



HAL
open science

L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières

Roberto Angrisani

► **To cite this version:**

Roberto Angrisani. L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières. Droit. Université de Bordeaux; Université Laval (Québec, Canada). Faculté de droit, 2020. Français. NNT : 2020BORD0318 . tel-03145185

HAL Id: tel-03145185

<https://theses.hal.science/tel-03145185>

Submitted on 18 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
ET DE L'UNIVERSITÉ LAVAL**

École doctorale (ED.41)

Spécialité Droit Public

Par **Roberto Antonio ANGRISANI**

**L'action de la Cour de justice de l'Union européenne
pour la protection des droits fondamentaux face à la
répression des migrations irrégulières**

Sous la direction des Professeurs Sébastien Platon et Olivier Delas

Soutenance le 18 Décembre 2020

Présidente du jury : **Madame Sylvie SAROLEA,**

Professeur à l'Université Catholique de Louvain

Membres du jury :

Monsieur François CRÉPEAU

Professeur à l'Université Mc Gill, *rapporteur*

Monsieur Olivier DELAS, co- directeur de thèse

Professeur à l'Université Laval

Monsieur Sébastien PLATON,

Professeur à l'Université de Bordeaux, *co- directeur de thèse*

Monsieur Romain TINIÈRE, rapporteur

Professeur à l'Université Grenoble-Alpes

Résumé

L'étude défend la thèse selon laquelle la Cour de justice de l'Union européenne, avec son action interprétative, joue un rôle majeur dans la définition du niveau de protection des droits fondamentaux des migrants en condition irrégulière dans l'UE.

Les compétences limitées de l'UE en matière migratoire, partagées avec les États membres (article 4, § 2, lettre j TFUE), n'ont pas empêché la Cour de justice d'affirmer des principes généraux de droit qui ont marqué l'évolution de l'activité législative européenne, au point de contrecarrer l'action répressive mise en exergue par les États membres et parfois par l'UE elle-même. Néanmoins, l'interprétation faite par la CJUE du droit primaire et dérivé à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'UE rencontre des limites majeures lorsqu'elle vise le contentieux pénal et administratif portant sur l'immigration irrégulière.

La première partie de l'étude est consacrée aux limites de l'action interprétative de la CJUE. La dimension territoriale étant le fil conducteur de la recherche, l'analyse montrera d'abord les obstacles qui s'opposent à une action efficace des juges de Luxembourg face à la répression « avant l'entrée » et « à la sortie » des migrants. En effet, tant les accords pris par l'UE ou par ses États membres avec des pays tiers pour empêcher les départs, que les accords de réadmission visant les retours des migrants en condition irrégulière vers leur pays d'origine ou vers des pays de transit se placent souvent à l'extérieur des compétences de la CJUE. La deuxième partie se concentre sur les pratiques de répression des migrations irrégulières sur le territoire de l'UE. L'importance du mécanisme du renvoi préjudiciel (article 267 TFUE) sera mise en exergue à partir du contentieux pénal sur la criminalisation des migrations et le contentieux administratif sur la répression du même phénomène. Si l'efficacité de l'action de la CJUE manifeste son ampleur dans la dimension interne de la répression des migrations, l'analyse de sa jurisprudence touchant la dimension externe de la répression permet de montrer le besoin d'harmonisation dont la politique migratoire de l'UE a besoin aujourd'hui.

Mots clés : Union européenne, UE, migrations, droits fondamentaux, politique migratoire.

Abstract

This research argues that the European Court of Justice, with its interpretative action, plays a major role in defining fundamental rights for irregular migrants in the EU.

The limited competences of the EU in migration matters, shared with the Member States (Article 4(2)(j) TFEU), have not prevented the Court of Justice from affirming general principles of law that have marked the development of European legislative activity, to the point of thwarting the law enforcement action highlighted by the Member States and sometimes by the EU itself. Nevertheless, the interpretation made by the CJEU of primary and secondary law in the light of the EU Charter of Fundamental Rights encounters major limitations when it comes to criminal and administrative litigation on illegal immigration.

The first part of the study is dedicated to the limits of the interpretative action of the CJEU. As the territorial dimension is the central thread of the research, the analysis of case law shows the obstacles to effective action by Luxembourg judges in the face of repression "before entry" and "on exit" of migrants. Indeed, both the agreements taken by the EU or by its Member States with third countries to prevent departures, and the readmission agreements aimed at the return of migrants in an irregular condition to their country of origin or to transit countries are often outside the competence of the CJEU. The second part focuses on the practices of repression of irregular migration on the territory of the EU. The importance of the preliminary ruling mechanism (Article 267 TFEU) will be highlighted from the criminal litigation on the criminalisation of migration and the administrative litigation on the repression of the same phenomenon. While the effectiveness of the action of the CJEU is obvious in the internal dimension of the repression of migration, the analysis of its case law on the external dimension of repression shows the need for harmonisation that EU migration policy needs today.

Key words: European Union law, fundamental rights, EU, migration policy, criminalisation of migration, outsourcing of migration control.

Liste des abréviations

AAE	Agence d’approvisionnement d’Euratom
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
ASGI	Association des juristes italiens
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne
CEDEAO	Communauté économique des États de l’Afrique de l’Ouest
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CFS	Code frontières Schengen
CJUE	Cour de Justice de l’Union européenne
Convention EDH	Convention européenne des droits de l’homme
COREPER	Comité des représentants permanents
CSIFA	Comité stratégique sur l’immigration, les frontières et l’asile
DG-JAI	Direction générale du Conseil « Justice et Affaires intérieures »
D. lgs.	<i>Decreto legislativo</i> (décret législatif)
EASO	Bureau européen d’appui en matière d’asile
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
eu-Lisa	Agence européenne pour la gestion à large échelle de systèmes d’information dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice
Europol	Bureau de police européenne
Eurosur	Système européen de surveillance des frontières
FED	Fonds européen de développement
FRA	Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne
Frontex	Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes
HRC	Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés
IAP	Instrument d’aide de préadhésion
IEGE	Institut européen pour l’égalité de genre
JAI	Conseil « Justice et Affaires intérieures »
JWF	Joint Way Forward

LIBE	Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures
MOU	Memorandum of Understanding
OIM	Organisation internationale pour les migrations
PE	Parlement européen
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
RABIT	Équipes d'intervention rapide aux frontières
RAEC	Régime d'asile européen commun
SEAE	Service européen pour l'action extérieure
SIS II	Systèmes d'information Schengen
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIMEP	Institut Tahrir pour les politiques au Moyen-Orient
TUE	Traité sur l'Union européenne
UA	Union africaine
UE	Union européenne
VIS	Système d'information sur les visas

*À Gaetano et Antonella,
mes rocs inébranlables*

Remerciements

Mes premiers remerciements s'adressent à mes deux directeurs de thèse. Je suis profondément reconnaissant au professeur Olivier Delas, pour sa confiance et sa direction indéfectibles tout au long de ce parcours qui marque une page fondamentale de ma formation professionnelle. Je suis extrêmement reconnaissant aussi au Professeur Sébastien Platon, qui a su, dans des moments décisifs, me guider avec des avis et des conseils essentiels pour l'avancement de ce travail.

Je suis également très reconnaissant envers le juge Jean-Claude Bonichot, de m'avoir permis d'intégrer temporairement son cabinet à la Cour de justice de l'Union européenne. Cette expérience a grandement contribué à orienter cette étude dans la juste direction. Les échanges avec lui et son équipe de référendaires ont été des moments précieux.

Mes remerciements sincères, vont aussi au professeur Henri Labayle et au professeur François Crépeau, auxquels je dois énormément en termes d'inspiration. Leurs écrits ont souvent guidé mes réflexions, et les occasions d'échange lors de colloques et de conférences m'ont permis de mieux définir l'objectif de cette étude.

Je me dois de remercier mon ami et collègue, le professeur Mulry Mondelice, pour ses conseils toujours pertinents et sa bienveillance chaleureuse. Je tiens par ailleurs à remercier Pierre Desroches et Benoit Martel, amis sincères, pour leur soutien inébranlable, sans lequel cette recherche n'aurait probablement pas vu le jour.

À Mylène j'exprime toute ma reconnaissance pour la force tranquille et la patience avec lesquelles elle a su soutenir les longues journées de rédaction.

Je tiens finalement à adresser mon plus grand remerciement à Gaetano et Antonella, parents exceptionnels auxquels je dédie ces pages, au nom de l'amour et de la confiance avec lesquels ils ont su nourrir tous mes efforts. À Rosalba, Antonio et Rossella vont aussi mes pensées les plus sincères.

Cette recherche n'aurait pas pu aboutir sans le financement du Conseil de Recherches en Sciences Humaines du Canada (CRSH), qui m'a honoré de la prestigieuse Bourse Vanie



Conseil de recherches en
sciences humaines du Canada

Social Sciences and Humanities
Research Council of Canada

Canada

Introduction Générale

Est-il désormais possible de distinguer l'immigration de la migration alors que la planète entière devient territoire de déplacements croisés ? Je crois que c'est possible : comme je l'ai dit, l'immigration est politiquement contrôlable, la migration ne l'est pas ; c'est comme les phénomènes naturels. Tant qu'il y a de l'immigration, on peut espérer maintenir les immigrés dans un ghetto pour qu'ils ne se mélangent pas aux autochtones. Lorsqu'il y a migration, il n'y a plus de ghettos, et le métissage est incontournable.

Les phénomènes que l'Europe tente encore de traiter comme des cas d'immigration sont des cas de migration. Le Tiers Monde frappe à la porte de l'Europe, et il y rentre même si l'Europe n'est pas d'accord.¹

SECTION 1 : L'OBJET DE L'ÉTUDE

1. Il est difficile, voire quasi impossible, d'imaginer quelle politique migratoire existerait aujourd'hui en Europe si la Cour de justice de l'Union européenne (ci-dessous « CJUE » ou « Cour ») ne s'était pas saisie de cette question dans les limites de ses compétences. Les prémisses de cette étude se fondent alors sur un fait avéré : la jurisprudence produite par cette Cour a eu, et continue d'avoir, un impact marquant sur la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière dans l'Union européenne (ci-dessous « UE » ou « l'Union »).

2. Les principes dégagés par l'activité judiciaire de la CJUE dans ce domaine ont grandement participé au processus d'intégration européenne, produisant souvent des avancées remarquables et mettant en exergue, dans d'autres occasions, l'incertitude juridique, fruit de la fragilité de l'architecture encore inachevée de l'UE.

¹ Umberto Eco, *Cinque scritti morali*, Bompiani, 1997, p. 57 [Notre traduction].

3. Après avoir mis en lumière le lien qui arrime l'action de la CJUE aux migrations irrégulières (§1), il conviendra de parcourir les choix méthodologiques qui ont guidé cette recherche et les limites qui la caractérisent (§ 2), avant d'évoquer l'impact de la jurisprudence de la CJUE sur l'évolution du droit migratoire de l'UE et de ses pays membres (§3).

§1. LA RÉPONSE JURIDIQUE AUX MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES DANS L'UE

4. L'Union européenne, étant l'une des destinations principales des flux migratoires, reflète toute la complexité de la mise en place d'un système juridique de gestion de l'immigration efficace. La compétence partagée entre États membres et UE en matière migratoire produit des réponses asymétriques au sein de l'Union, pouvant mener jusqu'à la criminalisation des personnes migrantes.

5. La réponse juridique aux migrations irrégulières dans l'UE – et plus génériquement dans le Nord global – est caractérisée par trois éléments : (A) la minimisation du phénomène migratoire; (B) la quête de sécurisation des frontières et de l'accès au territoire national; (C) l'encadrement de la catégorie des personnes migrantes en condition irrégulière comme une menace. Ces trois composantes, parfois dangereusement confondues par la narration politique des événements internationaux, sont à la base de la répression des migrations irrégulières partout dans le monde.

A. La mécompréhension du phénomène migratoire

6. Dans son rapport sur l'état de la migration dans le monde, publié en juin 2020, l'Organisation internationale des migrations (OIM) estime à environ 272 millions les migrants internationaux dans le monde, dont plus de la moitié en Europe et en Amérique du

Nord². Depuis des dizaines d'années, les migrants représentent environ 3,5 % de la population mondiale. Il est donc évident que ce chiffre ne correspond pas à l'image d'une invasion ingérable.

7. François Crepeau et J.-Y. Carlier affirment que le droit de l'immigration est « un droit en mouvement »³. Dès lors nous rajoutons que cette dynamique juridique, nécessaire pour adapter la réponse du législateur aux mouvements de personnes, repose néanmoins sur une donnée statique, à savoir le fait que la migration demeure un phénomène ontologiquement lié à la condition humaine. Ainsi, la doctrine contemporaine est unanime à l'effet que « si l'intensité des mouvements migratoires est sujette à fluctuation, la migration demeure, plus que jamais, un phénomène social constant »⁴.

8. La mécompréhension du phénomène migratoire découle, alors, de sa minimisation. Les décideurs – gouvernements nationaux et organisations internationales – encadrent trop souvent l'immigration comme un épisode extraordinaire, imprévisible, limité dans le temps et dans ses causes. Ceci mène à l'adoption de mesures temporaires destinées à s'attaquer aux symptômes, et jamais aux causes, du phénomène migratoire. Or, il est avéré que l'histoire de l'humanité a été marquée par de grands déplacements et qu'il est impossible d'analyser la condition des hommes et des femmes qui quittent leur lieux d'origine en quête de sécurité et d'un avenir meilleur, sans considérer la nature d'« *homo migrator* »⁵ qui caractérise l'espèce humaine.

9. Une autre composante de la mécompréhension du phénomène migratoire se cache dans la prétention du législateur de vouloir opérer à tout prix une « classification » statique

² OIM, *État de la migration dans le monde*, 2020, p. 2-3, en ligne : https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_fr.pdf.

³ Jean-Yves CARLIER et François CRÉPEAU, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », (2011) 57-1 *Annuaire français de droit international* 641-674.

⁴ Jean Yves CARLIER et Luc LÉBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 132.

⁵ Guy S GOODWIN-GILL et Philippe WECKEL, *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle : aspects de droit international*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2015, p. 31.

et irréfutable des migrants (migrants économiques, réfugiés climatiques, demandeurs d'asile, etc.). En revanche, la réalité des affaires portées à l'attention de la CJUE nous montre qu'il s'agit plutôt de catégories extrêmement perméables.

10. De plus, les chiffres fournis par l'OIM nous montrent clairement que la cause principale des migrations demeure la poursuite d'une activité économique et que « les travailleurs migrants représentant environ deux tiers de la population migrante »⁶. Sur cette base, l'échec des systèmes de mobilité créés pour les travailleurs étrangers, et la quasi-absence de voies légales d'accès au territoire de l'UE, nous permettent d'identifier le principal paradoxe du droit de l'immigration, à savoir le fait que la migration pour motif économique « constitue la plus grande lacune du droit international contemporain »⁷.

11. Les auteurs J.-Y. Carlier et L. Leboeuf rappellent sur ce point que

[e]n Europe, les divisions sociétales sur la gestion de ce phénomène demeurent vives. Elles se manifestent de diverses manières en droit européen de l'asile, notamment au travers des désaccords politiques au sujet de la réforme du système européen commun d'asile, commencée en 2016, en réponse législative à la « crise des réfugiés » de l'été 2015⁸.

12. Ces désaccords, ainsi que le manque de vision à long terme, trouvent une confirmation ultérieure dans le projet – très peu courageux – de réforme de l'ensemble des

⁶ Jean Yves CARLIER et Luc LEBŒUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 133. Les auteurs rappellent aussi que « [l]es conclusions d'un colloque organisé à Tampere à l'initiative du réseau Odysseus, qui a rassemblé divers acteurs du monde académique afin d'établir des recommandations concrètes à destination des décideurs politiques, en appellent à poursuivre la voie des réformes. Elles constatent, toutefois, une certaine appréhension des décideurs, qui craignent que toute nouvelle initiative ait pour effet d'intensifier davantage encore les tensions autour de la question migratoire, laquelle focalise l'attention et polarise, au détriment des autres défis qui attendent l'Union, notamment en termes de digitalisation de son économie et de changement climatique ».

⁷ Vincent CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, p. 401; Pour une perspective française au sujet, voir aussi Vincent TCHEN, *Droit des étrangers*, LexisNexis, 2020.

⁸ Jean Yves CARLIER et Luc LEBŒUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 133.

mesures visant à régler l'immigration irrégulière dans l'UE, proposé par la Commission en septembre 2020⁹.

13. Dès lors, compte tenu de la complexité entourant l'encadrement du phénomène migratoire, dans la présente étude nous aborderons la notion d'immigration irrégulière en adoptant l'approche large et inclusive définie par la CJUE dans sa jurisprudence¹⁰.

B. La quête de sécurisation

14. La première réponse aux migrations irrégulières est souvent une réponse sécuritaire. L'UE et ses États membres, d'abord avec la création de l'espace Schengen¹¹, et ensuite avec la consécration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ)¹² encore plus intégré, ont adopté des mesures de « sécurisation »¹³, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur territoire.

⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, COM(2020) 609 final, Bruxelles, le 23.9.2020.

¹⁰ Pour la définition d'immigration irrégulière aux fins de cette étude, voir *infra*, Introduction générale, Section 1, § 4.

¹¹ *Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19–62.

¹² Bien que le traité de Rome de 1957 mentionnait déjà, dans son article 61, la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) à l'échelle de la Communauté européenne, sa création a été marquée par une série d'étapes dont : le Traité d'Amsterdam, le Conseil de Tampere de 1999, le programme de la Haye de 2004 et le programme de Stockholm de 2009, qui ont mené à son institutionnalisation définitive dans le traité de Lisbonne.

¹³ Ici, par le mot « sécurisation », nous faisons référence à l'ensemble de pratiques interdépendantes visant à protéger d'une menace, tel que décrit par Thierry Balzacq, *Securitization theory: how security problems emerge and dissolve*, Milton Park, Abingdon, Oxon, Routledge, 2011 à la p. xiii : « securisation » is the « set of interrelated practices, and the processes of their production, diffusion and reception/translation that bring threats into being ».

15. À l'échelle de l'UE, la quête de sécurisation, qui se traduit en lutte contre l'immigration irrégulière¹⁴, s'articule aujourd'hui autour d'une logique circulaire. La première étape est constituée par les accords avec les États tiers¹⁵, visant à empêcher les départs des migrants¹⁶. Ensuite, les agences de l'Union, notamment FRONTEX, assurent le contrôle et l'imperméabilité des frontières maritimes et terrestres de l'ELSJ¹⁷; une fois franchies les frontières extérieures, les États membres déploient leur arsenal administratif et pénal visant à réprimer les tentatives d'entrée et de séjour irréguliers dans leur territoire et, enfin, grâce aux accords de réadmission, tout est mis en place pour favoriser les retours des étrangers dans leur pays d'origine ou dans des pays de transit considérés « sûrs »¹⁸.

16. La logique sous-jacente à une telle politique de répression des migrations irrégulières en UE dépasse le simple phénomène migratoire. Le professeur Didier Bigo, déjà au début des années 2000, affirmait que la sécurisation permet l'adoption de mesures répressives fondées sur la création d'un « continuum de menaces »¹⁹ à l'ordre public et à la paix, auxquelles s'ajoute, depuis plusieurs décennies, la « menace » migratoire.

¹⁴ Sur ce point voir Idil Atak, *L'européanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains : une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011; voir aussi Olivier Delas, « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne? » dans par Mitch Robinson et al, *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international et des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux.*, Paris, Éditions Pedone, 2017.

¹⁵ Pour la nature juridique et la portée contraignante de ces accords, voir *infra*, Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, §2, lettre B.

¹⁶ L'un des exemples plus éloquent de cette pratique est la *Déclaration UE-Turquie* de 2016, voir *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁷ Sébastien Platon, « La coopération aux frontières de l'Europe et le respect des droits fondamentaux » *La coopération, enjeu essentiel du droit des réfugiés*, s d A-M Tournepiche, Paris, Pedone, 2015, p 49.

¹⁸ Pour une analyse approfondie des accords de réadmission, voir *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁹ Didier Bigo, « Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease »: [2002] *Alternatives à la p 64*.

C. L'équation entre la personne migrante en condition irrégulière et la menace pour la société

17. Le sociologue Salvatore Palidda, dans un célèbre article publié en 1999, affrontait la question suivante : « les migrants constituent-ils une menace effective pour la sécurité européenne, ou jouent-ils un rôle de bouc émissaire ? »²⁰. L'auteur soutient la thèse selon laquelle les politiques sécuritaires seraient l'arme privilégiée de la « guerre aux migrations » des nations plus puissantes. Son analyse permet de comprendre les origines des politiques de sécurisation envers les personnes migrantes.

Toute l'histoire des migrations, comme celle des classes subalternes, est marquée par des moments de criminalisation [...].

La relation entre police, migrations et problèmes de sécurité a une histoire assez longue. En effet, cette relation prend une importance considérable lorsque les migrations atteignent des dimensions massives, phénomène qui, en Europe, est étroitement lié à l'exode rural et au développement industriel. On peut donc dire que, depuis la fin du XVIIIe siècle, se constitue un « paradigme de la sécurité », voire de la cohésion et de l'intégration sociale, qui concerne en particulier l'inclusion des migrants dans le cadre du développement économique et social de l'Europe occidentale²¹.

18. L'auteur poursuit son discours en affirmant que, dans le contexte actuel, il semble y avoir une rupture avec cette logique d'inclusion. En effet, les services de police et de renseignement, ainsi que « l'opinion publique des pays d'immigration [ont] développé une tendance à considérer [les migrants] comme un problème de sécurité des plus sérieux, avec les trafics de la criminalité organisée transnationale et le terrorisme »²².

19. D'ailleurs, de nombreux auteurs ont adressé d'âpres critiques à l'UE pour avoir adopté une telle approche sécuritaire mettant, notamment, en exergue les conséquences humaines et juridiques de ces politiques. Dans les écrits de Michel Foucault, nous retrouvons,

²⁰ Salvatore PALIDDA, « La criminalisation des migrants », (1999) 129-1 *Actes de la recherche en sciences sociales* 39-49, 43.

²¹ *Ibidem*, p. 44.

²² *Ibidem*, p. 44.

dès les années soixante-dix, la définition de « bio-politique »²³ utilisée pour indiquer la tendance des gouvernements européens à considérer la souveraineté comme la capacité de dire qui peut vivre et qui doit mourir. Ce concept a ensuite subi une première transformation avec l'apparition de la notion de « thanatopolitique »²⁴, qui présente une approche renversée mettant l'accent sur le droit de mort exercé par l'État sur tout individu soumis à sa juridiction. Enfin, suite aux événements tragiques dans la méditerranée centrale et orientale de 2013 et 2015, d'autres auteurs qualifient les choix – et l'inertie – de l'UE de « nécropolitique »²⁵, pour indiquer une politique européenne – tant de l'UE que de ses États membres – qui n'hésite pas à rentrer dans des calculs macabres au détriment des droits fondamentaux afin de protéger ses propres frontières. « Sur cette frontière, sont tolérées des pertes humaines dans une forme de “nécropolitique” : on y pratique une politique du laisser mourir »²⁶.

20. L'identification de la personne migrante en condition irrégulière avec une menace potentielle pour la paix et le bien-être est à la base de la *pseudo* légitimation de ces mesures. Au niveau national, cette répression se transforme en criminalisation²⁷, une pratique

²³ Roger MEHL, « Michel Foucault, Histoire de la Sexualité. 1. La Volonté de Savoir. Paris, Gallimard, 1976. (Bibliothèque des Histoires.) », (1978) 58-4 *Revue d'Histoire et de Philosophie religieuses* 472-473; Pour une analyse plus récente, voir aussi Katia GENEL, « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Methodos. Savoirs et textes* 2004.4, en ligne : <<http://journals.openedition.org/methodos/131>> (consulté le 11 octobre 2020).

²⁴ Katia Genel, « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben » [2004] 4 *Methodos Savoirs et textes*, en ligne : *Methodos. Savoirs et textes* <<http://journals.openedition.org/methodos/131>> (consulté le 11 octobre 2018); Saïd Chebili, « Corps et politique : Foucault et Agamben » (2009) Volume 85:1 *L'information psychiatrique* 63-68.

²⁵ Évelyne RITAINE, « Migrants morts, des fantômes en Méditerranée », *Rhizome* 2017.64.16-17; Achille MBEMBE, « Nécropolitique », (2006) no 21-1 *Raisons politiques* 29-60.

²⁶ Évelyne RITAINE, « Migrants morts, des fantômes en Méditerranée », *Rhizome* 2017.64.16-17, 16.

²⁷ L'un des auteurs qui a consacré le plus ses recherches sur ce sujet est Valsamis Mitsilegas, *The criminalisation of migration in Europe: challenges for human rights and the rule of law*, Cham, Springer, 2015; Pour une mise en contexte exhaustive des recherches sur le sujet voir aussi Joanna Parkin et Belgium) Centre for European Policy Studies (Brussels, *The criminalisation of migration in Europe: a state-of-the-art of the academic literature and research*, 2013, en ligne : <<https://www.ceps.eu/system/files/Criminalisation%20of%20Migration%20in%20Europe%20J%20Parkin%20FIDUCIA%20final.pdf>> (consulté le 23 avril 2017).

législative qui prévoit la réponse pénale comme mesure proportionnelle et adaptée à la « menace » migratoire.

21. La présente étude vise, entre autres, à identifier la ou les réponses que la CJUE donne grâce à son action interprétative à la question complexe de la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes vis-à-vis des politiques répressives.

§2. LE RÔLE DE LA CJUE DANS LE CONTEXTE DE LA RÉPRESSION DE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE DANS L'UE

22. La Cour de Justice de l'Union européenne joue désormais un rôle déterminant dans l'encadrement juridique du phénomène migratoire qui concerne, depuis la fin des années quatre-vingt-dix²⁸, de façon importante les frontières extérieures de l'UE. Dans ce domaine, l'action de la Cour ne se limite pas à la simple interprétation et application des normes européennes²⁹ en matière d'immigration irrégulière (A), mais, à travers sa jurisprudence, elle

²⁸ En 1995 entrait en vigueur la *Convention de Schengen* qui organisait l'ouverture des frontières internes entre les pays européens signataires (France, Allemagne, Italie, Espagne, Portugal et pays du Benelux : Belgique, Pays-Bas et Luxembourg). Si la première convention de Schengen date de 1985, l'espace Schengen a été institutionnalisé à l'échelle européenne par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. L'espace Schengen comprend actuellement 26 États membres et trouve sa base légale dans l'article 67 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ainsi que dans l'art 45 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

²⁹ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, articles 18 (droit d'asile), 19 (protection contre l'éloignement, expulsion ou d'extradition) et 47 (droit à un recours effectif et à un procès équitable); *Convention d'application de l'accord de Schengen* de 1985, 19 juin 1990; *Code des visas*, règlement n. 154/2012 du Parlement et du Conseil (modifiant le règlement (CE) n. 810/2009); *Directive 2001/90/CE sur les sanctions pécuniaires aux transporteurs*; *Directive 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier*; *Règlement SIS II* n. 2006/1987 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006, *Décision n° 2007/533/JAI* du Conseil du 12 juin 2007; *Règlement EURODAC* n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (modifiant le règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, *Règlement n° 407/2002* du Conseil du 28 février 2002); *Règlement VIS* n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 (modifiant la décision n° 2004/512/CE du Conseil du 8 juin 2004 et la décision n° 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008); *Directive « retour »* 2008/115/CE; *Directive*

exprime aussi une tentative beaucoup plus large d'*harmonisation* du kaléidoscope complexe de dispositions nationales qui qualifient, de façon très hétérogène, l'entrée et les séjours irréguliers (B).

A. L'apport de la CJUE à l'encadrement juridique des migrations irrégulières

23. En effet, afin de parvenir à des solutions structurelles et durables, la compréhension et l'encadrement juridiques des migrations sont, à l'heure actuelle, des défis incontournables pour l'UE. L'étude des dynamiques migratoires qui concernent aujourd'hui l'Union ne peut donc se passer de l'analyse de la pratique répandue dans les États membres qui, dans leurs législations internes, prévoient une réponse répressive à l'entrée et au séjour irréguliers des personnes migrantes.

24. La répression de l'immigration irrégulière, que certains appellent « criminalisation des migrations », pour reprendre les mots de Valsamis Mitsilegas, consiste en « l'importation des logiques contraignantes du droit pénal dans le domaine du contrôle migratoire »³⁰. Le Commissaire aux droits de l'Homme, dans un document thématique publié en 2010, avait déjà défini cette tendance comme « le recours à des sanctions pénales ou à des sanctions administratives qui équivalent à des sanctions pénales (comme la rétention administrative) en matière de contrôle des frontières et de maîtrise de l'immigration »³¹. Dans ce même rapport, l'auteur soulignait que ce sujet, en raison de ses implications en termes de droits

« qualifications » 2011/95/UE; Directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte). La présente n'est pas une liste exhaustive de toutes les normes européennes en matière migratoire.

³⁰ Valsamis MITSILEGAS, *The criminalisation of migration in Europe : challenges for human rights and the rule of law*, Cham, Springer, 2015, p. 1.

³¹ Commissaire aux Droits de l'Homme - La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ? Document thématique par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, en ligne : <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1579823&direct=true>> (consulté le 23 avril 2017).

fondamentaux, devenait depuis quelque temps une source de préoccupation supplémentaire dans la doctrine³².

25. Au long de cette étude, nous mettrons aussi en exergue le fait que les mesures répressives adoptées dans la plupart des États membres de l'UE en réponse aux migrations sont en contraste avec les valeurs européennes et les principes généraux de droit³³ dégagés par la CJUE en la matière. En effet, la superposition de la matière pénale au droit de l'immigration est source de nombreuses inquiétudes dans la doctrine.

26. Le professeur Olivier Delas, dans l'un de ses articles, affirme sur ce point que les réponses fragmentées et symptomatiques de l'Union européenne aux questions liées aux migrations irrégulières donnent vie à « une politique d'immigration se résumant à une politique de lutte contre l'immigration irrégulière »³⁴. Cela est dû, premièrement à l'assimilation simpliste qui peut être faite entre le ressortissant d'un pays tiers et le criminel potentiel³⁵. En ce sens, la sémantique de la terminologie utilisée dans les textes de loi est déterminante³⁶. En deuxième lieu, l'approche répressive aux migrations pose un problème quant au respect des droits fondamentaux des ressortissants des pays tiers, qui risquent d'être

³² Lee M, « Human trade and the criminalization of irregular migration », (2005) 33-1 *Int. J. Sociol. Law* 1-15, 33; Elspeth GUILD et Paul MINDERHOU, « Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings », (2007) 19-4 *Int J Refugee Law* 771-776, DOI : 10.1093/ijrl/eem062; Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD et Helen TONER, « Whose Freedom, Security and Justice? », *Bloomsbury Publishing*, p. 301-336, en ligne : <<http://www.bloomsbury.com/au/whose-freedom-security-and-justice-9781841136844/>> (consulté le 23 avril 2017).

³³ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1.

³⁴ Olivier DELAS, « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne? », dans Mitch ROBINSON et al., *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international et des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Éditions Pedone, 2017 à la page 814.

³⁵ *Supra*, Introduction générale, Section 1, §1, lettre C.

³⁶ Idil ATAK, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains : une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2060501>>.

fortement limités par les dispositions répressives à caractère pénal. Enfin, cette pratique répressive se concilie difficilement avec les exigences d'ouverture et d'impartialité envers les requêtes de protection internationale des demandeurs d'asile.

27. Nous pouvons, dès maintenant, identifier trois raisons pour lesquelles l'action de la CJUE est au centre de cette étude : i) depuis le Traité d'Amsterdam et après le Traité de Lisbonne, la Cour a pleine compétence pour se prononcer sur les matières de l'ancien troisième pilier (JAI), ainsi qu'en matière d'immigration, d'asile et de gestion des frontières; ii) Le mécanisme du renvoi préjudiciel, renforcé par la procédure d'urgence prévue par l'article 23-*bis* du statut de la Cour, permet une liaison directe entre juridictions nationales et européennes, relais fondamental pour l'application des droits fondamentaux; iii) Grâce à son action, la Cour joue un rôle prépondérant dans la création de l'ordre juridique européen³⁷.

B. L'importance du dialogue entre CJUE et juges nationaux

28. Grâce au mécanisme du renvoi préjudiciel, prévu par le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ci-après TFUE), à l'article 267³⁸, la Cour de justice de l'UE est saisie en validité ou en interprétation par les juges nationaux afin d'interpréter le droit de l'Union et, indirectement, pour vérifier la compatibilité du droit national applicable au cas d'espèce

³⁷ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (dir.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, The Hague, The Netherlands, T. M. C. Asser Press, 2013, p. 3.

³⁸ Article 267 TFUE (ex-article 234 TCE) : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

avec les traités, ou encore, avec les directives ou les règlements de l'UE. À travers ce dialogue entre juridictions, basé sur le contentieux en matière d'immigration - qui passe souvent par les biais des procès pénaux (ou administratifs) nationaux -, les niveaux des garanties assurés aux ressortissants de pays tiers sont souvent rétablis à la hausse par la Cour. Parfois, nous assistons à une véritable opération d'*harmonisation* des réponses juridiques offertes en matière d'immigration, qui se réalise par la voie prétorienne, au fil de la jurisprudence de la CJUE.

29. Cette recherche vise donc à offrir une analyse d'impact de l'action de la Cour de justice de l'Union européenne dans les systèmes nationaux de justice répressive en matière d'immigration irrégulière, en regardant, notamment, les interactions entre l'ordre juridique européen et les systèmes nationaux. En effet, depuis le *Traité de Lisbonne*, l'immigration et l'asile figurent parmi les compétences partagées entre l'UE et ses pays membres, et la matière migratoire représente un chaînon fondamental pour la construction d'une mosaïque européenne harmonieuse et cohérente.

30. L'accent sera mis sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et sur les impulsions de changement que ses arrêts produisent dans les systèmes nationaux, grâce aux réponses offertes aux questions préjudicielles et, parfois, dans le même ordre juridique européen, par le biais du recours en annulation prévu à l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

SECTION 2 : LES LIMITES ET LA MÉTHODE DE LA RECHERCHE

31. La protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière en Europe soulève un nombre toujours croissant de questions, qui font d'ailleurs l'objet d'études remarquables tant sociologiques que juridiques. La présente recherche, qui se veut pleinement fondée en droit, est encadrée par des choix méthodologiques précis et affirme sa validité tout en étant consciente des limites qui la caractérisent. Avant d'aborder plus en détail la méthode qui guide cette étude (§3) et le cadre théorique de référence (§2), il

est opportun d'orienter le regard critique du lecteur en mettant en exergue les aspects qui resteront nécessairement en dehors du champ d'analyse de cette recherche, n'étant pas en lien direct avec l'objet d'étude (§1).

§1. LES ÉLÉMENTS QUI DÉFINISSENT L'ÉTENDUE DE L'ÉTUDE

32. La validité d'une étude se mesure, en bonne partie, par la prise en compte des limites qui la caractérisent. Le nombre de questions qui peuvent être abordées de façon approfondie et exhaustive est forcément limité et la pertinence de ces dernières est en lien avec l'étendue de l'analyse. Nous pouvons, ainsi, identifier trois limites qui aident à définir cette recherche : la première est une limite d'ordre géographique et politique (A), la deuxième touche la distance avec la technique du droit comparé (B), et la troisième concerne le dynamisme de l'évolution du sujet et son impact sur l'exhaustivité de l'étude (C).

A. Limites géographiques

33. La dimension globale du phénomène migratoire pourrait facilement mener à la conclusion selon laquelle une réflexion tout aussi « globale » et omni-compréhensive s'impose à chaque fois que ce sujet est abordé. Cependant, la particularité du raisonnement analytique est celle de fractionner une problématique complexe pour mieux en aborder chaque composante, la considérer individuellement et dans le respect de ses spécificités.

34. Suivant cette méthode analytique, nous avons choisi de nous concentrer sur l'action de la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière. Dès lors, l'UE représente la zone géographique sur laquelle se concentre majoritairement cette étude, le territoire de l'Union étant la zone sur laquelle la Cour exerce sa juridiction.

35. L'UE est une union politique dont les « frontières » dépassent la simple somme des territoires de ses États membres. La CJUE exerce donc sa juridiction, aussi, sur les pays qui,

n'étant pas membres de l'UE, font néanmoins partie de l'ELSJ, et les impacts de sa juridiction peuvent avoir une résonance parfois extraterritoriale.

36. Les limites géographiques de la présente étude calquent ainsi les limites de l'action de la CJUE, ces dernières gardant des contours parfois flous tout en étant majoritairement concentrées sur le territoire de l'UE. Pourtant, toutes les questions touchant la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes auxquelles le droit de l'UE ne peut s'appliquer de façon directe ou indirecte resteront exclues de l'analyse dans les prochaines pages.

37. L'action externe de l'UE et sa capacité à conclure des accords avec des pays tiers en matière migratoire seront prises en compte, notamment dans la première partie de ce travail, ce qui nous permettra de mettre en relief aussi les limites de l'action de la CJUE dans la protection des droits fondamentaux des migrants dues parfois aux incongruences du droit de l'UE et de l'initiative des États membres.

B. La nature non comparative de la recherche

38. Le sujet choisi sera abordé à partir d'une perspective qu'autrefois nous aurions pu définir de « communautaire ». En d'autres termes, la perspective de l'UE demeure le point de vue privilégié duquel seront analysés les enjeux liés à la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

39. Une autre façon d'apprécier la mesure de l'action de la CJUE dans ce domaine aurait été celle d'une analyse de l'impact de sa jurisprudence dans chacun des ordres juridiques nationaux qui composent l'UE. Tout en reconnaissant la validité d'une telle approche, nous ne pouvons que constater qu'elle ne nous permettrait pas d'atteindre les objectifs que ce travail vise. Il est donc opportun de clarifier qu'il ne s'agira pas d'un travail comparatif, le but étant de montrer les points de force et les faiblesses de l'action de la CJUE en relation à l'application du droit de l'UE.

40. Des références à des situations internes aux pays membres seront faites seulement dans la mesure où ces dernières ont fait l'objet d'arrêts ou d'ordonnances de la Cour. L'intérêt poursuivi sera donc toujours celui de montrer la contribution de la jurisprudence de la CJUE à l'évolution - ou à l'inertie - du droit de l'UE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière.

C. Limites chronologiques

41. Le contentieux en matière de répression des migrations devant la CJUE est en croissance continue. Il s'agit d'un domaine très dynamique, dans lequel la production jurisprudentielle de la Cour est constante et très abondante.

42. Ceci nous force à fixer une limite chronologique à notre recherche : seront pris en compte les principaux arrêts ou ordonnances de la CJUE publiés avant le 20 juillet 2020.

43. Si, d'un côté, cette dernière limite a un impact sur l'actualité de la recherche, de l'autre, elle représente un barème fondamental pour le lecteur capable d'en mitiger les attentes. La validité des réflexions et des analyses développées tout au long de cette étude ne sera ainsi pas remise en discussion, car il ne s'agit pas ici d'une chronique de la jurisprudence récente de la CJUE, mais d'une recherche ayant un horizon large et un regard profond sur la place de l'action interprétative de la Cour face à la répression des migrations dans l'UE.

§2. LE CADRE CONCEPTUEL

44. Afin de permettre la compréhension du choix d'un sujet aussi spécifique, il est opportun de définir la portée des notions qui sauront fonder et orienter notre analyse tout au long de cette étude.

A. Crise migratoire, crise de la politique migratoire européenne et pas « crise des migrants »

45. Les chiffres des dernières années concernant l'immigration et, plus largement, la gestion des frontières extérieures de l'UE sont assez éloquentes. L'année 2015 est entrée dans l'histoire pour ses tristes records : plus de 50 millions de ressortissants de pays tiers ont traversé les frontières de l'Union et, outre ce flux de voyageurs réguliers, « le conflit en Syrie et les crises en d'autres endroits ont entraîné 1,8 millions de franchissements irréguliers des frontières extérieures de l'Europe »³⁹.

46. La « déclaration » entre l'Union Européenne et la Turquie, signée le 18 mars 2016⁴⁰, a déterminé une réduction significative des flux en provenance de la route de la Méditerranée orientale (environ 98%)⁴¹. Cependant, bien qu'au niveau quantitatif les résultats puissent nous sembler encourageants, cette mesure, qui cible aveuglément les symptômes de la crise, n'a pas touché aux causes profondes, entraînant donc une réorientation des flux de migrants vers la Méditerranée centrale.

47. Les naufrages hélas récurrents de bateaux, toujours plus petits et plus bondés de migrants, et les abus souvent mortels des passeurs nous convertissent en tristes témoins de la dangerosité de cette voie qui vise notamment les côtes italiennes à partir de la Libye. L'Organisation internationale pour les Migrations (OIM), à travers son portail en ligne constamment mis à jour, nous informe que 2 655 migrants ont perdu la vie en 2017 dans la

³⁹ Commission européenne, « Discussion sur le futur cadre en faveur de systèmes d'information plus robustes et intelligentes au service de la gestion des frontières extérieures et de la sécurité intérieure », communiqué de presse n° P/16/1248 2016, Bruxelles, le 6 avril 2016.

⁴⁰ Conseil européen, « Déclaration UE-Turquie », communiqué de presse n°144/16, le 18 mars 2016.

⁴¹ Commission européenne, « Taking action on the Central Mediterranean route. Managing flows, saving lives », document de synthèse du Sommet de Malte du 3 février 2017 : « Les arrivées sont passées de 10.000 par jour en octobre 2015 à environ 80 par jour jusqu'à out 2016. Cependant les flux se sont réorientés vers le centre de la méditerranée, notamment vers l'Italie qui est donc devenue la voie principale d'accès au continent européen pour les migrants dont on enregistre une augmentation du 15% des passages en 2016 (181.000 personnes) par rapport à l'année précédente (154.000 personnes en 2015) ».

périlleuse traversée de la mer Méditerranée, 1962 personnes sont mortes en 2018 dans la même tentative, et encore 1264 en 2019, puis 600 de janvier à octobre 2020⁴².

48. Forts de ces constats, nous réfutons l'emploi de l'expression « crise des migrants » pour un double ordre de motifs. Premièrement, car le mot « crise » est un mot inapproprié à la situation actuelle qui, loin d'être apparue de façon soudaine et inattendue, est en revanche la conséquence logique d'événements prévisibles aux impacts atténuables. Deuxièmement, pour le lien indissociable, rappelé plus haut⁴³, entre la nature humaine et le phénomène migratoire. L'être humain est un être migrant de par sa nature. Toute civilisation s'est développée grâce au courage (parfois la folie) d'hommes et de femmes qui ont osé quitter leurs lieux d'origine – par choix ou par nécessité - en recherche de quelque chose de différent, quelque chose de meilleur pour eux-mêmes et pour leurs enfants⁴⁴.

49. Par conséquent, nous partons du postulat selon lequel le mot « crise » - souvent abusé dans le langage journalistique – ne peut pas se référer aux migrants. S'il y a une crise, c'est bien la « crise de la politique migratoire européenne ». Aujourd'hui encore, il est difficile d'identifier une véritable « politique migratoire » de l'UE. Cette grande absente est enfin apparue très récemment - et dans des formes hybrides - dans les agendas du Conseil et de la Commission européenne.

⁴² Organisation internationale pour les Migrations (OIM), « Missing Migrants », en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean/>> (consulté le 12 octobre 2020).

⁴³ Voir *supra*, Introduction générale, Section 1, § 1, lettre A.

⁴⁴ Cette étude est le fruit de recherches faites en collaboration entre deux universités situées des deux côtés de l'Atlantique, ceci rend légitime de « banaliser » pour un instant et volontairement les enjeux liés à la migration, et de s'interroger ainsi sur la question suivante : qu'en serait-il de l'art, de la musique, de la gastronomie, des sciences, si quelqu'un - gendarme ou organisation internationale - aurait empêché Christophe Colomb de quitter l'Espagne ou les tomates américaines de rentrer en Italie?

B. Le statut juridique du migrant en condition irrégulière

50. La vue d'ensemble sur le droit de l'Union européenne et les compétences partagées en matière d'immigration nous aident à mieux comprendre que le statut juridique du migrant en condition irrégulière est le fruit d'une discipline normative complexe. Les lacunes encore très présentes, tant au niveau européen qu'au niveau international, peuvent aisément ouvrir la voie à l'adoption d'actes inspirés plus par la quête de sécurité que par le respect des droits fondamentaux.

51. Autour du mot « migrant », il y a, dans le discours juridique et politique, une constellation de définitions les plus différentes les unes des autres. L'OIM affirme clairement que : « [a]u niveau international, il n'existe pas de définition universellement acceptée du terme “migrant ” car en effet chaque définition est accompagnée par un jugement de valeur qui en définit les contours selon le contexte dans lequel il est utilisé »⁴⁵.

52. Dans les documents officiels de l'Union Européenne, les actes législatifs, les arrêts de la Cour ou les communiqués de presse, le terme le plus utilisé est celui de « ressortissant de pays tiers » et, selon le glossaire de l'UE présent dans le portail européen sur l'immigration, le mot « migrant » est un « terme plus large que celui d'immigrant ou

⁴⁵ L' OIM, dans son *Glossaire de la migration*, *Glossaire de la migration*, Droit international de la migration, Genève, 2007, no. 9, p. 45, nous fournit une définition partielle en disant que : « ce terme s'applique habituellement lorsque la décision d'émigrer est prise librement par l'individu concerné, pour des raisons “de convenance personnelle” et sans intervention d'un facteur contraignant externe. Ce terme s'applique donc aux personnes se déplaçant vers un autre pays ou une autre région aux fins d'améliorer leurs conditions matérielles et sociales, leurs perspectives d'avenir ou celles de leur famille ». Il est intéressant de faire la lecture de ce même terme tel que défini par le Conseil Canadien pour les réfugiés (dans son document *À propos des réfugiés et des immigrants : Un glossaire terminologique*, disponible en ligne : <<http://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/static-files/glossaire.PDF>>) qui, en complément de la définition de l'OIM, affirme que « l'on applique le plus souvent [le terme migrant] à ceux qui se trouvent au bas de l'échelle sur le plan économique. Par exemple, c'est rare que l'on entende parler d'un homme d'affaires migrant ». Il faut aussi remarquer qu'au niveau du Conseil de l'Europe, l'unique encadrement juridique du statut du migrant a une portée économique et l'on retrouve dans la convention STCE 93 du 24.11.1977 Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant.

d'émigrant qui font référence à une personne qui se déplace d'un pays ou d'une région à un(e) autre pour s'y établir »⁴⁶.

53. Aux fins de l'étude en objet, le choix est d'adopter le niveau sémantique le plus simple de ce mot. Au vu de la grammaire, « migrant » est avant tout un adjectif qui qualifie un nom (parfois sous-entendu, voire oublié) : la personne humaine. La personne migrante est donc le véritable sujet, aussi sur le plan juridique, des droits et des obligations nationales et internationales. Elle est le véritable destinataire à la fois des garanties fondamentales et des normes *criminalisantes* qui feront l'objet de cette thèse.

54. Naturellement, ayant pour objet les mesures prises envers les personnes qui rentrent ou séjournent sur le territoire européen à l'extérieur du cadre *légal*, nous ajouterons à cette définition générique de migrants la connotation « irréguliers » et, dans cette direction, nous rejoignons la position de Jean Yves Carlier, selon qui « un étranger, qui ne remplit pas les conditions nécessaires à l'une de ces formes d'immigration de droit que sont l'asile, le regroupement familial, le statut d'étudiant ou aux formes d'immigration économiques autorisées par un État, sera un migrant irrégulier »⁴⁷.

55. Ainsi, nous considérons la condition du migrant comme celui, dépourvu d'un titre de séjour valide, qui arrive matériellement à franchir les frontières de l'UE, que ce soit pour y demander une protection internationale ou pour des raisons familiales ou, tout simplement, dans le but d'améliorer ses conditions de vie.

56. Au niveau philosophique, les migrations représentent un *phénomène* dans l'acception kantienne. Elles se présentent à nous comme une manifestation de la réalité, un fait qui existe

⁴⁶ Commission européenne, « Glossaire de l'UE », en ligne : http://ec.europa.eu/immigration/glossaire_fr#glosM.

⁴⁷ Jean Yves CARLIER, *Les conditions des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 174; Jean Yves CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers », dans Stéphane Leclerc (dir), *Europe(s), Droit(s) et migrant irrégulier*, Bruylant, Bruxelles, 2012 à la page Introduction générale.

en tant qu'objet de la connaissance⁴⁸. Elles sont visibles à tous, et chacun ne peut les comprendre qu'à travers ses propres références culturelles⁴⁹. Avant de courir le risque de tomber dans le relativisme gnoséologique, il faut tout simplement se pencher sur la nature des migrations qui consiste en le déplacement d'une personne, groupe ou peuple, d'un pays (ou région) vers un autre.

57. Dans le cadre de cette étude, nous inclurons au terme « migration » le concept de franchissement de frontières. Nous irons notamment regarder les hypothèses de migration vers les territoires de l'UE et, plus largement, vers l'espace de liberté, de sécurité et de justice; les frontières en question seront donc les frontières de l'espace Schengen.

C. « Répression » et « criminalisation » des migrations

58. Conscients de l'importance que le choix linguistique occupe dans une étude juridique, nous avons choisi d'utiliser dans le titre le terme « répression » plutôt que « criminalisation » des migrations irrégulières. Ceci est dû au fait que cette dernière expression évoque directement la matière pénale et, donc, se prête mal à une analyse exhaustive du phénomène. En fait, les actes ayant nature de sanction pénale tout court sont, dans la pratique, assez rares en matière migratoire, alors que les législateurs nationaux privilégient des mesures ayant une portée répressive au sens large, souvent de nature administrative.

59. Dès lors, ce choix nous permet d'élargir le champ d'analyse et d'aller bien au-delà des mesures qui intègrent tous les éléments constitutifs de l'infraction pénale, arrivant à toucher aussi bien les actes administratifs que les décisions des autorités compétentes des

⁴⁸ Selon Emmanuel KANT, *Critique de la raison pure*, Paris, Gallimard, 1990. La lecture de cet illustre philosophe nous rappelle que, généralement, l'objet de connaissance, manifesté comme au travers du phénomène, est en réalité différent de l'objet en soi. Il nécessite donc un effort intellectuel complémentaire afin d'atteindre une pleine compréhension.

⁴⁹ Les différents propos avancés par les politiques, parfois extrémistes dans un sens comme dans l'autre, en sont un témoignage.

États membres qui participent au contentieux en matière de répression des migrations devant la Cour de justice de l'Union Européenne.

60. Néanmoins, le titre 2 de la deuxième partie de ce travail sera consacré plus spécifiquement à la dimension interne de la répression des migrations, entraînant ainsi des considérations et des analyses sur la pratique de la « criminalisation des migrations »⁵⁰.

D. La place des droits fondamentaux

61. La discipline multi-niveaux qui caractérise les droits fondamentaux au niveau européen trouve sa place, en bonne partie, dans l'espace normatif où les compétences de l'UE et des États membres se chevauchent. Dans cet espace *rempli de vide*, la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* joue un rôle très important, renforcé par l'interprétation de la CJUE⁵¹.

⁵⁰ Voir, *infra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 2.

⁵¹ La doctrine s'est largement penchée sur la portée novatrice de certaines décisions récentes, notamment à propos des arrêts Melloni C-399/11 et Akerberg Fransson C-617/10 CJUE. Antoine BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 2014.97, 235: « La Cour [de justice de l'Union européenne] semble y marquer sa préférence pour une lecture constitutionnelle, plutôt qu'intergouvernementale ou conventionnelle, du Bill of Rights de l'Union européenne ». L'auteur, dans cet article, et plus largement dans l'ouvrage Antoine BAILLEUX et Hugues DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, 1, Bruxelles, 2015 soutienne la thèse d'une Union européenne fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel. À cette approche modérée quant au champ d'application des droits fondamentaux au niveau national, d'autres auteurs s'associent, voir: Sébastien PLATON, *L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux États membres. Retour sur l'arrêt Fransson de la Cour de justice du 26 février 2013*, coll. Mélanges en l'honneur de François Hervouet, Poitiers, Presses de l'Université de Poitiers, 2015, p. 402 « [La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne] n'en deviendrait pas pour autant un standard fédéral, puisque le champ d'application du droit de l'Union, et donc celui de la Charte, est encore loin de recouvrir exactement, du point de vue matériel, le champ d'application de l'ensemble des droits nationaux. Plus que fonctionnelle, mais moins que fédérale, la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne reflète donc la nature fondamentalement ambivalente de l' Union européenne ».

62. Une partie de la doctrine⁵² arrive à reconnaître un ordre hiérarchique des normes pour dénouer les questions liées à l'applicabilité des droits fondamentaux, en utilisant le concept de *multilevel constitutionalism*⁵³, très cher aux auteurs qui prônaient le projet de constitution européenne qui a échoué en 2004, suite aux référendums français et néerlandais. Ce projet a plus récemment été repris dans le cadre de la réflexion concernant la *polycrise*⁵⁴ que l'Union se trouve à gérer depuis quelques années.

63. Dans un contexte si problématique de crise sociale évidente, la question migratoire et la répression des migrants en condition irrégulière mettent en exergue, sur le plan juridique, des enjeux d'importance capitale, et parfois de sens opposés. La quête de sécurité et de stabilité intérieure pour les citoyens européens se heurte alors à la nécessité de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière.

64. Aux fins de cette étude, l'expression « droits fondamentaux » ne se limite pas aux droits protégés par les instruments conventionnels de droit international. Notre regard se posera sur les droits et les garanties particulièrement menacés par la pratique de la répression des migrations au niveau de l'UE et de ses pays membres.

⁵² Alessandra SILVEIRA, Mariana CANOTILHO et Pedro Madeira FROUFE, *Citizenship and solidarity in the European Union : from the charter of fundamental rights to the crisis, the state of the art*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2345782>>; Matej AVBELJ et Jan KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2012; Ingolf PERNICE, « Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe », (2015) 11-3 *European Constitutional Law Review* 541-562.

⁵³ Andrea PATRONI GRIFFI, « Europa e migranti », (2011) 2 *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 3: « Lo statuto giuridico dei migranti é il frutto di una disciplina multilivello, espressione di quel più generale multilevel constitutionalism, che tocca un nervo assai sensibile degli stati di democrazia pluralista »; Ingolf PERNICE, « Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe », (2015) 11-3 *European Constitutional Law Review* 541-562.

⁵⁴ Jean-Claude JUNCKER, *Speech by President Jean-Claude Juncker – EP Plenary session – Conclusions of the European Council meeting of 17 and 18 December 2015*, discours du président de la Commission européenne prononcé le 19 janvier 2016 devant le Parlement européen, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-112_en.htm> (consulté le 12 mars 2017).

65. Pour justifier la prise en compte de certains droits fondamentaux plutôt que d'autres, il nous semble opportun de suivre l'approche dictée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, toujours en lien avec les pratiques de répression de la migration irrégulière. Dans ce domaine, où l'on voit le frottement entre le droit de l'UE et la justice répressive nationale, le droit de l'Union est toujours interprété à la lumière de normes relatives aux droits humains qui s'imposent aux États membres, comme le démontrent les références constantes de la Cour à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* (CDFUE)⁵⁵, à la *Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* (CEDH)⁵⁶, au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP)⁵⁷, à la *Charte sociale européenne* et aux conventions de l'Organisation internationale du Travail (OIT)⁵⁸.

66. Néanmoins, « le droit international, conventionnel ou coutumier n'est pas nécessairement invoqué devant les tribunaux nationaux en Europe »⁵⁹, car le droit dérivé de l'UE (notamment les actes contraignants tels que les directives et les règlements) « a déjà permis d'intégrer dans les législations nationales les droits fondamentaux de toutes les personnes, sans distinction fondée sur leur statut de migrant »⁶⁰. Dans cette œuvre d'intégration, la CJUE joue un rôle décisif. Ceci justifie notre choix de suivre le fil rouge des arrêts qui se penchent sur les droits subjectifs et les garanties procédurales qui s'appliquent

⁵⁵ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, J.O.U.E. 2000/C 364/01, signée le 7 décembre 2000 à Nice.

⁵⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, STE n° 5, adoptée le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953), telle qu'amendée par le Protocole n° 11 et avec les Protocoles n° 1, 4, 6, 7 et 12, 213 RTNU 222.

⁵⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 23 mars 1976), 999 RTNU 171.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ YANNIS KISTAKIS, *La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne*, Paris, Conseil de l'Europe, 2014, p. 10.

⁶⁰ *Ibid.*

aux migrants en situation irrégulière, que nous pourrions ici regrouper sans aucune prétention d'exhaustivité en quatre catégories, soit dignité (i), libertés (ii), égalité (iii) et justice (iv)⁶¹ :

- i) le droit au respect de la dignité humaine (art. 1 CDFUE) ; le droit à la vie (art. 2 CDFUE) ; le droit à l'intégrité de la personne (art. 3 CDFUE) ; à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (art. 4 EDFUE) ;
- ii) le droit à la liberté et sécurité (art. 6 CDFUE); le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 7 CDFUE et art 8 CEDH)⁶²; le droit à la protection des données personnelles (art 8 CDFUE); le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile devant la persécution (art. 18 CDFUE); protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (art. 19 CDFUE);
- iii) le droit d'égalité en droit (art. 20 CDFUE) ; le droit de ne pas faire l'objet de discrimination en raison de sa race, son sexe, sa langue, sa religion, son origine nationale ou sociale, ou d'autres motifs (art. 21 CDFU) ; les droits de l'enfant (art. 24 CDFUE) ;
- iv) le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), le droit à un recours effectif (art. 47 CDFUE) ; la présomption d'innocence et le droit à la défense (art 48 CDFUE) ; le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 49 CDFUE), le droit d'être protégé contre l'arrestation et la détention arbitraires (art. 9 et 11 PIDCP) ; droit à l'accès à l'information dans le procès pénal (*Directive 48/2013*);

⁶¹ La présente classification n'est pas un « numerus clausus » de droits protégés, car nous sommes conscients que la dynamique du phénomène migratoire exige flexibilité dans l'encadrement juridique. La structure proposée calque néanmoins la systématisation des droits fondamentaux faite par la CDFUE.

⁶² Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive de droits. Nous sommes conscients que la complexité de la condition de migrant mène à la configuration de garanties toujours plus poussées et adaptées aux situations concrètes. En effet, chaque effort de catégorisation, même ceux qui procèdent dans la direction la plus granitiste, de par son caractère rigide, peut facilement créer une limite plutôt qu'une protection pour ceux qui sont supposés en bénéficier.

67. La portée universelle de ces normes sera à la base des considérations faites tout au long de la thèse. Dans le même sens, nous nous associons aux mots de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne :

sauf exclusion expresse de leur champ d'application, les droits et libertés [fondamentaux] s'appliquent à toute personne relevant de la juridiction des parties contractantes, y compris aux migrants en situation irrégulière. Le non-respect des conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre de l'Union Européenne (UE) ne peut priver un migrant en situation irrégulière de l'exercice de certains droits fondamentaux communs à tous les êtres humains⁶³.

68. Notre regard se concentrera donc sur les principaux droits mis en situation de danger potentiel (parfois comprimés, parfois écrasés) par l'utilisation de mesures à caractère pénal et aux garanties minimales à octroyer aux migrants lors de procédures pénales.

E. Les droits fondamentaux et la « matière pénale »

69. L'interaction entre les droits fondamentaux et la matière pénale n'a jamais été chose simple. La vocation à l'application universelle et à l'interprétation extensive qui caractérise les droits fondamentaux se concilie mal, à première vue, avec les principes de territorialité et de légalité autour desquels la matière pénale et la justice répressive bâtissent l'expression de la souveraineté des États. La rigidité des frontières nationales, autant géographiques que juridiques, appartient au passé et, dans une dimension de plus en plus supranationale, les différentes organisations régionales de droit international prennent une place grandissante avec une pluralité de sources qui touchent aussi la matière pénale. Pour reprendre les mots de Van de Kerchove : « [u]n principe de légalité élargie ou de légalité plurielle consacre

⁶³ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union Européenne: rapport comparatif*, Luxembourg, Office de publications de l'Union Européenne, 2012, p. 7.

aujourd'hui l'éclatement du droit pénal légal étatique comme noyau dur historique du droit pénal »⁶⁴.

70. L'Union européenne, au cœur de cette étude, représente un exemple limpide de comment une organisation internationale d'intégration ayant adopté, au niveau du droit primaire, la protection des droits fondamentaux⁶⁵ puisse constituer l'environnement idéal pour favoriser cette interaction entre droits fondamentaux et justice répressive. Cela explique aussi le vif intérêt porté par la doctrine, à l'heure actuelle, pour la jurisprudence européenne, plus que pour les actes de droit dérivé ; car la présence – en force – des droits de l'Homme et du droit pénal dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne confirme, encore une fois, l'intérêt du sujet choisi pour ce projet de recherche. Yves Cartuyvels l'a très bien résumé, en affirmant que, « tour à tour partenaires et adversaires du droit communautaire, le droit « répressif » et les droits fondamentaux se croisent régulièrement dans les arrêts de la CJUE et du Tribunal de Première Instance »⁶⁶.

71. La réflexion autour du rôle que les droits de l'Homme jouent dans le domaine « répressif », toujours au regard du phénomène de la migration irrégulière, accompagnera

⁶⁴ M. VANDE KERCHOVE, « Développements récents et paradoxaux du principe de légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », dans *Liber amicorum Jean du Jardin*, Bruxelles, Kluwer, 2001 aux pages 300-311, en ligne : https://www.google.ca/search?newwindow=1&q=M.+Van+de+Kerchove%2C+%C2%AB%D%C3%A9veloppements+r%C3%A9cents+et+paradoxaux+du+principe+de+l%C3%A9galit%C3%A9+criminelle+et+de+ses+corollaires+essentiels+%C2%BB%2C+in+Liber+amicorum+Jean+du+Jardin%2C+Bruxelles%2C+Kluwer%2C+2001%2C+p.+300-311.&oq=M.+Van+de+Kerchove%2C+%C2%AB%D%C3%A9veloppements+r%C3%A9cents+et+paradoxaux+du+principe+de+l%C3%A9galit%C3%A9+criminelle+et+de+ses+corollaires+essentiels+%C2%BB%2C+in+Liber+amicorum+Jean+du+Jardin%2C+Bruxelles%2C+Kluwer%2C+2001%2C+p.+300-311.&gs_l=psy-ab.3...2055492.2055492.0.2056174.1.1.0.0.0.0.0.0...0...1.1.64.psy-ab..1.0.0.or1KVDEtqCw> (consulté le 1 septembre 2017).

⁶⁵ Avec l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* le 1^{er} décembre 2009, la *Charte européenne des droits fondamentaux* est devenue juridiquement contraignante. Elle consacre des droits fondamentaux qui reflètent les valeurs communes de l'Europe et son héritage constitutionnel.

⁶⁶ Yves CARTUYVELS, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 112.

l'évolution de notre étude et sera nourrie par l'analyse critique des différentes contributions des principaux auteurs qui ont déjà abordé le sujet⁶⁷. Une approche critique nous permettra de considérer les forces et les faiblesses de chaque position doctrinale et d'envisager une avancée sur le plan épistémologique.

F. La relation entre le droit de l'UE et la marge d'appréciation des États membres

72. L'analyse des réponses aux pressions migratoires offertes par les États membres nous montre qu'elles trouvent souvent leur base légale dans des normes de droit européen. Les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration sont aujourd'hui réglées par les articles de 77 à 80 du chapitre 2 du Titre V du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, consacré à l'ELSJ. Ces politiques de contrôle sont entrées pleinement dans les compétences de l'Union européenne avec le *Traité d'Amsterdam*, qui prévoyait aussi l'intégration de l'acquis Schengen dans le droit communautaire. L'abolition des contrôles aux frontières intérieures des pays membres a, parallèlement, créé la nécessité de renforcer les contrôles aux nouvelles frontières extérieures afin d'assurer la sécurité de la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux à l'intérieur de l'espace communautaire. Avec le *Traité de Lisbonne*, les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration rentrent parmi les compétences partagées entre l'Union,

⁶⁷ Entres autres, à propos de l'effet positif ou négatif du droit de l'Union sur le droit pénal national: Jean Pradel, G J M Corstens & G Vermeulen, *Droit pénal européen*, 3e éd éd, Paris, Dalloz, 2009 aux pp 405 et s; concernant l'harmonisation « négative » et « positive » des législations pénales nationales par le droit communautaire, Stefano Manacorda, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination » (2006) 2 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*; dans un sens très proche aussi, Anne Weyembergh, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Université libre de Bruxelles, 2004.

qui légifère en la matière selon la procédure législative ordinaire⁶⁸, et les États membres (art. 4, § 2, lettre j TFUE)⁶⁹.

73. Le droit de l'UE laisse une marge assez large aux États pour l'adoption d'actes qui visent la protection de la sécurité intérieure et de l'ordre public. Cela fait en sorte que chaque État membre est en mesure d'adopter des normes plus restrictives, par exemple en matière d'immigration⁷⁰, que celles de l'Union, sous couvert que le choix du législateur national est justifié par des raisons d'ordre public ou de sécurité intérieure (article 72 TFUE).

74. Pareillement, au vu de l'article 79, § 5 TFUE, chaque État garde la liberté de déterminer, sur une base annuelle, le nombre de ressortissants de pays tiers qui auront le droit d'entrer sur son territoire afin de chercher un emploi. Le caractère d'autonomie des systèmes et des traditions juridiques nationales est aussi confirmé par une disposition, prévue à l'article 67, §1 TFUE, qui s'applique à l'ensemble des normes concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁷¹.

⁶⁸ L'article 289 §1 TFUE décrit la procédure de codécision : « La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette procédure est définie à l'article 294. »

⁶⁹ Dans les matières à compétence partagée, vu l'article 2 § 2 TFUE, l'Union et les États membres peuvent adopter des actes juridiquement contraignants, mais les États peuvent exercer leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres sont aussi tenus au respect du principe de coopération loyale envers l'UE, prévu par l'art. 4, § 3 TFUE.

⁷⁰ Par exemple, en termes de transposition de la Directive « retour », CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

⁷¹ Article 67, §1 TFUE (ex-article 61 TCE et ex-article 29 TUE) : « 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ». Dans le même sens s'exprime le protocole n. 23 sur les relations externes des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures, annexe au TFUE, selon lequel : « Les dispositions sur les mesures relatives au franchissement des frontières extérieures prévues à l'article 77, paragraphe 2), point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne préjugent pas la compétence des États membres de négocier ou de conclure des accords avec des pays tiers, pour autant que lesdits accords respectent le droit de l'Union et les autres accords internationaux pertinents ».

75. Dans le cadre de compétences partagées, les lacunes du droit de l'UE en matière migratoire sont alors comblées par des mesures répressives ou de criminalisation prises par les États membres. L'action de la CJUE semble alors être le dernier rempart capable d'endiguer les dérives répressives.

G. La Cour européenne des droits de l'Homme

76. Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « Cour EDH ») a été, dans la pensée collective des Européens, juristes et citoyens communs, la seule et véritable institution dédiée à la défense des droits et libertés fondamentaux. En effet, il y a deux arguments principaux qui soutiennent cette interprétation. Tout d'abord, l'élément chronologique : formée en 1959, elle a rendu son premier arrêt en 1960⁷² quand les communautés européennes (CECA, CEE, EURATOM), dans leurs traités fondateurs, étaient encore loin d'englober les questions inhérentes aux droits de l'Homme. Deuxièmement, l'ampleur de sa juridiction : elle touche aujourd'hui les quarante-sept pays qui ont ratifié la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*. Cette vocation paneuropéenne, qui caractérise tous les actes du Conseil de l'Europe⁷³, étend le respect des droits humains bien au-delà des frontières de l'Union européenne et, au fil des années, grâce à l'activité interprétative de la Cour européenne des droits de l'Homme, a fait en sorte que la *Convention européenne des droits de l'Homme* soit reconnue au rang de « droit commun des droits fondamentaux en Europe »⁷⁴.

⁷² CEDH, 14 novembre 1960, *Lawless c. Irlande (no. 1)*, n° 332/57 [1960].

⁷³ La plupart des conventions du Conseil de l'Europe sont en effet des instruments conventionnels ouverts à la participation de tout État, même au-delà du continent européen.

⁷⁴ Françoise TULKENS et Johan CALLEWAERT, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux », dans *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2002 à la page 178. Les auteurs parlent aussi de « la globalisation de la CEDH en Europe », p. 179.

77. L'intégration des principes dégagés par la Cour de Strasbourg a toujours été faite par la voie prétorienne, et les impacts de sa jurisprudence ont été sans aucun doute remarquables à tous les niveaux, y compris dans le complexe domaine répressif, notamment par le biais des articles 6 et 7 CEDH. L'une des décisions, parmi les plus célèbres⁷⁵, qui ont touché au domaine pénal, a été l'arrêt *Cantoni c. France*⁷⁶ du 15 novembre 1996, dans laquelle

la Cour Européenne des Droits de l'Homme a examiné la compatibilité avec la CEDH d'une disposition pénale française directement issue d'une directive communautaire, estimant que l'origine communautaire de la disposition attaquée ne la soustrayait pas à l'empire de l'article 7 de la CEDH⁷⁷

78. Dans une jurisprudence plus récente, en matière de lutte à l'immigration, un arrêt tout à fait remarquable a été rendu dans l'affaire *Hirsi, Jamaa et autre c. Italie*⁷⁸, qui a vu la condamnation de l'Italie à la suite d'une opération des autorités italiennes d'interception et de refoulement de migrants en haute mer⁷⁹.

79. Malgré l'importance incontournable de la jurisprudence de la Cour EDH dans le développement de la protection des droits de l'Homme en Europe, le mécanisme de requête individuelle réglé par l'article 34 CEDH⁸⁰ prévoit l'épuisement des voies internes de recours

⁷⁵ Il faut préciser que la Cour de Strasbourg suit une approche fonctionnelle dans l'application des droits contenus dans la Convention, et non une approche formaliste, ne s'arrêtant pas aux classifications (entre droit pénal, sanction disciplinaire ou droit administratif) faites par les États. Elle l'a clairement énoncé dans sa jurisprudence: « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ». CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73 [1979], n°32, § 24.

⁷⁶ CEDH, 15 novembre 1996, *Affaire Cantoni c. France*, n° 17862/91, [1996].

⁷⁷ Françoise Tulkens, « L'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », journées d'études de Strasbourg, « Le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 16-17 juin 2000; RUDH, 15 septembre 2000, vol. 12, n° 1-2, p. 50 ss.

⁷⁸ *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, CourEDH n° 27765/09, [2012].1.

⁷⁹ Violation des articles : 3 CEDH, article 4 protocole n. 4 CEDH et article 13 combiné avec l'article 4 protocole n. 4.

⁸⁰ « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. [...] ». Conseil

et offre donc une protection *ex post* par rapport aux juridictions nationales⁸¹. En outre, le caractère déclaratoire des actes du Conseil de l'Europe fait en sorte que le constat d'incompatibilité entre la CEDH et un acte national laisse une grande marge aux États quant au choix des moyens et des temps de réponse suite à une condamnation provenant de Strasbourg.

80. Les raisons que nous venons d'énumérer justifient le choix de concentrer cette étude sur la Cour de justice de l'Union européenne et sur l'impact que sa jurisprudence (notamment celle en matière de répression des migrations) a dans la création d'un système de garanties de plus en plus harmonisé à l'intérieur de l'Union. Cependant, l'interconnexion qui existe entre la jurisprudence de l'UE et celle du Conseil de l'Europe fait en sorte que certaines références croisées seront nécessaires pour une analyse complète et approfondie du sujet.

81. D'ailleurs, plusieurs juges de la CJUE ont souligné l'importance de la perméabilité entre les systèmes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, justifiée par le partage des mêmes principes. Pour reprendre les mots du juge Bonichot :

La Cour de justice protège les droits fondamentaux, et fait application de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Il n'est pas excessif de dire que le contenu matériel de la convention européenne des droits de l'Homme, tel qu'interprété par la Cour Européenne, est purement et simplement introduit dans le droit communautaire. Sur l'essentiel en effet, les jurisprudences luxembourgeoise et

de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, 2014, p. 12 : « L'article 34 instituant le droit de recours individuel recèle un véritable droit d'action de l'individu au plan international, il constitue en outre l'un des piliers essentiels de l'efficacité du système de la Convention ; il fait partie « des clefs de voûte du mécanisme » de sauvegarde des droits de l'homme (Mamatkoulou et Askarov c. Turquie [GC]1 , §§ 100 et 122 ; Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), § 70) ».

⁸¹ « Le principe de subsidiarité inhérent au système de la Convention impose que la Cour de Strasbourg puisse être saisie après l'épuisement des voies de recours internes », Antonio Tizzano, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, Revue trimestrielle de droit européen, no. 1, 2011, p. 9.

strasbourgeoise n'ont jamais été divergentes, la Cour de justice s'efforçant de suivre celle de la Cour européenne⁸².

H. La nécessaire prise en compte du dialogue entre CJUE et CourEDH

82. La CJUE, en plus de son rôle de gardienne des traités, a très tôt été une institution capable de garantir une application efficace du droit issu de la *Convention européenne des droits de l'Homme* dans l'ordre juridique de l'UE, « lui donnant même, à travers ses arrêts, une force qu'il n'avait pas »⁸³. D'ailleurs, certains auteurs parlent de « la double protection des droits fondamentaux en Europe »⁸⁴, faisant ainsi référence à l'importance de ce dialogue entre cours dans le processus qui a mené à la création de l'ordre juridique européen.

83. La création d'un ordre juridique propre à l'Union a été, et demeure, une activité extrêmement complexe, où la synergie des institutions européennes et les relations avec les systèmes nationaux des pays membres recouvrent une place déterminante. À l'intérieur de cette architecture très articulée, la CJUE, depuis les années cinquante, joue un rôle clé dans l'harmonisation des systèmes qui coexistent à l'intérieur de l'Union, faisant parfois face à des résistances très coriaces.

⁸² Jean-Claude Bonichot, *Cour de justice des communautés européennes et convention européenne des droits de l'homme : vers un partenariat enregistré? Le droit dans une Europe en changement*, p. 95-109. Dans le même sens : « [...] la prudence rédactionnelle de la Cour de justice UE ne doit pas dissimuler que la CEDH apparaisse comme une partie intégrante du droit communautaire. La réception des dispositions matérielles de la convention dans l'ordre juridique communautaire, par le biais des principes généraux du droit, revêtant un caractère purement formel et automatique, tout se passe comme si la Cour de justice appliquait purement et simplement la convention ». Jean Pierre Puissochet, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des communautés européennes et la protection des droits de l'homme », dans Paul Mahoney et al., *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, p. 1143.

⁸³ Jean-Claude Bonichot, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes », dans *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque Montpellier 14 et 15 décembre 1990, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 318.

⁸⁴ Silke HATTENDORFF, *La double protection des Droits de l'Homme en Europe, in Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2010.

84. Dans les matières qui appartenaient à l'ancien troisième pilier du *Traité de Maastricht* (justice et affaires intérieures), cette œuvre d'harmonisation est encore à un stade embryonnaire et incomplet. Pour reprendre les mots du juge et homme politique Antonio Vitorino :

Il s'agissait d'incorporer dans l'ordre juridique européen, (...) des politiques ancrées dans la souveraineté des États : la liberté de circulation qui présuppose le contrôle des frontières extérieures communes y compris l'abolition des contrôles aux frontières intérieures – au moins dans l'espace Schengen ; l'immigration et l'asile ; la coopération judiciaire en matière civile – élément essentiel des libertés fondamentales du marché intérieur ; la coopération policière et judiciaire en matière pénale ⁸⁵.

85. Le sujet de cette étude doctorale met une fois de plus en lumière l'importance de ce rôle d'harmonisation joué par la Cour, d'autant plus qu'en matière de répression des migrations irrégulières, le contexte juridique se présente comme particulièrement fragmenté, notamment parce que l'immigration et l'asile restent des compétences partagées entre États membres et UE, et la libre circulation représente en quelque sorte le « cheval de Troie » des droits de l'Homme⁸⁶.

86. La Cour de justice de l'Union Européenne joue dès lors un rôle extrêmement délicat, à la fois d'interprète des traités et du droit dérivé, mais aussi de défenseur des garanties et des principes fondamentaux qui inspirent les normes européennes.

⁸⁵ Antonio VITORINO, *La Cour de justice et la construction de l'Europe : Analyse et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, Springer, 2013, p. 2.

⁸⁶ Antoine Bailleux, Jérémie Van Meerbeeck, « Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois. » dans Yves Cartuyvels et al. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 152.

87. Aujourd'hui, la mise en œuvre de certains actes de droit dérivé, notamment la directive « retour »⁸⁷, le fonctionnement adéquat du mécanisme « Dublin »⁸⁸ pour les demandeurs d'asile ainsi que l'utilisation des systèmes d'informations de l'UE pour le contrôle des frontières⁸⁹, passent de plus en plus par l'examen interprétatif de la Cour de Luxembourg. Cela a pu se faire grâce à l'introduction de mécanismes particulièrement efficaces pour l'interconnexion entre la Cour et les tribunaux nationaux. Ainsi, les questions préjudicielles « représentent non seulement un élément essentiel de garantie de l'unité de l'ordre juridique communautaire, mais aussi un outil de dialogue et d'interaction du système judiciaire européen et des cours nationales »⁹⁰.

88. L'introduction de la procédure d'urgence pour le renvoi préjudiciel⁹¹ nous a montré que l'impact de ces arrêts dépasse souvent *l'interprétation authentique du droit* européen. Avec l'affirmation du principe de l'effet utile de la norme, par exemple, la Cour a pu démontrer l'invalidité de lois particulièrement restrictives des droits fondamentaux des accusés de procès pénaux.

⁸⁷ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

⁸⁸ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013.

⁸⁹ UE, *Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, JO L 77 du 23.3.2016, 1–52, p. 399. Règlement 399/2016 UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016; Règlement (CE) 810/2009; Règlement 603/2013; Règlement 1987/2006.

⁹⁰ LABAYLE Henri, *L'eupéanisation des procédures nationales*, Intervention au 76ème Congrès de la confédération Nationales des Avocats, Como, 2011.

⁹¹ Article 23-*bs* du Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexé aux traités, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (JO L 228 du 23 août 2012, p. 1)

§3. LA MÉTHODE DE TRAVAIL

89. Sur le plan méthodologique, la recherche proposée s'inscrit dans la science juridique en sens large. Une telle démarche « ne tend pas à la création du droit, mais à la connaissance du droit; elle n'est pas de l'ordre de la prescription, mais de la description »⁹². Pour ce faire, il est fondamental de prendre la bonne distance de l'objet de la recherche. Ainsi, contrairement à une démarche dogmatique, « l'adoption d'un point de vue scientifique sur le droit implique dès lors une rupture claire avec ce dogme, qui ne dissocie pas connaissance du droit et production du droit. »⁹³.

90. L'approche choisie dépasse à la fois les limites avérées du modèle du « positivisme juridique pur »⁹⁴ et celle, défendue par plusieurs auteurs, dite « externe modérée »⁹⁵. Nos convictions sur la méthodologie la plus adaptée à notre recherche rejoignent les affirmations

⁹² CHEVALLIER, Jacques, *Doctrine juridique et science juridique*, in *Droit et société*, 1/2002 (n°50), p. 110.

⁹³ « Dès l'instant où elle est construite en rupture avec la dogmatique juridique, la science du droit est inévitablement conduite à dépasser le point de vue interne, qui étudie le droit tel qu'en lui-même, en excluant toute sortie hors du système juridique, toute prise de distance par rapport à sa rationalité, toute mise en relation avec d'autres faits sociaux, pour adopter un point de vue externe, par lequel met son objectif d'étude à distance, en cherchant à expliquer les phénomènes juridiques, ou tout au moins à en rendre compte de manière réflexive et critique. », CHEVALLIER, Jacques, *Doctrine juridique et science juridique*, in *Droit et société*, 1/2002 (n°50), p. 110

⁹⁴ BOBBIO, Norberto, *Kelsen et les sources du droit*, in *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, fasc. 4, pp 474-486, « le principe d'origine du positivisme juridique est *auctoritas non veritas facit legem* ».

⁹⁵ Sur le point voir entre autres : OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la scène au balcon. D'où vient la science du droit*, in CHAZEL François et COMAILLE Jacques, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991, p. 67-80. HART, Herbert L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Luis, 1976, p. 344; cet auteur distingue ainsi le point de vue interne, qui est un point de vue en miroir, partant du discours que les institutions juridiques tiennent à propos d'elles-mêmes, en adhérant aux conventions implicites que ce discours véhicule, et le point de vue interne qui est celui des acteurs du système juridique.

de Jean Carbonnier. Selon cet auteur, la science du droit ne saurait donc seulement adopter le point de vue « du dedans » mais aussi observer le phénomène juridique « du dehors »⁹⁶.

91. Au vu du grand intérêt social de ce sujet touchant la répression des migrations, il nous apparaît nécessaire de compléter l'analyse « purement » juridique avec une approche propre au pluralisme juridique.

92. En effet, la recherche documentaire des sources jurisprudentielles et l'analyse exégétique éclairée par la doctrine juridique auront une importance centrale pour l'étude de l'action de la Cour de justice de l'UE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en conditions irrégulière. Néanmoins, la compréhension des pratiques de répression des migrations - tant au niveau national qu'europpéen - exige, pour sa part, le recours à certaines notions issues de l'anthropologie et de la sociologie juridiques, ainsi qu'à certains éléments de politique criminelle⁹⁷.

SECTION 3 : UNE APPROCHE INÉDITE À LA RÉPRESSION ET À LA CRIMINALISATION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES METTANT AU CENTRE L'ACTION DE LA CJUE

93. Le choix d'aborder la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes suivant la lecture que la CJUE en fait dans le contentieux touchant la répression des migrations irrégulières représente le trait distinctif de cet ouvrage. En fait, dans la plupart des études portant sur ce même sujet, l'analyse de la jurisprudence de la CJUE accompagne les

⁹⁶ CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. Themis, 1978, pp. 415. BOBBIO, Norberto, *Kelsen et les sources du droit*, in *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, fasc. 4, pp. 474-486

⁹⁷ Pour une définition pertinente de *politique criminelle*, voir entre autres : DELMAS-MARTY Mireille, *Modèles et mouvements de la politique criminelle*, Paris, Economica, 1983, pp.321. BARATTA Alessandro, *Droits de l'Homme et politique criminelle*, In *Déviance et société*, 1999 - Vol. 23 - N°3, pp. 239-257.

réflexions des auteurs, alors qu'ici, l'action d'interprétation des juges de Luxembourg guidera le développement du début à la fin.

94. Cet élément novateur met en exergue l'intérêt scientifique du sujet choisi (§1), et nous permet à la fois de concentrer notre recherche autour de questions précises (§2) et de formuler d'hypothèses courageuses (§3).

§1. PERTINENCE SCIENTIFIQUE DE LA RECHERCHE

95. En matière d'action de la Cour de justice de l'Union Européenne, l'analyse de l'impact de sa jurisprudence sur la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations ouvre des réflexions fort intéressantes, et la justification de son choix, dans le cadre de cette étude, trouve son fondement dans des arguments à la fois d'ordre pratique et théorique.

96. Le juge de la Cour de justice Jean-Claude Bonichot, interviewé en juillet 2016⁹⁸, soulignait l'évolution des sujets sur lesquels la Cour est appelée à se prononcer. Au début de son action, les problématiques les plus récurrentes étaient celles concernant les marques ou les dénominations d'origine des produits⁹⁹, alors qu'aujourd'hui, affirme le juge, « la Cour traite des affaires qui concernent pour beaucoup le cœur de la souveraineté des États et qui

⁹⁸Voir : [Blog de droit européen, espace multimédia géré par Olivia Tambou de l'Université Paris-Dauphine, interview du 1 juillet 2016, Interview du Juge Bonichot : son regard sur la doctrine en droit européen, partie 1, accessible en ligne à l'adresse : \[blogdroiteuropeen.com\]\(http://blogdroiteuropeen.com\) \[Consulté le 20.03.2017 \].](#)

⁹⁹ [Pour des informations plus détaillées sur ce point ici nous renvoyons aux statistiques officielles de la Cour de justice de l'Union européenne, organisées en rapports annuels, accessibles en ligne à l'adresse suivante : \[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels\]\(http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels\)](#)

posent des problèmes de société très importants »¹⁰⁰. Suite à cette affirmation, il a aussi indiqué le droit pénal européen, et toute question qui relie le droit pénal à la protection des droits fondamentaux, comme principaux domaines qui nécessiteraient des recherches approfondies.

97. Dans un premier temps, donc, le choix d'un sujet qui vise à analyser l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières, vise à combler l'une des carences souvent reprochées à la doctrine : celle d'être trop loin des besoins de l'actualité et pas assez à l'écoute des exigences et inquiétudes des praticiens.

98. Sur un plan strictement scientifique, ce projet d'étude, propose une analyse novatrice qui se veut capable d'apporter des éléments nouveaux au débat doctrinaire en la matière.

99. La fonction de protection des droits fondamentaux dans l'UE assurée par la Cour, a été amplement traitée par une multitude d'auteurs dans les vingt dernières années, notamment sous l'angle de l'application de la CDFUE et des interactions entre le système de la CEDH et celui de l'UE¹⁰¹.

100. D'autres experts ont mis l'accent sur la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne¹⁰², d'autres encore ont présenté d'excellents recueils de la

¹⁰⁰ Blog de droit européen, espace multimédia géré par Olivia Tambou de l'Université Paris-Dauphine, interview du 1 juillet 2016, Interview du Juge Bonichot : son regard sur la doctrine en droit européen, partie I, accessible en ligne à l'adresse : blogdroiteuropeen.com [Consulté le 20.03.2017].

¹⁰¹ Voir entre autres : DE VRIES, Sybe, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon* », Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 247; TINIERE Romain, CLAIRE VIAL (sous la direction) et aa., *La protection des droits fondamentaux en Europe. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 414.; LABAYLE Henri, *Droits fondamentaux et droit européen*, A.J.D.A., 1998, pp. 75 et s.; LABAYLE Henri, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, D.*, 2002, pp. 581 et s.; SUDRE, Frederic, *Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne*, in RIDEAU (J.), (sous la dir.), *De la Communauté de droit à l'union de droit*, L.G.D.J., 2000, pp. 207 et s.

¹⁰² Voir entre autres : DE SCHUTTER, Olivier, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation*, R.T.D.H., n° 2010/83, pp. 535

jurisprudence CJUE ¹⁰³, qui nous permettent de retracer les étapes fondamentales de l'affirmation progressive de principes et de garanties fondamentales en droit européen. Dans notre projet de recherche, cet aspect sera traité dans la perspective spécifique de la protection des droits fondamentaux des migrants lors du contentieux sur la répression ou criminalisation des migrations.

101. Les questions préjudicielles issues de procédures administratives ou pénales provenant des juridictions nationales seront analysées afin de vérifier l'impact des décisions de la CJUE sur les droits fondamentaux des migrants impliqués dans ce genre de procédures.

