seekers » (2003) 17 Geo. Immig. L.J. 199 à la p.203.

¹⁵² Par exemple, sur 4 ans, l'Australie dépensera près de 400 000 \$ (AUD) pour chacun des quelque 4000 migrants qui arrivera par la mer en Australie. À ce sujet, voir Mary Crock, *supra* note 26 à la p. 87.

¹⁵³ Dans l'affaire du *MV Tampa*, le Premier-Ministre John Howard, alors en campagne électorale, a joué la carte de la xénophobie auprès de l'électorat et fait de l'affaire du *Tampa* un enjeu électoral et un enjeu sécuritaire pour l'Australie. Il a ainsi pu justifier la conduite de son gouvernement dans cette affaire. Le Premier-Ministre Howard a néanmoins reconnu, en décembre 2001, « that the policy to push asylum seeker's boats back to sea was "completely inhuman" » cité dans Cecilia Bailliet, « The *Tampa* Case and its Impact on Burden Sharing at Sea » (2003) 25 Hum. Rts. Q. 741 à la p. 747.

¹⁵⁴ William Kirtley, « The Tampa Incident : The Legality of Ruddock v. Vardalis under International Law and the Implications of Australia's New Asylum Policy » (2002) 41 Colum. J. Transnat'l L. 251 à la p. 252.