

# LIEUX SÛRS EN MEDITERRANÉE

**La politique de l'UE en matière  
d'externalisation de la responsabilité**

*Brève présentation de l'étude pour le contexte tunisien*

■■ HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
TUNISIE

Français | English

## MENTIONS LÉGALES

Publié par la fondation Heinrich Böll Tunisie

Auteurs: Dr Anuscheh Farahat & Dr Nora Markard

Titre: Lieux sûrs en Méditerranée : la politique de l'UE en matière d'externalisation de la responsabilité

Conception graphique: Khouloud Benzarti

Cette œuvre est mise à disposition sous licence Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International. Pour voir une copie de cette licence, visitez <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



Cette publication ne représente pas nécessairement l'opinion de la fondation Heinrich Böll-Tunisie.

 HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
TUNISIE

Pour cette publication, veuillez s'il vous plaît vous référer à

A. 05 Rue Jamel Abdenasseur - App 4-2 1000 Tunis - Tunisia

P. +216 21 447 142 T. +216 71 322 345

E. [tn.tn-info@tn.boell.org](mailto:tn.tn-info@tn.boell.org) W. [tn.boell.org](http://tn.boell.org)

Les caractéristiques techniques à savoir:

Format:

Nombre de pages: 37

1ère édition, Juillet 2020

# LIEUX SÛRS EN MEDITERRANÉE

**La politique de l'UE en matière  
d'externalisation de la responsabilité**

*Brève présentation de l'étude pour le contexte tunisien*

 HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
TUNISIE

Français | English

Juillet 2020  
Tunis

**Clause de non-responsabilité :**

*Voici un bref résumé de l'étude "Lieux sûrs en Méditerranée : la politique de l'UE en matière d'externalisation de la responsabilité", publiée par la Fondation Heinrich-Boell à Bruxelles en février 2020. L'objectif de cette synthèse est de fournir aux parties prenantes les informations essentielles pour le contexte tunisien. Il peut servir de point de départ à une discussion plus large sur les impacts des politiques migratoires européennes sur la Tunisie, et en particulier la politique de l'UE d'externalisation de la responsabilité des migrants secourus en mer vers la Tunisie et ses voisins. Au-delà de ce résumé en français, nous fournissons une version anglaise. Ce résumé ne prétend pas être exhaustif et nous recommandons l'étude complète pour une analyse juridique approfondie. N'hésitez pas à prendre contact avec notre personnel pour toute demande ou commentaire.*

**Disclaimer:**

*This is a brief summary of the study "Places of Safety in the Mediterranean: The EU's policy of Outsourcing Responsibility", published by the Heinrich-Boell-Foundation in Brussels in February 2020. The purpose of this recap is to provide stakeholders with the most essential information for the Tunisian context. It can serve as a starting point for a broader discussion on the impacts of European migration policies on Tunisia, and in particular the EU's policy of outsourcing responsibility for migrants rescued at sea to Tunisia and its neighbours. Beyond this English summary, we will provide a French version. This summary does not claim to be exhaustive and we recommend the full study for a comprehensive legal analysis. Please do not hesitate to get in contact with our staff for requests or comments.*

# Sommaire | Content

Liste des Abréviations / List of Abbreviations	5
<b>Version Française</b>	<b>7</b>
Résumé	8
I. Qu'est-ce qu'un "lieu sûr" et pourquoi est-ce important ?	9
II. La Tunisie est-elle un "lieu sûr"?	11
III. Les navires privés peuvent-ils débarquer les migrants et les réfugiés interceptés dans les États d'Afrique du Nord ?	14
IV. Les États membres européens peuvent-ils être tenus pour responsables des actions privées ?	16
V. La responsabilité de coordination peut-elle être transférée aux mandataires?	18
Courte Biographie des auteures	21
<b>English Version</b>	<b>23</b>
Abstract	24
I. What is a "Place of Safety" and why does it matter?	25
II. Is Tunisia a "place of safety"?	27
III. Can private vessels disembark intercepted migrants and refugees in North African States?	29
IV. Can European Member States be held responsible for private actions?	31
V. Can coordination responsibility be shifted to proxies?	33
Short Biographies of the authors	35



# Liste des abréviations

## List of abbreviations

Abréviation Abbreviation	En Français	In English
ASR	Articles sur la responsabilité de l'état	Articles on the state responsibility
CEDH/ ECHR	Convention Européenne des droits de l'Homme	European convention on Human rights
ECCHR	Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme	European Center for Constitutional and Human Rights
EUTF	Fond fiduciaire d'urgence de l'union Européenne pour l'Afrique	European union emergency trust fund for Africa
FRONTEX	Agence Européenne de garde -frontières et de garde-côtes	European border and coast guard agency
HCR / UNHCR	Agence des nations unis pour les réfugiés	United nations high commissioner for refugees
JRCC	Centre conjoint de coordination des opérations de sauvetage	Joint rescue cooperation center
LGBTI	Lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres, intersexes	Lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex
MRCC	Centre de coordination de secours maritime	Maritime rescue coordination center
ONG	Organisation non gouvernementale	Non-governmental organization
UE	Union Européenne	European Union