102. Le phénomène de la *criminalisation* des migrations commence actuellement à attirer l'attention des chercheurs et à faire l'objet de quelques ouvrages. Cependant, compte tenu du caractère relativement récent de la prise de conscience de cette dynamique au niveau européen, il n'y a pas encore une vaste doctrine sur ce sujet. En effet, mis à part des documents officiels produits par l'Agence européenne des droits fondamentaux (FRA)¹⁰⁴ et

et s.; LADENBURGER Clemens, Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, R.T.D.E., n°47, janvier-mars 2011, pp. 20 et s.; CAUNES Karine, The protection of fundamental rights in the European Union. Opinion 2/13 of the Court of Justice and the EU accession to the ECHR: Back to the Future, Springer, 2015.; COSTA Jean-Paul, La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, EUI Working Paper Law, N°2004/5, pp. 11 et s.

¹⁰³ Voir entre autres : SUDRE, Frédéric et TINIERE Romain, Droit communautaire des droits fondamentaux : recueil d'arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, Bruxelles, Nemesis ; Limal : Anthemis, 2012. TIZZANO Antonio, ROSAS Allan, Silva de Lapuerta Rosario, Lenaerts Koen, Kokott Juliane (sous la Direction de), La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), Liber amicorum Vassilios Skouris, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 756. ROSAS Allan, BOT Yves, LEVITS Egils, La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, La Haie, Springer, 2013, pp.711.

¹⁰⁴ FRA, EU Member States have largely implemented, and started applying, three instruments on transferring prison sentences, probation measures and alternative sanctions, as well as pre-trial supervision measures, to other Member States. This report provides an overview of their first experiences with these measures, highlighting both best practices and shortcomings, Luxembourg, 2016. FRA, Conseil de l'Europe (ouvrage conjoint), Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration. Bruxelles, 2014.

par le Conseil de l'Europe¹⁰⁵, les auteurs qui vantent déjà une production spécifique consacrée à ce sujet ne sont pas nombreux. Les travaux de Valsamis Mitsilegas¹⁰⁶, par exemple, ont le grand mérite de présenter, pour la première fois, le sujet de façon organique et structurée. Ces ouvrages, ainsi que l'article de Joanna Parkin, « *The criminalisation of migration in Europe - A state of the art of the académique littérature* »¹⁰⁷, seront d'une aide précieuse afin de clarifier, dans une certaine mesure, les points de départ de notre réflexion. La limite de ces ouvrages, s'il y en a une, est qu'à l'analyse savamment décrite des pratiques de criminalisation des migrations en Europe, ne suit pas vraiment une critique constructive des impacts des arrêts de la CJUE dans les systèmes nationaux.

§2. PROBLÉMATIQUE ET QUESTION DE RECHERCHE

103. Dans un article publié en 2003 et consacré à l'analyse de la problématique, le professeur Jacques Chevrier affirmait que « toute recherche se construit à partir d'une question intrigante. Pour obtenir la réponse désirée, il faut savoir poser la bonne question, à partir d'un problème bien articulé »¹⁰⁸. Une telle affirmation souligne l'importance de la *problématisation* du sujet choisi. Dans le cadre de ce projet de recherche, après avoir fourni

¹⁰⁵ GUILD Elspeth, La criminalisation des migrations en Europe : quelle incidence pour les droits de l'homme, Conseil de l'Europe Commissaire aux droits de l'Homme, Strasbourg, 2009

¹⁰⁶ MITSILEGAS, Valsamis, The criminalisation of migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law, Springer, London, 2015; MITSILEGAS, Valsamis, EU criminal law after Lisbon : rights, trust and the transformation of justice in Europe, Oxford, Hart, 2016 ; MITSILEGA Valsamis, Globalisation, criminal law and criminal justice : theoretical, comparative and transnational perspectives, Oxford, Hart, 2015 ; MITSILEGAS Vlasimis, GUIA Maria, VAN DER WAUDE Maartie, VAN DER LEUN Amalia Hermina, Social control and justice : crimmigration in the age of fear, The Hague, Portland, 2013.

¹⁰⁷ PARKIN Joanna, The criminalisation of migration in Europe. A state of the art of the académique literature, in CEPS paper in Liberty and Security in Europe, n. 61/2013.

¹⁰⁸ CHEVRIER, Jacques, La spécification de la problématique, in GAUTHIER Benoit, Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2003, p. 53.

les éléments du contexte et les raisons d'intérêt scientifique et social de l'étude, le moment est venu d'exposer l'ensemble des questions connexes qui nous permettent de donner la bonne *profondeur conceptuelle* à l'objet de la recherche proposée.

104. Dans la construction de la problématique, nous utiliserons une démarche logique déductive et nous nous laisserons inspirer par les étapes de la problématisation telles qu'exposées par Jacques Chevrier¹⁰⁹.

105. La problématique choisie vise ainsi le niveau de protection des droits fondamentaux dont bénéficient les migrants irréguliers dans l'Union européenne, à la lumière des interactions faites, par le biais de la question préjudicielle (article 267 TFUE), entre la CJUE et les systèmes de justice nationaux à partir du contentieux de la répression des migrations. Notre projet de recherche vise ainsi à répondre à la question de recherche suivante: ***en quoi l'action de la Cour de Justice de l'Union européenne permet-elle d'offrir une protection des droits fondamentaux des migrants face au phénomène de la répression des migrations irrégulières ?***

106. Une série d'aspect complémentaires accompagnent la réflexion autour de cette question principale. Nous nous pencherons ainsi autour d'un certain nombre de question « secondaires » - ou préparatoires – notamment :

- 1) En quoi se caractérise le phénomène de la répression des migrations à l'intérieur et à l'extérieur des frontières de l'UE ?
- 2) L'encadrement pénal (ou à caractère pénal) des migrations irrégulières est depuis longtemps enraciné dans les systèmes pénaux nationaux en Europe. Comment le droit UE interagit-il avec cette tendance ? Le législateur européen encourage-t-il ou défavorise-t-il cette approche ?

¹⁰⁹ CHEVRIER, Jacques, *La spécification de la problématique*, in GAUTHIER Benoit, *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2003, p. 58 : « Dans le cadre d'une approche logique déductive, les grandes étapes de la spécification de la problématique de recherche sont : 1) le choix d'un thème de recherche; 2) la formulation d'une question générale; 3) La collecte, la structuration et l'analyse critique des informations pertinentes et 4) la détermination d'un problème et d'une question spécifiques de recherche »,

- 3) Quel rôle la Cour de justice joue-t-elle sur la protection des droits fondamentaux des migrants irréguliers ?
- 4) Peut-on affirmer que l'approche pragmatique de la CJUE ouvre une voie à la configuration d'un système de garanties harmonisées pour le migrant en situation irrégulière dans l'UE ?

§3. LA THÈSE D'UNE ACTION MARQUANTE DE LA CJUE DANS L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES MIGRANTES DANS L'UE

107. La CJUE, depuis le *Traité de Lisbonne* et la consécration de la CDFUE au rang de droit primaire, a confirmé son rôle de rempart des droits fondamentaux. En ce sens, la jurisprudence de la CJUE, notamment grâce au mécanisme du renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE), façonne le niveau de garanties offert au niveau national par le droit administratif et le droit pénal en matière de répression des migrations.

108. Démontrer une hypothèse, c'est montrer sa cohérence avec les données observées et sa valeur heuristique. Cela nous aide à faire des découvertes et à mieux comprendre les phénomènes observés. Cette analyse est une ébauche de réponses provisoire aux questions de recherche posées. Elle orientera la recherche à travers les réponses édictées, sans tomber dans le piège du dogmatisme juridique ni d'une démonstration tautologique. Nous sommes aussi tout-à-fait conscients que, dans une démarche épistémologique correcte et respectueuse de la rigueur scientifique, l'invalidation d'une hypothèse a une valeur tout aussi respectable que sa validation, lorsque les recherches nous démontrent de bonnes raisons de la rejeter.

109. Dans le but de valider (ou de réfuter) notre hypothèse, nous suivrons l'étendue de l'action de la CJUE selon un critère territorial. Nous mettrons ainsi en exergue, d'abord, les limites de l'action de la CJUE face à la répression des migrations irrégulières à l'extérieur de l'UE (Partie I). Cette première partie touchera donc les enjeux liés aux accords avec les

pays tiers pour la contention des flux migratoires dans les pays de départ ou de transit ainsi que les accords de réadmission pour le retour des migrants dans leur pays d'origine ou dans d'autres pays dit « sûrs ». Ensuite, nous nous pencherons sur l'efficacité de l'action de la CJUE face à la répression sur le territoire de l'UE (Partie II).

Partie I : La répression des migrations irrégulières à l'extérieur du territoire de l'Union européenne et les limites du contrôle de la cour de justice sur la protection des droits fondamentaux

Partie II : L'action efficace de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières sur le territoire de l'UE

PREMIÈRE PARTIE

La répression des migrations irrégulières à l'extérieur du territoire de l'Union européenne et les limites du contrôle de la cour de justice sur la protection des droits fondamentaux

Il y a un enfer sur terre. C'est la Syrie. Le fait que des millions de personnes cherchent à fuir cet enfer est compréhensible. Le fait qu'ils cherchent à rester le plus près possible de leur pays est également compréhensible. Il est évident qu'ils tenteront de trouver abri ailleurs si cela n'est pas possible [...] De plus en plus de gens fuient. La situation dans les pays voisins n'offre que peu et parfois aucun espoir. Les gens cherchent donc à trouver refuge en Europe [via la Turquie qui abrite elle-même plus de deux millions de réfugiés]. Le problème ne se résoudra pas tout seul. L'afflux de réfugiés ne cessera pas tant que la guerre persistera. Beaucoup doit être fait pour mettre un terme à ce conflit et le monde entier sera impliqué. Dans le même temps, nous devons faire tout ce qui est possible pour gérer le flux de réfugiés, pour offrir aux personnes un endroit sûr où rester, dans la région, dans l'UE, et dans le reste du monde¹¹⁰.

110. L'Avocate Générale Eleanore Sharpston, dans ses conclusions rendues le huit juin 2017, rapporte un passage éloquent de la lettre que le vice-président de la Commission européenne, Frans Timmermans, avait adressée au Parlement européen (PE) dans l'une des périodes où à la fois les franchissements et les morts aux frontières européennes faisaient enregistrer des chiffres record¹¹¹. Le constat dressé par M. Timmermans éclaire l'ampleur du drame migratoire auquel l'Union européenne (UE) est appelée à faire face, entre autres à cause de la crise syrienne.

111. Les pressions migratoires posent le législateur européen ainsi que les décideurs des Pays membres face à des choix d'approche très importants. Le fait que toute personne migrante irrégulière est considérée comme une menace à la stabilité des ordres juridiques des pays membres a souvent fait pencher les parlements nationaux vers l'adoption

¹¹⁰ CJUE, 8 juin 2017, affaires C-490/16 et C-646/16, *Conclusions de l'Avocat Générale Eleanor Sharpston dans les affaires A.S. et Jafari*, Rec num, point 6.

¹¹¹ « Editorial Comments: From eurocrisis to asylum and migration crisis: Some legal and institutional considerations about the EU's current struggles », (2015) 52-6 *Common Market Law Review* 1437-1450, citant la lettre du premier Vice-Président Frans Timmermans au groupe S & D au Parlement européen du 21 octobre 2015.

de mesures visant à répondre, du moins sur le court terme, par la force, à la quête de sécurité de la société civile.

112. Au niveau européen, la réponse à cette pression se traduit souvent, sur le plan juridique, par la fermeture des voies d'accès et la conséquente création de barrières qui rendent de plus en plus « étroites » les voies légales de franchissement des frontières physiques des États membres. Cette réponse restreint fortement la possibilité réelle pour l'« *homo migrator* »¹¹² d'avoir accès aux droits d'entrée et d'établissement sur les territoires des États membres. Ce genre d'approche est victime d'un vice de fond, elle se base sur la conviction qu'il s'agit d'une « crise migratoire », d'un phénomène passager dû à des conditions extraordinaires et non pas d'un phénomène indissolublement lié à la nature et à l'histoire humaine. Or, notre étude se base sur le postulat selon lequel les mouvements de personnes enregistrés dans les dernières années vers l'UE, ne sont rien d'autre que la manifestation d'une réalité incontournable, qui a toujours existé et qui est destinée à perdurer, à savoir le fait que les hommes (et les femmes) sont pour leur nature portés au déplacement. Ce même postulat est à la base du phénomène global qu'une certaine littérature synthétise avec l'expression *people on the move*¹¹³.

113. Face aux flux de personnes migrantes qui s'entassent aux frontières des pays membres de l'Union, la réponse politique et juridique offerte par les décideurs, passe donc par la négation de toute solution structurée. Pour cette raison, – aux fins de cette étude – nous utiliserons le terme de « répression » des migrations irrégulières, afin d'indiquer les moyens juridiques mis en place par l'UE et ses États membres afin de contrecarrer la pression migratoire.

114. Les activités de répression des migrations peuvent se concentrer aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur du territoire de l'UE. Évidemment, ce paramètre de territorialité a un impact direct sur l'effectivité du contrôle exercé par la CJUE, notamment en matière de

¹¹² Guy S. GOODWIN-GILL et Philippe WECKEL, *Protection des migrants et des réfugiés au XXI^e siècle : aspects de droit international = Migration and refugee protection in the 21st century : international legal aspects*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2015, p. 31.

¹¹³ Sur ce point, voir Elizabeth CULOTTA, « People on the move », (2017) 356-6339 *Science* 676-677.

respect des droits fondamentaux des personnes migrantes. En fait, la répression opérée par les agences de l'Union et par les États membres commence bien au-delà des frontières de l'espace Schengen, d'où la notion de répression « avant l'entrée ». Sur le plan juridique, l'analyse des choix qui fondent cette approche spécifique permet de constater l'émergence d'un véritable « paradigme de la prévention »¹¹⁴, face auquel la compétence du Juge de Luxembourg rencontre de nombreuses limites (Titre I).

115. L'éloignement vers des pays tiers de transit ou d'origine constitue l'autre composante de la répression à l'extérieur du territoire de l'Union. Cet objectif est poursuivi grâce à la conclusion d'accords ou d'ententes informelles avec les pays tiers de transit ou d'origine des personnes migrantes. Lorsque les autorités nationales et certains organes de l'UE procèdent à la réadmission des migrants irréguliers présents sur le territoire de l'Union, ils mettent ainsi en œuvre des mesures fortement restrictives de la liberté personnelle, réalisant une véritable répression « à la sortie ». Cette pratique soulève aussi de nombreuses questions au regard des obligations de respect des droits fondamentaux auxquelles les États membres et l'UE elle-même sont tenus¹¹⁵ (Titre II).

¹¹⁴ Valsamis MITSILEGAS, *The criminalisation of migration in Europe : challenges for human rights and the rule of law*, Cham, Springer, 2015, p. 5. « A key element in the immigration enforcement strategy adopted by the European Union in recent years has been the focus on preventing migrants from reaching the territory of the European Union in the first place, with the aim of shielding the European Union member states from assuming legal obligations towards migrants ».

¹¹⁵ La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est assez claire sur ce point, notamment en matière d'asile dans CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905, point 124, § 4. : « L'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens qu'il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'« État membre responsable » au sens du règlement n° 343/2003 lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition. ». Dans la même perspective d'une interprétation large et d'une application effective des droits protégés par la Convention européenne pour la sauvegarde des droits et libertés fondamentales (CEDH), les juges de Strasbourg ont consolidé une jurisprudence nourrie dès le début

Titre 1 : L'émergence du « paradigme de la prévention » et la répression avant l'entrée.

Titre 2 : La cristallisation des pratiques de répression des migrations irrégulière « à la sortie »

des années 2000 avec les arrêts : *Matthews c Royaume-Uni*, I CEDH n° 24833/94, [1999].305.; *Bosphorus c Irlande*, VI CEDH n° 45036/98, [2005].173.; jusqu'aux plus récents arrêts *MSS c Belgique et Grèce*, I CEDH n° 30696/09, [2011].121; *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, CourEDH n° 27765/09, [2012].1.

TITRE 1 : La répression avant l'entrée et l'émergence du « paradigme de la prévention ».

*Peuple d'occident réveilles toi, réveilles toi, ne seront pas tes lois sur l'immigration à m'empêcher de venir chez toi*¹¹⁶

116. La quête de contrôle des flux migratoires a engendré deux changements majeurs dans la politique migratoire de l'UE et de ses pays membres. Tout d'abord, sur le plan temporel, l'action des États membres et de l'Union est de plus en plus orientée vers la prévention et la mise en œuvre de stratégies pour empêcher que les personnes migrantes puissent atteindre le territoire de l'UE. Cela fait en sorte que le moment du contrôle effectif – et de l'éventuel refoulement – précède largement l'instant où la personne migrante tente de franchir les frontières de l'espace de liberté sécurité et justice. Le deuxième changement s'opère au niveau géographique, et cela présente plusieurs aspects critiques d'intérêt juridique.

117. Le Professeur Claude Bluman a affirmé que « la construction européenne a pour objectif d'éliminer l'ensemble des obstacles qui séparent les États et les peuples; et les frontières figurent au premier rang d'entre eux »¹¹⁷. Toutefois, en dépit de ces considérations, la sécurisation des frontières de l'UE se concrétise, aujourd'hui, à la fois par la construction de barrières physiques plutôt imposantes – murs, barbelées, postes de contrôle, etc. – autant aux frontières extérieures qu'aux frontières intérieures de l'espace Schengen, et par la création de barrières juridiques visant à externaliser le contrôle des flux migratoires.

118. Assurément, la plupart des contrôles sont faits au-delà des frontières de l'UE¹¹⁸, notamment en haute mer et sur le territoire de pays tiers. Ces circonstances posent

¹¹⁶ Tryo, *La misère d'en face*, album Mamagubida, Yelen musique, 30 novembre 1998.

¹¹⁷ Claude BLUMANN, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1.

¹¹⁸ Sarah LAMORT, *Europe, terre d'asile?: défis de la protection des réfugiés au sein de l'Union européenne*, 1^{re} édition..., coll. Collection « Partage du savoir », Paris, PUF, 2016. Selon l'auteur,

un certain nombre de problèmes à l'exercice du contrôle juridictionnel de la CJUE, notamment en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes. Néanmoins, la CJUE, avec sa jurisprudence récente, a su élargir l'horizon de la réflexion juridique sur la politique migratoire européenne. Son action, marquée par une approche pragmatique et – dans la majorité des cas – fidèle aux valeurs inspirant les traités, a su parfois proposer des solutions novatrices capables de combler, en partie, la distance existante entre les barrières juridiques et les frontières géographiques (Chapitre I).

119. Les mesures adoptées pour la répression des migrations ne dépassent pas seulement les limites territoriales des États membres de l'UE. Ce sont aussi des actes¹¹⁹ qui naissent pour faire face à des situations d'urgence et qui suivent la logique de la prévention à tout prix. Or, il est possible de remarquer que le caractère exceptionnel de ces dispositions est devenu progressivement le mode ordinaire de réponse aux pressions migratoires, au point qu'il est désormais possible de constater l'existence d'un « paradigme de la prévention ». Cette approche présente, sur le plan juridique, un double intérêt dans la mesure où, d'une part, il met en exergue l'équilibre entre prévention, répression et sécurisation et, de l'autre, révèle les limites du contrôle de la CJUE face à l'action externe de l'UE et aux initiatives des États membres dans la répression des migrations avant l'entrée (Chapitre II).

Chapitre I : La distance entre barrières juridiques et frontières géographiques.

Chapitre II : Les limites du contrôle de la Cour de justice face à l'action externe de l'UE et aux initiatives des États membres dans la répression des migrations avant l'entrée.

l'attitude des pays européens est « d'opérer des contrôles au plus loin du territoire des États membres, afin d'atténuer leur responsabilité ».

¹¹⁹ Ici nous nous référons aux actes formels et informels, aussi bien de l'UE, comme les accords avec des pays tiers, les déclarations de collaboration, les directives, règlements, décisions, avis, etc., qu'aux mesures prises par les pays membres en matière migratoire : lois des parlements nationaux, décisions des instances administratives, accords avec pays non-UE.

CHAPITRE 1 : LA DISTANCE ENTRE BARRIÈRES JURIDIQUES ET FRONTIÈRES GÉOGRAPHIQUES

Les politiques d'immigration et le système de contrôle des frontières ont subi un certain nombre de réformes importantes au cours des deux dernières décennies en réponse à la croissance constante du nombre d'immigrants et au développement des moyens utilisés par les trafiquants. Le dénominateur commun des nouvelles stratégies d'immigration adoptées par les pays d'accueil au cours des deux dernières décennies est le lien entre la politique d'immigration et la gestion des contrôles frontaliers, d'une part, et la politique d'immigration et de sécurité d'autre part. En outre, le renforcement des contrôles aux frontières et l'amélioration des mesures judiciaires liées à l'immigration irrégulière sont les principaux moyens par lesquels les pays d'immigration tentent d'affirmer leur souveraineté nationale en réponse à leur pouvoir décroissant de contrôler les flux d'argent, d'idées, d'informations et toute sorte d'interactions virtuelles qui ont glissé de plus en plus de leur autorité¹²⁰.

¹²⁰ Élisabeth Vallet, Borders, fences and walls state of insecurity?, Farnham, Surrey, UK, Ashgate, 2014 à la p 175; « Immigration policies and borders control system have undergone a number of significant reforms during the last two decades in response to the steady growth in the number of immigrants and the development of the means used by smugglers. The common denominator of new immigration strategies taken by host countries during the last two decades is the linking of immigration policy and border control management on the one hand, and immigration policy and security issue on the other hand. Additionally, tightening border control and enhancing judicial measures related to irregular immigration are the major means by which the immigrant-receiving countries try to assert national sovereignty as a response to their decreasing powers to control the flow of money, ideas, information and all kind of virtual interactions which have slipped more and more from their authority ». Sur la notion de frontière voir aussi : Claude Blumann, Les frontières de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2013; Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les frontières européennes » [2017] 609 Revue de l'Union européenne 335-341; Jean-Luc Deshayes et Didier Francfort (dir), Du barbelé au pointillé : les frontières au regard des sciences humaines et sociales., Presse Universitaire de Nancy, 19, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2010; Claudia Charles et Pascaline Chappart, « L'UE prend les frontières africaines pour les siennes » [2017] 114 Plein droit 7-10; Paul Klötgen, « La frontière et le droit, esquisse d'une problématique — Revue générale du droit » dans par Jean-Luc Deshayes et Didier Francfort (dir), Du barbelé au pointillé, Presse Unversitaire de Nancy, Nancy, 2010, 131-158, en ligne : Du barbelé au pointillé <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2012/07/01/la-frontiere-et-le-droit-esquisse-dune-problematique/>> (consulté le 29 mai 2020).

120. Le Code frontières Schengen (ci-après « CFS » présente, à son deuxième article, une définition positive des frontières intérieures. Celles-ci comprennent : « a) les frontières terrestres communes, y compris fluviales et lacustres, des États membres; b) les aéroports des États membres pour les vols intérieurs; c) les ports maritimes, fluviaux et lacustres des États membres pour les liaisons régulières intérieures par transbordeur »¹²¹. En revanche, la notion de frontière extérieure est déterminée par la négative, les « frontières extérieures » étant, en effet, « les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures »¹²².

121. Suivant une telle définition, il semblerait que les frontières extérieures de l'espace Schengen soient « la somme » des frontières des pays membres situés à la ceinture plus externe de l'UE. Aux fins du contrôle migratoire, cette affirmation a une importance majeure et, en ce sens, la notion même de frontière dévoile toute sa complexité. Un premier élément de distance entre barrières juridiques et frontières géographiques résulte de l'article 4 du CFS :

Lorsqu'ils appliquent le présent règlement, les États membres agissent dans le plein respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, y compris de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée la «charte»), du droit international applicable, dont la convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951 (ci-après dénommée la «convention de Genève»), des obligations liées à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement, et des droits fondamentaux. Conformément aux principes généraux du droit de l'Union, les décisions prises au titre du présent règlement le sont à titre individuel.¹²³

¹²¹ UE, *Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, JO L 77 du 23.3.2016, 1-52, texte codifié, article 2.

¹²² Ibidem.

¹²³ UE, *Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, JO L 77 du 23.3.2016, 1-52.

122. Cet article, classé sous le titre « droits fondamentaux », démontre que le CFS organise, à l'échelle européenne, les conditions de franchissement des frontières extérieures, mais il renvoie aux États membres le soin de respecter les obligations internationales, notamment en matière d'asile¹²⁴. De plus, la dernière phrase souligne le fait que la responsabilité relative à toute décision dans ce domaine revient aux États.

123. Le deuxième élément de distance entre barrières juridiques et frontières géographiques concerne la nature même des frontières et la dimension extraterritoriale du contrôle. Ce dernier est placé le plus loin possible des frontières nationales par « souci d'efficacité ».

124. Dans les prochains paragraphes, nous observerons dans quelle mesure l'action de la CJUE tente (pas toujours avec succès) de combler le fossé existant entre barrières physiques et frontières géographiques. Nous procéderons dans cet effort, sans négliger les décisions incontournables de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui a été appelée la première à se prononcer sur les profils de compatibilité entre les actions des États en matière migratoire et la protection des droits fondamentaux des hommes et des femmes migrants.

125. Pour ce faire, selon une démarche centrifuge, nous partirons des murs qui morcellent aujourd'hui l'Europe et des obstacles aux frontières terrestres (Section 1) auxquels font face les ressortissants de pays tiers, pour nous pencher ensuite sur l'activité de contrôle aux frontières maritimes (Section 2) et terminer par traiter des pratiques d'externalisation du contrôle des flux migratoires dans des pays tiers (Section 3). Nous chercherons à comprendre dans quelle mesure la jurisprudence de la CJUE, entre autres grâce au dialogue avec les juges de Strasbourg, arrive à combler cette distance entre barrières juridique et frontière physiques¹²⁵.

¹²⁴ Lamort, *supra* note 7 à la p 103.

¹²⁵ Il s'agira, néanmoins, de présenter les éléments essentiels de la politique d'externalisation et de sécurisation, qui seront, ensuite, analysés davantage sur le plan juridique tout au long du Titre premier.

SECTION 1 : L'EUROPE DES MURS

126. La chute du mur de Berlin est apparue, aux yeux des Européens, comme l'aube d'une ère nouvelle, la fin de l'époque des divisions et l'affirmation de la force de l'unité des peuples européens. Dans le contexte géopolitique de la fin des années quatre-vingt et début des années quatre-vingt-dix, le nombre total de murs bâtis par les hommes pour diviser les hommes s'élevait à une quinzaine. Or, trente ans plus tard, environ soixante-dix murs séparent les peuples de la planète, et l'Europe participe à cette statistique avec une contribution considérable¹²⁶. Nous allons ici nous concentrer sur la notion de frontière en droit européen et dans l'ELSJ (§1.), pour ensuite jeter un premier regard sur l'impact de la jurisprudence de la CJUE sur le vide juridique qui caractérise la distance entre frontières physiques et barrières juridiques (§2.).

§1. L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH SUR LA NOTION DE FRONTIÈRES PHYSIQUES DANS L'ELSJ

127. Dans une étude consacrée à l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes, il n'est guère inapproprié de se servir de la jurisprudence de la CourEDH afin de dégager des principes fort utiles en droit européen. En effet, les systèmes de la CEDH et de l'UE sont plus que perméables, et la mutualité des influences jurisprudentielles est aujourd'hui une réalité¹²⁷. Les exemples tirés de la

¹²⁶ Pour la liste et la cartographie détaillée des murs présents et passés, nous renvoyons ici à l'ouvrage de Élisabeth VALLET, *Borders, fences and walls state of insecurity?*, Farnham, Surrey, UK, Ashgate, 2014.

¹²⁷ Sur le dialogue entre Cour EDH et CJUE, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Section2, §2.

jurisprudence de la Cour de Strasbourg nous permettront donc de saisir les aspects les plus problématiques entourant la notion de frontière dans l'ELSJ.

128. Conçu comme un espace visant à favoriser le mouvement, autre que des capitaux, des services et des biens, aussi des personnes, l'UE semble avoir oublié aujourd'hui l'importance de cette quatrième dimension de la liberté de mouvement. La forteresse-Europe ne cesse de renforcer ses défenses (A).

129. Au-delà des frontières « classiques », ils existent des lieux qui appartiennent géographiquement au territoire européen (au moins à l'apparence), mais qu'en réalité rentrent sous le contrôle politique d'autorités nationales tierces par rapport à l'UE, c'est le cas de l'exclave russe de Kaliningrad, située au bord de la mer baltique, entourée au nord et à l'est par la Lituanie et au sud par la Pologne. En outre, suite à la sortie du Royaume-Uni de l'UE, le territoire de Gibraltar, anciennement partagé entre Espagnols et Britanniques, représente aujourd'hui une véritable frontière extérieure de l'UE. En revanche, ils existent des lieux qui sont soumis au contrôle politique de certains États membres tout en étant situés à l'extérieur de la géographie traditionnelle de l'UE. C'est le cas des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla, qui représentent dans le cadre de notre étude un exemple fort intéressant d'écart entre frontières physiques et barrières géographiques (B).

A. Un aperçu des frontières de l'Union européenne

130. Dans un espace juridique, tel que l'UE, caractérisé par la libre circulation des citoyens, l'idée même de revenir en arrière, en rétablissant des contrôles aux frontières jusqu'au point de hausser des murs, pouvait sembler délirante jusqu'à il y a une dizaine d'années. Or, la réalité contemporaine est caractérisée par la fragmentation des valeurs

d'unité qui ont historiquement soutenu la politique – mais, comme nous le verrons, il est plus approprié de parler au pluriel « des politiques »¹²⁸ – migratoire(s) au sein de l'UE.

131. Face au plus grand mouvement de masse que l'histoire récente ait enregistré depuis la Deuxième Guerre mondiale, la nécessité de contrôler l'immigration irrégulière et les inquiétudes pour la sécurité des gouvernements européens se traduisent aussi par la construction de murs. Un exemple largement médiatisé est celui du mur « anti-intrusion »¹²⁹ bâti à la fin de l'année 2016 sur le territoire français grâce à une importante contribution financière de la part du Royaume-Uni, dans le but d'empêcher les personnes migrantes entassés dans la « jungle » de Calais d'atteindre le port ou d'accéder à l'autoroute afin de s'y accrocher aux camions qui franchissent la Manche en direction du Royaume-Uni.

132. Toujours lors de l'été 2016, en Hongrie, le gouvernement conservateur du président Viktor Orbán a bâti un barrage en barbelés, d'une hauteur de quatre mètres et d'une longueur de 175 kilomètres, pour sécuriser les frontières avec la Serbie et la Croatie. D'autres pays comme la Slovaquie¹³⁰, l'Autriche¹³¹ et certains pays d'Europe du Nord¹³² ont aussi

¹²⁸ Pascal SCHUMACHER, « La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne. Droit des étrangers (Union européenne) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2014, en ligne : <<https://revdh.revues.org/646>> (consulté le 23 avril 2017).

¹²⁹ « Le mur « anti-intrusions » de la rocade de Calais est achevé », *Le Monde* (13 décembre 2016), en ligne : <http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/12/13/le-mur-anti-intrusions-de-la-rocade-de-calais-est-acheve_5047836_3224.html#ta7WhyYQLVwhGBd.99> (consulté le 20 avril 2017).

¹³⁰ INFO KOLPA & BORDER VIOLENCE MONITORING, *Report on illegal practice of collective expulsion on slovene-croatian border*, 2019, en ligne : <<https://push-forward.org/sites/default/files/2019-08/Report%20on%20illegal%20practice%20of%20collective%20expulsion%20on%20slovene-croatian%20border.pdf>> (consulté le 19 décembre 2019).

¹³¹ L'Autriche en juin 2017 a aussi bâti un mur sur la frontière du Brenner avec l'Italie et rétabli le contrôle frontalier avec ce pays.

¹³² Notamment, l'Estonie a annoncé qu'en 2018, elle investira 71 millions d'euros pour la construction d'un mur hi-tech qui assurera le contrôle des 110 km sur lesquels s'étend sa frontière avec la Russie (source : Positimees, quotidien estonien du 26.08.2015).

renforcé leurs contrôles aux frontières en réponse aux quotas de répartition de réfugiés syriens proposés par le Conseil de l'Union européenne¹³³ en 2015.

133. À l'extérieur de l'espace Schengen, un cas assez emblématique est celui de la Norvège, pays traditionnellement jugé accueillant, qui a récemment érigé une barrière en acier aux limites externes de la ville de Nikel, là où se trouve la seule frontière terrestre avec la Russie, dans le but d'arrêter les flux de personnes migrantes qui choisissent la *route Arctique* pour entrer en Europe.

134. L'avocate générale britannique, Eleanor Sharpston, dans ses conclusions sur l'affaire *Jafari*¹³⁴, du 8 juin 2017, dresse un cadre très clair et, en même temps, peu rassurant des conditions géopolitiques des frontières européennes:

si l'on examine une carte de l'Europe et que l'on y superpose une carte de l'UE en traçant avec soin les frontières extérieures de l'UE, certaines vérités évidentes s'imposent. Une longue frontière terrestre borde à l'est neuf États membres de l'UE. Lorsque l'on pénètre dans les Balkans, la géographie – comme l'histoire – devient un peu compliquée¹³⁵.

135. La description de l'Avocat Général poursuit avec ce qu'elle appelle le « pont terrestre », qui relie la Turquie à l'UE à la limite Sud-est, ainsi que la mer Méditerranée, qui marque les frontières Sud et Sud-ouest de l'Union et qui « peut être traversée par embarcation de fortune si les conditions de vie dans son propre pays sont suffisamment épouvantables pour qu'une personne puisse être amenée à tenter cette entreprise désespérée »¹³⁶.

136. Dès l'introduction de ses conclusions, l'avocate générale affirme que « les frontières extérieures sud et sud-est de l'UE sont donc potentiellement ouvertes à la migration

¹³³ CE, *Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce*, (2015) [2015] JO, L 248/80.

¹³⁴ CJUE, 8 juin 2017, affaires C-490/16 et C-646/16, *Conclusions de l'Avocat Générale Eleanor Sharpston dans les affaires A.S. et Jafari*, Rec num.

¹³⁵ *Ibidem*, point 1.

¹³⁶ *Ibidem*

par voie terrestre, tandis que la frontière sud-est est potentiellement ouverte à la migration par la mer Méditerranée »¹³⁷.

137. Ceci montre à quel point, malgré ses frontières, la morphologie du territoire de l'UE rend cet espace régional tout sauf étanche aux mouvements de personnes. La jurisprudence récente de la CJUE prend acte de la porosité des frontières de l'UE, mettant en exergue, souvent¹³⁸, l'importance d'assurer la protection des droits fondamentaux de ceux qui fuient des conditions de vie déplorables.

B. Un exemple atypique de frontière : Ceuta et Melilla

138. Ceuta et Melilla, exclaves espagnoles délimitées par la Méditerranée, d'une part, et le Maroc, d'autre part, sont restés les seuls territoires non insulaires du continent africain appartenant à un État européen. Leurs clôtures controversées sont devenues l'une des icônes du « paradigme de la sécurisation » qui caractérise les États membres de l'UE et cette portion de frontière espagnole est considérée parmi les mieux protégées de l'espace Schengen. Alors que les tentatives de sauter les murs de métal qui encerclent la ville de Melilla, sont nombreuses (hélas trop nombreuses), les autorités espagnoles ont récemment créé - *ad hoc* - la notion juridique de « frontière opérationnelle » (1.) dans le but d'avoir une

¹³⁷ Ibidem, Sur ce point voir aussi Ségolène BARBOU, « Chronique Droit de l'asile et immigration - Préserver l'intégrité du mécanisme Dublin. Le droit plus fort que la géographie ? », *RTD Eur* 2019.178, 180.

¹³⁸ Au long de cette étude nous aurons aussi l'occasion des exemples – plus rares sur le an quantitatif, mais tout aussi représentatifs de son action - dans lesquels la jurisprudence de la CJUE ne permet pas d'accroître la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition régulière. Pour tous : CJUE, 7 mars 2017, X. et X. contre État belge, affaire C-638/16 PPU.Rec num; TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, NF c. Conseil européen, affaire T-192/16.Rec num; CJUE, Ordonnance, 12 septembre 2018, NF e.a. c Conseil européen, affaires jointes C-208/17 P, C-209/17 P et C-210/17 P.Rec num.

base légale apte à justifier la répression. L'Espagne a aussi conclu un accord de réadmission avec le Maroc, rentré en vigueur en 2012, dont nous traiterons plus tard.¹³⁹

139. La souveraineté de ces deux ramifications de l'UE en sol marocain est une question non négociable pour l'Espagne, qui les considère comme faisant partie de son intégrité territoriale. Toutefois, leurs particularités géographiques ont entraîné des anomalies juridiques considérables¹⁴⁰, notamment en ce qui concerne l'application de l'acquis de Schengen. En effet, tel que cela est rappelé par l'article 41 du code frontières¹⁴¹, dès son adhésion à la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, « l'Espagne a déclaré maintenir un régime spécifique à Ceuta et Melilla »¹⁴².

Ce régime comprend des exemptions de visas pour le « petit trafic frontalier » (ressortissants marocains de villes voisines des enclaves), des visas à validité limitée pour les deux enclaves (autres ressortissants marocains) et surtout des contrôles systématiques entre les enclaves et le reste du territoire espagnol, ainsi qu'entre les enclaves et tout autre État membre de l'espace Schengen. Ces contrôles sont justifiés par la prétendue nécessité de « vérifier si les passagers remplissent toujours les conditions » d'entrée fixées par la Convention d'application de l'accord de Schengen¹⁴³.

¹³⁹ *Infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, §1, A.

¹⁴⁰ Les deux villes sont entre autres en dehors du régime fiscal de l'UE, et sont soumises à un régime plus restrictif de celui normalement prévu par l'espace Schengen, car par exemple des contrôles aux frontières sont également effectués pour ceux qui quittent les villes pour se rendre en Espagne.

¹⁴¹ UE, Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23/3/2016, 1–52, article 41: « Les dispositions du présent règlement n'affectent pas les règles particulières applicables aux villes de Ceuta et Melilla, définies dans la déclaration du Royaume d'Espagne relative aux villes de Ceuta et Melilla, figurant dans l'acte final de l'accord d'adhésion du Royaume d'Espagne à la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985. »

¹⁴² Acte final de l'accord d'adhésion du Royaume d'Espagne à la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, à laquelle a adhéré la République italienne par l'Accord signé à Paris le 27 novembre 1990, 25 juin.

¹⁴³ Louis IMBERT, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla. Note sous CEDH, 3 octobre 2017, N.D. et N.T. c. Espagne, req. n° 8675/15 et 8697/15 », *La Revue*

140. Une brève analyse de la jurisprudence récente de la CEDH en matière d'immigration nous permettra de comprendre les impacts de ces spécificités du régime juridique sur les droits fondamentaux des migrants voulant entrer dans l'UE par ces territoires qui représentent l'une des frontières plus « chaudes » de l'espace Schengen (2).

1) *Melilla : la notion de « frontière opérationnelle »*

141. La ville autonome de Melilla est une enclave espagnole de 12 km² située sur la route migratoire des personnes venant d'Afrique du Nord et d'Afrique subsaharienne ainsi que sur celle des migrants syriens. La frontière entre Melilla et le Maroc est une frontière extérieure de l'espace Schengen et offre donc accès à l'UE. Elle subit de ce fait une pression migratoire particulièrement intense.

Les autorités espagnoles ont construit le long des treize kilomètres de frontière qui séparent Melilla du Maroc une enceinte qui, depuis 2014, est formée de trois clôtures parallèles. Cette enceinte vise à empêcher les migrants en situation irrégulière de pénétrer en territoire espagnol. Elle se compose d'une clôture de 6 mètres de haut, légèrement concave (« la clôture extérieure »), d'un grillage tridimensionnel suivi d'une deuxième clôture de 3 mètres de haut et, de l'autre côté d'une route de patrouille et d'une troisième clôture, de 6 mètres de haut (« la clôture intérieure »). À intervalles réguliers, des portes aménagées dans les clôtures permettent le passage d'une clôture à l'autre. Un système de vidéosurveillance sophistiqué (avec des caméras infrarouges) combiné à des détecteurs de mouvements y a été installé. La majeure partie des clôtures est également équipée de grilles anti-escalade¹⁴⁴.

142. La *Guardia Civil* effectue des patrouilles terrestres et côtières pour empêcher les entrées clandestines. En fait, les clôtures frontalières sont fréquemment prises d'assaut par des groupes comptant généralement plusieurs centaines d'étrangers, pour la plupart en

des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux 2018, par. 3.

¹⁴⁴ CourEDH, février 2020, n° 8675/15 et 8697/15, [2020], (*Grande Chambre*) *N.D. et N.T. c. Espagne*, *Rec Num*, par. 16.

provenance d’Afrique subsaharienne, qui tentent de pénétrer en territoire espagnol en escaladant les clôtures décrites.

143. Pour confirmer la discipline juridique atypique à laquelle ce territoire est soumis, une disposition entra en vigueur le 1^{er} avril 2015, qui prévoyait un régime spécial d’interception et d’éloignement des migrants à Ceuta et à Melilla¹⁴⁵.

144. Toutefois la notion de « frontière opérationnelle » est introduite par le Protocole opératoire de surveillance des frontières de la *Guardia Civil* du 26 février 2014, qui laisse les experts face à un « objet juridique non identifié ». De surcroît, à l’heure actuelle il n’existe pas de définition précise de cette typologie de frontière méconnue par la doctrine. Nous reportons ainsi la description - assez générique - faite par la CourEDH lors de son arrêt *ND et NT c. Espagne* :

Avec ce système de clôtures, il existe un besoin objectif de déterminer quand l’entrée illégale a échoué ou quand elle a eu lieu. Cela nécessite de définir la ligne qui délimite, aux seuls effets du régime portant sur les étrangers, le territoire national: cette ligne est matérialisée par la clôture en question. Ainsi, lorsque les tentatives des migrants de franchir illégalement cette ligne sont contenues et repoussées par les forces de l’ordre chargées de la surveillance de la frontière, il est considéré qu’aucune entrée illégale effective n’a eu lieu. L’entrée n’est considérée comme ayant eu lieu que lorsqu’un migrant a dépassé la clôture interne citée, qu’il a de la sorte pénétré sur le territoire national et qu’il relève dès lors du régime relatif aux étrangers¹⁴⁶.

145. Le gouvernement espagnol, dans ses conclusions, faisait recours à la notion de « frontière opérationnelle » - indiquant par cela la barrière et les agents de la *Guardia Civil* – afin de soustraire les opérations de refoulement des requérants de sa juridiction. Une telle conception de la frontière, « élastique pour mieux englober et endiguer certains

¹⁴⁵ CourEDH, février 2020, n° 8675/15 et 8697/15, [2020], (Grande Chambre) *ND et NT c Espagne*, Rec Num, au para 18. « Le 1er avril 2015 entra en vigueur la dixième disposition additionnelle de la loi organique 4/2000 du 11 janvier 2000 relative aux droits et libertés des ressortissants étrangers en Espagne et à leur intégration sociale (« LOEX »), insérée par la loi organique 4/2015 du 30 mars 2015, qui prévoyait un régime spécial d’interception et d’éloignement des migrants à Ceuta et à Melilla».

¹⁴⁶ *Ibidem*, au paragraphe 37.

individus »¹⁴⁷, paraît fort semblable à la fiction juridique du régime français de la zone d'attente *ad hoc* créé par la « loi Besson »¹⁴⁸ et entérinée par le Conseil constitutionnel français¹⁴⁹. Toutefois, Louis Lambert remarque qu'« [i]l existe néanmoins une différence notable entre les deux dispositifs : dans le cas espagnol, aucun refus d'entrée n'est pris à l'encontre de l'étranger concerné et son refoulement intervient de façon expresse sans procédure administrative aucune »¹⁵⁰.

146. La CourEDH, de son côté, dans l'affaire *N.D. et N.T.*¹⁵¹ invalide les arguments de l'État espagnol visant à exclure que les faits eussent eu lieu sous sa juridiction, resserrant ainsi « l'écart entre la « frontière des contrôles » (périmètres des lieux et contextes dans lesquels les contrôles migratoires sont effectués) et la « frontière des droits » (périmètres des lieux et contextes dans lesquels les droits sont susceptibles d'être protégés) »¹⁵². Cette

¹⁴⁷ Paul KLÖTGEN, « La frontière et le droit, esquisse d'une problématique », dans Jean-Luc DESHAYES et Didier FRANCFORT (DIR), *Du barbelé au pointillé*, Presse Universitaire de Nancy, Nancy, 2010, p. 131-158; tel que cité par Louis IMBERT, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla. Note sous CEDH, 3 octobre 2017, N.D. et N.T. c. Espagne, req. n° 8675/15 et 8697/15 », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2018, 3.

¹⁴⁸ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, article 10: « Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche. ».

¹⁴⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, §§19-23.

¹⁵⁰ Louis IMBERT, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla. Note sous CEDH, 3 octobre 2017, N.D. et N.T. c. Espagne, req. n° 8675/15 et 8697/15 », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2018, 4.

¹⁵¹ CourEDH, 3 octobre 2017, n° 8675/15 et 8697/15, [2017], *N.D. et N.T. c. Espagne*, *Rec Num.*

¹⁵² Julien JEANDESBOZ, « Contrôles aux frontières de l'Europe », *La Vie des idées* 2012, en ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Controles-aux-frontieres-de-l-Europe.html>> (consulté le 30 mai 2020); tel que cité par Louis IMBERT, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla. Note sous CEDH, 3 octobre 2017, N.D. et N.T. c. Espagne, req. n° 8675/15 et 8697/15 », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2018, 4.

décision sur la recevabilité annule *de facto* la distance entre barrières physiques et frontières juridiques.

147. Nous en tirons la conclusion que la notion de « frontière opérationnelle » utilisée par le Gouvernement espagnol n'est rien d'autre qu'une classification purement formelle conçue afin de permettre la mise en œuvre d'un régime juridique orienté à la répression et aux refoulements. Dans les lignes qui suivent, nous regarderons de plus près deux importants arrêts de la Cour de Strasbourg, utiles à comprendre la compatibilité des mécanismes répressifs mis en œuvre par les autorités espagnoles à la frontière de Melilla non seulement avec la CEDH, mais aussi avec le droit de l'UE.

2) *Ceuta et Melilla. : frontières « chaudes » et refoulement « tièdes »*

148. Le trois octobre 2017, la troisième section de la Cour EDH rendit une décision historique condamnant les pratiques de refoulement par l'Espagne aux frontières de l'exclave de Melilla. Il s'agissait de la première fois que la Cour EDH était appelée à se prononcer sur une violation de l'Article 4 du Protocole n. 4 de la CEDH pour des faits commis lors du franchissement irrégulier des frontières terrestres d'un État partie par des personnes migrantes.

149. La même Cour EDH, rappelant la portée procédurale de la disposition prévue au Protocole n. 4, remarque aussi qu'elle n'a été appelée à se prononcer sur ce point que 6 fois dans l'histoire de sa juridiction :

À ce jour, la Cour a conclu à la violation de l'article 4 du Protocole n. 4 dans six affaires seulement. Dans quatre d'entre elles (*Čonka c. Belgique*, no 51564/99, §§ 60-63, CEDH 2002 I, *Géorgie c. Russie (I)*, précité, *Shioshvili et autres c. Russie*, no 19356/07, 20 décembre 2016, et *Berdzenishvili et autres c. Russie*, nos 14594/07 et 6 autres, 20 décembre 2016), les expulsions concernaient des individus de même origine (des familles de Roms en provenance de Slovaquie dans la première affaire et des ressortissants géorgiens dans les autres). Dans les deux autres affaires (*Hirsi Jamaa et autres* et *Sharifi et autres*, précitées), la violation qui a été constatée portait sur le renvoi de tout un groupe de personnes (des migrants et des demandeurs d'asile) qui avait été

effectué en l'absence d'une vérification préalable en bonne et due forme de l'identité de chacun des membres du groupe¹⁵³.

150. À l'origine de l'affaire¹⁵⁴ se trouvent deux requérants, *N.D.* (ressortissant malien) et *N.T.* (ressortissant ivoirien) qui, profitant d'un assaut aux barrières de la ville de Melilla mené le 13 août 2014 par plusieurs centaines de migrants, pour la plupart d'origines subsahariennes, réussirent à pénétrer en sol espagnol. Dès qu'ils eurent posé le pied sur le sol, ils auraient été appréhendés par des agents de la Guardia Civil qui les auraient menottés, ramenés au Maroc et remis aux autorités marocaines. Les requérants n'auraient fait l'objet d'aucune procédure d'identification par les agents. Ils n'auraient eu la possibilité ni de s'exprimer sur leur situation personnelle ni d'être assistés par des avocats¹⁵⁵.

151. Dans l'arrêt du 3 octobre 2017, la Cour EDH reconnaît la pleine juridiction de l'Espagne, rejetant tout argument sur la recevabilité de la requête et l'applicabilité de la CEDH, et condamne cet État pour violation de l'article 4 protocole n. 4 de la CEDH qualifiant de « collectives » les expulsions. La Cour EDH réinterprète d'abord la notion d'expulsion à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités autre qu'à la lumière de sa propre jurisprudence :

La Cour rappelle que, selon la Commission du droit international, « l'« expulsion » s'entend d'un acte juridique ou d'un comportement attribuable à un État par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État » (voir l'article 2 du « Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers », cité au paragraphe 37 ci-dessus) (*Khlaifia et autres*, précité, § 243). Elle renvoie à l'analyse contenue dans son arrêt *Hirsi Jamaa et autres* (précité, §§ 166-180, citée dans *Sharifi et autres*, précité, § 210) et aux références qui y figurent, et elle rappelle que, en application de la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle doit établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés¹⁵⁶.

¹⁵³ CourEDH, 3 octobre 2017, n° 8675/15 et 8697/15, [2017], *N.D. et N.T. c. Espagne*, Rec Num, par. 100.

¹⁵⁴ CourEDH, 3 octobre 2017, n° 8675/15 et 8697/15, [2017], *N.D. et N.T. c. Espagne*, Rec Num.

¹⁵⁵ CourEDH, février 2020, n° 8675/15 et 8697/15, [2020], (*Grande Chambre*) *ND et NT c Espagne*, Rec Num, au para 25.

¹⁵⁶ CourEDH, 3 octobre 2017, n° 8675/15 et 8697/15, [2017], *ND et NT c Espagne*, Rec Num, au para 103.

152. Ensuite, les juges de Strasbourg clarifient la portée de l'article 4 du protocole n. 4 CEDH :

l'article 4 du Protocole no 4 fait partie d'un traité pour la protection effective des droits de l'homme, et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions, tout en prenant en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes ainsi que des moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires de la Convention (article 32 de la Convention de Vienne)¹⁵⁷.

153. Il s'agit d'un arrêt historique, car potentiellement destructeur du modèle répressif espagnol désormais exporté dans l'ensemble des frontières terrestres et maritimes de l'UE. Cependant, certains auteurs comme Luis Lambert¹⁵⁸, derrière le désaveu inédit des pratiques aux frontières de Ceuta et Melilla provoqué par l'arrêt de la troisième chambre de la Cour EDH, voyaient déjà une portée limitée, car les autorités espagnoles ne semblaient pas enclines à appliquer ladite jurisprudence de la Cour en matière d'expulsions collectives.

154. En effet, quelques jours après la décision de la Cour, le ministre de l'Intérieur espagnol a annoncé que le gouvernement envisageait de faire appel devant la Grande Chambre.

155. Le 13 avril 2020, la Grande Chambre rendit son arrêt renversant complètement la position de la troisième chambre. Se lançant dans une imposante opération de « politique judiciaire »¹⁵⁹, les juges de Strasbourg rejettent toute violation alléguée de l'article 4

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Louis IMBERT, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla. Note sous CEDH, 3 octobre 2017, N.D. et N.T. c. Espagne, req. n° 8675/15 et 8697/15 », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2018.

¹⁵⁹ Françoise TULKENS, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme : attentes, réalités et perspectives », *Revue québécoise de droit international* 2000.323-358, 354.

protocole n.4 ainsi que de l'article 3 CEDH¹⁶⁰ et de l'article 13 conjointement à l'article 3 CEDH.

156. L'élément qui ressort d'une lecture attentive des motivations de la Cour EDH est que dans ce deuxième arrêt la prise en compte du droit primaire de l'UE - notamment les articles 72 et 79 TFUE – ainsi que l'acquis Schengen détermine en bonne partie le changement (assez brusque) de direction de la jurisprudence. De surcroît, l'impact de cet arrêt sur les politiques migratoires de l'UE et de ses pays membres semble au cœur des inquiétudes des juges de Strasbourg, qui décident donc d'exercer tout leur pouvoir interprétatif afin de maintenir le *statu quo* de la répression des migrations à l'entrée. Cela rétablit une fois de plus la distance entre barrières physiques et frontières juridiques et renforce le sentiment que des espaces de « non droit » soient en quelque sorte consubstantiels à l'existence de l'espace de liberté sécurité et justice.

157. La Cour EDH conclut donc mettant complètement le blâme sur les migrants lesquels « se sont eux-mêmes mis en danger en participant à l'assaut donné aux clôtures frontalières à Melilla, le 13 août 2014, en profitant de l'effet de masse et en recourant à la force »¹⁶¹ et « n'ont pas utilisé les voies légales existantes pour accéder de manière régulière au territoire espagnol conformément aux dispositions du code frontières Schengen relatives au franchissement des frontières extérieures de l'espace Schengen »¹⁶².

¹⁶⁰ Sur ce point il est opportun de mentionner l'opinion dissidente de la juge Koskelo au point 23 de l'affaire CourEDH, 13 février 2020, n° 8675/15 et 8697/15, [2020], (Grande Chambre) ND et NT c Espagne: « On peut noter que dans la récente affaire Ilias et Ahmed c. Hongrie ([GC], no 47287/15, 21 novembre 2019), qui portait notamment sur l'article 3 de la Convention, la Cour a dit que lorsqu'un État contractant ordonne l'expulsion d'un demandeur d'asile vers un pays tiers sans examiner sa demande au fond, il est impossible de savoir si l'intéressé risque de subir des traitements contraires à l'article 3 dans son pays d'origine ou s'il s'agit simplement d'un migrant économique. C'est uniquement à l'issue d'une procédure prévue par la loi et donnant lieu à une décision en droit que les autorités peuvent formuler à cet égard un constat sur lequel elles peuvent s'appuyer »

¹⁶¹ CourEDH, 13 février 2020, n° 8675/15 et 8697/15, [2020], (Grande Chambre) ND et NT c Espagne, *Rec Num*, au para 231.

¹⁶² *Ibidem*.

158. Pourtant, sur ce point, le HCR dans son intervention dans l’Affaire N.D. et N.T. , avait opportunément remarqué qu’en réalité les migrants subsahariens non seulement « n’ont pas accès aux procédures d’immigration et d’asile au poste-frontière autorisé de Melilla, car ils seraient systématiquement empêchés d’atteindre la frontière du côté marocain »¹⁶³. Mais,

[p]ire encore [...] la rétention administrative des demandeurs d’asile sur place, la durée de la procédure d’asile et les conditions de rétention, notamment la surpopulation des centres, dissuaderaient les étrangers de bonne foi de quérir une protection internationale dans les enclaves de Melilla et de Ceuta. La pratique des expulsions et des rejets de migrants à la frontière sans identification individuelle et dans des conditions d’accueil inadéquates se poursuivrait¹⁶⁴.

159. Nous ne pouvons donc que partager la position expresse par des juristes européens. Dans un communiqué conjoint¹⁶⁵, des juristes européens et africains affirment que la CEDH, en révoquant la condamnation de l’Espagne, envoie un signal fort aux États européens sur la propagation de ces pratiques violentes de refoulement et légitime l’externalisation de l’asile. En effet, en permettant à un État membre de restreindre le droit d’asile sur son territoire en certains lieux ou dans certaines circonstances, la Cour accepte des pratiques contraires au droit international et aux valeurs que l’Union européenne promeut depuis longtemps, entravant l’arrivée des demandeurs de protection, soit par des obstacles matériels ou immatériels, soit par la délégation de ses fonctions à des pays connus pour être hostiles aux migrants.

¹⁶³ CourEDH, 13 février 2020, n° 8675/15 et 8697/15 , [2020], (*Grande Chambre*) *ND et NT c Espagne*, *Rec Num*, au para 155.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ ASGI, « CEDU: Spagna e UE potranno far prevalere la protezione dei confini al diritto di asilo », *Asgi* (24 février 2020), en ligne : <<https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/cedu-spagna-union-europea-confini-diritto-asilo/>>; MIGREURP, « Tribunal Europeo de Derechos Humanos: España y la Unión Europea (UE) podrán dar prioridad a la protección de las fronteras europeas sobre el derecho de asilo » (21 février 2020), en ligne : <<http://www.migreurop.org/article2955.html?lang=es>> (consulté le 30 mai 2020).

§2. L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE SUR LA DISTANCE ENTRE FRONTIÈRES PHYSIQUES ET BARRIÈRES JURIDIQUES

160. L'un des premiers éléments de distance entre barrières juridiques et frontières physiques est la pratique des visas¹⁶⁶. Pour assurer l'entrée régulière sur leur territoire, les États demandent aux ressortissants des autres pays de respecter les procédures de droit national pour l'octroi des autorisations nécessaires.

161. Une politique commune de visas de court séjour¹⁶⁷, couplée d'une législation permettant de sanctionner financièrement les transporteurs aériens qui embarquent des passagers à destination d'un État membre sans le visa ou le titre de séjour requis¹⁶⁸, a ainsi été mise en place par l'UE.

162. Le contrôle des documents justifiant l'entrée dans un territoire étatique est habituellement fait avant d'arriver à la frontière physique, et ce, dans le pays d'origine du migrant, dans un pays tiers ou encore à travers un support numérique¹⁶⁹. Il s'agit d'un instrument de contrôle extraterritorial qui, sans pour autant engager la responsabilité des États membres, notamment en matière d'asile, permet un contrôle des entrées au sein de l'espace Schengen.

¹⁶⁶ Bernard RYAN et Valsamis MITSILEGAS, *Extraterritorial immigration control legal challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 3-5.

¹⁶⁷ *Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas)*, JO L 243/1, 15.09.2009.

¹⁶⁸ CONSEIL EUROPÉEN, *Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985*, [2001] JO, L 187, p. 45-56.

¹⁶⁹ « La notion de gestion intégrée des frontières implique une combinaison de mécanismes de contrôle et d'outils, qui varie en fonction des flux de personnes qui se rendent dans l'Union. Elle requiert de prendre des mesures dans les consulats des États membres situés dans les pays voisins, des mesures aux frontières proprement dites et des mesures à l'intérieur de l'espace Schengen ». COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission du Parlement européen, du Conseil, du Comité économique et social européen et du Comité des régions : Préparer les prochaines étapes de la gestion des frontières dans l'Union européenne*, Bruxelles, 13.02.2008.

163. L'activité interprétative récente de la CJUE permet de clarifier la définition de visa, excluant la possibilité pour les États membres d'octroyer aux migrants de simples « visas de transit » (A) ainsi que la possibilité d'envisager une quelconque obligation – découlant du droit de l'UE - d'octroyer des visas humanitaires aux demandeurs d'asile qui en font requête aux postes consulaires (B).

A. La notion de Visa : une interprétation restrictive offerte par la CJUE

164. Les faits de l'affaire *Jafari*¹⁷⁰, citée auparavant¹⁷¹, portent sur les vicissitudes de deux femmes afghanes qui ont quitté leur pays avec leurs enfants, puis qui ont voyagé à travers l'Iran, la Turquie, la Grèce, l'ancienne République yougoslave de Macédoine et la Serbie. Elles ont, enfin, franchi la frontière externe de l'Union en Croatie en 2016. Les autorités croates ont organisé leur transport, en autobus, jusqu'à la frontière slovène. Ensuite, les autorités slovènes leur ont remis des documents de police indiquant que leur destination de voyage était, pour l'une d'entre elles, l'Allemagne et, pour l'autre, l'Autriche. Une fois en Autriche, les deux femmes ont introduit des demandes de protection internationale, pour elles-mêmes et pour leurs enfants.

165. Le refus des autorités autrichiennes à traiter ces demandes ainsi que leur décision de renvoyer les deux femmes et leurs enfants en Croatie¹⁷², en tant que pays

¹⁷⁰ CJUE, 26 juillet 2017, affaire C-646/16, *Jafari*, *Rec. Num.*

¹⁷¹ Voy *Supra*, §56.

¹⁷² CJUE, 26 juillet 2017, affaire C-646/16, *Jafari*, *Rec. Num.*, point 33. « Le 5 septembre 2016, l'office autrichien pour le droit des étrangers et le droit d'asile a déclaré les demandes de protection internationale introduites par M^{mes} Jafari irrecevables, a ordonné l'éloignement de celles-ci ainsi que de leurs enfants et a constaté que leur renvoi vers la Croatie était licite. Ces décisions étaient fondées sur le fait que les ressortissants de pays tiers concernés seraient entrés irrégulièrement en Grèce et en Croatie et que leur transfert vers la Grèce serait exclu en raison de défaillances systémiques dans la procédure d'asile dans cet État membre ». Cela est le fruit d'une jurisprudence consolidée, à la fois de la Cour européenne des droits de l'homme, avec l'arrêt *MSS c Belgique et Grèce*, I CEDH n° 30696/09, [2011].121., et de la CJUE avec la jurisprudence CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary*

compétent à traiter ces demandes¹⁷³, ont donné la possibilité à la CJUE de se prononcer en voie préjudicielle¹⁷⁴ sur deux notions juridiques fondamentales : la notion de « visa » et celle de « franchissement des frontières ».

166. La notion de visa a été récemment clarifiée par la CJUE dans l'affaire *Jafari*¹⁷⁵. Pour le Juge de Luxembourg, il s'agit d'une « autorisation ou [d']une décision d'un État membre » qui est « exigée en vue du transit ou de l'entrée sur le territoire de cet État membre ou de plusieurs États membres »¹⁷⁶. Donc, au vu de l'ensemble de ces éléments, l'octroi d'un permis d'entrée qui légitime la présence temporaire sur le territoire d'un État membre, le cas échéant visant le simple transit sur le territoire de l'État membre concerné, ne constitue pas un « visa », au sens de l'article 12 du règlement *Dublin III*, lu en combinaison avec l'article 2, sous m), du même règlement¹⁷⁷.

of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905..

¹⁷³ L'office fédéral autrichien pour le droit des étrangers et le droit d'asile a indiqué à ces dernières qu'en application de l'article 22, paragraphe 7, du règlement Dublin III (UE, Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO L 180/31, 26.06.2013.), la responsabilité de l'examen des demandes de protection internationale introduites par Mmes Jafari et leurs enfants incombait désormais à la République de Croatie.

¹⁷⁴ La Cour de Justice de l'Union européenne a été saisie de deux renvois préjudiciels par le Vrohvno sodišče (Slovaquie) le 28.10.2016 et le Verwaltungsgerichtshof (Autriche) le 3.02.2017.

¹⁷⁵ Il s'agissait de comprendre si les documents de police délivrés par les autorités croates et slovènes qui permettaient le transit sur leurs territoires respectifs étaient des visas au sens du règlement Dublin III.

¹⁷⁶ CJUE, 26 juillet 2017, affaire C-646/16, *Jafari*, Rec. Num., point 48.: « (...) Il découle donc des termes mêmes employés par le législateur de l'Union que, d'une part, la notion de visa renvoie à un acte adopté formellement par une administration nationale, et non à une simple tolérance, et que, d'autre part, le visa ne se confond pas avec l'admission sur le territoire d'un État membre, puisque le visa est justement exigé en vue de permettre cette admission. ».

¹⁷⁷ Ibidem, point 53.

167. La CJUE précise aussi que « la circonstance que l'admission sur le territoire de l'État membre considéré intervienne dans une situation caractérisée par l'arrivée d'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale n'est pas de nature à modifier cette conclusion »¹⁷⁸. La distinction est faite, donc, entre un « visa » au sens de l'article 12 du règlement *Dublin III* et un simple document de police, expression de la volonté de l'État membre de première entrée de tolérer le transit du migrant dans son territoire.

168. Saisir, sur le plan juridique, une telle distinction n'est pas un exercice facile, mais nous pouvons repérer comme clés de lecture la spécificité de la situation caractérisée par l'arrivée d'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale.

169. La distance entre barrières juridiques et frontières physiques existe alors aussi sur les territoires des États membres. Avant de nous pencher, dans les pages qui suivent, sur l'anticipation du contrôle dans une dimension extraterritoriale¹⁷⁹, il s'agit ici de dénouer un, autre passage fondamental concernant la notion de « franchissement irrégulier ».

170. À la lumière des motivations de l'arrêt *Jafari* le « franchissement » des frontières de l'espace Schengen peut, en effet, être considéré comme « irrégulier » même lorsque les autorités d'un premier État membre « tolèrent » l'entrée d'un ressortissant, voire organisent son transfert vers le pays où la personne migrante souhaite introduire une demande de protection internationale.

171. La CJUE rappelle que la notion de « franchissement irrégulier » de la frontière d'un État membre n'est définie ni par le règlement *Dublin III* ni par le CFS¹⁸⁰. Mais, eu égard au sens habituel de la notion de « franchissement irrégulier » d'une frontière, le non-respect

¹⁷⁸ Ibidem, point 54.

¹⁷⁹ Pour plus d'information sur les pratique d'externalisation du contrôle migratoire voir *infra*, Partie 1, Titre 2.

¹⁸⁰ Jean-Marc PASTOR, « La CJUE définit le « franchissement irrégulier » d'une frontière », *Dalloz Actualité* 2017.

des conditions exigées par la réglementation applicable dans l'État membre concerné oblige à considérer ce franchissement comme « irrégulier », au sens de l'article 13, paragraphe 1 du règlement *Dublin III*.

172. Il s'ensuit qu'un ressortissant d'un pays tiers admis sur le territoire d'un premier État membre, sans satisfaire aux conditions d'entrée en principe exigées dans cet État membre, en vue d'un transit vers un autre État membre pour y introduire une demande de protection internationale, doit être considéré comme ayant « franchi irrégulièrement » la frontière de ce premier État membre. Partant, le fait que « ce franchissement ait été toléré ou autorisé en violation des règles applicables ou qu'il ait été autorisé en invoquant des motifs humanitaires et en dérogeant aux conditions d'entrée en principe imposées aux ressortissants de pays tiers »¹⁸¹ n'exclut pas le caractère irrégulier du franchissement des frontières internes de l'espace Schengen.

B. Le visa humanitaire : l'action incomprise, mais féconde de la CJUE

173. La mise en place de voies légales et sûres d'accès à la protection internationale dans les États membres de l'UE est impératif - rappelé dans plusieurs études¹⁸²- pour réduire la distance entre barrières juridiques et frontières physiques.

174. La discipline du visa humanitaire en droit de l'UE est lacuneuse et trop exposée, à l'heure actuelle, à la discrétion des États membres et de leurs autorités consulaires (1). La réponse donnée par la CJUE¹⁸³ a une question préjudicielle portant sur l'existence

¹⁸¹ CJUE, affaire C-646/16, *supra* note 26, point 102.

¹⁸² Ulla Iben JENSEN, *Humanitarian visas: option or obligation? - Study for the LIBE Committee*, Commission LIBE - Parlement européen, 2014; Violeta MORENO-LAX, Fernandes MEENA et Geny BRITTNI, *Humanitarian Visas: Legal Aspects - European Added Value Assessment (European Parliament Research Service, 2018)*, Commission LIBE - Parlement européen, 2018; Henri LABAYLE et Philippe DE BRUYCKER, *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement Européen, commission LIBE, 2012.

¹⁸³ CJUE, 7 mars 2017, *X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU. Rec num.

d'une obligation positive des États membres d'octroyer des visas humanitaires via ses représentations consulaires à l'étranger - fondée sur le « code des visas »¹⁸⁴ et sur la CDFUE - a soulevé des réactions d'indignation parmi les experts. Nous montrerons ici la fécondité cachée de l'action apparemment « passive » de la CJUE en matière de visa humanitaire (2).

1) *La discipline défaillante du visa humanitaire en droit de l'UE*

175. Le visa – nous l'avons rappelé en début de ce paragraphe – est un élément de « distanciation juridique » visant à régler l'accès au territoire d'un État et pouvant être délivré, entre autres, pour des raisons humanitaires. Pour mieux définir ce dernier aspect, et l'encadrer dans la dynamique de la distance entre barrières physiques et frontières géographiques, nous faisons ici appel à la différence sollicitée par Serge-Théophile Bambara entre l'externalisation et la déterritorialisation des procédures d'examen des demandes d'asile. Dans le cas de l'externalisation, l'État « sous-traite » ses fonctions de contrôle à des autorités d'États tiers ou à des acteurs privés, alors que la « la déterritorialisation ou le traitement extraterritorial renvoie au fait, pour un État, de recevoir et d'examiner hors de son territoire, et par l'entremise de ses missions diplomatiques et consulaires, une demande d'entrée sur le territoire dans le but de demander l'asile »¹⁸⁵.

176. En effet, lorsque le but de l'accès au territoire est de présenter une demande d'asile, les États membres de l'UE peuvent octroyer trois typologies différentes de visas : 1. les visas de longs séjours (relevant entièrement du droit national); 2. les visas d'asile

¹⁸⁴ Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 188 du 12.7.2019 25–54.

¹⁸⁵ Serge-Théophile BAMBARA, « L'avènement du « visa humanitaire » dans le système d'asile européen », RTD Eur. / Dalloz 2019.4.817 et ss., 820.

Schengen de court séjour¹⁸⁶; 3. les visa d'asile Schengen à validité territoriale limitée¹⁸⁷, lesquels « [peuvent] être valables pour le territoire d'un ou plusieurs autres États membres, pour autant que chacun de ces États membres ait marqué son accord »¹⁸⁸.

177. Le « visa humanitaire »¹⁸⁹ ou le « visa d'asile » est défini, en ce sens, comme « un document délivré par les autorités diplomatiques ou consulaires aux personnes sollicitant une protection internationale, afin de leur permettre d'entrer sur le territoire d'un État dans le seul but de pouvoir déposer une demande d'asile »¹⁹⁰.

178. Le code « code des visas », tel qu'amendé par le *Règlement 2019/1155* du 20 juin 2019, donne la possibilité à tout État de pouvoir accorder des visas pour « raisons humanitaires », en vertu de l'article 25, dont les termes se lisent comme suit :

« Un visa à validité territoriale limitée est délivré à titre exceptionnel dans les cas suivants :

a) lorsqu'un État membre estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales :

¹⁸⁶ UE, *Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, JO L 77 du 23.3.2016, 1–52 article 6, paragraphe 5, sous c]; et *Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas)*, JO L 188 du 12.7.2019 25–54 article 19, paragraphe 4.

¹⁸⁷ *Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas)*, JO L 188 du 12.7.2019 25–54 article 25, paragraphe 1, lettre a].

¹⁸⁸ *Ibidem*, article 25, paragraphe 2.

¹⁸⁹ Pour une information complète concernant le « visa humanitaire » en droit de l'UE voir: Moreno-Lax, Violeta, « *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm - Moreno-Lax - 2017 - JCMS: Journal of Common Market Studies - Wiley Online Library* », en ligne : <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jcms.12651/abstract>> (consulté le 30 décembre 2017); Ulla Iben Jensen, *Humanitarian visas: option or obligation? - Study for the LIBE Committee, Commission LIBE - Parlement européen, 2014.*

¹⁹⁰ Serge-Théophile BAMBARA, « L'avènement du « visa humanitaire » dans le système d'asile européen », *RTD Eur. / Dalloz* 2019.4.817 et ss., 817.

i) de déroger au principe du respect des conditions d'entrée prévues à l'article 5, paragraphe 1, points a), c), d) et e), du code frontières Schengen [...] iii) de délivrer un visa en raison de l'urgence, sans avoir procédé à la consultation préalable au titre de l'article 22. »¹⁹¹

179. Aucun acte spécifiquement dédié à définir les conditions d'octroi du « visa humanitaire » n'a, à ce jour, été adopté par le législateur de l'UE¹⁹², sur le fondement de l'article 79, paragraphe 2, sous a), du TFUE. Néanmoins, certains États membres, notamment la Belgique, l'Allemagne et la Suède, ont délivré des visas humanitaires selon des critères hétérogènes et sur une base arbitraire¹⁹³.

¹⁹¹ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243/1, 15.09.2009 article 25, paragraphe 1, lettre a) sous i) et iii].

¹⁹² Ulla Iben JENSEN, *Humanitarian visas: option or obligation? - Study for the LIBE Committee*, Commission LIBE - Parlement européen, 2014, p. 6. « There is no separate procedure established for the lodging and processing of an application for a humanitarian LTV [Limited Territory Visa] visa in the Visa Code.»

¹⁹³ Dans ce sens voir Serge-Théophile BAMBARA, « L'avènement du « visa humanitaire » dans le système d'asile européen », *RTD Eur. / Dalloz* 2019.4.817 et ss.; Jean-Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (20 février 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lessentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/>> (consulté le 26 mai 2018); « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (20 février 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lessentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/>> (consulté le 3 juin 2020); Chloé PEYRONNET et Tania RACHO, « « Ceci n'est pas un visa humanitaire » : La Cour de justice neutralise l'article 25 § 1 a) du code des visas. Droit d'asile (CJUE) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2017, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/3047>> (consulté le 2 juin 2020).

2) *L'affaire X. et X. contre Belgique : une leçon à tirer*

180. La CJUE dans l'affaire *X. et X. Contre Belgique*¹⁹⁴ a été appelée à se prononcer sur l'interprétation du « vide juridique » qui existe entre les obligations positives imposées aux États membres par le respect des droits fondamentaux inscrits dans la CDFUE et dans la Convention de Genève¹⁹⁵, d'un côté, et le respect de la discipline en matière de visas prévue par le droit de l'UE¹⁹⁶ de l'autre.

181. Reprenant les considérations de J.-Y. Carlier et Luc Leboeuf « [l]es questions soumises à la Cour de justice portent sur l'un des grands paradoxes du droit européen, et international, de l'asile : seul celui ou celle qui parvient à quitter son pays, mais aussi à rejoindre le territoire d'un autre État a accès à la possibilité d'une protection internationale »¹⁹⁷. Eugénie Delval se réfère à cette incongruence du système européen de protection du droit d'asile - le nomme-t-elle aussi de paradoxe -, met l'accent sur le fait qu'« autant le droit de fuir la persécution et de chercher l'asile est garanti, autant le droit d'atteindre le territoire

¹⁹⁴ CJUE, 7 mars 2017, *X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU. Rec num.

¹⁹⁵ Nous faisons ici référence à la Convention relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954), ainsi qu'au protocole de 1967.

¹⁹⁶ Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 188 du 12.7.2019 25-54; Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243/1, 15.09.2009; Règlement (CE) n° 81/2009 du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 en ce qui concerne l'utilisation du système d'information sur les visas (VIS) dans le cadre du code frontières Schengen, [2009] JO, L 35/56.

¹⁹⁷ Jean-Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (20 février 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lessentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/>> (consulté le 26 mai 2018).

d'un pays tiers en vue de solliciter l'asile ne l'est pas »¹⁹⁸. Il s'agit selon cet auteur d'un « [p]aradigme implicite du droit des réfugiés »¹⁹⁹, car « les États ne se considèrent obligés vis-à-vis des réfugiés qu'une fois qu'ils sont parvenus sur leur territoire ou se trouvent sous leur contrôle »²⁰⁰.

182. À la base de la saisine de la CJUE, il y avait un conflit tout interne aux autorités administratives belges. Plus précisément, le Conseil du Contentieux des étrangers - le juge administratif compétent en matière d'asile et immigration - a décidé de poser une question préjudicielle en interprétation à la CJUE suite à l'appel présenté par les requérants contre la décision de refus de « visa humanitaire » émise par l'Office des étrangers.

183. Les requérants, une famille syrienne avec trois jeunes enfants, avait en effet introduit, sur la base de l'article 25, paragraphe 1, point a), du « code des visas », des demandes de visas à validité territoriale limitée auprès du consulat de Belgique à Beyrouth. L'objectif de la demande était de permettre à la famille de quitter la ville d'Alep assiégée et d'introduire une demande d'asile en Belgique. Ils faisaient valoir notamment que la situation sécuritaire en Syrie - et à Alep en particulier -, ainsi que l'appartenance de la famille à la minorité chrétienne orthodoxe, les exposaient au risque d'actes spécifiques de persécution pour des motifs religieux.

184. Les questions posées par le Conseil du Contentieux des Étrangers concernaient d'abord les « obligations internationales », visées à l'article 25, paragraphe 1, sous a), du code des visas, en particulier, le respect des droits garantis par les articles 4 et 18 CDFUE, et de l'article 33 CEDH. Ensuite, il était question d'établir si un État membre de l'UE est tenu de délivrer, en application de l'article 25 du code des visas, le visa à validité

¹⁹⁸ Eugénie DELVAL, « La CEDH appelée à trancher la question des “visas asile” laissée en suspens par la CJUE: Lueur d'espoir ou nouvelle déception? », en ligne : <<https://eumigrationlawblog.eu/la-cedh-appelée-a-trancher-la-question-des-visas-asile-laissee-en-suspens-par-la-cjue-lueur-despoir-ou-nouvelle-deception/>> (consulté le 4 juin 2020).

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*.

territorial limité demandé, « lorsqu'un risque de violation de l'article 4 et/ou de l'article 18 de la Charte est avéré »²⁰¹.

185. L'Avocat Général Paolo Mengozzi rendait, le 7 février 2017, des conclusions à la portée historique²⁰², dans lesquelles affirmait que, sur la base de ladite disposition du « code des visas » :

l'État membre sollicité par un ressortissant d'un pays tiers afin de lui délivrer un visa à validité territoriale limitée au motif de l'existence de raisons humanitaires est tenu de délivrer un tel visa si, eu égard aux circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le refus de procéder à la délivrance de ce document conduira à la conséquence directe d'exposer ce ressortissant à subir des traitements prohibés par l'article 4 de la charte des droits fondamentaux, en le privant d'une voie légale pour exercer son droit de demander une protection internationale dans cet État membre²⁰³.

186. Pour aboutir à cette conclusion l'Avocat Générale Mengozzi, éclaircit un point fondamental et assez contesté, à savoir que « l'intention des requérants au principal de demander le statut de réfugiés une fois entrés sur le territoire belge ne saurait modifier la nature ni l'objet de leurs demandes »²⁰⁴.

187. Les grands espoirs des détracteurs de la protection des droits fondamentaux des migrants ainsi que de l'effectivité du droit d'asile, alimentés par ces conclusions, ont été balayés du revers de la main par la CJUE, exactement un mois plus tard. Ces espoirs étaient aussi fondés sur le fait que les juridictions internes belges avaient longtemps considéré qu'« en raison du caractère absolu, reconnu à l'article 3 de la CEDH, les États parties à la Convention, tel le Royaume de Belgique, ont le devoir non seulement de ne pas violer le droit

²⁰¹ CJUE, 7 mars 2017, *X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU, Rec num point 28.

²⁰² CJUE, 7 février 2017, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire X et X contre État belge*, affaire C-638/16 PPU, Rec num.

²⁰³ Article 25, paragraphe 1, sous a) *Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas)*, JO L 243/1, 15.09.2009.

²⁰⁴ CJUE, 7 février 2017, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire X et X contre État belge*, affaire C-638/16 PPU, Rec num point 50.

protégé par cette disposition, mais aussi de prévenir les violations de ce droit, y compris lorsqu'elles risquent d'être commises hors de leur territoire par des autorités étrangères »²⁰⁵.

188. Dans son arrêt du 7 mars 2017, les juges de Luxembourg ont en revanche affirmé « qu'une demande de protection internationale ne relève pas de l'application du code des visas, mais, en l'état actuel du droit de l'Union, du seul droit national »²⁰⁶. En d'autres termes, la situation en l'espèce ne relevait pas du code des visas ni du droit de l'UE, mais qu'il s'agissait plutôt d'une situation assujettie au droit interne. De surcroît, la CJUE exclut que les États membres puissent être tenus, sur le fondement du code des visas, de permettre, à des ressortissants de pays tiers d'introduire une demande de protection internationale auprès des représentations situées sur le territoire d'un pays tiers :

Or, alors que le code de visas n'a pas pour objet d'harmoniser les réglementations des États membres relatives à la protection internationale, il y a lieu de constater que les actes de l'Union adoptés sur le fondement de l'article 78 TFUE qui régissent les procédures applicables aux demandes de protection internationale ne prévoient pas une telle obligation et excluent, au contraire, de leur champ d'application les demandes présentées auprès des représentations des États membres²⁰⁷.

189. L'interprétation de la CJUE a fait l'objet d'après critiques, J.-Y. Carlier et Luc Leboeuf parlent de « hypocrisie coupable » se cachant derrière l'attitude silencieuse de la Cour.

Dès l'instant où l'Union a prétention à mettre en œuvre un contrôle commun de ses frontières extérieures et une politique commune d'asile, la marge de manœuvre des États offre encore une grande liberté de décision, mais ne peut les dispenser de motiver toute décision. Un refus de visa humanitaire, même à validité territoriale limitée, emporte nécessairement des conséquences, en droit comme en fait, sur cette politique commune.

²⁰⁵ Conseil d'État (Belgique), Section du contentieux administratif, État belge c/ X et Y, ordonnance n° 9681, 22 mai 2013, p. 5.

²⁰⁶ CJUE, 7 mars 2017, X. et X. contre État belge, affaire C-638/16 PPU. Rec num point 51.

²⁰⁷ CJUE, 7 mars 2017, X. et X. contre État belge, affaire C-638/16 PPU. Rec num point 49.

L'obligation de le motiver peut constituer un point d'équilibre entre le respect des souverainetés et la protection des droits fondamentaux²⁰⁸.

190. En réalité, cette attitude que nous pouvons nommer de « passivisme judiciaire »²⁰⁹ met en exergue l'une des faiblesses majeures du régime européen commun d'asile. Le choix d'une interprétation restrictive du droit dérivé de l'UE, si d'un côté répond sûrement à des critères de pragmatisme et de « politique judiciaire »²¹⁰, de l'autre a eu l'effet de mettre en avant les failles et les incongruences du système d'accueil des réfugiés au sein de l'UE, déchirée entre la dynamique des compétences partagées et la reconnaissance des « situations relevant du droit purement interne »²¹¹. Le silence a ainsi fait de caisse de résonance, attirant aussi l'intérêt du Parlement européen.

²⁰⁸ Jean-Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (20 février 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lessentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/>> (consulté le 26 mai 2018).

²⁰⁹ Iris GOLDNER LANG, « Towards 'Judicial Passivism' in EU Migration and Asylum Law? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference – EU Immigration and Asylum Law and Policy », *EU Immigration law Blog* (2018), en ligne : <<https://eumigrationlawblog.eu/towards-judicial-passivism-in-eu-migration-and-asylum-law-preliminary-thoughts-for-the-final-plenary-session-of-the-2018-odysseus-conference/>> (consulté le 24 mai 2019); Sur ce point voir aussi : Enzo CANNIZZATO, « Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council », (2017) 2-1 *European Papers* 251-257; Keenan D. KMIEC, « The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism" », (2004) 92-5 *California Law Review* 1441-1477, DOI : 10.2307/3481421; Zeev SEGAL, « Judicial Activism Vis-a-Vis Judicial Restraint: An Israeli Viewpoint », (2011) 47-2 *Tulsa Law Review* 319-330; Dario ONANA, « L'activisme judiciaire de la Cour de justice face à l'essor des droits fondamentaux. Par Dario Onana, Juriste. », *Village de la Justice*, en ligne : <<https://www.village-justice.com/articles/activisme-judiciaire-cour-justice-face-essor-des-droits-fondamentaux,31727.html>> (consulté le 7 avril 2020).

²¹⁰ Voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 3.

²¹¹ CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, affaire C-34/09. Rec num.

191. Le coût humain de ces politiques défailtantes, estimé à au moins 30 000 décès aux frontières de l'Union depuis l'année 2000, a poussé la Commission LIBE du Parlement européen à formuler une proposition de résolution, dans laquelle est indiqué

qu'un cadre juridique européen est nécessaire de toute urgence pour mettre un terme au nombre intolérable de morts en Méditerranée et sur les routes migratoires qui mènent à l'Union, pour lutter véritablement contre le trafic des êtres humains, contre le risque de traite d'êtres humains et d'exploitation par le travail et contre la violence, pour gérer de façon ordonnée les arrivées, l'accueil digne et le traitement équitable des demandes d'asile, et pour optimiser le budget des États membres et de l'Union alloué à l'asile, aux procédures d'asile, au contrôle des frontières et aux activités de recherche et de sauvetage, ainsi que pour parvenir à des pratiques cohérentes dans l'*acquis* de l'Union en matière d'asile²¹².

192. De plus, ce texte pointe à la fois le fait qu' « environ 90 % des personnes qui obtiennent par la suite le statut de réfugié et bénéficient d'une protection subsidiaire arrivent sur le territoire des États membres de manière irrégulière »²¹³, et le fait que le risque de fragmentation, dû à l'hétérogénéité des procédures d'admission et des procédures humanitaires mises en œuvre par les États membres, va à l'encontre de l'objectif général visé à l'article 78, paragraphe 1, du traité FUE, qui est d'élaborer une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire.

193. La fécondité de l'action de la CJUE serait à apprécier dans le fait que ladite proposition de résolution est directement inspirée par l'arrêt *X. et X. contre Belgique*²¹⁴. Non

²¹² Parlement européen, Commission LIBE, Proposition de résolution contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires, 2018/2271(NL), 4 décembre 2018 considérant G.

²¹³ Press conference by Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR (S&D, ES), rapporteur, on the vote on recommendations to the Commission on humanitarian visas, en ligne : <https://multimedia.europarl.europa.eu/fr/press-conference-lopez-aguilar-humanitarian-visas_1165284-V_v> (consulté le 8 juin 2019).

²¹⁴ Ibidem, considérant B : « considérant que, selon l'arrêt rendu par la Cour de justice le 7 mars 2017 dans l'affaire C-638/16(2), X et X contre État belge, les États membres ne sont pas tenus, en vertu du droit de l'Union, d'accorder un visa humanitaire aux personnes qui souhaitent se rendre sur leur territoire dans l'intention de demander l'asile, mais ils demeurent libres de le faire sur la base de leur droit national; que cet arrêt interprète le droit de l'Union en vigueur, lequel peut être modifié »

seulement l'activisme judiciaire de la CJUE, mais aussi son attitude parfois apparemment « passive » peut avoir un impact concret sur l'évolution de la protection des droits fondamentaux des migrants en condition irrégulière.

194. Doublement décevant nous paraît donc la réponse de la Commission européenne, laquelle malgré les sollicitations du Parlement, n'a pas jugé opportun de déposer une proposition législative en matière de « visa humanitaire ». Dans sa réponse au PE, déjà avant les élections européennes de mai 2019, la Commission a fait valoir « qu'il n'était pas nécessaire » de formuler une nouvelle proposition en ce sens et « qu'il existait d'autres instruments pour atteindre l'objectif visé »²¹⁵.

195. Toutefois, que la voie législative ordinaire de l'UE soit la seule réponse possible pour une solution harmonisée en matière de visa humanitaire a été confirmé aussi par la CourEDH dans son arrêt *M.N. et autres contre la Belgique*²¹⁶. En effet, suite à la réaction passive de la CJUE, jugé par la plupart des experts de décevante, les attentes ont été redirigées vers la Cour de Strasbourg, appelée à trancher sur la question du visa humanitaire dans une affaire tout à fait similaire à celui traité par la CJUE.

196. La Grande Chambre de la Cour EDH, a en effet déclaré la requête irrecevable. Une telle décision a invalidé les arguments des requérants fondés sur la jurisprudence – bien que minoritaire – de l'affaire *Hirsi Jamaa*, notamment de l'opinion concordante du juge Albuquerque:

Si, par exemple, une personne qui risque d'être torturée dans son pays demande l'asile auprès d'une ambassade d'un État lié par la Convention européenne des droits de l'Homme, un visa d'entrée sur le territoire de cet État doit lui être accordé, de manière à permettre le lancement d'une véritable procédure d'asile dans l'État d'accueil. Il ne s'agira pas là d'une réponse purement humanitaire découlant de la bonne volonté et du pouvoir discrétionnaire de l'État. Une obligation positive de protection naîtra alors de l'article 3.

²¹⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, *Réponse via email de la Direction Générale de la communication du Parlement européen*, 8 juin 2020. « The Commission has not tabled a legislative proposal in this area. In their reply to the EP, already before the May 2019 European Elections, they argued it was not necessary and there were other instruments to fulfil the purpose. ».

²¹⁶ CourEDH, 5 mars 2020, n° 3599/18, [2020], (*Grande Chambre*) *M.N. et autres contre la Belgique*, *Rec Num.*

En d'autres termes, la politique d'un pays en matière de visas est subordonnée aux obligations qui lui incombent en vertu du droit international des droits de l'Homme²¹⁷.

197. Les juges de Strasbourg ont *de facto* validé les arguments de l'État défendeur inspirés à la jurisprudence *Abdul Wahab Khan*²¹⁸, concernant la limitation de l'application du critère de rattachement à la juridiction d'un État partie lors de la présentation d'une demande de visa de la part d'un ressortissant d'un État tiers, dans l'une de ses représentations consulaires

La Cour considère qu'en décider autrement aboutirait à consacrer une application quasi-universelle de la Convention sur la base du choix unilatéral de tout individu, où qu'il se trouve dans le monde, et donc à créer une obligation illimitée pour les États parties d'autoriser l'entrée sur leur territoire de toute personne qui risquerait de subir un traitement contraire à la Convention en dehors de leur juridiction²¹⁹.

198. La CEDH ainsi que le droit international des réfugiés – notamment la Convention de Genève – confirment le paradoxe dont souffre aussi le droit de l'UE, à savoir le fait d'imposer le respect du droit à l'asile et l'interdiction du refoulement, sans pour autant prévoir aucun moyen concret pour garantir l'accès au territoire pour toute personne réellement exposée à persécutions ou traitements inhumains et dégradants.

199. Le cadre de l'UE semble ainsi le plus opportun à combler cette lacune. La réponse, apparemment « passive » ou « peu courageuse » de la CJUE a enfin montré les limites de l'intégration européenne en matière de visa humanitaire, laissant maintenant au législateur la tâche de réduire l'hétérogénéité des réponses de chaque État membre et prévoir une solution normative commune. L'immobilisme de la Commission²²⁰, malgré les sollicitations du Parlement européen, démontre cependant le déficit démocratique dont

²¹⁷ *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, CourEDH n° 27765/09, [2012].1 Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à la p. 73.

²¹⁸ CourEDH, 28 janvier 2014, n° 11987/11, [2014], *Abdul Wahab Khan contre Royaume Uni*, Rec Num.

²¹⁹ CourEDH, 5 mars 2020, n° 3599/18, [2020], (*Grande Chambre*) *M.N. et autres contre la Belgique*, Rec Num, par. 128.

²²⁰ *Supre*, note 105.

l'architecture institutionnelle de l'UE souffre et face auquel aucune réponse juridictionnelle de la CJUE peut raisonnablement - et juridiquement – avoir un impact.

SECTION 2 : LE FOSSÉ MÉDITERRANÉEN

200. Les flux migratoires en provenance de la mer Méditerranée ne sont pas la principale source d'immigration irrégulière²²¹. Les chiffres publiés par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex)²²² montrent clairement que les ressortissants de pays tiers arrivés de façon régulière et qui restent sur le territoire des pays membres au-delà de l'échéance du permis temporaire qu'ils détiennent (par exemple les demandeurs déboutés et les anciens détenteurs de permis de court ou de long séjour arrivé à échéance) représentent la principale masse d'immigration irrégulière. Une bonne partie de la doctrine contemporaine²²³ juge donc de disproportionner les efforts opérationnels de l'UE pour la sécurisation des frontières méditerranéennes ainsi que l'attention médiatique concentrée sur les activités maritimes.

201. Néanmoins, la grande majorité des morts aux frontières de l'UE se concentre dans la mer²²⁴. De plus, les initiatives récentes, comme la fermeture de la route des Balkans

²²¹ MORENO-LAX, VIOLETA, « The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm - Moreno-Lax - 2017 - JCMS: Journal of Common Market Studies - Wiley Online Library », p. 4, en ligne : <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jcms.12651/abstract>> (consulté le 31 décembre 2017).

²²² FRONTEX, *Frontex Risk Analysis Quarterly*, Quarter 2 april-june 2017, en ligne : <https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/FRAN_Q2_2017.pdf> (consulté le 23 janvier 2018); Voir aussi EUROSTAT, *Statistics on enforcement of immigration legislation, 2017*, en ligne : <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation> (consulté le 10 janvier 2017).

²²³ MORENO-LAX, VIOLETA, « The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm - Moreno-Lax - 2017 - JCMS: Journal of Common Market Studies - Wiley Online Library », p. 4, en ligne : <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jcms.12651/abstract>> (consulté le 31 décembre 2017); EUROPEAN COMMISSION, EPSC, « Irregular Migration via the Central Mediterranean - EPSC - European Commission », EPSC, en ligne : <epsc/publications/strategic-notes/irregular-migration-central-mediterranean_en> (consulté le 31 décembre 2017).

²²⁴ BRIAN T., LACKZOF, « Fatal Journeys Volume 2: Identification and tracing of dead and missing migrants - Gréneve IOM » (2016), en ligne : <<https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-2-identification-and-tracing-dead-and-missing-migrants>> (consulté le 31 décembre 2017).

et l'entente avec la Turquie ont enclenché une réorientation des flux vers la Méditerranée centrale, provoquant un effet d'entonnoir aux conséquences néfastes. L'année 2016 a enregistré le triste record de 7927 personnes mortes ou disparues en mer, soit 1000 de plus qu'en 2015, alors qu'en 2017 le chiffre officiel était d'environ 4000²²⁵. L'espace maritime à la frontière sud-orientale de l'UE fait l'objet d'une législation relativement jeune, exécutée par des agences préposées à la surveillance des frontières (§1.) et, en même temps, les cas de femmes et des hommes migrants qui ont vu leurs droits fondamentaux menacés durant et après la tentative de traversée ont fait l'objet de plusieurs décisions de la CEDH et de la CJUE (§2.).

§3. LES NORMES EUROPÉENNES ET L'APPROCHE OPÉRATIONNELLE EN MATIÈRE DE SURVEILLANCE DES FRONTIÈRES MARITIMES

202. Le *Règlement n° 656/2014* de l'UE²²⁶ fixe le cadre des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures, il contient des indications détaillées pour la détection de navires (article 5), l'interception en mer territoriale (article 6), l'interception en haute mer (article 7), l'interception dans une zone contiguë (article 8), les situations de recherche et sauvetage (article 9), ainsi que le débarquement des migrants (article 10). La

²²⁵ OIM, « Missing Migrants Project, Tracking deaths along migratory routes », en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures>> (consulté le 31 décembre 2017).

²²⁶ UE, *Règlement (UE) 2014/656 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2014] JO, L 189/93, p. 93-107. Rétablissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne. Ledit règlement remplace la *Décision 2010/252/UE* du Conseil qui a été annulée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt rendu le 5 septembre 2012 dans l'affaire C-355/10. Par cet arrêt, la Cour a maintenu les effets de la *Décision 2010/252/UE* jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles règles. Dès lors, à compter de la date d'entrée en vigueur du *Règlement n° 656/2014 (UE)*, ladite décision a cessé de produire des effets.

politique de l'Union relative à ses frontières extérieures a pour objectif d'assurer un contrôle efficace du franchissement de ces dernières. Les premiers considérants du règlement en question montrent clairement la dimension sécuritaire de cette politique:

La surveillance des frontières a pour objet d'empêcher le franchissement non autorisé des frontières, de lutter contre la criminalité transfrontalière et d'appréhender les personnes ayant franchi irrégulièrement les frontières ou de prendre d'autres mesures à leur rencontre. La surveillance des frontières devrait s'avérer efficace pour empêcher et dissuader les personnes de se soustraire aux vérifications à des points de passage frontaliers²²⁷.

203. La migration irrégulière à travers la Méditerranée centrale n'est pas une nouveauté, mais elle a considérablement augmenté ces dernières années, « déclenchant un changement de réponse, des sauvetages *ad hoc* en haute mer aux opérations de surveillance institutionnalisées impliquant un nombre croissant d'acteurs européens et allant beaucoup plus près aux rivages africains »²²⁸.

204. À la suite du naufrage du 3 octobre 2013 au large des côtes de Lampedusa, qui a causé la mort de 368 personnes, le gouvernement italien du premier ministre Enrico Letta a lancé l'opération *Mare Nostrum*. Les garde-côtes italiens, ainsi que la marine militaire et la *Guardia di Finanza* ont été conjointement impliqués dans une mission à la fois humanitaire et de contrôle des frontières, financée entièrement par l'Italie à hauteur de 9,5 millions d'euros par mois et couvrant une très vaste zone de recherche et secours en mer allant jusqu'à 100 milles des côtes italiennes.

205. L'opération *Mare Nostrum* a pris fin le 30 octobre 2014, entre autres en raison de ses importants coûts financiers, mais surtout puisque la stratégie italienne était fortement

²²⁷ Ibid, considérant (1).

²²⁸ EUROPEAN COMMISSION, EPSC, « Irregular Migration via the Central Mediterranean - EPSC - European Commission », EPSC, en ligne : <epsc/publications/strategic-notes/irregular-migration-central-mediterranean_en> (consulté le 31 décembre 2017).

critiquée par d'autres pays membres, considérée comme étant, pour les personnes migrantes, une incitation à partir (*pull factor*)²²⁹.

206. La première réponse proprement européenne a été l'opération *Triton*, financée par l'UE avec un budget initial de 2,9 milliards d'euros et ayant comme objectif principal le contrôle des frontières de la Méditerranée centre-occidentale. La quasi-absence de la dimension humanitaire dans cette mission a aussi été confirmée par l'établissement d'une zone d'intervention des navires individués à 30 milles maritimes au sud des côtes italiennes : il était indiqué que seul dans des circonstances exceptionnelles de danger imminent les moyens maritimes et aériens fournis par les états membres auraient pu procéder à des opérations de recherche et sauvetage (*Search and Rescue* ou SAR) en haute mer.

207. Ensuite, le 18 mai 2015, l'UE a lancé l'opération *EU Nav For Med*²³⁰, rebaptisée opération *Sophia* le 25 août de la même année, par volonté de la haute représentante de l'UE pour la politique étrangère et de sécurité commune, Federica Mogherini, après que, sur un navire militaire allemand, une femme migrante ait accouché d'une petite fille dans les heures qui ont suivi une importante opération de sauvetage. Malgré son nom captivant, cette opération montre la volonté européenne d'offrir une réponse militaire – au moyen d'un contrôle rigoureux des frontières maritimes – au phénomène migratoire et aux problématiques liées à la protection internationale²³¹.

²²⁹ Certains quotidiens, notamment britanniques, avaient qualifié l'opération *mare nostrum* de « pull factor », i.e. voir l'article Christian FRASER, « “Push” factor drives migrants away from Libya to Europe », *BBC News* (17 mai 2016), en ligne : <<https://www.bbc.com/news/explainers-36311638>>; différente était la position officielle de l'OIM: « IOM Applauds Italy's Life-Saving Mare Nostrum Operation: “Not a Migrant Pull Factor” », *Missing Migrants* (sd), en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/iom-applauds-italy%E2%80%99s-life-saving-mare-nostrum-operation-%E2%80%9Cnot-migrant-pull-factor%E2%80%9D>>.

²³⁰ CONSEIL EUROPÉEN, *Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED)*, [2015] JO, L 122, p. 31-35. Son mandat a été prolongé jusqu'à décembre 2018.

²³¹ MORENO-LAX, VIOLETA, « The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm - Moreno-Lax - 2017 - JCMS: Journal of Common Market Studies - Wiley Online Library », p. 5, en ligne :

§4. LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE : PREMIER GILET DE SAUVETAGE POUR LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES MIGRANTES EN SITUATION IRRÉGULIÈRE

208. Les enjeux inhérents à la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes qui tentent la traversée de la Méditerranée ont fait l'objet de plusieurs arrêts de la CEDH, en partie repris par la CJUE, notamment quant aux aspects qui touchent au droit d'asile.

209. La politique de sécurisation adoptée par l'UE et les choix répressifs faits par ses pays membres ont augmenté la distance entre les côtes Nord et Sud de la mer Méditerranée, faisant de cet espace maritime un véritable fossé de protection de la forteresse européenne²³².

210. Les enjeux inhérents à la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes qui tentent la traversée de la Méditerranée ont fait l'objet de plusieurs arrêts. Encore une fois, la distance entre barrières physiques et frontières juridiques est en partie comblée par la voie prétorienne des cours européennes (CEDH et CJUE).

211. Sur le plan de la procédure et des garanties de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes, la CJUE s'est exprimée par l'arrêt du 5 septembre

<<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jcms.12651/abstract>> (consulté le 31 décembre 2017): "Operation Sophia exemplifies this twist, shifting attention from the migrants themselves to the smugglers/traffickers that facilitate their transit". Niels FRENZEN, « WikiLeaks Releases Classified Documents Describing EU Plans For Military Strikes Against Libyan Migrant Smugglers », *MIGRANTS AT SEA* (26 mai 2015), en ligne : <https://migrantsatsea.org/2015/05/26/wikileaks-releases-classified-documents-describing-eu-plans-for-military-strikes-against-libyan-migrant-smugglers/> (consulté le 2 janvier 2018).

²³² « La protection des frontières et la gestion des demandeurs d'asile se font hélas de plus en plus fréquemment au mépris des droits fondamentaux et du principe de non-refoulement protégé par la Convention de Genève de 1951 », Arnaud POITEVIN, « La forteresse Europe opte pour l'option sécuritaire au détriment des droits fondamentaux. Droit d'asile (Union européenne) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2015, 1, DOI : 10.4000/revdh.1304.

2012²³³ en fixant des limites aux pouvoirs d'exécution de la Commission européenne et du Conseil de l'Union européenne en matière de surveillance des frontières, notamment des frontières maritimes. Dans le recours en annulation à la base de l'affaire citée, le PE attaquait une décision du Conseil de l'Union européenne²³⁴ visant à compléter le CFS en ce qui concerne la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'agence Frontex. Le Parlement soutenait qu'un tel acte touchant à des « éléments essentiels » de la discipline en matière de contrôle de frontières extérieures aurait dû être adopté dans le cadre de la procédure législative ordinaire. La CJUE fait ainsi droit au recours du Parlement en fondant sa décision sur deux arguments principaux, qui sont reportés aux points 76 et 77 de l'arrêt. Le premier argument souligne le lien entre l'attribution de pouvoirs coercitifs aux garde-frontières et les responsabilités politiques propres du législateur européen :

D'une part, l'adoption des règles relatives à l'attribution de pouvoirs coercitifs aux gardes-frontières [...] nécessite des choix politiques relevant des responsabilités propres du législateur de l'Union, en ce qu'elle implique une pondération des intérêts divergents en cause sur la base d'appréciations multiples. En fonction des choix politiques sur lesquels repose l'adoption de telles règles, les pouvoirs des gardes-frontières peuvent varier dans une proportion importante, leur exercice pouvant être subordonné soit à une autorisation, soit à une obligation, soit à une interdiction telle que, par exemple, celle d'appliquer des mesures coercitives, d'utiliser la force des armes ou de renvoyer les personnes appréhendées vers un endroit déterminé. Par ailleurs, dès lors que ces pouvoirs concernent la prise de mesures envers des navires, l'exercice de ces pouvoirs est susceptible d'interférer, en fonction de l'étendue de ceux-ci, avec les droits de souveraineté d'États tiers selon le pavillon que battent les navires concernés. Ainsi, l'adoption de telles règles constitue une évolution majeure au sein du système du CFS²³⁵.

²³³ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10.Rec num.

²³⁴ CONSEIL EUROPÉEN, *Décision 2010/252 du Conseil, du 26 avril 2010, visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, JO L 111/20, 04.05.2010.

²³⁵ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10.Rec num, 76.

212. Le deuxième argument utilisé par la CJUE pour motiver l'annulation de la décision attaquée est l'importance du lien entre les pouvoirs publics attribués aux garde-frontières et la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes :

D'autre part, il importe de souligner que des dispositions qui portent sur l'attribution de pouvoirs de puissance publique aux gardes-frontières, telles que ceux attribués dans la décision attaquée, parmi lesquels figurent l'arrestation des personnes appréhendées, la saisie de navires et le renvoi des personnes appréhendées vers un endroit déterminé, permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union²³⁶.

213. La CJUE, ne s'étant pas encore prononcée directement sur le fond des opérations en mer pour le contrôle des frontières, a repris, en bonne partie, les principes dégagés par la CEDH, notamment quant aux aspects qui touchent au droit d'asile.

214. Avec l'arrêt *Hirsi Jamaa*²³⁷ les juges de Strasbourg ont réaffirmé l'applicabilité des règles de droit international aussi aux interventions en haute mer, actions qui se voulaient, par certains États européens, zones grises des droits fondamentaux.

215. L'Italie a alors été condamnée pour le fait d'avoir refoulé en Libye onze personnes migrantes somaliennes et treize Érythréens après avoir intercepté, dans la zone de recherche et de secours de Malte, un bateau à la dérive avec quelque 200 personnes migrantes à bord. Cette décision touche, pour la première fois, des points de grand intérêt sur le plan juridique, notamment celui de la recevabilité d'un recours sous l'article 4 du *Protocole n° 4* de la Convention EDH²³⁸, pour des faits survenus à l'extérieur des frontières nationales. La Cour de Strasbourg examine l'applicabilité de cet article à un cas d'éloignement d'étrangers vers un État tiers effectué en dehors du territoire national. Elle a recherché si le transfert des requérants vers la Libye a constitué une expulsion collective au sens de cette disposition. La

²³⁶ *Ibid* à la p. 77.

²³⁷ *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, *Cour EDH* n° 27765/09, [2012].1. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs jugé en plusieurs occasions que les personnes pouvaient relever de la juridiction d'un État si celui-ci exerçait son contrôle sur elles en haute mer, *Xhavara c Italie et Albanie*, *CEDH* n° 39473/98, [2001].

²³⁸ *Interdiction d'expulsions collectives*.

Cour affirme non seulement que la Convention EDH ne s'oppose pas à une application extraterritoriale de cet article, mais elle observe aussi que

[L]imiter l'application aux expulsions collectives à partir du territoire national des États membres éliminerait une partie importante des phénomènes migratoires contemporains et priverait les migrants ayant pris la mer, souvent au péril de leur vie, sans parvenir à atteindre les frontières d'un État, d'un examen de leur situation personnelle avant l'expulsion, contrairement à ceux ayant pris la voie terrestre²³⁹.

216. Le vide juridique qui pouvait entourer, avant cette décision, les opérations en haute mer des États parties à la Convention EDH est dès lors comblé dans la partie où la CEDH affirme qu'en règle générale, « la notion d'expulsion est, tout comme la notion de « juridiction », principalement liée au territoire national »²⁴⁰. Toutefois, là où la Cour reconnaît, comme en l'espèce, qu'un État a exercé, à titre exceptionnel, sa juridiction en dehors de son territoire national, elle peut admettre que l'exercice de la juridiction extraterritoriale de cet État²⁴¹ a pris la forme d'une expulsion collective. En outre, la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention.

217. Les principes dégagés par la CEDH concernant les interventions en haute mer ainsi que celles en matière d'asile et de « pays tiers sûr » issus d'arrêts comme *MSS contre Belgique* ont été largement repris par la CJUE. Le juge de l'Union c'est inspiré ouvertement aux positions avancées par la CEDH, notamment dans des arrêts fondamentaux en la matière, comme les affaires jointes *C-411/10 NS* et *C-493/10 ME et a.*²⁴² dans lesquels

²³⁹ Ibid., p. 75.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Par exemple, en application de dispositions de droit international comme l'article 98 (Obligation de prêter assistance) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, 1833 RTNU 3 (entrée en vigueur: 16 novembre 1994).

²⁴² CJUE, 21 décembre 2011, NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905.

il est possible de remarquer le dialogue existant entre les deux cours, notamment en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes²⁴³.

218. Cette synergie entre le juge de Strasbourg et celui de Luxembourg a permis de condamner plusieurs mauvaises pratiques des États européens (telles que des accords de réadmission assez douteux). L'importance de rappeler le rôle de la CEDH dans un travail consacré à l'action de la CJUE est due au fait que les arrêts des juges de Strasbourg ont souvent joué un rôle de volant qui a permis de démarrer à plein régime la machine judiciaire de l'Union. En effet, depuis les premiers arrêts en la matière rendus en 2011, la CJUE n'a jamais cessé de faire avancer l'affirmation de principes qui constituent le premier *gilet de sauvetage* pour la protection des droits fondamentaux qui risquent de noyer – tout comme les personnes migrantes qui devraient en bénéficier - dans l'oubli et dans la dérive de décisions unilatérales des États membres.

SECTION 3 : LES PRATIQUES D'EXTERNALISATION DU CONTRÔLE DES FLUX MIGRATOIRES

219. Les pratiques d'externalisation du contrôle migratoire sont un outil fondamental pour apprécier l'ampleur de la distance entre barrières juridiques et frontières physiques. Au cours des dernières années, les pays membres de l'UE ont concentré leurs efforts dans la tentative d'endiguer les flux migratoires en provenance de l'Afrique et du Moyen-Orient. Dans le but de sécuriser les frontières et d'anticiper le contrôle, l'UE et les gouvernements de plusieurs pays de l'espace de liberté, sécurité et justice ont alors « externalisé »²⁴⁴ certains aspects du contrôle de l'immigration. L'externalisation inclut une

²⁴³ Voir *infra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 3.

²⁴⁴ Idil ATAK et François CRÉPEAU, *Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges (La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne: relever le défi des droits de l'homme)*, SSRN Scholarly Paper, ID 2781638, Rochester,

« pluralité de mesures de contrôle aux frontières, y compris des mesures appliquées en dehors du territoire national, notamment sur le territoire d'un autre État ou en haute mer »²⁴⁵. Cette pratique consiste, aussi, à transférer, vers des agences spécialisées ou directement vers les pays de départ ou de transit des personnes migrantes, une partie de la charge et de la responsabilité, qui incombe à l'Union et aux États européens, de lutter contre l'immigration irrégulière²⁴⁶.

220. La première étape de l'externalisation au niveau européen est la délégation aux agences de l'UE – de la part des institutions, notamment de la Commission – de pouvoirs d'exécutions, parfois très poussés, en matière de sécurisation de l'espace de liberté, sécurité et justice et de répression des migrations. Le phénomène de l'agencification, qui incarne – de manière très partielle – la théorie des « petits pas » préconisée par Jean Monnet et Robert Schuman, témoigne de l'évolution de l'attribution progressive –, mais loin d'être définitive – de compétences nouvelles à l'UE. Notamment en matière d'externalisation du contrôle des frontières et de la gestion des migrations, les agences jouent un rôle fondamental.

221. Parallèlement, les mesures européennes d'externalisation reposent généralement sur des ententes bilatérales entre, d'une part, les pays de départ ou de transit et, d'autre part, les pays de destination des personnes migrantes, mais il n'est pas impossible que ces pratiques soient établies par des accords multilatéraux ou des clauses annexes à des accords de coopération dont l'UE elle-même est partie signataire. À ce sujet, Mehdi Rais a

NY, Social Science Research Network, 2014, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2781638>> (consulté le 26 février 2019); Claire RODIER, « Externalisation du contrôle des flux migratoires : comment et avec qui l'Europe repousse ses frontières », (2008) N° 116-2 *Migrations Societe* 105-122; Marco STEFAN, « Migration versus Mobility in EU External Action towards China and India », *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes* 2018.177-206; Catherine Wihtol de WENDEN, « Vers une externalisation de l'asile », *Revue Projet* 2005.284.19-25, DOI : 10.3917/pro.284.0019.

²⁴⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *S.O.S. Europe. Les droits humains et le contrôle de l'immigration*, Document public, EUR 01/013/2012, 2012, p. 3, en ligne : <<https://www.amnesty.org/fr/documents/eur01/013/2012/fr/>>.

²⁴⁶ Pour certains auteurs, la réadmission se définit comme « un nouveau type de renvoi forcé exigeant la participation d'un État différent de celui qui procède à l'éloignement », Félix GUYON, *La directive retour : reflet des enjeux de la politique migratoire européenne*, ISP, Rennes, 2009, p. 47.

pu affirmer que deux méthodes sont toutefois à distinguer : « tout d’abord, les clauses types de réadmission intégrées dans les accords de coopération, ensuite, les accords bilatéraux ou multilatéraux de réadmission qui constituent, actuellement, l’essentiel de la coopération migratoire avec le voisinage sud-méditerranéen »²⁴⁷.

222. Les ententes en question, qui prévoient l’élimination de tout obstacle d’ordre administratif au rapatriement des personnes migrantes et qui fixent des engagements pour la coopération policière ainsi que l’échange d’informations avec les pays d’origine ou de transit, produisent des effets juridiques assez importants, sans pour autant prendre la forme d’accords de droit international classique²⁴⁸. De telles pratiques soulèvent plusieurs questions d’ordre juridique concernant, d’une part, la compatibilité avec les engagements internationaux de protection des droits fondamentaux et, d’autre part, la rédaction et l’adoption de ces actes « normatifs » (ententes de travail, accords), que pour les formes choisies – souvent *non conventionnelles* – sont source de grande incertitude sur le plan juridique.

223. Afin de mieux comprendre les enjeux et défis que les pratiques d’externalisation au sein de l’UE posent à l’heure actuelle, il est important ici de rappeler quelques passages historiques d’un passé assez récent, notamment concernant le processus d’agencification au sein de l’UE (§1.) et les pratiques d’externalisation adoptées par les états membres (§2.). Ces éléments vont nous faciliter l’encadrement, sur le plan juridique, des risques pour les droits fondamentaux et des limites auxquelles la Cour de justice fait face aujourd’hui dans ce domaine.

§1. L’AGENCIFICATION PIÈCE MAITRESSE DU MODÈLE DE FÉDÉRALISME D’EXÉCUTION DANS LE CONTRÔLE DES

²⁴⁷ Mehdi RAIS, *Réadmission : UE contre immigration irrégulière, Analyse 2015*, Bruxelles, Irfam (Institut de recherche, formation e action sur les Migrants, 2015, p. 2, en ligne : <<http://irfam.org/upload/etudes/analyse062015.pdf>> (consulté le 31 janvier 2018).

²⁴⁸ Par « accords de droit international classique », ici, nous faisons référence à tous les accords sous forme de traités réglés, entre autres, par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980).

MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES

224. Au sein de l'UE, il y a eu plusieurs « vagues » de création d'agences, à partir des années soixante-dix. Jaques Chevallier définit le phénomène d'« agencification » comme un « mouvement qui a conduit à la diffusion partout dans le monde, à partir des années '90, d'un principe nouveau d'organisation administrative, traduit par la *prolifération* d'agences »²⁴⁹. D'autres parlent de processus d'« agenciarisation »²⁵⁰ pour indiquer l'ensemble hétéroclite d'organes spécialisés nés au sein ou en immédiate périphérie du système institutionnel de l'Union²⁵¹, ou bien d'autres encore reconduisent cette tendance dans le phénomène plus large de la « lisbonisation »²⁵². Au-delà de ces définitions, tous les auteurs aboutissent au constat que le *Traité de Lisbonne* ne fournit aucune définition

²⁴⁹ Jacques CHEVALLIER, *Agencification et gouvernance*, 63, coll. Rapport public du Conseil d'État, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, 2012; Joël MOLINIER, *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011; Koen VERHOEST, « Agencification in Europe », dans Edoardo ONGARO et Sandra VAN THIEL (dir.), *The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, London, Palgrave Macmillan UK, 2018, p. 327-346, DOI : 10.1057/978-1-137-55269-3_17.

²⁵⁰ Rostane Mehdi, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles » dans *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 693-707; Loïc Gard, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée » dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 137-159 « Aujourd'hui (...) les agences se multiplient de manière incontrôlée, ce qui crée la crainte d'une « agenciarisation » de l'Union européenne ».

²⁵¹ *Ibid.*, p. 694.

²⁵² Henri LABAYLE, « Game of zone ? La lisbonisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions », dans *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 659-675 à la page 659. « La “lisbonisation” n'est donc pas seulement un terme en vogue dans les couloirs européens, un néologisme à la mode que l'on appliquerait à toute politique rénovée, pour faire savant. Il s'agit d'une réalité différente, d'un procédé d'inscription de politiques anciennes dans le nouveau dispositif organisé par le *Traité de Lisbonne*. Ce serait une erreur de croire que “lisboniser” et “communautariser” auraient le même sens, la construction baroque de Lisbonne étant marquée par la précarité. À la fois en raison des nombreuses passerelles existantes et de l'évolution du rôle des agences dessiné par le traité la “lisbonisation” de l'ELSJ marque aussi l'engagement des États à s'impliquer sans esprit de retour dans ce nouvel espace dessiné à Lisbonne, en acceptant la plénitude de ses contraintes ».

normative de la notion même d'agence, se limitant à évoquer, dans plusieurs de ses dispositions, la catégorie des « organes et organismes de l'Union » à laquelle appartiennent aussi les agences.

225. Conscients de l'importance du rôle des agences dans la mise en œuvre de l'externalisation du contrôle migratoire de l'UE et des pratiques de répression des migrations irrégulières, nous essayerons ici de jeter de la lumière sur cette tendance grandissante à la décentralisation des pouvoirs. Pour ce faire, nous parcourrons d'abord les origines du phénomène d'agencification (A) pour ensuite analyser l'articulation de ce système sur le prisme du « fédéralisme d'exécution » (B). Il est opportun de préciser que compte tenu de la complexité de ce sujet, nous aborderons exclusivement les aspects essentiels et utiles à mettre en exergue l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière. Ne pouvant pas traiter de façon exhaustive tous les enjeux relatifs aux agences de l'UE dans cette étude, nous renvoyons le lecteur à des ouvrages spécifiques consacrés à ce sujet²⁵³.

A. Les origines du phénomène d'agencification

²⁵³ Joël Molinier, *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011; Koen Verhoest, « Agencification in Europe » dans Edoardo Ongaro et Sandra Van Thiel, dir, *The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, London, Palgrave Macmillan UK, 2018, 327-346; Édouard Dubout, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex » n. 3 RTD Eur 457; Loïc Grard, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée » dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 137-159; Joanna Parkin, « EU Home Affairs Agencies and the Construction of EU Internal Security » [2012] CEPS paper; FRA, *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights The revised European Border and Coast Guard - Regulation and its fundamental rights implications*, Opinion, 2018, en ligne : https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-opinion-ebcg-05-2018_en.pdf (consulté le 5 avril 2019); Merijn Chamon, *EU agencies: legal and political limits to the transformation of the EU administration*, First edition..., coll Oxford studies in European law, Oxford, University Press, 2016, en ligne : <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198784487.001.0001> (consulté le 10 janvier 2020).

226. Depuis la création, en 1948, de la première agence pour l’approvisionnement de l’énergie atomique, l’Agence d’approvisionnement d’Euratom (AAE)²⁵⁴, le nombre d’agences n’a jamais cessé d’augmenter. Selon les données recueillies par la Cour des comptes de l’Union européenne²⁵⁵, en 2017, l’UE comptait quarante-et-une agences actives dans son administration. Les agences sont distribuées sur le territoire de vingt-six pays membres, et environ 10 000 personnes, fonctionnaires et personnel administratif confondus, y travaillent. Le bilan complexif de toutes les agences en 2017²⁵⁶ était de 3,5 milliards d’euros, un montant qui représente environ 2,7% du budget global de l’UE²⁵⁷.

227. Les agences diffèrent les unes des autres par leur mandat, par les pouvoirs qui leur sont attribués et pour un ensemble de facteurs ultérieurs, mais opérer une classification claire est une opération particulièrement ardue. Nous allons donc brièvement illustrer la distinction faite en doctrine entre les catégories d’agences de régulation et agences d’exécution (1), pour ensuite montrer l’importante contribution de la CJUE à la définition des compétences des agences (2).

1) *La distinction entre agence de régulation et agence exécutives*

²⁵⁴ L’Agence d’approvisionnement d’Euratom, sise à Luxembourg, a été créée en 1958. La *Décision 2008/114/CE, Euratom* du Conseil a remplacé les statuts précédents de l’Agence. Celle-ci a pour principale mission de garantir aux utilisateurs de l’Union européenne un approvisionnement régulier en matières nucléaires, en particulier en combustibles nucléaires, selon le principe de l’égal accès aux ressources et par la poursuite d’une politique commune d’approvisionnement. CONSEIL EUROPÉEN, *Décision du Conseil du 12 février 2008 établissant les statuts de l’Agence d’approvisionnement Euratom*, 2008/114/CE, Euratom [2008] JO, L 41/15.

²⁵⁵ COUR DES COMPTES DE L’UE, *Rapport annuel sur les agences de l’UE relatif à l’exercice 2017*.

²⁵⁶ Sauf le Comité de Résolution Unique (CRU), qui a pour mission d’assurer une résolution sans heurt des défaillances des établissements de crédit et de certaines entreprises d’investissement, avec le moins d’incidences possibles sur l’économie réelle et les finances publiques des États membres participant à l’union bancaire. Le CRU dispose d’un budget autonome qui ne relève pas du budget de l’UE et qui est financé par les contributions des établissements de crédit établis dans les États membres participant à l’union bancaire. En 2017 ce budget était de 6,6 milliards d’euros.

²⁵⁷ COUR DES COMPTES DE L’UE, *Rapport annuel sur les agences de l’UE relatif à l’exercice 2017*.

228. Le professeur Loïc Gard, en accord avec la quasi-totalité de la doctrine, définit les agences comme « des organismes de droit public distincts des Institutions communautaires, pourvus de la personnalité juridique. Elles sont créées par un acte de droit dérivé pour accomplir une tâche technique normalement dévolue à la Commission »²⁵⁸.

229. La catégorie indiquée par les traités n'est pas homogène. Il existe, en effet, plusieurs types d'agences. Dans la communication sur la création des agences de régulation publiée en 2002²⁵⁹, la Commission a introduit la dichotomie entre agences exécutives et agences de régulation. Les premières n'étaient que marginalement traitées et identifiées en tant qu'organismes chargés de tâches de pure gestion, à savoir assister la Commission dans la mise en œuvre des programmes communautaires de soutien financier, tout en étant soumises à un contrôle strict de sa part. Les agences de régulation, en revanche, ont été décrites comme des organismes « chargés de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé »²⁶⁰.

230. Le rapport annuel sur les agences de l'UE, publié en 2017 par la Cour des comptes de l'UE, montre l'évolution de cette dichotomie et présente l'ensemble des agences

²⁵⁸ Loïc GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-159.

²⁵⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission : L'encadrement des agences européennes de régulation*, (2002) COM(2002) 718 final, Bruxelles.

²⁶⁰ *Ibid*, p. 4. Dans la plupart des cas, il s'agit d'agences regroupant et mettant en réseau des activités relevant à l'origine de la juridiction nationale, afin de renforcer la cohérence et l'efficacité de la réglementation.

existantes divisé en deux catégories²⁶¹ : trente-deux agences décentralisées²⁶² et six agences exécutives de la Commission²⁶³. Cette classification constitue l'expression du déplacement progressif de l'administration de l'Union vers la périphérie des grandes institutions. Cependant, le transfert de compétences aux nouveaux sujets de droit international public que sont les agences a soulevé plusieurs critiques et, encore aujourd'hui, se prête à différentes interprétations.

2) *L'action de la CJUE pour la définition des compétences des agences*

231. La CJUE a développé, à partir de l'arrêt *Meroni*²⁶⁴, rendu en 1958, une jurisprudence qui a permis de comprendre les mécanismes de partage de compétences au sein de l'Union et, surtout, le processus de transfert de compétences propres aux institutions vers les agences. Tel qu'évoqué par le professeur Édouard Dubout, dans le silence des traités, la jurisprudence *Meroni* forme un véritable cadre constitutionnel principal de l'agencification dans l'UE.

²⁶¹ La doctrine, dans le but de décrire les spécificités de chaque organisme, a produit une multiplicité de catégories différentes sous lesquelles les agences peuvent être classées. Pour une contribution complète et très à jour en la matière, voir Jacopo ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione Europea*, Università degli Studi di Milano, Milano, Giuffrè, 2018. L'auteur présente cinq catégories d'agences : i) agences réglementaires; ii) agences consultatives; iii) agences opérationnelles; iv) agences de coordination et pour l'échange d'informations; v) agences avec pouvoir décisionnel à portée individuelle.

²⁶² Cedefop, Eurofound, AEE, ETF, EMA, OEDT, CdT, OCVV, OUEPI, EU-OSHA, FRA, AESA, EFSA, AESM, Eurojust, ECDC, ENISA, AFE, Frontex, GSA, CEPOL, AECF, ECHA, EIGE, ACER, Office de l'ORECE, Europol, EASO, ABE, AEAPP, AEMF et eu-LISA.

²⁶³ INEA, REA, EACEA, ERCEA, Chafea et EASME. À cette liste se rajoutent trois autres organismes qui ont des mandats spécifiques et une gestion budgétaire autonome. Il s'agit de: l'EIT, l'AAE et le CRU.

²⁶⁴ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Affaire C-9/56, [1958] Rec CE.00011.

De ses interprétations nombreuses ressortent principalement quatre conditions à remplir pour qu'une agence soit valablement investie d'un pouvoir : 1) que l'autorité habilitante ne lui confère pas un pouvoir qu'elle ne détient pas elle-même; 2) que l'allocation de pouvoir soit explicite et circonscrite, 3) que le pouvoir alloué soit nécessaire à la mission assignée, et enfin 4) que le pouvoir alloué ne soit pas « discrétionnaire »²⁶⁵.

232. Chacune de ces conditions a été, au fil des années, développée et clarifiée par la CJUE dans une jurisprudence consacrée au transfert de compétences aux agences²⁶⁶, à la clarification de la notion de pouvoir « discrétionnaire »²⁶⁷, voire même aux limites imposées par les droits fondamentaux sur les mécanismes de délégation de pouvoirs à certaines agences spécifiques comme l'agence Frontex²⁶⁸.

233. Le domaine du contrôle des frontières extérieures de l'UE est l'exemple marquant du fait que le partage de responsabilités entre UE et États membres est régi par le principe d'administration indirecte, conformément aux articles 4, paragraphe 3, du TUE et 291 du TFUE, selon lesquels l'exécution normative et l'application de règles communes, notamment en matière de contrôle aux frontières, demeurent de la compétence exclusive des États membres. Dans un tel cadre de répartition de compétences, la création des agences de l'Union répond à deux exigences principales. D'une part, elle incarne la projection de la nécessité de faciliter la Commission dans la mise en œuvre des politiques communes – c'est d'ailleurs la mission la plus immédiate et facilement identifiable. D'autre part, l'attribution de compétences à ces organismes périphériques représente la tentative de favoriser une harmonisation normative sans pour autant remettre en cause le principe de responsabilité souveraine des États membres en matière de gestion des frontières extérieures.

²⁶⁵ Édouard DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », n. 3 *RTD Eur.* 457, 463.

²⁶⁶ CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-270/12. Rec num.

²⁶⁷ CJCE, 14 mai 1981, *Giuseppe Romano contre Institut national d'assurance maladie-invalidité*, Affaire C-98/80, [1981] Rec CE.01241.

²⁶⁸ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10. Rec num.

B. Le phénomène d'agencification sous le prisme du « fédéralisme d'exécution »

234. Les agences ont progressivement occupé une place importante dans l'architecture institutionnelle de l'UE, notamment dans la mise en œuvre de la politique migratoire de l'UE. Elles ont mis en exergue une formule asymétrique et *sui generis* de « fédéralisme d'exécution »²⁶⁹ qui représente, quand bien même, la forme la plus avancée d'intégration européenne dans l'espace de liberté, sécurité et justice.

235. La CJUE, avec sa jurisprudence, a su apporter des contributions utiles à la définition de ce phénomène qui se caractérise par son évolution constante (1), faisant néanmoins face à d'importantes limites à sa compétence (2).

1) *La tentative de la CJUE d'interpréter la construction progressive du fédéralisme d'exécution dans l'ELSJ*

236. La CJUE, peu après l'aménagement de l'espace Schengen, consciente du parcours long et difficile à peine entamé vers une gestion commune des frontières, avait officialisé le maintien de contrôles proportionnés aux frontières extérieures. Dans une affaire rendue en 1999, elle affirmait que les contrôles étaient admis « tant que des dispositions communautaires relatives aux contrôles aux frontières extérieures de la Communauté, impliquant également des règles communes ou harmonisées en matière notamment de conditions d'accès, de visas et d'asile, n'ont pas été adoptées »²⁷⁰.

²⁶⁹ Dominique RITLÉNG, « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », n.3 *RTD Eur.* 437. Les deux premières conditions paraissent inhérentes au principe de compétences d'attribution et à la séparation des pouvoirs organisés par les traités, tandis que la troisième rejoint le principe de proportionnalité.

²⁷⁰ CJCE, 21 septembre 1999, *Florus Ariël Wijzenbeek*, affaire C-378/97, [1999] Rec CE.I-06207, point 42.

237. Une importante avancée sur le plan normatif est arrivée en ce sens grâce au *Traité de Lisbonne* qui, à son titre cinquième, prévoit le développement d'une « politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures »²⁷¹ visant « à assurer le contrôle des frontières et la surveillance efficace du franchissement des frontières [...] [et] à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures »²⁷². Si ces dispositions de droit primaire ont été les bases légales pour la création du CFS, il est aussi vrai que, dans les règlements les plus avancés en matière de ELSJ, tel que le règlement de réforme de Frontex, l'on retrouve sans équivoque confirmé le rôle central encore attribué aux États membres qui « restent responsables en premier ressort de la gestion de leurs tronçons des frontières extérieures »²⁷³. C'est ainsi aux États membres qu'il est demandé de « mettre en place les effectifs et les moyens appropriés et suffisants pour exercer le contrôle aux frontières extérieures [...], de manière à assurer un contrôle efficace, de haut niveau et uniforme »²⁷⁴. L'externalisation du contrôle migratoire et les activités répressives aux frontières extérieures sont, en vérité, la dernière frontière du *fédéralisme d'exécution*.

2) *L'impossibilité d'un contrôle juridictionnel adéquat dans la mise en œuvre du fédéralisme d'exécution dans l'ELSJ*

²⁷¹ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326, art 67, para 2.

²⁷² *Ibid.*, art 77, para 1, b) et c).

²⁷³ UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, art 5, para 1.

²⁷⁴ UE, *Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, JO L 77 du 23.3.2016, 1–52, art 15.

238. La tenue du système Schengen a été gravement affectée par les dysfonctionnements engendrés par cette construction hybride sur le modèle d'un *fédéralisme d'exécution*²⁷⁵. Les arrivées massives de personnes migrantes, lors des dernières années, ont montré l'impossibilité des États frontaliers de remplir les obligations prévues par le CFS en matière de contrôle aux frontières extérieures. Les instruments classiques de garantie et de sanction se sont avérés insuffisants et inefficaces²⁷⁶, et la preuve réside dans le fait que la procédure en manquement devant la CJUE n'a, tout simplement, jamais été utilisée, car la condamnation d'un État dont les capacités opérationnelles pour la gestion des flux migratoires sont objectivement insuffisantes n'aurait apporté aucun bénéfice à l'échelle de l'Union. Pour reprendre les mots de Merijn Chamon, l'un des défis principaux soulevés par le phénomène de l'agencification au sein de l'UE « est la nécessité d'un contrôle juridictionnel adéquat requis par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux garantissant le droit à un recours effectif »²⁷⁷.

239. Regardant de plus près l'évolution de l'agence Frontex, la dernière réforme de 2016 reflète la volonté de renforcer cette co-administration. Si, d'un côté, l'article 5 du *Règlement 1624/2016* prévoit explicitement que la gestion européenne intégrée des frontières s'inscrit dans les « compétences partagées », d'un autre côté, l'article 19 du même règlement prévoit des pouvoirs inédits d'intervention sur le territoire d'un État membre, et ce, sans son consentement. Ce modèle de gestion, s'inscrivant en plein dans le socle du fédéralisme administratif, est donc incarné par la création du nouveau corps européen de garde-côtes et de garde-frontières²⁷⁸ qui, muni de ses nouveaux pouvoirs, dépasse la dichotomie

²⁷⁵ Dominique RITLENG, « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », n.3 *RTD Eur.* 437, 444.

²⁷⁶ Daniel THYM, « The refugee crisis as a challenge of legal design and institutional legitimacy », (2016) 53-6 *Common Market Law Review* 1545-1573, 1555.

²⁷⁷ Merijn CHAMON, « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », (2016) 52-2 *CAHIERS DE DROIT EUROPEEN* 541-574, 542.

²⁷⁸ Dominique Ritleng, « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution » n.3 *RTD Eur* 437. à la p 442.

traditionnelle agence décentralisée / agence d'exécution et affirme sa place dans la nouvelle catégorie des agences dites de « substitution »²⁷⁹.

240. Dans ce sens, Aude Bouveresse considère que l'évolution du phénomène d'agencification dans le domaine du contrôle migratoire « vit une phase charnière »²⁸⁰ et que les dernières réformes ont préparé une transition vers une gestion pleinement européenne des frontières extérieures²⁸¹. Cette transition est encore loin d'être achevée et, dans la phase actuelle, elle met en relief toutes les lacunes du mode d'administration indirecte.

241. Les agences les plus impliquées dans l'externalisation du contrôle migratoire et dans la répression des migrations sont, en partie, celles qui sont rattachées à la DG-JAI (Direction générale du Conseil Justice et Affaires intérieures) de la Commission²⁸², à savoir, notamment, le Système européen de surveillance des frontières (Eurosur), l'EASO, eu-Lisa (l'Agence européenne pour la gestion à large échelle de systèmes d'information dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice) et, surtout, Frontex, qui seront traités plus amplement dans le chapitre 2.

§2. L'INSTITUTIONNALISATION DES PRATIQUES BILATÉRALES OU MULTILATÉRALES D'EXTERNALISATION AU NIVEAU DE L'UE

²⁷⁹ Dominique RITLÉNG, « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », n.3 *RTD Eur.* 437, 443.

²⁸⁰ Aude BOUVERESSE, « Frontex: une agence responsable et sous contrôles? Ni blanc-sein ni "dirty hands" », (2017) n.3 *RTD Eur.*, 487.

²⁸¹ *Ibid* à la p 487.

²⁸² Joanna Parkin, *EU Home Affairs Agencies and the Construction of EU Internal Security*, SSRN Scholarly Paper, ID 2198795, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2012, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2198795>> (consulté le 3 mars 2019); Sergio Carrera, Leonhard Den Hertog et Joanna Parkin, « The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy? » (2013) 15:4 *Eur J Migr Law* 337-358, DOI : 10.1163/15718166-00002040.

242. Le sommet de Thessalonique, en 2003, a donné un encadrement opérationnel aux lignes directrices lancées à Tampere en 1999, déjà reprises par le précédent Conseil européen de Séville de 2002, en matière d'immigration, de frontières et d'asile. En faisant de l'immigration un enjeu prioritaire, les leaders européens ont convenu, à cette occasion, que « l'UE a clairement besoin d'une politique plus structurée »²⁸³ capable de couvrir « tout l'éventail des relations avec les pays tiers, y compris la conclusion rapide d'accords de réadmission avec les pays tiers d'origine les plus importants, ainsi que le renforcement de la coopération avec ces pays »²⁸⁴. Dans le même cadre, ont été énumérés les principaux critères à prendre en compte pour identifier les pays tiers (sûrs) avec lesquels négocier des accords de réadmission²⁸⁵. Dès lors, les accords de réadmission jouent un rôle déterminant dans la politique migratoire de l'UE et ont pris, au fil du temps, les formes les plus différentes les unes des autres. Ces accords ont le mérite de mettre l'accent sur les obstacles qui ont toujours bloqué les processus d'éloignements, notamment l'identification des personnes concernées ou le refus des pays d'origine (ou de transit) de délivrer les documents nécessaires au refoulement²⁸⁶.

243. L'un des plus grands experts de ce type d'accord, le professeur et chercheur Jean-Pierre Cassarino, rappelle qu'il y a plusieurs moyens qui permettent d'*extérioriser* la réadmission des personnes migrantes en situation irrégulière. Ce même auteur souligne aussi un aspect clef pour mesurer les enjeux relatifs à ce genre de pratiques :

[L]es accords de réadmission sont cependant rarement une fin en soi, mais ils constituent plutôt un moyen parmi tant d'autres de consolider un cadre de coopération bilatérale plus

²⁸³ COMMISSION EUROPÉENNE, COMMUNIQUÉ D/03/3, *Conseil européen Thessalonique 19 & 20 juin 2003 Conclusions de la Présidence*, point 9.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid, points 19-21.

²⁸⁶ Mehdi RAIS, *Réadmission : UE contre immigration irrégulière, Analyse 2015*, Bruxelles, IRFAM (Institut de recherche, formation et action sur les Migrants, 2015, p. 2.

large, comprenant d'autres domaines politiques stratégiques (et parfois plus importants), comme la sécurité, l'énergie, le commerce et la lutte contre le terrorisme²⁸⁷.

244. Sur ce front, l'Europe voyage à plusieurs vitesses, car il n'y a pas « une convergence optimale des priorités et des circonstances entre les États membres et l'Union »²⁸⁸. D'une part, les États membres de l'UE, notamment ceux qui sont aux frontières de l'espace Schengen, concluent des accords bilatéraux avec des pays de départ ou de transit des personnes migrantes et, de l'autre côté, l'Union elle-même réalise des ententes et conclut des accords bilatéraux ou multilatéraux ayant le même but de tenter d'arrêter la migration irrégulière.

245. La complexité des relations externes au sein de l'UE est harmonisée par l'article 216 paragraphe 2 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE)²⁸⁹ et par l'application des principes de subsidiarité et de collaboration loyale. Selon lesdits principes, « les États membres ont l'obligation de loyauté d'exécuter ces accords qui se substituent aux accords étatiques antérieurs »²⁹⁰. Cela veut dire que l'étendue de la compétence en matière migratoire des États membres peut être redimensionnée par la conclusion d'accords de réadmission par l'UE. Nous allons maintenant rappeler brièvement les passages qui ont permis la construction et l'articulation de ce complexe équilibre des compétences en matière migratoire. Pour ce faire, nous illustrerons dans un premier temps les forums externes à l'UE au sein desquels certains États membres – la plupart – ont établi des stratégies communes avec les États de départ et transit de migrant pour en arrêter les flux

²⁸⁷ Jean-Pierre CASSARINO, *La politique de readmission de l'Union européenne*, Commission des libertés civiles, de La justice et des Affaires intérieures, coll. Direction Generale des Politiques Internes, Bruxelles, 2010, p. 27.

²⁸⁸ Ibid à la p 8.

²⁸⁹ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326, art 216, para 2. « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ».

²⁹⁰ Eleftheria NEFRAMI, *Repartition des competences entre l'Union européenne et ses Etats membres en matiere d'immigration*, coll. Direction Generale des Politiques Internes, Bruxelles, Prlement européen, 2011, p. 26.

(A), pour ensuite nous concentrer sur les actions prises au sein de l'UE et entre l'UE et les États tiers dans le sens de l'externalisation du contrôle migratoire (B).

A. Les cadres extra européens d'externalisation du contrôle migratoire

246. Afin de montrer à quel point l'externalisation du contrôle migratoire est enracinée dans les pratiques des pays membres de l'UE, il est important de rappeler que les négociations entre les pays de destination des personnes migrantes - États membres de l'UE-, et les États tiers d'origine et de transit de ces dernières ont eu lieu dans des séances informelles. Ces négociations ont visé dans un premier temps les flux en provenance de Sud-Ouest, avec le processus de Rabat (1), pour ensuite se poursuivre ayant par objet les flux originaires de l'Afrique orientale, avec le forum de Khartoum (2).

1) *Le processus de Rabat*

247. Depuis le début des années 2000, le dialogue multilatéral en matière migratoire se déroule dans le cadre de « groupes de travail » plutôt informels qui prennent le nom de « forums » ou « processus ». Le premier, selon l'ordre chronologique, visant à établir une collaboration entre pays de départ et pays de destination des personnes migrantes est le processus de Rabat. Il s'agit d'une plateforme de coopération politique entre les pays situés le long de la route migratoire entre l'Afrique centrale, l'Afrique de l'Ouest, l'Afrique du Nord et l'Europe. Depuis 2006, ce dialogue interétatique promeut l'élaboration de politiques harmonisées sur les questions migratoires à travers le lien entre migration et développement.

248. Aussi connu sous le nom de « Dialogue euro-africain sur la migration et le développement », le processus de Rabat rassemble plus de 60 pays²⁹¹ partenaires d'Europe, du Maghreb, de l'Afrique centrale et de l'Ouest, ainsi que la Commission européenne et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), qui ont ouvertement discuté des principales questions de migration et de mobilité.

2) *Le forum de Khartoum*

249. Pour faire face aux flux en provenance des pays d'Afrique orientale et de la corne de l'Afrique, suite à un sommet informel entre chefs d'État et ministres compétents en matière d'immigration qui a eu lieu en octobre 2014 dans la capitale soudanaise Khartoum, à peu près un mois plus tard, les représentants de 37 pays²⁹² et les commissaires de l'UE et de l'Union africaine (UA) en charge de la migration et du développement, ainsi que le haut représentant de l'UE ont signé la *Déclaration de Rome*²⁹³, qui officialise le processus de

²⁹¹ Parmi les pays qui participent au processus de Rabat, il y a 27 pays africains : Algérie (avec le statut d'observateur), Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Cap-Vert, Tchad, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée équatoriale, Guinée-Bissau, Libéria, Mali, Maroc, Mauritanie, Niger, Nigeria, République démocratique du Congo, Sénégal, Sao Tomé-et-Principe, Sierra Leone, Togo et Tunisie; tous les pays membres de l'Union européenne, plus l'Islande, la Norvège et la Suisse. Sont également partenaires du dialogue deux institutions internationales : la Commission européenne et la Commission de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). Source : Processus de Rabat <www.rabat-process.org>.

²⁹² Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Djibouti, Égypte, Érythrée,

Estonie, Éthiopie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Kenya, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Somalie, Soudan du Sud, Espagne, Soudan, Suède, Tunisie et Royaume-Uni.

²⁹³ *Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process (EU-Horn of Africa Migration Route Initiative)*, (2014), Rome. La Norvège, la Suisse et l'Ouganda y ont participé en tant qu'observateurs.

Khartoum²⁹⁴ et renforce les engagements pris dans le cadre du *Plan d'action sur les migrations* entre l'UE et l'UA pour la période 2014-2017.

250. Ce dialogue avec les pays de la route de la Méditerranée orientale a eu le mérite d'impliquer, à travers des projets de coopération, l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) et le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) dans le but de créer et de gérer des camps pour personnes migrantes dans les pays de départ et de transit. Parallèlement, les contributions financières des parties signataires ont été utilisées pour mener des campagnes d'information visant à dissuader les personnes migrantes de partir, les informant des risques qu'ils courent tout au long de la route. En plus, des projets ont été lancés pour financer la formation des corps de garde-frontières des pays de départ et de transit.

B. Les actions prises au sein de l'UE et entre l'UE et les États tiers dans le sens de l'externalisation du contrôle migratoire

251. L'absence de formalité sur le plan juridique est le dénominateur commun aux avancées faites au sein de l'UE dans l'affirmation des pratiques d'externalisation du contrôle migratoire. Certaines étapes de l'histoire récente ont signé de véritables tournants dans la prise de conscience de l'UE des pratiques désormais consolidées de ses États membres. En outre, l'évolution des modalités selon lesquelles les relations avec les pays tiers sont régies est un signe éloquent du rôle que l'UE et ses institutions décident de jouer.

252. En 2015, les processus de Rabat et de Khartoum ont été réunifiés à l'occasion du Sommet de La Valette (Malte), qui a créé la plateforme EU-Afrique pour le Dialogue sur la Migration et la Mobilité (MMD) et a institué le Fond fiduciaire d'Urgence pour

²⁹⁴ Le processus de Khartoum est dirigé par un comité de pilotage composé de cinq États membres de l'UE (Italie, France, Allemagne, Royaume-Uni, Pays-Bas), cinq pays partenaires africains (Égypte, Érythrée, Éthiopie, Soudan du Sud, Soudan), la Commission européenne, le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) et la Commission de l'Union africaine.

l'Afrique²⁹⁵. Ce passage marque un changement assez important : l'UE, de simple observateur, devient un acteur de premier plan dans la lutte contre la migration irrégulière, notamment avec l'ouverture d'un dialogue de haut niveau qui vise à trouver une convergence sur des objectifs communs avec les pays africains.

253. Au niveau des Nations unies, le 19 septembre 2016, les chefs d'État et de gouvernement de l'Assemblée générale des Nations unies ont adopté la *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*²⁹⁶. Ce texte envoie un message politique important, indiquant que les questions de migration et de réfugiés sont devenues des sujets d'importance majeure dans l'agenda international et qu'une « approche globale » de la mobilité humaine est nécessaire pour renforcer la coopération mondiale en matière de migration. Le dernier acte, selon l'ordre chronologique, de ce dialogue global issu de la *Déclaration de New York* de 2016 a été le *Pacte mondial sur les migrations* (PMM), un plan très ambitieux, parfois peu réaliste, qui place, en son centre, les actions de développement dans les pays d'origine pour combattre les causes profondes des migrations, dans une programmation qui établit des objectifs d'ici 2030.

²⁹⁵ Les ressources actuellement allouées au Fonds d'affectation spéciale de l'UE pour l'Afrique s'élèvent à 3,37 milliards d'euros, dont plus de 2,98 milliards provenant du Fonds européen de développement (FED) et d'autres instruments financiers de l'UE, y compris les fonds DCI, ENI, HOME et ECHO. 391,1 millions proviennent des contributions des États membres et d'autres donateurs (Suisse et Norvège).

²⁹⁶ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration de New York sur les réfugiés et les migrants*, (2016) A/RES/71/1, New York.

1) *Les accords de réadmission conclus directement par l'UE*

254. L'UE, de son côté, poursuit la voie de l'externalisation de plus en plus à travers des formes de coopération directes en matière de contrôle migratoire avec les pays de départ, par l'intermédiaire d'un dialogue politique et de différents mécanismes et instruments financiers. Cependant, la normalisation des relations internationales, au sein de ces plateformes informelles, entre l'UE et les gouvernements de certains pays d'Afrique comme l'Érythrée, le Soudan et la Libye, alimente la perplexité d'une partie significative de l'opinion publique ainsi que de la communauté des juristes. Cela est dû principalement au fait qu'il s'agit de pays qui n'ont pas signé ou ne mettent pas en pratique leurs engagements de droit international pour la protection des droits fondamentaux²⁹⁷.

255. L'action externe de l'UE a mené, aussi, à la négociation de plusieurs accords bilatéraux en matière migratoire. Jusqu'en 2019, dix-sept accords de réadmission ont été conclus directement par l'UE avec les pays suivant : Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albanie, Russie, Ukraine, ex-République Yougoslave de Macédoine, Bosnie-Herzégovine, Monténégro, Serbie, Moldavie, Pakistan, Géorgie, Arménie, Azerbaïdjan, Turquie²⁹⁸ et Cap-Vert²⁹⁹. Ces accords couvrent un aspect fondamental de la mise en œuvre de l'agenda de

²⁹⁷ La plupart des pays de départ ou de transit, partenaires de l'UE dans les plateformes informelles visant l'externalisation des contrôles migratoires comme l'Érythrée, la Libye et l'Afghanistan, ne sont pas parties à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut de réfugié, ni à son Protocole additionnel de 1967. Le Soudan, malgré le fait d'avoir ratifié ladite convention des Nations unies le 22 février 1974, ne garantit pas, de facto, une protection adéquate aux personnes migrantes. Plusieurs organisations pour la protection des droits de l'Homme, comme Human Rights Watch, Amnistie Internationale et IRIN, ont condamné à maintes reprises les violences et les abus subis par les personnes migrantes en territoire soudanais.

²⁹⁸ Le 7 mai 2014 a été signé l'Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, (2014) 7 mai 2014, JO L 134/3 (entré en vigueur: 1er décembre 2014), qui est un document précédant et totalement différent de l'« Entente UE-Turquie » de mars 2016.

²⁹⁹ Pour les détails sur les accords de réadmission signés par l'Union européenne, voir l'Annexe 1

l'UE en matière de migration³⁰⁰ et ils consistent également en le moyen principal de répression des migrations irrégulières « à la sortie » du territoire européen. Elles seront plus amplement traitées dans le Titre II³⁰¹.

256. Une liste basée exclusivement sur le nombre d'accords formels de réadmission que l'UE a conclus avec des pays tiers ne pourra jamais être exhaustive ni serait en mesure de représenter la portée réelle de sa politique commune de réadmission, car les formes « souples », « flexibles » et « non conventionnelles » de partenariats avec des pays tiers sont une multitude qui ne cesse de s'agrandir.

2) *Les accords non conventionnels*

257. Les « crises » qui, depuis les dernières années, ont généré des migrations massives vers l'Europe ont poussé les décideurs politiques à chercher des réponses rapides sur le plan juridique. Cet effort a produit l'apparition, dans la production juridique et dans la communication institutionnelle contemporaine, de mots tels que « flexibilité », « *arrangements* », « non juridiquement contraignant » et « instruments pratiques », pour définir et justifier les formes « non conventionnelles » de la politique actuelle de réadmission de l'UE en Afrique³⁰². Il s'agit, en effet, de formaliser discrètement une coopération politique, opérationnelle et pratique, évitant ainsi l'institutionnalisation d'une coopération juridique lourde, composée de procédures, de garanties et de recours.

258. De nouveaux arrangements informels concernant la réadmission et les questions liées à la migration irrégulière se sont effectivement développés dans les dernières

³⁰⁰ Commission européenne, *Communication au Parlement européen eu Conseil européen et au Conseil, Rapport d'avancement sur la mise en oeuvre de l'agenda européen en matière de migration*, COM(2018) 301 final, Bruxelles, le 16.5.2018 à la p.16.

³⁰¹ Voir *infra*, titre II, chapitre 1, section 1, paras i, ii.

³⁰² Jean-Pierre CASSARINO et Mariagiulia GIUFFRÉ, « *Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission?* », (2017) N. 01/2017 *FMU Policy Brief*, 1.

années. Les auteurs Jean-Pierre Cassarino et Mariagiulia Giuffré, dans un récent article³⁰³, reportent un extrait d'une lettre³⁰⁴ adressée à la présidente de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) du PE, dans laquelle la Commission européenne explique que

la plupart des pays tiers ne souhaitent pas engager de négociations sur des accords de réadmission, principalement en raison de considérations politiques internes, car de tels accords peuvent être une source d'hostilité publique. En conséquence, les négociations en cours avec le Maroc et l'Algérie sont au point mort et celles qui ont été lancées en 2016 avec le Nigeria, la Jordanie et la Tunisie n'ont pas progressé au besoin. L'UE doit donc rester flexible sur la forme d'un cadre de coopération et se concentrer sur la faisabilité des résultats, tout en respectant le droit international et européen. [...] Les dispositions pratiques [...] constituent également un premier pas vers l'instauration d'une confiance mutuelle ainsi que vers le lancement de négociations formelles en vue d'accords de réadmission [de l'UE] à part entière³⁰⁵.

259. La conclusion d'accords internationaux de type classique nécessite des délais pour les négociations, les échanges des ratifications et le respect de toutes les formalités que le droit des traités impose. Or, le contexte d'émergence face aux « crises » du système de gestion des flux migratoires à légitimer *de facto* le choix des leaders européens d'emprunter le raccourci de la « flexibilité » dans la conclusion de ces ententes.

260. La Commission européenne a affirmé que « la priorité absolue fixée par l'UE d'obtenir des résultats rapides et opérationnels, et pas nécessairement des accords formels de réadmission »³⁰⁶, reflète clairement un bouleversement de l'approche de l'UE vis-à-vis de sa politique commune de réadmission.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ LETTRE DU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LA DG POUR LES MIGRATIONS ET LES AFFAIRES INTÉRIEURES DE LA COMMISSION EUROPÉENNE À M. CLAUDE MORAES, MPE CHEF DE LA COMMISSION LIBERTÉ CIVILE, JUSTICE ET AFFAIRES INTÉRIEURES DU PARLEMENT EUROPÉEN, *EU readmission developments – State of play October 2017*, (2017), Bruxelles, en ligne : <<http://www.statewatch.org/news/2017/nov/eu-com-letter-to-ep-readmissions.pdf>>.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Parlement européen et Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'Investissement, relative à la mise en place d'un nouveau cadre*

261. Toutefois, ce changement d'approche présente plusieurs risques dans la mesure où il écarte encore plus la distance entre les barrières juridiques posées par ledit mécanisme et les frontières physiques déjà existantes. Dans l'article précité³⁰⁷, les auteurs Jean-Pierre Cassarino et Mariagiulia Giuffré évoquent, à raison, une véritable « zone grise » qui s'interpose entre, d'un côté, les accords de réadmission traditionnels signés entre États membres et États tiers et, de l'autre, les accords de réadmission « standard »³⁰⁸ que l'UE conclut avec les pays tiers de départ ou de transit.

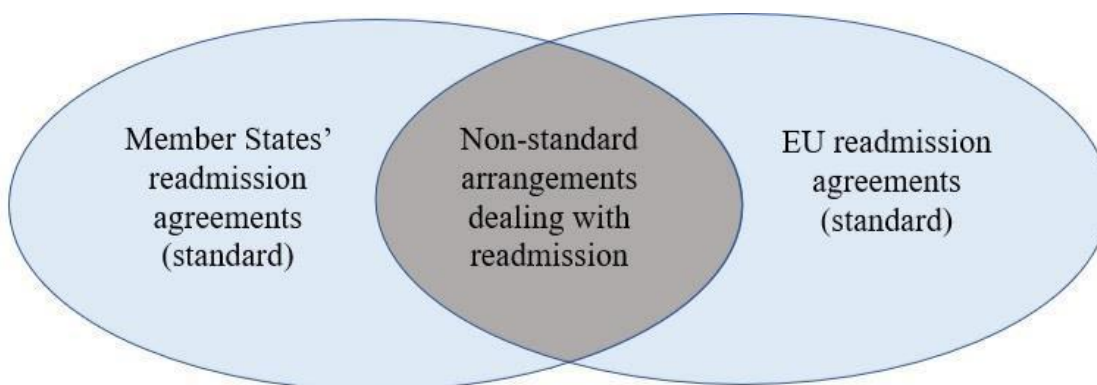


Figure 1 - source: Jean-Pierre Cassarino et Mariagiulia Giuffré, « Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission? » (2017) N. 01/2017 FMU Policy Brief à la p 4

262. Dans cet espace vide, les accords « non conventionnels », bien qu'ils aient le mérite de la rapidité, échappent néanmoins à tout contrôle judiciaire. Ne remplissant pas les critères prévus par le droit international des traités, ils ne sont pas opposables aux tribunaux

de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration, COM(2016) 385 final, Strasbourg, le 7.6.2016.

³⁰⁷ Jean-Pierre CASSARINO et Mariagiulia GIUFFRÉ, « Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission? », (2017) N. 01/2017 FMU Policy Brief.

³⁰⁸ Negociés et conclus conformément aux procédures prévues par l'article 218 du TFUE, supra.

internationaux et, n'étant pas des actes juridiques *tout court* de droit européen, échappent à la compétence de la CJUE³⁰⁹.

263. Comme dans le cas de la Turquie, les pays d'où provient ou transite le plus grand nombre de demandeurs d'asile ont été ciblés comme prioritaires et les négociations ont abouti grâce à d'importantes aides financières destinées à la gestion des flux³¹⁰.

264. En vue d'un échange sur le plan économique, les parties renoncent à toute garantie sur le plan juridique, ainsi qu'à offrir la protection adéquate aux personnes (migrantes) qui subissent les conséquences directes et les effets juridiques de ces « accords ». Les importants bénéfices que les pays de départ et de transit peuvent obtenir font en sorte que ce genre d'entente répond à une logique principalement économique.

265. Les accords « non conventionnels » présentent donc trois lacunes principales :

- 1) L'incertitude. Les garanties de certitude et de stabilité des accords traditionnels, assurées par l'application des normes internationales sur le droit des traités, sont échangées contre des bénéfices économiques immédiats, tirés par les pays de transit ou de départ des personnes migrantes;
- 2) Le déficit démocratique. Ne respectant pas la procédure prévue par l'Article 218 du TFUE (nécessaire dans le cas d'adoption d'actes normatifs dans un domaine de compétence partagée tel que la migration), les procédures de négociations et de

³⁰⁹ Dans l'Ordonnance T-192/16, concernant le recours en annulation vers la Déclaration UE-Turquie, la Cour de Justice affirme : « [...] la déclaration UE-Turquie, telle que diffusée au moyen du communiqué de presse n° 144/16, ne peut pas être considérée comme un acte adopté par le Conseil européen, ni d'ailleurs par une autre institution, un organe ou un organisme de l'Union, ou comme révélant l'existence d'un tel acte et qui correspondrait à l'acte attaqué ». CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c Conseil européen*, affaire T-192/16 [non encore publié], point 7.

³¹⁰ Dans la période 2015-2017, l'Éthiopie a reçu 47 millions d'euros du Fond fiduciaire d'urgence pour l'Afrique, 20 autres pour un projet spécifique sur le contrôle des migrations dans le nord du pays et 30 millions supplémentaires sur un total de 125 millions destinés à la Corne de l'Afrique. La Somalie a reçu 50 millions. De nombreux pays d'Afrique de l'Ouest ont également reçu des fonds du EUTF : 60 millions au total pour des projets de développement au Sénégal dans le but de réduire les départs, 30 millions au Niger, 27 millions au Tchad, 21 millions au Nigeria, et 20 au Cameroun.

conclusion de ces « accords » contournent le contrôle du PE et empêchent tout suivi démocratique par les parlements nationaux;

- 3) Le manque de transparence à plusieurs niveaux :
 - a) les négociations sont, dans la quasi-totalité des cas, secrètes, autant pour les citoyens que pour les membres des parlements nationaux;
 - b) étant des instruments non contraignants sur le plan du droit international, les mêmes hommes politiques qui les ont conclus n'hésiteront pas à en démentir ou à aller à l'encontre de leurs propres engagements lorsque se présenteront des problèmes issus de la mise en œuvre.

266. Les aspects que nous venons d'énumérer montrent clairement les limites auxquelles fait face l'action de la CJUE. Une action juridictionnelle efficace serait nécessaire pour garantir la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes face à ce type de mesures répressives prises par les États membres ou par l'Union elle-même. Toutefois, la forme atypique ou « non conventionnelle » des accords de réadmission, qui prennent les noms d'« ententes de travail », de « *non-legal binding papers* », de « *non-papers* » ou de « pactes », rend tout contrôle juridictionnel, extrêmement ardu, voire impossible.

CHAPITRE 2 : LES LIMITES DU CONTRÔLE DE LA COUR DE JUSTICE FACE À L'ACTION EXTERNE DE L'UE ET AUX INITIATIVES DES ÉTATS MEMBRES DANS LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS « AVANT L'ENTRÉE »

267. Face à la complexité des instruments d'externalisation illustrés jusqu'ici, l'exercice effectif du contrôle juridictionnel de la part de la CJUE devient un objectif difficile à atteindre. Néanmoins, la Cour, avec sa jurisprudence, confirme son implication toujours plus poussée dans la phase du contrôle de ce genre d'ententes, notamment sous l'angle de la validité et de la compatibilité avec le droit de l'Union.

268. Le véritable obstacle à cette activité de contrôle est la nature juridique de ces actes, qui permet difficilement de les encadrer en tant qu'actes de l'Union et, par conséquent, de saisir la Cour sur la validité desdits « accords ». Les actes internes de l'UE montrent clairement l'intention des institutions de se placer en dehors des catégories juridiques susceptibles de rentrer sous le contrôle ordinaire de la Cour. Cette approche, qui caractérise à l'heure actuelle le cadre de partenariat avec les pays tiers, a entraîné un changement dans la manière dont l'UE, conjointement avec ses États membres, gère ses relations en matière de migration avec les pays tiers d'origine et de transit.

269. Dans une communication de 2016 de la Commission au Parlement, au Conseil européen et au Conseil³¹¹ sont illustrés les éléments clés de cette approche, qui prennent cette fois le nom de « pactes ». Les pactes, on peut lire dans la communication, « forment un cadre politique aux fins d'une coopération continue et opérationnelle »³¹²; dans ces textes, les différents axes de travail y sont réunis pour « mettre en place un partenariat global avec les

³¹¹ COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL EUROPÉEN ET AU CONSEIL, *First Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration*, COM(2016) 700 final, Bruxelles, le 18.10.2016.

³¹² Ibid.

pays tiers, en combinant les instruments, les outils et les leviers dont disposent l'UE et les États membres pour concrétiser des objectifs clairs et des engagements communs ».³¹³

270. Tel que nous l'avons montré jusqu'ici, la priorité de ces ententes en matière migratoire est de répondre de façon rapide et « flexible » au phénomène des migrations irrégulières. Peu importe la nomenclature utilisée (pactes, ententes, déclarations, accords non contraignants, etc.), tous ces instruments ne constituent pas des accords *stricto sensu*, mais plutôt des « programmes politiques sur mesure visant à favoriser l'élaboration de procédures communes et la coordination pratique entre les institutions des États membres et celles des pays tiers visés ».³¹⁴ Ils sont tous inspirés par le même principe, celui d'organiser des retours rapides et efficaces et, pour ce faire, il paraît nécessaire de « développer la coopération opérationnelle, c'est-à-dire contracter des arrangements informels avec les administrations policières et consulaires des pays tiers au lieu de se lancer dans de longues et incertaines négociations en matière de réadmission »³¹⁵.

271. Le processus menant à la signature des pactes se présente alors comme totalement alternatif au processus de négociation des accords traditionnels, le premier pouvant aussi, en théorie, déboucher sur des accords internationaux formels, tels que des accords de réadmission. Il s'agit toutefois d'une option tout au moins lointaine. Cette forme inédite, sur le plan juridique, rend complexe le contrôle de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

272. Un autre facteur de complexité est l'aspect économique du financement de ces partenariats. En effet, si l'on considère l'exemple du Fond fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique - dans le cas des partenariats avec les pays africains -, les importantes contreparties financières que l'UE promet aux pays partenaires, par le biais de ces actes « informels », sont

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Claudia CHARLES et Pascaline CHAPPART, « L'UE prend les frontières africaines pour les siennes », *Plein droit* 2017.114.7-10, 3.

³¹⁵ Ibid à la p 4.

financées en partie par des ressources prévenantes du budget de l'UE³¹⁶. Or, un raisonnement économique élémentaire voudrait que la personne physique ou morale qui participe avec une contribution majoritaire au financement d'un projet garde aussi un pouvoir décisionnel ou, du moins, exerce un contrôle sur l'exécution du projet en question. Cela pourrait nous mener à ouvrir une piste qui permettrait d'identifier clairement, au-delà des formes choisies, l'auteur de l'acte (dans notre cas l'UE) et d'envisager la pleine compétence de la CJUE à connaître d'éventuelles responsabilités, mais plusieurs auteurs ont montré que les instruments de financement sont souvent des fonds hybrides – voir des véritables *washing machines*³¹⁷ - composés par des contributions externes au budget UE, d'autres en provenance des États membres et d'autres encore originaire du Budget UE, mais renommées pour en créer des outils *ad hoc*³¹⁸.

273. Les différentes déclinaisons de l'externalisation, opérée à la fois par l'UE et par les États membres, méritent donc une analyse plus ample. Dans les prochains paragraphes, nous nous pencherons sur deux exemples marquants : le premier concernant la « Déclaration » UE- Turquie (Section 1), sur laquelle le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de Justice se sont prononcés³¹⁹; ensuite, au niveau des initiatives prises par les États membres, nous nous pencherons sur le cas emblématique de l'Italie qui, en 2017, a conclu un accord particulièrement controversé avec la Libye afin de faire cesser le flux des migrations irrégulières directes vers l'Europe en provenance de l'Afrique subsaharienne (Section 2).

³¹⁶ ELIZABETH COLLETT et AHAD ALIYYAH, *EU Migration Partnerships: A Work in Progress*, 2017, p. 9, en ligne : <<https://www.migrationpolicy.org/research/eu-migration-partnerships-work-progress>> (consulté le 9 mars 2018).

³¹⁷ *Ibidem*, à la p.10 « some funds have been renamed and recycled up to four times, a process referred to by some as a washing machine ».

³¹⁸ Leonhard DEN HERTOOG, « EU Budgetary Responses to the Refugee Crisis.pdf », *LSE No 93 LdH* (2016) à la page 4 à 6.

³¹⁹ CJUE, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, T-192/16 non publiée; CJUE, 12 septembre 2018, *NF c. Conseil européen*, C-208/17 P.Rec Num.

Section 1 : Les initiatives de l'Union européenne dans la répression des migrations « avant l'entrée » : la Déclaration UE-Turquie à l'épreuve de la CJUE

Section 2 : Les initiatives des pays membres dans la répression des migrations « à l'entrée » : menaces concrètes à la cohérence de l'action externe de l'UE échappant au contrôle de la Cour de justice

SECTION 1 : LES INITIATIVES DE L'UNION EUROPÉENNE DANS LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS « AVANT L'ENTRÉE » : LA DÉCLARATION UE-TURQUIE À L'ÉPREUVE DE LA CJUE

274. La répression des migrations irrégulières est un système complexe, articulé en plusieurs composantes. L'une des formes que la répression peut prendre avant l'entrée de la personne migrante est l'externalisation du contrôle migratoire et de l'asile³²⁰, à savoir la délocalisation du traitement des demandes d'asile et de protection internationale dans le territoire d'un État, souvent voisin, où transitent les flux migratoires. Ces pratiques sont encadrées par des partenariats qui évoluent et changent de forme subitement³²¹.

275. Les accords « non conventionnels », tel que nous les avons nommés dans les pages précédentes, réunissent les paramètres de flexibilité et de pragmatisme qui rendent possible l'obtention d'« arrangements politiques »³²² au caractère « non juridiquement contraignant » malgré le fait que celles-ci produisent, *de facto*, des effets juridiques substantiels sur la vie de milliers de personnes. Il s'agit d'exercices *d'abstraction juridique*, parfois dictés par des raisons de nature politique qui vont bien au-delà du champ du droit.

³²⁰ Sur le point, voir : Kristy Siegfried, *L'externalisation de l'asile*, report n 101255, IRIN, 2015, en ligne : <http://www.irinnews.org/fr/report/101255/1%E2%80%99externalisation-de-1%E2%80%99asile> (consulté le 8 mars 2018); Amandine Le Barbier, « Externalisation de l'asile : la solution pour concilier défense des intérêts nationaux et protection des droits de l'Homme ? », p. 65, DUMAS, 2015, en ligne : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01298690>; Catherine Wihtol de Wenden, « Vers une externalisation de l'asile », *Rev Proj* vol 19-25, p. 284 [2005]; Claire Rodier, « Externaliser la demande d'asile », *revue GISTI, plein droit* n. 105, [2015] p. 3, en ligne : <http://www.gisti.org/spip.php?article4990> (consulté le 8 mars 2018).

³²¹ COMMISSION EUROPÉENNE, COMMUNIQUÉ, *La Commission annonce un nouveau cadre pour les partenariats de migration: une coopération renforcée avec les pays tiers pour mieux gérer les migrations*, 7 juin 2016, en ligne : https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2072_fr.htm. « Ce partenariat renouvelé avec les pays tiers prendra la forme de « pactes » sur mesure qui seront élaborés en fonction de la situation et des besoins de chaque pays partenaire, selon qu'il s'agit d'un pays d'origine, d'un pays de transit ou d'un pays qui accueille un grand nombre de personnes déplacées ».

³²² TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16. Rec num, point 29.

276. Les relations avec la Turquie jouent un rôle déterminant pour le contrôle des flux migratoires provenant de pays comme la Syrie, l’Afghanistan, l’Iraq et le Pakistan et directs vers l’UE. La nature et le renforcement progressif du partenariat UE-Turquie ont donc une nature stratégique (§1.) qui a néanmoins soulevé de nombreuses critiques sur le plan du respect des droits fondamentaux et de la compatibilité avec les valeurs de l’UE. La CJUE, saisie de plusieurs affaires portant sur ce sujet, a été toutefois incapable de franchir les imposantes limites de sa compétence (§2.).

§1. LA NATURE STRATÉGIQUE DU PARTENARIAT UE-TURQUIE

277. Dans un article paru dans la revue *Plein droit*, Catherine Tule observe avec beaucoup d’inquiétude ce *label* d’efficacité et d’idoneité octroyé à l’accord UE-Turquie par les institutions européennes : « Il est particulièrement inquiétant de lire que, à brève échéance, la coopération avec les pays tiers devrait conduire à l’adoption d’une *liste de l’UE des pays tiers sûrs* »³²³. En effet, les conclusions du Conseil européen de fin juin 2017, en plus d’encourager les États membres, notamment les plus touchés par la migration, à élaborer « des accords de réadmission efficaces et des arrangements pragmatiques [...] sans plus attendre »³²⁴, affirment que le « *deal* » UE-Turquie aura sans doute permis à l’UE de roder les stratégies les plus efficaces pour « trouver un juste équilibre entre responsabilité et solidarité [...] assurer la résilience face aux crises à venir ; [...] résister aux pressions migratoires, éliminer les facteurs d’attraction ainsi que les mouvements secondaires, dans le respect du droit international, lutter contre les abus et apporter un soutien suffisant aux États membres les plus touchés »³²⁵.

³²³ Catherine Teule, « Accord » UE-Turquie : le troc indigne » [2017] 114 *Plein droit* 23-26.

³²⁴ CONSEIL EUROPÉEN, *Réunion du Conseil européen (22 et 23 juin 2017) – Conclusions*, EUCO 8/17, Bruxelles, le 23 juin 2017, points 20-23.

³²⁵ *Ibid.*

278. Afin de poursuivre notre analyse sur les mécanismes de répression des migrations « avant l'entrée » mis en exergue par l'UE, il est donc essentiel d'illustrer le contenu (A) et les antécédents (B) de la Déclaration UE-Turquie.

A. La Déclaration UE-Turquie

279. La crise syrienne et les tragédies humanitaires irrésolues du Moyen-Orient, issues notamment des conflits en Afghanistan et en Iraq, ont fait augmenter la pression migratoire aux frontières orientales de l'Europe de façon progressive dans les quinze dernières années. Pour la plupart des experts, il s'agissait d'une « crise » plus que prévisible³²⁶, qui a atteint son point culminant à l'été 2015, comptant, selon les chiffres officiels fournis par l'OIM, jusqu'à presque 4000 morts en moins de 12 mois³²⁷.

280. Pour faire face à l'afflux massif de personnes migrantes, les dirigeants européens ont mis en place une stratégie pour empêcher les départs en provenance de la route orientale passant par la Turquie et la Grèce. À la suite d'une période de négociation d'une durée de plusieurs mois, le site du Conseil de l'Union européenne a publié, le 18 mars 2016, le *Communiqué de presse n° 144/16* annonçant la « Déclaration » UE-Turquie. Il s'agit d'un document d'entente en matière migratoire, conclue par les membres du Conseil et leurs homologues turques le jour même.

281. Ce texte s'articule en neuf points et, parmi les dispositions principales, il dispose que : 1) tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie. Les

³²⁶ OCDE, *TENDANCES DES MIGRATIONS INTERNATIONALES - rapport annuel, 1999*, p. 247, en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/migrations/mig/2717690.pdf>> (consulté le 9 mars 2018); STATISTA, *Nombre de migrants et réfugiés ayant accosté en Europe par la mer Méditerranée entre 2008 et 2016*, en ligne : <<https://fr.statista.com/statistiques/610440/evolution-nombre-migrants-refugies-arrivee-europe/>>.

³²⁷ OIM, *MISSING MIGRANTS PROJECT, Spotlight on the Mediterranean, 2015*, en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>>.

migrants qui arriveront sur les îles grecques pourront présenter demande d'asile, pour tous les migrants qui ne présenteront pas de demande d'asile ou qu'il voient se refuser leur demande seront disposés des renvois en Turquie; 2) pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE en tenant compte des critères de vulnérabilité des Nations unies; 3) la Turquie prendra toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'UE; 4) l'UE s'engage à financer la Turquie pour faciliter les conditions humanitaires des réfugiés syriens en Turquie³²⁸; 5) l'UE s'engage à prendre des mesures pour faciliter la libéralisation du régime des visas à l'égard de l'ensemble des États membres participants afin que les obligations en matière de visa pour les citoyens turcs soient levées³²⁹.

L'idée de parvenir à ce genre d'entente avait été avancée pour la première fois par la présidence néerlandaise en début de 2016. Elle identifiait comme base légale, d'une part, [L]' accord de réadmission entre la Grèce et la Turquie datant de mai 2010 et autorisant à renvoyer toutes les personnes migrantes en situation irrégulière venant de Turquie, et, d'autre part, les dispositions de « la directive procédures » [Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil] concernant les qualifications de « pays tiers sûr » et de « pays de premier d'asile » qui, appliquées à la Turquie, autorisaient à juger « irrecevables » les demandes d'asile de personnes ayant transité par ce pays, sous couvert de de « la directive procédures » (art. 33, 35 et 38) et donc d'y renvoyer les requérants après une procédure accélérée d'examen de leur demande³³⁰.

282. Afin de comprendre les enjeux auxquels a été confrontée la CJUE dans l'affaire *NF*, pour ensuite passer à l'analyse critique de sa jurisprudence récente sur le sujet, il est important de bien saisir le contexte, non seulement juridique, mais aussi politique, dans

³²⁸ La contrepartie financière offerte à la Turquie est de 3 milliards d'euros, plus 3 autres milliards une fois que le premier montant aura été dépensé.

³²⁹ Conseil européen, *Déclaration UE Turquie, communiqué de presse 144/16, du 18 mars 2016, en ligne* : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/pdf>> (consulté le 9 mars 2018).

³³⁰ Catherine Teule « Accord » UE-Turquie : le troc indigne » [2017] 114 *Plein Droit* p. 24.

lequel cette déclaration s’inscrit. Nous inspirant aux ordonnances du Tribunal de la Cour³³¹, nous reportons ici quelques antécédents.