# LIEUX SÛRS EN MEDITERRANÉE

**La politique de l'UE en matière  
d'externalisation de la responsabilité**

*Brève présentation de l'étude pour le contexte tunisien*

Version Française

# Résumé

L'étude évalue si le débarquement de migrants et de réfugiés dans les pays de l'Afrique du Nord par des navires d'État de l'UE ou des navires de sauvetage privés d'ONG est conforme aux obligations internationales et au droit européen. Selon le droit international de la mer, les personnes secourues en mer doivent être amenées dans un "lieu sûr". Un tel "lieu sûr" doit être un endroit où la vie et la sécurité des survivants ne sont pas menacées, où leurs besoins fondamentaux sont couverts et où ils sont à l'abri des persécutions et du refoulement en chaîne. L'étude constate que la Tunisie ne peut généralement pas être considérée comme un "lieu sûr" pour les migrants et les réfugiés, et certainement pas pour des groupes vulnérables spécifiques. Par conséquent, les navires ne peuvent pas être obligés de débarquer les migrants et réfugiés sauvés en Tunisie et peuvent refuser les ordres des centres de coordination du sauvetage maritime (MRCC) européens.

Ce bref résumé se penchera sur les raisons invoquées dans l'étude pour ne pas considérer la Tunisie comme un "lieu sûr". Il reflétera en outre certaines des principales définitions juridiques et certains des principaux arguments fournis par les auteurs.

L'analyse juridique de l'étude peut réaffirmer la position des ONG et des défenseurs des droits de l'homme tunisiens contre les politiques de l'UE en matière de migration et de réfugiés. En outre, les arguments de l'étude peuvent être utilisés pour convaincre les États membres de l'UE et la Commission européenne que leur idée d'établir des "plateformes régionales de débarquement" en Tunisie est mal conçue.

# I

## Qu'est-ce qu'un "lieu sûr" et pourquoi est-ce important ?

Le droit international de la mer exige qu'une assistance soit apportée aux navires en détresse, obligeant les navires de passage à les aider et à leur porter secours. Les navires sont considérés en détresse s'ils ne sont pas en état de navigabilité en raison d'une surcharge ou d'un manque d'approvisionnement, de sorte que les passagers ne peuvent pas atteindre un "lieu sûr" sans assistance. C'est le cas de nombreux bateaux de réfugiés, qui sont souvent de simples canots pneumatiques ou des bateaux en caoutchouc et qui transportent plus de passagers que ce qui est autorisé. Le navire d'assistance est légalement tenu de prendre en charge les passagers d'un navire en détresse et de les conduire à un "lieu sûr". Mais qu'est-ce que cela implique réellement, la notion de "lieu sûr" ? Selon les lignes directrices de 2004 sur le traitement des personnes secourues en mer adoptées par l'Organisation Maritime Internationale, la notion de "lieu sûr" désigne un lieu qui se caractérise par un certain nombre de facteurs :

- il doit être un lieu où la vie et la sécurité des survivants ne sont pas menacées,
- où leurs besoins humains fondamentaux (tels que des vivres, un abri et des soins médicaux) peuvent être satisfaits),
- où ils sont à l'abri des persécutions, ce qui inclut la sécurité contre le refoulement en chaîne,
- et d'où les survivants peuvent partir vers leur prochaine destination ou leur destination finale; cela signifie également

que des solutions durables ne doivent pas nécessairement être trouvées dans le pays de débarquement.

Les principes de ces lignes directrices sont confirmés dans un règlement de l'UE relatif aux opérations de Frontex en mer. L'article 4, paragraphes 2 et 1, du règlement relatif aux frontières maritimes extérieures stipule que :

“Les personnes interceptées ou secourues ne sont pas débarquées, forcées à entrer, conduites dans un pays tiers ou autrement remises aux autorités d'un pays tiers, lorsque l'État membre d'accueil ou les États membres participants savent ou sont censés savoir que ce pays tiers se livre à des pratiques” telles que, entre autres, la peine de mort, la torture, la persécution ou d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ou le refoulement en chaîne.

L'accent particulier mis sur la notion de “lieu sûr” est important car il fournit aux capitaines de navire des indications claires sur le lieu de débarquement des passagers secourus, conformément au droit international. Après tout, il est du devoir du capitaine de s'assurer que les survivants ne sont pas débarqués dans un endroit où leur sécurité serait davantage compromise.