B. Les antécédents de la Déclaration UE-Turquie

283. Le 15 octobre 2015, la République de Turquie et l’UE ont convenu d’un plan d’action commun intitulé *EU-Turkey Joint Action Plan*, tendant à renforcer leur coopération en matière de soutien des ressortissants syriens bénéficiant d’une protection internationale temporaire et en matière de gestion migratoire, pour répondre à la crise créée par la situation en Syrie. Le *Plan d’action commun* prétendait répondre à la situation de crise en Syrie de trois manières, à savoir, premièrement, en traitant à la racine les causes conduisant à un exode massif de Syriens, deuxièmement, en apportant un soutien aux Syriens bénéficiant d’une protection internationale temporaire et à leurs communautés d’accueil en Turquie et, troisièmement, en renforçant la coopération en matière de prévention des flux de migration illégale en direction de l’Union.

284. Le 29 novembre 2015, les chefs d’État ou de gouvernement des États membres de l’Union se sont réunis avec leur homologue turc. À l’issue de cette rencontre, ils ont décidé d’activer le *Plan d’action commun* et, notamment, d’intensifier leur coopération active concernant les personnes migrantes qui n’avaient pas besoin d’une protection internationale. Le but de cette coopération était d’empêcher les personnes migrantes de se rendre dans les territoires de l’Union en passant par la Turquie. À cette fin, l’UE et la Turquie s’engageaient à appliquer les dispositions bilatérales qui avaient été établies en matière de réadmission, en renvoyant rapidement dans leurs pays d’origine les personnes migrantes qui n’avaient pas besoin d’une protection internationale.

³³¹ CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c Conseil européen*, affaire T-192/16 [non encore publié]; CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NG contre Conseil européen*, affaire T-193/16 [non encore publié]; CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NM contre Conseil européen*, affaire T-257/16, [non encore publié].

285. Le 8 mars 2016, une déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de l'Union, publiée par les services conjoints du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, indiquait que les chefs d'État ou de gouvernement de l'Union s'étaient entretenus avec le premier ministre turc en ce qui concernait les relations entre l'Union et la République de Turquie et que des progrès avaient été réalisés dans la mise en œuvre du *Plan d'action commun*. Lors de cette rencontre, qui a eu lieu le 7 mars 2016, ont été arrêtés les points suivants :

Les chefs d'État ou de gouvernement se sont accordés à reconnaître que des mesures audacieuses devaient être prises pour fermer les routes empruntées par les passeurs, démanteler le modèle économique de ceux-ci, protéger [les] frontières extérieures [de l'Union] et mettre un terme à la crise migratoire en Europe. [Ils] se sont félicités vivement des propositions supplémentaires présentées ce jour par la [République de] Turquie pour remédier au problème migratoire. Ils ont convenu d'œuvrer sur la base des principes [suivants] :

– renvoyer tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques, les coûts encourus étant pris en charge par l'[Union] ;

– procéder, pour chaque Syrien réadmis par la Turquie au départ des îles grecques, à la réinstallation d'un autre Syrien de la Turquie vers les États membres de l'[Union], dans le cadre des engagements existants [...];

Le président du Conseil européen approfondira ces propositions et en définira les modalités avec la [République de] Turquie avant le Conseil européen de mars [...]

Le présent document n'établit aucun nouvel engagement pour les États membres en matière de relocalisation et de réinstallation³³².

286. Tel que présenté, le parcours qui a mené à l'adoption de la *Déclaration UE-Turquie* nous permet déjà de voir que, sur le plan terminologique, il y a plusieurs ambiguïtés remarquables. Ainsi, dans les textes qui précèdent la *Déclaration UE-Turquie* du 18 mars 2016, l'on lit clairement que les auteurs des négociations sont parfois indiqués comme « les chefs d'État et de gouvernement » et, d'autres fois, comme « les membres du Conseil européen », laissant dans l'incertitude le lecteur quant à la dynamique intergouvernementale ou communautaire souhaitée à la base de l'entente. Or, la déclaration du 18 mars 2016,

³³² TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16. Rec num, point 3.

indique clairement que « l'UE et la Turquie ont décidé [...] de mettre fin à la migration irrégulière »³³³. Mais la question concernant l'auteur de l'acte, à savoir de déterminer s'il s'agit d'un acte de l'Union ou des États membres, est seulement l'un des nombreux points critiques de cette entente, amplement traitée, d'ailleurs, par le Tribunal.

287. L'importance de saisir les passages qui ont précédé la déclaration du 18 mars entre l'UE et la Turquie est confirmée par les liens que ces derniers ont avec les moyens soulevés par les requérants dans leurs recours en annulation présentés devant la CJUE. Les défenseurs de trois personnes migrantes, deux d'origine pakistanaise et une d'origine afghane, ont demandé au Juge de Luxembourg, dans trois procédures distinctes, l'annulation dudit « accord litigieux »³³⁴ en vertu de l'article 263 du TFUE. Nous allons donc analyser dans le détail les moyens proposés et les réponses offertes par la Cour de justice.

§2. LA DÉCLARATION UE-TURQUIE À L'ÉPREUVE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

288. Le premier octobre 2014 a été signé un accord entre l'UE et la Turquie, qui régleme la réadmission des personnes séjournant en condition irrégulière. Cet accord international a été négocié et conclu selon les procédures prévues par le titre V du TFUE et vise à suspendre les engagements en termes de réadmission, non seulement des citoyens des États membres de l'Union et des citoyens turcs, mais il contient aussi des dispositions – soumises à certaines conditions - pour la réadmission de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides qui ont transité par leurs territoires. La politique migratoire – tel qu'on l'a souvent

³³³ CONSEIL EUROPÉEN, COMMUNIQUÉ 144/16, *Déclaration UE-Turquie*, 18 mars 2016, en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/pdf>> (consulté le 9 mars 2018).

³³⁴ CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c Conseil européen*, affaire T-192/16 [non encore publié], point 14; CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NG contre Conseil européen*, affaire T-193/16 [non encore publié], point 12; CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NM contre Conseil européen*, affaire T-257/16, [non encore publié], point 14.

rappelé – est une compétence partagée entre l’UE et ses États membres, et l’article 79 paragraphe 3 du TFUE octroie expressément à l’UE la faculté de conclure des accords avec les pays tiers en matière de réadmission de personnes séjournant en conditions irrégulières.

A. L’action timide de la CJUE dans affaire N.F. : occasion manquée pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes

289. À la fin du mois d’avril 2016, soit un mois à peine après la publication du *Communiqué de presse 144/16* par le Conseil de l’Union européenne, trois recours en annulation ont été introduits devant le Tribunal de l’Union européenne. Les requêtes dans les affaires *T-192/16* et *T-257/16* indiquent qu’elles sont présentées au nom de personnes migrantes ressortissantes du Pakistan et résidant au « camp de réfugiés sans frontières », à Lesbos, en Grèce. La requête dans l’*Affaire T-193/16* dispose qu’elle est présentée au nom d’un ressortissant afghan qui réside au « camp de réfugiés d’Onofiyta », à Athènes, en Grèce³³⁵.

290. Le raisonnement articulé de la CJUE n’aboutit pour autant à achever l’objectif que la plupart des citoyens européens attendait : trancher sur des questions juridiques fondamentales dont la solution aurait fait avancer à grands pas la création d’une véritable politique migratoire de l’UE. En fait, les juges de Luxembourg ont rejeté les recours en raison de l’incompétence du Tribunal à connaître l’acte attaqué. Cette décision a été ensuite confirmée lors du pourvoi devant la Cour de justice. Nombreuses questions d’importance capitale ont été abordées dans ces arrêts sans être néanmoins dénuées en profondeur, tel est la raison pour laquelle on parle d’occasion manquée par la CJUE de se prononcer fermement contre le recours aux pratiques de répression des migrations « avant l’entrée ».

³³⁵ Emilio DE CAPITANI, « Is the European Council responsible for the so-called “EU-Turkey Agreement” ? The issue is on the Court of Justice table... », *European Area of Freedom Security & Justice* (7 juin 2016), en ligne : <<https://free-group.eu/2016/06/07/is-the-european-council-responsible-for-the-so-called-eu-turkey-agreement-the-issue-is-on-the-court-of-justice-table/>> (consulté le 13 mars 2018).

291. La reconnaissance de la Turquie comme « pays tiers sûr » (1), par exemple, n'est aucunement mise en discussion, alors que la notion d'« accord international » et l'identification de l'auteur de l'acte (2) font au contraire l'objet du raisonnement articulé de la CJUE sans que les conséquences attendues soient tirées. Enfin, parcourant les réflexions menées par les juges sur la « qualité des chefs d'État ou de gouvernement » lors des réunions dans les locaux du Conseil de l'Europe nous essayerons de retracer la véritable approche interprétative adoptée par la CJUE dans ces affaires (3).

1) *La reconnaissance implicite de la Turquie comme « pays tiers sûr »*

292. Sur le plan du droit international, il y a une question brûlante qui n'a pas été traitée par la Cour, mais qui continue à susciter les critiques les plus acerbes de la part des experts : il s'agit de la qualification – implicite – de la Turquie comme « pays tiers sûr »³³⁶. En effet, la jurisprudence européenne est amplement consolidée sur ce point. Les juges de Luxembourg ainsi que la Cour européenne de Strasbourg ont toujours exprimé, aussi par rapport à la Grèce, qu'il est impossible d'« ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition »³³⁷.

³³⁶ Amnistie Internationale a déclaré : « Bien que les dirigeants européens entretiennent l'illusion que la Turquie est un pays sûr pour les réfugiés et les demandeurs d'asile, les tribunaux grecs ont toujours empêché jusqu'à présent le renvoi de demandeurs d'asile syriens en Turquie pour ce motif. », AMNESTY INTERNATIONAL, Accord UE-Turquie : la honte de l'Europe, 2017, en ligne : <<https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/accord-ue-turquie--la-honte-de-leurope>> (consulté le 9 mars 2018).

³³⁷ CJUE, Conclusions, 22 septembre 2011, Conclusions de l'Avocat Général Verica Trstenjak dans l'affaire NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905. Ce passage des conclusions de l'Avocat général Trstenjak Verico, adopté intégralement dans l'arrêt rendu par la Grande Chambre le 21 décembre 2011, reprend la

293. Cinq ans après ces décisions, à la suite des coupures dans les dépenses administratives dues aux mesures d'austérité imposées par Bruxelles au gouvernement d'Athènes et de la croissance exponentielle de la pression migratoire sur les frontières helléniques, rien ne pouvait laisser croire que les causes profondes des violations systémiques du droit d'asile se soient améliorées en Grèce. Pour cela, il a été reproché aux dirigeants européens d'avoir sous-estimé la portée réelle des enjeux juridiques liés à la déclaration du 18 mars 2016.

294. À ce propos, la principale pierre d'achoppement, remarquée aussi par le professeur Henri Labayle,

est de savoir comment interpréter la cinquième exigence de l'article 38 § 1^{er} de la directive "procédures d'asile"³³⁸ selon lequel les demandeurs d'asile concernés doivent, pour que le pays tiers en question puisse être considéré comme sûr, pouvoir solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, bénéficier d'une protection conformément à la convention de Genève³³⁹.

295. La Turquie, en effet, garde un statut *sui generis* à l'égard de la *Convention de Genève*, en raison du fait qu'elle a posé des réserves d'ordre géographique à l'application des garanties offertes aux réfugiés lors de la signature de ladite convention, les demandeurs d'asile non-européens ne pouvant réclamer qu'une protection temporaire aux autorités turques. La Commission européenne considère qu'une protection « équivalente » à la Convention de Genève suffit pour satisfaire à cette exigence. D'autres considèrent, au

décision de la Cour EDH dans *MSS c Belgique et Grèce*, I CEDH n° 30696/09, [2011].121, points 88-90.

³³⁸ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180.

³³⁹ « L'accord Union européenne - Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>> (consulté le 9 mars 2018).

contraire, qu'une protection conforme à la Convention de Genève exige que ce soit bien le « statut » de réfugié, et tous les droits qui s'y rattachent, qui doivent être octroyés³⁴⁰.

296. La question de savoir si la Turquie est un pays tiers sûr reste encore ouverte. Si, d'un côté, les voix des juristes sont unanimes dans l'infirmité d'une telle reconnaissance, confortées par une jurisprudence internationale qui ne laisse pas de place à aucun doute raisonnable, d'autre part, les institutions européennes, la Commission en tête, restent de l'avis que le partenariat avec la Turquie est viable en vertu de la protection « équivalente » offerte par les autorités turques.

297. Toutefois, la CJUE, dans ses ordonnances, ne juge pas opportun de se pencher sur cet aspect, étant ceci un élément qui concerne le fond, et non la forme, de la question. En revanche, les juges du Tribunal abordent leur analyse à partir de la nature de l'acte : ils s'intéressent à comprendre s'il s'agit donc d'une simple déclaration de nature politique ou bien d'un véritable « accord de droit international » comme soutenu par les requérants.

2) *La complexe identification de l'« auteur de l'acte »*

298. À titre liminaire, le Tribunal est appelé à répondre à l'objection soulevée par le Conseil concernant son incompétence à connaître la validité de l'acte attaqué. Sur ce point, les juges, faisant référence à la jurisprudence consolidée de la Cour³⁴¹, dissipent tout doute

³⁴⁰ Ibid à la p 4 : « La différence de rédaction entre l'article 38 et l'article 39 [de la directive « procédures d'asile »] relatif aux pays tiers européens sûrs (communément qualifiés de pays « super sûrs ») qui exige littéralement la ratification de la Convention de Genève sans aucune limitation géographique et le respect de ses dispositions en pratique, accroît la difficulté d'interprétation ».

³⁴¹ CJCE, Ordonnance, 13 janvier 1995, *Olivier Roujansky c Conseil de l'Union européenne*, affaire C-253/94 P, [1995] Rec CE.I-00007, point 1; CJCE, Ordonnance, 13 janvier 1995, *Jacques Bonnamy c Conseil des Communautés européennes*, affaire C-264/94 P, [1995] Rec CE.I-00015, point 11; CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c Gouvernement of Ireland e.a.*, affaire C-370/12, Rec num, points 30-37.

quant à la possibilité de connaître tout acte destiné à produire des effets juridiques³⁴², « pour autant qu'il émane d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union »³⁴³. Tout de même, il ressort clairement de l'article 263 du TFUE que, advenant l'hypothèse où il s'agirait d'un acte des États membres, le juge de l'Union n'est pas compétent pour statuer sur la légalité d'un acte adopté par une autorité nationale³⁴⁴, ni d'un acte adopté par les représentants d'autorités nationales de plusieurs États membres agissant dans le cadre d'un comité prévu par un règlement de l'Union³⁴⁵, ni encore d'actes adoptés par les représentants des États membres, réunis physiquement dans l'enceinte de l'une des institutions de l'Union et agissant, non pas en qualité de membres du Conseil ou de membres du Conseil européen, mais en leur qualité de chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'UE³⁴⁶.

299. Quant à la nature de l'acte, le Conseil défend la position selon laquelle il s'agirait d'une simple « déclaration politique », un document non contraignant synthétisant les volontés des chefs d'États européens et turc s'étant rencontrés les 18 mars 2016 à Bruxelles. Les arguments avancés par les requérants nous semblent bien plus solides, se

³⁴² « À cet égard, la circonstance que l'existence d'un acte destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ait été révélée par la voie d'un communiqué de presse ou qu'il ait pris la forme d'une déclaration ne fait pas obstacle à la possibilité de constater l'existence d'un tel acte, ni, partant, à la compétence du juge de l'Union pour contrôler la légalité d'un tel acte au titre de l'article 263 TFUE », TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16. Rec num, point 42.

³⁴³ Voir, en ce sens, CJCE, 30 juin 1993, *Parlement européen c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-181/91 et C-248/91, [1993] Rec CE.I-03685, point 14.

³⁴⁴ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, affaire C-29/69, [1969] Rec CE.I-00419, point 9; CJCE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-22/97, [1999] Rec CE.II-03775, point 83.

³⁴⁵ Voir, en ce sens, CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ c. Eesti-Läti programmi 2007-2013 Seirekomitee*, affaire C-562/12. Rec num, point 51.

³⁴⁶ CJCE, 30 juin 1993, *Parlement européen c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-181/91 et C-248/91, [1993] Rec CE.I-03685, point 12.

basant, tout d'abord, sur l'analyse de la terminologie utilisée dans la *Déclaration*, « telle que diffusée au moyen du communiqué de presse n° 144/16 »³⁴⁷, notamment

la circonstance que celle-ci, d'une part, fait référence au fait que l'« UE » et la République de Turquie « se sont entendues » sur certains points d'action complémentaire, « ont décidé » et « reconfirmé » certains aspects et, d'autre part, énonce des obligations spécifiques acceptées par chacune des parties, ce qui corroborerait l'existence d'un accord juridiquement contraignant³⁴⁸.

300. Dans l'ordonnance dans l'*Affaire T-257/16*, le défenseur de la personne migrante d'origine pakistanaise pousse le raisonnement encore plus loin, misant sur le fait que le contexte dans lequel la déclaration a été faite était propice à son application grâce à une contribution active de la part de la Commission européenne :

Par ailleurs, s'agissant des explications de la Commission relatives à l'existence d'un cadre législatif et réglementaire permettant déjà le financement des opérations de retour, lequel constituait un point d'action complémentaire visé dans la déclaration UE-Turquie, le requérant estime que cela suggère que ce qu'il qualifie d'« accord litigieux » a été conclu dans un contexte permettant sa mise en œuvre, ce qui renforcerait la capacité dudit « accord litigieux » à produire des effets juridiques³⁴⁹.

301. Les requérants, dans les trois ordonnances, arrivent à affirmer que la participation active de la Commission et du Conseil européen témoignerait que l'acte attaqué (l'« accord litigieux ») « revêt en réalité la nature d'un traité international »³⁵⁰. Ils prennent aussi en compte la qualité des membres du Conseil en tant qu'auteurs de l'acte. Les requérants font ensuite valoir que les États membres de l'Union auraient agi collectivement

³⁴⁷ TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16. Rec num, point 41.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Concernant le recours en annulation contre la Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016: CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NM contre Conseil européen*, affaire T-257/16, [non encore publié], point 40.

³⁵⁰ Ibid, point 39. Les ordonnances T-257/16 et T-193/16 indiquent que « l'emploi du terme anglais « agree » (qui signifierait « décidé ») permet de constater qu'il s'agit d'un accord destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ». CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NM contre Conseil européen*, affaire T-257/16, [non encore publié], point 31; CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NG contre Conseil européen*, affaire T-193/16 [non encore publié], point 30.

à l'intérieur de ladite institution et qu'ils n'auraient pas exercé de compétences nationales en dehors du cadre institutionnel de l'Union. Et, en dernier, ils remarquent un point fondamental concernant le droit dérivé, contestant la position avancée par le Conseil, à savoir que « les membres de cette institution ont, en l'espèce, agi en leur qualité de représentants de leurs gouvernements ou États, et »³⁵¹, qu'en même temps, « les États membres ont ainsi pu agir au nom de l'Union en la liant à un État tiers »³⁵² avec un accord qui « serait contraire aux normes prévues dans le droit dérivé de l'Union applicable en matière d'asile »³⁵³.

302. Le Tribunal, en revanche, accueille la totalité des arguments avancés par le Conseil. Les juges soulignent, notamment, l'importance du fait qu'aux deux réunions qui ont précédé la rencontre du 18 mars 2016, « qui ont eu lieu, respectivement, le 29 novembre 2015 et le 7 mars 2016, les représentants des États membres ont participé à ces réunions en leur qualité de chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'Union et pas en tant que membres du Conseil européen »³⁵⁴. De surcroît, une référence peut être faite aux deux communiqués de presse issus de ces rencontres, qui font mention, dès leurs intitulés, de la participation des acteurs en tant que représentants des États membres; les communiqués de presse sont respectivement intitulés « Réunion des chefs d'État ou de gouvernement de l'[Union] avec la [République de] Turquie, 29 [novembre] 2015 – Déclaration UE-Turquie » et « Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de l'[Union] ».

303. Ensuite, le Tribunal accueille aussi l'explication du Conseil, selon laquelle le fait que la première version du *Communiqué 144/16*, « dans sa version web fournie par le requérant », porte la mention « Affaires étrangères et relations internationales », laquelle se rapporte, en principe, aux travaux du Conseil européen. Ce « détail » aurait la nature d'une simple *erreur matérielle*, au vu du fait que la version PDF fournie par le Conseil utilise les termes « sommet international ». Une telle nomenclature renvoie en principe aux réunions

³⁵¹ TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16. Rec num, point 40.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ *Ibid*, point 49.

des chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'Union avec des représentants des États tiers.

304. Mais le plus grand exercice de funambulisme juridique présenté par les juges de Luxembourg est sans doute le passage dans lequel ils interprètent le terme « UE », utilisé dans la *Déclaration UE-Turquie*, « comme se référant aux chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'Union »³⁵⁵. Les raisons de cette approche interprétative sont à trouver dans « le contexte journalistique » dans lequel il faudrait encadrer le communiqué de presse 144/16. À cet égard, le Conseil européen a insisté sur la forme sous laquelle a été diffusée la *Déclaration UE-Turquie*, à savoir celle d'un communiqué de presse qui, par sa nature, ne servirait qu'un objectif informatif et n'aurait aucune valeur juridique.

3) *L'approche interprétative adoptée par la CJUE dans l'affaire N.F. c. Conseil européen*

305. L'avantage d'un travail de recherche tel qu'une thèse, c'est de pouvoir profiter d'une certaine distance intellectuelle par rapport aux événements de la vie quotidienne qui sont au cœur de l'objet d'étude. Le point d'observation du chercheur est, par sa nature différente et complémentaire à celui du praticien, le premier pouvant hausser l'horizon de la réflexion en faisant recours à des ressources théoriques auxquelles les juges et les praticiens sont souvent, par souci de pragmatisme, obligés de renoncer. Ceci est dû au fait que dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent donner réponse à des questions parfois extrêmement complexes et dans un laps de temps particulièrement restreint. Sur la validité des choix opérés au long des ordonnances par le Tribunal, il ne nous revient pas de nous prononcer. Cependant, concernant le dernier passage cité, à savoir l'interprétation du terme « UE » utilisé dans la déclaration du 18 mars 2016, une réflexion qui fait appel à la théorie du droit et, notamment, aux théories portant sur l'interprétation du droit, nous semble incontournable.

³⁵⁵ *Ibid.*, point 58.

306. Dans un guide récemment publié par la Chaire de rédaction juridique de la Faculté de droit de l'Université Laval, le professeur - puis juge à la Cour Suprême du Canada - Louis-Philippe Pigeon énumère et explique les principales méthodes d'interprétation juridique. Nous sommes conscients du fait que lesdits principes ne s'appliquent, à la rigueur, qu'aux textes de loi et que, dans le cas spécifique de la *Déclaration UE-Turquie*, au vu de sa nature incertaine -prétendument déclaratoire - il pourrait nous être reproché d'être en dehors du champ d'application directe de ces critères. Toutefois, pour une analyse juridique de l'approche interprétative utilisée par le Tribunal, il nous semble pertinent d'utiliser cet outil conceptuel.

307. Faisant référence aux catégories expliquées par le professeur Pigeon, nous pourrions cataloguer l'action interprétative de la Cour à mi-chemin entre une interprétation « historique/psychologique »³⁵⁶ et une interprétation « pragmatique »³⁵⁷. Sans vouloir trop nous éloigner de l'approche positiviste qui caractérise ce travail, il nous semble utile de revenir sur le concept du « sens commun du mot » que les juristes de droit naturel posent à la base de l'interprétation littérale :

L'interprétation selon le sens ordinaire des mots se rattache à la règle de l'interprétation littérale, par opposition à l'interprétation logique qui n'interviendrait qu'en cas d'erreur ou de silence de la loi. Elle nous fait rechercher le sens le plus naturel d'une loi selon le commun usage de la langue : c'est-à-dire, non seulement d'après les règles de la grammaire ou la manière dont les éléments du langage sont agencés, mais aussi d'après

³⁵⁶ Mélanie SAMSON et Catheryne BÉLANGER, « La méthode historique ou psychologique: L'originalisme, les arguments historiques », *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon* (21 décembre 2017), p. (sp). « La méthode historique ou psychologique suggère de donner à la disposition interprétée le sens correspondant à l'intention du législateur au moment de son adoption. La méthode est dite "psychologique" parce que l'interprète tente de recréer l'état d'esprit dans lequel la loi a été adoptée. Pour mettre en œuvre cette méthode, l'interprète s'intéresse au contexte entourant l'adoption de la loi, tant d'un point de vue sociohistorique que juridique ».

³⁵⁷ *Ibid.* « La méthode pragmatique s'intéresse aux conséquences de chacune des interprétations possibles de la loi. [...] L'objectif n'est pas tant de découvrir l'intention du législateur que d'apporter une solution appropriée au litige qui donne lieu à l'interprétation de la loi. »

l'ensemble des pratiques linguistiques habituelles et l'utilisation effective du langage par tous ceux qui l'emploient³⁵⁸.

308. Les « pères » de cette approche juridique s'expriment dans le même sens. Ainsi, dans *Le droit de la nature et des gens* de Pufendorf, au chapitre sur la manière d'interpréter les conventions et les lois, l'auteur suit, presque mot à mot, la méthode de Grotius :

à l'égard des paroles, il faut établir pour maxime; Que, tant qu'il n'y a point de conjecture suffisante qui oblige de les entendre dans un sens particulier on doit leur donner celui qui leur est propre, non selon l'analogie ou l'étymologie grammaticale, mais selon l'usage commun du peuple, qui est le maître absolu des langues³⁵⁹.

309. Il s'agit de notions élémentaires et universelles qui dépassent les choix méthodologiques concernant le cadre théorique (positivisme en opposition au droit naturel). Pour cette raison, nous y faisons référence afin de démontrer que, probablement, le Tribunal s'est courageusement éloigné de ces règles de base, sans suffisamment justifier une interprétation fortement penchée sur le contexte historique et psychologique présent au moment de la rédaction de l'acte attaqué, sous-estimant – sûrement – les conséquences pragmatiques que les arrêts de la Cour auraient pu avoir sur les relations externe de l'UE avec les pays tiers en matière d'asile et d'immigration.

310. La Cour de justice, avec son ordonnance du 12 septembre 2018, s'est aussi prononcée sur les pourvois introduits par les défenseurs de NF, NG et MN, contre l'ordonnance du Tribunal³⁶⁰. Les juges de deuxième instance, en vertu de l'article 181 du

³⁵⁸ Lucie LAUZIÈRE, « Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation », (1987) 28-2 *Les Cahiers de droit* 367, 371.

³⁵⁹ Samuel PUFENDORF et Jean BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, 2. éd., rev. augm. Considérablement, Amsterdam, Chez P. de Coup, 1712, p. 140, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=01-0479516>>.

³⁶⁰ CJUE, Ordonnance, 12 septembre 2018, *NF e.a. c Conseil européen*, affaires jointes C-208/17 P, C-209/17 P et C-210/17 P. Rec num, pourvois contre, respectivement, l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-192/16, l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-257/16 et l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-193/16.

règlement de procédure de la Cour, se sont limités à rejeter ledit pourvoi, car manifestement irrecevable. En appui à cette décision, ils ont fait référence à une jurisprudence consolidée³⁶¹, selon laquelle tout pourvoi « doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de la décision du Tribunal ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de façon spécifique cette demande sous peine d'irrecevabilité du pourvoi ou du moyen »³⁶². Les juges de Luxembourg ont aussi estimé que le pourvoi, formulé « de manière obscure et ambiguë »³⁶³, ne répondait pas aux exigences requises et ne permettait pas à la Cour « d'exercer son contrôle de la légalité »³⁶⁴.

311. Compte tenu du fait que ce jugement, s'arrêtant aux conditions formelles d'irrecevabilité, ne rajoute aucune considération juridique sur la légalité de l'ordonnance du Tribunal, nous remarquons que la question de la qualification juridique de la *Déclaration UE-Turquie* reste irrésolue. Il s'agit pourtant d'un nœud gordien qui alimente l'incertitude juridique, empêche toute protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux des migrants et qui continuera à faire couler beaucoup d'encre en doctrine³⁶⁵.

³⁶¹ CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. Num. point 61; CJUE, 14 décembre 2016, *SV Capital c. ABE*, C-577/15 P. Non publiée, point 69.

³⁶² CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num, 12.

³⁶³ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num point 13.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *Accord UE-Turquie : la honte de l'Europe*, 2017, en ligne : <<https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/accord-ue-turquie--la-honte-de-leurope>> (consulté le 9 mars 2018); AMNESTY INTERNATIONAL, *Grèce: a blue print for despair. Human rights impact of the EU-Turkey deal*, 2017, en ligne : <<https://www.amnesty.org/fr/documents/document/?indexNumber=eur25%2f5664%2f2017&language=en>> (consulté le 9 mars 2018); Henri LABAYLE et Bruycker OMNIA, « L'accord Union européenne - Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>> (consulté le 9 mars 2018); L'Agence des Nations Unies pour les RÉFUGIÉS, *Position du HCR sur l'accord UE-Turquie : Des garanties sur les procédures d'asile doivent prévaloir dans sa mise en oeuvre*, 18 mars 2018, en ligne : <<http://www.unhcr.org/fr/news/press/2016/3/56efa45ec/position-hcr-laccord-ue-turquie-garanties-procedures-dasile-doivent-prevaloir.html>> (consulté le 9 mars 2018); Emilio DE CAPITANI, « Is the

B. Analyse critique de la jurisprudence de la Cour de justice concernant la *Déclaration UE-Turquie* : une autre issue possible.

312. Dans le but de pousser le raisonnement juridique, et loin nous vouloir prêter à un exercice stérile de « jurisprudence-fiction », nous essayerons ici de présenter quelques leviers sur lesquels la Cour aurait pu s'appuyer pour parvenir à une lecture différente des moyens introduits dans les recours cités pour offrir ainsi une protection accrue des droits fondamentaux des migrants en condition irrégulière.

313. Une lecture attentive et une analyse tous azimuts de la chronologie des relations UE-Turquie permettent d'avancer l'hypothèse que la « déclaration » du 18 mars 2016 s'inscrit à plein titre dans la continuité des relations entre ces deux sujets de droit international. Notre démonstration, articulée en trois points, vise à montrer d'abord le rôle proactif de l'UE dans les phases précédentes à la signature de la Déclaration UE-Turquie (1), car, en effet, l'UE a commencé à exercer ses compétences externes dans le cadre des relations avec la Turquie bien avant la Déclaration, en établissant un plan d'action avec ce pays basé sur l'accord de réadmission de 2014. Ensuite, une lecture attentive de tous les documents encadrant les récentes relations UE-Turquie nous permettra d'identifier et mettre en exergue les éléments clarificateurs de la nature juridique de ladite Déclaration (2). Enfin, nous essayerons de faire la lumière sur la coexistence d'accords officiels liant l'UE et ses États membres avec la Turquie et le *non-accord* du 18 mars 2016 (Déclaration UE-Turquie) (3).

European Council responsible for the so-called “EU-Turkey Agreement” ? The issue is on the Court of Justice table... », *European Area of Freedom Security & Justice* (7 juin 2016), en ligne : <https://free-group.eu/2016/06/07/is-the-european-council-responsible-for-the-so-called-eu-turkey-agreement-the-issue-is-on-the-court-of-justice-table/> (consulté le 13 mars 2018); Catherine TEULE, « « Accord » UE-Turquie : le troc indigne », *Plein droit* 2017.114.23-26; Polly PALLISTER-WILKINS, « Humanitarian Rescue/Sovereign Capture and the Policing of Possible Responses to Violent Borders », (2017) 8 *Glob Policy* 19-24, DOI : 10.1111/1758-5899.12401.

1) *Le rôle proactif de l'UE dans la mise en œuvre du plan d'action UE- Turquie*

314. Un premier élément qui aurait pu être considéré par les juges dans une évaluation de fond du recours en annulation est l'existence et la portée du *Plan d'action commun UE-Turquie*.

315. Le 15 octobre 2015, la Commission européenne « a conclu un accord avec la Turquie sur un plan d'action commun visant à intensifier leur coopération en matière de gestion des migrations dans le cadre d'une action coordonnée pour faire face à la crise des réfugiés »³⁶⁶. Ce plan d'action définit une ligne de coopération entre l'UE et la République de Turquie dans le but de « répondre aux problèmes communs de manière concertée et de compléter les efforts déployés par la Turquie pour gérer le grand nombre de réfugiés qui ont besoin de protection sur son territoire »³⁶⁷.

316. En outre, dans le communiqué de presse du 24 novembre 2015, la Commission affirme que « l'Union européenne – les institutions et ses États membres – est résolue à renforcer son engagement politique auprès de la Turquie, en lui versant une aide financière substantielle, en accélérant la réalisation de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas et en relançant le processus d'adhésion avec la Turquie »³⁶⁸.

317. Lors de la réunion du Conseil européen du 15 octobre de la même année, les chefs d'État ou de gouvernement de 25 États membres de l'UE³⁶⁹ ont approuvé l'accord et ont accueilli avec satisfaction le *Plan d'action commun*. Ils ont aussi clarifié les modalités avec lesquelles l'UE, en tant que chef de file, aurait participé dans l'actuation du *Plan*

³⁶⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, COMMUNIQUÉ, *Coopération UE-Turquie: 3 milliards d'euros pour une facilité de soutien à la Turquie en faveur des réfugiés*, 24 novembre 2015, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6162_fr.pdf>.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Tous sauf : Croatie, Chypre et Grèce.

d'action en demandant aux États membres des contributions financières aux fonds multilatéraux de soutien aux réfugiés :

The implementation of the Action Plan will be jointly steered and overseen by the European Commission and the High Representative / Vice President and the Turkish government through the establishment of the EU-Turkey high-level working group on migration. [...]

[...] Today, the European Council set out the following further orientations:

[...] ask Member States to further contribute to the efforts made to support UNHCR, World Food Program and other agencies, as well as to support the EU's Regional Trust Fund responding to the Syrian crisis and the EU Trust Fund for Africa³⁷⁰.

2) *Des éléments clarificateurs de la nature juridique de la Déclaration UE-Turquie*

318. Dans la période de cinq mois, comprise entre l'adoption du *Plan d'action commun UE-Turquie* et la publication de la *Déclaration* du 18 mars 2016, les communications qui ont été publiées par la Commission européenne ont toutes été dans la direction de témoigner les avancées en cours des institutions et des États membres dans la mise en œuvre dudit plan. Cela témoigne du fait qu'il y avait effectivement un plan d'action, articulé en plusieurs étapes, et dont l'UE était un acteur de premier plan; il ne s'agissait donc pas d'une initiative menée séparément par les États membres pour endiguer les migrations irrégulières.

319. Le deuxième élément de contexte, qui pourrait contribuer à mieux qualifier la nature juridique de la *Déclaration UE-Turquie*, l'on retrouve dans le contenu d'une des communications qui ont suivi l'adoption du *Plan d'action commun UE-Turquie*, notamment le document COM (2016) 166 final³⁷¹.

³⁷⁰ European Commission - Fact Sheet, *EU-Turkey joint Action Plan*, Bruxelles 15 octobre 2015.

³⁷¹ Commission européenne, COM(2016) 166 final, du 16 mars 2016, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Prochaines étapes

320. Ce document, adopté par la Commission européenne, a une importance toute particulière, tout d’abord en ce qui concerne la date à laquelle il a été publié, soit deux jours à peine avant la *Déclaration* du 18 mars 2016. Ce texte représente, à notre avis, une confirmation limpide du fait que l’UE s’était approprié des positions proclamées avant même la *Déclaration*. Au point 2 de la communication COM (2016) 166 final, l’on retrouve énumérés les six principes visant à intensifier la coopération entre l’UE et la Turquie. Ce qui frappe particulièrement le lecteur est la totale ressemblance entre ces principes et les 9 points qui composent la *Déclaration* :

COM (2016) 166 final	<i>Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016</i>
(I ^{er} principe) Renvoyer tous les migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques.	(point1) Tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie.
(II ^{eme}) Procéder, pour chaque Syrien réadmis par la Turquie au départ des îles grecques, à la réinstallation d'un autre Syrien de la Turquie vers l'UE, dans le cadre des engagements existants	(point 2) Pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE en tenant compte des critères de vulnérabilité des Nations Unies.
(III ^{eme}) Accélérer la mise en œuvre de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas en vue de lever l'obligation de visa pour les citoyens turcs fin juin 2016 au plus tard.	(point 5) La concrétisation de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas sera accélérée à l'égard de l'ensemble des États membres participants afin que les obligations en matière de visa pour les citoyens turcs soient levées au plus tard à la fin du mois de juin 2016 [...].
(IV ^{eme}) Accélérer la mise à disposition des fonds de la facilité en faveur des réfugiés en Turquie	(point 6) L'UE, en étroite coopération avec la Turquie, accélérera encore le versement du montant de trois milliards d'euros initialement alloué au titre de la facilité en faveur des réfugiés en Turquie et assurera le financement d'autres projets en faveur de personnes bénéficiant d'une protection temporaire que la

opérationnelles de la coopération UE-Turquie dans le domaine de la migration, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0166&from=FR> (consulté le 8 mars 2018).

	Turquie aura rapidement contribué à densifier avant la fin mars.
(V ^{ème}) Se préparer au plus vite aux décisions à adopter en ce qui concerne l'ouverture des nouveaux chapitres des négociations d'adhésion, en s'appuyant sur les conclusions du Conseil européen d'octobre 2015	(point 8) L'UE et la Turquie ont confirmé une nouvelle fois leur volonté de relancer le processus d'adhésion conformément à leur déclaration conjointe du 29 novembre 2015. Elles se sont félicitées de l'ouverture du chapitre 17 le 14 décembre 2015 et ont décidé que la prochaine étape serait d'ouvrir le chapitre 33 au cours de la présidence néerlandaise.
(VI ^{ème}) Coopérer à l'amélioration de la situation humanitaire en Syrie	(point 9) L'UE et ses États membres collaboreront avec la Turquie dans le cadre de tout effort conjoint visant à améliorer les conditions humanitaires à l'intérieur de la Syrie, en particulier dans certaines zones proches de la frontière turque, ce qui permettrait à la population locale et aux réfugiés de vivre dans des zones plus sûres.

321. La coïncidence entre les principes énumérés dans la COM 2016 (166) final et les points contenus dans la *Déclaration* confirme l'implication des institutions européennes dans la phase de négociations et mine la crédibilité de la position affirmée par le Conseil en sa défense. Dans la procédure de l'*Affaire T-193/16*, en effet, il est clairement reporté qu'il n'y aurait eu aucune participation du Comité des représentants permanents (COREPER) dans la préparation du sommet du 18 mars 2016³⁷². En plus, la qualification de « sommet » pour cette réunion des chefs d'État ou de gouvernement avec leur homologue turc, ayant lieu dans les enceintes du Conseil à Bruxelles, reste très discutable. L'ordre du jour du Conseil européen, publié sur le site de cette institution, prévoyait en effet que les réunions

³⁷² CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NG contre Conseil européen*, affaire T-193/16 [non encore publié], point 31.

s'étaleraient sur les deux jours du 17 et du 18 mars 2016³⁷³. Une implication du COREPER dans la phase préparatoire nous semble incontournable.

322. Sous un autre angle, la COM (2016) 166 final nous fournit des informations précieuses concernant les modalités de financement de l'entente entre l'UE et la Turquie, et ce passage représente notre troisième moyen pour reconsidérer la qualification de la *Déclaration* comme acte de l'UE.

323. La communication citée indique les détails concernant la composition du montant de 3 milliards d'euros³⁷⁴ promis par le biais de la communication du 25 novembre 2015 de la Commission³⁷⁵. Au départ, la répartition des contributions prévoyait qu'un tiers du montant global devait être financé par le budget de l'UE et que la partie restante devait se financer grâce à des contributions des États membres. À l'heure actuelle, exception faite pour l'Allemagne, qui a participé de façon marquante au fonds pour la Turquie, les contributions des autres États membres ont été minimes. L'UE a versé 1,4 milliard (presque la moitié du montant global prévu initialement) pour financer les engagements pris avec la *Déclaration*, et les ressources qui composent ce montant proviennent, pour la plupart, de deux fonds spécifiques : le Fond fiduciaire régional de l'UE en réponse à la crise syrienne et l'Instrument d'aide de préadhésion (IAP). Ce dernier est un instrument destiné à financer l'adoption de réformes dans les pays candidats, ou candidats potentiels, à l'adhésion à l'UE et a été créé

³⁷³ Voir CONSEIL EUROPÉEN, *Provisional Agenda - European Council meeting*, EUCO 13/16 OJ/CO EUR 2, Bruxelles, le 15 mars 2016.

³⁷⁴ Auxquels ils devraient s'ajouter 3 autres milliards décaissés une fois dépensés les trois premiers.

³⁷⁵ Des communications plus récentes et des fiches publiées sur le site de la Commission européenne donnent les données mises à jour sur l'octroi des fonds. Voir COMMISSION EUROPÉENNE, *The EU Facility for Refugees in Turkey. Fact Sheet, 2019*, en ligne : <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/frit_factsheet.pdf> (consulté le 17 octobre 2019).

par le *Règlement IAP*³⁷⁶ et modifié par le *Règlement IAP II*³⁷⁷ et est entré en vigueur le 16 mars 2014³⁷⁸.

324. La question reste ouverte : si la *Déclaration*, tel qu'affirmé par le Tribunal, n'est pas un acte de l'UE, comment est-il possible qu'un simple « arrangement politique » entre États membres de l'UE et un État tiers ait pu engager directement des fonds du budget européen ?

³⁷⁶ CONSEIL EUROPÉEN, *Règlement (CE) n° 1085/2006 du Conseil du 17 juillet 2006 établissant un instrument d'aide de préadhésion (IAP)*, JO L 210/82, 31.07.2006.

³⁷⁷ UE, *Règlement (UE) 2014/231 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 instituant un instrument d'aide de préadhésion (IAP II)*, JO L 77/11, 15.03.2014.

³⁷⁸ Depuis janvier 2007, l'instrument d'aide de préadhésion (IAP) remplace une série de programmes et d'instruments financiers communautaires destinés aux pays candidats ou aux candidats potentiels à l'adhésion, à savoir les programmes PHARE, PHARE CBC, ISPA, SAPARD, CARDS, et l'instrument financier pour la Turquie.

3) *La « consecutio legis » entre l'accord de réadmission République hellénique-Turquie et l'accord de réadmission UE-Turquie face au non-droit de la Déclaration*

325. Depuis le 14 avril 2014, est en vigueur l'Accord de réadmission UE-Turquie, qui prévoit, à son article 4, l'engagement pour la Turquie à la « réadmission des ressortissants de pays tiers et apatrides »³⁷⁹. Cet engagement se réfère à « toute personne qui est entrée illégalement et directement sur le territoire des états membres après avoir séjourné sur, ou transité par, le territoire de la Turquie »³⁸⁰. Une obligation de la même portée est prévue pour l'UE à l'article 6 du même accord.

326. La pleine application de la partie de l'accord de réadmission entre l'UE et la Turquie concernant les ressortissants de pays tiers et les apatrides est prévue trois ans après la date d'entrée en vigueur initiale de l'accord, soit en avril 2017. Ceci explique la légitimité de l'accord de réadmission entre la République hellénique et la Turquie, individué comme base légale provisoire des engagements contenus dans la *Déclaration* du 18 mars 2016.

327. En effet, dans un passage très important de l'ordonnance dans l'*Affaire T-192/16*, les juges de la Cour font référence à la COM 2016 (166) final, en rappelant, de façon implicite, le lien existant entre le *Plan d'action commun UE-Turquie*, la *Déclaration* du 18 mars 2016, l'accord de réadmission entre la Grèce et la Turquie et l'accord de réadmission UE-Turquie :

selon cette communication [*COM 2016 (166) final*], des avancées avaient été récemment constatées en ce qui concernait la réadmission, par la République de Turquie, des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile n'ayant pas besoin d'une protection internationale dans le cadre de l'accord bilatéral de réadmission entre la République hellénique et la République de Turquie, lequel devait être remplacé, à partir

³⁷⁹ *Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier*, (2014) 7 mai 2014, JO L 134/3 (entré en vigueur: 1er décembre 2014), art 4.

³⁸⁰ *Ibid.*, art 4, para 1 c).

du 1er juin 2016, par l'accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (JO 2014, L 134, p. 3)³⁸¹.

328. La *consecutio legis* entre l'accord de réadmission République hellénique-Turquie et l'accord de réadmission UE-Turquie est confirmée sans équivoque à plusieurs niveaux. Tout d'abord, par le droit primaire de l'Union, la matière migratoire étant une compétence partagée et la possibilité pour l'UE de conclure accords de réadmissions avec des pays tiers étant expressément prévue par le TFUE à son article 79. De plus, l'article 21 de l'accord de réadmission UE-Turquie, intitulé « Relation avec les accords ou arrangements bilatéraux de réadmission des États membres », rappelle de manière explicite la primauté du droit de l'Union :

Sans préjudice de l'article 24, paragraphe 3, les dispositions du présent accord a la priorité sur les dispositions de tout instrument juridiquement contraint relatif à la réadmission des personnes en séjour irrégulier, conclu ou susceptible d'être conclu, en application de l'article 20, entre les différents États membres et la Turquie, dans la mesure où les dispositions de ces instruments sont incompatibles avec celles du présent accord³⁸².

329. Ceci montre clairement deux choses : premièrement, que le contenu de la *Déclaration* du 18 mars 2016 est pleinement conforme avec l'accord international qui lie l'UE et la Turquie en matière de réadmission – elle ne rajoute pas d'éléments nouveaux – et, en deuxième lieu, que l'accord bilatéral entre la Grèce et la Turquie ne serait qu'une base juridique « provisoire » permettant une entrée en vigueur *anticipée* des engagements déjà pris entre l'UE et la Turquie.

330. En plus, si cela n'était pas le cas, si donc la *Déclaration* n'était effectivement qu'un acte des États membres, à l'heure actuelle, après le mois d'avril 2017, elle aurait dû perdre toute effectivité en vertu de l'entrée en vigueur des articles 4 et 6 de l'accord de réadmission entre l'UE et la Turquie, tel que prescrit par le principe de la primauté du droit

³⁸¹ CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c Conseil européen*, affaire T-192/16 [non encore publié], point 6.

³⁸² *Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier*, (2014) 7 mai 2014, JO L 134/3 (entré en vigueur: 1er décembre 2014), art 21.

de l'Union et par le principe de collaboration loyale, cristallisés dans le droit primaire ainsi que par la lettre de l'article 21 dudit accord.

331. Les arguments mentionnés ci-dessus contribuent fortement à démontrer l'hypothèse avancée initialement, à savoir que la déclaration du 18 mars 2016 serait un acte de l'Union d'autant plus qu'elle s'inscrit à plein titre dans la continuité des relations entre ces deux sujets de droit international. Pourtant elle s'inscrirait pleinement dans le champ de compétence de la CJUE.

SECTION 2 : LES INITIATIVES DES PAYS MEMBRES DANS LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS « À L'ENTRÉE » : MENACES CONCRÈTES À LA COHÉRENCE DE L'ACTION EXTERNE DE L'UE QUI ÉCHAPPENT AU CONTRÔLE DE LA COUR DE JUSTICE

332. La pression migratoire des dernières années a montré les fragilités de la législation et de l'action politique de l'UE. Les pays les plus touchés par les arrivées de personnes migrantes ont essayé de combler ces vides par le biais de décisions parfois unilatérales, comme la fermeture des frontières, ou encore par la voie d'« accords » avec des pays voisins. Il s'agit d'ententes, entre les autorités de différents pays, qui ont un impact direct sur la répression « à l'entrée » des flux migratoires.

333. L'exemple des pays situés le long de la route des Balkans est fort intéressant. Ces pays, partageant les mêmes craintes des États membres face au phénomène migratoire, ont signé avec ces derniers des accords non conventionnels à l'extérieur du cadre de l'UE pour arrêter les flux. Nous montrerons, dans les paragraphes qui suivent, les limites du contrôle de la Cour de justice face à ces initiatives propres aux États membres, caractérisées par le recours à des formes atypiques d'ententes, qui empêchent *a priori* l'exercice de tout contrôle judiciaire prévu par les traités.

**§1. LES ENTENTES TECHNIQUES ENTRE SERVICES DE POLICE DES
ÉTATS MEMBRES ET DES ÉTATS TIERS : PRATIQUES CONCRÈTES
DE RÉPRESSION DES MIGRATIONS À L'ENTRÉE**

334. Les pays membres de l'UE, tel que nous l'avons montré dans les paragraphes précédents, jouissent d'une liberté assez large dans la conclusion d'accords avec des pays tiers en matière migratoire et de contrôle des frontières. Cette marge de manœuvre devient quasi-absolue dans le cas des accords non conventionnels, autrement dit des « ententes de travail » (« *working arrangements* ») ou encore des déclarations conjointes (*joint statements*).

335. À titre d'exemple nous analyserons l'entente technique, qui prend la forme d'une déclaration conjointe (*Joint Statement*) entre forces de police de l'Autriche, de la Slovénie, de la Serbie, de la République de Macédoine et de la Croatie signée à Zagreb³⁸³. L'accord en question a été publié le 18 février 2016, sous la forme d'une déclaration conjointe des chefs des services de police des cinq pays. Les quinze articles dont il est composé fixent des procédures partagées pour une gestion opérationnelle coordonnée des frontières, ayant par objectif d'arrêter les flux transitant par la route des Balkans occidentaux. L'Autriche a fortement encouragé l'initiative, en accord avec deux autres pays membres de l'UE (la Slovénie et la Croatie) et deux pays candidats à l'adhésion (la Serbie et l'ex-République de Macédoine). Malgré la forme « non conventionnelle », la portée juridique de ce texte est claire, car les services de police des cinq pays, avec le *Joint Statement* de Zagreb, ont créé de nouvelles règles, beaucoup plus « dures » et de difficile actuation pour les personnes qui tentent d'entrer dans ces territoires en demandant une protection internationale.

³⁸³ *Joint Statement of heads of polices forces meeting heads in Zagreb, Croatia, 18 février 2016, en ligne :*
https://www.mup.hr/UserDocsImages/topvijesti/2016/veljaca/migranti_sastanak/joint_statement.pdf

336. Il est opportun de préciser que ce texte, qui fait l'objet de notre regard critique, est un exemple parmi tant d'autres et il a été choisi, car il est l'un des plus récents et représentatifs actes de ce genre. Nous attarder sur la compatibilité et les points de conflit entre ce texte et le droit de l'Union est très pertinent dans ce travail consacré à l'action de la Cour de justice, car une bonne partie de la répression « à l'entrée » et de la criminalisation des migrations passe par des ententes de la même sorte. Ces actes, qui en dépit de leur nature administrative, dépassent la traditionnelle division des pouvoirs (A), ne sont guère compatibles avec le droit de l'UE (B).

A. Les ententes techniques : une pratique fondée sur une mauvaise application du principe de séparation des pouvoirs

337. Le principe à la base de telles ententes est qu'elles fixent des objectifs communs et des procédures partagées pour une gestion opérationnelle coordonnée de situations spécifiques, voire d'urgence. Dans la pratique, il s'agit d'accords entre autorités administratives (forces de police ou autorités préposées au contrôle des frontières) de différents pays. Plusieurs auteurs ont critiqué le choix d'utiliser les accords de travail (*working arrangements*), comme outil pour la répression des migrations irrégulières, notamment Melanie Fink, qui affirme :

[They] show considerable deficiencies from the perspectives of the rule of law, democracy and human rights protection. They are not open to judicial review, the Parliament is not involved in their conclusion and they are not disclosed to the public. Furthermore, the human rights record of cooperating authorities is not considered.³⁸⁴

338. Les efforts de ceux qui défendent la légitimité de ces instruments cherchent souvent à dissiper les inquiétudes à cet égard en soulignant le caractère « technique » des ententes de travail, par opposition à la nature « politique » des accords internationaux. Le mot « technique » deviendrait alors synonyme de « compétence », car les décisions et les

³⁸⁴ Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' » (2012) 28 Utrecht J Int Eur Law à la p 2.

initiatives sont prises directement par les organes (ministères, agences, départements, services) des pays respectifs, qui opèrent dans les champs où ces ententes interviennent. Dans ce cadre, les questions liées aux bases légales de la compétence et de la légitimation des parties à conclure des « accords » trouvent des réponses non convaincantes. La compétence (présumée) serait justifiée par la fonction exercée par les *parties signataires* (autorité de police, garde-frontières, etc.), et leur légitimation à conclure ces accords passerait par la nécessité de résoudre des questions jugées « trop spécifiques » pour être demandées au niveau politique. Cela en dépit des principes fondamentaux de l'État de droit de la séparation des pouvoirs et de la représentativité démocratique, notamment, car le seul pouvoir public légitimé par voie démocratique est le pouvoir politique.

339. De surcroît, la différence prétendue entre les caractères « technique » et « politique » serait, donc, à trouver dans l'approche dangereuse selon laquelle seules les décisions politiques sont porteuses de choix de valeurs, alors que les solutions techniques sont purement inspirées par le pragmatisme. Se limiter à un tel argument équivaudrait à admettre le postulat que toute relation « purement technique »³⁸⁵ ne pourrait pas affecter les droits fondamentaux des individus.

B. La compatibilité des ententes techniques pour la répression des migrations avec le droit de l'UE

340. Le droit de l'UE, tout en ayant acquis sa spécificité dans un contexte régional précis, continue à être encadré par la plus ample catégorie du droit international. Les principes et les normes conventionnelles fréquemment citées dans la jurisprudence de la CJUE en sont une preuve incontournable. Voici donc quelques réflexions sur la compatibilité entre le *Joint Statement* du 18 février 2016³⁸⁶ et le droit international. Sur le plan du droit

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ *Joint Statement of heads of police forces meeting heads in Zagreb, Croatia, 18 février 2016, en ligne :*

international, la déclaration conjointe des forces de police des pays des Balkans occidentaux se pose en contraste évident avec la *Convention de Genève sur le statut de réfugié* et son protocole de 1967. Tout d'abord, le texte du *Joint statement* prévoit, à son article 6, la limitation de la protection internationale aux seules personnes qui fuient la guerre (« *arriving from war-torn area* »), sans mentionner la persécution, « qui constitue pourtant un élément clé de la reconnaissance du statut de réfugié en vertu de la *Convention de 1951*, de son *Protocole de 1967* et d'autres dispositions du droit international relatives à cette question »³⁸⁷. De plus, à l'article 7, sont expressément invalidés un certain nombre d'autres motifs, légitimes en vertu du droit international des droits de l'Homme, pouvant permettre à une personne d'entrer sur le territoire d'un autre État; c'est le cas, par exemple, de la réunification familiale.

341. Sous l'angle de la compatibilité avec le droit de l'UE, cette entente se pose manifestement en contradiction avec plusieurs principes du droit de l'Union, ainsi qu'avec des dispositions spécifiques de la législation UE en matière d'asile et de protection internationale. Tout d'abord, le *Joint Statement* en question prévoit l'introduction d'un formulaire que les personnes migrantes doivent obligatoirement remplir en Macédoine, en tant que premier pays d'entrée (notamment pour les flux transitant par la Grèce). Sur la base des nombreuses informations personnelles fournies et des données biométriques recueillies par les forces de police frontalières, les autorités des cinq pays opèrent une première sélection. Le risque, souligné aussi par le Haut-Commissaire aux droits de l'Homme, est l'important « profilage » des personnes migrantes. Ensuite, certaines dispositions de

https://www.mup.hr/UserDocsImages/topvijesti/2016/veljaca/migranti_sastanak/joint_statement.pdf

³⁸⁷ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Europe / migration: Un accord entre les polices de cinq pays aggrave la crise et met en danger les migrants vulnérables - Zeid Ra'ad Al Hussein*, 25 février 2016, en ligne : <https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17091&LangID=F> (consulté le 18 novembre 2017).

l'entente contreviennent aux articles 4, paragraphe 5 de la *Directive 95/2011*³⁸⁸ et 10, paragraphe 3 de la *Directive « procédure » 32/2013*³⁸⁹, car l'examen des demandes d'asile ainsi que l'évaluation des circonstances qui légitiment une protection internationale sont alourdis par des contraintes supplémentaires par rapport aux standards de l'espace Schengen.

The parties to this Statement have established additional common criteria which are to be verified in the course of the registration in the following manner:

- The authenticity of statements and documents;
- The circumstances in which the person left the country of origin (for example fleeing war is a valid reason for admission, while family reunification, studying, improving of living conditions, avoiding recruitment and military obligation and personal

³⁸⁸ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337, art 4, para 5. « Lorsque les États membres appliquent le principe selon lequel il appartient au demandeur d'étayer sa demande, et lorsque certains aspects des déclarations du demandeur ne sont pas étayés par des preuves documentaires ou autres, ces aspects ne nécessitent pas confirmation lorsque les conditions suivantes sont remplies: a) le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande; b) tous les éléments pertinents à la disposition du demandeur ont été présentés et une explication satisfaisante a été fournie quant à l'absence d'autres éléments probants; c) les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles et elles ne sont pas contredites par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande; d) le demandeur a présenté sa demande de protection internationale dès que possible, à moins qu'il puisse avancer de bonnes raisons pour ne pas l'avoir fait; et e) la crédibilité générale du demandeur a pu être établie. »

³⁸⁹ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60, art 10, para 3. « Les États membres font en sorte que les décisions sur les demandes de protection internationale soient prises par l'autorité responsable de la détermination à l'issue d'un examen approprié. À cet effet, les États membres veillent à ce que: a) les demandes soient examinées et les décisions soient prises individuellement, objectivement et impartialement; b) des informations précises et actualisées soient obtenues auprès de différentes sources, telles que le BEAA et le HCR ainsi que les organisations internationales compétentes en matière de droits de l'homme, sur la situation générale existant dans les pays d'origine des demandeurs et, le cas échéant, dans les pays par lesquels les demandeurs ont transité, et à ce que le personnel chargé d'examiner les demandes et de prendre les décisions ait accès à ces informations; c) le personnel chargé d'examiner les demandes et de prendre les décisions connaisse les normes applicables en matière d'asile et de droit des réfugiés; d) le personnel chargé d'examiner les demandes et de prendre les décisions ait la possibilité de demander conseil à des experts, le cas échéant, sur des matières particulières comme les questions médicales, culturelles, religieuses, ou celles liées aux enfants ou au genre ».

disputes are not considered as valid reasons for applying for international protection);

- Longer residence in a safe third country could not be considered as valid reason for international protection (for example Afghan national who resided for a longer time in Turkey or Iran)³⁹⁰.

342. Les critères qui, selon la législation de l'UE, sont alternatifs ou à pondérer avec une certaine marge de discrétion, sont ici strictement imposés de façon cumulative. Pour accéder à l'une des formes de protection internationale, selon l'article 6 du *Joint Statement*, la personne migrante doit : 1) provenir d'un pays en guerre; 2) fournir les éléments nécessaires à démontrer l'authenticité de ses documents; 3) fournir aux autorités toutes les preuves nécessaires à justifier sa demande; 4) être en possession du formulaire d'enregistrement des autorités macédoniennes. Le fait qu'une personne possède tous les documents particuliers requis est considéré, dans ce cadre, une *condicio sine qua non* pour qu'elle puisse avoir accès au statut de réfugié, alors qu'« il existe un certain nombre de raisons pour lesquelles un réfugié peut être contraint de fuir son pays sans document valide de voyage. L'absence d'un tel document ne devrait jamais être une raison pour refuser l'accès à une procédure d'asile »³⁹¹.

343. La violation, par les pays membres de l'Union, notamment l'Autriche, la Croatie et la Slovénie, des articles 3 de la *Directive 95/2011* et 5 de la *Directive 32/2013* est aussi évidente. Les normes citées laissent la possibilité aux pays membres d'adopter des normes dérogatoires au droit UE, à condition qu'il s'agisse de normes « plus favorables ».

³⁹⁰ *Joint Statement of heads of police forces meeting heads in Zagreb, Croatia, 18 février 2018*, en ligne : https://www.mup.hr/UserDocsImages/topvijesti/2016/veljaca/migranti_sastanak/joint_statement.pdf (consulté le 23 juin 2018), art 7.

³⁹¹ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Europe / migration: Un accord entre les polices de cinq pays aggrave la crise et met en danger les migrants vulnérables - Zeid Ra'ad Al Hussein, 25 février 2016*, en ligne : <https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17091&LangID=F> (consulté le 18 novembre 2017).

344. En vertu de l'équilibre particulièrement fragile sur lequel s'appuie le partage de compétence entre l'Union et ses États membres en matière migratoire, nous sommes conscients que l'application du principe de subsidiarité³⁹² est assez « mitigée » dans ce cadre. Toutefois, un autre principe pourrait trouver, ici, sa pleine application : le principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3 du TUE). Selon la définition classique, le principe de coopération loyale « impose aux États membres l'obligation de se mettre au service des objectifs de l'UE et implique en même temps que l'UE soit une Union d'États qui préservent leur autonomie »³⁹³.

345. L'article 4 du TUE souligne aussi l'importance pour les États membres d'éviter toute action qui empêcherait la réalisation des objectifs de l'Union, notamment l'alinéa 3 du paragraphe 3 précise que « [L]es États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »³⁹⁴

346. Or, en appliquant une politique d'asile et d'immigration conforme aux principes du droit international et, plus spécifiquement, du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'Homme, tels que codifiés dans sa *Charte des droits fondamentaux*, l'UE, sans négliger les finalités sécuritaires du contrôle de ses frontières extérieures, poursuit aussi l'objectif de la protection des droits fondamentaux des personnes

³⁹² Le principe de subsidiarité est prévu par l'article 5, par 3 du TUE et du protocole n. 2 sur l'application des principes de proportionnalité et subsidiarité.

³⁹³ Eleftheria NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2012.556, 1, en ligne : <<http://orbilu.uni.lu/handle/10993/13442>> (consulté le 15 juin 2018). « Autour de la recherche de l'équilibre entre prérogatives des Etats membres et réalisation des objectifs des l'Union, le principe de coopération loyale conduit à l'identification de l'Union sur le plan international comme un acteur autonome et efficace, et à la cristallisation des éléments essentiels de son identité en tant qu'ordre juridique autonome. ». Sur le principe de coopération loyale voir aussi, Marcus Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, coll *Oxford Studies in European Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2014 à la p 330 et Federico CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, SSRN Scholarly Paper, ID 2823029, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2014, p. 93, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2823029>> (consulté le 20 juin 2018).

³⁹⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2012), JO, C 326, art 4, para 3 § 3.

migrantes. L'imposition de mesures comme celles prévues par le *Joint Statement*, signé par les chefs de polices des pays des Balkans, dont trois des cinq pays signataires sont aussi membres de l'UE, représente une mise en danger de l'un des objectifs de l'Union.

347. Le Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, Zeid Ra'ad Al Hussein, a très clairement manifesté ses inquiétudes par rapport à cette pratique dangereuse, en février 2016, lors de la signature de l'accord (*joint statement*) entre les forces de police d'Autriche, de Croatie, de Slovénie, de Serbie, et de l'ex-République yougoslave de Macédoine, pour la fermeture de la route des Balkans. Le Haut-Commissaire avait alors fermement dénoncé l'utilisation de ces accords non conventionnels, comme outil en réponse à la crise migratoire³⁹⁵.

348. Dans les faits, les frontières de l'ex-République de Macédoine, sont devenues, en vertu de cet accord et après celles de la Grèce, de véritables impasses où les personnes migrantes se retrouvent bloquées et obligées à créer des camps temporaires qui revêtent souvent la dénomination de « jungles ». Dans ces jungles « souvent à l'écart, souvent cachées »³⁹⁶, la solidarité peine encore à pallier les conditions de survie désastreuses³⁹⁷. Les politiques anti-immigration se servent d'ailleurs des conditions désastreuses de ces lieux de frontière à des fins de « prévention générale », espérant – en vain – qu'elles puissent générer un effet dissuasif.

³⁹⁵ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Europe / migration: Un accord entre les polices de cinq pays aggrave la crise et met en danger les migrants vulnérables - Zeid Ra'ad Al Hussein, 25 février 2016, en ligne* : <https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17091&LangID=F> (consulté le 18 novembre 2017). « Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Zeid Ra'ad Al Hussein, a fait part jeudi de sa grave préoccupation face aux mesures de sécurité adoptées lors d'une récente réunion organisée entre les chefs de police de cinq pays européens Ces mesures, dont l'impact négatif sur les droits de l'homme des réfugiés et migrants se fait déjà sentir dans le sud et le centre de l'Europe, exacerbent la situation déjà exceptionnellement difficile en Grèce ».

³⁹⁶ Philippe Wannesson, « Une Europe des jungles » [2015] 104 *Plein Droit* 18-21.

³⁹⁷ Morgane Dujmovic, « Balkans, du corridor au cul-de-sac » [2016] 111 *Plein Droit* 23-26.

349. L'Autriche promeut depuis plusieurs années une politique migratoire restrictive dans la région³⁹⁸. Un exemple assez éloquent du rôle de « coordination » des initiatives de renforcement des contrôles aux frontières dans la région des Balkans joué par l'Autriche est la communication du Secrétariat général du Conseil, qui reporte en annexe la déclaration du sommet de Vienne du 24 février 2016 : « *Managing Migration Together* ». Dans ce document, rendu officiel, l'approche utilisée dans le traitement des demandes de protection internationale est clairement marquée à son point 6 :

Migrants and applicants for asylum must follow the rules of national and EU legislation and should be aware of the consequences in case of non-compliance. The principle of « non-compliance-no rights » should be communicated and applied »³⁹⁹.

350. Dans l'expression lapidaire : « pas de respect des formalités – pas de droits », est synthétisé le choix formaliste de subordonner l'existence et la reconnaissance de droits fondamentaux, comme le droit à l'asile ou le droit à une protection internationale, à la possession de formulaires ou de documents d'identité de la part des personnes migrantes. Même pour ceux qui fuient des situations de conflit ou de danger, le respect des procédures formelles (« *compliance* ») est le seul critère analysé. Aucune circonstance factuelle pouvant prouver l'exposition à des persécutions ou à des menaces graves pour la sécurité n'est prise en compte. Sur la légalité et la compatibilité d'une telle déclaration avec les principes qui régissent l'État de droit et avec la protection des droits fondamentaux en droits international, européen et constitutionnel, nous pouvons sérieusement nous questionner.

³⁹⁸ CONSEIL EUROPÉEN, *Note from General Secretariat of the Council to Delegations - Conference « Managing Migration Together », Vienna, 24 February 2016*, 6481/16, Bruxelles, le 25 février 2016, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6481-2016-INIT/en/pdf>>.

³⁹⁹ *Ibid.*, point 6.

§2. LE CONTRÔLE DE LA CJUE SUR LE *JOINT STATEMENT* ENTRE FORCES DE POLICE DE L'AUTRICHE ET DES PAYS DES BALKANS

351. Le *Joint statement* signé en 2016⁴⁰⁰, crée *de facto* des normes spécifiques qui échappent au contrôle de la Cour de justice. Les obstacles qui empêchent une action efficace de la CJUE ont à la fois une nature externe au droit de l'UE⁴⁰¹ et propres à l'architecture interne du droit primaire et des principes généraux du droit de l'UE. Sur ce dernier angle, nous allons ici illustrer les obstacles au contrôle de la CJUE face aux ententes techniques telles que le *joint statement* entre forces de polices des Balkans (A), pour envisager – suite à une analyse de la jurisprudence de la CJUE – les possibilités concrètes de dépassement de ces entraves (B).

A. Les entraves au contrôle de la CJUE sur le *joint statement* entre forces de police de l'Autriche et des pays des Balkans

352. Une lecture systématique de l'article 4, paragraphe 3 du TUE, impose de prendre en considération aussi la « clause de non-contradiction » prévue à l'article 351 du TFUE⁴⁰².

⁴⁰⁰ *Joint Statement of heads of polices forces meeting heads in Zagreb, Croatia*, 18 février 2016, en ligne : https://www.mup.hr/UserDocsImages/topvijesti/2016/veljaca/migranti_sastanak/joint_statement.pdf

⁴⁰¹ Ici nous faisons référence à la nature politique des ententes technique, car l'architecture sur laquelle est fondé tout contrôle judiciaire typique d'un État de droit se base sur le fait que la production des normes est l'émanation du pouvoir législatif.

⁴⁰² Nous faisons, ici, référence aux deux premiers paragraphes de l'article 351 TFUE : *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326, art 351, paras 1, 2. « Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités.

353. La jurisprudence de la CJUE⁴⁰³ a clarifié à plusieurs reprises que, sur le plan international, le droit de l'Union représente un « *res inter alios acta* »⁴⁰⁴ pour les pays tiers. Ce même Juge a ainsi souligné l'importance d'éviter que le droit issu des traités européens puisse empêcher les pays membres de respecter les engagements pris avant leur entrée dans l'Union. Cependant, dans une phase plus récente, la jurisprudence de la CJUE a proposé une relecture du principe de non-contradiction, notamment dans ses décisions sur la compatibilité entre les disciplines en matière de libre circulation des capitaux et les accords bilatéraux d'investissement conclus par les États membres.

354. La Cour de justice a donc dégagé de la clause de « non-contradiction » une véritable obligation positive pour les États membres de mettre en œuvre « tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées entre les conventions conclues antérieurement à leur adhésion et le droit [de l'UE] »⁴⁰⁵. La clause de non-contradiction consiste alors en l'engagement à privilégier les obligations de résultat que les traités (TFUE

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune ».

⁴⁰³ Entres autres, CJCE, 18 novembre 2003, *Budějovický Budvar, národní podnik c Rudolf Ammersin GmbH*, affaire C-216/01, [2003] Rec CE.I-13617. Sur ce point voir aussi Pietro MANZINI, « The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law », *European journal of international law* 2001.781 ss.

⁴⁰⁴ Federico CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, SSRN Scholarly Paper, ID 2823029, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2014, p. 7, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2823029>> (consulté le 20 juin 2018).

⁴⁰⁵ CJCE, 3 mars 2009, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, affaire C-205/06, [2009] Rec CE.I-01301, point 34. « L'article 307, deuxième alinéa, CE [aujourd'hui 351 TFUE] oblige les États membres à recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées entre les conventions conclues antérieurement à leur adhésion et le droit communautaire. Selon cette disposition, en cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune. ».

et TUE) imposent aux États membres⁴⁰⁶. Ce principe a été largement consolidé dans la jurisprudence européenne, à partir de la décision dans l'*Affaire Open Skies* :

L'article 5 du traité CE [aujourd'hui article 4 TUE] impose aux États membres de faciliter à la Communauté l'accomplissement de sa mission et de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité.

Dans le domaine des relations extérieures, la Cour a jugé que la mission de la Communauté et les buts du traité seraient compromis si les États membres pouvaient conclure des engagements internationaux contenant des règles susceptibles d'affecter des règles adoptées par la Communauté ou d'en altérer la portée⁴⁰⁷.

355. À la lumière des éléments que nous venons d'analyser, la relation entre les obligations que les États membres peuvent maintenir ou contracter avec des sujets de droit international tiers par rapport à l'Union ne doit jamais entrer en conflit avec les obligations issues des traités. Ce principe, désormais consolidé par la jurisprudence de la Cour en matière d'accords sur la libre circulation des capitaux, devrait s'appliquer de façon tout aussi efficace en matière de protection des droits de la personne inscrits dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (CDFUE). Si une telle extension du principe avait pu soulever quelques perplexités avant 2009, le *Traité de Lisbonne* a, en ce sens, éliminé tout doute en élevant la *Charte* au rang de droit primaire de l'UE.

356. Toutefois, le paradigme que nous venons d'identifier trouve une application mitigée dans l'espace de liberté, sécurité et justice, notamment en référence aux accords en matière migratoire conclus par les États membres et par l'Union. Le principal facteur qui vient mitiger ce paradigme est le *Protocole (n. 23) du TFUE*. Ce protocole prévoit une discipline spécifique qui règle le principe du *treaty-making power* pour les États membres en matière de franchissement des frontières externes.

⁴⁰⁶ Sur ce point voir aussi Federico CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, SSRN Scholarly Paper, ID 2823029, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2014, p. 7-8, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2823029>> (consulté le 20 juin 2018).

⁴⁰⁷ CJCE, 5 novembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, affaire C-471/98, [2002] Rec CE.I-09681, points 124-125; dans le même passage, la Cour fait aussi référence à la jurisprudence CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes*, affaire 22-70, [1971] Rec CE.00263.

Les dispositions sur les mesures relatives au franchissement des frontières extérieures prévues à l'article 77, paragraphe 2), point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne préjugent pas la compétence des États membres de négocier ou de conclure des accords avec des pays tiers, pour autant que lesdits accords respectent le droit de l'Union et les autres accords internationaux pertinents⁴⁰⁸.

357. Il s'agit d'une disposition qui complète le texte des traités dans le sens d'exclure que l'Union puisse imposer sa compétence exclusive face aux fonctions régaliennes de l'État, comme le maintien de l'ordre public et de la sécurité nationale⁴⁰⁹. De plus, cette norme semblerait octroyer aux pays membres une véritable « autorisation » à conclure des accords en matière de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), même en présence d'accords de l'UE dans la même matière, arrivant, en partie, à reconsidérer l'application du principe de coopération loyale, dont nous avons parlé plus haut en faisant référence à la jurisprudence *Open Skies*. Néanmoins des limites persistent, notamment quant au respect du droit de l'UE. Dans le cas du *Joint Statement* entre pays des Balkans, nous avons clairement montré les manquements aux droits de l'Union que ce texte provoque. De surcroît, si, en principe, une déclaration conjointe entre forces de polices de plusieurs États - européens et tiers - dans ladite matière n'est pas à exclure, le problème se pose lorsque son contenu est en conflit avec le droit primaire ou dérivé de l'UE.

358. Nous pouvons parvenir à la conclusion que, dans le cas d'un traité international ou d'un acte législatif traditionnel (accord), qui auraient la même portée juridique que le *Joint Statement* en question, l'État ou les États membres contractants pourraient voir plus facilement attaqués ce genre d'actes devant la Cour de justice par la

⁴⁰⁸ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO, C 326, 2012 [TFUE], *Protocole (no 23) sur les relations extérieures des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures*.

⁴⁰⁹ En ce sens, voir « *Compatibilité avec le droit communautaire originaire des accords bilatéraux conclus par les États membres avant leur adhésion à l'Union. - Commentaire par Denys SIMON - Europe* » à la p.9, en ligne : <http://www.enseignants.lexisnexis.fr/droit-document/article/europe/05-2009/177_PS_EUR_EUR0905CM00177.htm#.Wy6dt6dKjZs> (consulté le 23 juin 2018); Klamert MARCUS, *The Principle of Loyalty in EU Law*, coll. Oxford Studies in European Law, Oxford, New York, Oxford University Press, 2014, p. 330; Federico CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2014, p. 10.

Commission (article 258 du TFUE) – ou, plus difficilement, par un autre État membre (article 259 TFUE) –, selon la procédure du recours en manquement.

359. En vertu de l'article 258 du *TFUE*, la Commission, en tant que gardienne des traités, peut poursuivre en justice un État membre qui manque aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union, après avoir épuisé la phase administrative (dite « procédure d'infraction »).

360. Dans les faits, l'action de la Cour de justice est limitée par la nature même des dispositions de la déclaration conjointe. Il s'agit d'un acte administratif, de portée internationale et avec des effets juridiques contraignants ayant un impact direct et négatif sur les droits fondamentaux des personnes migrantes. Cependant, ces ententes non conventionnelles restent souvent secrètes et, jusqu'à présent, la Cour de justice n'a jamais pu se prononcer sur ce genre d'actes.

361. Toutefois, selon une jurisprudence consolidée, tout acte ou comportement mis en cause, pouvant consister en « des actes de portée générale ou individuelle, de force obligatoire ou non, pris par les autorités publiques de toute nature, mais aussi des pratiques présentant un certain degré de constance et de généralité »⁴¹⁰ est imputable aux États membres. Ces actes pourront consister aussi en l'adoption ou en le maintien d'une mesure contraire au droit de l'UE, telle que le *Joint Statement* en question. Il s'agira donc de « comportements mis en cause consistant en des carences au regard d'obligations de faire ou de ne pas faire »⁴¹¹ issues du droit de l'UE.

⁴¹⁰ CJCE, 10 septembre 2009, *Commission des Communautés européennes c République hellénique*, affaire C-416/07, [2009] Rec CE.I-07883, point 24; CJCE, 12 mai 2005, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, affaire C-278/03, [2005] Rec CE.I-03747, point 13; CJCE, 26 avril 2007, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, affaire C-135/05, [2007] Rec CE.I-03475, point 21.

⁴¹¹ Fabrice PICOD et Azédine LAMAMRA, *La Pratique du contentieux européen. Recours judiciaires et visite à la CJUE*, ERA, Academie de droit européen, 2016, p. 64.

B. Vers un possible dépassement des limites à l'action de la CJUE via l'application du principe de « non-contradiction »

362. Dans le cas du *joint statement* entre forces de police de pays des Balkans, les mesures dérogatoires au droit d'asile, introduites par la déclaration du 18 février 2016, créent des droits et des obligations : « en pratique, la coopération non conventionnelle avec les pays des Balkans a bel et bien contribué à fermer la route turco-grecque, en particulier au moyen de refoulements en chaîne et du blocage de dizaines de milliers de personnes en transit »⁴¹².

363. Lesdites mesures dérogatoires, tout en étant vivement critiquées par les médias et certains juristes, ont pourtant été confirmées par une autre communication publiée le 24 février 2016 à l'issue d'une conférence intitulée « *Managing Migration Together* »⁴¹³, qui a réuni à Vienne les ministres des Affaires étrangères et de l'Intérieur de Croatie, de Slovénie et d'Autriche d'une part, et de six pays des Balkans occidentaux, d'autre part. De vagues formules, dans la déclaration, assurent du respect du droit de l'UE et de la *Convention de Genève*, sans expliciter comment les mesures dérogatoires prévues s'articulent concrètement avec les normes de protection des droits fondamentaux⁴¹⁴.

364. En vertu de tous les éléments que nous venons d'exposer et compte tenu des lourdes conséquences en termes de compression des droits fondamentaux des migrants qui découlent de l'application du *Joint Statement*, il nous semblerait envisageable un contrôle de la CJUE aussi sur ces formes *non conventionnelles* d'actes de répression des migrations irrégulières.

⁴¹² Louis Imbert, « La coopération sans le(s) droit(s) : le foisonnement des accords « injusticiables » avec les pays tiers » [2017] 114 *Plein Droit* 45-48 aux pp 45-48.

⁴¹³ Pour le texte en anglais de la conférence, voir CONSEIL EUROPÉEN, *Note from General Secretariat of the Council to Delegations - Conference « Managing Migration Together », Vienna, 24 February 2016*, 6481/16, Bruxelles, le 25 février 2016, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6481-2016-INIT/en/pdf>>.

⁴¹⁴ Imbert, *supra* note 167 aux pp 45-48.

365. Les limites à ce contrôle juridictionnel semblent persister à l'heure actuelle, pour deux raisons apparemment incontournables. La première consiste en la nature « technique » des dispositions des déclarations conjointes. Ces actes adoptés par des autorités administratives contournent le contrôle des parlements nationaux et n'intègrent pas les garanties prévues dans le processus législatif ordinaire dans tout État de droit. Deuxièmement, la précarisation du principe de séparation des pouvoirs représente, aussi, un grand obstacle au contrôle juridictionnel de la Cour. Ce dernier aspect est confirmé par le manque de publicité de ces actes, que naissent par une volonté politique de l'exécutif de recoudre une situation concrète, en dépit de leur impact sur les droits fondamentaux des personnes migrantes qui les subissent. Les conséquences du non-respect du principe de séparation des pouvoirs sont un élément en commun avec les mécanismes de négociation et de conclusion des accords avec les pays tiers pour la réadmission des ressortissants irréguliers. Pour souci d'harmonisation, ce point sera donc traité plus amplement dans le titre 2, lorsque nous analyserons les accords de réadmission, dans la perspective de la répression des migrations « à la sortie »⁴¹⁵.

366. Concernant la première justification du manque – présumé – de compétence de la Cour à connaître de la compatibilité des accords informels avec le droit de l'Union, la solution proposée est celle d'étendre l'application des principes de loyale collaboration et de non-contradiction aussi au respect des droits fondamentaux auxquels les États européens sont tenus, même dans leurs relations avec des pays tiers. Le contrôle juridictionnel des juges de Luxembourg visera donc à vérifier la compatibilité des obligations contractées par les États membres par le biais des accords non conventionnels (déclarations conjointes, entente de travail, mémorandum d'entente, etc.) avec les obligations de résultat issues des traités.

415 Un dernier élément reste pour l'instant en dehors de notre analyse, il s'agit de la qualification d'un pays d'origine ou de transit, comme pays « tiers sûr ». C'est un élément présent dans le joint statement du 18 février 2018 qui représente une criticité partagée avec les accords de readmission avec des pays tiers. Sur ce point, comme pour la légitimité d'une administration à engager la responsabilité de l'État, nous renvoyons au Chapitre 2 du Titre II du présent ouvrage.

SECTION 3 : LE RÔLE DES AGENCES DANS LE CONTRÔLE ET LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES AVANT L'ENTRÉE

367. Les agences oeuvrant dans les domaines de l'immigration, de l'asile et du contrôle des frontières jouent un rôle fondamental dans la mise en œuvre de l'action extérieure de l'UE. L'action de ces sujets de droit public international, auxquels est demandée l'externalisation du contrôle migratoire de l'UE, est souvent orientée dans le sens de la répression des migrations. Néanmoins, les zones grises qui entourent l'encadrement juridique des mandats confiés aux différentes agences représentent des obstacles concrets à l'action de la CJUE.

368. La Direction générale (DG) pour la Migration et les Affaires intérieures a, au fil du temps et notamment après le Traité de Lisbonne, progressivement délégué ses pouvoirs d'exécution à des agences spécialisées, dont certaines oeuvrent dans le domaine du contrôle des frontières, de l'asile et de la gestion des flux migratoires. Dans la présente section, après avoir illustré brièvement l'ensemble des agences qui oeuvrent dans le domaine migratoire (§1.) à partir de mandats différents, nous nous concentrerons sur l'action de l'agence Frontex (§2.) qui occupe une place prédominante dans la répression des migrations irrégulières.

§1. LES AGENCES RATTACHÉES À LA DG MIGRATION ET AFFAIRE INTÉRIEURES ET LEUR RÔLE DANS L'EXTERNALISATION DU CONTRÔLE MIGRATOIRE

369. Dans les dernières années, l'UE a mis en place plusieurs agences décentralisées pour mener des actions spécifiques en matière légale, technique ou scientifique. Ces agences de l'UE, rentrant dans la catégorie des agences de régulation, ont la caractéristique d'être indépendantes et ont leur propre personnalité juridique. Elles apportent

une valeur ajoutée en facilitant la mise en œuvre des politiques de l'Union par le biais du renforcement du dialogue et du partage des informations et des compétences. Les agences offrent également un soutien pratique aux États membres et aux institutions de l'UE et ouvrent sous la direction de différentes directions générales de la Commission, dépendamment du domaine d'activité.

370. Sous le contrôle de la DG-HOME, il y a actuellement les agences suivantes: le Centre européen de contrôle sur les drogues et les addictions (EMCDDA), le Collège de police européenne (CEPOL), le Bureau de police européenne (Europol), l'Agence européenne pour la gestion des systèmes d'information à large échelle (eu-Lisa), le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) et le corps européen de garde-frontières et garde-côtes, communément appelé Frontex. L'Action de répression des migrations avant l'entrée, se concrétise par le contrôle physique et technologique des frontières, nous illustrerons donc brièvement le rôle de l'agence eu-Lisa et du système EUROSUR (A) récemment réformé par le nouveau règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements⁴¹⁶, pour ensuite présenter l'évolution de l'agence Frontex – acteur majeur dans la répression des migrations avant l'entrée – jusqu'à la création du corps européen de garde-frontières et garde-côtes (B).

A. Les acteurs de la gestion intégrée des systèmes d'information de l'UE : vers l'interopérabilité des agences

371. Dans l'objectif annoncé d'aboutir à une gestion intégrée des frontières externes, il est essentiel pour l'UE d'atteindre l'interopérabilité⁴¹⁷ et l'interconnexion des

⁴¹⁶ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295.*

⁴¹⁷ *COMMISSION EUROPÉENNE, Proposition de Règlement de Parlement européen et du Conseil portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE (frontières et visas) et modifiant la décision 2004/512/CE du Conseil, le règlement (CE) n° 767/2008,*

agences et des systèmes d'information qu'elles gèrent. De récentes réformes ont remodelé les fonctions, les rôles et les missions des acteurs majeurs de ce processus d'envergure identifié par les experts et par les institutions de l'UE elles-mêmes comme la clé de voute de l'intégration dans le contrôle des frontières de l'espace Schengen. L'agence eu-Lisa est l'une des protagonistes de cette évolution technologique et conceptuelle (1) qui touche aussi l'Agence européenne de contrôle des pêches (AECP) et l'Agence européenne pour la sécurité mari- time (AESM). Mais aussi le nouveau rôle du système EUROSUR (2), tel que redéfini par le *Règlement 2019/1896*, montre à quel point il est essentiel la création d'un cadre pour l'échange d'informations et la coopération opérationnelle entre les autorités nationales des États membres et les agences déléguées au contrôle des frontières.

1) *Le rôle stratégique de l'agence eu-Lisa pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE*

372. L'agence eu-Lisa créée en 2011 et basée en Estonie, chargée de la gestion opérationnelle à large échelle des systèmes d'information de l'ELSJ⁴¹⁸. Les principaux outils technologiques gérés, sécurisés et alimentés par l'agence sont les Systèmes d'information

la décision 2008/633/JAI du Conseil, le règlement (UE) 2016/399 et le règlement (UE) 2017/2226, Strasbourg, le 12.12.2017.

⁴¹⁸ eu-LISA a été établie par UE, Règlement (UE) 2011/1077 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JO L 286/1, 01.11.2011; tel que modifié par UE, Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) n. 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) no 1077/2011, JO L 295/99, 21.11.2018.

Schengen (SIS II)⁴¹⁹, le Système d'information sur les visas (VIS)⁴²⁰ et le Système d'information permettant de traiter les données biométriques des demandeurs d'asile (EURODAC)⁴²¹. L'un des plus grands enjeux auxquels l'agence eu-Lisa est confrontée est l'équilibre entre la protection de l'intérêt public – via la sécurisation des frontières et des systèmes d'information – et la protection des données à caractère personnel des personnes migrantes. Ceci représente un enjeu d'envergure guère touché par la jurisprudence et encore peu exploré par la doctrine⁴²². Ce risque est accru lorsqu'il s'agit des données biométriques des personnes migrantes et encore plus des demandeurs d'asile. Pour cela l'interconnexion

⁴¹⁹ CE, *Règlement (CE) N° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, JO L 381/4, 28.12.2006. Le SIS II peut être présenté comme une gigantesque « liste noire » automatisée qui donne aux utilisateurs finaux la possibilité de découvrir des personnes et des objets recherchés dans l'espace Schengen

⁴²⁰ CE, *Règlement (CE) N° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS)*, JO L 218/60, 13.08.2008.

⁴²¹ UE, *Règlement (UE) 2013/603 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) no 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n. 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte)*, JO L 180/1, 29.06.2013.