## II

# La Tunisie est-elle un “lieu sûr”?

L'étude conclut que la Tunisie ne peut généralement pas être considérée comme un “lieu sûr” en vertu du droit de la mer. Malgré les progrès significatifs réalisés par l'inclusion du droit d'asile et du principe de non-refoulement dans la constitution tunisienne, on ne peut toujours pas dire que les demandeurs d'asile en Tunisie sont efficacement protégés ; cela est particulièrement vrai pour certains groupes vulnérables. Aux yeux des auteurs, les conclusions suivantes, tirées de différents rapports sur les droits de l'homme, motivent cette évaluation :

- Les droits civils ne sont pas encore suffisamment garantis en Tunisie. Des personnes sont poursuivies et arrêtées pour l'expression de leurs opinions sur la base de formulations juridiques vagues et de lois sur la “moralité” (sanction des expressions portant atteinte à la “moralité publique” et à la “décence publique”). Les autorités continuent d'imposer arbitrairement des mesures d'urgence fondées sur l'apparence et les pratiques religieuses qui se traduisent par des interdictions de voyager et de se réunir. Les avocats spécialisés dans les droits de l'homme signalent encore fréquemment des cas de mauvais traitements et de torture lors de l'arrestation et de la détention avant inculpation.
- La Tunisie ne dispose pas d'un véritable système d'asile, car la loi nationale sur l'asile est toujours en suspens.

Il en résulte d'importantes lacunes dans la détermination du statut de réfugié et de nombreux réfugiés se retrouvent sans protection ; les réfugiés reconnus par l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) n'ont pas accès à des documents de séjour. En outre, le refoulement en chaîne des migrants et des demandeurs d'asile ne peut être exclu. Les migrants en situation irrégulière susceptibles d'avoir besoin d'une protection internationale sont arrêtés arbitrairement, sans cadre juridique pour leur détention. Selon le HCR, les migrants sont emprisonnés jusqu'à un an sans connaître les charges retenues contre eux ni avoir accès à un avocat. La torture et les mauvais traitements en détention et lors de l'arrestation sont signalés à plusieurs reprises et ne sont pas limités à un groupe particulier de détenus.

- Les relations sexuelles consensuelles entre personnes du même sexe sont toujours criminalisées en Tunisie. Les autorités poursuivent les personnes LGBTI en vertu de l'article 230 du code pénal, avec des peines pouvant aller jusqu'à trois ans de prison. Les hommes présumés homosexuels sont soumis à des examens anaux forcés, parfois afin de "prouver" leur homosexualité, pratiques qui sont internationalement condamnées comme étant de la torture.
- Les personnes transgenres ne sont pas reconnues et sont victimes de harcèlement policier en vertu de la loi sur les "bonnes mœurs".

Les réfugiés qui appartiennent à ces groupes particulièrement vulnérables ne peuvent donc pas s'attendre à ce que leurs droits soient respectés en Tunisie.

Dans ce contexte, l'étude conclut qu'il est pour le moins douteux que la Tunisie puisse être considérée comme un "lieu sûr". Bien que la Tunisie ne puisse pas être comparée à la situation en Libye, qui ne peut manifestement pas être considérée comme un "lieu sûr", la détention et la torture sont également très préoccupantes en Tunisie. Au moins pour les personnes appartenant à des groupes particulièrement vulnérables, en particulier les LGBTI, la Tunisie ne peut en aucun cas être classée comme un "lieu sûr", car elles sont souvent exposées à de graves discriminations et mauvais traitements.

L'évaluation de la sécurité peut varier selon les groupes, mais le dépistage des besoins de protection individuels à bord d'un navire privé n'est guère réalisable. Le capitaine du navire doit donc évaluer, au cas par cas, si un "lieu sûr" désigné peut effectivement être considéré comme sûr pour tous les sauvetages à bord, en gardant à l'esprit qu'au moins certains d'entre eux peuvent être particulièrement vulnérables.

### III

## Les navires privés peuvent-ils débarquer les migrants et les réfugiés interceptés dans les États d’Afrique du Nord ?

Au cours des dernières années, les institutions de l’UE et les États membres de l’UE ont montré une réticence croissante à s’engager dans des missions de recherche et de sauvetage. Finalement, en 2018, l’UE a complètement cessé ses activités de sauvetage en Méditerranée et les ONG sont intervenues et ont assumé la responsabilité de sauver des vies. Depuis lors, les navires privés affrétés par des ONG ou des philanthropes font l’objet de pressions politiques croissantes de la part des États membres européens pour qu’ils ne débarquent pas les sauveteurs dans leurs ports. Le cas des sauvetages sur l’Alan Kurdi, dont le débarquement en Italie a été refusé en raison de la fermeture du port à cause du Covid-19 (ils ont finalement été autorisés à se mettre en quarantaine sur un navire à passagers italien), n’est que le dernier point bas d’une série de cas. Les États membres de l’UE demandent aussi activement aux capitaines de navires de débarquer dans des endroits peu sûrs; tout récemment, Malte a ordonné à un bateau de pêche privé d’intercepter des migrants en détresse et de les ramener en Libye. La question se pose donc de savoir si des navires privés peuvent être ordonnés ou légalement obligés de débarquer des migrants et des réfugiés secourus dans des États d’Afrique du Nord qui ne

sont pas sûrs pour les migrants et les réfugiés. Peuvent-ils refuser de suivre un tel ordre donné par un centre de coordination des sauvetages maritimes (MRCC) sans enfreindre la loi?

Le droit international de la mer est principalement contraignant pour les États. Un capitaine de navire sera donc généralement obligé par le droit national de débarquer les sauveteurs dans un “lieu sûr”, mais aussi de suivre les instructions d’un MRCC chargé de coordonner l’opération de sauvetage. Par conséquent, les capitaines de navire sont confrontés à des obligations (potentiellement) contradictoires. Cependant, le droit international reconnaît une certaine indépendance aux capitaines de navire privés lors des missions de sauvetage. Et surtout, l’obligation de se conformer aux instructions du MRCC est destinée à servir l’objectif de la recherche et du sauvetage - y compris le débarquement dans un “lieu sûr” - et non à le compromettre. L’obligation de se conformer aux instructions doit donc être lue à la lumière de l’obligation de sauvetage.

En résumé, les capitaines de navires privés peuvent donc faire valoir qu’ils ne peuvent pas être obligés de livrer une personne à un endroit considéré comme dangereux pour au moins une partie des personnes sauvées à bord en raison de graves violations des droits de l’homme et du non-respect du principe de non refoulement. Ils peuvent donc refuser de suivre un ordre du MRCC en invoquant leur obligation première de sauvetage.

# IV

## Les États membres européens peuvent-ils être tenus pour responsables des actions privées ?

Le droit international s'adresse principalement aux États en tant que sujets de ces conventions. Bien que le droit international puisse également imposer des obligations aux acteurs privés (par exemple, les entreprises ou les parties non étatiques à un conflit armé), seul l'État est directement lié par le droit international. Cela soulève la question de savoir si les États peuvent être tenus légalement responsables des actions d'un navire privé qui débarque, par exemple, des réfugiés dans un lieu qui n'est pas sûr.

Les règles coutumières du droit international en la matière sont énoncées dans les Articles sur la Responsabilité de l'État (ASR). Selon l'art. 8 ASR, les États peuvent être tenus responsables des actions privées si la personne privée a agi sur les instructions de l'État. Cela n'exige pas qu'une personne privée soit intégrée à la structure officielle de l'État, et il n'importe pas non plus "que son comportement implique une 'activité gouvernementale' ". Par conséquent, si un MRCC en tant qu'autorité de l'État donne l'instruction au capitaine d'un navire privé d'amener les secours dans un lieu qui n'est pas sûr, ce débarquement peut être attribué à l'État, qui est donc responsable d'une violation du principe de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et/ou de la

Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ainsi que des obligations découlant du droit de la mer.

Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a donc demandé aux États de “s’abstenir de donner, directement ou indirectement, pour consigne aux capitaines de navire de débarquer des personnes secourues dans un pays qui ne peut être considéré comme un “lieu sûr”. En conclusion, les États membres de l'UE qui obligent le capitaine d'un navire privé à débarquer des personnes dans le “lieu sûr” désigné en dépit de doutes sérieux et fondés concernant la sécurité de ce lieu peuvent être tenus pour responsables en vertu du droit international.

## V

# La responsabilité de coordination peut-elle être transférée aux mandataires?

En Libye, un centre conjoint de coordination des opérations de sauvetage (JRCC) est fortement soutenu financièrement par la Commission européenne par l'intermédiaire du Fonds Fudiciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique (EUTF) et reçoit régulièrement des informations sur les navires en détresse, qui sont ensuite secourus par les garde-côtes libyens. Les garde-côtes libyens font donc le travail que l'UE n'est plus disposée à faire, en transférant la responsabilité de la coordination des missions de recherche et de sauvetage à des pays tiers.

L'implication des garde-côtes libyens ou d'autres États d'Afrique du Nord dans les missions de recherche et de sauvetage a pour conséquence que les migrants et les réfugiés sont ramenés dans des pays qui ne remplissent pas les critères des "lieux sûrs". Cela soulève la question de savoir si les États membres de l'UE enfreignent le droit international en transférant leurs obligations de recherche et de sauvetage vers ces pays. À titre d'exemple, le MRCC italien est-il légalement autorisé à faire appel aux garde-côtes libyens pour une mission de recherche et de sauvetage ou une telle coopération violerait-elle le droit international ?

Étant donné l'implication étroite de l'Italie dans le système libyen, d'un point de vue juridique, on peut soutenir qu'il s'agit d'un cas de "complicité" (art. 16 ASR). Un État est complice de la commission d'un fait internationalement illicite s'il (i) a fourni une aide ou une assistance en connaissance de cause et si (ii) l'acte serait internationalement illicite s'il était commis directement par cet État. Ces conditions sont remplies : Le débarquement en Libye constituerait également une violation du droit international s'il était commis par l'Italie, l'Italie a pleinement connaissance des circonstances, et en fournissant des informations sur le cas de détresse, le MRCC italien permet à la Libye de commettre la violation de ses obligations en matière de droit de la mer. En plus de sa complicité dans les violations libyennes, l'Italie est également responsable des actes internationalement illicites de son MRCC (art. 47 ASR), à savoir lorsque celui-ci viole ses obligations en vertu du droit international de la mer de s'assurer qu'une opération de sauvetage conduit à une livraison à un "lieu sûr". Les États membres de l'UE peuvent donc être tenus pour responsables d'une violation du droit international en exerçant un "contrôle sans contact", s'ils impliquent délibérément des pays tiers alors qu'ils savent que les migrants et les réfugiés ne seront pas débarqués dans un "lieu sûr".