⁴²² Pour de plus amples informations, voir Roberto Angrisani, Gianluca Serra, « Espace Schengen et Systèmes d'information: le rôle de l'agence eu-LISA », 2014 en ligne : https://www.academia.edu/38746874/Espace_Schengen_et_Syst%C3%A8mes_d'information_le_r%C3%B4le_de_l'agence_eu-LISA

avec le EASO⁴²³, qui est basé à Malte, est l'une des priorités sur lesquelles vise le projet d'un régime d'asile européen commun (REAC)⁴²⁴.

373. Le nouveau règlement qui reforme le rôle et les attributions du corps européen de garde-frontières et garde-côtes⁴²⁵ reconnaît enfin l'importance d'uniformiser la gestion et l'implémentation de tous les systèmes d'information utilisés par les agences qui opèrent sous la direction de la DG-HOME

[L]es normes techniques pour les systèmes d'information et les applications logicielles devraient être alignées sur les normes utilisées par l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA) pour d'autres systèmes d'information au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴²⁶.

374. Cette importante avancée assigne à l'agence eu-Lisa un rôle stratégique clé à la fois dans la coordination des systèmes d'information existants et dans le développement

⁴²³ UE, *Règlement (UE) 2010/439 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile*, JO L 132/11, 29.05.2010.

⁴²⁴ « Commission Européenne - COMMUNIQUES DE PRESSE - Communiqué de presse - Vers un régime d'asile européen commun durable et équitable », en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_fr.htm> (consulté le 14 avril 2019).

⁴²⁵ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295.

⁴²⁶ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 considérant n. 19.

des nouveaux systèmes intégrés de contrôle aux frontières comme les systèmes Entry/Exit (EES)⁴²⁷, DubliNet et le *European Travel Information and Authorisation System* (ETIAS)⁴²⁸.

375. Les données à caractère personnel sont destinées à être donc transférées d'un État membre à l'autre et échangées entre les États membres et l'agence eu-Lisa toujours plus rapidement et dans des cadres qui se multiplient aussi rapidement que de nouveaux systèmes d'informations sont mis en place. La crainte, partagée aussi par l'agence européenne pour les droits fondamentaux (FRA), est que la protection offerte pour le traitement des données, notamment des données biométriques⁴²⁹ fait par l'agence eu-Lisa, reste insuffisante. De surcroît, les avantages apportés par l'interopérabilité nécessitent d'un suivi accru sur le plan de la protection des droits fondamentaux⁴³⁰, car les migrants en condition irrégulière restent complètement désemparés face aux actions de l'agence qui peuvent aller dans le sens de la répression des flux à l'entrée.

376. Une avancée significative en ce sens a été l'approbation du règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union⁴³¹, qui reconnaît au

⁴²⁷ UE, *Règlement (UE) 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n. 767/2008 et (UE) n. 1077/2011*, [2017] JO, L 327.

⁴²⁸ UE, *Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) no 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) no 1077/2011*, JO L 295/99, 21.11.2018 article 1, paragraphe 4.

⁴²⁹ FRA, *Under watchful eyes – biometrics, EU IT-systems and fundamental rights*, 2018, p. 1-135.

⁴³⁰ FRA, *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, 2017.

⁴³¹ UE, *Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE*, JO L 295.

Contrôleur européen pour la protection des données un rôle central dans le suivi du traitement des informations personnelles. Cependant, l'évolution constante dans le domaine de la gestion des systèmes d'information à grande échelle produit des zones grises dans lesquelles la législation et les droits fondamentaux ont du mal à faire de la lumière de façon opportune.

377. Les avancées en matière d'interopérabilité que nous venons d'aborder brièvement et que nous illustrerons davantage dans les lignes qui suivent montrent la direction centrifuge que prend l'intégration européenne. Nous pourrions affirmer qu'à l'heure actuelle, la réponse aux crises qui menacent la tenue du système de contrôle des frontières de l'UE passe par une intégration accrue des missions et des compétences des agences actives dans ce domaine. Ces dernières, à leur tour, sont une émanation des pouvoirs de la Commission. Là où les institutions principales et les États membres n'arrivent pas à franchir le pas d'une véritable intégration *par le haut*, les solutions pratiques mises en œuvre à coups de règlements et directives, se concrétisent par une intégration *périphérique*, faite par les agences. *De facto* l'UE agrandit ses compétences par une délégation accrue de pouvoirs à ses organes périphériques, en ajoutant réforme après réforme des chaînons à une mosaïque qui révèle son dessin aux multiples nuances progressivement à partir des contours jusqu'au centre.

2) *Le système EUROSUR « refonte » désormais sous contrôle de Frontex*

378. Les réformes adoptées dans les dernières années ont aussi renforcé le rôle d'EUROSUR, créée par le *Règlement n : 1052/2013*⁴³², et qui a pour objectif de détecter, de prévenir et de combattre l'immigration clandestine et la criminalité transfrontalière, ainsi que de contribuer à la protection et au sauvetage des vies des personnes migrantes.

⁴³² UE, *Règlement (UE) 2013/1052 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur)*, JO L 295/11, 06.11.2013.

379. Le Système européen de surveillance des frontières, géré par EUROSUR, établit un mécanisme d'échange d'informations et de coopération entre différentes autorités nationales impliquées dans la surveillance des frontières ainsi qu'avec Frontex. Le rôle central d'interconnexion des agences oeuvrant dans le contrôle des frontières et des flux migratoires est l'un des axes principaux autour duquel se développe le renforcement de l'action de l'UE en matière de sécurisation des frontières extérieures et de répression des migrations irrégulières⁴³³.

380. Le *Règlement 2019/1896* relatif au corps européen de garde-frontières et garde-côtes a réformé profondément le système EUROSUR, le plaçant au service et sous le contrôle de Frontex. Dans le cadre de cette réforme, EUROSUR devient le pivot d'un nouveau système intégré de gestion de l'information, capable de fournir en temps réel le cadre complet de toute situation critique aux frontières pouvant aboutir à une intervention de l'UE et de ses États membres : « EUROSUR devrait fournir un tableau complet de la situation, non seulement aux frontières extérieures, mais aussi à l'intérieur de l'espace Schengen et dans la zone située en amont des frontières. Il devrait rendre compte de la

⁴³³ Pour de plus d'informations sur le rôle joué par EUROSUR, voir COMMISSION EUROPÉENNE, *Commission Staff Working Document - Evaluation of the Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur)*, SWD(2018) 410 final, Bruxelles, le 12.09.2018, en ligne : <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-eurosur-evaluation_en.pdf>; Martina TAZZIOLI, « Spy, track and archive: The temporality of visibility in Eurosur and Jora », (2018) 49-4 *Security Dialogue* 272-288; Julien JEANDESBOZ, « European border policing: EUROSUR, knowledge, calculation », (2017) 18-3 *Global Crime* 256-285; Jorrit RIJPSMA et Mathias VERMEULEN, « EUROSUR: saving lives or building borders? », (2015) 24-3 *European Security* 454-472; FRA, *The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion – 5/2018 [EBCG], Vienne, le 27 novembre 2018, en ligne : <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-opinion-ebcg-05-2018_en.pdf> (consulté le 5 avril 2019).

surveillance des frontières terrestres, maritimes et aériennes, et des vérifications aux frontières »⁴³⁴. Selon le même règlement, cet outil renforcé vise à créer un

cadre intégré pour l'échange d'informations et pour la coopération opérationnelle au sein du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, en vue d'améliorer la connaissance de la situation et d'accroître la capacité de réaction aux fins de la gestion des frontières, y compris aux fins de détecter, prévenir et combattre l'immigration illégale et la criminalité transfrontalière et de contribuer à assurer la protection et la sauvegarde de la vie des migrants⁴³⁵.

381. Le système européen de surveillance des frontières EUROSUR collecte donc des données provenant de diverses sources, notamment des satellites, des drones, des navires, des véhicules et d'autres moyens opérés à la fois par les autorités nationales et par l'agence elle-même. Le système assure aussi la surveillance des « zones pré-frontières », comme la haute mer ou les côtes des États non-membres de l'UE.

382. En effet, l'article 28 du *Règlement 2019/1896* introduit des nouveautés majeures, qui génèrent aussi d'importantes inquiétudes. Au-delà des contrôles dans les États tiers, EUROSUR a acquis désormais le mandat de contrôler aussi les « mouvements secondaires non autorisés » et ce qui se passe dans les « hotspots »⁴³⁶. Ceci représente un véritable changement de paradigme. L'agence Frontex est née pour garantir la tenue des frontières extérieures de l'espace Schengen, mais la complexité des contrôles dans les États membres plus touchés par les flux migratoires a, depuis des années, mis en exergue une

⁴³⁴ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, supra note 306 considérant n. 27.*

⁴³⁵ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 18.*

⁴³⁶ Le terme « mouvement secondaire » n'est pas défini dans le règlement, mais il est généralement utilisé pour faire référence aux voyages entre États membres de l'UE effectués sans autorisation, en particulier par des migrants sans papiers et demandeurs de protection interne. Concernant les « hotspots » le considérant (23) désigne une « zone créée à la demande de l'État membre d'accueil dans laquelle l'État membre d'accueil, la Commission, les agences de l'Union concernées et les États membres participants coopèrent, dans le but de gérer un défi migratoire disproportionné existant ou potentiel, caractérisé par une augmentation significative de la nombre de migrants arrivant aux frontières extérieures ».

grande faiblesse, à savoir la quasi-absence d'un système structuré de contrôle des flux intra UE. Si, d'un côté, cette innovation d'une action interne aux frontières de l'ELSJ, acquise grâce à la refonte du système EUROSUR est à saluer en termes d'efficacité des contrôles, de l'autre côté, elle représente un risque important pour le traitement des données personnelles des personnes migrantes, souligné aussi par le contrôleur européen pour la protection des données⁴³⁷.

⁴³⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Formal comments of the EDPS on the Proposal for a Regulation on the European Border and Coast Guard and repealing Council Joint Action 98/700/JHAM Regulation (EU) 1052/2013 of the European Parliament and of the Council and Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council*, en ligne : <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-11-30_comments_proposal_regulation_european_border_coast_guard_en.pdf> (consulté le 13 janvier 2019).

B. De Frontex au corps européen de garde-frontières et garde-côtes : plus qu'une simple agence décentralisée

383. Les origines de Frontex remontent à un groupe de travail du Conseil relevant de l'article 74 du TFUE⁴³⁸. Après l'entrée en vigueur du *Traité d'Amsterdam*, cette même institution avait établi le Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA)⁴³⁹. Depuis 1999, le Conseil européen Justice et affaires intérieures (JAI) avait pris plusieurs mesures pour renforcer davantage la coopération dans les domaines des migrations, de l'asile et de la sécurité. En ce qui concerne la gestion des frontières, cela a conduit à la création de l'unité commune de praticiens des frontières extérieures – un groupe composé de membres du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA) et des chefs des services de contrôle des frontières nationales. Mais la Commission proposa alors la création d'une instance opérationnelle permanente, et c'est ainsi qu'en 2007, l'agence Frontex voyait le jour.

384. Dans les lignes qui suivent nous montrerons l'évolution du mandat de Frontex de simple agence de coordination opérationnelle aux frontières extérieures de l'ELSJ (1) à la création de l'actuel corps européen de garde-frontières et garde-côtes, qui avec des pouvoirs d'initiative inédits arrive à se qualifier de véritable « agence de substitution » (2).

⁴³⁸ Merijn Chamon, « Les agences de l'Union européenne : origines, états des lieux et défis » [2015] 1 CDE 293-318 à la p 298; sur l'agence Frontex, voir aussi Joanna Parkin, « EU Home Affairs Agencies and the Construction of EU Internal Security » [2012] CEPS paper à la p 12; H. Jorry, « Une agence originale de l'Union : L'agence Frontex », dans Joël Molinier, *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011 aux pp 169-181.

⁴³⁹ CONSEIL EUROPÉEN, *Compétences des instances du Conseil dans le domaine de la justice et des affaires intérieures après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam*, 6166/2/99 REV 2, Bruxelles, le 16 mars 1999, p. 3, en ligne : <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%206166%201999%20REV%202>...

1) *Les origines de Frontex : une simple agence de coordination opérationnelle aux frontières extérieures de l'UE*

385. Le Règlement 2007/2004⁴⁴⁰ du Conseil de l'Union européenne créa l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE, plus communément appelée Frontex. C'était le premier pas vers la mise en œuvre de la politique communautaire relative aux frontières extérieures de l'UE, véritable corollaire de la libre circulation des personnes dans l'ELSJ. L'objectif étant de « mettre en place une gestion intégrée garantissant un niveau élevé et uniforme de contrôle et de surveillance »⁴⁴¹. À cette fin, il était prévu d'établir des règles communes relatives aux normes et aux procédures de contrôle aux frontières extérieures. L'agence, sise à Varsovie et dotée d'une personnalité juridique et d'un budget autonome, était conçue, dès son origine, comme « un organisme d'experts spécialisé chargé d'améliorer la coordination de la coopération opérationnelle entre États membres en matière de gestion des frontières extérieures »⁴⁴². Son mandat consistait à faciliter l'application des mesures communautaires existantes ou futures relatives à la gestion des frontières extérieures en assurant la coordination des dispositions d'exécution prises par les États membres⁴⁴³.

386. Le règlement de 2004, dès ses considérants, indiquait clairement que la responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures demeurait dans la pleine compétence des États membres. Frontex ne pouvait intervenir qu'à la demande d'un État membre et ne pouvait, en aucun cas, se substituer à ce dernier⁴⁴⁴. Toutefois, la « culture

⁴⁴⁰ CE, *Règlement (CE) N° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2004] JO, L 349/1.

⁴⁴¹ *Ibid.*, considérant 1.

⁴⁴² *Ibid.*, considérant 3.

⁴⁴³ *Ibid.*, considérant 4.

⁴⁴⁴ Pour une analyse approfondie, voir Roberta MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge University press, 2016.

du secret »⁴⁴⁵ qui caractérisait ses opérations et l'ampleur des actions relevant de la gestion opérationnelle mise en œuvre par Frontex ont eu comme effet d'attirer sur l'agence l'étiquette de « bras armé »⁴⁴⁶ ou de « bras séculier »⁴⁴⁷ de l'UE, responsables de conduites peu respectueuses des droits fondamentaux⁴⁴⁸.

387. Les violations des droits fondamentaux commises dans le cadre d'opérations coordonnées ou organisées par Frontex furent à la base des modifications introduites avec la réforme de 2011⁴⁴⁹. Le nouveau règlement accordait une place incontournable à la CDFUE dans l'accomplissement de toutes les tâches de l'agence. Dans cette perspective, il fut aussi prescrit à Frontex de se doter d'une « stratégie en matière de droits fondamentaux »⁴⁵⁰ et

⁴⁴⁵ Fabienne GAZIN, « Peut-on mettre du vin nouveau dans de vieilles outres? », (2017) n. 3 *RTD Eur.* 497.

⁴⁴⁶ Collectif, Constance Chevallier-Govers et Romain Tinière, *De Frontex à Frontex: Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruylant Edition, 2019 à la p 89; Plusieurs organismes pour la protection des droits fondamentaux s'étaient déjà prononcé en ce sens, voir Human Rights Watch, *The EU's Dirty Hands Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece*, 2011; Frontexit, communiqué, *Frontex 2.0 : le bras armé de l'Union européenne se renforce et demeure intouchable*, 27 avril 2016, en ligne : <<http://www.migreurop.org/article2685.html>> (consulté le 26 février 2018); Caroline Intran et Anna Sibley, « Faire sombrer Frontex » (2014) 103:4 *Plein droit* 40.

⁴⁴⁷ En ce sens, voir, Claude BLUMANN, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 295; Dominique RITLENG, « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », (2017) 53-3 *RTD Eur* 437, 438.

⁴⁴⁸ Sara CASELLA COLOMBEAU, Marie CHARLES, Olivier CLOCHARD et Claire RODIER, *Agence Frontex: quelles garanties pour les droits de l'homme?*, étude réalisé pour le groupe des Verts/ALE du Parlement européen, 2010.

⁴⁴⁹ UE, *Règlement (UE) 2011/1168 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2011] JO, L 304/1.

⁴⁵⁰ Ibid, art 1 (26) bis : « Stratégie en matière de droits fondamentaux 1. L'Agence conçoit, développe et met en œuvre sa stratégie en matière de droits fondamentaux. Elle met en place un mécanisme efficace pour contrôler le respect des droits fondamentaux dans toutes ses activités. ». Voir aussi : Author GDR ELSJ, « Frontex et la question des droits de l'homme dans son rapport d'analyse des risques de 2013 : omission ou dépréciation? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (9 novembre 2013), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2013/11/09/immigration/frontex-et-la>

d'élaborer un « code de conduite »⁴⁵¹ afin de garantir le respect de ceux-ci dans toutes les opérations dont elle assure la coordination. Un forum consultatif a été mis en place, permettant à des observateurs externes d'effectuer un suivi sur l'application dudit code dans l'élaboration des plans opérationnels. En outre, il a été octroyé au directeur exécutif le pouvoir de suspendre ou de mettre un terme aux opérations conjointes dans le cas où il estimerait que des violations des droits fondamentaux graves ou susceptibles de persister auraient été commises dans le cadre de celles-ci. En plus de l'obligation de dispenser des formations en matière de droits fondamentaux aux instructeurs des garde-frontières nationaux, la nouveauté probablement la plus visible a été la création d'un Officier aux droits fondamentaux⁴⁵². Ce dernier est désigné par le Conseil d'administration, en accord avec le forum consultatif, et chargé de surveiller le respect des droits fondamentaux dans l'accomplissement des missions de Frontex. Cependant, la quasi-totalité des experts en matière de protection des droits des personnes migrantes a jugé ces mesures insuffisantes⁴⁵³.

question-des-droits-de-lhomme-dans-son-rapport-danalyse-des-risques-de-2013-omission-ou-depreciation/> (consulté le 26 février 2019).

⁴⁵¹ UE, *Règlement (UE) 2011/1168 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2011] JO, L 304/1, art 1(4). « L'Agence élabore et développe un code de conduite applicable à toutes les opérations dont elle assure la coordination. Le code de conduite définit des procédures, applicables à toutes les personnes participant aux activités de l'Agence, dont l'objectif est de garantir le respect des principes de l'état de droit et des droits fondamentaux, en accordant une attention particulière aux mineurs non accompagnés et aux personnes vulnérables, ainsi qu'aux personnes en quête de protection internationale ».

⁴⁵² Ibid, art 1 (26) § 3. « Le conseil d'administration désigne un officier aux droits fondamentaux. [...] Il est indépendant dans l'accomplissement de ses missions en tant qu'officier aux droits fondamentaux et rend directement compte au conseil d'administration et au forum consultatif. Il fait régulièrement rapport ».

⁴⁵³ Pour tout voir, Idil ATAK et François CRÉPEAU, *Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges (La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne: relever le défi des droits de l'homme)*, SSRN Scholarly Paper, ID 2781638, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2014, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=2781638>> (consulté le 26 février 2019).

388. Aux accusations des activistes, qui dénonçaient les modifications apportées par le règlement de 2011 comme des changements « de façade » qui ne touchaient pas le fond de l'action de l'agence, se sont rajoutées les critiques, bien plus structurées sur le plan juridique, du Médiateur européen⁴⁵⁴, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁴⁵⁵ et du PE⁴⁵⁶.

389. Le *Règlement 1624/2016*⁴⁵⁷, créant le corps européen de garde-frontières et garde-côtes⁴⁵⁸, a profondément modifié l'agence Frontex pour tenter de la rendre conforme à ces impératifs de respect concret des droits fondamentaux réclamés, entre autres, par le Médiateur européen. La principale avancée, sur ce plan, a été la création d'un mécanisme de traitement de plaintes pour violations des droits fondamentaux, rendu indispensable au vu des nouveaux « pouvoirs de substitution » que le règlement de 2016 octroie à l'agence. En effet, face aux reproches d'atteinte aux droits fondamentaux, l'agence avait toujours avancé l'argument selon lequel la responsabilité incombait aux États hôtes des opérations ou à l'État d'origine des agents détachés, et non à elle-même qui se bornait à un simple rôle de coordination.

⁴⁵⁴ Mediateur européen, Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, 7 novembre 2013, Strasbourg.

⁴⁵⁵ CONSEIL EUROPÉEN, AP, Résolution 1932 (2013) Version finale - Frontex: responsabilités en matière de droits de l'homme, 25 avril 2013.

⁴⁵⁶ CONSEIL EUROPÉEN, AP, Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, P8_TA(2015)0422, Bruxelles, le 2 décembre 2015.

⁴⁵⁷ UE, Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JO L 251/1, 16.09.2016.

⁴⁵⁸ Ibid, art 6, para 1. « L'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (ci-après dénommée "Agence") est le nouveau nom de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, créée par le règlement (CE) no 2007/2004. Ses activités sont fondées sur le présent règlement ».

2) *Le corps européen de garde-frontières et garde-côtes : une « Agence de substitution »*

390. L'article 19 du règlement de 2016 provoque un changement de paradigme et rend les arguments à défense de l'absence de responsabilité de l'agence – et la prétendue responsabilité totale des États membres - encore plus fragile (voire inadmissible). Il s'agit du pouvoir d'intervention directe du corps européen de garde-côtes et garde-frontières dans une situation « nécessitant une action urgente » sur le territoire d'un État membre, mais en l'absence de demande de ce dernier, dans l'hypothèse où « le contrôle aux frontières est rendu à ce point inefficace que le fonctionnement de l'espace Schengen risque d'être compromis »⁴⁵⁹. Ce pouvoir de substitution fait de Frontex plus qu'une simple agence décentralisée et pose des questions assez complexes sur le plan de la justiciabilité et, notamment, du contrôle que la Cour de justice de l'UE peut exercer sur ses actions.

391. Le professeur Loïc Grard, dans un article de 2012⁴⁶⁰, propose une classification des agences en fonction de l'ampleur de l'autonomie et des pouvoirs de régulation octroyés à ces organes de l'UE. Suivant ce raisonnement, il y aurait des agences de première, de deuxième, de troisième et de quatrième génération. À la lumière des modifications apportées par le règlement de 2016, nous pouvons étendre davantage cette classification en affirmant que l'agence Frontex représente désormais une catégorie *sui generis*, qu'elle serait la première d'une cinquième génération d'agences opérationnelles,

⁴⁵⁹ Ibid, art 19. Sur ce point, voir aussi Anne-Marie TOURNEPICHE, « L'élargissement du mandat de l'agence Frontex », *Journal d'Actualité des Droits Européens (JADE)* (30 novembre 2016), en ligne : <<https://revue-jade.eu/article/view/1649>> (consulté le 3 novembre 2017). L'auteur rappelle que, dans le projet initial de la Commission, c'était à cette dernière qu'il revenait de décider d'une intervention dans un pays ne demandant pas d'assistance. Cette disposition ayant entraîné de vifs débats relatifs à la remise en cause de la souveraineté des États en la matière, c'est désormais au Conseil (sur proposition de la Commission) qu'il revient d'adopter les actes définissant les mesures devant être prises par Frontex dans l'hypothèse d'une intervention d'urgence.

⁴⁶⁰ Loïc GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-159 à la page 140.

caractérisée par des pouvoirs de substitution renforcés qui permettent des actions autonomes sur le territoire d'un État membre et sans le consentement préventif de l'État concerné⁴⁶¹.

392. L'article 42 du *Règlement 2019/1896* reprend intégralement le contenu de l'article 19 du règlement de 2016 en détaillant et renforçant encore plus les pouvoirs de substitutions de l'agence. L'action du corps européen de garde-frontières et garde-côtes se substitue à celle des autorités des États membres, en application d'une décision prise par le Conseil sur proposition de la Commission laquelle consulte au préalable l'Agence⁴⁶². Les États membres sont tenus de coopérer avec Frontex et faciliter l'action des agents statutaires et des réserves d'intervention rapide, en cas contraire la Commission peut enclencher la procédure prévue à l'article 29 du *Règlement 2016/399* portant sur le régime de franchissement des frontières extérieures, qui prévoit le rétablissement des frontières d'un État membre pour préserver la tenue de l'Espace Schengen⁴⁶³.

393. Parallèlement, Frontex devient aussi la plateforme privilégiée d'échange d'informations sensibles et classifiées.

[L]'Agence met en place un réseau de communication et en assure le fonctionnement, afin de fournir des outils de communication et d'analyse et de permettre l'échange d'informations sensibles non classifiées et d'informations classifiées, de manière sécurisée et en temps quasi réel, avec les centres nationaux de coordination et entre ces derniers⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ La référence est encore à UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, art 19. Ces pouvoirs ont une nature néanmoins différente des pouvoirs de régulation otroyés, par exemple, à l'Agence de Coopération pour les Régulateurs de l'Énergie (ACER).

⁴⁶² *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 paragraphe 1.

⁴⁶³ *Ibidem*, article 42, paragraphe 10.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, article 14, paragraphe 1.

394. En plus, le fait que le règlement de 2019 prévoit que l'Agence se réserve la possibilité de prendre « toutes les mesures nécessaires pour faciliter l'échange d'informations utiles à l'exécution de ses tâches avec le Parlement européen, le Conseil, la Commission, les États membres et, le cas échéant, d'autres institutions de l'Union et les organes et organismes de l'Union »⁴⁶⁵ démontre à quel point son champ opérationnel est destiné à s'élargir. Cela confirme que la capacité de substitution de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes se mesure aussi sur le plan – moins visible, mais d'importance vitale – de la gestion et de l'échange d'information. Un tel système, permettant une communication intégrée entre autorités de Pays membres, institutions de l'UE et agence ne connaît pas de précédents et une fois rentré à plein régime de fonctionnement ne pourra pas être remplacé par aucune initiative nationale d'envergure similaire.

395. Les éléments novateurs de la réforme de Frontex sont à la fois très visibles, comme le déploiement du personnel statutaire aux frontières sans le consentement préalable de l'État intéressé, que discrets, comme l'échange d'informations et le rôle accru de EUROSUR, ils touchent aussi bien l'action aux frontières extérieures que le contrôle accru des « mouvement secondaire » à l'intérieur de l'ELSJ. Pourtant, dans le vide de l'impuissance des États membres et de l'immobilisme des institutions centrales de l'UE dans la gestion des frontières, l'agence Frontex trouve une place *sui generis* et renforcée.

§2. L'ÉVOLUTION DES POUVOIRS RÉPRESSIFS DE L'AGENCE FRONTEX

396. La nature des changements apportés par les réformes les plus récentes -à partir de 2016 - est profonde et concerne directement la base légale. Le *Règlement 2007/2004* créant l'agence Frontex, ainsi que le *Règlement 1168/2011*, étaient basés sur l'article 74 du TFUE (ex-article 66 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE)), qui fait référence aux

⁴⁶⁵ *Ibidem*, article 15, paragraphe 2.

mécanismes de coopération administrative, et sur l'article 77 du TFUE (ex-article 62 du TCE paragraphe 2, sous b et d). Le règlement de 2016, quant à lui, fixe ses bases légales dans les articles 77 et 79, paragraphe 2, sous c) du TFUE, qui portent sur la politique de l'immigration et, plus précisément, sur les mesures à prendre face à « l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier ». L'agence sort ainsi définitivement de toute ambiguïté relative à son rôle de protection des droits fondamentaux : elle est, d'abord et avant tout, un organisme de répression du phénomène de l'immigration irrégulière et de contrôle des frontières. Son âme répressive est clairement affirmée par la base légale du *Règlement 1624/2016*. Les nouvelles mesures de protection des droits fondamentaux, telles que l'officier aux droits fondamentaux, le comité consultatif et la possibilité de présenter des plaintes individuelles, ont la fonction de garantir l'applicabilité des droits inscrits dans la CDFUE⁴⁶⁶, mais n'ont aucun impact sur la nature de l'agence, qui demeure répressive.

397. Dans le même socle s'inscrit le *Règlement 2019/1896*, lui aussi ayant pour base légale les articles 77 et 79, paragraphe 2, sous c) du TFUE. Avec la nouvelle réforme,

⁴⁶⁶ Selon un rapport de l'Agence pour les Droits Fondamentaux de l'UE, FRA, *The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion – 5/2018 [EBCG], Vienne, le 27 novembre 2018, en ligne : <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-opinion-ebcg-05-2018_en.pdf> (consulté le 5 avril 2019); concernant le projet de réforme du règlement 1624/2016 présentée par la Commission européenne, COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant l'action commune 98/700/JAI du Conseil, le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil Contribution de la Commission européenne à la réunion des dirigeants à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018*, COM(2018) 631 final, Bruxelles, le 12.09.2018., les droits fondamentaux touchés par ladite réglementation sont les suivants : droit à la dignité humaine (art 1 CDFUE), droit à l'intégrité de la personne (art 3 CDFUE); interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (art 4 CDFUE); interdiction du trafic d'êtres humains (art 5 §3 CDFUE); droit à la liberté et sécurité (art 6 CDFUE); droit au respect de la vie privée et familiale (art 7 CDFUE); droit à la protection des données à caractère personnel (art 8 CDFUE); protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (art 19 CDFUE); égalité en droit (art 20 CDFUE); non-discrimination (art 21 CDFUE); droits de l'enfant (art 24 CDFUE); droit à une bonne administration (art 41 CDFUE); droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (art 47 CDFUE). *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, JO 2000/C 364/01, (entrée en vigueur : 12 décembre 2007).

la nature répressive de Frontex est confirmée et son rôle évolue grandement. La centralisation du système EUROSUR géré au sein de l'agence démarque un changement de paradigme, car la collecte et l'échange d'information faites par FRONTEX visent désormais aussi les frontières internes de l'espace Schengen. Cela implique que le mandat du corps européen de garde-frontières et garde-côtes sera de plus en plus visible non seulement aux frontières externes de l'UE.

398. Afin de bien comprendre l'ampleur des changements opérés par la création du corps européen de garde-côtes et garde-frontières, il faut essayer de fournir une réponse à deux questions principales. Tout d'abord, il faut se questionner sur le rôle véritablement joué par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes dans la répression des migrations irrégulières à l'entrée (A), en suite comprendre si cette agence est un sujet de droit pleinement justiciable (B), au vu des évolutions normatives qui la concernent.

A. L'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes: quel rôle dans la répression des migrations irrégulières?

399. En matière de répression des migrations irrégulières « à l'entrée », une place toute particulière est occupée par les « opérations conjointes ». L'opération conjointe *Hera I* et *Hera II*⁴⁶⁷, qui s'est déroulée entre 2006 et 2015, est un exemple bien connu d'opération conjointe menée hors du territoire de l'UE avec la participation de pays tiers et dont l'objectif consiste à empêcher les migrants de quitter les côtes africaines. Les États membres participants ont effectué des patrouilles dans les zones côtières du Sénégal, de la Mauritanie, du Cap-Vert et des îles Canaries dans le but d'intercepter les personnes migrantes dans les

⁴⁶⁷ Pour l'accès complet aux plans opérationnels de l'opération Hera et pour les éléments critiques concernant les violations des droits fondamentaux des personnes migrantes, voir : Vera WRIEDT et Darius REINHARDT, *Analysis Opaque and unaccountable: Frontex Operation Hera*, en ligne : <<http://www.statewatch.org/analyses/no-307-frontex-operation-hera.pdf>>.

eaux territoriales de pays tiers et de les remettre aux autorités des pays concernés⁴⁶⁸. Les opérations conjointes, telles que *Hera I et II*, *Nautilus* et *Jason I*, montrent aussi l'importance de la coopération avec les États tiers dans la répression, opérée par Frontex, des migrations avant même que les personnes migrantes puissent atteindre les frontières physiques de l'UE⁴⁶⁹.

400. La liste des missions de l'agence Frontex prévue à l'article 8⁴⁷⁰ du règlement de 2016 a été sensiblement allongée, mais le nombre de catégories d'agents dont elle dispose aujourd'hui est encore plus révélateur de l'élargissement du champ d'action de Frontex. Déjà, à compter de 2007, existaient les agents membres des Équipes d'intervention rapide aux frontières (RABIT)⁴⁷¹, utilisées pour faire face aux situations d'urgence et déployées sur requête des États membres concernés (composées par des agents détachés par les États membres), les garde-frontières invités (émanant d'autres États membres auprès de Frontex) et les agents de coordination (fonctionnaires européens ne recevant des instructions que de l'agence). Après 2019, le personnel de Frontex est constitué par quatre catégories d'agents : le personnel statutaire, le personnel détaché par les États membres à l'Agence pour une longue durée, le personnel mis à disposition par les États membres pour des déploiements

⁴⁶⁸ Sergio CARRERA, « The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands », (2007) Working Documents 261 *Centre for European Policy Studies*, 21.

⁴⁶⁹ Toutes ces opérations prévoient une deuxième phase consistant en la remise des personnes migrantes interceptées aux autorités des États tiers d'origine. Pour plus d'informations concernant les accords entre l'agence Frontex et les pays tiers en matière de retours, voir *infra*, Titre 2, pp. 128 et ss.

⁴⁷⁰ UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, art 8.

⁴⁷¹ CE, *Règlement (CE) N° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) no 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités*, [2007] JO, L 199/30.

de courte durée et le personnel faisant partie de la réserve de réaction rapide pour les interventions rapides aux frontières.

401. En outre, l'ensemble des agents « s'est vu attribuer de nouvelles missions » impliquant un haut niveau d'ingérence dans les droits fondamentaux des personnes concernées⁴⁷², « comme celle de fournir une assistance au filtrage, à l'identification et au relevé des empreintes digitales »⁴⁷³. Les modalités du contrôle sur les missions et les actions des agences restent complexes.

402. Dans ce cadre, il se pose la question de la légitimité de l'octroi de pouvoirs si vastes à une agence. Plus précisément, il convient de se demander si le pouvoir d'intervention en cas d'urgence prévue à l'article 42 du *Règlement 2019/1896* est-il un pouvoir de substitution correctement délégué à une agence décentralisée. Pour répondre à cette question, nous nous concentrerons d'abord sur l'encadrement des pouvoirs répressifs de Frontex (1) puis sur l'effectivité du contrôle et de l'imputabilité de la responsabilité à l'agence pour les actes commis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. La multiplication du contrôle politique sur l'agence Frontex : symptôme d'efficacité ? (2).

1) *L'action de la CJUE pour l'encadrement des pouvoirs répressifs de Frontex*

403. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de justice nous éclaire énormément. Déjà dans l'affaire *AEMF*⁴⁷⁴, la CJUE avait mis un terme au débat de savoir si une compétence partagée au titre d'une politique commune peut aller jusqu'à instaurer une

⁴⁷² CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10.Rec num.

⁴⁷³ Laure CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) 53-3 *RTD Eur* 511.

⁴⁷⁴ CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-270/12.Rec num.

agence dotée d'un pouvoir hiérarchique de substitution aux autorités nationales⁴⁷⁵. Le Royaume-Uni et l'Irlande s'opposaient à l'action du Conseil et du Parlement quant à l'octroi d'importants pouvoirs de substitution à l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF). Dans cet arrêt, « la Cour a retenu une interprétation extensive du pouvoir d'harmonisation que confère une compétence partagée en mettant en avant la nécessité d'obtenir une pratique suffisamment uniforme entre États »⁴⁷⁶. La raison qui justifiait ce transfert de compétence étant qu'en cas de résistance ou de défaillance d'une autorité nationale, une agence puisse être investie de la possibilité de se substituer à elle sous certaines conditions afin de procéder « à la mise en œuvre de l'harmonisation recherchée »⁴⁷⁷. Avec cette décision, les juges de la grande chambre se sont écartés des conclusions de l'Avocat général, qui considérait que la compétence d'harmonisation du marché intérieur, fondée sur l'article 114, paragraphe 1 du TFUE, ne pouvait pas aller jusqu'à permettre l'instauration d'agences dotées de ce type de pouvoir⁴⁷⁸.

404. Pourvu que la gestion des marchés financiers représente un enjeu très important pour la souveraineté de chaque État, la gestion des frontières et la protection de son propre territoire a, depuis toujours, été l'un des aspects fondamentaux de l'existence même d'un État. Ainsi, la Cour de justice de l'UE, par un arrêt rendu le 5 septembre 2012⁴⁷⁹, souligne le caractère très spécifique des pouvoirs touchant au domaine régalién du contrôle des frontières nationales et octroyés à l'agence Frontex. Dans sa décision, le Juge de Luxembourg a rappelé l'importance de l'adoption de la procédure ordinaire pour la

⁴⁷⁵ En ce sens voir : Édouard DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », (2017) 53-3 *RTD Eur* 457, 460; Rostane MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », dans *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 693-707.

⁴⁷⁶ *Ibid* à la p 464.

⁴⁷⁷ CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-270/12.Rec num, point 111.

⁴⁷⁸ Édouard DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », (2017) 53-3 *RTD Eur* 457.

⁴⁷⁹ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10.Rec num.

délégation de pouvoirs à une agence et, plus précisément, la non-conformité de la procédure de comitologie aux exigences de protection des droits fondamentaux⁴⁸⁰ pour l'octroi de pouvoir invasif et coercitif à l'agence Frontex.

405. Dans ladite affaire, le PE demandait l'annulation de la décision du Conseil du 26 avril 2010, *2010/252/UE*, visant à compléter le CFS en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'agence Frontex. La demande en annulation du Parlement était basée sur le fait que cette décision excédait les limites des compétences d'exécution prévues à l'article 12, paragraphe 5, du règlement établissant le CFS. Il estimait que, portant sur des « éléments essentiels »⁴⁸¹, les dispositions en cause auraient dû être adoptées en application de la procédure législative ordinaire et non pas par un recours à la procédure de réglementation avec contrôle (déclinaison comitologique particulière)⁴⁸². La Cour a accueilli les doléances du Parlement et a confirmé que le contenu de la décision attaquée touchait à l'attribution des pouvoirs publics aux garde-frontières, tels que la saisie de navires, l'arrestation des personnes appréhendées et leur renvoi vers un endroit particulier. Selon le Juge de Luxembourg, l'exercice de ces pouvoirs représente une ingérence dans les droits fondamentaux des

⁴⁸⁰ Il s'agit de la procédure prévue à l'article 5 bis, para 4, de la seconde décision « comitologie » (CE, *Décision du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (2006/512/CE)*, [2006] JO, L 200/11.). Ce dispositif permet un exercice assez large des pouvoirs d'exécution de la Commission.

⁴⁸¹ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10. Rec num, points 43, 44.

⁴⁸² Pour une analyse approfondie, voir Rostane MEHDI, « Les compétences d'exécution de la Commission en matière de contrôle des frontières extérieures de l'Union : illustration du processus de juridictionnalisation des crises institutionnelles », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (16 septembre 2012), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2012/09/16/droits-fondamentaux/les-competences-dexecution-de-la-commission-en-matiere-de-contrôle-des-frontières-extérieures-de-lunion-illustration-du-processus-de-juridictionnalisation-des-crisés-institutionnelles/>> (consulté le 27 février 2019).

personnes concernées, d'une importance telle que l'intervention du législateur de l'Union, selon la procédure ordinaire, est nécessaire⁴⁸³.

406. La CJUE reconnaît, donc, le caractère répressif des pouvoirs délégués à l'agence et fixe une ligne dure sur la modalité selon laquelle le transfert de ces pouvoirs doit être fait, à savoir sans possibilité d'exclure le contrôle du Parlement. Par la suite, la même Cour assouplira sa position, arrivant à reconnaître une plus grande liberté au législateur de l'Union afin de déléguer le pouvoir législatif à la Commission⁴⁸⁴. Dans un arrêt de 2015⁴⁸⁵ concernant le pouvoir, octroyé à l'agence Europol, de modifier autonomement la liste des États et organisations tiers avec lesquels elle peut conclure des accords, le Juge de Luxembourg *déclasse* le risque d'atteinte aux droits fondamentaux comme critère principal pour l'identification des éléments essentiels insusceptibles d'être délégués.

407. Sur ce point, la jurisprudence de la CJUE se montre quelque peu hésitante, mais cela nous aide à comprendre la spécificité du « modèle Frontex » créé par le législateur européen avec la réforme de 2016. Les pouvoirs de substitution prévus à l'article 19 du nouveau règlement Frontex, que certains auteurs définissent « d'atténuation du risque »⁴⁸⁶,

⁴⁸³ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10. Rec num, point 77-79.

⁴⁸⁴ CJUE, 24 juin 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*, affaire C-619/18. Rec num. Sur ce point voir : Dominique RITLENG, « La nouvelle typologie d'actes de l'Union », *RTD Eur.* 2015.7-20; Dominique RITLENG, « The dividing line between delegated and implementing acts: The Court of Justice sidesteps the difficulty in *Commission v. Parliament and Council (Biocides)* », *Common Market Law Review* 2015.243-257; Merijn CHAMON, « Clarifying the Divide between Delegated and Implementing Acts? », *Legal Issues of Economic Integration* 2015.175-189.

⁴⁸⁵ CJUE, 10 septembre 2015, *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne (Europol)*, affaire C-363/14. Rec num, points 51, 52. « Dès lors, même si une décision portant modification de la liste implique certains arbitrages présentant des dimensions techniques et politiques, une telle décision ne saurait être considérée comme nécessitant des choix politiques relevant des responsabilités propres du législateur de l'Union. L'argument du Parlement selon lequel la modification de la liste est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur les droits fondamentaux des citoyens ne saurait modifier cette analyse. ».

⁴⁸⁶ Laure CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) 53-3 *RTD Eur* 511, 512.

nécessitent, avant d'être utilisés, un mandat défini par le Conseil⁴⁸⁷ par le biais d'une décision. C'est ensuite au directeur exécutif de l'agence qu'il revient de mettre en œuvre ledit mandat et de « défini[r] les mesures devant être prises pour l'exécution pratique (...) »⁴⁸⁸. À partir de ce constat, nous pouvons en déduire deux considérations. La première est que, contrairement à la jurisprudence *Code frontières Schengen*⁴⁸⁹, le Conseil agit en tant que pouvoir exécutif et que le pouvoir législatif n'intervient à aucun moment⁴⁹⁰; la deuxième considération est que, dans les catégories de mesures dont le Conseil peut mandater l'exécution à Frontex, il n'y a pas de « pouvoirs coercitifs de puissance publique dont l'agence peut faire usage ni des conditions dans lesquelles il peut y être recouru »⁴⁹¹.

408. Dans l'état de l'évolution législative actuelle, donc, la nouvelle agence Frontex voit sa nature d'organisme répressif renforcée. Ceci est un fait qui ne mérite aucun jugement de valeur à notre avis. Trop souvent, d'ailleurs, les organisations de protection des

⁴⁸⁷ UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, art 19, para 1. « le Conseil, se fondant sur une proposition de la Commission, peut adopter sans retard une décision au moyen d'un acte d'exécution, qui définit les mesures d'atténuation de ces risques devant être mises en œuvre par l'Agence » et paragraphe 3 : « [...] la décision du Conseil visée au paragraphe 1 prévoit qu'une ou plusieurs des mesures suivantes doivent être prises par l'Agence: a) organiser et coordonner des interventions rapides aux frontières et déployer des équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes issues de la réserve de réaction rapide ainsi que des équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes supplémentaires, le cas échéant; b) déployer des équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes dans le cadre des équipes d'appui à la gestion des flux migratoires dans les zones d'urgence migratoire; c) coordonner des activités pour un ou plusieurs États membres et pays tiers aux frontières extérieures, y compris des opérations conjointes avec des pays tiers voisins; d) déployer des équipements techniques; e) organiser des interventions en matière de retour ».

⁴⁸⁸ *Ibid.*, art 19, para 4 a).

⁴⁸⁹ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10. Rec num.

⁴⁹⁰ Édouard DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », (2017) 53-3 *RTD Eur* 457.

⁴⁹¹ *Ibid* à la p 464.

droits fondamentaux des personnes migrantes ainsi que certains experts, en s'appuyant sur des arguments plus ou moins juridiques, ont voulu identifier cette agence comme le principal ennemi des personnes migrantes et comme le symbole d'une politique migratoire européenne défaillante et disproportionnellement penchée vers la sécurisation.

409. Or, suivant une approche modérée et réaliste, il est inévitable de reconnaître qu'une organisation de la taille de l'UE soit dotée d'instruments efficaces – voire répressifs – pour assurer un contrôle effectif de ses frontières. Cependant, dans un système inspiré par les principes de l'État de droit, il est impératif de garantir un contrôle tout aussi efficace afin que tout pouvoir coercitif soit exercé dans le respect des droits fondamentaux. Au niveau de l'UE, les jalons sont posés en ce sens par la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* mais, à présent, le problème de l'effectivité du contrôle de ces pouvoirs reste non résolu, voire même amplifié par la structure hybride de la nouvelle agence Frontex, toujours partagée entre l'autonomie et l'interétatisme⁴⁹². Elle répond, en effet, au modèle des agences décentralisées d'exécution, mais occupe une place toute particulière par le fait que lui sont délégués des pouvoirs coercitifs de substitution larges et dépourvus d'un contrôle préalable des organes législatifs. La véritable menace aux droits fondamentaux des personnes migrantes en

⁴⁹² Cela malgré la présence, dans le *Règlement 2016/1624*, de dispositions telles que le considérant 47, qui fait référence directe aux sources de droit international et européen de droits de l'Homme : « Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, lequel comprend l'Agence et les autorités nationales des États membres chargées de la gestion des frontières, y compris les garde-côtes dans la mesure où ils effectuent des tâches de contrôle des frontières, devrait mener à bien ses missions en respectant pleinement les droits fondamentaux, notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée "Charte"), la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit international applicable, y compris la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention relative au statut des réfugiés et les obligations relatives à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement, la convention des Nations unies sur le droit de la mer, la convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, et la convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes ». UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, considérant 47.

situation irrégulière est due, donc, à la défaillance de contre-pouvoirs efficaces, capables de contrecarrer les risques d'une répression indiscriminée des migrations. Voilà la complexité de la nature et du rôle de la nouvelle agence européenne garde-frontières et de garde-côtes, qui se reflète, dans toute son importance, sur le champ de l'imputabilité de la responsabilité⁴⁹³.

2) *La multiplication du contrôle politique sur l'agence Frontex : symptôme d'efficacité?*

410. Plusieurs auteurs identifient, dans la multiplicité des instances de contrôle sur les agences de l'UE, le risque d'une dilution de l'efficacité de ce dernier⁴⁹⁴. La démultiplication des niveaux de contrôle, notamment en matière de respect des droits fondamentaux, sur les opérations menées par l'agence Frontex, risque d'avoir un effet tout simplement « lénifiant »⁴⁹⁵ en raison de la faible efficacité opérationnelle de ce suivi. La

⁴⁹³ Par ailleurs, l'agence de l'UE pour la protection des droits fondamentaux (FRA) se voit interdire, dans son mandat, de s'intéresser aux actions de l'UE prises en dehors du territoire de l'UE, précisément là où Frontex agit principalement.

⁴⁹⁴ Loïc GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-159 à la page 144. L'auteur parle de « contrôle en mille feuilles » en se référant aux contrôles financiers, administratifs et politiques des agences au sein de la Commission. Dans le même sens, Aude Bouveresse affirme que « la multiplicité des contrôles et des instances de contrôle ne sont pas gage de leur qualité » et dénote une situation de « démultiplication des instances de contrôle [qui] fait douter de l'adéquation des mécanismes retenus et [qui] présente indéniablement le risque de diluer la responsabilité de Frontex ». Aude BOUVERESSE, « Frontex une agence responsable et sous contrôles ? Ni blanc-seing ni «dirty hands» », (2017) 53-3 *RTD eur* 477-496, 478.

⁴⁹⁵ Fabienne GAZIN, « Peut-on mettre du « vin nouveau dans de vieilles outres »? : approche critique des activités de la nouvelle agence Frontex sous l'angle des droits fondamentaux », (2017) 53-3 *RTD eur* 497, 499. L'auteur pose la question suivante : « La multiplication des dispositifs et des références aux droits fondamentaux est-elle suivie d'une protection effective des droits? Ne s'agit-il pas principalement d'un «discours», dont le caractère répétitif, voire «mantramique», pourrait même avoir un effet lénifiant? »

répétition « mantramique »⁴⁹⁶ des activités de contrôle prévue par la réforme rend extrêmement ardu d'identifier clairement l'institution de l'UE qui est en mesure d'attribuer à Frontex la responsabilité des actions, commises matériellement par ses agents ou par le personnel sous son contrôle et, ou sa coordination. Afin de mieux comprendre cet aspect, il nous faut brièvement illustrer, d'abord, le contrôle politique auquel l'agence est soumise pour, ensuite, vérifier la justiciabilité de ses actions devant la CJUE.

411. La version anglaise du règlement de 2019 fait référence à la notion large de responsabilité, indiquée par le mot « *accountability* », qui se définit comme étant l'obligation, pour un acteur (institutionnel), de justifier et d'expliquer sa conduite devant un forum ayant un pouvoir de jugement sur les résultats de ses actions⁴⁹⁷. Une lecture systémique des traités et du *Règlement 2019/1986* démontre que la responsabilité à laquelle Frontex fait face est multiniveau. Tout d'abord, uniquement sur le plan politique, il existe une responsabilité de l'agence envers la Commission, qui a la tâche d'assurer le bon fonctionnement de toutes les agences. Ensuite, il y a aussi un lien de responsabilité envers le Conseil, qui confie à l'agence des mandats spécifiques – notamment pour les opérations sous l'article 42 du règlement. Enfin, la réforme a renforcé les pouvoirs du PE⁴⁹⁸ en la matière, lequel exerce aujourd'hui un contrôle accru (mais pas absolu) sur certains aspects d'envergure, comme l'approbation du budget sur la base d'une programmation pluriannuelle

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ Mark Bovens, « *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism* » (2010) 33:5 West Eur Polit 946-967 à la p 948. « *Accountability is a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgments and the actor may face consequences* ».

⁴⁹⁸ L'article 6 du *Règlement 2019/1896* prévoit que Frontex est désormais responsable devant le Conseil et le Parlement. *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 art 6.

ainsi que la nomination du directeur exécutif, sur laquelle le PE émet un avis semi-contraignant⁴⁹⁹.

412. En matière de responsabilité, en particulier des responsabilités sur le plan politique, il faut toujours, aussi, avoir à l'esprit les limites concernant le partage de compétences entre l'agence et les États membres. Cet aspect, qui est le fruit de la complexe architecture juridique sur laquelle Frontex est bâtie, nous laisse affirmer que : « il est impossible de demander à Frontex plus de responsabilités qu'elle n'a de compétences »⁵⁰⁰.

B. L'Agence de garde-frontières et de garde-côtes : plus qu'une simple agence décentralisée, moins qu'un sujet concrètement justiciable

413. L'élargissement des pouvoirs d'une agence de l'Union devrait, en ligne de principe, correspondre à une possibilité accrue d'exercer un contrôle juridictionnel sur ses actes de la part de la CJUE. Pour reprendre la position de certains auteurs, « à la communautarisation de l'agence devait correspondre une plus grande communautarisation de son contrôle »⁵⁰¹. Dans le cas de la nouvelle agence de garde-côtes et garde-frontières, la

⁴⁹⁹ L'article 107, paragraphe 2 de règlement 2019/1896 prévoit que « [l]e directeur exécutif est nommé par le conseil d'administration », mais aussi que « [a]vant d'être nommés, les candidats proposés par la Commission sont invités à faire une déclaration devant la ou les commissions compétentes du Parlement européen et à répondre aux questions posées par les membres de ladite ou desdites commissions ». L'avis du parlement est semi-contraignant, dans la mesure où le conseil d'administration doit motiver, par écrit, sa volonté de ne pas suivre l'indication du Parlement européen lors de la nomination du directeur exécutif. Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 107, paragraphe 2.

⁵⁰⁰ Aude BOUVERESSE, « Frontex une agence responsable et sous contrôles ? Ni blanc-seing ni «dirty hands» », (2017) 53-3 RTD eur 477-496, 478.

⁵⁰¹ Aude BOUVERESSE, « Frontex: une agence responsable et sous controles? Ni blanc-seign ni “dirty hands” », (2017) n.3 RTD Eur., 485.

complexité de l'architecture juridique qui soutient cet organe de l'Union fait en sorte que la justiciabilité *in concreto* soit extrêmement difficile à atteindre⁵⁰².

414. Dans la complexité structurelle de l'agence Frontex se cache toute la difficulté à encadrer ce sujet de droit public en tant qu'acteur responsable de toutes ses actions et de celles de son personnel. Nous allons maintenant concentrer notre analyse sur le double niveau de contrôle judiciaire que la CJUE peut être appelée à exercer envers les actes de l'agence, en mettant en exergue la portée et les limites de l'action de la Cour. Le premier niveau de contrôle vise à vérifier la légalité des actes, notamment en fonction du lien entre compétences octroyées et imputabilité de la responsabilité, à la lumière des voies de recours prévus par le TFUE (1). Le deuxième niveau concerne le respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des missions de Frontex (2). Dans ce cadre, nous analyserons, notamment, l'efficacité du mécanisme de plainte individuelle introduit par la réforme de 2016 et perfectionné en 2019, afin de vérifier l'efficacité *in concreto* du système de protection des droits fondamentaux en vigueur.

1) *Quelle responsabilité pour l'agence Frontex?*

415. La légitimité passive des agences a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, qui a ouvert, sans aucun doute, la voie à l'évolution législative qui en a suivi. Depuis l'arrêt *Sogelma*⁵⁰³, qui admet *de facto* la justiciabilité des actes ayant une portée contraignante envers les tiers, le Juge de Luxembourg a repris le raisonnement

⁵⁰² Une synthèse extrêmement pertinente est faite en ce sens par Dominique RITLENG, « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », (2017) 53-3 *RTD Eur* 437, 437. « Le recours à une agence investie de missions à la fois de coordination et de substitution, de nature à la fois indépendante et intergouvernementale, dotée d'un corps de fonctionnaires à la fois européens et nationaux, est une illustration de la recherche d'un modèle hybride d'administration qui ne soit ni pleinement directe ni totalement indirecte, engendrant une forme complexe de confusion entre les niveaux nationaux et européen dans l'exercice des fonctions exécutives ».

⁵⁰³ CJCE, 8 octobre 2008, *Sogelma - Società generale lavori manutenzioni appalti Srl contre Agence européenne pour la reconstruction (AER)*, affaire T-411/06, [2008] Rec CE.II-02771.

fait dans l'arrêt *Les Verts*⁵⁰⁴ en fonction duquel il est possible d'affirmer que « le principe général selon lequel tout acte adopté par un organe communautaire et destiné à produire des effets juridiques à l'égard de tiers doit être susceptible de contrôle juridictionnel »⁵⁰⁵.

416. Le Traité de Lisbonne a dépassé ces incertitudes en introduisant des références directes aux agences (organes ou organismes de l'UE) à l'intérieur de presque tous les mécanismes de contrôle direct de la légalité des actes. L'action – ou l'inaction⁵⁰⁶ – d'une agence peut donc faire l'objet : d'un recours en annulation (l'article 263, paragraphes 1 et 5 du TFUE), d'un recours en carence (l'article 265 du TFUE), de l'exception d'illégalité (l'article 277 du TFUE), de la plainte auprès du Médiateur (l'article 228 du TFUE et l'article 43 de la *Charte*). En outre, sous la formulation des « organes ou organismes de l'UE » les agences sont également mentionnées dans l'article 267 du TFUE, relatif au mécanisme de renvoi préjudiciel⁵⁰⁷. Dans le cas spécifique de l'agence Frontex, bien qu'elle exerce des pouvoirs répressifs face aux migrations irrégulières, elle a été créée dans le cadre du chapitre II, consacré aux politiques relatives aux frontières, à l'asile et à l'immigration. Par conséquent, ses actions n'échappent pas au contrôle de la Cour, qui demeure limitée par les seules dispositions des chapitres IV et V du titre V du traité, concernant la coopération judiciaire en matière pénale ainsi que la coopération policière.

417. Sur le plan formel, le législateur a été clair en ajoutant, dans le règlement de 2019, l'article 98

La Cour de justice peut être saisie de recours en annulation des actes de l'Agence qui sont destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis de tiers, conformément à l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de recours en carence,

⁵⁰⁴ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, affaire C-294/83, [1986] Rec CE.01339.

⁵⁰⁵ CJCE, 8 octobre 2008, *Sogelma - Società generale lavori manutenzioni appalti Srl contre Agence européenne pour la reconstruction (AER)*, affaire T-411/06, [2008] Rec CE.II-02771, point 36.

⁵⁰⁶ Merijn CHAMON, « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », (2016) 52-2 *Cahiers de droit européen* 541-574, 555.

⁵⁰⁷ Le TFUE prévoit en effet que la CJUE est compétente pour statuer à titre préjudiciel aussi : « sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. » TFUE, article 267, paragraphe 1, lettre b).

conformément à l'article 265 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de recours en responsabilité extracontractuelle pour des dommages causés par l'Agence et, en vertu d'une clause compromissive, de recours en responsabilité contractuelle pour les dommages causés par des actes de l'Agence, conformément à l'article 340 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵⁰⁸.

418. Au panorama ci-dessus s'ajoutent des dispositions issues du *Statut de la Cour de justice*, aux termes desquelles les agences ont désormais la possibilité d'intervenir dans les jugements en cours, à la fois *ad adiuvandum* (article 40) et *ad opponendum* (article 42)⁵⁰⁹. Dans le premier cas, toutefois, les agences ne sont considérées, ni sur le même plan des requérants privilégiés (exemple : les institutions de l'Union), car elles doivent pouvoir « justifier d'un intérêt à la solution du litige soumis à la Cour », ni bénéficient des mêmes conditions procédurales des personnes physiques et morales, car ces dernières peuvent bien intervenir même dans les cas de litiges entre requérants privilégiés⁵¹⁰.

419. À première vue, le principal moyen pour faire valoir l'illégalité des actes de l'agence semblerait le recours en annulation. Cependant, la saisine de la Cour par le recours prévu à l'article 263 du TFUE, si elle est accessible pour les États membres ou pour les institutions UE – requérants privilégiés - elle est peu probable en concret si l'on considère la condition d'extrême vulnérabilité des requérants individuels, telles que des personnes migrantes qui fuient leur pays d'origine. Néanmoins, ce sont ces derniers qui risquent de faire face aux conséquences des mesures répressives de l'agence Frontex.

420. En effet, le *Traité de Lisbonne* prévoit des conditions assez restrictives aux recours en annulation des particuliers. Notamment, tel que le rappelle Laure Clément-Wilz, il semble fort peu probable que : « un requérant ayant fait l'objet d'une mesure de

⁵⁰⁸ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 98, paragraphe 1.

⁵⁰⁹ Protocole n° 3 sur le Statut de la Cour de Justice de l'Union Européenne, JO C 203/72, 7 juin 2016.

⁵¹⁰ En plus, les agences sont également traitées comme des institutions parties au procès, le tribunal pouvant leur demander de fournir, également, « toutes les informations qu'elles jugent nécessaires au procès ». Ibid, art 24.

refoulement, par exemple, puisse démontrer qu'il est *directement et individuellement* concerné par un acte de Frontex, au sens de l'article 263, alinéa 4, TFUE, si la mesure en cause avait été mise en œuvre par un agent national, quand bien même il portait le brassard de FRONTEX »⁵¹¹. Ces obstacles représentent une limite importante à la possibilité de la CJUE d'exercer un contrôle sur la légalité des actes de l'agence.

421. La spécificité de l'agence Frontex est aussi témoignée par le régime de la responsabilité extracontractuelle. Si l'article 340 du TFUE ne fait aucune mention des agences (ni des organes ou organismes) de l'UE parmi les sujets qui doivent « réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés » par ses agents, l'article 97 du *Règlement 2019/1896* reprend les dispositions en la matière déjà présentes dans le premier règlement Frontex⁵¹². Aux alinéas 4 et 5, il est clairement indiqué que « [e]n matière de responsabilité extracontractuelle, l'Agence répare, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions », et que « [l]a Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour les litiges concernant la réparation des dommages »⁵¹³ causés par ses services ou ses agents.

422. Cette disposition vient donc « combler le vide juridique laissé par l'article 340 TFUE »⁵¹⁴, qui vise l'Union comme le seul sujet responsable des obligations

⁵¹¹ Laure CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) n. 3 *RTD Eur.* 511, 513. Dans ce sens, voir aussi Leonhard HERTOOG, « The rule of law in the EU: Understandings, development and challenges », (2012) 53-3 *Acta Juridica Hungarica* 204-217, 185.

⁵¹² CE, *Règlement (CE) N° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2004] JO, L 349/1.

⁵¹³ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 art 97 §§ 4, 5.

⁵¹⁴ Laure CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) n. 3 *RTD Eur.* 511, 186.

extracontractuelles dues aux actions des institutions ou de ses agents, et ne prévoit pas de remèdes pour les gestes posés par les organes ou organismes de l'UE.

423. Le règlement de 2019 accorde à la CJUE la pleine compétence pour connaître les recours en responsabilité extracontractuelle de Frontex⁵¹⁵. Toutefois, la Cour de justice a développé une jurisprudence assez restrictive en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité de l'Union pour comportement illicite de ses organes. Elle fixe trois conditions préalables à la présentation de ce recours, difficiles à réunir. Tout d'abord, « le requérant doit prouver l'illégalité du comportement reproché à l'institution », ensuite il doit, aussi, prouver « la réalité du préjudice » et enfin il faudra vérifier « l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué »⁵¹⁶. Cette approche est partiellement atténuée par la jurisprudence *A et G*⁵¹⁷, qui reconnaît « un tempérament à cette règle lorsqu'un fait dommageable a pu être provoqué par plusieurs causes différentes et que

⁵¹⁵ En matière de compétence de la Cour pour connaître d'une action en responsabilité non contractuelle, voir CJUE, 18 avril 2013, Commission européenne contre Systran SA et Systran Luxembourg SA, affaire C-103/11 P.Rec num, points 56-62; CJUE, 29 juillet 2010, Françoise-Eléonor Hanssens-Ensch contre Communauté européenne, affaire C-377/09, [2010] Rec UE.I-07751, point 17. « [la Cour] est compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à l'article 288, deuxième alinéa, CE, lequel a pour objet ladite responsabilité non contractuelle. Cette compétence des juridictions communautaires est exclusive (voir en ce sens, notamment, arrêts du 13 mars 1992, Vreugdenhil/Commission, C-282/90, Rec. p. I-1937, point 14, ainsi que du 26 novembre 2002, First et Franex, C-275/00, Rec. p. I-10943, point 43 et jurisprudence citée) ».

⁵¹⁶ CJUE, 27 avril 2016, European Dynamics Luxembourg SA e.a. contre Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, affaire T-556/11 [non encore publié], point 264; CJUE, 19 avril 2012, Artegoda GmbH contre Commission européenne, affaire C-221/10 P.Rec num, point 80.

⁵¹⁷ CJUE, 12 janvier 2010, A et G contre Commission européenne, affaires jointes F-124/05 et F-96/06.Rec num, point 213. « Selon la jurisprudence, c'est à la partie requérante qu'il appartient, dans le cadre d'un recours en indemnité, d'établir que les conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union européenne sont réunies. Il existe toutefois un tempérament à cette règle lorsqu'un fait dommageable a pu être provoqué par plusieurs causes différentes et que l'institution défenderesse n'a apporté aucun élément de preuve permettant d'établir à laquelle de ces causes ce fait était imputable, alors qu'elle était la mieux placée pour rapporter des preuves à cet égard, de sorte que l'incertitude qui demeure doit être mise à sa charge (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal de première instance du 8 juillet 2008, Franchet et Byk/Commission, T-48/05, Rec. p. II-1585, points 182 et 183) ».

l'institution défenderesse n'a apporté aucun élément de preuve » capable d'identifier clairement la cause à laquelle le fait est imputable.

424. Une fois toutes les conditions réunies, il est dès lors possible de demander la réparation des dommages à l'agence pour les gestes directement posés par ses agents ou par les garde-frontières nationaux détachés lors des missions coordonnées ou commandées par Frontex. En plus, selon l'avis de certains auteurs comme Laure Clément-Wilz⁵¹⁸, l'application *mutatis mutandis* que la Cour fait des critères applicables contre les comportements illicites de la Commission aux actes des agences ouvre aussi la voie à la possibilité d'engager la responsabilité d'un organe de l'Union lorsqu'elle a failli dans son devoir de surveillance de l'action des États⁵¹⁹. Ces considérations nous amènent à une question : au vu de la nouvelle réforme de l'agence, est-il toujours possible de demander (via le recours prévu à l'article 340 du TFUE) directement à Frontex la réparation des dommages causés dans le cadre de ses missions, par violation de la responsabilité extracontractuelle?

425. Dans le cas tout particulier de l'article 42 du *Règlement 2019/1896*, qui prévoit l'intervention directe de l'agence lors d'une « situation aux frontières extérieures nécessitant une action urgente » et qui représente la situation la plus susceptible d'occasionner des comportements illicites qui pourraient faire l'objet d'une action en responsabilité extracontractuelle, il y a un passage normatif qui « court-circuite » ce système juridictionnel. L'intervention directe des garde-côtes et garde-frontières européens a lieu suite à une « décision du Conseil qui définit les mesures d'atténuation des risques devant être mises en œuvre par l'Agence »⁵²⁰. La décision du Conseil fixe le mandat à confier à Frontex et choisit,

⁵¹⁸ Laure CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) n. 3 *RTD Eur.* 511, 186.

⁵¹⁹ CJCE, 28 avril 1971, *Alfons Lütticke GmbH contre Commission des Communautés européennes*, affaire 4-69, [1971] Rec CE.00325, points 14-19; CJCE, 10 mai 1978, *Société pour l'exportation des sucres SA contre Commission des Communautés européennes*, affaire 132/77, [1978] Rec CE.01061, point 26, 27.

⁵²⁰ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 article 42, paragraphe 1. « le

aussi, les modalités d'intervention parmi celles prévues au paragraphe 3 de l'article 42⁵²¹. À l'agence, ne reste donc que la mise en œuvre et l'exécution des mesures établies dans la décision du Conseil⁵²².

426. La marge discrétionnaire presque inexistante de l'agence laisse donc envisager que, dans le cas spécifique de l'article 42 du règlement de 2019, le requérant devrait demander à la Cour de justice la réparation de dommages directement au Conseil. Les autorités nationales impliquées se trouvent aussi dans une position ambiguë, car l'État éventuellement concerné est tenu de « coopère[r] avec l'Agence dans la mise en œuvre » de la décision du Conseil. Or, bien que la responsabilité civile et pénale demeure en priorité aux États hôtes ou d'origine, selon les articles 84 et 85 du *Règlement 2019/1896*, et que tout éventuel conflit doit être réglé par la Cour de justice⁵²³, qu'en est-il de la responsabilité extracontractuelle?

427. Jusqu'à très récemment, la jurisprudence de la CJUE avait été réticente à reconnaître la responsabilité extracontractuelle du Conseil,⁵²⁴ mais, par le biais d'arrêts rendus en 2018, le Juge de Luxembourg a reconnu sa pleine compétence pour connaître des

Conseil, se fondant sur une proposition de la Commission, peut adopter sans retard une décision au moyen d'un acte d'exécution, qui définit les mesures d'atténuation de ces risques devant être mises en œuvre par l'Agence et exige de l'État membre concerné qu'il coopère avec l'Agence dans la mise en œuvre de ces mesures. ».

⁵²¹ Ibid, art 42, para 3. « Afin d'atténuer le risque de compromettre le fonctionnement de l'espace Schengen, la décision du Conseil visée au paragraphe 1 prévoit qu'une ou plusieurs des mesures suivantes doivent être prises par l'Agence (...) ».

⁵²² Ibid, art 42, para 6. « L'Agence déploie sans retard (...) le personnel (...), pour l'exécution pratique des mesures mentionnées dans la décision du Conseil visée au paragraphe 1 du présent article ».

⁵²³ Selon le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2012), JO, C 326, art 273.

⁵²⁴ Probablement à cause de la nature éminemment politique de cette institution.

recours pour réparation d'actes commis dans l'exécution de décisions du Conseil⁵²⁵ ou d'autres « entités » de l'Union lui étant connexes, tel que l'Eurogroupe⁵²⁶.

428. Dans le même sens, l'affaire *Chrysostomides*⁵²⁷ représente une importante avancée en matière d'imputabilité de responsabilité aux États membres dans l'exécution de règlements de l'Union. Nous pourrions supposer, alors, une interprétation extensive de ce principe, arrivant à englober, aussi, dans le contrôle de la Cour, les actes des organes ou des organismes de l'UE. De telle manière, il serait possible de dépasser la plus grande limite qui se pose à l'individuation du sujet responsable *in concreto* des actions posées dans le cadre des missions de l'agence Frontex. Cette ambiguïté est due au régime de responsabilité partagée entre Frontex et les États membres, assurant ainsi un contrôle plein de la part de la CJUE aussi sur les actes des agents des États invités ou sur ceux commis par des agents de l'État hôte des opérations de l'agence.

⁵²⁵ CJUE, 18 juillet 2018, *Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC e.a. contre Conseil de l'Union européenne e.a.*, affaire T-680/13.Rec num, point 85.

⁵²⁶ *Ibid.*, point 113. « Il s'ensuit que l'Eurogroupe est une entité de l'Union formellement instituée par les traités et destinée à contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union. Sont donc imputables à l'Union les actes et les comportements de l'Eurogroupe dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées par le droit de l'Union ». Dans le même sens, CJUE, 13 juillet 2018, *Eleni Pavlikka Bourdouvali e.a. contre Conseil de l'Union européenne e.a.*, affaire T-786/14.Rec num, point 109.

⁵²⁷ CJUE, 18 juillet 2018, *Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC e.a. contre Conseil de l'Union européenne e.a.*, affaire T-680/13.Rec num, points 81-84. « il n'est pas exclu que le juge de l'Union puisse connaître d'un recours tendant à la réparation de dommages causés par un acte ou un comportement par lequel une autorité nationale assure l'exécution d'une réglementation de l'Union. En pareil cas, il convient de vérifier, pour fonder la compétence du juge de l'Union, si l'illégalité alléguée à l'appui du recours émane bien d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union ou de l'un de ses agents agissant dans l'exercice de ses fonctions et ne peut être regardée comme étant, en réalité, imputable à l'autorité nationale en cause. Tel est le cas lorsque les autorités nationales ne disposent d'aucune marge d'appréciation pour mettre en œuvre une réglementation de l'Union entachée d'une telle illégalité ».

2) *Quelle efficacité du mécanisme de plainte pour violation des droits fondamentaux?*

429. La deuxième et dernière composante du contrôle sur les actes de Frontex concerne la protection des droits fondamentaux. Sur ce point, le *Règlement 2019/1896* a renforcé le mécanisme de traitement des plaintes individuelles, déjà introduit par la réforme de 2016. Grâce à ce mécanisme :

Toute personne directement touchée par les actions du personnel participant à une opération conjointe, à un projet pilote, à une intervention rapide aux frontières, au déploiement d'une équipe d'appui à la gestion des flux migratoires, à une opération de retour ou à une intervention en matière de retour, et qui estime que ces actions ont porté atteinte à ses droits fondamentaux, ou toute partie représentant une telle personne, peut adresser une plainte, par écrit, à l'Agence⁵²⁸.

430. L'Officier aux droits fondamentaux, qui est nommé par le conseil d'administration, rend compte à ce dernier et coopère avec le forum consultatif⁵²⁹, est chargé du traitement des plaintes reçues par l'agence conformément au droit à une bonne administration. Le rôle de l'Officier aux droits fondamentaux est renforcé par la réforme de 2019. Ces compétences sont élargies et bien détaillées à l'article 109 dudit règlement, qui prévoit qu'en plus de donner son avis sur tous les aspects concernant les droits fondamentaux, il peut désormais aussi « émettre des avis sur les arrangements de travail »⁵³⁰.

431. Environ dix-huit mois après la création du mécanisme de plainte individuelle, dans l'une des périodes qui a fait enregistrer (après l'été 2015) le plus grand nombre d'arrivées sur les côtes grecques et italiennes et qui a vu l'agence Frontex et les États

⁵²⁸ UE, *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 111, paragraphe 2.

⁵²⁹ *Ibid.*, art 108.

⁵³⁰ UE, *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295 article 109, paragraphe 2, lettre f).

membres aux prises avec de nombreuses opérations de sauvetage en mer Méditerranée, les chiffres sur le fonctionnement dudit mécanisme laissent comprendre son inefficacité. Jusqu'au mois de mars 2018, l'Officier aux droits fondamentaux avait reçu dix-huit plaintes, desquelles cinq ont été jugées admissibles et transmises aux autorités compétentes des États membres concernés. De ces dernières, deux avaient déjà fait l'objet d'une réponse de la part des autorités nationales, et les trois autres étaient encore pendantes⁵³¹.

432. Les défaillances de ce mécanisme, dénoncées par la plupart des associations et organismes internationaux pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes, ont une double nature. Premièrement, le déficit d'indépendance de l'Officier aux droits fondamentaux nuit à sa crédibilité et limite énormément l'efficacité de son action. Le Rapporteur spécial des Nations unies pour les droits de l'Homme des migrants a dénoncé ce manque d'indépendance et le pouvoir discrétionnaire excessif laissé au Directeur exécutif. Dans son rapport annuel de 2018, le Rapporteur a identifié ces deux éléments comme étant les défauts principaux de cette réforme⁵³². Deuxièmement, il s'agit d'un mécanisme totalement interne, qui ne prévoit aucune possibilité de recours devant la Cour de justice, le Médiateur européen ou quelque autorité nationale ni contre l'évaluation d'admissibilité de l'Officier, ni sur la décision sur le fond du Directeur exécutif. Le mécanisme de plainte est

⁵³¹ Ces informations ont été recueillies grâce à une demande directe d'accès à la documentation, en application de l'article 2, paragraphe 1 du règlement 1049/2001, faite le 13 mars 2018 par échange de courrier électronique dans le cadre des recherches relatives à la présente étude. Voir CE, Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, [2001] JO, L 145/43, art 2, para 1.

⁵³² CONSEIL DES DROITS L'HOMME, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants (Notes du Secrétariat), Doc off AG NU, 38e sess, A/HRC/38/41 (2008) au para 84. « Les migrants devraient avoir accès à des mécanismes de plainte pour dénoncer les comportements répréhensibles, les actes de violence ou les mauvais traitements dont ils ont été victimes avant, pendant et après leur retour. Bien qu'un mécanisme de plaintes individuelles ait été prévu par l'Union Européenne dans le Règlement 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil (art. 72), la réglementation est assez inefficace car elle repose en grande partie sur le pouvoir discrétionnaire des organes de contrôle interne. Il manque une définition claire de ce que constitue le « suivi approprié » devant être assuré par Frontex ou par les États, et du rôle qu'un responsable des droits fondamentaux de Frontex peut jouer dans le suivi ».

donc bien loin d'apporter un niveau de protection comparable à ce qui est garanti par les chambres de recours présentes dans d'autres agences jouissant d'un pouvoir décisionnel⁵³³.

433. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), dans son rapport de 2018⁵³⁴, avait présenté à la Commission ses propositions concernant le projet de réforme du *Règlement 1624/2016* qui est devenu aujourd'hui le *Règlement 2019/1896*. Parmi les 25 opinions formulées, plusieurs ont été intégrées par le législateur. Tout d'abord, la création d'un office (au lieu d'un simple Officier) doté de personnel capable de suivre, en même temps, les multiples actions de l'Agence⁵³⁵; aujourd'hui l'Officier aux droits fondamentaux est assisté par un adjoint et peut nommer des contrôleurs aux droits fondamentaux, capables d'assurer le suivi de toute sorte d'opérations. Ensuite, il avait été suggéré d'octroyer à l'Officier des pouvoirs d'initiative concernant la possibilité d'activer d'office le mécanisme de plainte et de faire des visites non annoncées dans les lieux (y compris navires, bateaux, etc.) des missions de Frontex; l'article 109 du règlement de 2019, à sa lettre b) prévoit que l'Officier peut aujourd'hui mener des enquêtes sur toute opération de Frontex, et la lettre g) du même article lui octroie le droit d'effectuer des visites « sur les lieux d'opérations conjointes, d'interventions rapides aux frontières, de projets pilotes, de déploiements d'équipes d'appui à la gestion des flux migratoires, d'opérations de retour ou d'interventions en matière de retour, y compris dans les pays tiers ». Enfin, aussi l'appel à la transparence a été écouté, avec la publication d'un rapport annuel sur les activités de l'Officier pour la protection des droits fondamentaux.

⁵³³ Merijn Chamon, « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE » (2016) 52:2 *Cah DROIT Eur* 541-574 à la p 555. « Toutes les agences décisionnelles sont dotées d'une (ou plusieurs) chambre(s) de recours interne(s) (...). La chambre de recours a une double fonction. D'une part, elle joue le rôle d'un filtre, abaissant le nombre d'affaires portées devant le Tribunal, et d'autre part, elle fonctionne comme un organe d'examen spécialisé (dans la matière sur laquelle intervient l'agence) ».

⁵³⁴ FRA, *The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion – 5/2018 [EBCG], Vienne, le 27 novembre 2018, en ligne : <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-opinion-ebcg-05-2018_en.pdf> (consulté le 5 avril 2019).

⁵³⁵ *Ibid* à la p 24.

434. Un point, qui avait pourtant été soulevé par l'agence FRA, reste à présent sans réponse et risque de mettre à mal presque tous les progrès nommés jusqu'ici. Il s'agit de l'absence de procédures d'appel aux décisions de l'Officier qui démontre la persistance d'un important défaut de protection juridictionnelle.

435. Cela représente la plus grande limite, à l'heure actuelle, au contrôle de la CJUE sur les actions de l'agence Frontex. La réforme, donc, introduit des changements qui n'ont pas l'effet de générer une véritable hausse du niveau de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes. Face aux actions de l'agence, la protection juridictionnelle *in concreto*, reste purement théorique.

436. En guise de conclusion, nous rappelons ici deux considérations faites par A. Bouveresse. La première concerne directement l'efficacité du contrôle juridictionnel sur les actions de l'agence Frontex:

L'efficacité du contrôle juridictionnel demeure faible. Dispersé entre les juridictions nationales et la Cour de justice en raison de la répartition confuse des responsabilités dans l'exercice de ses missions et de la composition mixte du corps européen, il devient peu accessible. De plus, si (...) la responsabilité extracontractuelle de Frontex peut être engagée devant la Cour pour « réparation des dommages causés par les services de l'agence ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions », la responsabilité de l'Union demeure une responsabilité partielle et subsidiaire. Dans la pratique, la responsabilité sera imputée à l'État, principalement hôte, voire d'origine, mais non à l'agence⁵³⁶.

437. La deuxième consiste en une réflexion plus large sur l'évolution future de l'agence Frontex. Elle se situe actuellement, selon l'auteur, dans une « étape charnière où les compétences nationales ont été, par nécessité, de fait peu à peu transférées au niveau de l'Union. La nécessité faisant loi, elle a abouti à ce qu'il soit à terme confié légalement une compétence à l'Union »⁵³⁷. Compte tenu de la difficulté de dépasser les « revendications des États membres », l'option de confier temporairement l'exécution du contrôle aux frontières à une agence « offre l'avantage de son apparente indépendance au regard des instances

⁵³⁶ Aude BOUVERESSE, « Frontex: une agence responsable et sous contrôles? Ni blanc-seign ni "dirty hands" », (2017) n.3 *RTD Eur.*, 84.

⁵³⁷ *Ibid* à la p.87.

politiques et, particulièrement, de la Commission »⁵³⁸. Ce processus est caractérisé par le fait que, d'un côté, les États délèguent à l'agence toute action technique en gardant un contrôle politique et, de l'autre, l'Union obtient une centralisation progressive de la mise en œuvre de la politique commune en matière de gestion des frontières. La résultante est que « moins qu'une gestion décentralisée des politiques européennes, Frontex, tout particulièrement, est l'instrument institutionnel propre à favoriser leur centralisation »⁵³⁹.

SECTION 4 : LES ACCORDS ENTRE PAYS MEMBRES ET PAYS TIERS POUR LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS AVANT L'ENTRÉE : ENTRE GESTION DES FRONTIÈRES ET ENTRAVE AU DROIT D'ASILE

438. Le dernier élément que nous nous apprêtons à analyser, dans le cadre de ce chapitre consacré à la répression « avant l'entrée » des migrations irrégulières, concerne les accords entre pays membres et pays tiers visant à empêcher que les personnes migrantes puissent franchir les frontières européennes. Les partenariats bilatéraux, notamment entre États appartenant à la zone euro-méditerranéenne, ayant pour objet la gestion des flux migratoires – et souvent la réadmission des personnes en situation migratoire irrégulière – sont une pratique qui remonte au tout début des années quatre-vingt-dix⁵⁴⁰. Dans la même période, ces initiatives ont été encouragées par les institutions de l'UE. Pensons, notamment, au processus de Barcelone entamé en 1995 et au Conseil européen de Tampere de 1999.

⁵³⁸ *Ibidem*

⁵³⁹ *Ibidem*

⁵⁴⁰ Les premiers accords entre l'Espagne et le Maroc ont été signés en 1992, voir (en espagnol) *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*, 13 février 1992, 100 BOE 13969 (Espagne). L'Italie a signé sa première entente avec un pays africain visant la réadmission de ses ressortissants avec la Tunisie, sous la forme d'échange de notes, le 6 août 1998, voir (en italien) : *Scambio di note concernente l'ingresso e la riammissione delle persone in posizione irregolare*, 6 août 1998.

Néanmoins, la récente évolution de ce phénomène revêt une nature différente : la conclusion de la part de certains États membres de partenariats ⁵⁴¹ pour la répression des migrations avant l'entrée, se base aujourd'hui sur le soutien direct – politique et financier – de l'UE. C'est dans ce dernier aspect, à savoir l'implication politique et financière de l'Union dans les initiatives des États membres visant la sécurisation de leurs propres frontières – qui sont aussi des frontières extérieures de l'UE –, que nous pouvons constater à la fois le rôle central de l'UE et les limites du contrôle de la Cour de justice sur ces actes.

439. Il s'agit, en effet, d'accord – conclus dans des formes plus ou moins conventionnelles, dépendamment des cas – qui, tout en étant essentiels pour la mise en œuvre de la politique européenne en matière migratoire, ne sont pas qualifiables d'actes de l'Union et échappent pour autant au contrôle du Juge de Luxembourg. L'importance des conséquences pratiques – et juridiques – de ces actes sur les droits fondamentaux des personnes migrantes, nous impose de consacrer les paragraphes qui suivent à ce sujet.

440. Une précision d'ordre méthodologique s'impose. Le sujet des accords entre pays membres et pays tiers touche aussi bien la répression « avant l'entrée » – avec l'externalisation du contrôle des frontières aux pays voisins de départ et transit –, que la répression à la sortie du territoire, notamment en référence aux accords de réadmission des personnes migrantes en condition irrégulières. Raison pour laquelle, ce dernier aspect sera traité plus amplement dans le Titre 2 consacré à « la cristallisation des pratiques de répression des migrations à la sortie ». Dans les lignes qui suivent nous nous limiterons donc à analyser l'impact des accords entre pays-membres et pays tiers visant à anticiper tout contrôle migratoire et à empêcher l'entrée de personnes migrantes en condition irrégulière sur le territoire de l'UE.

441. Ce qui se produit à la frontière sud-ouest de l'UE montre clairement la complémentarité entre les initiatives des États pour la répression des migrations avant l'entrée et les politiques de l'UE. Nous nous concentrerons donc sur deux exemples

⁵⁴¹ Rarement sous la forme de traités internationaux et plus souvent sous celle de *Memorandum of Understanding*.

extrêmement représentatifs de cette dynamique. Nous poserons d'abord notre regard critique sur les accords qui lient l'Espagne au Maroc, notamment pour la sécurisation des enclaves de Ceuta et Melilla (§1.), puis ensuite sur le *Memorandum of Understanding* signé en 2016 entre l'Italie et la Libye pour arrêter les départs du continent africain (§2.). Il s'agit de la mise en œuvre d'un nouveau modèle d'externalisation qui génère une criminalisation des personnes migrantes dans les pays de départ et de transit et qui, *de facto*, se soustrait à tout contrôle juridictionnel.

§1. LA COOPÉRATION AVEC LE MAROC : QUAND LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS À L'ENTRÉE DES FRONTIÈRES DE L'UE COMPORTE LA CRIMINALISATION DES MIGRATIONS À LA SORTIE DU CONTINENT AFRICAIN

442. Les relations avec le Maroc et la coopération avec ce pays ont souvent été prises en exemple pour le développement de la stratégie européenne en matière migratoire. Néanmoins, s'il y avait des leçons à tirer de l'exemple marocain, il est évident que ces dernières n'ont pas été suffisamment prises en compte ni par l'UE ni par ses États membres.

443. Le renforcement des frontières avec le Maroc a été une condition « de crédibilité » posée à l'Espagne pour l'adhésion à la convention Schengen en 1990. La politique dès lors adoptée par ce pays a représenté un précédent fondamental dans l'évolution des méthodes d'externalisation utilisées par d'autres pays membres ainsi que par l'UE elle-même (A). Parallèlement, les relations entre le Maroc et l'UE n'ont pas toujours suivi une évolution linéaire. La CJUE, dans son arrêt *Western Sahara campaign*⁵⁴², a su parfaitement identifier les raisons d'origine historique et géographique pour lesquelles ce pays du Maghreb cultive des intérêts particuliers envers l'UE et son marché intérieur. Ces raisons expliquent aussi le fait que la politique du « *more-for-more* » mise en place pour pousser les autorités

⁵⁴² CJUE, 27 février 2019, *Western Sahara Campaign UK*, affaire C-266/16. Rec num.

marocaines à endiguer les flux migratoires n'ont jamais produit d'effets durables (B). La signature du partenariat pour la mobilité UE-Maroc en 2013⁵⁴³ n'a jamais abouti à un accord de réadmission entre les deux parties - véritable but de l'UE -, et cela surtout à cause des importants enjeux concernant les ressortissants de pays tiers (*third country nationals*) présents au Maroc. En effet, les autorités marocaines n'entendent pas assurer la charge de la gestion d'éventuelles procédures de réadmission touchant les centaines de ressortissants ivoiriens, syriens, congolais, irakiens, palestiniens qui tentent la voie de l'Europe transitant par ses frontières.

A. L'accord entre l'Espagne et le Maroc : premier exemple de criminalisation « par induction »

444. Le premier accord entre le Royaume d'Espagne et le Royaume du Maroc sur la circulation des personnes, le transit et la réadmission des étrangers entrés illicitement a été signé le 13 février 1992⁵⁴⁴. La priorité du gouvernement de Madrid était de sécuriser ses frontières avec le pays africain, empêcher toute arrivée dans les enclaves de Ceuta et de Melilla et s'assurer de la rapidité des opérations de réadmission de personnes migrantes parties ou ayant transité par le Maroc.

445. Parallèlement, vers la fin des années 1990 et le début des années 2000, l'UE adoptait des lignes directrices destinées à marquer sa politique migratoire pour les décennies à venir. Parmi les effets des conclusions du Conseil de Tampere de 1999, du Conseil de

⁵⁴³ *Déclaration conjointe établissant un partenariat de mobilité entre le Royaume du Maroc et l'Union européenne et ses États membres*, 1 mars 2013, en ligne : 7 juin 2013 <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/news/news/2013/docs/20130607_declaration_conjointe-maroc_eu_version_3_6_13_fr.pdf> (consulté le 21 octobre 2017).

⁵⁴⁴ *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*, 13 février 1992, 100 BOE 13969 (Espagne).

Séville de 2003 et de la conférence de Barcelone de 2005⁵⁴⁵ dans les pays africains partenaires, l'on remarque l'adoption de mesures qui criminalisent l'immigration et l'émigration irrégulière. Le Maroc, en 2003, avec la *Loi n° 02-03 relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières*⁵⁴⁶ a été le premier pays à avoir introduit une mesure législative visant à pénaliser l'émigration irrégulière. Ensuite, la Tunisie, l'Algérie et d'autres pays de l'Afrique septentrionale ont adopté des mesures semblables⁵⁴⁷. Dans un deuxième temps, plusieurs pays du Maghreb et de la région sahélienne ont adopté des lois qui encadrent pénalement la lutte contre la traite des êtres humains et le trafic de personnes migrantes⁵⁴⁸.

446. Or, l'Espagne et le Maroc ont un véritable accord, au sens du droit international, qui date de 1993. Cet accord se compose de trois chapitres consacrés, respectivement, à la réadmission des ressortissants irréguliers, au transit aux fins d'expulsion

⁵⁴⁵ « Le processus de Barcelone », (2008) 302-1 *Revue Projet* 70, 70. « Du 25 au 27 novembre 1995, lors d'une conférence intergouvernementale tenue à Barcelone, les 15 pays membres de l'Union européenne et douze pays du sud et de l'est de la Méditerranée adoptaient la Déclaration de Barcelone sur le partenariat euro-méditerranéen qui définissait trois volets de coopération : politique et sécuritaire, économique et financier, culturel, social et humain. Cette déclaration ouvrait le chemin à la négociation – qui a pris plusieurs années – de conventions d'association entre l'Union européenne et ces douze pays (Maroc, Algérie, Tunisie, Égypte, Israël, Autorité palestinienne, Jordanie, Liban, Syrie, Turquie, Chypre et Malte). À partir de 2003, ce partenariat a été englobé dans la politique européenne de voisinage de qui concerne également les pays situés à l'est de l'Union européenne. En 2005, à l'occasion du dixième anniversaire de la conférence de Barcelone, un sommet organisé dans la même ville débouche sur un bilan contrasté du processus euro-méditerranéen ».

⁵⁴⁶ *Loi n° 02-03 relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières*, (2003) Bulletin officiel (Royaume du Maroc), n° 5162 du 20 novembre 2003.

⁵⁴⁷ Delphine PERRIN, « Quand le Niger et le Maroc entravent la libre circulation en Afrique », (2018) 119-4 *Plein droit* 19, 30. « une première vague législative, qui a notamment mené à la consécration juridique du délit d'« émigration irrégulière », a essentiellement concerné l'Afrique méditerranéenne au cours de la décennie 2000, avec des réformes adoptées successivement au Maroc (2003), en Tunisie (2004), en Algérie (2008, 2009), en Égypte (2005) et en Libye (2004, 2010) ».

⁵⁴⁸ *Ibid* à la p 30. « Mauritanie 2003, Sénégal 2005, Algérie 2009, Niger et Égypte en 2010, Mali en 2012, Maroc et Tunisie en 2016 et Égypte en 2016 ».

et aux mesures procédurales comme la création d'un comité mixte hispano-marocain pour la gestion et le suivi.

447. Ce même accord a fait l'objet de nombreuses critiques. Certains juristes ont souligné l'aspect « problématique »⁵⁴⁹ de sa mise en œuvre, notamment en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux et les « irrégularités commises par l'Espagne au cours de la procédure et l'abandon par le Maroc des migrants dans le désert des frontières sud »⁵⁵⁰.

448. Dans l'affaire *ND et NT c Espagne*⁵⁵¹, la CEDH affirme, à l'unanimité, que l'éloignement d'un ressortissant malien et d'un ressortissant ivoirien, pénétrés illégalement dans l'enclave de Melilla, a été opéré en violation de l'article 4 du *Protocole n° 4 CEDH* (interdiction des expulsions collectives d'étrangers), et de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné à l'article 4 du *Protocole n° 4*.

449. La société civile, et les ONG comme Amnesty internationale Espagne, ont demandé à plusieurs reprises de cesser les expulsions expresses vers le Maroc, car la rapidité avec laquelle ces expulsions sont menées

peut difficilement garantir l'accès à une procédure individualisée avec toutes les garanties et, par conséquent, à un avocat et à un interprète de qualité, ainsi qu'une identification adéquate des demandeurs d'asile potentiels, des mineurs étrangers non accompagnés ou des membres de collectifs ayant des besoins spécifiques⁵⁵².

⁵⁴⁹ Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, « El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla », (2006) 22 *Anuario español de derecho internacional* 255.

⁵⁵⁰ *Ibid* à la p. 256.

⁵⁵¹ CourEDH, 3 octobre 2017, n° 8675/15 et 8697/15, [2017], *N.D. et N.T. c. Espagne*, *Rec Num.*

⁵⁵² AMNISTIE INTERNATIONALE, « Espagne. Il faut abroger la loi qui permet de procéder à des expulsions en dehors de toute procédure légale » (25 septembre 2018), en ligne : <<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2018/09/spain-repeal-law-allowing-people-to-be-expelled-without-due-process/>> (consulté le 30 octobre 2018).

450. L'hypothèse qu'un tel accord – et les relatives actions de mise en œuvre – soit compatible avec le droit européen, la CDFUE, la *Directive « retour »*⁵⁵³ et tous les actes de droit dérivé pertinents, est difficilement acceptable.

451. Cette criminalisation « par induction » ou par « incitation » est le fruit d'une politique européenne – et globale⁵⁵⁴ - bien précise menée ouvertement par les pays de destination. Il s'agit d'encourager les pays de départ et transit, avec le financement de politiques de développement, afin qu'ils adoptent des politiques visant à bloquer les flux migratoires, notamment par le biais de mesures - parfois législatives – à caractère répressif⁵⁵⁵. Cependant, les modalités de « récompense » ou de « châtement » des pays voisins de transit ou d'origine des personnes migrantes ont beaucoup évolué dans les cinq dernières années, et l'accord Espagne-Maroc en est la preuve évidente.

452. Les moyens utilisés aujourd'hui sont en large partie européens, car à la suite de la crise des réfugiés de 2015, l'UE a changé la destination de plusieurs fonds conçus et approuvés au départ pour la promotion des « politique de voisinage » à la faveur de la répression des migrations, via l'externalisation du contrôle migratoire⁵⁵⁶. Nous allons maintenant montrer les limites des efforts de l'UE qui dans les dix dernières années a

⁵⁵³ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

⁵⁵⁴ Idil ATAK et François CRÉPEAU, « National security, terrorism and the securitization of migration », dans Vincent CHETAIL et Céline BAULOZ (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, coll. *Research Handbooks in International Law series*, Cheltenham (Royaume-Uni), Edward Elgar Publishing, 2014, p. 93.

⁵⁵⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Parlement européen et Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'Investissement, relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration*, COM(2016) 385 final, Strasbourg, le 7.6.2016.

⁵⁵⁶ Communiqué de presse de la Délégation de l'UE au Maroc - *Promouvoir l'intégration des migrants au Maroc - programme d'appui au partenariat pour la mobilité EU-Maroc* du 10.08.2018 : « La migration constitue un axe central des discussions et de la coopération entre l'Union européenne et le Maroc. Les programmes de migration de l'UE au Maroc pour la période 2014-2021 s'élèvent à environ 107 millions d'euros. ».

concentré ses ressources afin d’aboutir – sans y parvenir – a un accord de réadmission et à la stabilisation de l’externalisation du contrôle migratoire sur le sol marocain.

B. Les relations UE-Marc : du « *more-for-more* » au « *less-for-less* »⁵⁵⁷

453. Le 26 juillet 2018, à la suite du passage en force des frontières des enclaves Ceuta et Melilla par quelque 600 migrants, le président espagnol écrivait au président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, en demandant du soutien pour faire face à la pression migratoire. Dans sa lettre de réponse⁵⁵⁸, le président Juncker annonçait un financement de 55 millions d’euros, du Fonds fiduciaire d’urgence pour l’Afrique, destiné au Maroc et à la Tunisie et il a, ensuite, aussi confirmé la prise en charge de la part de la Direction générale de la migration et des affaires intérieures, de la requête de soutien financier de la garde civile espagnole. En termes juridiques, ces actions se traduisent par une importante allocation de ressources destinées à la mise en œuvre de l’accord entre l’Espagne et le Maroc.

454. L’UE et le Maroc ont, en effet, des accords bilatéraux qui concernent uniquement l’exploitation des ressources naturelles, notamment la pêche et l’accès au marché commun. Aucun acte contraignant n’a été adopté en matière de sécurisation des frontières ou de réadmission⁵⁵⁹. Le partenariat pour la Mobilité UE-Maroc présente une approche

⁵⁵⁷ Le titre et le contenu du présent paragraphe reprennent en partie le contenu de l’article Nora El QADIM, Carrera SERGIO et Jean-Pierre CASSARINO, « EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?, With Carrera S, Cassarino JP, Den Hertog L and al., CEPS (2016) », 2016.

⁵⁵⁸ Lettre du Président espagnol au Président de la Commission européenne, Bruxelles, le 31 juillet 2018.

⁵⁵⁹ En 2013 a été signée une simple déclaration conjointe. Déclaration conjointe établissant un partenariat de mobilité entre le Royaume du Maroc et l’Union européenne et ses États membres, 7 juin 2013, en ligne : <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/news/news/2013/docs/20130607_declaration_conjointe-maroc_eu_version_3_6_13_fr.pdf> (consulté le 21 octobre 2017).

complètement inspirée au modèle du « *more-for-more* » : plus l'État tiers (dans ce cas le Maroc) joue un rôle actif dans la répression des flux migratoires directs vers l'UE, plus cette dernière sera prête à financer des programmes de développement.

455. Le recours actuel au principe du « *more-for-more* » rappelle la proposition faite en 2002 par le Royaume-Uni et l'Espagne de conditionner le financement de l'aide au développement à la coopération avec l'UE en matière de gestion des migrations, en particulier à la signature d'un accord de réadmission, ainsi qu'aux contrôles et à la surveillance des frontières. La subordination du financement du développement à la mise en place de mesures concrètes visant à satisfaire les intérêts de sécurité intérieure liés au contrôle des migrations vers l'UE est également une source de luttes internes à la Commission depuis plusieurs années.

456. Parmi les instruments utilisés pour financer l'externalisation il est désormais possible opérer une distinction entre le Fonds d'asile, de migration et d'intégration (FAMI) et le Fonds de sécurité intérieure (ISF) poursuivant les objectifs internes de l'UE à l'étranger et les fonds de développement, à savoir l'Instrument de coopération au développement (ICD) que prennent comme point de départ la perspective de développement du pays tiers concerné.

457. Par conséquent, nous assistons aujourd'hui à un modèle d'externalisation qui voit dans l'UE un partenaire financier essentiel, et ayant comme acteurs principaux les États membres et les États tiers qu'entretiennent des relations internationales. Ce mécanisme est essentiel à la tenue et à la mise en œuvre de la politique migratoire de l'UE, tel qu'affirmé dans la *Déclaration de La Valette*⁵⁶⁰, mais elle reste complètement engloutie dans l'angle mort de la juridiction de la Cour de justice, laquelle ne peut se prononcer que sur des actes de l'Union ou des actes des États membres qui empêchent la réalisation des objectifs de l'UE.

458. Cependant, le levier financier ne suffit pas. Tel que cela a été clairement remarqué par nombreux auteurs comme Carrera, Cassarino et autres : « [L]es projets financés ne peuvent à eux seuls répondre aux préoccupations du Maroc. L'absence de canaux réguliers

⁵⁶⁰ *Déclaration politique, Sommet de La Valette sur la migration, 11 et 12 novembre 2015 [Déclaration de La Valette]*.

ouverts et flexibles de l'entrée et le séjour, et la reconnaissance limitée des intérêts et des préoccupations particulières du Maroc ne peuvent être compensés par de l'argent »⁵⁶¹.

459. En plus, le versement de fonds à un pays tiers ne représente pas un *alibi* pour ne plus vérifier le respect des obligations internationales en matière de protection des droits fondamentaux ⁵⁶². L'UE ne pourrait pas se borner à financer des programmes de développement, mais lui incombe un devoir de vérifier que les politiques d'asile mises en place dans les pays tiers partenaires, soient compatibles avec le droit et les principes de l'UE.

460. Si l'on regarde aussi l'exemple de l'entente UE-Turquie, il est possible de remarquer que dans ce cas - comme dans les relations avec le Maroc - face à un pays tiers ayant des intérêts spécifiques envers l'UE et des attentes précises envers les pays membres – systématiquement ignorés de l'une et des autres - la politique du « *more-for-more* » peut se transformer facilement dans un « *less-for-less* »⁵⁶³. À savoir, l'État tiers peut faire blocage sur des points spécifiques des négociations, ne permettant jamais la conclusion de véritables accords de réadmission et utilisant à sa faveur le levier financier avançant toujours nouvelles requêtes. Dans cette impasse, les migrants restent bloqués « en route »⁵⁶⁴ souffrant les conséquences de ce marché ignoble et la Cour de justice reste impuissante spectatrice derrière le rideau de la portée non-juridiquement contraignante des déclarations et des ententes « non-conventionnelles ».

⁵⁶¹ Nora El QADIM, Carrera SERGIO et Jean-Pierre CASSARINO, « EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?, With Carrera S, Cassarino JP, Den Hertog L and al., CEPS (2016) », 2016, 7.

⁵⁶² Voir en ce sens CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905; CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU.Rec num.

⁵⁶³ Nora El QADIM, Carrera SERGIO et Jean-Pierre CASSARINO, « EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?, With Carrera S, Cassarino JP, Den Hertog L and al., CEPS (2016) », 2016, 12.

⁵⁶⁴ Nora El QADIM, Carrera SERGIO et Jean-Pierre CASSARINO, « EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?, With Carrera S, Cassarino JP, Den Hertog L and al., CEPS (2016) », 2016, 3.

**§2. LES NOUVEAUX HORIZONS DE LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS
AVANT L'ENTRÉE ET LES LIMITES DE L'ACTION DE LA COUR DE
JUSTICE MISES EN EXERGUE PAR LE MÉMORANDUM OF
UNDERSTANDING ENTRE L'ITALIE ET LA LIBYE**

461. La sécurisation des frontières et la répression des migrations à l'entrée franchissent une nouvelle étape grâce aux relations entre l'Italie et la Libye. La jurisprudence européenne – notamment celle de la Cour EDH⁵⁶⁵ – a déjà écrit des pages importantes du droit international et européen, se penchant sur l'impact que les accords signés entre ces deux pays – et visant la lutte à l'immigration irrégulière – ont en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes⁵⁶⁶. La mise en œuvre de la politique européenne de lutte contre la migration irrégulière est le fruit d'une action coordonnée entre les États membres et les institutions européennes. Toutefois, il est difficile d'envisager un contrôle effectif de la part de la Cour de justice de l'UE sur les actes pris en la matière. Dans les prochains paragraphes, nous montrerons, grâce à l'exemple libyen, la complexité de ces rapports (§1) et évaluerons la possibilité – et les éventuels moyens – d'un contrôle du Juge de l'Union sur les actes des institutions et sur les bases juridiques qui encadrent la mise en œuvre de la politique européenne (§2.).

A. De Bruxelles à Tripoli en passant par Rome : la complexité des relations avec la

⁵⁶⁵ *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, Cour EDH n° 27765/09, [2012],1.

⁵⁶⁶ La condamnation de la Cour EDH envers l'Italie dans l'arrêt Hirsi Jamaa a aussi inspiré le UE, Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, [2014] JO, L 189/93, p. 201 dans le considérant 13 de ce règlement, le législateur européen rappelle l'exigence de protéger les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet de l'exercice des pouvoirs d'ordre public des autorités préposées au contrôle des frontières.

Libye pour la répression des migrations irrégulières

462. Depuis l'année 2000⁵⁶⁷, la Libye a été un partenaire stratégique clé pour la gestion des flux migratoires à la frontière avec l'Italie. En 2008, avec la signature des « accords d'amitié », les relations entre ces deux pays deviennent de plus en plus étroites, l'Italie s'engageant à mener sur le territoire libyen un plan d'investissement d'envergure dans le secteur des infrastructures (à hauteur de 250 millions de dollars par année, pour un total de 5 milliards). En contrepartie, l'Italie obtenait du gouvernement libyen le blocage des flux migratoires transitant par la Libye et destiné à franchir la méditerranée en direction des côtes italiennes. Ce même traité a, ensuite, fait l'objet de la fameuse condamnation de la Cour EDH dans l'arrêt *Hirsi et Jamaa*⁵⁶⁸, pour les refoulements systématiques de personnes migrantes interceptées par les autorités italiennes dans des eaux internationales, vers la Libye⁵⁶⁹. L'arrêt de la Cour de Strasbourg était basé, entre autres, sur le constat de nombreux cas de traitements inhumains et dégradants auxquels les personnes migrantes étaient exposées ainsi qu'au risque de refoulement automatique de ces personnes vers leurs pays d'origine, attribués aux autorités libyennes. Cela a poussé l'Italie à suspendre l'application de l'accord d'amitié de 2008. En 2011, suite à l'initiative militaire de la France qui a mené à la destitution du gouvernement de Kadhafi par la coalition internationale, l'Italie a signé un premier *Memorandum of Understanding* (MOU) avec le Conseil national de transition libyen, qui faisait référence aux accords de Rome de 2000, mais pas à l'accord de 2008.

463. Ces précisions historiques nous permettent d'analyser, dans le juste cadre, l'état actuel des relations entre l'Italie et la Libye. En février 2017, l'Italie a conclu un important « accord », sous la forme d'un *Memorandum of Understanding* (protocole d'entente) avec le Gouvernement d'entente nationale (GEN) supporté par les Nations unies

⁵⁶⁷ Le 13 décembre 2000 a été signé le premier accord entre Italie et la Libye pour le contraste à l'émigration, qui a été mis en oeuvre par les protocoles du 29 décembre 2007.

⁵⁶⁸ *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, II CEDH n°27765/09, [2012].1.

⁵⁶⁹ Ici, il est important de rappeler que la Libye n'a jamais signé la Convention de Genève sur le Statut des réfugiés.

et la communauté internationale en Libye⁵⁷⁰. Ce document représente un véritable saut en arrière en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes. Il vise ouvertement la mise en œuvre du traité d'amitié de 2008, notamment de son article 19 consacré à la lutte contre la migration irrégulière, à la criminalité organisée, au terrorisme et au trafic de drogue. Par ce texte, l'Italie s'engage à offrir son soutien technique et matériel aux garde-côtes libyens et son appui financier pour la création ou la remise en état de centres d'accueil temporaires pour les personnes migrantes en attente de renvoi vers leur pays d'origine. Les articles 2 et 4 du MOU indiquent clairement que les ressources financières seront tirées de l'UE, notamment du Fonds fiduciaire pour l'Afrique⁵⁷¹. La date de la signature dudit mémorandum est d'une importance capitale, car elle intervient à une semaine

⁵⁷⁰ Jusqu'en avril 2019, huit ans après la chute du régime de Kadhafi, des forces politiques et armées rivales rendent la Libye extrêmement fragile, divisée et sujette à des développements centrifuges. Le paysage politique libyen est actuellement dominé par quatre forces concurrentes, à savoir: 1) Le gouvernement d'accord national (GNA), un gouvernement intérimaire parrainé par l'ONU pour la Libye, dirigé par Fayeze al-Sarraj. Il a été créé en décembre 2015 pour mettre en œuvre l'accord politique libyen signé avec le soutien de la communauté internationale. 2) Le Congrès national général auto-proclamé, un parlement et un gouvernement associé, principalement composé d'islamistes et de milices Misratanes. Ils ont pris le contrôle de Tripoli en août 2014 et contrôlent également certains ministères nationaux. 3) La Chambre des représentants, le parlement internationalement reconnu, élu en juin 2014 et basé à Tobrouk, qui ne soutient pas le gouvernement intérimaire de GNA. 4) L'armée nationale libyenne, sous le commandement du général Haftar, est dominée par des forces laïques (c'est-à-dire non islamistes) qui contrôlent et administrent la plupart des régions de l'est de la Libye. Ce centre de pouvoir est soutenu par l'Égypte, les Émirats Arabes Unis, la France et récemment aussi par la Russie. Il multiplie les actions pour être reconnu comme l'autorité légitime de la Libye, après avoir pris le contrôle de 70% des installations de production de pétrole et de gaz de la Libye et vaincu l'EIIL avec la milice de Misratan.

⁵⁷¹ *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, signé à Rome le 2 février 2017, art 2, para 2. Les parties s'engagent à : « [L'] adaptation et [au] financement des centres d'accueil susmentionnés déjà actifs conformément aux réglementations en vigueur, en tirant parti des financements disponibles du côté italien et des financements de l'Union européenne ». Et encore, à l'article 4, il est indiqué que la partie italienne procède au financement des actions mentionnées par le *Memorandum* « sans charges supplémentaires pour le budget de l'État italien [...] en utilisant les fonds disponibles de l'Union européenne » [notre traduction].

de la publication de la communication conjointe *JOIN(2017)4 final*⁵⁷² de la Commission et tout juste une journée avant le Conseil européen de Malte du 3 février 2017. Dans la communication conjointe, la situation libyenne est décrite comme suit :

La Libye se trouve à la croisée de la route de la Méditerranée centrale et représente le point de départ de 90 % des personnes qui cherchent à se rendre en Europe. [...]. La recherche d'une solution durable aux problèmes de gouvernance et de sécurité en Libye reste une priorité pour la Libye elle-même, pour l'UE, pour ses États membres et pour ses partenaires internationaux; une telle solution est indispensable pour apporter une réponse efficace et viable à long terme au défi migratoire⁵⁷³.

464. Ce document s'inscrit dans le cadre de la stratégie que l'UE est en train de promouvoir pour la stabilisation de la région nord-africaine et la résolution de la question migratoire. De la même teneur sont les dix points qui composent la déclaration de Malte, issue du Conseil européen du 3 février 2017⁵⁷⁴. Il s'agit de dix priorités destinées à « briser le modèle économique » des passeurs, à sécuriser les frontières de l'Union ou encore à assurer des conditions décentes aux personnes migrantes bloquées dans la région.

465. Néanmoins, le MOU avec la Libye demeure un acte juridique de la République italienne visant, officiellement, à la coopération dans le domaine du développement, de la lutte à l'immigration illégale, au trafic d'êtres humains et à la « sécurisation » des frontières entre l'Italie et la Libye. Toutefois, il est évident que ce document représente la *filiation* naturelle de la politique européenne dans les domaines de la répression des migrations avant l'entrée.

466. Sur le plan juridique, une telle situation, caractérisée par l'utilisation de fonds européens destinés à la coopération pour la mise en œuvre d'un protocole d'entente entre un

⁵⁷² COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication conjointe au Parlement au Conseil européen et au Conseil - La migration le long de la route de la Méditerranée centrale Gérer les flux migratoires, sauver des vies*, Bruxelles, le 25.1.2017.

⁵⁷³ Ibid.

⁵⁷⁴ CONSEIL EUROPÉEN, DÉCLARATION ET OBSERVATIONS 43/17, *Déclaration de Malte par les membres du Conseil européen concernant les aspects extérieurs des migrations: remédier à la situation le long de la route de la Méditerranée centrale*, 3 février 2017, en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/> (consulté le 19 mars 2017).

État membre et un État tiers visant la lutte contre la migration irrégulière, pose de nombreuses questions. Tout d'abord, la nature « hybride » du MOU comme nous l'avons déjà démontré⁵⁷⁵ – rend extrêmement complexe tout contrôle juridictionnel, tant au niveau national qu'euro-péen. Il n'en demeure pas moins qu'au niveau national, au moment où nous écrivons, l'Association italienne pour les études juridiques sur l'immigration (ASGI) a saisi le tribunal administratif de Lazio en dénonçant l'illégitimité du *Décret 4110/47*, avec lequel le Ministère des Affaires étrangères et de la coopération internationale a accordé au Ministère de l'Intérieur italien un financement de 2,2 millions d'euros pour la remise en état de quatre bateaux de patrouille et la formation des équipages. Tous ces équipements et activités étaient destinés aux autorités libyennes. Dans son recours, l'ASGI base son action sur l'argument selon lequel l'acte en question aurait été affecté par le vice de détournement de pouvoir, car les fonds en objet auraient été distraits d'un fond (nommé Fond Afrique) destiné, initialement, aux « interventions extraordinaires visant à relancer le dialogue et la coopération avec les pays africains d'importance prioritaire pour les routes migratoires »⁵⁷⁶. En réalité les actions financées avec ces fonds visent la fourniture d'équipement pouvant avoir un usage militaire ou répressif.

B. Quelle place pour l'Action de la CJUE face à la *fictio juris* de l'entente Italie-Libye pour la répression des migrations irrégulières

467. Au niveau européen, cette contribution de l'Italie s'inscrit dans un cadre plus ample et représente la participation italienne aux actions du *Trust Fund for Africa*, destinées à la sécurisation des frontières de la Libye. En effet, le Fonds fiduciaire pour l'Afrique prévoit un projet nommé *Support to Integrated Border and Migration Management in Libya*, divisé en deux phases, pour un montant global de 90 millions d'euros. La complémentarité des efforts italiens avec la politique européenne de lutte contre la migration irrégulière a

⁵⁷⁵ Voir *supra*, chapitre 2, section 2, pp 71-87.

⁵⁷⁶ Le « Fondo Africa » a été créé par l'article 1, paragraphe 621 de la legge n. 232/2016.

d'ailleurs aussi été soulignée officiellement par le président du Conseil européen, Donald Tusk, lors du Sommet de La Valette. Or, la question est de comprendre si des actions qui impliquent des ressources considérables de l'UE, menées en coordination avec des États membres (en l'occurrence l'Italie) et qui ont une forte portée répressive des migrations irrégulières impliquant des risques pour les droits fondamentaux des personnes migrantes, peuvent être soumises au contrôle de la CJUE.

468. L'affaire *GISTI c. Commission*⁵⁷⁷ a montré à quel point est inefficace la tentative d'attaquer directement les actions menées par l'Italie en accord avec la Libye, par le biais d'un recours en manquement. Le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), en collaboration avec neuf autres associations européennes de défense des droits des migrants et demandeurs d'asile, a déposé, le 25 janvier 2005, une plainte auprès de la Commission concernant « les agissements des autorités italiennes qui ont, entre le 1er et le 7 octobre 2004, organisé l'expulsion de plus de 1 500 personnes migrantes et potentiels demandeurs d'asile, depuis l'île de Lampedusa, au sud de la Sicile, vers la Libye »⁵⁷⁸. D'après les plaignants, ces expulsions se seraient déroulées en violation d'un certain nombre de prescriptions du droit international et communautaire⁵⁷⁹. Ils ont demandé, en conséquence, qu'une procédure en manquement soit engagée à l'encontre de la République italienne. Cependant la Cour, rappelant une jurisprudence constante⁵⁸⁰, a conclu l'irrecevabilité du recours dû au fait que « les particuliers ne sont pas recevables à attaquer un refus de la

⁵⁷⁷ CJUE, C-408/05 P [2006], *GISTI c. Commission*, I-52.

⁵⁷⁸ CJUE, C-408/05 P [2006], *GISTI c. Commission*, I-52 point 2.

⁵⁷⁹ Les prétendues violations concernaient, notamment : CE, *Directive (UE) 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres*, [2003] JO, L 31/18; CE, *Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95)*, [2004] JO, L 304/12.

⁵⁸⁰ CJUE, du 26 novembre 2014, *Parlement européen et Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-103/12 et C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400, point 21; CJUE, *Ordonnance*, T-126/95, [1995] Rec. CE, *Dumez c. Commission*, II-2863 point 33; CJUE, *Ordonnance*, T 277/94, [1996] Rec. CE, *AITEC c. Commission*, II 351 point 55.

Commission d'engager une procédure en constatation de manquement à l'encontre d'un État membre »⁵⁸¹.

469. Un tel raisonnement serait donc applicable, aussi, à un éventuel recours en manquement présenté par un particulier⁵⁸² contre l'Italie et ayant par objet la mise en œuvre du *Memorandum of Understanding* de 2017 avec la Libye, dans la mesure où il serait contraire au droit européen en vigueur en la matière⁵⁸³.

470. L'action de la CJUE nous semble, par conséquent, considérablement limitée. Il existe, néanmoins, la possibilité d'envisager un contrôle sur les actes de l'Union, en application de l'article 263 du TFUE et non pas de l'article 258 du TFUE, tel que proposé dans l'affaire *Gisti c. Commission*. Pour ce faire, il faudra que l'action soit, cette fois-ci, initiée par l'un des requérants privilégiés. Nous pensons notamment au PE ou – moins probablement – à un État membre. Le recours pourrait être centré sur le dépassement des compétences d'exécution, octroyées à la Commission européenne en matière de création et gestion de Fonds fiduciaires d'urgence, et nous allons ici en expliquer les détails.

471. L'article 187, paragraphe 4, du *Règlement (UE, Euratom) n° 966/2012*, applicable en vertu de l'article 42 du *Règlement (UE) 2015/323* du Conseil, permet à la Commission de créer et de gérer un fonds fiduciaire de l'UE au titre d'un accord conclu avec d'autres donateurs⁵⁸⁴. Ces fonds sont conçus pour mobiliser différentes sources de

⁵⁸¹ CJUE, C-408/05 P [2006], *GISTI c Commission*, I-52 point 7.

⁵⁸² Une ou plusieurs associations non-gouvernementales œuvrant pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

⁵⁸³ Notamment, UE, Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, L 337; UE, Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO.

⁵⁸⁴ UE, EURATOM, Règlement (UE, Euratom) 2012/966 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, [2012] JO, L 298/1, art 187, para 4.

financement de l'UE et recueillir des contributions des États membres de l'UE ainsi que de donateurs de pays tiers. Les fonds fiduciaires de l'UE ont été spécialement prévus pour intervenir dans des situations d'urgence et de post-urgence dans lesquelles l'expérience a montré qu'une coordination poussée de l'action de la communauté internationale est requise en raison de la faiblesse des administrations locales et de la multiplication soudaine des donateurs.

472. Par sa décision du 20 octobre 2015⁵⁸⁵, la Commission européenne a créé le fonds fiduciaire d'urgence de l'UE en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique, avec l'objectif déclaré de contribuer « à une meilleure gestion des migrations et à la lutte contre les causes profondes des phénomènes de déstabilisation, des déplacements forcés et de la migration irrégulière, notamment en favorisant la résilience, l'égalité des chances, la sécurité et le développement, ainsi qu'en améliorant les perspectives économiques »⁵⁸⁶.

473. Le 27 juillet 2017, a été lancé le projet *Support to Integrated Border and Migration Management in Libya*, visant ouvertement, entre autres, les objectifs spécifiques suivants :

- 1) renforcer les capacités opérationnelles des autorités libyennes compétentes en matière de surveillance maritime, en s'attaquant aux points de franchissement irrégulier des frontières, notamment en renforçant les opérations de RS et les tâches connexes des garde-côtes; 2) mettre en place des installations de base afin de permettre aux gardes libyens de mieux organiser leurs opérations SAR, de surveillance des frontières et de contrôle⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Décision de la Commission du 20.10.2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique*, C(2015) 7293 final, Bruxelles, le 20.10.2015.

⁵⁸⁶ Ibid.

⁵⁸⁷ *Annex IV to the Agreement establishing the European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa and its internal rules*, Novembre 2015, en ligne : <https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/t05-eutf-noa-ly-04_fin.pdf> (consulté le 20 avril 2019).

474. Le financement global de 90 millions d'euros a été confié à la gestion de l'Agence italienne de coopération au développement, et la contribution financière de l'Italie de 2,2 millions d'euros a été utilisée pour la remise en état et la livraison de deux navires de patrouille aux garde-côtes libyens.

475. Les compétences d'exécution, octroyées à la Commission par le *Règlement (UE) 2015/323*, ont donc été utilisées pour le financement – par le biais du Fonds Fiduciaire pour l'Afrique – de projets ayant pour but la remise en état et la livraison à un État tiers – la Libye – d'équipement pouvant être utilisé à des fins militaires. Il ne s'agit pas de simples spéculations, mais de circonstances concrètement avérées lors du conflit entre les forces du président Seraj et celle du général Haftar. Ce constat semble montrer à quel point la Commission, avec sa *Décision C(2015) 7293 final*⁵⁸⁸, a dépassé ses compétences. Pourtant, il serait tout à fait légitime de demander l'annulation partielle de l'acte en question, dans la partie où il permet le financement du projet *Support to Integrated Border and Migration Management in Libya* (T05-EUTF-NOA-LY-04).

476. Il s'agit d'un mécanisme complexe qui fait face à plusieurs obstacles, notamment au fait que le Fonds fiduciaire d'urgence pour l'Afrique, étant alimenté par le 11^{ème} Fond européen de développement (FED), échappe au contrôle du Parlement. Cependant, il nous semble juridiquement opportun d'analyser l'application des compétences d'exécution dont la Commission dispose en la matière.

477. Ce schéma de co-participation UE-État(s) membre(s) montre l'évolution de l'externalisation de la répression des migrations avant l'entrée. L'UE, mettant à la disposition des États membres d'importantes ressources, laisse ces derniers (dans notre cas l'Italie) conclure des ententes qui permettent de sous-traiter l'activité répressive aux autorités de pays tiers (dans ce cas la Libye). La forme juridique des actes étant informelle, ces derniers échappent au contrôle du Juge de Luxembourg. Toutefois, comme les bases légales

⁵⁸⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Décision de la Commission du 20.10.2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique*, C(2015) 7293 final, Bruxelles, le 20.10.2015.

permettant l'exercice des compétences d'exécution restent, à plein titre, des actes de l'UE, ils sont, par conséquent, assujettis au contrôle de la CJUE.

CONCLUSION TITRE I

478. La répression des migrations irrégulières est un phénomène systémique ayant des racines profondes dans l'histoire de la construction et de l'intégration européenne. Sa dimension extraterritoriale ayant été montrée dans l'anticipation des contrôles et dans l'adoption de mesures visant à obtenir la coopération d'états tiers afin d'endiguer les flux, le défi consistait ensuite à retracer le champ d'action et la marge de manœuvre de CJUE pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

479. Donner une première ébauche de réponse à cet interrogatif réclamait d'explorer l'une des deux composantes de la dimension extraterritoriale de ce phénomène : la répression « avant l'entrée ». Cette démarche s'inscrit dans le dessin plus large visant à dresser un portrait le plus complet possible de l'action de la CJUE en matière de répression des migrations irrégulières, tant « à l'entrée » qu'« à la sortie » du territoire de l'UE.

480. L'importance de l'action interprétative de la CJUE a été démontrée tout d'abord en remarquant la contribution à la définition de notions telles que celle de « franchissement irrégulier » des frontières de l'espace Schengen. La clarification de ces dernières étant essentielle à combler des lacunes juridiques risquant d'affaiblir la tenue de l'ordre juridique européen dans son ensemble.

481. L'action de la CJUE est aussi le premier *gilet de sauvetage* pour les droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière, dans la mesure où l'inaction des institutions de l'UE et les mesures délibérément vagues ou répressives des États membres risquent constamment de faire chavirer l'application des principes de l'État de droit aux frontières de l'UE. Nous avons aussi montré que sur ces mêmes frontières les agences jouent un rôle déterminant dans la mise en œuvre de pratiques répressives. La CJUE ayant défini par sa jurisprudence le phénomène d'agencification sous le prisme du « fédéralisme

d'exécution », arrive malgré cela à justifier difficilement sa compétence, faute d'actes juridiquement contraignants et imputables aux institutions à la base des activités des agences.

482. La démonstration menée au cours de ce premier titre atteste donc le rôle central de la CJUE dans la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes face aux actions prises au sein de l'UE et entre l'UE et les États tiers dans le sens de l'externalisation du contrôle migratoire. Les limites à son action restent néanmoins visibles, certaines seraient aussi surmontables, toutefois il s'avère que l'impact de la plupart des arrêts de la CJUE se traduit en force vitale pour la cohérence de l'ordre juridique européen.

Titre 2 : La construction du modèle de répression des migrations « à la sortie » par l'UE et ses États membres

Dear friends, at some point in our lives or another, we are all minorities [...]

If, when in the majority, we are tolerant when “minorities” we may not “like,” or that may not be “like us,” are repressed, then beware: We are opening the floodgates to our own future repression and discrimination as well⁵⁸⁹.

483. La migration, en tant que conséquence incontournable de la mondialisation, est un phénomène ontologiquement « liquide »⁵⁹⁰, caractérisé par la flexibilité de ses formes et par le mouvement de l'élément fondamental qui le compose : l'« *homo migrator* »⁵⁹¹. La politique migratoire de l'UE, ainsi que celle de ses États membres, depuis sa création, a été extrêmement dynamique, voire changeante. L'évolution normative des traités, l'élargissement du spectre d'action de la jurisprudence de la CJUE, ainsi que la sensibilité accrue de l'opinion publique ont fortement influencé le processus qui a mené à la politique actuelle en matière de contrôle des migrations irrégulières au sein de l'UE.

484. Bien que toujours apte au changement et à la transformation, nous remarquons que, depuis un certain temps, la politique migratoire de l'UE creuse un socle précis dans lequel son action s'encadre, se cristallisant ainsi sous des formes juridiquement assez fragiles. Ce choix vise à privilégier des solutions basées sur des actes « informels » et juridiquement non contraignants. Ce cadre permet de mettre en œuvre des stratégies et des actions concrètes et efficaces, sans pour autant devoir être soumis aux procédures, souvent longues, prévues par les traités. Le souci d'efficacité entre en collision, donc, avec le respect des formes et des

⁵⁸⁹ United Nations Human Rights Council Geneva, 26 February - 23 March 2018 High-level Segment - Statement by H.E. Mr Stavros Lambrinidis - EU Special Representative (EUSR) for Human Rights on behalf of HR/VP Federica Mogherini.

⁵⁹⁰ Zigmunt BAUMAN, *Coût humain de la mondialisation(Le)*, Paris, Hachette Littérature, 1999.

⁵⁹¹ Guy S GOODWIN-GILL et Philippe WECKEL, *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle : aspects de droit international*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2015, p. 43.

mécanismes prévus dans les traités par souci de maintien de l'équilibre institutionnel et des principes et valeurs fondatrices de l'Union.

485. Tel qu'un liquide capable de changer continuellement de forme, la politique migratoire montre de plus en plus sa propension à la cristallisation, au contact avec les surfaces *froides*, des procédures formelles. Les pratiques des États et de l'UE en matière migratoire deviennent toujours plus imprévisibles, se plaçant en dehors du cadre classique des instruments législatifs prévus par les traités. Dans le but de décrypter les grandes lignes de l'action de l'UE et de ses États tiers en matière de répression des migrations irrégulières à la sortie, nous nous pencherons d'abord, à l'aide de certains exemples concrets, sur la nature des instruments existants (Chapitre I).

486. Le contrôle juridictionnel, dans ce cadre, semble représenter un obstacle à contourner plutôt qu'une garantie démocratique à préserver et une conquête du système européen tout entier. Nous irons donc analyser le rôle, hélas limité, mais extrêmement important et grandissant que la CJUE peut jouer pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière face à la répression à la sortie (Chapitre II).

Chapitre 1 : La cristallisation des pratiques de répression des migrations irrégulières « à la sortie »

Chapitre 2 : L'action de la Cour de Justice en matière de renvoi vers un « pays tiers sûr »

CHAPITRE 1 : LA CRISTALLISATION DES PRATIQUES DE RÉPRESSION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES « À LA SORTIE »

487. La réflexion relative à l'action de la Cour de justice en matière de répression des migrations irrégulières « à la sortie » passe nécessairement par l'analyse des moyens utilisés par l'UE et ses États membres dans ce domaine. Les relations avec les États tiers sont au centre de toute politique d'externalisation du contrôle migratoire, saisir le sens de l'évolution récente de ces partenariats permet donc de comprendre le cadre global de l'action externe de l'UE et l'équilibre existant avec celle de ses États membres.

488. L'éloignement des personnes migrantes en condition irrégulière et la réadmission, par les États tiers d'origine ou de transit, sont les principaux moyens utilisés dans la mise en œuvre de la répression des migrations « à la sortie ». Toutefois, le manque de transparence dans ce genre de négociation est l'un des aspects le plus problématiques pour une étude qui se veut complète en la matière. Les sources d'information étant assez fragmentées, il est donc complexe de reconstruire un cadre juridique d'ensemble de cette portion de l'action externe de l'UE. Une recherche poussée des sources disponibles, complétée grâce à l'analyse attentive de documents internes aux institutions européennes, permet néanmoins de faire un *état de l'art* des accords – et des ententes informelles – existant en matière de réadmission (Section 1).

489. La compréhension de l'évolution des « accords » de réadmission permet de saisir les possibilités et les limites qui se présentent à l'action de la Cour de justice. Conscients des grands obstacles posés par le progressif « virage vers l'informel »⁵⁹² duquel les négociations avec le pays tiers sont inspirées, nous procéderons – à l'aide de quelques exemples concrets – à identifier l'impact, direct et indirect, que la jurisprudence de la Cour de justice peut produire (Section 2).

⁵⁹² Sergio Carrera, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes » dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, 21 à la p 22.

SECTION 1 : LES ACCORDS DE RÉADMISSION CONCLUS DIRECTEMENT PAR L'UE AVEC DES ÉTATS TIERS

490. La répression de la migration irrégulière à la sortie du territoire de l'UE passe, encore une fois, par l'action externe de l'UE et de ses États membres. Au fil des années, la portée et la nature des accords avec les pays tiers d'origine et de transit des personnes migrantes ont profondément changé. Il est, néanmoins, possible d'identifier une logique à la base de ces changements, capable de justifier, aussi, l'évolution des équilibres entre institutions de l'UE et gouvernements des pays membres dans la mise en œuvre de cette composante fondamentale de la politique migratoire européenne qu'est la réadmission⁵⁹³. L'objectif étant à la fois d'éloigner les ressortissants de pays tiers en condition irrégulière des territoires des pays membres⁵⁹⁴ et d'harmoniser les efforts faits par les États membres, l'UE a joué un rôle central en ce sens. Dans une première phase, elle a essayé de mitiger la tendance au bilatéralisme des États membres en exerçant pleinement sa personnalité juridique – acquise grâce au *Traité de Lisbonne*⁵⁹⁵ –, en concluant des accords juridiquement contraignants avec des pays tiers. Ensuite, notamment après le printemps arabe de 2011, l'on

⁵⁹³ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions, Un agenda européen en matière de migration, Bruxelles, le 15.5.2015 à la p 12; Voir aussi, Sergio Carrera, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes » [2018] EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes 21-59 à la p 27: « Readmission was at the heart of its priorities. The European Agenda on Migration stated that the EU would 'help' third countries to meet their 'readmission obligations' by offering support such as capacity building for the management of return».

⁵⁹⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte), Bruxelles, le 12.9.2018, p. 1. « Le retour effectif des ressortissants de pays tiers qui n'ont pas le droit de séjourner dans l'Union constitue un volet essentiel de l'agenda européen en matière de migration. Au niveau de l'UE, la politique en matière de retour est régie par la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil4 (la «directive sur le retour»), qui établit des normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ».

⁵⁹⁵ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, 13 décembre 2007, JO C 306 (entrée en vigueur: 1er décembre 2009).

remarque une tendance assez semblable à celle déjà analysée concernant la répression « avant l'entrée », à savoir, la prolifération d'instruments « hybrides » et – formellement – non juridiquement contraignants.

491. Ainsi, les efforts de l'UE et ceux de ses États membres convergent vers la conclusion d'ententes qui, *de facto*, « obligent » les pays tiers à réadmettre leurs propres ressortissants ou des personnes migrantes qui ont transité par leur territoire, sans trop s'attarder sur le respect des droits fondamentaux des personnes migrantes.

492. Dans le but de comprendre s'il existe des possibilités pour la Cour de justice de l'UE de se prononcer sur les « accords » de réadmission actuellement en vigueur, nous analyserons les différents modèles d'ententes qui composent le cadre de partenariat global pour la migration et la mobilité de l'UE (§1.), pour ensuite nous concentrer sur le partenariat (*Joint Way Forward*) UE-Afghanistan (§2.), qui représente l'exemple le plus récent et abouti de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union en matière de réadmission.

§1. L'ÉVOLUTION DES ACCORDS DE RÉADMISSION CONCLUS PAR L'UE AVEC LES PAYS TIERS : LE RECOURS À LA RUSE POUR LE BIEN DE L'UE ?

493. La création de l'ELSJ, par le *Traité d'Amsterdam*, a été rapidement suivie par le Conseil de Tampere en octobre 1999. Dans les conclusions de cette réunion, les chefs d'État et de gouvernement remarquaient la nécessité d'intensifier la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et, en même temps, ils soulignaient l'opportunité d'octroyer à la Commission les pouvoirs de négocier des accords de réadmission avec les pays d'origine et de transit des personnes migrantes.

494. En faits, l'action extérieure de l'UE a fait de la conclusion des accords de réadmission avec les pays tiers son véritable cheval de bataille (A). Le temps s'étant écoulé depuis la conclusion de la plupart des accords de réadmission avec des pays tiers, il est maintenant possible de faire le bilan de l'efficacité de cette stratégie (B). Sur ce derniers point les positions des experts se partagent entre ceux qui prônent l'efficacité de la flexibilité des

accords et ceux qui l'identifient comme contre-productive - au point de constituer un « *reverse leverage* » - si l'on considère les chiffres des retours réellement effectués.

A. La réadmission pierre angulaire de l'action externe de l'UE

495. Les efforts visant à centraliser au niveau européen la conclusion de ce genre d'accords étaient dictés par une double raison. D'une part, pour renforcer le pouvoir de négociation vis-à-vis des États tiers en utilisant une voix commune européenne et, d'autre part, par la nécessité d'aboutir à des procédures de réadmission communes, compatibles avec le droit international, les traités de l'UE et les dispositions en matière de droits fondamentaux, notamment celles de la Convention EDH et de la CDFUE⁵⁹⁶.

496. Dans cette première phase, entre 2000 et 2006, ont été conclus les accords de réadmission avec Hong Kong⁵⁹⁷, Macao⁵⁹⁸, le Sri Lanka⁵⁹⁹, l'Albanie⁶⁰⁰ et la Russie⁶⁰¹. À partir de ce moment, la réadmission est devenue « un élément clé de l'action de négociation de l'UE avec les pays situés à l'Est et au Sud des frontières européennes, dans le cadre de la

⁵⁹⁶ Voir sur ce point, Jean-Pierre CASSARINO, « *Informalizing EU Readmission Policy* », dans Ariadna RIPOLL SERVENT et Florian TRAUNER (dir.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2018, p. 83 à la page 86.

⁵⁹⁷ *Agreement between the European Community and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization*, 27 novembre 2002, L 17, à la p 25 (entrée en vigueur : 24 janvier 2004).

⁵⁹⁸ *Agreement between the European Community and the Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorisation*, 13 octobre 2003, L 143, 30/04/2004, p. 99 (entrée en vigueur : 1er juin 2004).

⁵⁹⁹ *Agreement between the European Community and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka on the readmission of persons residing without authorisation*, 4 juin 2004, L124, 17/05/2005, p. 43 (entrée en vigueur : 1er mai 2005).

⁶⁰⁰ *Agreement between the European Community and the Republic of Albania on the readmission of persons residing without authorisation*, 14 avril 2005, L124, 17/05/2005, p. 22 (entrée en vigueur : 1er mai 2006).

⁶⁰¹ *Agreement between the European Community and the Russian Federation on readmission*, 25 mai 2006, L129, 17/05/2007, p. 40 (entrée en vigueur : 1er juin 2007).

politique européenne de voisinage »⁶⁰². Entre 2006 et 2010, l'UE a continué de signer de nombreux accords de réadmission⁶⁰³. Cependant, les États membres ont commencé à avancer un certain nombre de critiques envers l'action de négociation de la Commission. Ainsi, à la suite du processus de Rabat, certains États membres ont entamé des négociations informelles avec les États africains de la frontière Sud-Ouest de l'ELSJ, qui ont pris la forme de forums et de groupes de travail⁶⁰⁴. Bien que l'UE ait signé son dernier accord de réadmission formel en 2014 avec l'Azerbaïdjan⁶⁰⁵, le contexte de crise humanitaire issu du conflit syrien et la déstabilisation de la Libye ont relancé le processus de négociation en matière de réadmission en poussant, cette fois ici, le « navire » de l'action externe de l'Union à emprunter un important « virage vers l'informel »⁶⁰⁶.

497. En 2015 la Commission a lancé l'*Agenda commun sur la migration et la mobilité*⁶⁰⁷, ce qui a ouvert la porte au *Cadre de partenariat avec les pays tiers*⁶⁰⁸, dans lequel

⁶⁰² Jean-Pierre CASSARINO, « Jean-Pierre Cassarino (2018), “Informalizing EU Readmission Policy.” In Ariadna Ripoll Servent and Florian Trauner (eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*. London: Routledge, pp. 83-98. », 87.

⁶⁰³ Notamment, avec l'ancienne République Yougoslave de Macédoine (en 2007), la République de Serbie (en 2007), la République du Monténégro (2007), la Bosnie Herzégovine (en 2007), la République de Moldavie (en 2007), la République islamique du Pakistan (en 2009) et la Georgie (en 2010). Pour la liste complète des accords de réadmission conclus par l'UE voire l'Annexe II.

⁶⁰⁴ Voir *supra*, Titre I, Chapitre 1, Section 3, §2.

⁶⁰⁵ Précédemment, l'UE avait, aussi, signé des accords avec la République de Cap-Vert (en 2013), la République d'Arménie (en 2013) et la République de Turquie (en 2013).

⁶⁰⁶ Carrera, *supra* note 407 à la p 22. « *Since 2015 new EU readmission arrangements and emergency or crisis- driven tools have been enacted with the purpose of facilitating third country cooperation with the EU on readmission. They have included policy instruments such as so- called ‘Common Agendas on Migration and Mobility’ (comm), High Level Migration Dialogues or Joint Declarations*».

⁶⁰⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Parlement européen eu Conseil européen et au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions, Un agenda européen en matière de migration*, Bruxelles, le 15.5.2015.

⁶⁰⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Parlement européen eu Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'Investissement, relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration*, Strasbourg, le 7.6.2016.

ont été ciblés certains pays prioritaires court terme : le Niger, le Nigeria, le Sénégal et le Mali en Afrique de l'Ouest et dans le Sahel; la Libye et l'Éthiopie dans la Corne de l'Afrique⁶⁰⁹. Les négociations avec ces pays ont abouti à des ententes multiformes et formellement non juridiquement contraignantes. Avec l'Éthiopie et le Nigeria⁶¹⁰, l'UE a conclu des agendas communs sur la migration et la mobilité (CAMM), il s'agit des instruments « les plus avancés » parmi la panoplie d'accords non conventionnels, car ils représentent, souvent, le pas qui précède la signature d'un véritable accord de réadmission (EURAS). Avec le Ghana⁶¹¹ et le Niger⁶¹², l'UE a négocié des « *Joint Migration Declarations* », ayant pour objet la mise en œuvre des principes affirmés par la *Déclaration de La Valette* et l'obtention d'une étroite collaboration des autorités locales pour la lutte contre la migration irrégulière vers l'UE. Enfin, l'entente avec le Mali a pris la forme de « *Standard Operation Procedures* », visant notamment l'identification et l'expulsion des personnes migrantes en condition irrégulière dans le cadre des procédures de réadmission⁶¹³.

⁶⁰⁹ Autres que le Liban, la Jordanie et la Tunisie, pays avec lesquelles les négociations étaient très avancées déjà en 2016.

⁶¹⁰ L'UE a aussi conclu une *Common agenda on Migration and Mobility* (CAMM), avec l'Inde. Sur ce point, voir : Marco STEFAN, « Migration versus Mobility in EU External Action towards China and India », dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, p. 177.

⁶¹¹ *Joint Declaration on Ghana-EU Cooperation on Migration*, 16 avril 2016, en ligne : <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/5249/joint-declaration-ghana-eu-cooperation-migration_en> (consulté le 25 mai 2017).

⁶¹² UE, *Niger Action and Progress Under the Migration Partnership Framework June - October 2016*, Fact Sheet, (sd), en ligne : <<https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/factsheet-niger.pdf>> (consulté le 8 juillet 2018).

⁶¹³ Le Sénégal représente un cas particulier, car tout étant un pays ciblé comme prioritaire, il collabore activement avec l'UE – grâce à la délégation de la Commission siégeant à Dakar – et avec ses agences, notamment Frontex, mais il n'a, à l'heure actuelle, signé aucun accord de réadmission ou de partenariat officiel avec l'Union. Pour plus d'information sur le contenu de chaque accord, voir : Sergio CARRERA, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes », *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes* 2018.21-59.

498. La question qui se pose, après avoir regardé de près la nouvelle stratégie de l'UE en matière de réadmission, est de savoir si ces nouveaux modèles d'ententes informelles sont plus efficaces que des accords de réadmission officiels⁶¹⁴.

B. Les ententes informelles pour la réadmission : formule d'efficacité ou boomerang pour l'UE ?

499. Alors, les statistiques montrent clairement une baisse généralisée du taux de réadmission au niveau européen⁶¹⁵. Cela est dû au fait que la plupart des décisions d'éloignement ne s'adressent plus aux ressortissants des pays de l'Est – avec qui l'UE a signé de vrais accords de réadmission – traditionnellement très collaboratifs, mais qu'elles sont plutôt destinées aux personnes migrantes issues de pays d'Afrique ou du Moyen-Orient, dont les relations avec l'UE sont régies par des instruments « flexibles ». Or, la flexibilité vigoureusement convoitée par la Commission européenne s'est révélée un véritable cheval de Troie. En effet, tous les instruments que nous avons cités jusqu'ici suivent la logique du « *more for more* »⁶¹⁶, à savoir que, plus les pays partenaires collaborent et mettent en œuvre des mécanismes efficaces pour le contraste à la migration, plus ils seront récompensés par des investissements européens en matière de développement. Ce n'est pas un hasard, par exemple, que le principal pays du Sahel bénéficiaire de financements européens, au titre du

⁶¹⁴ Conformés aux procédures de l'article 218 TFUE. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326, art 218.

⁶¹⁵ Voir Annexe V.

⁶¹⁶ Tineke Strik, « The Global Approach to Migration and Mobility », *Groningen Journal of International Law*, Vol.5, n. 2, (2017); Jean-Pierre Cassarino, « Jean-Pierre Cassarino (2018), “Informalizing EU Readmission Policy.” In Ariadna Ripoll Servent and Florian Trauner (eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*. London: Routledge, pp. 83-98. »; Sergio Carrera, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes » [2018] *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes* 21-59; Joshua Massarenti, « EU-Africa: Valletta, the summit of dissent », *Afronline – The Voice Of Africa*, en ligne : <<http://www.afronline.org/?p=40663>> (consulté le 11 mai 2019).

Fonds fiduciaire d'urgence pour l'Afrique, soit le Niger, car la ville d'Agadez est, depuis des années, la plaque tournante de tous les passeurs et réseaux de trafiquants de la région.

500. Revenons maintenant à la flexibilité et à sa faiblesse. Elle est due, aussi, au fait que le contournement du contrôle des parlements nationaux des pays partenaires, si elle présente, d'une part, l'avantage de la rapidité dans les négociations⁶¹⁷, elle a, d'autre part, pour résultat des ententes qui, ne pouvant pas prévoir des mécanismes juridiquement contraignants en cas de non-respect des engagements politiques pris, ouvrent *de facto* la porte à un troc permanent *sur la peau* des personnes migrantes. Ce qui devait être le point de force de l'UE, à savoir le pouvoir économique et la promesse d'investissement dans le développement, a produit un effet de « *reverse leverage* ». Donc, au lieu d'être un système pleinement maîtrisé par l'UE et basé sur un mécanisme de « pénalité » pour les pays qui ne collaborent pas suffisamment, il revient aux États partenaires à utiliser les flux migratoires comme levier pour obtenir toujours plus de financements, dans une compétition toute interne aux pays bénéficiaires visant à s'accaparer une tranche de l'aide européenne plus grande que celle du pays voisin. D'ailleurs, ce n'est pas chose facile de contrer des groupes de trafiquants africains, qui gèrent une partie importante de l'économie locale, à laisser l'un des trafics le plus lucratif au monde – celui des êtres humains – pour adhérer à des projets, souvent insuffisants, visant au soutien agropastoral ou à l'appui d'activités génératrices de revenus⁶¹⁸.

501. Du point de vue de l'UE, le bilan est, donc, doublement négatif, car, non seulement le taux de réadmission des ressortissants de pays tiers a baissé en proportion, mais

⁶¹⁷ Cela est aussi dû au manque total de transparence vis-à-vis de l'opinion publique.

⁶¹⁸ *Fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique: un instrument souple, mais pas assez ciblé*, 32, Cour des Comptes européenne, 2018 à la p 13. Parmi les observations formulées par la Cour dans son rapport l'on retrouve : «Le fonds fiduciaire pour l'Afrique est un instrument souple, mais, compte tenu des difficultés sans précédent auxquelles il est confronté, il aurait dû être conçu de façon plus ciblée», et encore «Le fonds fiduciaire est un instrument souple, mais ses objectifs sont trop généraux pour permettre d'orienter les actions ou de mesurer l'impact de manière efficiente». Il est aussi opportun de remarquer que le Fond Fiduciaire pour l'Afrique vise à s'attaquer aux causes profondes de la migration dans 26 pay Africains avec un budget global d'environ 4 milliards d'euros, alors que le fond de facilitation octroyé à la Turquie pour la mise en oeuvre de la Déclaration de 2016 est de 6 milliards d'euros.

tous les nouveaux modèles de partenariat informels présentent aussi un fort déficit démocratique⁶¹⁹ et ils n'accordent pas une place suffisante à la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

502. D'ailleurs, le Médiateur européen, dans sa décision de 2017⁶²⁰, a réfuté les arguments de la Commission, laquelle, se défendant dans le cadre d'une enquête concernant la *Déclaration UE-Turquie*, prétendait à que ce genre d'entente informelle ait une simple nature politique sans pour autant nécessiter une analyse d'impact particulièrement poussée en matière de protection de droits fondamentaux. En réponse à cela, le Médiateur européen affirme que la nature politique de l'acte ne permet pas à la Commission de se soustraire de sa responsabilité d'assurer que toute action soit conforme aux engagements en matière de droits fondamentaux pris par l'UE⁶²¹. Par conséquent, il affirme que la Commission est tenue de faire une évaluation préventive – donc non seulement *ex post* – de l'impact de ses « accords » sur les droits fondamentaux des personnes migrantes.

503. Le Défenseur des droits de l'homme, institution française créée en 2011, critique aussi fortement la logique des ententes informelles, en s'attaquant, à son tour, à la *Déclaration UE-Turquie* du 18 mars 2016⁶²² :

[L]e Défenseur des droits a eu l'occasion de rappeler que la politique migratoire européenne, comme celle des 28 États composant l'Union européenne, fait sans cesse

⁶¹⁹ Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOG, Jorge NUNEZ FERRER, Roberto MUSMECI, Marta PILATI et Lina VOSYLIUTE, *Oversight and Management of the EU Trust Funds: Democratic Accountability Challenges and Promising Practices*, Commission européenne, p. 93.

⁶²⁰ Européen OMBUDSMAN, *Decision of the European Ombudsman in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement*, 18 janvier 2017.

⁶²¹ *Ibid* à la p.2. « The Ombudsman takes the view that the political aspect of the Agreement does not absolve the Commission of its responsibility to ensure that its actions are in compliance with the EU's fundamental rights commitments. The Ombudsman believes that the Commission should do more to demonstrate that its implementation of the agreement seeks to respect the EU's fundamental rights commitments. The Ombudsman closes the case with a suggestion to the Commission that it deal more explicitly with the human rights implications in its future reports on the agreement ».

⁶²² LE DÉFENSEUR DES DROITS (FRANCE), *Avis du Défenseur des droits n° 16-18*, Paris, le 8 juillet 2016.

primer des logiques de repli sécuritaire sur le respect des droits fondamentaux. À un point tel aujourd'hui que s'interroger sur l'efficacité de ces mécanismes devient très difficile. Il est clair que les mécanismes mis en place tendent davantage à dissuader les exilés d'arriver sur le territoire européen qu'à les prendre en charge en ouvrant les voies légales d'émigration. L'accord passé entre l'Union européenne et la Turquie, en poursuivant une idée ancienne - l'externalisation des frontières - en est une parfaite illustration⁶²³.

504. L'UE, avec la conclusion de ces accords de réadmission informels, opère le choix politique d'aller au-delà des traités, menaçant ainsi le principe de coopération loyale, prévu à l'article 4, paragraphe 3, du TFUE, qui représente une pierre angulaire de la construction européenne. Agissant de telle manière, le principe de répartition de compétence entre l'UE et ses États membres est aussi compromis. Tel que le rappelle Sergio Carrera, le fait que le *Traité de Lisbonne* ait prévu comme base légale pour cette typologie d'accords externes l'article 79, paragraphe 3, du TFUE nous montre clairement que la volonté du législateur a été de créer un véritable système, dit de « *check and balance* », interinstitutionnel pour s'assurer que l'action de l'UE en matière de réadmission soit assujettie au contrôle démocratique du PE et, aussi, au contrôle judiciaire de la CJUE⁶²⁴.

505. En effet, c'est grâce à l'action de la Cour de justice en ce domaine que l'UE a développé sa propre politique de retour, régie par la *Directive 115/2008*. Ainsi, toute pratique de réadmission doit être compatible avec les standards fixés par le droit dérivé et avec les principes dégagés par le Juge de Luxembourg, qu'elle soit mise en œuvre par les pays membres ou directement par l'Union. L'action de la Commission en matière de réadmission, en contournant l'article 218 du TFUE, arrive alors au paradoxe de justifier son action en la nommant de purement *politique* et, en même temps, d'exclure le PE, qui est la seule institution représentant les préférences politiques des citoyens européens et qui est issue d'une volonté démocratique directe.

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Sergio CARRERA, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes », *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes* 2018.21-59, 44.

506. La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE montre l'attention croissante du Parlement envers la protection de ses propres compétences en matière d'action externe, notamment en dénonçant la validité des actes de la Commission (ou du Conseil), « contestés non pas en raison de [leur] finalité ou de [leur] contenu, mais pour des motifs d'incompétence de son auteur ou de violation des formes substantielles »⁶²⁵. L'action de la Cour de justice pourrait être provoquée, alors, par un recours en annulation (article 263 du TFUE) avancé par le Parlement, visant à dénoncer la validité des ententes négociées par la Commission avec les pays tiers en matière de réadmission. Il est difficile d'imaginer qu'un État membre fasse l'utilisation du même pouvoir de recours, car il est évident que cette politique de l'UE encourage le bilatéralisme dans les relations en matière de réadmission. Les États membres ont tout l'intérêt à gagner une place privilégiée afin de s'imposer en tant qu'anneau de jonction entre l'UE et les pays tiers d'origine ou transit des personnes migrantes, ayant ainsi la possibilité de gérer directement les fonds destinés à financer la coopération et pouvant en outre canaliser les négociations dans une direction qui privilégie davantage ses propres intérêts.

507. La réponse à la question posée dans le titre de ce paragraphe est maintenant accessible. L'action de l'UE, favorisant les voies de négociation informelles, n'apporte aucun bénéfice net à l'Union, ni sur le plan des équilibres – politiques et budgétaires – internes, ni en termes de relations extérieures. Les accords informels que certains – à raison – appellent des « fantômes politiques » (« *policy ghosts* »)⁶²⁶, n'ayant pas un impact positif sur le taux de réadmission des ressortissants de pays tiers, provoquent en plus une fragmentation de la

⁶²⁵ CJUE, 26 novembre 2014, *Parlement européen et Commission européenne c Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-103/12 et C-165/12. Rec num, point 90; voir aussi CJUE, du 17 mars 2016, *Parlement européen c. Commission européenne*, C-286/14, ECLI:EU:C:2016:183.

⁶²⁶ Sergio Carrera, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes » dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, 21 à la p. 3 : « *It is argued that they constitute policy ghosts in search of EU normative identity and constituting venues – intersecting policy universes – where various actors seek the right interlocutors to pursue their interests and build alliances. They raise profound legal uncertainty issues as to whether they may qualify or not as 'international agreements', or as 'law', and if not, what their relationship is with the EU rule of law, democratic accountability and fundamental rights enshrined in the EU Treaties* ».

politique migratoire de l'UE, qui est obligée de baser son action externe sur des ententes non contraignantes, qui ouvrent *de facto* aux initiatives bilatérales des pays membres. En effet, les ententes signées par l'UE avec les pays de transit ou d'origine des personnes migrantes sont souvent « intègres » et suivies par des accords beaucoup plus poussés signés entre ses États membres et les États tiers.

508. Le contrôle juridictionnel sur ces actes est fortement limité. Il s'agit d'une limite majeure à l'action de la Cour de justice, qui résulte, en partie, vidée de ses pouvoirs de contrôle préventif, lui étant impossible au PE de demander des avis préventifs sur la compatibilité avec le droit primaire de l'UE⁶²⁷. De surcroît, la Cour est dans l'impossibilité de garantir le maintien adéquat des équilibres institutionnels au sein de l'UE, car les ententes en question ne rentrent pas parmi les actes typiques de l'Union. L'analyse, dans le prochain paragraphe, d'un exemple concret – l'accord de 2017 entre l'UE et l'Afghanistan — nous permettra de montrer les dangers de ces mécanismes, en termes de non protection des droits fondamentaux des personnes migrantes et de l'importance de pouvoir assurer un contrôle de la part de la Cour de justice de l'Union afin de garantir le nécessaire mécanisme institutionnel de « *check and balance* », essentiel dans des domaines qui comportent l'utilisation de sommes importantes du budget européen.

§2. LES LIMITES DE L'ACTION DE LA CJUE FACE AUX DERNIERS « ACCORDS » DE RÉADMISSION : L'EXEMPLE DU *JOINT WAY FORWARD UE-AFGHANISTAN*

En amont d'une grande conférence de donateurs organisée à Bruxelles pour l'Afghanistan les 4 et 5 octobre 2016 dans le but de trouver de nouvelles solutions de financement pour mettre fin à la violence et promouvoir la paix et la réconciliation en Afghanistan, l'Union européenne a signé, en toute discrétion, une entente – sous la forme

⁶²⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2012), JO, C 326, art 218, para 11.

de *Joint Way Forward* (JWF)⁶²⁸ – avec ce pays afin de faciliter le retour forcé de personnes afghanes déboutées du droit d’asile.⁶²⁹

509. Le passage que nous venons de citer est un extrait, pris de la section b.2 intitulée « le contexte de coercition économique et politique exercée par l’Union européenne sur l’Afghanistan en faveur de la signature de la Joint way forward » du mémoire en intervention présentée par le groupe GISTI en défense d’un ressortissant afghan objet d’une décision de renvoi basée sur l’accord entre l’UE et l’Afghanistan. Cet accord prend la forme, encore une fois, d’un instrument officiellement non juridiquement contraignant et constitue le plus récent témoignage du « virage vers l’informel »⁶³⁰ de la politique étrangère de l’UE.

510. L’analyse des modalités et des procédures qui ont mené à la signature de ce document (A) sont fort utiles dans le cadre de cette étude, car elle nous permet d’identifier les outils juridiques ou *quasi*-juridiques mis en place par les institutions UE (notamment la Commission et le Conseil) afin d’échapper au contrôle judiciaire de la CJUE (B).

⁶²⁸ *Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU*, 2 octobre 2016, en ligne :

<https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf> (consulté le 20 mai 2017).

⁶²⁹ GROUPE D’INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), *Mémoire en intervention volontaire devant la Cour Administrative d’appel de Bordeaux (article R. 632-1 du Code de justice administrative)*, Dossier 17BX04151, en ligne : <https://www.gisti.org/IMG/pdf/mem_gisti_interv_vol_caa-bordeaux.pdf> (consulté le 12 juin 2019).

⁶³⁰ Voir sur ce point, Sergio CARRERA, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes », dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, p. 21; Jean-Pierre CASSARINO, « Jean-Pierre Cassarino (2018), “Informalizing EU Readmission Policy.” In Ariadna Ripoll Servent and Florian Trauner (eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*. London: Routledge, pp. 83-98. »,...

A. Le parcours aboutissant à la conclusion de l'accord de partenariat UE-Afghanistan

511. Le mécanisme du « *more for more* », auquel nous avons fait référence dans les paragraphes précédents, est ici appliqué dans sa forme la plus manifeste (voire extrême). En effet, les négociations de l'*Accord de coopération en matière de partenariat et de développement entre l'Union européenne et l'Afghanistan*⁶³¹, qui a été effectivement signé par l'Union et l'Afghanistan le 18 février 2017, ont été soumises à la condition de l'approbation d'un texte parallèle et « informel » visant la coopération en matière de lutte contre la migration et de réadmission.

512. En guise de preuve de cela, il existe un document confidentiel de l'UE, portant la mention « *EU-restricted* », du 3 mars 2016, à destination des ambassadeurs⁶³². Dans ce document, il était proposé d'utiliser, comme levier, l'aide financière apportée par l'UE au gouvernement Afghan pour pousser les autorités de ce dernier à signer un accord de réadmission concernant ses nationaux déboutés de l'asile. Ce document indiquait également qu'un contrat de travaux publics en Afghanistan prévoyant un montant de 200 millions d'euros était censé prendre en compte la problématique de la migration. Les services de l'UE reconnaissaient, par ailleurs, dans cette note que l'Afghanistan était confronté à « une détérioration de sa situation sécuritaire et [à] une aggravation des menaces auxquelles les gens [étaient] exposés »⁶³³, ainsi qu'à « un nombre record d'attaques terroristes et de civils

⁶³¹ UE, *Accord de coopération en matière de partenariat et de développement entre l'Union européenne et l'Afghanistan*, 14 mars 2017, L 67, 14/03/2017, à la p. 3. Cet accord représente la première relation contractuelle entre l'Union européenne et l'Afghanistan et établit le cadre juridique de la coopération UE-Afghanistan. Conformément à l'article 218 TFUE, l'entrée en vigueur pleine et entière de cet accord mixte est soumise à l'approbation du Parlement européen ainsi qu'à la ratification par les parlements nationaux et certains parlements régionaux des États membres de l'Union. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326, art 218.

⁶³² COUNCIL, *Draft Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU - Adoption*, (2016), MIGR 159 COEST 219.

⁶³³ *Ibid.*, p 2.

tués ou blessés »⁶³⁴, appelé à augmenter. Ce qui ne les empêchait pas d'affirmer qu'il fallait « que 80 000 personnes au moins puissent retourner chez elles dans un futur proche »⁶³⁵.

513. L'accord de partenariat, signé en 2017, prévoit une ouverture vers l'informel et envisage la négociation de procédures bilatérales en matière de migration. L'article 28, au paragraphe 1, affirme que « [l]es parties conviennent de coopérer afin d'empêcher les flux migratoires irréguliers de leur territoire vers le territoire de l'autre partie »⁶³⁶ et, au paragraphe 4, que « [l]es parties conviennent de conclure, à la demande de l'une d'entre elles, un accord régissant des obligations spécifiques en matière de réadmission, y compris des dispositions concernant les citoyens d'autres pays et les apatrides »⁶³⁷. Dans les faits, cette option éventuelle a été une condition *sine qua non*, traduite par la conclusion de la « *Joint Way Forward* », bien avant la signature de l'accord de coopération officiel.

514. Du côté afghan, il est chose assez simple de comprendre les raisons qui justifient la signature de telles ententes. Selon le dernier rapport du Bureau européen d'appui à l'asile, l'économie afghane est dépendante environ au 70% de l'aide internationale⁶³⁸. De plus, l'Afghanistan est en proie à un conflit non international depuis 2014. Actuellement, la situation dans le pays oppose les talibans, le groupe État islamique et le gouvernement. Plus d'une vingtaine de groupes armés opèrent sur le territoire afghan⁶³⁹. Entre 2009 et 2016, la

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ *Ibid.*, p 1.

⁶³⁶ UE, *Accord de coopération en matière de partenariat et de développement entre l'Union européenne et l'Afghanistan*, 14 mars 2017, L 67, 14/03/2017, p. 33, art 28, para 1.

⁶³⁷ *Ibid.*, para 4.

⁶³⁸ European Asylum Support Office, *Afghanistan Key socio-economic indicators Focus on Kabul City, Mazar-e Sharif and Herat City - Country of Origin Information Report*, EASO, 2019 à la p 24: « *Despite the decrease, Afghanistan still remains highly dependent on aid: around 66 % of the budget in the financial year of 1396 (March 2017-Feb 2018) was funded through international donor support.150 As Integrity Watch Afghanistan – an independent civil society organisation committed to increase transparency – stated, changing Afghanistan's aid dependency would require tapping the country's mineral resources and also introducing a zero tolerance approach on corruption* ».

⁶³⁹ DÉPARTEMENT DE LA DÉFENSE (ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE), *Enhancing Security and Stability in Afghanistan*, Rapport au Congrès, 2017, p. 18.

Mission d'assistance des Nations unies en Afghanistan (MANUA) a calculé que près de 25 000 civils ont été tués et que plus de 45 000 ont été blessés⁶⁴⁰. Plusieurs rapports d'experts de l'ONU, ainsi que de nombreuses ONG⁶⁴¹, indiquent que le conflit en Afghanistan s'est aggravé au cours des années suivantes la signature, impliquant de lourdes conséquences pour les civils.

515. Du côté européen, la donnée principale à considérer est que les Afghans constituent le deuxième plus grand groupe de demandeurs d'asile dans l'Union après les Syriens. Le conflit a laissé plus de 1,2 million de personnes sans foyer permanent et a fait trois millions de réfugiés fuyant vers le Pakistan et l'Iran. Depuis janvier 2015, environ 242 000 Afghans ont fui vers l'UE⁶⁴².

En 2016, le taux de reconnaissance du statut de réfugié pour les ressortissants afghans était très inégal en fonction du pays dans lequel était faite la demande : de 1,7 % en Bulgarie, à 37,4 % en Suède et 97 % pour l'Italie. Le taux moyen de reconnaissance du statut de réfugié pour les Afghans est passé de 67 % en 2015, à 56,7 % en 2016. En décembre 2016, ce taux était de 33 %. Entre 2015 et 2016 le nombre de retours vers l'Afghanistan a quasiment triplé : de 3290 à 9460. En 2016 les chiffres étaient les suivants : Allemagne (3440), Grèce (1480), Suède (1025), Norvège (760).⁶⁴³

516. En raison de ces considérations, le fait de subordonner – officieusement – la conclusion d'un important accord de coopération économique à la signature d'un

⁶⁴⁰ UNITED NATIONS ASSISTANCE MISSION IN AFGHANISTAN, *2016 Annual Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, 2017, p. 3. United Nations Assistance Mission in Afghanistan, *2016 Annual Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, 1 February 2017, p. 3. En ligne : <https://unama.unmissions.org/protection-of-civilians-reports>.

⁶⁴¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Retour forcé vers l'insécurité l'Europe renvoie des demandeurs d'asile en Afghanistan*, 2017; HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2019 - Afghanistan*, 2019.

⁶⁴² Jelena BJELICA et Thomas RUTTIG, « Voluntary and Forced Returns to Afghanistan in 2016/17: Trends, statistics and experiences » (19 mai 2017), p. 3, en ligne : <https://www.afghanistan-analysts.org/voluntary-and-forced-returns-to-afghanistan-in-201617-trends-statistics-and-experiences/> (consulté le 28 juin 2017).

⁶⁴³ GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), *Mémoire en intervention volontaire devant la Cour Administrative d'appel de Bordeaux (article R. 632-1 du Code de justice administrative)*, Dossier 17BX04151, p. 14, en ligne : https://www.gisti.org/IMG/pdf/mem_gisti_interv-vol_caa-bordeaux.pdf (consulté le 12 juin 2019).

engagement tel que le *Joint Way Forward UE-Afghanistan* démontre une pression politique et économique forte de l'Union dans le but de stopper l'immigration provenant d'Afghanistan et de renvoyer les déboutés de l'asile systématiquement, sinon très largement, vers leur pays d'origine.

B. Les outils juridiques ou *quasi*-juridiques mis en place par les institutions UE afin d'échapper au contrôle judiciaire de la CJUE

517. Le Commissaire à l'immigration, Avramopoulos, répondant à une question précise posée par sept parlementaires européens⁶⁴⁴ a clarifié la portée concrète de cet accord :

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'« Action conjointe pour le futur sur les questions migratoires UE-Afghanistan », la Commission tient à actualiser les informations fournies le 20 novembre 2017 à la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, ainsi qu'à apporter aux honorables parlementaires quelques précisions relatives aux vols de retour.

Depuis la première application de l'action conjointe pour le futur, le 2 octobre 2016, 23 vols charters ont été effectués entre le 12 décembre 2016 et le 21 décembre 2017, coordonnés et financés par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex). Le coût total de ces vols s'élève à 5 479 694,95 EUR.

Les vols ont été organisés par l'Autriche, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, la Hongrie et la Suède, et sont partis de ces pays, respectivement au départ des aéroports suivants: l'aéroport international de Vienne, l'aéroport de Copenhague, les aéroports d'Helsinki–Vantaa et Lappeenranta, l'aéroport international de Düsseldorf, l'aéroport de Francfort-sur-le-Main, l'aéroport de Leipzig, l'aéroport de Munich–Franz Josef Strauss, l'aéroport international de Budapest et l'aéroport de Stockholm–Arlanda.

Au total, 358 ressortissants de pays tiers ont été renvoyés en Afghanistan lors d'opérations coordonnées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes. La vaste majorité des personnes soumises à un retour sont des hommes adultes, avec un petit nombre de femmes (11) et de mineurs (6), qui ont été renvoyés avec leur

⁶⁴⁴ Question avec demande de réponse écrite E-007189/2017 à la Commission: État d'avancement de la mise en oeuvre de l'action conjointe pour le futur sur les questions migratoires UE -Afghanistan: retours en Afghanistan, 22 novembre 2017, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-007189_FR.html> (consulté le 29 janvier 2018).

famille. La Commission et l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes ne disposent pas d'informations sur l'âge exact de ces personnes⁶⁴⁵.

518. En pratique, d'importantes ressources du budget de l'UE ont été utilisées pour financer les opérations de retour – forcées ou volontaires – des Afghans dans leur pays. Et, par le biais de la coopération économique, la construction d'un nouveau terminal de l'aéroport de Kaboul, quasi totalement dédié aux vols d'expulsion en provenance d'Europe, aurait même été financé⁶⁴⁶.

519. Il y a donc plusieurs éléments de cet « accord » qui mettent en exergue la volonté de l'UE d'organiser le renvoi systématique des demandeurs déboutés de l'asile vers l'Afghanistan. Tout d'abord, au paragraphe 2 de la partie II est prévue la possibilité, pour les autorités des États membres, d'utiliser le « laissez-passer européen » pour permettre, aussi, la réadmission des personnes dont l'identification et l'obtention d'un document valide de voyage n'a pas été possible. Il s'agit d'une procédure *ad hoc* qui permet de contourner les autorités consulaires de l'État supposé d'origine, institué par un règlement de 2016⁶⁴⁷ qui n'aborde pas la question de la garantie des droits fondamentaux, notamment de la protection du droit au *non-refoulement*. Ensuite, l'utilisation de vols non répertoriés rejoint l'engagement pour la création de nouvelles infrastructures visant à faciliter les retours. La Joint Way Forward permet, ainsi, aux États membres de programmer des vols non réguliers

⁶⁴⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, *Réponse donnée par M. Avramopoulos au nom de la Commission (Référence de la question: E-007189/2017, 13 février 2018.*

⁶⁴⁶ Nikolaj NIELSON, « EU mulls “migrant” terminal at Kabul airport » (5 octobre 2016), en ligne : <<https://euobserver.com/migration/135370>> (consulté le 2 mars 2017). La création de ce « hub » dédié était prévue au point 3 de la partie II de la Joint Way Forward : « Both sides will explore the possibility to build a dedicated terminal for return in Kabul airport and express their willingness to carry out non-scheduled flights at the best convenient times ». *Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, 2 octobre 2016, en ligne : <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf>* (consulté le 20 mai 2017), partie II, point 3.

⁶⁴⁷ UE, *Règlement 2016/1953 du 26 octobre 2016 relatif à l'établissement d'un document de voyage européen destiné au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, et abrogeant la recommandation du Conseil du 30 novembre 1994.*, [2016] 13-16, L 311.

vers l'Afghanistan afin d'expulser les demandeurs d'asile déboutés⁶⁴⁸. De telle manière, cette entente octroie aux États européens la possibilité de renvoyer, massivement et collectivement, les ressortissants afghans vers un pays où il existe un risque généralisé de subir des traitements inhumains et dégradants, ce qui viole, par conséquent, les articles 4 et 19 de la CDFUE, l'article 3 et l'article 4 du *Protocole n° 4 de la Convention européenne des droits de l'homme* et l'article 33 de la *Convention de Genève*.

520. La Cour de justice, dans sa jurisprudence, a d'ailleurs souvent rappelé l'importance, pour l'État requis, de procéder à une analyse attentive du risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes dans l'État tiers requérant, basée sur des éléments « objectifs, fiables, précis et dûment actualisés »⁶⁴⁹. Or, la conclusion, de la part de l'UE, d'une entente telle que la *Joint Way Forward* avec l'Afghanistan comporte le risque concret que les autorités des pays membres ne procèdent pas à des vérifications si poussées, se limitant à traiter de façon expéditive et sommaire les demandes de ressortissants afghans, les exposant ainsi au risque réel des traitements inhumains et dégradants.

521. En matière de mise en danger des droits fondamentaux des personnes migrantes, ce texte, que – rappelle-t-on encore une fois – a échappé au processus démocratique, n'ayant même pas été soumis à l'attention des parlementaires européens, présente plusieurs points de contraste avec la CDFUE.

⁶⁴⁸ Le plan opérationnel, contenu dans une annexe non publiée, prévoit un maximum de 10 000 retours par an. Le document ne précise pas si le total comprend les retours volontaires ou forcés. Le document indique également qu'il ne peut y avoir plus de deux vols non réguliers par semaine, à savoir un maximum de 100 rapatriés forcés par semaine (soit 400 par mois, ce qui signifierait un maximum de 5000 déportés par an). Ce calcul montre que 5000 personnes expulsées et 5000 rapatriés volontaires sont attendus par an. Voir à cet effet : Jelena BJELICA et Thomas RUTTIG, « Voluntary and Forced Returns to Afghanistan in 2016/17: Trends, statistics and experiences » (19 mai 2017), p. 3, en ligne : <<https://www.afghanistan-analysts.org/voluntary-and-forced-returns-to-afghanistan-in-201617-trends-statistics-and-experiences/>> (consulté le 28 juin 2017).

⁶⁴⁹ CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15, Rec. Num point 59 : « Ces éléments peuvent résulter, notamment, de décisions judiciaires internationales, telles que des arrêts de la Cour EDH, de décisions judiciaires de l'État tiers requérant ainsi que de décisions, de rapports et d'autres documents établis par les organes du Conseil de l'Europe ou relevant du système des Nations unies ».

522. L'article 42 de la CDFUE établit le droit à l'accès aux documents⁶⁵⁰, or le *Joint Way Forward* – tout comme les autres ententes informelles de l'UE – n'a jamais été publié dans le journal officiel, et son annexe n'a jamais été rendue publique. Par conséquent, il est impossible pour les personnes expulsées vers l'Afghanistan d'identifier sur quel fondement juridique se base leur renvoi. La CJUE a affirmé, sur ce point, que « l'absence d'information et de débat est susceptible de faire naître des doutes dans l'esprit des citoyens, non seulement quant à la légalité d'un acte isolé, mais aussi quant à la légitimité du processus décisionnel dans son entièreté »⁶⁵¹. Le principe de transparence, d'ailleurs, « permet d'exercer un contrôle effectif et efficace sur l'exercice du pouvoir dont les institutions communautaires sont investies »⁶⁵². Ce dernier est un élément essentiel pour l'exercice du droit à un recours effectif, prévu par l'article 47 de la CDFUE, qui constitue aussi un principe général du droit européen⁶⁵³, pourtant bafoué par ce genre d'entente.

523. Concernant l'auteur de l'acte, même si le document se limite à indiquer l'UE comme partie, sans aucune signature apparente, le document du Conseil n° 12191/16 du 22 septembre 2016⁶⁵⁴ « semble faire état d'une négociation par la Commission suivie d'une validation par le Conseil »⁶⁵⁵. Or, il est opportun de rappeler que le Juge de Luxembourg,

⁶⁵⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, JO 2000/C 364/01, (entrée en vigueur : 12 décembre 2007), art 42. « Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ».

⁶⁵¹ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05.[2005] Rec CE I-2271 point 59.

⁶⁵² Trib CE, 7 décembre 1999, *Interporc c. Commission*, T-92/98.,[1999] Rec CE II-03521 point 39. En plus, le juge de l'Union, à propos de l'article 42 de la *Charte*, a indiqué que « s'agissant du droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, la Charte prévoit un droit fondamental special ». Trib CE, 29 novembre 2012, *Gaby Thesing c. Banque centrale européenne*, T-590/10, non publiée points 72-73.

⁶⁵³ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05.[2005] Rec CE I-2271 point 37.

⁶⁵⁴ COUNCIL, *Draft Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU - Adoption*, (2016), MIGR 159 COEST 219.

⁶⁵⁵ GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), *Mémoire en intervention volontaire devant la Cour Administrative d'appel de Bordeaux (article R. 632-1 du Code de justice*

dans l'arrêt Kadi⁶⁵⁶, a aussi fermement affirmé l'impossibilité pour les institutions de l'UE d'accorder une immunité juridictionnelle à des actes pris *de facto* par celles-ci, afin de préserver le droit des individus à une protection juridictionnelle effective⁶⁵⁷.

524. Le caractère « non conventionnel » et « informel » du JWF prive, encore une fois, la Juge de l'UE de la possibilité effective d'exercer un contrôle, à la fois en voie préventive – par des avis –, et en voie préjudicielle, en vertu de l'article 267 TFUE.

525. Néanmoins, les limites à l'action de la Cour de justice peuvent être partiellement outrepassés, dans la mesure où les autorités judiciaires des pays membres, lors d'un contentieux portant sur l'application du JWF, pourraient « se réserver la possibilité de neutraliser les effets les plus attentatoires aux droits fondamentaux de l'accord, en sanctionnant des mesures d'application nationales de celui-ci pour contrariété à la Charte des Droits fondamentaux de l'Union »⁶⁵⁸. Il s'agit d'une hypothèse quelque peu fictive, mais réalisable, notamment en application de l'activité d'interprétation neutralisante que les juridictions nationales peuvent mettre en œuvre, lorsque les principes dégagés par la jurisprudence de la CJUE sont suffisamment clairs et consolidés. Sur ce point, le *Mémoire en intervention volontaire* présenté par le Groupe d'information et de soutien des immigrés à la Cour administrative de Bordeaux, en opposition au transfert d'un ressortissant Afghan vers la Suède, est très clair :

administrative), Dossier 17BX04151, p. 19, en ligne : https://www.gisti.org/IMG/pdf/mem_gisti_interv-vol_caa-bordeaux.pdf (consulté le 12 juin 2019).