En conclusion, les États sont également responsables de leurs actions dans les scénarios de coopération et lorsqu'ils utilisent des "mandataires", conformément au droit international sur la responsabilité des États. Dans l'exemple du MRCC italien faisant appel aux garde-côtes libyens, sachant qu'ils ramèneront les personnes secourues en Libye, l'Italie peut être tenue pour responsable d'une violation du droit de la mer ainsi que du principe de non-refoulement par complicité en vertu de l'art. 16 ASR. En outre, le MRCC italien viole ses obligations de sauvetage en vertu du droit international de la mer. Des inquiétudes se font également dans un autre scénario. Tout comme tout autre aéronef ayant connaissance d'une situation de détresse en mer, les aéronefs des États membres participant aux opérations Frontex doivent signaler cette situation à un centre de coordination du sauvetage et communiquer avec les navires se

dirigeant vers la même zone de détresse. Même si la situation de détresse s'est produite dans les eaux territoriales libyennes, l'avion d'État doit alerter le MRCC italien. Si, toutefois, il alerte le JRCC libyen, sachant que cela entraînera un débarquement dans un endroit peu sûr où l'on peut s'attendre à de graves violations des droits de l'homme, cela peut à nouveau engager la responsabilité de l'État.

# Courte biographie des auteures

**Anuscheh Farahat** est professeur de droit public, de droit des migrations et de droits de l'homme à l'université d'Erlangen-Nuremberg. Depuis 2017, elle dirige un groupe de recherche Emmy Noether sur le rôle des cours constitutionnelles dans les conflits de solidarité transnationaux en Europe, d'abord à l'Université Goethe de Francfort et maintenant à l'Université d'Erlangen-Nuremberg. Depuis 2017, Anuscheh Farahat est également Associée de recherche Senior à l'Institut Max Planck de droit public comparé et de droit international, à Heidelberg. Elle a étudié le droit à Francfort, Paris et Berkeley et a été chargée de recherche et elle est chercheuse principale à l'Institut Max Planck de droit public comparé et de droit international, Heidelberg. Anuscheh Farahat a obtenu son doctorat en droit à l'Université Goethe de Francfort. Elle publie de nombreux ouvrages sur des questions de droit constitutionnel, de droit de la migration et de la citoyenneté, et de droit international des droits de l'homme.

**Nora Markard** est professeur de droit public international et de droits de l'homme à l'université de Münster. Elle est co-fondatrice de la Clinique juridique Humboldt des droits de l'homme et des droits fondamentaux et de la Clinique juridique des réfugiés de Hambourg. Elle est vice-présidente de la Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF), une ONG spécialisée dans les litiges stratégiques, et conseille le Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme (ECCHR) sur ses litiges en matière de migration et de genre. Nora Markard a étudié le droit et les relations internationales à Berlin, Paris et Londres. Elle est titulaire d'un doctorat de l'université Humboldt et d'une maîtrise du King's College de Londres. Elle a été chercheur invité à l'université du Michigan et à la faculté de droit de l'université Columbia à New York. Elle publie de nombreux ouvrages sur des questions de droit international et constitutionnel, en particulier sur les inégalités et les migrations forcées.



# **PLACES OF SAFETY IN THE MEDITERRANEAN**

## **The EU's policy of Outsourcing Responsibility**

*Brief summary of the study for the Tunisian context*

# Abstract

The study assesses whether the disembarkation of migrants and refugees in North African countries by EU state vessels or private NGO rescue vessels complies with international obligations and European law. According to the international law of the sea, persons rescued at sea need to be brought to a “place of safety”. Such a “place of safety” must be a place where the survivors’ life and safety are not under threat, where their basic needs are covered and where they are safe from persecution and chain refoulement. The study finds that Tunisia cannot generally be considered a “place of safety” for migrants and refugees, certainly not for specific vulnerable groups. Therefore, vessels cannot be obliged to disembark rescued migrants and refugees in Tunisia and may refuse orders by the European Maritime Rescue Co-ordination Centres (MRCCs).

This brief summary will look into the reasons stated in the study why Tunisia should not be considered as a “place of safety”. It will further reflect some of the main legal definitions and arguments provided by the authors.

The legal analysis of the study can reaffirm Tunisian NGOs and human right defenders in a stronger stance against the EU’s migration and refugee policies. Furthermore, the arguments in the study can be used to convince the EU Member States and the European Commission that their idea of establishing “regional disembarkation platforms” in Tunisia is ill conceived.

# I

## What is a “Place of Safety” and why does it matter?

The international law of the sea requires that assistance must be rendered to vessels in distress, obliging passing ships to help them and provide relief. Vessels are considered in distress if they are not seaworthy due to overloading or lack of supplies, such that the passengers cannot reach a “place of safety” without assistance. This is the case for many refugee boats, which are often simple inflatable or rubber boats and carry more passengers than permitted. The assisting ship is legally bound to take on the passengers of a vessel in distress and deliver them to a “place of safety”. Yet, what actually entails the notion “place of safety”? According to the 2004 Guidelines on the treatment of persons rescued at sea passed by the International Maritime Organization, the concept of a “place of safety” refers to a place that is characterized by a number of factors:

- It must be a place where the survivors’ life and safety are not under threat,
- where their basic needs (such as food, shelter and medical needs) are covered,
- where they are safe from persecution, which includes safety from chain refoulement,
- and from where the survivors are able to leave and travel onwards; this also means that durable solutions need not necessarily be found in the country of disembarkation.

The principles of these Guidelines are confirmed in an EU regulation relating to Frontex operations at sea. Article 4(2) and (1) of the External Sea Borders Regulation state that:

“Intercepted or rescued persons shall not be disembarked, forced to enter, conducted to or otherwise handed over to the authorities of a third country when the host Member State or the participating Member States are aware or ought to be aware that this third country engages in practices” such as, “inter alia, [...] the death penalty, torture, persecution or inhuman or degrading treatment or punishment,” or chain refoulement.

The particular emphasis on the notion “place of safety” is important because it provides shipmasters with a clear guidance where to disembark rescued passengers in accordance with international law. After all, it is the shipmaster’s obligation to ensure that survivors are not being disembarked to a place where their safety would be further jeopardized.

## II

# Is Tunisia a “place of safety”?

The study concludes that Tunisia cannot generally be considered a safe place under the law of the sea. Despite significant progress being made by the inclusion of the right to asylum and the principle of non-refoulement in the Tunisian constitution, asylum seekers in Tunisia still cannot be said to be effectively protected; this is especially true for certain vulnerable groups. In the eyes of the authors, the following findings from different human rights reports motivate this assessment:

- Civil rights are still not sufficiently guaranteed in Tunisia. People are prosecuted and arrested for the expression of their views based on vague legal phrasing and “morality” laws (punishment of expressions offensive to “public morals” and “public decency”). Authorities continue to arbitrarily impose emergency measures based on appearance and religious practices that result in travel bans and prohibition of gatherings. Human rights lawyers still frequently report ill-treatment and torture during arrest and pre-charge detention.
- Tunisia lacks a proper asylum system, as the national asylum law is still pending. This results in significant deficits in refugee status determination and leaves many refugees without protection; those refugees recognized by UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) have no access to residency documents. Furthermore, chain refoulement of migrants and asylum seekers cannot be ruled out. Irregular migrants possibly in need of international protection are

arbitrarily arrested, without a legal framework for their detention. According to UNHCR, migrants are imprisoned for up to one year without knowing the charges against them or having access to a lawyer. Torture and ill-treatment in detention and during arrest are reported repeatedly and are not limited to a particular group of detainees.

- Consensual same-sex sexual relations are still criminalised in Tunisia. The authorities prosecute LGBTI people under article 230 of the penal code with up to three years imprisonment. Men presumed to be gay are subjected to forced anal examinations, sometimes in order to “prove” their homosexuality, practices which are internationally condemned as torture.
- Transgender individuals are not recognised and face police harassment under the “public decency” law.

Refugees who belong to these particularly vulnerable groups therefore cannot expect their rights to be respected in Tunisia.

Against this background, the study concludes that it is at least doubtful whether Tunisia can be considered a “place of safety” at all. Although Tunisia cannot be compared to the situation in Libya, which clearly cannot be considered as “place of safety”, detention and torture are big concerns in Tunisia too. At least for individuals belonging to particularly vulnerable groups, in particular LGBTI, Tunisia can under no circumstances be classified as a “place of safety”, because they are often exposed to severe discrimination and ill-treatment.

The safety assessment may vary for different groups, but screening for individual protection needs aboard a private vessel is hardly feasible. The shipmaster must therefore assess, ad hoc, whether a designated “place of safety” can indeed be considered safe for all rescuees on board, bearing in mind that at least some of them may be particularly vulnerable.

### III

## Can private vessels disembark intercepted migrants and refugees in North African States?

Over the last years, the EU institutions and EU Member States have shown increasing reluctance to engage in search and rescue missions. Ultimately, in 2018, the EU has ceased its rescue activities in the Mediterranean altogether and NGOs stepped in and took up the responsibility to save lives. Ever since, private vessels chartered by NGOs or philanthropists have come under increasing political pressure from European Member States to not disembark rescuees in their ports. The case of the rescuees on the Alan Kurdi denied disembarkation in Italy due to a Covid-19 port closure (they were finally allowed to quarantine on an Italian passenger ship) is just the latest low point in a series of cases. EU Member States are also actively asking shipmasters for disembarkation in unsafe places; most recently, Malta ordered a private fishing boat to intercept migrants in distress and to bring them back to Libya. The question thus arises if private vessels can be ordered or legally obliged to disembark rescued migrants and refugees in North African States that are unsafe for migrants and refugees. Can they refuse to follow such a command given by a Maritime Rescue Coordination Centre (MRCC) without breaking the law?