⁶⁵⁶ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-402/05P et C-414/05P, [2008] I-06351, points 312-327.

⁶⁵⁷ GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), *Mémoire en intervention volontaire devant la Cour Administrative d'appel de Bordeaux (article R. 632-1 du Code de justice administrative)*, Dossier 17BX04151, p. 23, en ligne : https://www.gisti.org/IMG/pdf/mem_gisti_interv-vol_caa-bordeaux.pdf (consulté le 12 juin 2019).

⁶⁵⁸ *Ibid.*

En effet, l'arrêt *Akerberg et Fransson*⁶⁵⁹ de 2013 a précisé que l'art. 51, § 1 de la Charte implique qu'une mesure nationale constitue une « mise en œuvre » du droit de l'Union, dès lors qu'elle se situe « dans le cadre » du droit de l'Union ou entre « dans le champ d'application » de ce droit. Parmi les éléments à prendre en compte pour apprécier ce lien de rattachement, mentionné par un arrêt *Ymeraga*⁶⁶⁰ du 8 mai 2013, figure notamment le fait de savoir si la législation nationale a pour « but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union » et « si celle-ci ne poursuit pas des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier ». Plus précisément encore, la Cour a rappelé dans son arrêt *Siragusa*⁶⁶¹ du 6 mars 2014 qu'une situation juridique doit à ce stade présenter « un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre »⁶⁶².

526. Enfin, les conséquences sur la vie des personnes migrantes sont souvent irréversibles. Le 11 juillet 2018, un jeune de 23 ans, qui résidait en Allemagne depuis l'âge de 15 ans, s'est suicidé dans le refuge temporaire de l'OIM à Kaboul, suite à son renvoi vers l'Afghanistan avec 68 autres compatriotes⁶⁶³. Amnesty internationale a dénoncé, dans un rapport, le taux de suicide des demandeurs débouté avant et après leurs expulsions depuis les pays de l'UE, et les données sont accablantes⁶⁶⁴. Cela prouve, encore davantage, la dangerosité de l'Afghanistan pour ses ressortissants⁶⁶⁵.

⁶⁵⁹ CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15.Rec. Num.

⁶⁶⁰ CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, C-87/12.non publié point 41.

⁶⁶¹ CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13.non publié.

⁶⁶² GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), *Mémoire en intervention volontaire devant la Cour Administrative d'appel de Bordeaux (article R. 632-1 du Code de justice administrative)*, Dossier 17BX04151, p. 31-32, en ligne : <https://www.gisti.org/IMG/pdf/mem_gisti_interv-vol_caa-bordeaux.pdf> (consulté le 12 juin 2019).

⁶⁶³ Florian BARDOU, « Après le suicide d'un Afghan expulsé, le ministre de l'intérieur allemand critiqué pour son "cynisme" », *Libération* (11 juillet 2018), en ligne : <https://www.liberation.fr/planete/2018/07/11/apres-le-suicide-d-un-afghan-expulse-le-ministre-de-l-interieur-allemand-critique-pour-son-cynisme_1665795> (consulté le 27 décembre 2017).

⁶⁶⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *Retour forcé vers l'insécurité l'Europe renvoie des demandeurs d'asile en Afghanistan*, 2017, p. 4.

⁶⁶⁵ Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un cas isolé, à titre d'exemple, voir : Yara BOFF TONELLA, « A vicious circle: A young Afghan man's journey through Europe's asylum system », *Amnesty International*, en

527. Tel que rappelé auparavant⁶⁶⁶, le PE peut exercer un contrôle – *ex post* - sur le budget de l'Union et pourrait, comme pour tous les autres accords de réadmission « informels », interroger la Cour de justice sur la validité et la compatibilité avec les traités des mandats de négociation en vertu desquels la Commission a conclu le *Joint Way Forward UE-Afghanistan*. Toutefois, au-delà des questions officielles envoyées par des parlementaires au Commissaire⁶⁶⁷, à présent, aucune initiative juridictionnelle n'a été prise en la matière. Il existe donc d'importantes limites à l'action de la Cour de justice en matière de répression des migrations « à la sortie ».

SECTION 2 : LES PARTENARIATS CONCLUS PAR L'AGENCE FRONTEX AVEC LES PAYS TIERS POUR LA RÉADMISSION DES PERSONNES MIGRANTES EN CONDITION IRRÉGULIÈRE

528. Le projet préconisant un modèle de contrôle « intégré » des frontières de l'UE a été conçu, dès le départ, sur quatre niveaux dont « les actions à mener dans les pays membres »⁶⁶⁸ constituent la première étape. La réforme de 2019 trace le socle dans lequel

ligne : <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/10/a-vicious-circle-a-young-afghan-mans-journey-through-europes-asylum-system/>> (consulté le 21 mai 2019); « Afghan boy's hope of new life in Europe ends in suicide », *Reuters* (22 septembre 2016), en ligne : <<https://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-sweden-special-report-idUSKCN11S0W4>> (consulté le 21 mai 2019); Are You A. SYRIOUS, « Afghan boy committed suicide in Germany », *Medium*, en ligne : <<https://medium.com/@AreYouSyrious/ays-daily-digest-4-3-2017-afghan-boy-committed-suicide-in-germany-ff37c818a882>> (consulté le 21 mai 2019).

⁶⁶⁶ *Supra*, voire Titre I, chapitre 2.

⁶⁶⁷ *Supra* note 644.

⁶⁶⁸ CONSEIL EUROPÉEN, COMMUNIQUÉ 15801/06 (PRESSE 341), 2768^e réunion du Conseil (*Justice et Affaires intérieures*), 4 décembre 2006, en ligne :

doit s'inscrire l'action de Frontex dans ce domaine : « [L]'Agence contribue à la mise en œuvre de la politique extérieure de l'Union en matière de retour et de réadmission dans le cadre de la politique extérieure de l'Union et dans des matières régies par le présent règlement »⁶⁶⁹. Néanmoins, les instruments dont Frontex dispose pour remplir cette portion de son mandat sont pluriels et parfois difficiles à encadrer sur le plan juridique.

529. Le nouveau règlement a répondu à une partie des critiques avancées sur l'action externe de l'agence, en prévoyant une participation accrue de la Commission et du Conseil dans la préparation d'« accords sur le statut »⁶⁷⁰ visant à encadrer les relations entre l'agence et les autorités des pays tiers. Cependant, les accords de travail déjà conclus par l'agence avec des pays tiers restent en vigueur et la possibilité pour l'agence d'en conclure d'autres est expressément prévue⁶⁷¹.

530. La pratique visant à passer des accords informels avec les États tiers d'origine ou de transit des personnes migrantes, donc, ne concerne pas que les États membres. D'ailleurs, le caractère formellement « technique » de ces accords a été souvent contesté, notamment à cause de l'impact sur les droits fondamentaux des personnes migrantes

https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/91997.pdf (consulté le 18 juillet 2018). Les trois autres étaient, le contrôle aux frontières, les mesures de contrôle à l'intérieur de l'espace Schengen et les opérations de retour.

⁶⁶⁹ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 73, paragraphe 5.

⁶⁷⁰ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 73, paragraphe 3; pour plus d'information sur ce point, voir aussi COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil Modèle d'accord sur le statut, tel que visé à l'article 54, paragraphe 5, du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, COM(2016) 747 final, Bruxelles, le 22.11.2016.

⁶⁷¹ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 74, paragraphe 4.

concernées, appréhendées en mer ou aux frontières et reconduites dans leur pays d'origine ou dans des pays de transit partenaires.

531. L'adoption du modèle d'accords sur le statut étant trop récente pour en tirer une analyse d'impact sur la répression des migrations⁶⁷², nous nous concentrerons sur le difficile encadrement juridique de accords de travail conclus par Frontex (1§), pour ensuite analyser les obstacles à la justiciabilité de ces accords devant la CJUE (2§).

§1. LES ACCORDS DE TRAVAIL CONCLUS PAR FRONTEX : OBJETS JURIDIQUES NON IDENTIFIÉS

532. La « zone grise »⁶⁷³ entourant la possibilité de Frontex de conclure des accords de travail a été fortement critiquée, notamment par le manque de transparence et l'absence quasi-totale de bases légales. Néanmoins, sur le plan formel la procédure de conclusion des accords de travail trouve aujourd'hui une « justification juridique » partiellement renforcée dans l'article 74 du *Règlement 2019/1986*⁶⁷⁴. Toutefois ces avancées ne permettent pas d'écarter les craintes existantes envers cette pratique, au point que les accords de travail demeurent des « objets non identifiés » sur le plan juridique qui risquent d'échapper à toute forme de contrôle.

⁶⁷² Au moment de la rédaction de cette étude l'UE a signé cinq accords sur le statut avec autant de pays tiers de la régions des Balkans : Macédoine du Nord (en juillet 2018), Serbie (en septembre 2018), Albanie (en octobre 2018), Bosnie-Herzégovine (en janvier 2019) et Monténégro (en février 2019). Ces accords visant la coopération opérationnelle aux frontières, permettent le déploiement d'agents statutaires du corps européen de garde-frontières et garde-côtes sur le territoires de ces pays tiers en cas de besoin.

⁶⁷³ Melanie FINK, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », (2012) 28 *Utrecht Journal of International and European Law*, 31, DOI : 10.5334/ujel.be.

⁶⁷⁴ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 73.

533. À cause de son activité extérieure, l'agence Frontex a fait l'objet de nombreuses accusations et plaintes pour des violations des droits fondamentaux commises lors des opérations de retour. Des ONG réputées telles que Human Rights Watch⁶⁷⁵ ont déposé des plaintes et ouvert le débat sur des questions d'importance cruciale, concernant notamment : la définition des critères adoptés par Frontex pour conclure un accord de travail; la prise en compte de la situation des droits humains dans les pays tiers partenaires (délict d'immigration illégale, droits des minorités); et les limites du mandat des agents observateurs des pays de coopération présents lors des opérations conjointes (protection des données personnelles collectées, utilisation de la force). Le Médiateur de l'UE a ouvert cinq enquêtes sur l'agence, concernant le respect général des droits de l'Homme⁶⁷⁶, les violations des droits de l'Homme lors d'opérations de retour forcé⁶⁷⁷, des accidents survenus lors d'opérations en Bulgarie⁶⁷⁸, le refus d'accorder l'accès à un document relatif aux navires employés dans les opérations en mer⁶⁷⁹ et des pratiques linguistiques discriminatoire⁶⁸⁰. Des groupes tels que Frontexit ont fait ouvertement campagne contre l'agence dans son ensemble⁶⁸¹, contestant

⁶⁷⁵ HUMAN RIGHTS WATCH, *The EU's Dirty Hands Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece*, 2011.

⁶⁷⁶ Ombudsman européen, *Implementation by FRONTEX of its fundamental rights obligations*, 12 novembre 2013, affaire OI/5/2012/BEH-MHZ.

⁶⁷⁷ European OMBUDSMAN, *Décision dans l'affaire OI/9/2014/MHZ - Propositions visant à l'amélioration du suivi des opérations de retour conjointes de Frontex*, 2014.

⁶⁷⁸ European OMBUDSMAN, *Décision rendue dans l'affaire 1616/2016/MDC sur l'allégation selon laquelle Frontex n'a pas rendu publics les rapports d'incident grave concernant ses opérations ou opérations conjointes en Bulgarie*, 2017.

⁶⁷⁹ European OMBUDSMAN, *Décision rendue dans l'affaire 1328/2017/EIS concernant le refus de Frontex d'accorder l'accès à un document relatif aux navires employés dans les opérations de contrôle des frontières Poséidon et Triton*, 2017.

⁶⁸⁰ Européen OMBUDSMAN, *Decision of the European Ombudsman in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement*, 18 janvier 2017.

⁶⁸¹ FRONTEXIT, *La coopération extérieure de Frontex hors tout contrôle démocratique - Note à l'attention des parlementaires européens*, 2014, en ligne : <<https://www.frontexit.org/en/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-contrôle-démocratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file>> (consulté le 4 avril 2019).

notamment les relations avec des pays comme l'Ukraine et le Nigeria – avec qui Frontex a signé des accords de travail –, dans lesquels des « formes de mauvais traitements sont toujours une pratique courante, les réfugiés et demandeurs d'asile sont constamment menacés d'arrestation et de renvoi forcé et la situation des migrants, notamment en matière de détention, est préoccupante. »⁶⁸².

534. Ces instruments de coopération « informelle » avec les pays tiers représentent donc l'un des aspects à la fois les plus importants dans la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union, et le moins étudié, car les informations pertinentes sont inaccessibles à la majorité de citoyens. Forts de ces considérations préliminaires, après avoir fait de la lumière sur les accords de travail en vigueur (A), nous nous interrogerons sur les bases juridiques qui légitiment l'agence Frontex à conclure ce genre d'ententes (B).

A. Les accords de travail en vigueur en matière de retour

535. Dans les relations extérieures en matière de contrôle des frontières, l'agence Frontex agit à un triple niveau : 1) facilite la coopération technique et opérationnelle entre les États membres et les pays tiers ; 2) participe à la mise en œuvre des accords internationaux entre l'UE et les pays tiers (accords sur le statut) et 3) coopère directement avec les autorités des pays tiers, par le biais d'accords de travail⁶⁸³.

536. Alors que les renvois de personnes migrantes de l'UE vers des pays tiers de transit ou d'origine sont régis par des accords bilatéraux entre ces derniers et l'UE ou ses États membres, la possibilité de coopérer en matière d'opérations de retour figure dans

⁶⁸² *Ibid.*, p 9 : « Pour autant, Frontex ne semble pas tenir compte de ces informations dans les pays où elle intervient puisqu'il n'est jamais fait mention, dans ses rapports publics, d'analyses en la matière ».

⁶⁸³ FRONTEx, *Frontex Programming document 2018-2020*, en ligne : <http://www.statewatch.org/news/2019/feb/frontex-programming-document-2018-20.pdf> (consulté le 3 avril 2019).

plusieurs accords entre Frontex et des pays tiers⁶⁸⁴. Cela inclut notamment les États-Unis et le Canada, ainsi que l'Albanie, la Bosnie, le Cap-Vert, la Macédoine, le Monténégro, le Nigeria, la Serbie, l'Ukraine, la Russie, la Moldavie, le Kosovo, la Géorgie, la Biélorussie, l'Azerbaïdjan, l'Arménie et la Turquie.

537. En mars 2018, selon les données publiées sur son site officiel, Frontex avait signé vingt accords de travail avec des autorités d'États tiers, et sept avec des organisations internationales⁶⁸⁵. Sur les vingt accords⁶⁸⁶, dix-sept sont définis comme des « arrangements de travail » (« *working arrangements* »), alors que les trois autres portent une nomenclature légèrement différente. Tout d'abord, l'accord entre Frontex et le CIS (*Coordination Service of the CIS Border Commandants Council*), une organisation régionale composée par des pays issus de l'ex-Union soviétique, prend la forme d'un « mémorandum »; ensuite, l'agence Frontex et la Russie coopèrent sur la base de « termes de référence »; enfin, l'entente de coopération avec la Turquie est régie par un « mémorandum d'accord ».

538. Frontex envisage actuellement de signer des accords de travail avec cinq autres pays, conformément au *Document unique de programmation 2019-2020*, à savoir l'Égypte, le Maroc, le Niger, le Sénégal et la Tunisie⁶⁸⁷. Le conseil d'administration de l'agence a publié une décision approuvant la signature d'accords de travail avec ces pays, bien que le moment où cette décision aurait été prise ne soit pas connu à ce jour.

⁶⁸⁴ Chris JONES, « Briefing Frontex: cooperation with non-EU states », *StateWatch* 2017.25, 12.

⁶⁸⁵ CEN (Comité européen pour la standardisation) et Cenelec (Comité européen pour la standardisation electrotechnique), DCAF (Centre pour la sécurité, le développement et l'État de droit), (Centre International pour le Développement des Politiques Migratoire) ICMPD, INTERPOL, OIM, UNHCR, UNODC.

⁶⁸⁶ 18 avec des États tiers et 2 avec des organisations régionales : CIS (*Border Troop Commanders Council*) et MARRI (*Regional Centre in the Western Balkans*). Source : frontex.europa.eu.

⁶⁸⁷ FRONTEX, *Frontex Programming document 2018-2020*, en ligne : <<http://www.statewatch.org/news/2019/feb/frontex-programming-document-2018-20.pdf>> (consulté le 3 avril 2019). Selon le document de programmation 2016-2019, ils étaient envisagés des accords avec trois autres pays : la Mauritanie, la Lybie et le Brésil.

539. Les accords de travail visent à établir un partenariat entre Frontex et les autorités des pays tiers compétents en matière de gestion des frontières. Parmi les objectifs de ces arrangements, l'on retrouve la lutte contre la migration irrégulière et la criminalité transfrontalière, ainsi que le renforcement de la sécurité aux frontières extérieures de l'UE.

540. Au cours de nos recherches, nous avons analysé chacun des accords en vigueur et sommes parvenu à la conclusion qu'il est possible d'identifier huit catégories d'accords différentes visant, respectivement, à favoriser : la formation et l'entraînement du personnel des autorités frontalières des États tiers; le traitement et l'échange d'informations; l'analyse du risque⁶⁸⁸; l'assistance technique; les opérations conjointes; les opérations de retour; les projets pilotes; et l'interopérabilité entre agences de l'UE œuvrant dans le secteur de la migration et de la sécurité des frontières. Les opérations de retour, dans toutes leurs formes, représentent la manifestation immédiate de l'action de répression des migrations « à la sortie » opérée par l'agence Frontex.

541. Le texte de certains accords est plus contraignant que d'autres. Par exemple, alors que ceux conclus avec l'Albanie, la Macédoine, le Monténégro, la Serbie et la Turquie indiquent que Frontex et les autorités compétentes « pourraient explorer les possibilités de développer une coopération dans le domaine des activités de retour conjointes coordonnées », l'entente entre Frontex et le Cap-Vert « explorera les possibilités »⁶⁸⁹ de

⁶⁸⁸ Frontex a constitué plusieurs réseaux d'analyse de risques : un réseau européen, le Frontex Risk Analysis Network (FRAN), et trois réseaux extra-européens, l'Eastern Borders Risk analysis (EB RAN), le Western Balkans Risk Analysis Network (WB RAN) et l'Africa Frontex Intelligence Community (AFIC). Ces réseaux d'analyse de risques servent à échanger de l'information et à recueillir des données sur les voies de passage les plus empruntées par les personnes migrantes et sur les « profils » de ces dernières (âge, nationalité, etc.).

Pour plus d'information sur cet aspect voir : FRONTEXIT, *La coopération extérieure de Frontex hors tout contrôle démocratique - Note à l'attention des parlementaires européens*, 2014, en ligne : <<https://www.frontexit.org/en/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-controle-democratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file>> (consulté le 4 avril 2019).

⁶⁸⁹ FRONTEX, *Working Arrangement establishing operational cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Policia Nacional de Cabo Verde*, 14 janvier 2011 (Bruxelles).

mettre en place une coopération en matière de retour. Parallèlement, l'arrangement de travail entre Frontex et le Nigéria indique que ces deux sujets de droit international « continuent de développer leur coopération »⁶⁹⁰ dans le cadre d'opérations de retour coordonnées par Frontex⁶⁹¹.

542. Bien qu'un accord puisse prévoir ou non des dispositions spécifiques sur les droits de l'homme, Frontex, en tant qu'agence de l'Union, est toujours tenue de respecter les exigences et les limitations établies par le droit de l'UE. Néanmoins, étant donné que la coopération avec les pays tiers doit servir à promouvoir les normes européennes en matière de gestion des frontières, « y compris en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux et le principe de non-refoulement »⁶⁹², la discipline en vigueur montre encore de fortes défaillances⁶⁹³.

B. Les bases légales qui permettent à Frontex de conclure des accords de travail et les limites concernant les droits fondamentaux

543. L'action extérieure de Frontex est basée sur l'article 73 du *Règlement 2019/1896*, qui prévoit les modalités et les formes selon lesquelles l'agence peut coopérer avec des pays tiers. Cette disposition est la résultante d'un long processus évolutif,

⁶⁹⁰ FRONTEX, Working Arrangement establishing operational cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Nigerian Immigration Service, 19 janvier 2012 (Bruxelles).

⁶⁹¹ Ibid à la p 13.

⁶⁹² UE, Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JO L 251/1, 16.09.2016, art 54, para 1.

⁶⁹³ FRA, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights The revised European Border and Coast Guard - Regulation and its fundamental rights implications, Opinion, 2018, en ligne : <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-opinion-ebcg-05-2018_en.pdf> (consulté le 5 avril 2019).

poussé par les fortes critiques avancées envers le contenu des règlements précédents, tachés d'être dépourvus de toute référence aux droits fondamentaux et d'être excessivement vagues dans l'encadrement des pouvoirs concernant l'action externe de l'agence. Il est intéressant de jeter un regard d'ensemble sur la normativité abrogée pour apprécier l'évolution de cette disposition.

544. Le règlement de 2004 confiait à Frontex un rôle dans les opérations de retour, précisant que l'agence devait « fournir l'assistance nécessaire à l'organisation d'opérations de retour conjointes des États membres »⁶⁹⁴ et aider à « identifier les meilleures pratiques en matière d'acquisition de documents de voyage et d'élimination des documents illégaux des ressortissants de pays tiers »⁶⁹⁵. La réforme de 2011 a étendu ce dernier point pour préciser que l'identification des « meilleures pratiques »⁶⁹⁶ devait s'effectuer en coopération avec les autorités compétentes des pays tiers. L'article 54, paragraphe 6, du règlement de 2016 stipulait que: « l'Agence coopère avec les autorités compétentes des pays tiers en matière de retour, y compris pour l'obtention des documents de voyage »⁶⁹⁷, et elle offre aussi la possibilité, aux fonctionnaires de pays tiers, d'être invités en tant qu'observateurs des opérations de retour.

⁶⁹⁴ CE, *Règlement (CE) N° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2004] JO, L 349/1, art 9.

⁶⁹⁵ Ibid.

⁶⁹⁶ UE, *Règlement (UE) 2011/1168 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2011] JO, L 304/1, art 9. *Règlement n. 1168/2011 du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n. 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, article 9.

⁶⁹⁷ UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, art 54, para 6.

545. En matière de coopération avec les autorités compétentes de pays tiers, l'article 14 du règlement de 2004⁶⁹⁸, prévoyait simplement que :

Pour les questions qui relèvent de ses activités et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses tâches, l'Agence facilite la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers, dans le cadre de la politique de l'Union européenne en matière de relations extérieures.

L'Agence peut coopérer avec les autorités de pays tiers compétentes dans les domaines régis par le présent règlement, dans le cadre d'accords de travail conclus avec ces autorités, conformément aux dispositions pertinentes du traité⁶⁹⁹.

546. Or, il est important de remarquer que treize des vingt accords de travail en vigueur ont été négociés et conclus sous le régime juridique – que l'on pourrait qualifier de très générique – dudit *Règlement 2007/2004*. Les associations œuvrant pour la défense des droits des personnes migrantes, mais aussi le Médiateur européen et le Parlement UE, sont intervenus pour demander de préciser la norme en question⁷⁰⁰.

547. Ainsi, le *Règlement 1168/2011*, abrogeant le règlement de 2004, a amendé l'article 14, en rajoutant au premier paragraphe une référence explicite aux droits fondamentaux⁷⁰¹ et à la dignité humaine⁷⁰² en tant que principes desquels la coopération avec

⁶⁹⁸ CE, *Règlement (CE) N° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2004] JO, L 349/1.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, art 14.

⁷⁰⁰ European OMBUDSMAN, *Rapport spécial de la Médiatrice européenne dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, 2013, en ligne* : <<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/special-report/fr/52465>>.

⁷⁰¹ UE, *Règlement (UE) 2011/1168 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n o 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, [2011] JO, L 304/1, art 14, para 1 § 1. « l'Agence facilite la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers, dans le cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures, y compris en ce qui concerne les droits de l'homme ».

⁷⁰² *Ibid.*, art 14, para 1 § 3. « La mise en place d'une coopération avec des pays tiers permet de promouvoir des normes européennes en matière de gestion des frontières, notamment le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine ».

des autorités des États tiers doit s'inspirer. Entre autres, l'amendement fait au paragraphe 2 de l'article 14 clarifie, pour la première fois, la portée des arrangements de travail, limitant ceux-ci à la seule coopération opérationnelle :

L'Agence peut coopérer avec les autorités de pays tiers compétentes dans les domaines régis par le présent règlement, dans le cadre d'accords de travail conclus avec ces autorités, conformément aux dispositions pertinentes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. *Ces accords de travail ont uniquement trait à la gestion de la coopération opérationnelle*⁷⁰³.

548. Dans le règlement de 2016, il est possible de retrouver tous les éléments issus de cette évolution normative. Cependant, le cadre posé par l'article 54 reste encore vague, notamment quant aux accords de travail qui visent le retour des personnes migrantes dans les pays d'origine ou dans des pays de transit. Notamment, à son paragraphe 2, le champ d'action des accords de travail est élargi :

L'Agence peut coopérer avec les autorités des pays tiers compétentes (...). Elle agit également dans le cadre d'arrangements de travail conclus avec ces autorités conformément au droit et à la politique de l'Union. Ces arrangements de travail précisent l'étendue, la nature et la finalité de la coopération et ont trait à la gestion de la coopération opérationnelle⁷⁰⁴.

549. Or, la réforme de 2019 apporte des avancées remarquables. Une importance accrue est donnée au respect des droits fondamentaux dans son action extérieure⁷⁰⁵ et les

⁷⁰³ Italiques originales.

⁷⁰⁴ UE, Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JO L 251/1, 16.09.2016 au para 2.

⁷⁰⁵ UE, Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 art 73, paragraphe 3 : « l'Agence agit dans le cadre de la politique extérieure de l'Union, y compris en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux et des données à caractère personnel, le principe de non-refoulement, l'interdiction de la détention arbitraire et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, avec le soutien des délégations de l'Union et, le cas échéant, des missions et opérations PSDC, et en coordination avec elles, conformément à l'article 68,

accords sur le statut, négociés par la Commission sous proposition du Conseil, deviennent désormais le cadre « ordinaire » et principal de l'action de Frontex avec les pays tiers. Toutefois, « lorsqu'il en existe, l'Agence agit également dans le cadre d'arrangements de travail conclus avec les autorités des pays tiers (...) ». Les accords de travail déjà conclus restent donc en vigueur et l'agence garde aussi la possibilité d'en conclure d'autres, avec deux nouvelles contraintes : 1) qu'elle doit en informer le Parlement européen, le Conseil, la Commission⁷⁰⁶ – et le Contrôleur aux données personnelles pour les accords portant sur l'échange d'information -; et 2) qu'elle se doit de publier le texte de tout accord de travail sur son site officiel⁷⁰⁷.

550. Les avancées sur le plan normatif que nous venons d'analyser nous aident à définir avec plus de clarté l'action de Frontex. Cependant, plusieurs questions restent en suspens concernant la nature des accords de travail et les possibilités de justiciabilité *in concreto* offertes par le droit de l'UE de ces accords.

§2. LES OBSTACLES À LA JUSTICIABILITÉ DES ACCORDS DE TRAVAIL CONCLUS PAR FRONTEx

551. Dans son nouveau mandat, l'agence Frontex se voit renforcée dans ses pouvoirs, aussi bien dans les opérations de répression de migrations irrégulières « à l'entrée »⁷⁰⁸, que des opérations de répression « à la sortie », notamment en matière de

paragraphe 1, deuxième alinéa, point j) », cette disposition intègre les remarques faites par l'agence FRA et par le Contrôleur à la protection des données personnelles.

⁷⁰⁶ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 73, paragraphe 7.

⁷⁰⁷ Ibidem, article 73, paragraphe 7. Lors de la rédaction de la présente étude, nous avons pu directement constater les avantages de cette disposition, car pour obtenir les textes officiels des accords de travail, en 2015, il nous a fallu soumettre des requêtes officielles d'accès à l'information au bureau administratif de FRONTEX basé à Varsovie.

⁷⁰⁸ Voir supra, titre I, chapitre 2, section 2.

retour⁷⁰⁹. Il s'agit de fournir assistance technique aux États membres dans le renvoi de personnes qui font l'objet d'une décision de retour ou de constituer et de déployer des équipes d'intervention européenne pour mettre en œuvre directement avec les moyens et le personnel de l'agence les obligations en matière de retour. Tel que nous l'avons déjà mentionné, la pratique de répression des migrations irrégulières de l'UE voit en première ligne les agences qui agissent sous la direction de la DG-HOME⁷¹⁰.

552. Les dispositions prévues dans les accords de travail conclus par Frontex – contrairement à ce que l'agence et son Directeur exécutif ont toujours affirmé – loin d'être de simples actes techniques, ont un réel impact sur les vies des personnes migrantes et leurs droits fondamentaux⁷¹¹. Or, l'absence de tout contrôle juridictionnel de la CJUE sur des actes juridiques, d'une telle importance et provenant d'un organe de l'Union, demeure une menace à la tenue du système juridique européen dans son ensemble.

553. Par conséquent, nous concentrerons notre analyse sur la nature –souvent nommée d'ambiguë – des accords de travail en vigueur (A) et, sur la justiciabilité de ces dispositions et le contrôle que la Cour de justice peut (ou ne peut pas) opérer sur la négociation, la conclusion et la mise en œuvre des ententes de travail (B).

⁷⁰⁹ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 48.

⁷¹⁰ Pour une analyse plus approfondie sur cet aspect voir : Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOOG et Joanna PARKIN, « The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy? », (2013) 15-4 *European Journal of Migration and Law* 337-358, DOI : 10.1163/15718166-00002040 L'auteur fait référence principalement à trois agences : Frontex (l'agence européenne de garde-côtes et garde-frontières), EUROPOL (le bureau de police européen) et EASO (le bureau européen d'appui en matière d'asile). Nous ajoutons à cette liste aussi Eu-Lisa (l'agence européenne pour la gestion à large échelle des systèmes d'information dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice).

⁷¹¹ FRONTEXIT, *La coopération extérieure de Frontex hors tout contrôle démocratique - Note à l'attention des parlementaires européens*, 2014, en ligne : <<https://www.frontexit.org/en/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-contrôle-démocratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file>> (consulté le 4 avril 2019), p. 10.

A. La nature des accords de travail conclus par Frontex : zone grise entre dimension technique et expression d'un pouvoir politique

554. L'auteure Melanie Fink, dans une brillante contribution consacrée à la légitimation de Frontex à conclure des accords de travail et aux impacts de ces derniers sur les droits fondamentaux, parle ouvertement de « zone grise entre coopération technique et politique »⁷¹². Cette expression fait référence à la crédibilité de la position, largement soutenue par l'UE elle-même, mais fortement critiquée par la doctrine, selon laquelle les arrangements de travail signés par Frontex visent à établir de simples relations techniques avec les pays tiers.

555. En effet, lesdits arrangements trouvent une collocation difficile, à la fois parmi les ententes purement techniques et parmi les traités capables d'engager la personnalité juridique de l'Union. Si, du point de vue du contenu et des effets juridiques sur les individus concernés, les arrangements de travail se rapprochent des traités de droit international, dans leur forme et dans les modalités de négociation et de conclusion, ils diffèrent grandement de ces derniers. L'article 218 du TFUE prévoit un mécanisme clair pour la négociation des traités, incluant le double contrôle du Conseil et du PE. Plus précisément, la matière migratoire étant assujettie à la procédure législative ordinaire⁷¹³, les accords internationaux signés par l'UE dans ce domaine sont – eux aussi – soumis à l'approbation du PE⁷¹⁴. Ce

⁷¹² Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' » (2012) 28 Utrecht J Int Eur Law à la p 31.

⁷¹³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2012), JO, C 326, art 77, para 2 (b), (d) et art 79, para 2 (c); ce sont d'ailleurs les base de UE, Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JO L 251/1, 16.09.2016.

⁷¹⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2012), JO, C 326, art 218, para 6 (a), sous (v).

passage est essentiel pour donner au texte négocié et approuvé la légitimation démocratique dont seule l'assemblée de Strasbourg dispose.

556. Par ailleurs, tous les accords de travail en vigueur stipulent qu'ils ne constituent pas de traités internationaux et ne peuvent être soumis aux obligations du droit international.

557. À titre d'exemple, l'accord entre Frontex et l'Azerbaïdjan prévoit la clause suivante :

Le présent accord de travail ne saurait être considéré comme un traité international. La mise en œuvre pratique de son contenu ne saurait constituer une réalisation des obligations internationales de l'Union européenne et de ses institutions ainsi que de l'Azerbaïdjan⁷¹⁵.

558. Cependant, le droit international public nous enseigne que tout traité est un accord entre deux ou plusieurs sujets de droit international, fait par écrit, quel que soit son libellé, capable d'instaurer des effets juridiques – droits et obligations - entre les parties et soumis au droit international. Étant réunis la plupart des éléments de cette définition par les arrangements de travail, il reste à déterminer si, malgré les clauses qui visent formellement à exclure l'assimilation de ses actes à la catégorie de traités de droit international, l'agence a une personnalité juridique internationale et, donc, si elle a la légitimité pour conclure des accords qui lient l'UE.

559. La légitimité est un élément essentiel pour cerner la question de la nature des accords de travail. L'article 54 du *Règlement 1624/2016* disposait que « [I]es projets d'arrangements sont préalablement approuvés par la Commission »⁷¹⁶ et, qu'une fois les négociations entamées sur la base des indications fournies par la Commission, « [I]'Agence

⁷¹⁵ Notre traduction depuis l'anglais.

⁷¹⁶ UE, *Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, JO L 251/1, 16.09.2016, art 54, para 2.

informe le Parlement européen préalablement à la conclusion d'un arrangement de travail »⁷¹⁷. La réforme de 2019 reprend le même contenu à l'article 76 :

Avant l'approbation, par le conseil d'administration, d'éventuels arrangements de travail entre l'Agence et les autorités compétentes des pays tiers, l'Agence les notifie à la Commission, laquelle donne son approbation préalable. Avant la conclusion d'un tel arrangement de travail, l'Agence fournit au Parlement européen des informations détaillées sur les parties à l'arrangement de travail et sur le contenu envisagé⁷¹⁸.

560. Au-delà de la simple transmission d'information, « le Parlement ne dispose donc d'aucune prérogative de contrôle *a priori* et *a posteriori* de ces accords »⁷¹⁹. À cet élément, se rajoutait l'absence de publicité des arrangements conclus, ce qui a alimenté grandement les arguments selon lesquels les accords de travail n'ont aucune légitimité démocratique au regard du modèle classique des traités. Le règlement de 2019 a intégré ces critiques et donc, tel que nous l'avons rappelé plus haut⁷²⁰ il est désormais obligatoire pour l'agence de publier les accords de travail conclus avec des pays tiers sur le site internet officiel.

561. Certains auteurs, afin de qualifier le pouvoir exercé *de facto* par Frontex, utilisent l'expression de « légitimité par les résultats »⁷²¹, expliquant que le niveau

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 article 76, paragraphe 4.

⁷¹⁹ FRONTEXIT, La coopération extérieure de Frontex hors tout contrôle démocratique - Note à l'attention des parlementaires européens, 2014, en ligne : <<https://www.frontexit.org/en/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-contrôle-démocratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file>> (consulté le 4 avril 2019), p. 11: « Selon Frontex, cela n'est pas nécessaire puisque ces accords sont purement « techniques », c'est-à-dire sans portée politique significative qui ajoute aux cadres politiques de coopération existants ».

⁷²⁰ Supra, Titre I, Section 2, paragraphe 1§, lettre B.

⁷²¹ Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' » (2012) 28 Utrecht J Int Eur Law, à la pag. 31, l'auteur cite l'expression « output-oriented-legitimacy » utilisée par les auteurs : Fritz W Scharpf, Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?, Schriften aus dem Max-Planck-Institut für

d'indépendance dont Frontex bénéficie trouve sa justification dans le fait que les actions mises en place par l'agence – y compris la signature d'accords de travail – ont pour but d'accomplir la volonté des institutions européennes et donc, indirectement, des citoyens européens.

562. Toutefois, l'argument le plus sollicité est celui qui voit dans l'expertise technique de l'agence la véritable clé de légitimation de son action extérieure. Or, la CJUE, dans l'affaire *Pfizer*, a fermement tranché que « la légitimité scientifique ne constitue pas une base suffisante pour l'exercice de l'autorité publique »⁷²². Ainsi, comme Paul Craig et Grainne de Burca l'ont affirmé, « l'expertise technique de l'agence ne se traduit pas par des compétences spécialisées capables de trouver un juste équilibre dans l'intérêt général »⁷²³. Toute décision ayant une portée politique ne peut être prise en contournant le principe de la démocratie représentative qui, dans l'équilibre institutionnel de l'UE, est incarné par le rôle actif du PE.

563. En revenant au texte du règlement de 2019, il est vrai que Frontex jouit d'une personnalité juridique qui lui permet d'acquérir des biens immeubles, des navires, des avions, ainsi que de disposer de son propre personnel :

L'Agence devrait être indépendante dans les domaines technique et opérationnel et jouir d'une autonomie juridique, administrative et financière. À cette fin, il est utile et

Gesellschaftsforschung Köln, Max Planck Institute for the Study of Societies, 1999, en ligne : <<https://econpapers.repec.org/bookchap/zbwmpifgs/sbd-1999.htm>> (consulté le 6 avril 2019); Stefan Griller et Rumler-Korinek Elisabeth, *Democracy and New Modes of Governance in Europe Some Basic Reflections*, 2004, en ligne : <http://www.eu-newgov.org/database/DELIV/D04D10_Democracy_and_New_Modes_of_Governance.pdf> (consulté le 6 avril 2019). Dans la contribution de Fink, l'expression « *output-oriented-legitimacy* » est expliquée ainsi : « *In a nutshell, this means that a certain degree of autonomy is legitimate because the output serves the interest of the people. As opposed to input-legitimacy, this concept therefore draws on the benefit for the people rather than on the will of the people* ».

⁷²² CJCE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, affaire T-13/99, [2002] Rec CE.II-03305, point 201.

⁷²³ Paul CRAIG et Grainne DE BURCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, coll. Text, Cases, and Materials, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, p. 174.

nécessaire que l'Agence soit un organisme de l'Union doté de la personnalité juridique et exerçant les pouvoirs d'exécution qui lui sont conférés par le présent règlement⁷²⁴.

564. Nonobstant ce qui précède, elle n'a pas la pleine personnalité juridique internationale, car son action extérieure demeure limitée à l'exécution de la politique migratoire de l'UE. Plus précisément, même si elle est reconnue en tant que personne juridique de droit international public, elle n'a pas le pouvoir de négocier et de conclure des traités qui lient l'UE dans son ensemble. Cela est exclu par les traités, car le seul mécanisme prévu est celui de l'article 218 du TFUE, d'autant plus que la discipline en vigueur semble aussi être en contraste avec le traité, car elle octroie une marge de manœuvre très vaste à l'agence, qui fixe elle-même « l'étendue, la nature et la finalité de la coopération »⁷²⁵ des ententes de travail.

565. En outre, dans un domaine sensible comme la politique migratoire, il est difficile de concevoir l'action de Frontex comme étant purement technique et non politique⁷²⁶. Il semble que, grâce à ces instruments non contraignants et « quasi juridiques », le véritable but poursuivi par l'agence est d'éviter la « prise de décision démocratique et un débat politique pluraliste sur les décisions et les actions en cours »⁷²⁷.

⁷²⁴ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 considérant 105.*

⁷²⁵ *Ibid.*, art 54, para 2. « Ces arrangements de travail précisent l'étendue, la nature et la finalité de la coopération et ont trait à la gestion de la coopération opérationnelle ».

⁷²⁶ *Anneliese BALDACCINI, « Extraterritorial Border Controls In The Eu: The Role Of Frontex In Operations At Sea », Extraterritorial Immigration Control 2010.225-251, 235; Melanie FINK, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », (2012) 28 Utrecht Journal of International and European Law, 33, DOI : 10.5334/ujiel.be.*

⁷²⁷ *GUILD, Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOOG et Joanna PARKIN, Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies, Frontex, Europol and the European Asylum Support Office, EU Study on Area of Freedom, Security and Justice, p. 101, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/02_study_fundamental_rights_/02_study_fundamental_rights_en.pdf>.*

566. La « technicité » des accords est « une rhétorique fortement contestable »⁷²⁸. Comme Fink le rappelle, à juste titre, « le fonctionnement des agences dans la “zone grise” entre “l’administration pure” et “la politique” est une question problématique »⁷²⁹. Nous nous alignons donc avec cette portion de la doctrine selon laquelle, cette « mascarade » de tâches intrinsèquement sensibles – à la base de la technicité – « constitue une tentative d’empêcher la discussion de leurs implications potentielles sur les droits fondamentaux » et une « tentative de “dépolitisation” de ce qu’ils font alors qu’ils sont intrinsèquement politiques »⁷³⁰.

B. Les accords de travail entre Frontex et les autorités des États tiers sont-ils justiciables devant la Cour de justice de l’Union européenne ?

567. Les éléments recueillis au fil de l’analyse faite, dans les paragraphes précédents, en matière d’action externe de l’agence Frontex, laissent entendre que les accords de travail conclus entre Frontex et les autorités respectives des pays tiers, dans leur forme actuelle, révèlent des lacunes considérables du point de vue de la protection des droits de l’Homme, de la démocratie et de l’État de droit. Parmi les lacunes que nous avons mises en

⁷²⁸ FRONTEXIT, *La coopération extérieure de Frontex hors tout contrôle démocratique - Note à l’attention des parlementaires européens*, 2014, p. 12, en ligne : <<https://www.frontexit.org/en/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-contrôle-démocratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file>> (consulté le 4 avril 2019).

⁷²⁹ Melanie FINK, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding ‘Technical Relationships’ », (2012) 28 *Utrecht Journal of International and European Law*, 33, DOI : 10.5334/ujel.be.

⁷³⁰ Melanie FINK, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding ‘Technical Relationships’ », (2012) 28 *Utrecht Journal of International and European Law*, 33, DOI : 10.5334/ujel.be; GUILD, Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOOG et Joanna PARKIN, *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies. Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, EU Study on Area of Freedom, Security and Justice, p. 93, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/02_study_fundamental_rights_02_study_fundamental_rights_en.pdf>.

évidence, le manque de contrôle juridictionnel est probablement l'obstacle qui soulève le plus d'inquiétudes.

568. D'ailleurs, tout système juridique qui se veut conforme à l'État de droit accorde une importance fondamentale au contrôle du juge. Bien que l'UE ne soit pas un État⁷³¹, tel que Melanie Fink le rappelle, selon l'article 2 du *Traité sur l'Union européenne*, cette organisation internationale d'intégration est fondée sur les principes de l'État de droit⁷³². L'auteur reporte aussi « l'une des formulations les plus claires et les plus puissantes de l'idéal de l'état de droit »⁷³³, énoncé par Friedrich A. Hayek:

Dépourvu de toute technicité, cela signifie que le gouvernement, dans toutes ses actions, est soumis à des règles fixées et annoncées à l'avance, règles qui permettent de prévoir avec une certitude suffisante comment l'autorité utilisera ses pouvoirs coercitifs dans des circonstances données et de planifier ses propres affaires sur la base de cette connaissance⁷³⁴.

569. C'est sur l'exactitude des règles annoncées à l'avance et sur la certitude des modalités selon lesquelles l'autorité sera exercée par les organes de l'administration que l'on voit une possible brèche dans l'actuel système de délégation des pouvoirs qui permet à l'agence de signer des accords de travail avec des États tiers. Cette défectuosité du système en place pourrait permettre à la Cour de justice d'exercer un contrôle quant à la validité de ces actes.

⁷³¹ Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' » (2012) 28 Utrecht J Int Eur Law à la p 28.

⁷³² Traité sur l'Union européenne, 7 février 1992, 1757 RTNU 266 (entrée en vigueur: 1er novembre 1993), art 2. « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ».

⁷³³ Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' » (2012) 28 Utrecht J Int Eur Law à la p 28.

⁷³⁴ Friedrich A von Hayek, *The road to serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944 à la p 54, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a1494631>>(consulté le 10 février 2019).

570. En effet, tel que nous avons déjà rappelé, la base légale des arrangements de travail signés par l'agence Frontex avec des pays tiers est l'article 73 du *Règlement 2019/1896*⁷³⁵. Cette disposition, en plus de prévoir la possibilité, pour l'agence, d'agir « dans le cadre d'arrangements de travail » avec les autorités des pays partenaires, clarifie l'ampleur de la délégation de pouvoirs: « [c]es arrangements de travail précisent l'étendue, la nature et la finalité de la coopération et ont trait à la gestion de la coopération opérationnelle »⁷³⁶. Sur ces actes, la Commission possède un droit de regard préventif, dû au fait que l'activité extérieure de l'agence est l'émanation indirecte des pouvoirs d'exécution de cette institution à laquelle l'agence est intimement rattachée.

571. Or, le *TFUE*, en matière de délégation de pouvoirs à la Commission, est très clair :

Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif. Les actes législatifs délimitent explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir. Les éléments essentiels d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir⁷³⁷.

572. La disposition de l'article 73, paragraphe 4, du *Règlement 2019/1896*, malgré le fait d'être l'expression d'un remarquable progrès en termes de précision et de garanties par rapport aux dispositions qui l'ont précédée, se concilie toutefois difficilement avec l'article 290 du *TFUE*. Ceci est d'autant plus vrai que le traité prévoit que les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation soient explicitement délimités. Le paragraphe 4 de l'article 73 cité, prévoit exactement l'inverse, laissant à l'agence même la possibilité de préciser l'étendue, la nature et la finalité de la coopération avec les pays membres. En

⁷³⁵ Qui a abrogé l'article 54 du règlement 2016/1624, modifiant l'article 14, paragraphe 5 du Règlement 1168/2011, qui à son tour avait abrogé l'article 14, paragraphe 5 du Règlement 2007/2004, sous l'égide duquel la plupart des accords (environ 13 sur 18) ont été signés.

⁷³⁶ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, supra note 306 article 73, paragraphe 4, alinéa 2.

⁷³⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2012), JO, C 326, art 290, para 1.

d'autres mots, l'acte législatif – le *Règlement 2019/1896* – qui délègue des pouvoirs importants à l'agence Frontex, laisse champ libre à cet organe de l'UE quant à l'établissement des limites et de la portée de ses propres pouvoirs. La contradiction, due à l'excessive généralité de la délégation des pouvoirs, est flagrante.

573. Une première objection pourrait concerner la genèse du mécanisme, à savoir la possibilité, pour la Commission, de déléguer à l'agence les pouvoirs nécessaires à la conclusion d'arrangements de travail. La Cour de justice de l'UE, depuis l'arrêt *Meroni*⁷³⁸, a cristallisé dans sa jurisprudence le principe de *nemo plus potestatis transferre potest quam ipse habet*, selon lequel il faudrait d'abord vérifier si l'institution qui délègue détient elle-même le pouvoir en question. Deuxièmement, compte tenu des conséquences juridiques que la création d'ententes avec des pays tiers ont sur les personnes migrantes et l'impact, en termes de puissance publique, de ces dernières, il est opportun de rappeler la fondamentale contribution apportée par la CJUE avec l'arrêt *C-355/10*, qui a mené à l'amendement du *Code Schengen* :

Des dispositions qui portent sur l'attribution de pouvoirs de puissance publique aux garde-frontières, tels que ceux attribués dans la décision attaquée, parmi lesquels figurent l'arrestation des personnes appréhendées, la saisie de navires et le renvoi des personnes appréhendées vers un endroit déterminé, permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union⁷³⁹.

574. Une délégation de pouvoir telle que conçue au paragraphe 4 de l'article 73 se pose donc en contradiction avec la position de la Cour. L'article 263 du TFUE permet, entre autres, de demander au juge de Luxembourg d'annuler un acte d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'UE, capable de produire des effets juridiques à l'égard des tiers, suite à un contrôle de légalité visant à vérifier « [l'] incompétence, [la] violation des formes substantielles, [la] violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application,

⁷³⁸ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Affaire C-9/56, [1958] Rec CE.00011.

⁷³⁹ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10. Rec num, point 77.

ou [le] détournement de pouvoir »⁷⁴⁰. Or, compte tenu de la nature « quasi juridique » des arrangements de travail, il est presque impossible d'envisager un recours en annulation envers ces actes. D'ailleurs, même dans l'hypothèse - très lointaine sur le plan juridique- où les arrangements de travail pourraient être assimilés à la catégorie des traités de droit international, la jurisprudence de la CJUE a exclu que « tout accord conclu par l'UE, singulièrement ou avec les États membres, [puisse] être considéré un acte des institutions *strictu sensu* »⁷⁴¹. Ceci se justifie par le fait que les accords internationaux sont la résultante du concours de volonté des parties qui les ont conclus, pour de telles raisons ils ne peuvent être considérés comme des actes des institutions et, ne peuvent pas être attaqués devant les juridictions de l'Union.

575. Cependant, la même Cour, lors de l'affaire *France c. Commission*⁷⁴², avait accueilli le recours de la France contre l'accord de coopération entre la Commission et l'autorité américaine pour la concurrence *Federal Trade Commission*. La CJUE avait alors affirmé que « l'exercice des compétences dévolues aux institutions de la Communauté dans le domaine international ne saurait être soustrait au contrôle juridictionnel de légalité prévu »⁷⁴³ par le traité. Elle a donc estimé que le recours de la République française devait « être compris comme étant dirigé contre l'acte par lequel la Commission a entendu conclure l'accord et non pas contre l'accord lui-même »⁷⁴⁴.

576. Il est aujourd'hui acquis en jurisprudence que les actes de l'UE relatifs à la conclusion d'accords internationaux, en tant qu'actes des institutions, peuvent être soumis au

⁷⁴⁰ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326, art 263, para 2.

⁷⁴¹ Daniele Domenicucci, « Commento all'articolo 263 TFUE » dans *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, 2012 à la p 1856.

⁷⁴² CJCE, 9 août 1994, *République française contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-327/91, [1994] Rec CE.I-03641, points 16-17.

⁷⁴³ *Ibid*, point 16.

⁷⁴⁴ *Ibid*, point 17.

contrôle du juge de l'UE⁷⁴⁵. Or le *Règlement Frontex* de 2019 octroie à la Commission un pouvoir d'approbation de tout accord de travail : « Avant l'approbation, par le conseil d'administration, d'éventuels arrangements de travail entre l'Agence et les autorités compétentes des pays tiers, l'Agence les notifie à la Commission, laquelle donne son approbation préalable. ». Il s'agit d'une coparticipation déterminante, expression d'une volonté politique – de la part de la Commission – qui dépasse et contrôle les effets techniques de l'accord de travail.

577. Forts de ces considérations, il est possible d'envisager un recours en annulation envers les actes – nous imaginons qu'il s'agit de décision – avec lesquels la Commission approuve le texte de l'accord de travail entre Frontex et les autorités d'un État tiers qui lui a été préalablement soumis en application de l'article 76, paragraphe 4 du *Règlement 2019/1896*.

578. En guise de conclusion, il est opportun de rappeler que l'annulation en vertu de l'article 263 du TFUE peut concerner l'acte contesté ou seulement une partie de celui-ci. Toutefois, « l'annulation partielle d'un acte de l'UE n'est possible que si les éléments pour lesquels l'annulation est demandée peuvent être séparés du reste de l'acte »⁷⁴⁶. Dans le cas d'espèce, s'attaquer à l'acte d'approbation de la Commission du texte de l'arrangement de

⁷⁴⁵ CJCE, 7 mars 1996, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-360/93, [1996] Rec CE.I-01195; CJCE, 12 décembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-281/01, [2002] Rec CE.I-12049; CJCE, 17 mars 2005, *Parlement européen contre Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-317/04, C-318/04, [2005] Rec CE.I-02467; la Cour a aussi admis la recevabilité des recours contre les actes d'exécution des accords internationaux, voir CJCE, 14 novembre 1989, *République hellénique contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-30/88, [1989] Rec CE.03711.

⁷⁴⁶ Daniele Domenicucci, « Commento all'articolo 263 TFUE » dans *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, 2012 à la p. 1905. Voir CJCE, 10 décembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-29/99, [2002] Rec CE.I-11221, point 45 ; CJCE, 11 décembre 2008, *Commission des Communautés européennes contre Département du Loiret et Scott SA*, affaire C-295/07 P, [2008] Rec CE.I-09363, point 105; Trib CE, 15 novembre 2007, *République de Hongrie contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-310/06, [2007] Rec CE.II-04619, point 39.

travail semblerait tout-à-fait conforme aux conditions de séparabilité prévue dans la jurisprudence de la Cour⁷⁴⁷.

579. Nous venons ainsi de répondre à la question posée en début de paragraphe : il existe une justiciabilité des accords de travail conclus par Frontex et cela passe par l'annulation partielle des actes d'approbation de la Commission.

SECTION 3 : LA NATURE INSAISSABLES DES PARTENARIATS ENTRE ÉTATS MEMBRES ET PAYS TIERS POUR LA RÉADMISSION DES MIGRANTS IRRÉGULIERS

580. Les actions en matière de répression des migrations irrégulières, mises en œuvre par les États membres de l'UE, échappent parfois, en tout ou en partie, au contrôle de la CJUE. Dans une étude qui vise à montrer aussi les limites de l'action de la Cour de justice face aux mesures de répression des migrations irrégulières, l'importance de ces pratiques nous oblige à consacrer la présente section à la nature et aux impacts des accords non conventionnels, conclus entre États membres et État tiers d'origine ou de transit, pour la répression des migrations « à la sortie ».

581. Le système de la répression des migrations fonctionne grâce à la synergie de composantes à la fois différentes et complémentaires sur le plan juridique. Malgré le fait que les partenariats avec les pays tiers pour la réadmission des personnes migrantes en condition irrégulière aient un rôle incontournable dans ce mécanisme, ces derniers rentrent

⁷⁴⁷ Voir Trib CE, 7 octobre 2009, *Vischim Srl contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-380/06, [2009] Rec. CE.II-03911, point 50. « il convient d'observer que, selon une jurisprudence constante, l'annulation partielle d'un acte n'est possible que pour autant que les éléments dont l'annulation est demandée soient détachables du reste de l'acte. Il n'est pas satisfait à cette exigence de séparabilité lorsque l'annulation partielle aurait pour effet de modifier la substance de l'acte attaqué (voir arrêt de la Cour du 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, Rec. p. I-5769, points 27 et 28, et la jurisprudence citée) ».

difficilement dans la compétence de la CJUE, ce qui met en évidence les limites du contrôle que le Juge de Luxembourg peut exercer. Il s'agit d'accords non conventionnels, visant à réacheminer les personnes migrantes en condition irrégulière dans des pays tiers d'origine ou de transit. Le schéma, désormais consolidé dans la pratique contemporaine, consiste en l'adoption d'ententes « techniques », souvent négociées de façon secrète par les agences ou les services de police des États membres.

582. La difficulté, voire l'impossibilité, d'accès à certaines sources justifie l'inconcevabilité d'analyser dans les détails toutes les ententes existantes entre les pays membres de l'UE et les pays tiers de transit et d'origine des personnes migrantes. Toutefois, ces pratiques étant très répandues parmi les États membres, et les modalités de ces dernières étant similaires d'un accord à un autre, nous avons opéré le choix de restreindre le champ géographique de notre recherche à un pays qui est, depuis plusieurs années, considéré comme la plaque tournante des migrations en Afrique : le Soudan. Le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) accorde une importance stratégique à ce pays, car « [e]n tant que pays d'origine, de transit et de destination, il se situe au cœur des routes migratoires reliant l'Afrique de l'Est et de l'Ouest à la Méditerranée, ainsi que l'Europe, les États du Golfe et l'Afrique australe »⁷⁴⁸. Les Nations unies⁷⁴⁹ et l'OIM⁷⁵⁰ classent le Soudan parmi les premiers pays d'Afrique en termes de nombre de réfugiés et de personnes migrantes en transit. Ce sont, d'ailleurs, ces mêmes raisons qui ont mené à la création, en 2014, dans sa capitale, du processus de Khartoum⁷⁵¹. Forts de ces considérations, nous allons, tout d'abord, identifier la portée des principales ententes techniques qui lient le Soudan à certains pays membres de l'UE (§1.) pour ensuite en vérifier la compatibilité avec le droit de l'UE, en prenant comme exemple l'entente entre police italienne et police soudanaise (§2.).

⁷⁴⁸ European External Action Service, *Eu Action on Migration in Sudan* (Bruxelles, 8 juin 2018, en ligne):, _____ en _____ ligne :<https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/34103/EU%20actions%20on%20Migration%20in%20Sudan#_ftn2>.

⁷⁴⁹ UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2017*, 2017, p. 3.

⁷⁵⁰ OIM, *World Migration Report, 2017*, p. 36.

⁷⁵¹ Voir *supra*, Titre I, chapitre 1, paragraphe 2. Lettre A, sous 2).

§1. LES ENTENTES TECHNIQUES ENTRE PAYS MEMBRES DE L'UE ET SOUDAN : EXEMPLES CONCRETS DE RELATIONS JURIDIQUEMENT INSAISSISSABLES

583. La dimension globale du phénomène migratoire est sa caractéristique principale, néanmoins les flux se déplacent au long de routes migratoires bien déterminées. Ils existent aussi des points de passage particulièrement fréquentés et d'importance majeure car situés au croisement de chemins d'origines différentes.

584. Les mesures prises dans le sens de la répression des migrations irrégulières par l'UE ou par ses États membres ont un impact direct sur l'évolution de ces routes migratoires. Il est aussi avéré qu'aucune mesure répressive n'a jamais produit l'effet de bloquer complètement l'afflux de migrants, au contraire elles ont le seul mérite de causer la hausse du niveau de dangerosité du voyage de migrants⁷⁵².

585. Les ententes techniques entre pays membres de l'UE et pays tiers, rentrent dans cette dynamique, voici donc l'intérêt de consacrer une section de la présente étude à la répression des migrations irrégulières et à l'action de la CJUE sur ce sujet. Afin de pouvoir montrer l'incompatibilité de ces pratiques avec les principes de respect des droits fondamentaux qui engagent les pays de l'UE et les obstacles à l'action du Juge de Luxembourg nous avons ici opéré le choix de partir d'un exemple spécifique – les relations entre l'Italie et le Soudan -, pour en déduire le dénominateur commun avec les pratiques similaire adoptées par d'autres pays européens et ensuite élargie l'horizon et pouvoir formuler des considérations valides à l'échelle du système de l'UE.

Nous nous concentrerons ainsi sur l'importance stratégique des relations entre les États européens et le contexte soudanais (A), en exposant aussi les raisons qui font du Soudan un partenaire de choix pour l'accomplissement de la stratégie d'externalisation du contrôle migratoire des pays membres de l'UE (B).

⁷⁵² François CRÉPEAU, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, UN Human Rights Council, 2017, p. 8.

A. Connaître le contexte migratoire soudanais pour saisir la portée des pratiques des répressions des migrations « à la sortie »

586. La Corne de l'Afrique compte environ 242 millions d'habitants et accueille plus de 8,7 millions de personnes déplacées de force, dont plus de 6,5 millions de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et environ 2,2 millions de réfugiés. Il existe quatre directions principales des mouvements de personnes migrantes dans la région : vers le nord à travers l'Égypte; au nord de la Libye; vers l'est jusqu'au Yémen et aux États du Golfe; et vers le sud en direction de l'Afrique du Sud.

587. La position géographique du Soudan joue un rôle clé en tant que pays de transit, d'autant plus que les interlocuteurs officiels de l'UE et des États membres le considèrent comme le seul pays géopolitiquement « stable » dans la région, ce qui en fait un acteur et un partenaire incontournable.

588. Le Soudan est, comme tous les pays de la Corne de l'Afrique, un pays d'origine, de transit et de déplacement interne. On estime que le Soudan compte 3,2 millions de personnes déplacées, dont 2,6 millions au Darfour et accueille environ 500 000 réfugiés, pour la plupart originaires d'Érythrée, d'Éthiopie et de Somalie⁷⁵³. L'OIM estime que 2,5 millions de personnes ont passé plus de 10 ans dans des camps, ce qui conduit à un « déplacement stagnant »⁷⁵⁴. Le nombre de personnes migrantes arrivées en Europe, notamment en Italie, ayant traversé le Soudan, a été estimé établi à 35 000 en 2016, dont 8066 Soudanais, 15 043 Érythréens, 6025 Somaliens et 577 Syriens, fait de ce pays l'un des plus importants lieux de transit et de départ. Les Soudanais représentent la troisième nationalité sur la « route centrale de la Méditerranée ». En 2016, l'OIM a aidé 4430 réfugiés

⁷⁵³ BANQUE MONDIALE et HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Eastern Africa HOA Displacement Study: Forced Displacement and Mixed Migration in the Horn of Africa*, ACS14361, 2015.

⁷⁵⁴ OIM, *World Migration Report 2018*, 2017, en ligne : https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf (consulté le 9 juillet 2018).

à se réinstaller dans des pays tiers, le Canada étant le premier pays d'accueil avec 2386 réinstallés et 108 regroupements familiaux. L'UE a réinstallé, au cours de la même période, 774 personnes, dont 607 au Royaume-Uni⁷⁵⁵.

589. Le Soudan, jusqu'au 16 avril 2019, a été guidé par le président Omar Al Bashir, destinataire de deux mandats d'arrêt internationaux émis par la Cour pénale internationale, le premier délivré en mars 2009 et le deuxième en juillet 2010, pour crimes contre l'humanité⁷⁵⁶. Il s'agit d'un pays qui fait encore face à une crise intestine dans la région du Darfour, qui a été qualifiée, en 2006, de « catastrophe humanitaire » par António Guterres, Secrétaire général des Nations unies, et qui compte la présence de plusieurs milices armées non appartenant au gouvernement, qui contrôlent *de facto* surtout les zones aux frontières avec l'Érythrée et l'Éthiopie.

B. Le Soudan : partenaire privilégié-caché de plusieurs pays européens pour l'externalisation des migrations

590. Plusieurs pays de destination des personnes migrantes ont, dans les dernières années, souscrit des ententes « techniques » pour la réadmission de ressortissants de pays

⁷⁵⁵ ANCI, CARITAS ITALIANA, CITTALIA, FONDAZIONE MIGRANTES et SPAR, *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017*, 2017, en ligne : <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/10/Rapporto_2017_web.pdf> (consulté le 27 août 2018); OIM, *World Migration Report 2018*, 2017, en ligne : <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf> (consulté le 9 juillet 2018).

⁷⁵⁶ Omar Hassan Ahmad Al Bashir est président de la République du Soudan depuis le 16 octobre 1993. Dans deux différentes procédures devant la Cour pénale internationale (*Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Affaire.), il a été chargé de cinq chefs de crimes contre l'humanité, notamment : meurtre, extermination, transfert forcé, torture et viol; deux crimes de guerre : le fait de diriger intentionnellement des attaques contre une population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités; et pillage : trois chefs de génocide : par meurtre, par atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale et par soumission intentionnelle de chaque groupe ciblé à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique. Ces crimes auraient été commis de 2003 à 2008 au Darfour (Soudan). Pour plus d'information, voir CPL, « Affaire Al Bashir », en ligne : <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir?ln=fr>> (consulté le 20 mai 2017).

tiers, parfois aussi par le biais de clauses dédiées et insérées dans des partenariats plus généraux. L'Italie, en 2016, a souscrit une entente sous la forme d'un MOU avec le Soudan, laquelle incarne en plein l'essence des efforts d'externalisation du contrôle migratoire des pays membres de l'UE au détriment des droits fondamentaux des personnes migrantes.

591. Le mémorandum en question contient des dispositions sur les procédures qui facilitent la coopération entre le Soudan et l'Italie sur les questions liées à la migration irrégulière, que l'on retrouve dans la plupart des ententes prise par les autres pays de l'UE en matière de réadmission. La lecture des articles du mémorandum montre clairement l'ampleur des pouvoirs octroyés aux autorités soudanaises. Premièrement, les autorités soudanaises sont tenues, en vertu de l'article 9, d'aider et de soutenir les autorités italiennes dans l'identification des personnes migrantes en condition irrégulière en vue de leur rapatriement. Cette pratique prévoit que le personnel diplomatique et consulaire soudanais conduit des entretiens avec des personnes migrantes afin de déterminer leur nationalité, ainsi que l'obligation, pour les autorités soudanaises, de délivrer les documents de voyage nécessaires pour permettre le rapatriement de ces personnes migrantes.

592. Deuxièmement, comme nous aurons l'occasion de démontrer, l'article 14 prévoit une procédure de rapatriement spécifique applicable aux situations dans lesquelles les autorités soudanaises et italiennes reconnaissent mutuellement que « la nécessité et l'urgence » existent. Dans de telles circonstances, le mémorandum autorise le transport des personnes migrantes vers le territoire soudanais pour leur identification et leur rapatriement par les autorités soudanaises, à condition que ces personnes soient identifiées comme des citoyens soudanais.

593. Les mécanismes susmentionnés représentent une tentative de l'État italien de contourner les obligations imposées par l'article 3 de la CEDH⁷⁵⁷ et des articles 4 et 6 de la

⁷⁵⁷ Pour la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme voir : *Affaire Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, I CEDH n° 8139/09, [2012].249; *MSS c Belgique et Grèce*, I CEDH n° 30696/09, [2011].121, point 354; CEDH, *Affaire Ismoilov et autres c. Russie*, n° 2947/06, [2008], point 127; *Affaire Soldatenko c. Ukraine*, CEDH n° 2440/07, [2008], point 73; *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, CourEDH n° 27765/09, [2012].1, point 129; *Affaire Prince Hans-Adam II de*

Charte des droits fondamentaux de l'UE, en plus de constituer une violation du droit à un recours effectif (article 47 de la CDFUE). La législation européenne en matière de retour, en outre, est très claire quant à la nécessité de vérifier l'identité et la nationalité des ressortissants en condition irrégulière⁷⁵⁸ avant de procéder à l'éloignement afin d'éviter toute tentative d'expulsions collectives (article 19 de la CDFUE et article 4 du *Protocole n° 4 CEDH*).

594. L'Italie n'est pas le seul pays à avoir conclu des ententes « techniques » avec des pays tiers de transit ou d'origine des personnes migrantes ayant pour objet l'externalisation du contrôle migratoire. En effet, si l'on garde le focus sur le Soudan, la plupart des États membres de destination des personnes migrantes ont souscrit des ententes avec ce pays. La forme non conventionnelle et le caractère secret de ces ententes « techniques » rendent impossible tout contrôle juridictionnel de la part de la CJUE. Toutefois, l'ampleur de ce phénomène, grandement répandu sur le territoire de l'Union, rend nécessaire de se questionner sur l'opportunité de ces pratiques et, surtout, sur la compatibilité avec le droit primaire et dérivé de l'UE, dont la Cour de Luxembourg est le garant.

595. La Belgique a déjà hébergé sur son territoire national plusieurs missions d'officiers soudanais qui avaient pour but de procéder à l'identification de personnes migrantes en condition irrégulière, et les cas – avérés – de renvois vers le Soudan indiquent qu'environ 47 personnes ont été renvoyées vers ce pays en 2018⁷⁵⁹. Le Premier ministre Charles Michel, dans une conférence de presse en septembre 2017, a affirmé que la Belgique n'a signé aucun accord avec le Soudan et qu'il s'agit plutôt d'entente à caractère

Liechtenstein c. Allemagne, VIII CEDH n° 42527/98, [2001].43; Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, II CEDH n° 61498/08, [2010].151, point 128.

⁷⁵⁸ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98, art 9, paras 2-3.

⁷⁵⁹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Des expulsions vers le Soudan contraires au principe de « non-refoulement*, _____ en _____ ligne : <https://amnistie.ca/sinformer/communiqués/international/2018/belgique/expulsions-vers-soudan-contraires-principe-non> (consulté le 13 juillet 2018).

« technique » et « pratique »⁷⁶⁰. Cependant, quelques mois plus tard, le 19 décembre 2017, le journal flamand *Het Laaste Nieuws* révélait les résultats d'une enquête menée par l'Institut Tahrir pour les politiques au Moyen-Orient (TIMEP pour son sigle en anglais), selon laquelle plus du soixante-dix pour cent des Soudanais renvoyés par la Belgique avaient été torturés ou emprisonnés à leur arrivée à Khartoum. Suite à ces allégations, le Premier ministre s'est vu obligé de suspendre les expulsions vers le Soudan. Dans un arrêt très récent, la Cour de cassation belge a rejeté « l'argument de l'Office des étrangers selon lequel celui-ci ne serait tenu à un examen du risque de traitements contraires à l'article 3 CEDH que lorsqu'un ressortissant étranger, en l'occurrence soudanais, a introduit une demande d'asile »⁷⁶¹.

596. Le gouvernement, malgré les nombreuses critiques, a confirmé que l'attitude belge s'inscrit dans la continuité des politiques adoptées par l'UE et ses États membres en matière de lutte à l'immigration⁷⁶².

⁷⁶⁰ « Charles Michel: "Il n'y a pas d'accord avec le Soudan, mais une collaboration technique" », *RTBF* (26 septembre 2017), en ligne : <https://www.rtf.be/info/belgique/detail_mission-soudanaise-en-belgique-charles-michel-s-explique-a-la-chambre?id=9719390> (consulté le 6 avril 2018).

⁷⁶¹ Cour de Cassation (Belgique), 31 janvier 2018, P.18.0035.F. Pour aller plus loin sur ce point, voir : J-B Farcy, « Rapatriements vers le Soudan : l'obligation d'examiner les risques de traitement inhumains ou dégradants préalablement à tout éloignement » [2018], en ligne : <<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cass-31-janvier-2018-p-18-0035-f.html>> (consulté le 12 juillet 2018); CCE (chambres réunies) (Belgique), 26 septembre 2017, arrêt n° 192.584; COMMISSARIAT GÉNÉRAL AUX RÉFUGIÉS ET AUX APATRIDES, *Le respect du principe de non-refoulement dans l'organisation des retours de personnes vers le Soudan*, 2018, en ligne : <https://www.cgra.be/sites/default/files/enquete_sur_le_risque_de_retour_vers_le_soudan_2018.pdf>; CIRE, *Belgique-Soudan: Entre les décisions administratives et la volonté politique, une justice hésitante*, 2018, en ligne : <<https://www.cire.be/publications/analyses/belgique-soudan-entre-les-decisions-administratives-et-la-volonte-politique-une-justice-hesitante>> (consulté le 12 juillet 2018); MIRYA CENTRE FÉDÉRAL MIGRATION, *Retour, détention et éloignement des étrangers en Belgique. Un retour à quel prix?*, 2017.

⁷⁶² « Charles Michel: "Il n'y a pas d'accord avec le Soudan, mais une collaboration technique" », *RTBF* (26 septembre 2017), en ligne : <https://www.rtf.be/info/belgique/detail_mission-soudanaise-en-belgique-charles-michel-s-explique-a-la-chambre?id=9719390> (consulté le 6 avril 2018). « Je voudrais mettre les points sur les i: les relations entre la Belgique et le Soudan se limitent au strict minimum diplomatique. Nous nous inscrivons dans ce que font l'Union européenne et les autres États membres, ni plus, ni moins ».

597. Selon cette même logique, la France voisine entretient, elle aussi, depuis plusieurs années, des rapports diplomatiques étroits avec le Soudan. Un compte rendu de l'ambassade soudanaise à Paris, daté du 19 septembre 2014, fait état de réunions hebdomadaires, avec la police française dans le but d'identifier certaines personnes dont les demandes d'asile ont été rejetées ou ont été interrompues pendant qu'ils essayaient de passer dans d'autres pays. Dans ce même document, les autorités des deux pays souhaitent la création d'une « unité spéciale » chargée d'identifier les personnes migrantes en condition irrégulière, qui serait formée par :

Le service de renseignement national [soudanais], le ministère de l'Intérieur [soudanais], la délégation des affaires des Soudanais travaillant à l'étranger, le ministère des Affaires sociales, et la délégation de l'aumônerie islamique⁷⁶³.

598. Quant à l'Allemagne, ce pays joue un rôle charnière entre les politiques européennes d'externalisation des migrations et l'utilisation des fonds destinés, en principe, à la coopération au développement dans les pays d'Afrique subsaharienne. La Commission européenne, dans l'engagement des fonds fiduciaire pour l'Afrique, a alloué plus de quarante millions d'euros pour le renforcement de la gestion des migrations dans les pays de la Corne de l'Afrique (Éthiopie, Ouganda, Somalie, Soudan, Soudan du Sud, Kenya, Érythrée, Djibouti)⁷⁶⁴. Le projet repose sur le troisième objectif du Fonds fiduciaire de l'UE pour l'Afrique, notamment l'amélioration de la gestion des migrations dans les pays d'origine et de transit. Il contribue également au deuxième objectif du Fonds fiduciaire de l'UE pour

⁷⁶³ Cette source a été rendue publique par la revue en ligne *Streetpress* et disponible en ligne : SCRIBD, « Note internet de l'ambassade soudanaise », en ligne : https://fr.scribd.com/document/360261796/Documents-StreetPress?secret_password=AK9HsTh5JUctFA9cG46 (consulté le 2 juin 2018). Il s'agit d'une traduction en français non-officielle, car la version originale du document est en langue arabe.

⁷⁶⁴ « Le projet contribuera à la mise en œuvre du plan d'action de La Valette, et en particulier ses domaines prioritaires (2) « Migration légale et mobilité », (3) « Protection et asile » et (4) « Prévention et lutte contre la migration irrégulière, le trafic de migrants et la traite des êtres humains » ». CE, *The European Union Emergency Trust Fund for Stability and Addressing the Root Causes of Irregular Migration and Displaced Persons in Africa*, Action Fiche for the implementation of the Horn of Africa Window, T05 – EUTF – HoA – REG-09, p. 2, en ligne : https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/region/horn-africa/regional/better-migration-management-programme_en (consulté le 12 juillet 2018).

l’Afrique, à savoir le renforcement de la résilience des communautés et, en particulier, des plus vulnérables, ainsi que des réfugiés et des personnes déplacées⁷⁶⁵.

599. La gestion et la coordination des opérations dans les pays de la Corne de l’Afrique sont confiées à l’agence de coopération au développement allemande GIZ⁷⁶⁶, dont le mandat est synthétisé dans un document publié sur le site de la Commission européenne:

[c]oopération avec force de police et autres autorités de sécurité publique comme : les agences des douanes, la police de l’immigration, les unités d’enquête criminelle et les unités de police criminelle. Les groupes cibles au sein de ces agences pour les mesures de renforcement des capacités sont : – enquêteurs, procureurs, juges enquêtant sur la traite des êtres humains et le trafic de migrants ; – fonctionnaires de première ligne (agents d’immigration, douanes, Département des enquêtes criminelles)⁷⁶⁷.

600. Il est facile de constater qu’il s’agit d’actions visant la sécurisation et le renforcement des capacités des acteurs locaux pour le contrôle et la répression des migrations. Toute action en soutien des besoins primaires des populations, comme la santé, la sécurité alimentaire, l’instruction et l’emploi, n’a été envisagée que de façon très marginale, alors que les ressources mobilisées au niveau européen pour le partenariat avec le Soudan viennent des fonds initialement destinés au développement de ces régions⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ Ibid.

⁷⁶⁶ Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit

⁷⁶⁷ UE et GERMAN COOPERATION, *Better Migration Management: Sudan Concept*, Concept Note, p. 3, en ligne : <https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/bmm-sudan-concept-note_en.pdf> (consulté le 12 juillet 2018).

⁷⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Action document of EU’s special support measure for Sudan - International Cooperation and Development - European Commission*, 2016, en ligne : <https://ec.europa.eu/europeaid/action-document-eus-special-support-measure-sudan_en> (consulté le 17 juillet 2018). Il s’agit d’un document d’action sur la mesure de soutien spécial de l’UE au Soudan. Cette stratégie à court terme (2016-2017) était initialement approuvée pour l’adoption de mesures de soutien spécial en faveur de la population de la République du Soudan à financer à partir de la réserve du Fonds européen de développement, d’une valeur de 100 millions d’euros. Elle est axée sur trois volets: a) le soutien aux services de base (éducation et santé), b) le soutien aux moyens de subsistance et à la sécurité alimentaire, c) le soutien à la société civile, la gouvernance locale et la consolidation de la paix.

601. L'Italie, la Belgique, la France et l'Allemagne sont seulement certains des États membres de l'UE qui ont souscrit des ententes techniques de ce type, mais la liste n'est pas exhaustive. Il est incontournable que de ces accords informels découlent d'importantes conséquences juridiques, tant en termes de droits fondamentaux des personnes migrantes qu'en matière d'engagement de fonds issus des budgets nationaux et européens. Ce phénomène montre une limite majeure à laquelle l'action de la CJUE est confrontée face aux pratiques, mises en œuvre par les États membres, de criminalisation des migrations « à la sortie ».

§2. ANALYSE DE L'EFFICACITÉ ET DE LA COMPATIBILITÉ DES ENTENTES TECHNIQUES AVEC LE SOUDAN À PARTIR DU CAS ITALIEN

602. Parmi les pays membres qui ont signé des ententes avec le Soudan, l'Italie a fait l'objet d'une attention particulière de la part des institutions européennes. En effet, les nombreux épisodes de rapatriement de l'Italie vers le Soudan, dénoncés par les associations de juristes actives en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes, ont attiré l'attention du PE, qui a procédé, en 2016, à une mission sur le sol de l'État africain afin de vérifier les conditions dans lesquelles les personnes migrantes étaient rapatriées depuis l'Italie. Compte tenu de la spécificité et de la portée exemplaire de ce cas, nous concentrerons notre analyse sur le contenu et la portée de l'entente entre l'Italie et le Soudan (A), pour ensuite élargir l'objet de notre analyse, visant l'efficacité de ce type de partenariat et leur compatibilité avec les principes de protection de droits fondamentaux dégagés par la CDFUE (B).

A. Le *causus belli* de l'expulsion de 40 Soudanais et la découverte du Mémoire d'entente entre l'Italie et le Soudan

603. Le 24 août 2016, quarante-huit personnes migrantes arrivées en Italie par la Libye furent appréhendées à Vintimille, près de la frontière avec la France, par la police italienne. Après avoir été transférées à la pointe sud du pays, dans la ville de Tarente, pour l'identification, ces personnes furent amenées à Milan pour passer une entrevue sommaire avec le personnel du consulat soudanais. Une fois avoir été « reconnus » comme étant de nationalité soudanaise, les quarante-huit individus furent amenés à l'aéroport de Turin, toujours sans avoir eu accès à un interprète et sans avoir eu quelque information que ce soit quant à la possibilité de demander l'asile en Italie.

604. Quarante d'entre eux furent embarqués dans un vol direct vers Khartoum. Comme les huit derniers ne trouvèrent pas de place dans l'aéronef, ils restèrent en territoire italien.

605. Des avocats faisant partie d'un réseau d'ONG travaillant pour la protection des droits fondamentaux (entre autres, Amnistie internationale, Médecins sans frontières, Arci, etc.) prirent l'initiative de suivre leurs cas, en les appuyant dans leurs requêtes d'asile, qui furent immédiatement accueillies, d'ailleurs, par les autorités italiennes.

606. Cet avènement, rendu public par des quotidiens italiens ⁷⁶⁹ grâce au témoignage de l'un des huit migrants qui avaient obtenu l'asile en territoire italien, a permis de mettre en évidence la réalité des rapports bilatéraux entre l'Italie et le Soudan.

607. L'Italie a signé une entente bilatérale de police, sous la forme de MOU, le 3 août 2016, avec la police soudanaise ⁷⁷⁰. Le mémorandum d'accord italo-soudanais a été signé par le chef de la police et directeur général du département de la sécurité publique, le préfet

⁷⁶⁹ Luca LIVERANI, « Immigrazione. Migranti, espulsioni illegali verso il Darfur », *Avvenire* (27 septembre 2016), en ligne : <<https://www.avvenire.it/attualita/pagine/migranti-espulsioni-illegali>> (consulté le 12 juillet 2018); Pietro BARABINO, « Migranti, prima espulsione di gruppo: 48 presi a Ventimiglia e rispediti in Sudan. "Ma Khartoum viola diritti umani" », *Il Fatto Quotidiano* (24 août 2016), en ligne : <<https://www.ilfattoquotidiano.it/2016/08/24/migranti-prima-espulsione-di-gruppo-48-presi-a-ventimiglia-e-rispediti-in-sudan-ma-khartoum-viola-diritti-umani/2993664/>> (consulté le 12 juillet 2018).

⁷⁷⁰ *Memorandum of Understanding Between the Public Security Department of the Italian Interior Ministry and the National Police of the Sudanese Interior Ministry for the Fight Against Criminality, Management of Frontiers and Migration Flows and About Repatriation*, 3 août 2016.

Gabrielli, du côté italien, et par le directeur général des forces de police soudanaise, le général Hashim Osman el Hussein, du côté soudanais, en présence de responsables italiens du ministère de l'intérieur et du ministère des affaires étrangères et de la coopération internationale.

608. Le mémorandum d'entente vise à établir une collaboration « technique » concernant la lutte contre la criminalité, la gestion des frontières et des flux migratoires ainsi que la délicate question des rapatriements. Ce texte se compose d'un préambule et de vingt articles répartis en quatre chapitres qui concernent, respectivement, la coopération policière, la coopération dans la gestion des frontières, les flux migratoires dans le domaine des rapatriements, la protection des données et, enfin, les formalités et les frais.

609. Les considérations concernant la compatibilité de cet « accord » avec le droit interne italien soulèvent d'importantes questions sur le plan juridique. Toutefois, l'analyse des conséquences et des répercussions de tels actes en droit interne n'entre pas dans l'objet de la présente étude. Avant de passer à l'analyse des profils de compatibilité de cette entente avec le droit de l'UE, nous nous limitons, ici, à souligner que ce MOU n'a fait l'objet d'aucun contrôle parlementaire, contrairement à ce qu'exigeraient les articles 80 et 87 de la Constitution italienne⁷⁷¹ en matière de ratification et de mise en œuvre des accords internationaux. Ce texte serait, de plus, contraire aux dispositions de l'article 10, paragraphes 2 et 3, de la *Constitution*⁷⁷², qui protègent les intérêts des étrangers en imposant que toute disposition touchant les ressortissants de pays tiers soit approuvée par une loi ordinaire respectant les traités internationaux.

B. Le contenu et l'efficacité du *memorandum of understanding* entre la police italienne et la police soudanaise

⁷⁷¹ Constitution italienne, arts 80, 87.

⁷⁷² Ibid., art 10, paras 2-3.

610. L'accès aux textes originaux des accords *non conventionnels* signés entre États membres et pays tiers est toujours chose très complexe. Nos recherches nous ont permis d'obtenir une copie du texte du MOU entre les autorités de police italiennes et soudanaises, grâce aux ressources en ligne partagées par l'Association des juristes italiens (ASGI)⁷⁷³, qui a suivi directement les procédures pour l'obtention du statut de réfugié pour les huit soudanais non rapatriés, avec une équipe composée de ses avocats.

611. La lecture du texte de l'entente montre, déjà dans ses premiers articles, à quel point cet acte se pose dans la direction d'une véritable criminalisation des migrations irrégulières. L'article 3 indique clairement que « la lutte à la criminalité dans ses différentes formes »⁷⁷⁴ est l'objectif principal de la collaboration entre les administrations des deux États. De surcroît, parmi les objectifs spécifiques déclinés à la lettre d) du même article, l'on retrouve la lutte à l'« immigration irrégulière ». Au paragraphe 2, où sont spécifiés les autres aspects de la collaboration envisagée, est mentionnée la « gestion des frontières », chose assez singulière compte tenu du fait qu'il n'y a pas de frontières partagées entre le Soudan et l'Italie. De plus, cette disposition vise aussi à établir une coopération pour « la gestion des flux migratoires et en matière de réadmission, de prévention et lutte au terrorisme ». Cela démontre une première asymétrie dans les engagements des deux parties, car le nombre de ressortissants italiens qui séjournent irrégulièrement au Soudan et qui pourraient faire l'objet de renvoi vers l'Italie est assez limité.

612. La matière des renvois est le véritable objet de la collaboration. La partie soudanaise s'engage à procéder, à la requête des autorités italiennes, à l'identification des personnes migrantes, surtout à la détermination de leur nationalité, afin de procéder aux opérations de renvoi. Cette tâche revient principalement au personnel consulaire du Soudan,

⁷⁷³ Pour les documents rendus publics de l'Association des juristes italiens : ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, « La Corte Europea ammette i ricorsi contro l'espulsione collettiva dall'Italia di cittadini del Sudan », en ligne : <<https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/sudan-italia-rimpatri-cedu/>> (consulté le 11 décembre 2018).

⁷⁷⁴ Le texte du *Memorandum of understanding*, dans ses versions officielles, est disponible en italien et en anglais. Les citations que nous reportons dans le texte de cette étude ont été traduites en français par l'auteur, il ne s'agit donc pas de traductions officielles.

entre autres, et en cas d'arrivée massive, les autorités italiennes peuvent demander des missions temporaires du personnel de la police soudanaise en territoire italien afin de fournir assistance dans la phase d'identification et d'expulsion des personnes migrantes. L'identification est finalisée à l'émission « *senza indugio* » (sans tarder, voire sans hésitation), d'un document de voyage valide pour tout migrant soudanais identifié. Les procédures et les modalités de l'identification (la typologie des contrôles, les vérifications nécessaires, etc.) ne font pas l'objet de ce mémorandum. Il s'agit, donc, d'un contrôle assez sommaire de l'identité des personnes migrantes, qui risquent d'ailleurs d'être renvoyés sans même que leur identité soit pleinement vérifiée. L'article 14 du mémorandum prévoit, à cet effet, que dans des cas « d'urgence et nécessité »⁷⁷⁵, il soit possible de vérifier l'identité des personnes migrantes après les avoir renvoyés en territoire soudanais. Une clause est ensuite prévue afin de remédier aux cas dans lesquels des vérifications plus approfondies sur la nationalité démontrent que la personne renvoyée au Soudan n'est pas un citoyen de ce pays. Dans ce cas, l'Italie s'engage à reprendre *sans tarder* la personne sur son territoire en prenant aussi en charge les frais de voyage.

613. Enfin, la partie dédiée aux dépenses permet des réflexions intéressantes. Le ministère de l'intérieur italien, notamment le département de sécurité publique, offre à la partie soudanaise du soutien et de l'assistance techniques en matière de formation, d'approvisionnement, de moyens techniques et d'équipement. Le texte de l'entente prévoit explicitement que la partie italienne pourra aussi demander le soutien financier de l'UE. Le fait qu'une telle prévision soit mentionnée de façon explicite dans un document *non conventionnel*, tel que le mémorandum en question, laisse sous-entendre que ce genre de négociation, tout en étant pour la plupart inaccessible au grand public, n'est pas mené à l'insu

⁷⁷⁵ Encore une fois, tel que mentionné à l'article 14, paragraphe 2 du *Memorandum*, « l'existence de conditions de nécessité et d'urgence sont vérifiées par le département de sécurité publique italien et par la police soudanaise »; il n'y a donc aucun contrôle judiciaire avant d'appliquer une mesure fortement coercitive comme le renvoi dans le pays d'origine de chaque migrant. *Memorandum of Understanding Between the Public Security Department of the Italian Interior Ministry and the National Police of the Sudanese Interior Ministry for the Fight Against Criminality, Management of Frontiers and Migration Flows and About Repatriation*, 3 août 2016, art 14, para 2.

des instances décisionnelles de l'UE, d'autant plus que les effets juridiques produits par ces ententes peuvent arriver à engager directement des ressources financières de l'UE.