The international law of the sea is chiefly binding on states. A shipmaster will therefore typically be obliged by domestic law to disembark rescuees in a “place of safety”, but also to follow the instructions of an MRCC in charge of coordinating the rescue operation. Consequently, shipmasters are confronted with (potentially) conflicting obligations. However, international law recognizes a certain independence of private shipmasters during rescue missions. And crucially, the obligation to comply with MRCC instructions is meant to serve the purpose of search and rescue – including disembarkation in a “place of safety” – and not to undermine it. The obligation to comply must therefore be read in light of the obligation to rescue.

In sum, private shipmasters may hence argue that they cannot be obliged to deliver a person to a place which is considered unsafe for at least a part of the rescued persons on board due to severe human rights violations and disrespect for the principle of non-refoulement. They may therefore refuse following an order by the MRCC by pointing to their primary obligation to rescue.

## IV

# Can European Member States be held responsible for private actions?

International law primarily addresses states as the subject of these conventions. Although from the international law obligations can also be derived for private actors (for example, corporations or non-state parties to an armed conflict), it is only the state that is directly bound by international law. This raises the questions whether states can be held legally responsible for the actions of a private vessel that is, for instance, disembarking refugees in an unsafe place.

The customary rules of international law on this matter are laid down in the Articles on State Responsibility (ASR). According to Art. 8 ASR, states can be held accountable for private actions if the private person acted under the instruction of the state. This does not require a private person to be integrated in the official structure of the state, nor does it matter “whether their conduct involves ‘governmental activity’”. Consequently, if an MRCC as a state authority instructs the shipmaster of a private vessel to bring rescuees to an unsafe place, this disembarkation can be attributed to the state, which is therefore responsible for a breach of the principle of non-refoulement under the Refugee Convention and/or the ECHR as well as of the obligations under the law of the sea.

The Council of Europe Commissioner for Human Rights has therefore urged the states to “refrain from issuing instructions to shipmasters

to disembark in countries that cannot be considered a “place of safety”, either directly or indirectly”. To conclude, EU Member States obliging the captain of a private vessel to disembark individuals at the designated “place of safety” despite serious and well-founded doubts regarding the safety of that place can be held responsible under international law.

## V

# Can coordination responsibility be shifted to proxies?

In Libya, a Joint Rescue Coordination Centre (JRCC) is heavily financially supported by the European Commission through the EU Emergency Trust Fund for Africa (EUTF) and regularly receives information about vessels in distress, which are then rescued by the Libyan coastguard. The Libyan coastguard is therefore doing the job that the EU is no longer willing to do, shifting the responsibility to coordinate search and rescue missions to non-EU countries.

The implication of the Libyan coastguard or other North African States in search and rescue missions results in the fact that migrants and refugees are being taken back to countries that do not fulfil the criteria of “places of safety”. This raises the question whether the EU Member States are breaching international law by shifting their search and rescue obligations to such countries. As an example, is the Italian MRCC legally allowed to call upon the Libyan coastguard for a search and rescue mission or would such a cooperation violate international law?

Given Italy’s close involvement in Libya’s system, from a legal standpoint, it can be argued that this is a case of “complicity” (Art. 16 ASR). A state is complicit in the commission of an internationally wrongful act if it (i) provided aid or assistance with knowledge of the circumstances and if (ii) the act would also be wrongful if committed by that state directly. These conditions are fulfilled: Disembarkation in Libya would also be a violation of international law if committed by

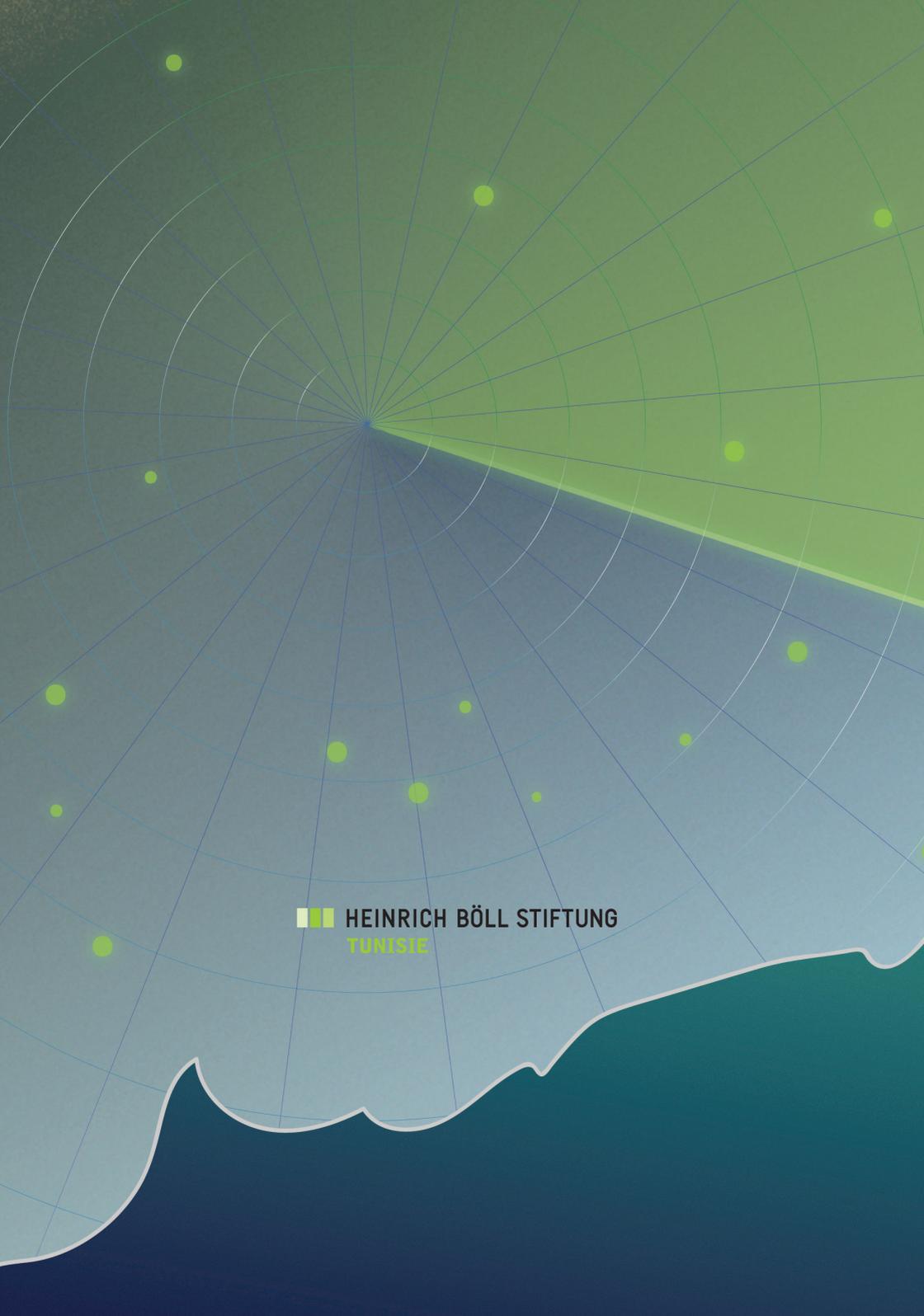
Italy, Italy has full knowledge of the circumstances, and by providing information on the distress case, the Italian MRCC enables the commission of the violation of law of the sea obligations by Libya. In addition its complicity in Libyan violations, Italy is also responsible for its MRCC's own internationally wrongful acts (Art. 47 ASR), namely where it violates its obligations under the international law of the sea to make sure a rescue operation leads to a delivery to a "place of safety". EU Member States therefore can be held responsible for breaking international law by exerting "contactless control", if they deliberately involve third countries although they know that migrants and refugees will not be disembarked in a "place of safety".

In conclusion, states are also responsible for their actions in cooperative scenarios and where they use "proxies", according to the international law on state responsibility. In the example of the Italian MRCC calling upon the Libyan coastguard, knowing they will take the rescued persons back to Libya, Italy can be held responsible for breach of the law of the sea as well as the principle of non-refoulement by complicity under Art. 16 ASR. In addition, Italy's MRCC is violating its rescue obligations under the international law of the sea. Concerns also arise in another scenario. Just like any other aircraft aware of a distress situation at sea, Member State aircrafts engaged in Frontex operations must report this situation to a Rescue Co-ordination Centre and communicate with vessels proceeding to the same area of distress. Even if the distress situation has occurred in the Libyan territorial waters, the state aircraft should alert the Italian MRCC. If, however, it alerts the Libyan JRCC, knowing that this will result in disembarkation in an unsafe place where severe human rights violations are to be expected, this may again engage state responsibility.

# Short biographies of the authors

**Anuscheh Farahat** is a Professor of Public Law, Migration Law and Human Rights Law at the University of Erlangen-Nuremberg. Since 2017, she leads an Emmy-Noether research group on the role of constitutional courts in transnational solidarity conflicts in Europe, first at the Goethe University Frankfurt a.M. and now at the University of Erlangen-Nuremberg. Since 2017, Anuscheh Farahat has also been a Senior Research Affiliate at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg. She studied law in Frankfurt, Paris and Berkeley and was a research fellow and a senior research fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg. Anuscheh Farahat received her PhD in law from the Goethe University Frankfurt. She publishes widely on issues of constitutional law, migration and citizenship law, and international human rights law.

**Nora Markard** is a Professor of International Public Law and International Human Rights at the University of Münster. She is a co-founder of the Humboldt Law Clinic Human and Fundamental Rights and of the Refugee Law Clinic Hamburg. She is Vice President of the Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF), a strategic litigation NGO, and advises the European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) on its migration and gender litigation. Nora Markard studied Law and International Relations in Berlin, Paris and London. She holds a PhD from Humboldt University and an MA from King's College London and was a visiting fellow at the University of Michigan and at Columbia Law School. She publishes widely on international and constitutional law issues, with a focus on inequalities and forced migration.



 HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
TUNISIE