614. Passons donc maintenant à l'analyse de l'efficacité de ce partenariat conclu sous une forme non conventionnelle. En septembre 2018, l'accord entre forces de polices italiennes et soudanaises avait déjà été mis en œuvre (au moins) à deux reprises. La première fois, par le rapatriement de quarante réfugiés soudanais le 24 août 2016, prélevés à Vintimille, puis conduits, toujours par la force, à Tarente, à Milan et, enfin, au terminal de l'aéroport de Turin. La résonance médiatique de cet événement a aussi suscité l'attention d'un groupe de parlementaires européens, qui ont immédiatement écrit une lettre au ministre de l'Intérieur italien et au préfet Gabrielli en demandant des explications⁷⁷⁶. Le même groupe de parlementaires européens a, ensuite, organisé une mission de suivi sur le terrain⁷⁷⁷, avec l'aide et la participation des avocats de l'Association des juristes italiens (ASGI), pour vérifier les conditions des personnes migrantes renvoyées à Khartoum.

615. En ce qui concerne l'opération de renvoi, les témoignages recueillis en Italie et à Khartoum par la mission des parlementaires européens ont clairement montré « l'illégalité de l'opération »⁷⁷⁸ et la mise en danger des droits fondamentaux des personnes migrantes, exposées concrètement au risque de subir des traitements inhumains et dégradants ou d'être persécutées.

⁷⁷⁶ Le texte de la lettre est maintenant disponible en ligne : *Lettre à M. Angelino Alfano, Dear M. Paolo Gentiloni et M. Franco Gabrielli*, 26 octobre 2016, en ligne : <<https://www.ellyschlein.it/wp-content/uploads/2016/11/ep-meps-letter-collective-expulsions-to-Sudan.pdf>> (consulté le 12 janvier 2019).

⁷⁷⁷ GUE/NGL, *EU and Italian cooperation with Sudan on border control: what is at stake?*, Report GUE/NGL Delegation to Khartoum, Sudan, 2016, en ligne : <<https://www.statewatch.org/news/2017/feb/gue-n-gl-report-delegation-sudan.pdf>> (consulté le 4 juillet 2017).

⁷⁷⁸ HUMAN RIGHTS AND MIGRATION LAW CLINIC OF TURIN, *Memorandum of Understanding between Italy and Sudan: a legal analysis*, 2017, en ligne : <<https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/10/Report-Memorandum-of-Understanding-Sudan-Italy-SL-Clinic-UniTO.pdf>> (consulté le 4 juillet 2018).

616. Ceci a été partiellement confirmé, aussi, par la déclaration d'admissibilité du recours présenté à la CEDH par cinq personnes migrantes ayant échappé au rapatriement au Soudan du 24 août 2016, grâce au soutien des avocats de l'ASGI⁷⁷⁹.

617. La deuxième application officielle (et connue) du MOU entre l'Italie et le Soudan a été l'arrestation, à Khartoum, et le transfert en Italie du ressortissant érythréen Medhanie Yehdego Mered, accusé être l'un des principaux responsables du trafic d'êtres humains dans la région de l'Afrique de l'Est. Dans le rapport rendu par les parlementaires européens, à la suite de leur visite au Soudan, la grave erreur d'une personne à la base de cette arrestation est clairement démasquée :

Concernant l'Érythréen qui a été arrêté fin août, tous les contacts rencontrés à Khartoum nous ont dit que tout le monde savait à Khartoum depuis le premier jour que la police soudanaise avait donné la mauvaise personne aux services de renseignement italiens et britanniques. Ce qui s'est passé selon nos sources, c'est que le trafiquant avait été averti qu'une opération aurait lieu et n'avait pas déjeuné dans son restaurant habituel à Khartoum ce jour-là et que la police soudanaise avait sciemment donné une mauvaise adresse aux Italiens. Cependant, cette personne jusqu'à aujourd'hui est toujours en prison en Italie malgré une masse de preuves, y compris des images et des témoignages qu'il n'est pas la bonne personne. Récemment, Facebook a fourni des données montrant que la personne détenue en prison au cours des neuf derniers mois n'est effectivement pas le trafiquant⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ W.A. and Others vs Italy, CEDH n° 18787/17, [2017]. Au moment où nous écrivons, le gouvernement italien a été invité à présenter ses observations et à répondre aux questions posées par la Cour le 24 novembre 2017 : « 1. Avant de se prononcer sur leur expulsion, les autorités ont-elles considéré l'affirmation des requérants selon laquelle ils risqueraient d'être soumis à un traitement inhumain s'ils étaient renvoyés au Soudan, en violation de l'article 3 de la Convention? 2. Les requérants, des étrangers dans l'État défendeur, ont-ils été expulsés collectivement, en violation de l'article 4 du Protocole n° 4? 3. Les requérants disposent-ils d'un recours interne effectif pour les griefs tirés de la Convention au titre des articles 3 et 4 du Protocole no 4, comme l'exige l'article 13 de la Convention? 4. Les requérants ont-ils été victimes de discrimination dans l'exercice de leurs droits conventionnels en raison de leur origine nationale, en violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole 4 à la Convention? ».

⁷⁸⁰ GUE/NGL, EU and Italian cooperation with Sudan on border control: what is at stake?, Report GUE/NGL Delegation to Khartoum, Sudan, 2016, en ligne : <<https://www.statewatch.org/news/2017/feb/gue-ngl-report-delegation-sudan.pdf>> (consulté le 4 juillet 2017).

618. Cette erreur judiciaire, qui n'a pas encore été avouée par les autorités italiennes, malgré l'évidence de tous les éléments de preuve acquis dans le procès, a aussi été dénoncée par plusieurs journalistes internationaux⁷⁸¹.

619. L'efficacité du MOU entre l'Italie et le Soudan est, donc, très limitée. La protection des droits fondamentaux des personnes migrantes, tels qu'inscrits dans la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* et dans les conventions internationales, est fortement compromise par cet « accord » qui, en contournant toute formalité et procédure ordinaire, se propose d'accélérer le rapatriement des ressortissants soudanais arrivant en condition irrégulière en Italie. La contrepartie visant, en principe, à renforcer la coopération policière sur le sol soudanais pour faciliter les enquêtes sur les passeurs et les trafiquants d'êtres humains s'est jusqu'ici montrée médiocre.

⁷⁸¹ L'avocat de l'Érythrée qui a été transféré en Italie a déclaré au *Guardian* en février: "My client is no people smuggler. He is a refugee. They got the wrong man. And I really hope prosecutors are going to admit their mistake as soon as possible because an innocent man has spent almost nine months in jail. And this is unfair". Lorenzo TONDO, « Facebook data supports "wrong man" claim in people-smuggling case », *The Guardian* (1 février 2017), en ligne : <<https://www.theguardian.com/law/2017/feb/01/facebook-data-supports-wrong-man-claim-people-smuggling-case>> (consulté le 2 avril 2018); voir aussi: Ben TAUB, « How Not to Solve the Refugee Crisis », *The New Yorker* (24 juillet 2017), en ligne : <<https://www.newyorker.com/magazine/2017/07/31/how-not-to-solve-the-refugee-crisis>> (consulté le 2 avril 2018); *Le Monde*, suite aux dernières avancées de la procédure contre l'Érythréen, le 14 mai 2018, titre *Le Monde, suite aux dernières avancées de la procédure contre l'Érythréen, le 14 mai 2018*, titre Gaël GRILHOT et Antoine HARARI, « L'ADN, nouvel élément à décharge pour l'Érythréen accusé en Italie de trafic d'êtres humains », *Le Monde* (14 mai 2018), en ligne : <https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/05/14/1-adn-nouvel-element-a-decharge-pour-l-erythreen-accuse-en-italie-de-traffic-d-etres-humains_5298774_3212.html> (consulté le 15 mai 2018).

SECTION 4 : LA JUSTICIABILITÉ DES ENTENTES TECHNIQUES : VERS UN CONTRÔLE POSSIBLE DU PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT ET DU DROIT À UN RECOURS EFFECTIF DE LA PART DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UE

620. Le raisonnement autour de la justiciabilité des ententes techniques ne peut que commencer par le principe de non-refoulement. Afin d'analyser la compatibilité avec le droit de l'UE des accords non conventionnels en matière de réadmission— pris sur le modèle du MOU entre l'Italie et le Soudan — nous allons maintenant jeter un regard plus attentif sur le principe de non-refoulement en droit de l'UE selon l'interprétation faite par la Cour de justice (1§.). Cette analyse nous permettra de comprendre et de vérifier l'existence de possibles leviers sur lesquels le contrôle de la CJUE pourrait s'appuyer pour montrer la fragilité — voire l'absence — de bases juridiques de ces actes,

621. Notre examen sur la justiciabilité devant la CJUE, des ententes techniques souscrites par des États membres avec des États tiers, se poursuit donc avec l'analyse du droit à un recours effectif (§2.). Nous allons ainsi examiner la prise en compte de ce droit fondamental dans ce type d'ententes, en prenant comme cas d'étude le MOU entre l'Italie et le Soudan.

§1. LE PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

622. Le principe de non-refoulement⁷⁸² est inscrit dans le droit primaire européen, plus précisément dans la CDFUE et dans le TFUE, à l'article 78. Les articles pertinents de la *Charte*, qui sont contraignants pour les institutions de l'UE et les États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'UE (article 51 de la CDFUE), se réfèrent au non-refoulement tel qu'inscrit dans la *Convention de Genève* (article 18) et à l'approche adoptée par la CEDH (article 19, paragraphe 2).

623. Ce principe est rappelé dans de nombreuses dispositions de droit dérivé. La directive sur les qualifications, à l'article 21, rappelle que les États membres doivent respecter le principe de non-refoulement « conformément à leurs obligations internationales »⁷⁸³. Dans les affaires *B et D*, la CJUE a précisé que le principe de non-refoulement, énoncé à l'article 21 de la *Directive 2011/95/UE*, doit être interprété dans le respect de la *Convention de Genève*⁷⁸⁴.

624. L'article 9 de la *Directive « procédures »*⁷⁸⁵ précise que le principe de non-refoulement s'applique aux demandeurs d'asile, qui ont le droit de séjourner dans le pays où

⁷⁸² Pour une approche large du principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale, voir Olivier Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation*, coll. *Mondialisation et droit international*; 17, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁷⁸³ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337.

⁷⁸⁴ CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE.I-10979, point 23; dans la jurisprudence plus récente, voir aussi: CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, affaire C-399/11, Rec num, point 14.

⁷⁸⁵ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60.

ils ont présenté leur demande d'asile. Ledit article précise que, même dans les cas d'extradition, les États membres peuvent procéder « uniquement lorsque les autorités compétentes sont convaincues qu'une décision d'extradition n'entraînera pas de refoulement direct ou indirect en violation des obligations internationales et de l'Union de cet État membre »⁷⁸⁶. Par conséquent, lorsqu'un citoyen soudanais demande l'asile, l'Italie est liée par la législation primaire et secondaire de l'UE. Même dans les cas où un délégué du consulat soudanais identifie des personnes originaires du Soudan, leur expulsion ne peut être exécutée si elles expriment leur volonté de demander l'asile ou si elles sont reconnues comme des réfugiés ou encore si elles ont besoin d'une protection subsidiaire.

625. En outre, la législation européenne protège les personnes migrantes qui ont déjà reçu une décision d'expulsion en vertu du principe de non-refoulement. Cela se produit dans le cadre de la *Directive « retour »*⁷⁸⁷, qui prévoit des règles communes pour le retour et l'éloignement des personnes migrantes en séjour irrégulier, dans le respect des droits fondamentaux et humains⁷⁸⁸. Parmi les droits fondamentaux à respecter, le non-refoulement représente certainement l'un des plus pertinents. Il est rappelé par la *Directive « retour »* aux articles 4 et 5, en tant que principe général et fondamental, et s'applique donc à toutes les personnes migrantes en situation irrégulière⁷⁸⁹. De surcroît, l'article 9, paragraphe 1, lettre a), est considéré comme un motif obligatoire de report des renvois : le renvoi d'un ressortissant d'un pays tiers, séjournant illégalement sur le territoire d'un État membre, est reporté « lorsqu'il violerait le principe de non-refoulement »⁷⁹⁰. Plus précisément, la Cour, dans sa jurisprudence *Sadikou Gnandi contre État belge*, explique que la lecture systématique de la

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

⁷⁸⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, COMMUNIQUÉ, *Agenda européen en matière de migration: la Commission présente de nouvelles mesures en faveur d'une politique de retour efficace et crédible*, 2 mars 2017.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, arts 4-5.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, art 9, para 1 § a.

Directive « retour » et de la *Directive 85/2005/CE*⁷⁹¹, faite « à la lumière du principe de non-refoulement »⁷⁹² et du droit à un recours effectif, consacré à l'article 18, à l'article 19, paragraphe 2, et à l'article 47 de la CDFUE, montre qu'il est possible, pour un État membre, d'adopter une décision de retour au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la *Directive 2008/115*, à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers, avant l'issue du recours juridictionnel contre le rejet de sa demande de protection internationale, « à condition que l'ensemble des effets juridiques de telles décisions soient suspendus dans l'attente de l'Issue de ce recours »⁷⁹³. De plus, la Cour, dans le dispositif de la même décision, fixe d'autres conditions qui doivent aussi être respectés :

[que l'État membre concerné garantisse que l'ensemble des effets juridiques de la décision de retour soient suspendus dans l'attente de l'issue de ce recours], que ce demandeur puisse, pendant cette période, bénéficier des droits qui découlent de la directive 2003/9/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, et qu'il puisse se prévaloir de tout changement de circonstances intervenu après l'adoption de la décision de retour, qui serait de nature à avoir une incidence significative sur l'appréciation de la situation de l'intéressé au regard de la directive 2008/115, notamment de l'article 5 de celle-ci, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier⁷⁹⁴.

626. Par conséquent, l'expulsion doit être reportée s'il y a un risque de refoulement⁷⁹⁵. En termes pratiques, cela devrait impliquer une évaluation *ex ante* du risque de violation du principe de non-refoulement lors de l'exécution du renvoi d'un individu dans son pays d'origine ou, plus généralement, dans un autre pays. Par conséquent, le renvoi dans

⁷⁹¹ CE, *Directive (UE) 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (abrogée par Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95)*, [2005] JO, L 326/13.

⁷⁹² CJUE, 19 juin 2018, *Sadikou Gnandi contre État belge*, affaire C-181/16. Rec num, point 68.

⁷⁹³ Ibid.

⁷⁹⁴ Ibid.

⁷⁹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Manuel sur le retour*, p. 50, en ligne : <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/return_handbook_fr.pdf> (consulté le 13 juillet 2018).

un pays qui ne respecte, dans la pratique, aucune convention internationale sur les réfugiés⁷⁹⁶ et dont le président fait l'objet de deux mandats d'arrêt internationaux émis par la Cour pénale internationale est difficilement compatible avec les objectifs de la normativité européenne telle qu'interprétée par la CJUE.

627. Il convient, également, de noter que, selon la *Directive « retour »*, le renvoi des personnes migrantes en situation irrégulière n'est possible que lorsque les individus sont personnellement identifiés. En effet, l'article 9, paragraphe 2, lettre b), souligne que le retrait peut être reporté pour des « raisons techniques » telles que l'absence d'identification⁷⁹⁷. Ainsi, la procédure contenue dans l'article 14 du MOU qui, non seulement place le moment de l'identification de l'individu au Soudan, mais qui exclut aussi, fondamentalement, l'évaluation *ex ante* du risque de non-refoulement, ne peut être considérée comme conforme aux dispositions de la *Directive « retour »*.

628. Enfin, la procédure mise en place par l'article 9 du protocole d'accord peut également soulever des doutes quant au respect de la *Directive « retour »*. Dans le cas des Soudanais rapatriés le 24 août, où les autorités italiennes ont suivi la procédure prévue à l'article 9, une violation du droit de l'UE aurait été commise à la fois par rapport à l'article 19 de la *Charte* et à l'article 9 de la *Directive « retour »*. En effet, les personnes migrantes ayant exprimé leur volonté de ne pas être expulsées vers le Soudan, les autorités italiennes auraient dû reporter leur éloignement, afin d'évaluer leurs demandes en vertu du principe de non-refoulement.

⁷⁹⁶ IRIN, *Inside the EU's flawed \$200 million migration deal with Sudan*, 2018, en ligne : <<http://www.irinnews.org/special-report/2018/01/30/inside-eu-s-flawed-200-million-migration-deal-sudan>> (consulté le 31 janvier 2018); AMNESTY INTERNATIONAL, *Des expulsions vers le Soudan contraires au principe de « non-refoulement*, en ligne : <<https://amnistie.ca/sinformer/communiqués/international/2018/belgique/expulsions-vers-soudan-contraires-principe-non>> (consulté le 13 juillet 2018); HUMAN RIGHTS WATCH, *Sudan: Hundreds Deported to Likely Abuse*, 2016, en ligne : <<https://www.hrw.org/news/2016/05/30/sudan-hundreds-deported-likely-abuse>> (consulté le 16 juillet 2018).

⁷⁹⁷ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98, art 9, para 2 (b).

§2. LE DROIT À UN RECOURS EFFECTIF EN DROIT DE L'UE⁷⁹⁸

629. L'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* prévoit un droit à un recours effectif et à un procès équitable. Son contenu est principalement basé sur l'article 13 (recours effectif) et l'article 6 (procès équitable) de la CEDH, tel qu'interprété par la CEDH. Les droits sont reconnus comme étant des principes généraux du droit de l'UE qui lient les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Il s'ensuit que, dans l'application des règles énoncées dans la *Directive « retour »*⁷⁹⁹, les États assurent l'effectivité des recours contre l'expulsion.

630. De plus, le chapitre III de la directive sur le retour énumère les garanties procédurales qui doivent être accordées à toutes les personnes migrantes éloignées avec un ordre d'expulsion : « [I] es décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles »⁸⁰⁰. L'article 13 prévoit explicitement le droit « de disposer d'un recours effectif pour faire appel ou demander un réexamen des décisions relatives au retour »⁸⁰¹. À la lumière de ces considérations de caractère normatif, il est force de constater que l'article 14 du MOU viole l'effectivité de tout recours disponible pour les personnes migrantes, car il implique leur expulsion immédiate, indépendamment de sa compatibilité avec les droits de l'Homme,

⁷⁹⁸ Pour une plus ample analyse de l'action de la CJUE pour la protection du droit à un recours effectif des personnes migrantes en condition irrégulières lors de l'accès au territoire de l'UE et sur le territoire de l'UE voir respectivement, *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2, lettre A; et *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, lettre A.

⁷⁹⁹ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, art 12, para 1.

⁸⁰¹ *Ibid.*, art 13.

notamment le principe de non-refoulement et les règles formelles imposées par la *Directive « retour »*.

631. La Cour de justice de l'UE s'est concentrée, dans de nombreuses affaires d'immigration, sur le droit d'être entendu. Ce droit, en tant qu'élément essentiel des droits de la défense (article 47), peut également découler de l'article 41, paragraphe 2, de la *Charte*. Selon la jurisprudence du Juge de Luxembourg, cet article dispose que le droit à une bonne administration comprend, entre autres, le droit de toute personne à être entendue avant que toute mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement soit prise⁸⁰². Même si l'article 41 ne concerne pas les États membres, mais plutôt les institutions de l'UE, il est néanmoins « inhérent au respect des droits de la défense, qui est un principe général du droit de l'Union »⁸⁰³.

632. Dans l'arrêt *Mukarubega*, une affaire concernant une procédure d'expulsion, la Cour a précisé que, pour que la procédure soit équitable et transparente, comme le prévoit le point 6 du préambule de la *Directive « retour »*, les États membres veillent à ce que « la personne concernée soit entendue dans le cadre de la procédure relative à sa demande de résidence ou, le cas échéant, de la légalité de son séjour »⁸⁰⁴. Entre autres, dans l'affaire *Boudjlida*, la CJUE a conclu que les autorités doivent nécessairement respecter les obligations imposées par l'article 5 de la *Directive 2008/115* — y compris l'interdiction du refoulement — et entendre la personne concernée à ce sujet⁸⁰⁵. Une précision d'importance

⁸⁰² CJUE, 22 novembre 2018, *M.M. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a.*, affaire C-277/11.Rec num, point 83; CJUE, 8 mai 2014, *H. N. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a.*, affaire C-604/12.Rec num, points 49-50; CJUE, 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega contre Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, affaire C-166/13.Rec num, points 45-46.

⁸⁰³ CJUE, 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega contre Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, affaire C-166/13.Rec num, points 45-46.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, point 62.

⁸⁰⁵ CJUE, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, affaire C-249/13.Rec num, points 34-38.

capitale est faite dans le dispositif de la décision *C-277/11*⁸⁰⁶, en référence aux systèmes qui prévoient la coexistence de deux procédures distinctes et successives aux fins de l'examen, respectivement, de la demande visant à obtenir le statut de réfugié et de la demande de protection subsidiaire. Dans ce cas, « il incombe à la juridiction de renvoi de veiller au respect, dans le cadre de chacune de ces procédures, des droits fondamentaux du demandeur et, plus particulièrement, de celui d'être entendu »⁸⁰⁷. Plus spécifiquement, « la circonstance que l'intéressé a déjà été valablement auditionné lors de l'instruction de sa demande d'octroi du statut de réfugié n'implique pas qu'il puisse être fait abstraction de cette formalité dans le cadre de la procédure relative à la demande de protection subsidiaire »⁸⁰⁸. La Cour de justice, dans sa jurisprudence, montre clairement l'étendue de l'application du droit fondamental d'être entendu.

633. Les migrants soudanais expulsés le 24 août n'ont pas eu la possibilité d'être entendus sur les raisons pour lesquelles ils ne seraient pas et ne pourraient pas être rapatriés. De plus, ils n'ont pas reçu d'ordre de retour écrit et motivé ni n'ont été informés des recours légaux contre leur expulsion. Il s'ensuit que leur expulsion a été menée en violation des garanties procédurales contenues dans la *Directive « retour »* et en violation du droit à un recours effectif découlant des articles 47, 48 et 41, paragraphe 2, de la CDFUE.

⁸⁰⁶ CJUE, 22 novembre 2018, *M.M. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a.*, affaire C-277/11. Rec num.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, point 95.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, point 96.

CHAPITRE 2 : LA COUR DE JUSTICE ET LE RENVOI VERS UN « PAYS TIERS SÛR », COMME MOYEN DE RÉPRESSION DES PERSONNES MIGRANTES « À LA SORTIE »

634. Les migrants irréguliers qui tentent de rentrer dans les territoires de l'UE pour y trouver un avenir meilleur font face à des mesures répressives — et souvent criminalisantes — durant toutes les phases de leur tentative de s'installer en Europe. Fidèles à la structure annoncée en début du titre, nous poursuivons une analyse, sûrement non exhaustive, de la répression des migrations irrégulières « à la sortie » du territoire de l'UE. Cette étape de la répression se concrétise lorsque les autorités nationales procèdent à l'éloignement des personnes migrantes en situation irrégulière présentes sur le territoire des États membres.

635. L'esprit de la normativité européenne en la matière a été cristallisé dans une jurisprudence consolidée de la Cour de justice européenne. La *Directive « retour »*⁸⁰⁹, ainsi que la *Directive « qualification »*⁸¹⁰ et celle sur les procédures relatives à l'octroi et le retrait de la protection internationale⁸¹¹, ont toutes été interprétées dans la direction de privilégier l'expulsion de la personne migrante en situation irrégulière, plutôt que son emprisonnement. Or, des questions très pertinentes concernant la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes se posent dans cette phase : expulser le migrant vers quel pays ? Et selon quelles modalités ? Et encore, quelles garanties procédurales faut-il préserver dans la mise en œuvre de l'ordre d'expulsion ?

⁸⁰⁹ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

⁸¹⁰ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337, p. 9-26.

⁸¹¹ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60, p. 60-95.

636. Les réponses à ces questions nécessitent, dans un premier temps l'approfondissement — en droit de l'UE — de notions fondamentales telles que le « renvoi forcé », la classification d'un pays comme étant « tiers sûr », le principe de non-refoulement en droit européen et en droit international (Section 1), ainsi que les perspectives de réforme (Section 2). Ensuite, dans le cadre plus large de l'analyse de la cristallisation des pratiques de répression des migrations à la sortie, nous suivrons le fil de la jurisprudence de la CJUE pour identifier les garanties par elle imposées en matière de refus du statut de réfugié et déni des autres formes de protection internationale, ceux-ci étant, souvent, les moyens utilisés par les États membres pour la répression des migrations à la sortie (Section 3).

SECTION 1 : LES NOTIONS DE « PAYS TIERS SÛR » ET DE « PAYS D'ORIGINE SÛR » AU CRIBLE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE : ÉTAT DE L'ART ET PERSPECTIVES DE REFORMES

637. Le droit international, notamment la *Convention de Genève sur le statut de réfugié* de 1951⁸¹² et la législation de l'UE (directive sur les procédures d'asile), considèrent qu'un pays est sûr lorsqu'un système démocratique y est en place et que, de façon générale et permanente, il n'y a pas de persécution, pas de torture, ni de traitement inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas des conflits armés en cours ni de menace de violence quelconque.

638. Au niveau de l'UE, pour aboutir à une définition de sécurité concernant un pays tiers, sont utilisés les « critères de Copenhague »⁸¹³. Il s'agit des caractéristiques qu'un pays doit respecter pour être candidat à l'adhésion à l'UE. Les États membres vérifient, alors,

⁸¹² *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954).

⁸¹³ Pour plus amples information sur ce point, voir aussi Daniela HEIMERL, « Copenhague acte II », (2003) 1031-1 *Le Courrier des pays de l'Est* 8.

que ce pays remplit les critères fixés lors du Conseil de Copenhague de 1993, garantissant la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme, le respect et la protection des minorités. Les candidats à l'adhésion à l'UE sont donc normalement des pays « sûrs ».

639. La base juridique, en droit de l'UE, de la notion de « pays sûr » est à retrouver dans la première *Directive « procédure »* de 2005⁸¹⁴. Les éléments fondamentaux de cette notion ont été maintenus au moment de la révision de la directive en 2013. En application de ce texte normatif, « les demandeurs d'asile venant de pays “sûrs” peuvent n'avoir droit qu'à une procédure d'examen accélérée de leur dossier (article 23, paragraphe 4, directive 2013/32/UE) »⁸¹⁵. Dans les faits, la transposition de la directive dans les législations nationales s'est traduite par l'adoption par plusieurs États membres de listes de pays considérés comme sûrs selon des critères qui leur étaient propres.

640. Nous verrons, dans les paragraphes suivants que la Cour de justice est intervenue à plusieurs reprises afin d'interpréter la législation en matière de pays tiers sûrs (§1.) et pays d'origine sûrs (§2.), ainsi que pour souligner l'importance du principe fondamental qui impose l'examen au cas par cas des demandes d'asile, et qui empêcherait

⁸¹⁴ CE, *Directive (UE) 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (abrogée par Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95)*, [2005] JO, L 326/13. En réalité, un intéressant rapport publié en 2016, par un réseau d'associations pour la protection des droits fondamentaux (AEDH, AuroMed Droits et FIDH), rappelle que le concept est antérieur: « lors de l'adoption du traité d'Amsterdam en 1997, l'Espagne, par la voix de José Manuel Aznar, a obtenu que « toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre ne peut être prise en considération ou déclarée admissible par un autre État membre ». Cette réserve conduisant à présumer “sûrs” tous les États membres de l'UE a été reprise dans le protocole n.6 du traité d'Amsterdam, surnommé “protocole Aznar”. Seule la Belgique a refusé de le ratifier ». AEDH, AUROMED DROITS et FIDH, *Pays « sûrs », un déni du droit d'asile*, 2016, en ligne : <https://www.fidh.org/IMG/pdf/pays_surs_-_un_deni_du_droit_d_asile.pdf> (consulté le 18 août 2018).

⁸¹⁵ AEDH, AUROMED DROITS et FIDH, *Pays « sûrs », un déni du droit d'asile*, 2016, p. 2, en ligne : <https://www.fidh.org/IMG/pdf/pays_surs_-_un_deni_du_droit_d_asile.pdf> (consulté le 18 août 2018).

tout automatisme ou procédure d'évaluation sommaire basées sur la présomption de sécurité d'un pays.

§1. LA NOTION DE « PAYS TIERS SÛR »

641. La *Directive 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes en vue de la reconnaissance et du retrait du statut de protection internationale (« Directive sur les procédures »)*⁸¹⁶ octroie aux États membres un moyen pour alléger considérablement la charge due au traitement des demandes de protection internationale présentées par des ressortissants en provenance de certains pays tiers. Plus précisément, ce texte dispose que les autorités des États membres ont la possibilité de ne pas examiner une demande d'asile sur le fond lorsque, en raison d'un lien suffisant avec un pays tiers considéré « sûr », le demandeur pourrait obtenir une forme de protection internationale dans cet État. Cela veut dire, donc, qu'en présence des conditions nécessaires (prévues par la loi), cette disposition permet aux États membres de mettre fin à la procédure d'asile et de rapatrier le demandeur d'asile vers le pays tiers en question.

642. La notion de « pays tiers sûr » est définie à l'article 38 de ladite directive. Selon cet article, les États membres peuvent appliquer la notion de pays tiers sûr à condition que les autorités compétentes aient établi, avec « certitude » que, dans le pays tiers concerné, le demandeur de protection internationale sera traité conformément aux principes suivants :

- a) les demandeurs n'ont à craindre ni pour leur vie ni pour leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques ; b) il n'existe aucun risque d'atteintes graves au sens de la directive 2011/95/UE ; c) le principe de non-refoulement est respecté conformément à la convention de Genève ; d) l'interdiction, prévue par le droit international, de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, y est respectée ; et e) la

⁸¹⁶ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60, p. 60-95.

possibilité existe de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la convention de Genève⁸¹⁷.

643. En d'autres termes, la directive autorise les États membres à ne pas procéder à l'examen ou à procéder à un examen partiel des demandes de protection internationale des demandeurs entrés sur leur territoire en provenance de pays qui, respectant ces critères, relèvent du concept de « pays tiers sûr ». Au niveau intra-européen, l'article 39 de la même directive fixe les paramètres nécessaires à qualifier un pays européen étant « sûr ». Dans ce cas, il faudra vérifier si le système juridique de l'État en question respecte les normes en matière de droits de l'homme et de protection des réfugiés, notamment : s'il a ratifié la *Convention de Genève* « sans restriction géographique »⁸¹⁸ ; s'il dispose d'une procédure d'asile prévue par la loi ; s'il a ratifié la *Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

644. La CJUE s'est prononcée à de nombreuses reprises sur le droit d'un pays membre de renvoyer un demandeur d'asile vers un pays tiers (d'origine ou de transit). Pour ce faire, le même Juge a ainsi clarifié la portée des garanties offertes par le droit européen en allant jusqu'à identifier des notions autonomes et plus larges de celles utilisées en droit international. Cela a été le cas, notamment, dans les arrêts *Elgafaji*⁸¹⁹ et *Diakité*⁸²⁰, dans

⁸¹⁷ *Ibid.*, art 38.

⁸¹⁸ À tel propos, il est opportun de rappeler que la Turquie, pays candidat à l'adhésion à l'UE, a signé la *Convention de Genève relative au statut des réfugiés* avec une restriction géographique : seuls les citoyens européens sont éligibles au statut de « réfugié ». Selon les chiffres de l'UNHCR (<http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/UNHCR%20Turkey%20Operational%20Update%20-%20Jan-June%202016.pdf>), la Turquie est devenue le premier pays d'accueil de réfugiés dans le monde en 2014. En février 2016, les statistiques officielles turques montraient que 2,7 millions de Syriens et 250 000 étrangers d'autres nationalités, dont des Afghans, des Iraniens, des Irakiens et des Somaliens, étaient enregistrés en Turquie.

⁸¹⁹ CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, affaire C-465/07, [2009] Rec CE.I-00921.

⁸²⁰ CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaire C-285/12. Rec num.

lesquels la Cour a interprété la *Directive 2004/83/CE* du Conseil⁸²¹, en vigueur à l'époque de la procédure, arrivant à déterminer une notion de « conflit armé interne » autonome par rapport au droit international humanitaire, permettant d'offrir une protection plus large de celle accordée par la *Convention de Genève* de 1951.

645. En fait, la question préjudicielle à l'origine de l'affaire *Diakité*, portait sur l'interprétation de l'article 15, sous c), de la *Directive 2004/83/CE* du Conseil, du 29 avril 2004, présentée dans le cadre d'un litige opposant M. Diakité, ressortissant guinéen, au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Belgique), au sujet de la décision de ce dernier de ne pas lui octroyer le bénéfice de la protection subsidiaire. Dans la continuité avec l'approche adoptée cinq ans auparavant dans l'affaire *Elgafaji*, les juges de la Cour ont interprété les considérants 5, 6 et 24 de la *Directive « qualifications »*, dans le sens où

Les critères minimaux d'octroi de la protection subsidiaire doivent permettre de compléter la protection des réfugiés consacrée par la Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, en identifiant les personnes qui ont réellement besoin de protection internationale et en leur offrant un statut approprié⁸²².

646. D'ailleurs, l'Avocat général Mengozzi, dans ses conclusions rendues le 18 juillet 2013 sur la même affaire, avait déjà relevé que les dispositions pertinentes de la *Directive « qualifications »* ne sauraient être écartées au seul motif « que la situation dans le pays d'origine du demandeur ne remplit pas tous les critères utilisés en DIH ou dans l'État membre concerné pour définir la notion de conflit armé interne »⁸²³. Par conséquent, la Cour

⁸²¹ CE, *Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95), [2004] JO, L 304/12.*

⁸²² CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaire C-285/12. Rec num, point 33.

⁸²³ CJUE, Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi, 18 juillet 2013, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaire C-285/12. Rec num, point 92. «[...] Ne peuvent donc être considérées comme automatiquement exclues du champ d'application de ces dispositions les situations dans lesquelles, par exemple, la violence armée est exercée

de justice a tranché dans le sens d'une interprétation de la *Directive « qualifications »*, notamment de l'article 15, sous c), qui permet d'élargir la notion de « conflit armé » en incluant, aussi, les conflits n'ayant pas une dimension internationale. De surcroît, cette interprétation extensive vise à offrir une protection accrue au demandeur qui fait valoir la crainte d'être exposé à « un risque réel de subir des menaces graves et individuelles contre sa vie ou sa personne »⁸²⁴, dans le cas de renvoi dans un pays tiers.

647. Tel qu'illustré, la jurisprudence que nous venons d'analyser montre la mesure de l'impact de l'action de la Cour de justice dans le contentieux portant sur la répression de la migration irrégulière « à la sortie ». Dans les cas d'espèce, l'on relève que la Cour, par ses décisions, contribue à créer des garanties accrues pour la protection des droits fondamentaux de demandeurs de protection internationale. Sans des arrêts comme *Elgafaji* (C-456/07) et *Diakité* (C-285/12), les autorités des États membres sauraient garantir strictement les droits issus de la *Convention de Genève* pour la qualification d'un pays comme « sûr », alors qu'aujourd'hui le principe de non-refoulement est renforcé par des interprétations qui empêchent de renvoyer des personnes migrantes dans des pays où se déroulent des « conflits armés internes ». Le ressortissant qui, à la suite du refus de sa demande d'asile, pouvait être renvoyé et qualifié de migrant irrégulier, a aujourd'hui, grâce aux arrêts *Elgafaji* (C-456/07) et *Diakité* (C-285/12), beaucoup plus de chances de se voir octroyer le statut de réfugié ou une forme de protection subsidiaire.

648. Plus récemment, en mars 2017, la Cour de justice a été nouvellement appelée à se prononcer sur le droit d'un pays membre de renvoyer un demandeur d'asile vers un pays

unilatéralement, les parties belligérantes ne disposent pas du degré d'organisation requis par le DIH ou n'exercent pas un contrôle sur le territoire, les forces gouvernementales n'interviennent pas dans le conflit, il n'y a pas d'«affrontement prolongé» au sens du DIH, le conflit tourne à sa phase finale ou, encore, la situation relève, en DIH, des notions de «troubles intérieurs» ou de «tensions internes» ».

⁸²⁴ CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaire C-285/12. Rec num, point 34.

tiers sûr. L'affaire *Mirza*⁸²⁵, du 17 mars 2017, portait sur une question préjudicielle sur l'interprétation des articles 3, paragraphe 3, et 18, paragraphe 2, du *Règlement 604/2013* (« *Règlement Dublin III* »)⁸²⁶, présenté dans le cadre d'un litige opposant M. Mirza, ressortissant pakistanais, à l'Office de l'immigration et de la nationalité (Hongrie). Les autorités hongroises avaient rejeté la demande, jugée irrecevable, de protection internationale introduite par le requérant et avaient décidé de l'éloigner vers la Serbie, pays considéré « sûr » en vertu d'un décret gouvernemental. La juridiction de renvoi s'est interrogée sur la légitimité de telle décision prise après avoir repris en charge le demandeur qui, dans l'attente d'une réponse à sa demande, s'était déplacé en République tchèque.

650. Sans rien modifier à la notion de « pays tiers sûr » cristallisée dans sa jurisprudence, la Cour s'est penchée sur la question posée, qui portait sur deux aspects complémentaires, premièrement sur l'admissibilité du renvoi disposé par les autorités d'un État membre après avoir reconnu leur responsabilité au traitement de la demande de protection internationale et, deuxièmement, sur l'existence d'éventuelles limitations temporelles à l'éloignement vers un pays tiers sûr.

651. Dans l'espèce, le Juge de Luxembourg a rappelé que le *Règlement Dublin III* a pour objet, en vertu de son article premier, d'établir des critères et des mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou par

⁸²⁵ CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU. Rec num.

⁸²⁶ UE, *Règlement (UE) 2013/603 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) no 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) no 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte)*, JO L 180/1, 29.06.2013.

un apatride⁸²⁷. Pourtant, ledit règlement ne contient aucune limitation dans le temps, et prévoit que tout État membre « conserve » le droit d'envoyer un demandeur de protection internationale vers un pays tiers sûr. En outre, « le fait qu'un État membre ait admis être responsable de l'examen d'une demande de protection internationale en application du règlement Dublin III, ne fait pas obstacle à ce que cet État membre envoie, par la suite, le demandeur vers un pays tiers sûr »⁸²⁸.

652. En vertu de ces arguments la Cour a interprété les dispositions du règlement Dublin III

dans le sens que le droit d'envoyer un demandeur de protection internationale vers un pays tiers sûr peut également être exercé par un État membre après que ce dernier a admis être responsable, en application de ce règlement et dans le cadre de la procédure de reprise en charge, de l'examen d'une demande de protection internationale présentée par un demandeur qui a quitté cet État membre avant qu'une décision sur sa première demande de protection internationale ait été prise sur le fond⁸²⁹.

653. Encore une fois l'interprétation de la Cour, dans le contentieux sur la répression des migrations irrégulières « à la sortie », se montre d'importance remarquable. En soulignant la possibilité de renvoyer en tout temps un demandeur vers un pays tiers sûr, elle rend visibles les limites de la discipline législative européenne en matière d'asile. En effet, les doutes relatifs à la nécessité d'informer le pays membre qui procèdent au transfert du demandeur — dans le cas d'espèce la République tchèque — vers le premier pays responsable du traitement de sa demande (la Hongrie) de la pratique de ce dernier de renvoyer systématiquement vers un pays tiers jugé « sur », montre la disparité de traitement à laquelle peuvent être exposés les demandeurs de protection internationale, ce qui se voit renforcé par le manque d'harmonisation au niveau de l'UE, de la classification des pays tiers étant « surs »⁸³⁰.

⁸²⁷ CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU, Rec num., point 38.

⁸²⁸ *Ibid.*, point 46.

⁸²⁹ *Ibid.*, point 53.

⁸³⁰ Pour le tableau récapitulatif de toutes les listes nationales de pays tiers surs, voir l'annexe n. 2

654. Nous verrons dans le prochain paragraphe que les dernières avancées de la législation de l'Union visent à établir une liste européenne de « pays tiers sûr ».

§2. LA NOTION DE « PAYS D'ORIGINE SÛR »

655. Il existe une différence majeure entre la notion de « pays tiers sûr » et celle de « pays d'origine sûr ». Conformément à l'article 36 de la directive sur les procédures, le premier élément pour considérer un pays tiers comme un pays d'origine sûr pour un demandeur donné — lors de l'examen individuel de sa demande —, est de vérifier s'il possède la nationalité de ce pays ou s'il est un apatride ayant auparavant résidé dans ce pays.

656. De plus, l'annexe I de la directive spécifie qu'un pays est considéré comme un pays d'origine sûr si

lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution telle que définie à l'article 9 de la directive 2011/95/UE, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison d'une violence aveugle dans des situations de conflit armé international ou interne⁸³¹.

⁸³¹ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60. Le texte spécifie, entre autres, que : « Pour réaliser cette évaluation, il est tenu compte, entre autres, de la mesure dans laquelle le pays offre une protection contre la persécution et les mauvais traitements, grâce aux éléments suivants: a) les dispositions législatives et réglementaires adoptées en la matière et la manière dont elles sont appliquées; b) la manière dont sont respectés les droits et libertés définis dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et/ou dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques et/ou la convention des Nations unies contre la torture, en particulier les droits pour lesquels aucune dérogation ne peut être autorisée conformément à l'article 15, paragraphe 2, de ladite convention européenne; c) la manière dont est respecté le principe de non-refoulement conformément à la convention de Genève; d) le fait qu'il dispose d'un système de sanctions efficaces contre les violations de ces droits et libertés ».

657. Très récemment, dans l'affaire A.⁸³², la Cour de justice s'est penchée sur le concept de « pays d'origine sûr » et a fourni une interprétation de la *Directive 32/2013/UE*, visant à exclure toute généralisation basée sur une application automatique de la notion de « pays d'origine sûr ». Selon la directive, lorsqu'un pays tiers peut être considéré comme un pays d'origine sûr, les États membres peuvent présumer qu'un demandeur donné y est en sécurité. Toutefois, cette présomption est modérée par la clause qui impose la charge de la preuve contraire au demandeur. Le considérant 40 de la *Directive « procédure »* prévoit, en effet, que le demandeur peut être renvoyé dans son pays d'origine, lorsqu'il a été considéré « pays tiers sûr », sans vérifications ultérieures concernant la sécurité de ce territoire : « sauf si celui-ci présente des éléments indiquant le contraire »⁸³³. Dans l'affaire A., le Juge de Luxembourg a, tout d'abord, rappelé les principes qui ont inspiré la directive, et qui restent codifiés dans les considérants introductifs de cet acte, en partant d'un aspect essentiel pour l'appréciation du bien-fondé d'une demande de protection internationale, à savoir la sécurité du demandeur dans son pays d'origine.

658. Dans une telle approche, le fait qu'un pays tiers soit désigné comme pays d'origine sûr aux fins de la *Directive « procédures »* ne saurait donner aux ressortissants de ce pays une garantie absolue de sécurité. Telle que conçue, « l'évaluation aboutissant à cette désignation ne peut prendre en compte que la situation générale du pays aux plans civil, juridique et politique »⁸³⁴. Or, tout élément qui pourrait montrer le risque de mauvais traitement subi par le demandeur ne peut pas être pris en considération dans une analyse basée sur un aperçu général de la situation dans l'État d'origine estimé « sûr ». Pour cette raison, il importe que, lorsqu'un demandeur fait valoir des motifs valables portant à croire que le pays concerné n'est pas sûr dans son cas particulier, la désignation de ce pays comme pays sûr ne puisse plus être considérée comme étant pertinente à son égard.

⁸³² CJUE, 25 juillet 2018, *A contre Migrationsverket*, affaire C-404/17. Rec num.

⁸³³ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60, considérant 40.

⁸³⁴ *Ibid.*

659. En outre, la Cour rappelle,⁸³⁵ sur la base de l'article 37 de la *Directive 32/2013*, que les États membres peuvent maintenir ou introduire, dans la législation interne, des dispositions permettant la désignation des pays d'origine sûrs auxquels est destiné l'examen des demandes de protection internationale. L'évaluation visant à établir qu'un pays est un « pays d'origine sûr » doit reposer sur une multiplicité de sources d'information, notamment sur les données fournies par d'autres États membres, l'EASO, le HCR, le Conseil de l'Europe et d'autres organisations internationales compétentes.

660. Nous avons, jusqu'à ce moment, omis sciemment un élément essentiel dans l'analyse de l'arrêt *C-404/17*, qui nous permet, d'une part, d'apprécier l'importance de l'action de la CJUE et, de l'autre, de faire un lien avec la jurisprudence citée dans le paragraphe précédent⁸³⁶. Le requérant, A., est un ressortissant de la Serbie, pays que la Hongrie estime « tiers sûr » pour tous ceux qui y transitent. Dans la continuité de l'interprétation fournie lors de l'arrêt *Mirza*, la Cour, dans l'Affaire A., a relevé que la *Directive « procédures »* n'empêchant pas le renvoi d'un demandeur vers un pays tiers sûr ne se prête pas, non plus, à une application « mécanique », privée de tout lien avec le cas concret. Dans cette affaire, la Cour a interprété l'article 31, paragraphe 8, sous b), de la *Directive 2013/32/UE* dans le sens où il ne permet pas de considérer une demande de protection internationale comme étant manifestement infondée dans une situation dans laquelle « [le] demandeur a fourni des informations insuffisantes pour justifier l'octroi d'une protection internationale lorsque l'État membre dans lequel a été introduite la demande n'a pas adopté de règles mettant en œuvre le concept de pays d'origine sûr »⁸³⁷.

661. Encore une fois, la Cour de justice, par son activité interprétative, élargit le spectre d'action de la protection des droits fondamentaux des migrants demandeurs d'asile. Par l'arrêt A., la Cour de Luxembourg affirme la contrariété avec le droit de l'UE de tout automatisme visant à contourner l'examen au cas par cas des demandes de protection

⁸³⁵ CJUE, 25 juillet 2018, *A contre Migrationsverket*, affaire C-404/17, Rec num, point 28.

⁸³⁶ CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU, Rec num.

⁸³⁷ CJUE, 25 juillet 2018, *A contre Migrationsverket*, affaire C-404/17, Rec num, point 35.

internationale, notamment dans les cas où les demandeurs sont des ressortissants de pays qui ne mettent pas en œuvre le concept de pays d'origine sûr.

SECTION 2 : LES MESURES À L'ÉTUDE EN MATIÈRE DE CLASSIFICATION DES « PAYS TIERS SÛRS » EN DROIT EUROPÉEN ET LEUR EFFICACITÉ

662. Afin de clôturer l'analyse des notions de « pays tiers sûrs » et « pays d'origine sûr », nous passons maintenant à l'analyse des perspectives de réforme des notions de « pays tiers sûr » (§1.), pour ensuite proposer quelques réflexions sur l'efficacité des réformes qui font l'objet, à l'heure actuelle, de négociations au sein de l'UE. La proposition de règlement contenue dans la communication *COM (2016) 467 final* de la Commission européenne, présente certaines carences qu'il nous semble opportun de mettre en évidence. Notre regard se concentrera, notamment, sur deux aspects principaux : en premier lieu, sur les effets juridiques et les limites de la création d'une liste européenne commune de pays tiers sûrs (§2.) et, ensuite, sur l'impact concret d'une telle disposition en relation aux flux migratoires plus importants qui touchent les pays membres (§3.).

§1. LES PERSPECTIVES DE RÉFORME DE LA NOTION DE « PAYS TIERS SUR » EN DROIT EUROPÉEN

663. Parmi l'ensemble des mesures envisagées pour la réalisation d'un système d'asile harmonisé au niveau de l'UE, la création d'une liste commune de pays tiers sûrs a toujours représenté un moyen important afin d'abattre les disparités de traitement envers les migrants demandeurs d'asile, dues à la multitude de listes nationales en vigueur dans chaque pays.

664. Déjà en 2008, la CJUE s'est prononcée sur les modalités selon lesquelles cette mesure devrait être adoptée, en affirmant, en même temps, « l'importance politique que revêt

la désignation des pays d'origine sûrs », ainsi que « les conséquences que peut avoir le concept de pays tiers sûr pour les demandeurs d'asile »⁸³⁸ et la protection de leurs droits fondamentaux.

665. Dans l'affaire *Parlement c. Conseil* du 6 mai 2008, la Cour a eu à trancher sur un recours en annulation présenté par le Parlement. L'assemblée représentative des citoyens de l'Union avait demandé, en substance, l'annulation des dispositions de la *Directive 2005/85/CE* auxquelles le Conseil s'était référé pour justifier son pouvoir d'adoption et de modification des listes des pays sûrs à la majorité qualifiée.

666. Le juge de Luxembourg, suivant un raisonnement juridique très clair, a souligné la nécessité de l'implication du Parlement dans une procédure de codécision pour l'adoption d'actes – telle que l'adoption de la liste européenne de pays tiers sûrs –, qui n'ont pas une simple portée d'actes d'exécution, mais qui reflètent des choix politiques importants, ayant des impacts considérables sur les droits fondamentaux des demandeurs d'asile.

667. Sur cette base, les travaux ont recommencé pour une négociation entre le Conseil et le Parlement sur la formation de ladite liste. Le 9 septembre 2015, la Commission européenne a présenté une proposition de règlement du PE et du Conseil établissant une liste commune de l'UE des pays d'origine sûrs aux fins de la *Directive 2013/32/UE*⁸³⁹. La proposition vise à permettre un examen plus rapide des demandes d'asile de candidats originaires de pays que l'Union considère sûrs et à accélérer le rapatriement lorsque l'évaluation individuelle de la demande montre que les conditions d'octroi de l'asile ne sont pas remplies. La liste des pays d'origine sûrs proposée par la Commission comprend

⁸³⁸ CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne (II)*, affaire C-133/06, [2008] Rec CE I-03189, point 48.

⁸³⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE*, COM(2015) 452 final, Bruxelles, le 09.09.2015.

l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, le Kosovo, le Monténégro, la Serbie et la Turquie.

668. En juillet 2016 a été présentée, toujours par la Commission, une nouvelle proposition de règlement établissant une procédure commune de protection internationale dans l'Union⁸⁴⁰. Cette mesure, qui a ensuite été insérée dans le plus ample projet de réforme du système européen commun d'asile – aujourd'hui en phase de négociation –, prévoit l'harmonisation des conséquences procédurales de l'application des notions de « pays sûr », éliminant la possibilité pour les États membres de les utiliser de façon arbitraire. L'objectif est d'harmoniser progressivement les règles relatives au pays d'origine sûr et au pays tiers sûr, afin d'arriver, dans les cinq ans qui suivront l'entrée en vigueur du règlement, à remplacer les listes nationales de pays sûrs par des désignations communes au niveau de l'Union.

669. La proposition de règlement *COM (2016) 467 final* présente plusieurs éléments novateurs. La section IV du chapitre III prévoit, entre autres, la procédure d'examen accéléré des demandes à l'article 40, et la procédure d'examen à la frontière à l'article 41. Ensuite, le titre V précise les concepts de « pays de premier asile » (article 44) et de « pays tiers sûr » (article 45). Selon ces définitions, un pays tiers est considéré comme « premier pays d'asile » lorsque le demandeur « a bénéficié d'une protection au titre de la convention de Genève ou a bénéficié d'une protection suffisante avant d'entrer dans l'Union et peut toujours se prévaloir de cette protection »⁸⁴¹. Le concept de « pays tiers sûr » serait, enfin, basé sur la vérification de l'absence de menaces à la vie et à la liberté du demandeur pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'opinions politiques ou d'appartenance à un groupe social particulier, sur l'absence de risque de préjudice grave – tel que défini dans la proposition de règlement sur les qualifications – ; ainsi que sur le respect du principe de non-refoulement, conformément à la *Convention de Genève*.

⁸⁴⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE*, COM(2016) 467 final, Bruxelles, 13.07.2016.

⁸⁴¹ *Ibid.*, art 45.

670. Enfin, l'évaluation visant à établir la désignation du « pays d'origine sûr », en plus de tenir en compte des critères classiques de démocratie, absence de torture, d'autres formes de violence et de conflits armés, doit apprécier, entre autres, la mesure dans laquelle la protection contre les persécutions et les mauvais traitements est offerte par

les lois et règlements pertinents du pays et la manière dont ils sont appliqués ; le respect des droits et libertés reconnus dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou dans la Convention des Nations Unies contre la torture ; l'absence d'expulsion ou d'extradition de ses citoyens vers des pays tiers où, entre autres, ils risqueraient fort d'être soumis à la peine de mort, à la torture, à la persécution ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou dans lesquels leur vie ou leur liberté seraient menacées en raison de leur race, religion, nationalité, orientation sexuelle, appartenance à un groupe social particulier ou d'opinions politiques ou encore dans lesquelles ils seraient exposés au risque sérieux d'expulsion, éloignement ou extradition vers un autre pays tiers ; un système de recours efficaces contre les violations de ces droits et libertés⁸⁴².

671. Les perspectives de réformes que nous venons d'analyser semblent être inspirées d'un pragmatisme parfois très orienté vers la répression des migrations irrégulières, au point que certains auteurs ont affirmé que « le concept de pays tiers sûr rend ainsi compte d'une confusion entre les notions de persécution et de protection »⁸⁴³. De surcroît, au-delà des considérations concernant le respect des garanties et des droits fondamentaux, il convient de s'interroger sur l'efficacité réelle des réformes envisagées.

⁸⁴² *Ibid.*, art 47.

⁸⁴³ CNCDH, *Avis sur le concept de « pays tiers sûr »*, 2017, p. 3, en ligne : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/171219_avis_concept_pays_tiers_sur_5.pdf (consulté le 18 août 2018).

§2. L'EFFICACITÉ DE LA RÉFORME PROPOSÉE : LA CRÉATION D'UNE LISTE EUROPÉENNE COMMUNE DE PAYS TIERS SÛRS

672. Le renforcement des dispositions sur les pays d'origine sûrs, visées dans la *Directive 2013/32/UE*, répond principalement à la nécessité de lutter plus efficacement contre les atteintes au droit d'asile. Cet objectif est poursuivi en prévoyant des procédures pour un traitement plus rapide des demandes présentées par des ressortissants de pays considérés comme « sûrs ». Plus précisément, en vertu de l'article 31, paragraphe 8, de ladite directive, les États membres peuvent prévoir que la procédure d'examen de la demande de protection soit accélérée si le demandeur vient d'un pays compris dans la liste des États qui respectent les paramètres de sécurité⁸⁴⁴.

673. Selon le législateur européen, le traitement rapide des demandes de protection internationale les plus susceptibles d'être infondées devrait se traduire par une pression réduite sur les systèmes d'asile des États membres et une amélioration de leur efficacité globale. En effet, tel que prévu par le considérant 20 de la *Directive « procédures »*, l'accélération de la procédure d'examen se produit par l'introduction de mécanismes simplifiés, dans les différentes étapes procédurales, garantissant toujours – en principe – un examen adéquat et complet, ainsi que l'accès effectif du demandeur aux garanties prévues par la directive et la protection de ses droits fondamentaux⁸⁴⁵.

674. À cet égard, il convient de noter que la réduction du temps d'examen des demandes de protection internationale implique certainement une économie des coûts d'accueil. Cependant, le nombre de cas pouvant être traités dans un certain délai par l'organisme compétent est nécessairement limité. De plus, la durée de la procédure est,

⁸⁴⁴ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60, art 31, para 8.

⁸⁴⁵ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60, considérant 20.

évidemment, plus longue dans des pays tels que l'Italie, où le nombre total de candidats est particulièrement élevé.

675. À la lumière de ces observations, nous pouvons en déduire que la réduction du temps d'examen pour les demandeurs en provenance d'un pays déclaré « sûr » génère un double effet : d'une part, elle a une opérativité nécessairement réduite en raison des limites légales et opérationnelles imposées, notamment, par la protection des droits fondamentaux ; d'autre part, la réduction du temps d'examen des demandes des ressortissants venant de pays sûrs détermine un prolongement inévitable des procédures pour les demandeurs venant de pays non sûrs.

676. Il convient également de considérer qu'un régime visant à accélérer les rapatriements vers certains pays pourrait accroître les tentatives d'entraver l'identification avec de fausses déclarations de la part des personnes migrantes. À titre d'exemple, nous pouvons facilement supposer qu'il est dans l'intérêt du demandeur de dissimuler sa provenance d'un pays sûr afin d'éviter un refoulement certain. Une telle pratique, déjà assez répandue actuellement et destinée à être amplifiée, rendrait *de facto* plus longs les délais nécessaires aux autorités compétentes pour vérifier la véracité de la déclaration de nationalité faite au moment de l'arrivée, avec le risque d'anéantir tout bénéfice d'une procédure accélérée. En plus, le considérant 21 de la *Directive « procédures »*⁸⁴⁶ précise clairement que l'application de la procédure accélérée ne peut pas avoir lieu de façon automatique, même en l'absence de documents relatifs à l'entrée ou lorsque la personne migrante utilise de faux documents. La même disposition prévoit, conséquemment, que de telles circonstances ne justifient pas, en elles-mêmes, un recours automatique à des procédures accélérées si le demandeur est en mesure de les justifier correctement.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, considérant 21. « Pour autant qu'un demandeur ait exposé des raisons reconnues valables, l'absence de documents à l'entrée ou l'utilisation de documents falsifiés ne devrait pas entraîner en soi un recours automatique à la procédure à la frontière ou à la procédure accélérée ».

677. Pour les raisons que nous venons d'exposer, l'utilisation de procédures visant à réduire les délais d'examen pourrait être considérablement limitée dans le traitement des demandes de protection international.

§3. LES RETOMBÉES PRATIQUES SUR LES PRINCIPAUX FLUX MIGRATOIRES VERS L'UE

678. Concernant le deuxième point de notre analyse, l'évaluation de l'impact de la proposition en question en termes de réduction de la pression migratoire est étroitement liée à l'origine des flux. D'ailleurs, pour les États membres comptant un nombre élevé de demandeurs d'asile originaires de pays considérés comme sûrs (Albanie, Kosovo, Serbie, Monténégro, Bosnie-Herzégovine, ancienne République yougoslave de Macédoine et Turquie), apparaît certainement utile la mise en place de procédures visant à obtenir un examen plus rapide des demandes afin d'accélérer les retours, lorsque l'existence de conditions d'octroi de l'asile est inexistante.

679. Néanmoins, pour les pays comme la Grèce et l'Italie, les plus frappés par les vagues migratoires récentes, l'utilité d'un tel mécanisme est presque nulle. Ces pays font, en effet, enregistrer des flux migratoires principalement en provenance de pays peu sûrs. Les statistiques de l'OIM indiquent, respectivement, la Syrie, l'Iraq et l'Afghanistan parmi les pays d'origine du plus grand nombre de personnes migrantes arrivant en Grèce dans les sept dernières années, et l'Érythrée, le Nigeria, la Somalie, le Soudan, la Gambie et le Sénégal, comme les pays d'origine de la quasi-totalité des personnes migrantes arrivées sur les côtes italiennes dans la même période.

680. Dans une récente communication, la Commission européenne a estimé qu'environ « le 17 % de l'ensemble des demandes présentées dans l'UE provient de citoyens

originaires des sept pays inclus dans la liste proposée »⁸⁴⁷. D’où les perplexités envers le 83 % des demandes qui ne sera, donc, pas touché par une telle réforme, ce qui nous encourage à pousser notre raisonnement plus loin. Plusieurs rapports d’experts en matière de l’asile⁸⁴⁸ présentent un possible danger qui se cacherait derrière l’adoption d’une liste européenne de pays tiers sûrs. Le risque est qu’une fois choisis les pays sûrs selon une procédure de codécision, donc avec la participation du Parlement de l’UE, tel que confirmé par la Cour de justice⁸⁴⁹, en vue de la valeur politique d’un tel choix, la Commission pourrait, dans un deuxième temps, s’octroyer, en vertu de ses pouvoirs d’exécution, la possibilité d’apporter des modifications avec des procédures moins transparentes, et cela impliquerait une baisse des garanties dans l’appréciation des paramètres de sécurité d’un pays⁸⁵⁰.

681. En guise de conclusion, nous pouvons reporter certains éléments du débat actuellement en cours en France, dans lequel la Commission nationale consultative des droits de l’Homme a rendu, le 19 décembre 2017, un avis particulièrement défavorable et critique, dans lequel elle déclare que « la réforme concernant les pays tiers sûrs aura en outre pour effet de créer une véritable usine à gaz juridique et d’accroître encore un peu plus un contentieux déjà de masse en matière d’asile »⁸⁵¹. En outre, ledit rapport dénonce d’autres risques concrets :

⁸⁴⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Une liste UE des «pays d’origine sûrs»*, en ligne : <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_fr.pdf> (consulté le 18 août 2018).

⁸⁴⁸ AEDH, AuroMed Droits et FIDH, *pays « surs » un déni du droit d’asile*, 2016, en ligne : <https://www.fidh.org/IMG/pdf/pays_surs_-_un_deni_du_droit_d_asile.pdf> (consulté le 18 août 2018); CNCDH, *Avis sjur le concept de « pays tiers sur »*, 2017, en ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/171219_avis_concept_pays_tiers_sur_5.pdf> (consulté le 18 août 2018).

⁸⁴⁹ CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen contre Conseil de l’Union européenne (II)*, affaire C-133/06, [2008] Rec CE.I-03189, point 48.

⁸⁵⁰ Voir, *supra*, Titre I, chapitre 2, §2., lettre A.

⁸⁵¹ CNCDH, *Avis sjur le concept de « pays tiers sur »*, 2017 à la p 9, en ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/171219_avis_concept_pays_tiers_sur_5.pdf> (consulté le 18 août 2018).

au lieu d'examiner les craintes de persécution du demandeur, ce seront finalement son itinéraire, la protection contre des mesures attentatoires à ses droits dans tout pays de passage et la simple possibilité d'y solliciter l'asile qui seront examinés dans un examen conditionnant la recevabilité de la demande. Le droit d'asile ne sera plus un droit personnel tenant compte de la situation de l'intéressé⁸⁵².

En raison de telles craintes, à notre avis plus que pertinentes, il est possible de croire que l'introduction de procédures accélérées pour l'examen des demandes de protection présentées par des ressortissants de pays tiers sûrs puisse changer la dimension personnelle du droit d'asile et modifier l'objet même de l'examen fait par les autorités, en le limitant aux seules considérations concernant les aspects formels de la requête

SECTION 3 : L'EXCLUSION ET LA RÉVOCATION DU STATUT DE RÉFUGIÉ ET DE LA PROTECTION SUBSIDIAIRE : PRINCIPAUX MOYENS DE LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS À LA SORTIE

682. Les décisions visant l'exclusion ou la révocation du statut de réfugié et de la protection subsidiaire, telles que prévues par le droit de l'UE, ont un impact marquant sur les droits fondamentaux de toute personne migrante concernée. L'importance de ces décisions, prises par les autorités des pays membres, est notamment due au fait qu'elles sont la résultante de la balance entre les normes administratives ou pénales de droit national – qui incarnent les choix de politiques migratoires répressives – et les principes du droit international transposés en droit interne⁸⁵³.

⁸⁵² CNCDH, Avis sur le concept de « pays tiers sûrs », 2017, à la p 7.

⁸⁵³ Ici nous faisons référence notamment aux articles 12, paragraphe 2; 14, paragraphe 4 et 5; 17, paragraphe 1; article 19, paragraphes 2 et 3 de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, L 337.

683. Dans la présente section, nous allons, donc, regarder dans quelle mesure le droit de l'UE et l'action de la Cour de justice viennent poser des limites à une utilisation extensive (voir instrumentale) du pouvoir des États membres de mettre fin à la protection internationale.

684. La mise en œuvre de la protection internationale, telle que prévue par la *Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés*⁸⁵⁴ ainsi que dans son protocole de 1967⁸⁵⁵, suit le principe de subsidiarité. Elle relève, donc, des États membres et de leur droit national⁸⁵⁶. Toutefois, l'article 78 du TFUE prévoit que la politique commune en matière d'asile « doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents »⁸⁵⁷. En plus, l'UE participe activement à l'harmonisation des garanties offertes par ses États membres en matière d'asile et de protection subsidiaire, à la fois avec son droit dérivé et grâce à l'action de la Cour de justice.

685. La *Directive « qualifications » (refonte)*⁸⁵⁸ (ci-après « *Directive qualifications* ») codifie, en droit européen, les conditions pour l'octroi du statut de réfugié et pour l'obtention de la protection subsidiaire, visant aussi un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire dans tous les pays

⁸⁵⁴ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954).

⁸⁵⁵ *Protocole relatif au Statut des Réfugiés*, 31 janvier 1967, 606 RTNU 267 (entrée en vigueur: 4 octobre 1967).

⁸⁵⁶ S'il est vrai que tous les États membres de l'UE ont signé et ratifié la *Convention et son Protocole*, l'Union européenne, en tant que sujet de droit international doté d'une personnalité juridique autonome, ne figure pas parmi les signataires de la *Convention de Genève*.

⁸⁵⁷ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326 art 78, para 1.

⁸⁵⁸ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337, considérant 4. « La convention de Genève et le protocole constituent la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés ».

membres. Cette directive fixe les conditions selon lesquelles les autorités des États membres peuvent mettre fin à la protection internationale. Tel qu'indiqué dans un document d'analyse juridique publié en 2018 par le Bureau d'appui à l'asile de l'UE, « l'expression “fin de la protection internationale” englobe la cessation, la révocation, la fin ou le refus de renouveler la protection, ainsi que le retrait du statut de réfugié et de la protection subsidiaire et temporaire »⁸⁵⁹.

686. La cessation du statut de réfugié, prévue à l'article 11 de la *Directive « qualifications »*, ainsi que la cessation de la protection subsidiaire, prévue à l'article 16 de la même directive, suivent un mécanisme assez précis qui laisse peu d'espace à de possibles interprétations à la portée répressive de la part des autorités nationales. Considérant ces arguments, nous avons, ici, opéré le choix de concentrer notre analyse sur les aspects les plus problématiques de l'exercice du pouvoir de mettre fin à la protection internationale par les autorités nationales, dans la mesure où une large marge discrétionnaire est accordée aux autorités des États membres. Tout d'abord, nous traiterons des clauses qui prévoient l'exclusion de l'asile, notamment l'article 12, lettres b) et c) – et l'exclusion de la protection subsidiaire à l'article 17, lettre b) et d) – de la *Directive « qualifications »* (§1). Ensuite, nous nous concentrerons sur les clauses qui permettent aux autorités des États membres la révocation du statut de réfugié ou le refus de le renouveler – notamment l'article 14, paragraphe 4 et 5 – et la révocation de la protection subsidiaire ou le refus de la renouveler, prévue par l'article 19 de la *Directive « qualifications »* (§2).

⁸⁵⁹ EASO, *Fin de la protection internationale: articles 11, 14, 16 et 19 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2018, p. 7. Le HCR utilise, quant à lui, le terme « annulation » pour désigner l'invalidation du statut de réfugié lorsque celui-ci n'aurait jamais dû être accordé à la personne concernée, soit parce que celle-ci ne remplissait pas les critères d'inclusion de la section A de l'article 1er, paragraphe 2, de la *Convention relative au statut des réfugiés*, soit parce qu'un motif d'exclusion aurait dû lui être appliqué au moment de l'octroi. Le terme « révocation » est utilisé par le HCR pour l'application de l'exclusion sur le fondement de la section F de l'article 1er, point a) ou c), de la *Convention relative au statut des réfugiés* lorsqu'un réfugié se rend coupable d'agissements tombant sous le coup de ces dispositions après reconnaissance de son statut. Voir UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *Note sur l'annulation du statut de réfugié*, 2004.

§1. L'ACTION DE LA COUR DE JUSTICE SUR L'EXCLUSION DU STATUT DE RÉFUGIÉ ET DE LA PROTECTION SUBSIDIAIRE

Dans le cadre de l'étude sur l'action de la CJUE sur la répression des migrations à la sortie, il est opportun maintenant d'analyser la portée des décisions de mettre fin à la protection internationale tel que présentée par la *Directive « qualifications »*. À titre liminaire, il est important de souligner que cette source de droit dérivé ne permet pas, en soi, de déterminer si les personnes concernées peuvent être expulsées.

S'il est mis fin à la protection du réfugié, il est possible que le demandeur soit toujours éligible au bénéfice de la protection subsidiaire. En cas de retrait des deux formes de protection internationale, il est possible que le droit international continue de protéger les réfugiés contre l'expulsion du pays de refuge. L'article 3 de la CEDH prévoit une interdiction absolue de l'expulsion dès lors que celle-ci comporte un risque de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants. Le refoulement est interdit en vertu de l'article 21 de la refonte de la Directive Qualification et de l'article 33 de la convention relative au statut des réfugiés⁸⁶⁰.

687. En ayant toujours comme point de départ la jurisprudence pertinente de la CJUE, nous nous pencherons d'abord sur la notion d'exclusion (A) et sur les conditions de l'exclusion du statut de réfugié prévues par la Directive « qualifications » (B). Dans un deuxième temps nous nous concentrerons sur l'interprétation que la CJUE fait des clauses d'exclusion du statut de la protection subsidiaire prévues par la même directive (C).

A. La notion d'exclusion prévue par la Directive « qualifications » à la lumière de la jurisprudence de la CJUE

688. La CJUE, par son arrêt du 13 septembre 2018 rendu dans l'affaire *Ahmed*⁸⁶¹, a fait de la lumière sur l'un des aspects le plus complexes de l'exclusion du statut conféré par

⁸⁶⁰ *Ibid* à la p 8.

⁸⁶¹ CJUE, 13 septembre 2018, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivata*, affaire C-369/17, Rec num; la Cour a confirmé sa jurisprudence dans la plus récente affaire CJUE, 19 mars

la protection subsidiaire. Avec son interprétation de la *Directive 2011/95*, notamment de son article 17, lettre b), la Cour pose des limites claires au pouvoir des autorités des États membres d'exclure un ressortissant d'un pays tiers, ou un apatride, de la protection subsidiaire. Afin de considérer la portée de cette décision, il faudra nous pencher, d'abord, sur la définition d'exclusion aux fins de l'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire (a), pour ensuite analyser le contenu de l'article 12, paragraphe 2, lettre b) puis, enfin, mettre en exergue les analogies et les différences avec la discipline de l'exclusion de la protection subsidiaire prévue par l'article 17, paragraphe 1, de la même directive (c).

689. Concernant la définition de la notion d'exclusion à laquelle nous faisons ici référence, la CJUE rappelle qu'« à l'instar des causes d'exclusion du statut de réfugié, la finalité des causes d'exclusion de la protection subsidiaire est d'exclure du statut conféré par celle-ci les personnes jugées indignes de la protection qui s'y attachent et de préserver la crédibilité du système du régime d'asile européen commun »⁸⁶². Le but étant, aussi, d'éviter que « l'octroi de ce statut permette à des auteurs de certains crimes graves d'échapper à une responsabilité pénale »⁸⁶³.

690. La *Directive « qualifications »* identifie, parmi ses objectifs principaux, la création, au niveau européen, de normes relatives à la définition et au contenu du statut de réfugié pour faciliter les États membres dans la mise en œuvre de la *Convention de Genève*⁸⁶⁴. Plus précisément, cette source de droit dérivé envisage le « rapprochement des règles sur la

2019, *Bashar Ibrahim e.a contre Bundesrepublik Deutschland et Bundesrepublik Deutschland contre Taus Magamadov*, affaire C-297/17, Rec num.

⁸⁶² *Ibid.*, point 51.

⁸⁶³ CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE.I-10979, point 104.

⁸⁶⁴ UE, *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, L 337, considérant 23. « [il] convient que des normes relatives à la définition et au contenu du statut de réfugié soient établies pour aider les instances nationales compétentes des États membres à appliquer la Convention de Genève ».

reconnaissance des réfugiés et sur le contenu du statut de réfugié [ainsi] que les mesures relatives à des formes subsidiaires de protection offrant un statut approprié à toute personne nécessitant une telle protection »⁸⁶⁵. À cette fin, le considérant 24 reconnaît la nécessité « d’adopter des critères communs pour reconnaître aux demandeurs d’asile le statut de réfugié au sens de l’article 1er de la Convention de Genève »⁸⁶⁶.

691. La *Directive « qualifications »* a, donc, pour effet de codifier certains aspects de ce traité international, signé notamment par tous les États membres de l’UE, dans le corpus du droit de l’Union en matière d’asile. Dans ce contexte, il importe de relever que, tel que la *Directive 2004/83*⁸⁶⁷, la *Directive 2011/95* régit, dans le cadre du concept de « protection internationale », deux régimes distincts de protection, à savoir, d’une part, le statut de réfugié et, d’autre part, celui conféré par la protection subsidiaire⁸⁶⁸.

B. Les conditions de l’exclusion du statut de réfugié prévues par l’article 12, paragraphe 2, de la Directive 2011/95 à la lumière de la jurisprudence de la CJUE

⁸⁶⁵ En ce sens voir aussi : CJUE, 13 septembre 2018, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivata*, affaire C-369/17.Rec num., point 51.

⁸⁶⁶ CONSEIL EUROPÉEN, *Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l’article 26 de la convention d’application de l’accord de Schengen du 14 juin 1985*, [2001] JO, L 187, p. 45-56, considérant 24.

⁸⁶⁷ CE, *Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d’autres raisons, ont besoin d’une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95)*, [2004] JO, L 304/12.

⁸⁶⁸ CJUE, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivata*, supra note 626, point 38. Voir, s’agissant de la directive 2004/83 : CJUE, 8 mai 2014, *H. N. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a.*, affaire C-604/12.Rec num., point 26..

692. La CJUE, tel que le rappelle aussi l'EASO dans son rapport⁸⁶⁹, a fait référence à la Directive « qualifications » à plusieurs reprises, pour insister sur le fait que la *Convention de Genève*

[c]onstitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés et les dispositions de la directive relatives aux conditions d'octroi du statut de réfugié ainsi qu'au contenu de ce dernier ont été adoptées pour aider les autorités compétentes des États membres à appliquer cette convention en se fondant sur des notions et des critères communs⁸⁷⁰.

693. L'article 12 de cette directive reprend les motifs d'exclusion prévus à l'article 1^{er}, sections D, E et F, de la *Convention de Genève*⁸⁷¹. Ladite source de droit dérivé de l'UE présente deux catégories de motifs d'exclusion. Le premier paragraphe de l'article 12 fait donc référence à l'exclusion en raison d'une protection déjà existante et suffisante en vertu d'autres instruments. Dans cette catégorie, le demandeur ne relève pas de la protection garantie par le statut de réfugié, en raison de la protection accordée, soit par les Nations unies

⁸⁶⁹ EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016, p. 11.

⁸⁷⁰ CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE I-10979 point 77; CJUE, 2 mars 2010, *Salahdin Abdulla e.a.*, C-175/08, [2010] I-01493 point 52; CJUE, 17 juin 2010, *Bolbol*, C-31/09, [2010] I-05539 point 3; CJUE, 14 mai 2019, *M.*, C-391/16, C-77/17 et C-78/17, Rec Num point 81.

⁸⁷¹ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954), art 1 (d). « Cette Convention ne sera pas applicable aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. Lorsque cette protection ou cette assistance aura cessé pour une raison quelconque, sans que le sort de ces personnes ait été définitivement réglé, conformément aux résolutions y relatives adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, ces personnes bénéficieront de plein droit du régime de cette Convention. »; lettre E. « Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays. »; lettre F. « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées ; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ».

[point a)], soit par le pays de résidence [point b)]. La Commission européenne a remarqué que cette clause d'exclusion a été élaborée dans le contexte particulier des réfugiés des territoires palestiniens bénéficiant d'une protection auprès de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA)⁸⁷². Le Juge de Luxembourg a déclaré que l'objectif de cette disposition est d'assurer la continuité de la protection des réfugiés palestiniens, en tant que tels, jusqu'à ce que leur sort ait été définitivement réglé conformément aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale des Nations unies⁸⁷³. De manière générale, les arrêts *Bolbol*⁸⁷⁴ et *Kott*⁸⁷⁵ montrent, de façon assez claire, la position de la Cour sur ce sujet, mettant en exergue le fait que ces causes d'exclusion, prévues au paragraphe 1 de l'article 12 de la *Directive 2011/95*, ne soulèvent pas de difficultés majeures, à la fois sur le plan de la mise en œuvre et sur le plan de la compatibilité avec le droit primaire de l'Union⁸⁷⁶.

694. La deuxième catégorie de motifs d'exclusion prévue à l'article 12, paragraphe 2, trouve sa justification en raison du défaut de mérite d'une protection internationale. Les cas prévus sont : avoir commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité [a)], avoir commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil

⁸⁷² Commission européenne, Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, J.O. n. E du .02.2002, à la p 24.

⁸⁷³ CJUE, 19 décembre 2012, *Abed El Karem El Kott e.a.*, C-364/11.Rec Num, point 60. « Cette interprétation est conforme à l'objectif dudit article 12, paragraphe 1, sous a), qui vise notamment à assurer la continuité de la protection des réfugiés de Palestine au moyen d'une protection ou d'une assistance effective et non pas seulement en garantissant l'existence d'un organisme ou d'une institution chargé de fournir cette assistance ou protection, comme il résulte également d'une lecture combinée des paragraphes 20 de la résolution n° 302 (IV) et 6 de la résolution n° 2252 (ES-V) de l'Assemblée générale des Nations unies ».

⁸⁷⁴ CJUE, 17 juin 2010, *Bolbol*, C-31/09.[2010] I-05539.

⁸⁷⁵ CJUE, 19 décembre 2012, *Abed El Karem El Kott e.a.*, C-364/11.Rec Num.

⁸⁷⁶ Pour une plus ample analyse juridique sur ce point, voir aussi EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016, p. 11.

avant d'être admis comme réfugié [b]) et avoir agi contrairement aux buts et aux principes des Nations unies [c)]⁸⁷⁷.

695. Pour les cas couverts par la lettre a), le recours à l'exclusion est guidé par les normes de droit international conçues afin d'encadrer ces crimes, notamment le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* du 17 juillet 1998 (« *Statut de Rome* »)⁸⁷⁸.

696. Les hypothèses d'exclusion prévues à la lettre c) font référence aux articles 1^{er} et 2 de la *Charte des Nations unies*, et diffèrent de quelque peu de l'article 1^{er}, section F, point c), de la *Convention de Genève*, quant à son champ d'application matériel⁸⁷⁹. Le recours à cette catégorie d'exclusion est, souvent, justifié par des cas de terrorisme. En effet, dans l'arrêt *B et D*, la CJUE a indiqué

qu'il ressortait des résolutions 1373 (2001) et 1377 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies que celui-ci partait du principe que les actes terroristes internationaux sont, d'une manière générale et indépendamment de la participation d'un État, contraires aux buts et aux principes des Nations Unies⁸⁸⁰.

697. En outre, il est opportun de rappeler que, dans le même arrêt, la CJUE affirme aussi un critère de « prudence » dans l'application des conditions d'exclusion, « l'exclusion ne [pouvant] être subordonnée à l'existence d'une menace actuelle pour l'État membre d'accueil »⁸⁸¹. Sur le plan de l'application temporelle, cela rappelle, encore une fois, un

⁸⁷⁷ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337, p. 95, art 12, para 2.

⁸⁷⁸ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, (2002), 2187 RTNU 90, 17 juillet 1998.

⁸⁷⁹ Pour une analyse exhaustive de l'article 12, paragraphe 2, lettre c) de la *Directive « qualifications »*, voir : EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016, p. 35-37.

⁸⁸⁰ CJUE, 24 juin 2015, *H. T. contre Land Baden-Württemberg*, affaire C-373/13, Rec num, point 85; CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE.I-10979, point 83..

⁸⁸¹ CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE.I-10979, point 101.

critère essentiel du recours à l'exclusion, à savoir que « toute évaluation des critères d'exclusion visés à l'article 12 doit porter sur les agissements passés de la personne »⁸⁸².

⁸⁸² EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016, p. 22.

C. L'interprétation de la CJUE des clauses d'exclusion du statut de la protection subsidiaire prévues par l'article 17, paragraphe 2, de la Directive 2011/95

698. L'article 17 de la *Directive « qualifications »* applique aux demandeurs de protection subsidiaire, avec quelques différences, la même discipline prévue à l'article 12 pour les demandeurs d'asile⁸⁸³. En effet, la complémentarité des deux disciplines a aussi été confirmée par la Cour de Luxembourg, laquelle a rappelé qu'« ainsi qu'il ressort des considérants 6 et 33 de la directive 2011/95, la protection subsidiaire a pour objet de compléter la protection des réfugiés consacrée par la convention de Genève »⁸⁸⁴. Dans l'affaire *Ahmed*, mentionnée plus haut, la CJUE explique clairement que

le contenu et la structure de l'article 17, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2011/95, concernant l'exclusion du bénéfice de la protection subsidiaire, présentent des similitudes avec l'article 12, paragraphe 2, sous a) à c), de cette directive, relatif à l'exclusion de la qualité de réfugié, lequel reprend lui-même, en substance, le contenu de l'article 1er, section F, sous a) à c), de la convention de Genève⁸⁸⁵.

699. Bien que les points en commun soient nombreux, les deux instruments de protection internationale prévoient des clauses d'exclusion différentes. Notamment, l'article 17, paragraphes 1, sous b), de la *Directive 2011/95* a un champ d'application « plus large que celui de la cause d'exclusion du statut de réfugié prévue à l'article 1^{er}, section F, sous b), de

⁸⁸³ EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016 à la p 11. « Dans sa proposition de directive de 2004, la Commission européenne a expliqué que l'article 12 (projet d'article 14) rappelle le principe selon lequel une personne tombant sous le coup de l'une des clauses d'exclusion prévues à l'article 1er, sections D, E ou F, de la Convention de Genève, doit être exclue du statut de réfugié ».

⁸⁸⁴ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Oso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14, Rec num, point 31; CJUE, 13 septembre 2018, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivata*, affaire C-369/17, Rec num, point 43. « En ce qui concerne les causes d'exclusion du statut conféré par la protection subsidiaire, il convient de relever que le législateur de l'Union s'est inspiré des règles applicables aux réfugiés pour les étendre, dans la mesure du possible, aux bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire ».

⁸⁸⁵ CJUE, 13 septembre 2018, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivata*, affaire C-369/17, Rec num, point 44.

la convention de Genève et à l'article 12, paragraphe 2, sous b), de la directive 2011/95 »⁸⁸⁶. En effet, dans le cas de l'exclusion de la protection subsidiaire, le fait d'avoir commis un « crime grave » n'est pas limité par des conditions d'applicabilité géographiques et temporelles, contrairement à la lettre de l'article 12, paragraphe 2, sous b), ce texte se référant plutôt à des faits commis « en dehors du pays de refuge »⁸⁸⁷ et « avant d'être admis comme réfugié »⁸⁸⁸.

700. En outre, le fait d'avoir commis un « crime grave » ne subit pas la restriction aux seuls crimes de droits commun⁸⁸⁹ – tel que prévu par l'article 12, paragraphe 2, sous b). Cependant, l'évaluation de cet élément n'est pas univoque; elle est la résultante d'une série de conditions qui s'appliquent tant au statut de réfugié qu'à la protection subsidiaire. Premièrement, il faut s'attarder à la nature de l'acte, « ce qui suppose de prendre en considération le degré de violence, les méthodes utilisées, le recours éventuel à une arme mortelle etc. »⁸⁹⁰. Ensuite, il conviendrait de mentionner la peine maximale potentiellement encourue après condamnation, ou la durée de la peine prononcée lors de la sentence, et d'évaluer le dommage pouvant être réellement causé à la personne/victime ou aux biens. Enfin, il faut s'intéresser au type de procédure suivie pour engager des poursuites : ce critère

⁸⁸⁶ *Ibid.*, point 46.

⁸⁸⁷ UE, *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, L 337 article 12, paragraphe 2, sous b].

⁸⁸⁸ *Ibid.*, art 12, para 2 (b).

⁸⁸⁹ Avec l'expression « crime de droit commun », l'on vise à exclure tout crime de nature politique. Sur ce point, voir aussi EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016, p. 31.

⁸⁹⁰ L'Agence des Nations Unies pour les UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale no. 5: Application des clauses d'exclusion: article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, 4 septembre 2003, point 14.

requiert la prise en considération des normes procédurales applicables, par exemple si le crime est considéré comme une infraction mineure ou majeure⁸⁹¹.

701. L'analyse de ces critères est, souvent, une opération complexe pour les autorités des États membres. Le risque fréquent consiste à appuyer l'évaluation de la gravité du crime sur la base de la peine maximale prévue par la législation nationale. Sur ce point, l'apport de l'arrêt *Ahmed* a été remarquable, la CJUE a affirmé que

l'article 17, paragraphe 1, sous b), de la directive 2011/95 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation d'un État membre en vertu de laquelle le demandeur de la protection subsidiaire est considéré avoir « commis un crime grave » au sens de cette disposition, pouvant l'exclure du bénéfice de cette protection, sur la seule base de la peine encourue pour un crime donné selon le droit de cet État membre. Il appartient à l'autorité ou à la juridiction nationale compétente statuant sur la demande de protection subsidiaire d'apprécier la gravité de l'infraction en cause, en procédant à un examen complet de toutes les circonstances propres au cas individuel concerné⁸⁹².

702. Il reste, néanmoins, un autre aspect qui différencie la discipline de l'exclusion de la protection subsidiaire de celle du statut de réfugié. Il s'agit de l'article 17, paragraphe 1, sous d), qui fait référence au fait que le demandeur représente une « menace pour la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve »⁸⁹³. La CJUE, au moment où nous écrivons, ne s'est pas prononcée sur ce point, car cette clause n'a pas été utilisée par les autorités d'un État membre aux fins de légitimer l'exclusion de la protection internationale. Cependant, l'élément de la menace pour la société ou la sécurité de l'État est un critère fondamental pour procéder à la révocation du statut de réfugié, tel que prévu par l'article 14, paragraphe 4, sous a) et b).

⁸⁹¹ Pour une analyse plus poussée de ces paramètres, voir aussi *ibid.*

⁸⁹² CJUE, 13 septembre 2018, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivata*, affaire C-369/17. Rec num, point 58.

⁸⁹³ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337, art 17, para 1 § d.

§2. L'ACTION DE LA COUR DE JUSTICE SUR LA RÉVOCATION DU STATUT DE RÉFUGIÉ ET DE LA PROTECTION SUBSIDIAIRE

703. En matière de révocation du statut de réfugié, la *Directive « qualifications »*, octroie aux États membres, sous certaines conditions, la faculté de mettre fin ou de refuser de renouveler le statut lié aux différentes formes de protection internationale. La grande marge d'appréciation que les États membres gardent sur l'exercice de leurs pouvoirs, notamment quand ces décisions sont prises pour prévenir des « menaces à la sécurité »⁸⁹⁴ ou pour isoler les auteurs de « crimes particulièrement graves »⁸⁹⁵, font de la révocation du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire des potentiels instruments de répression des migrations.

704. Une première distinction s'impose entre la discipline prévue pour la révocation du statut de réfugié et celle pour la protection subsidiaire. L'article 19 de la *Directive « qualifications »* règle ce dernier cas de figure avec un renvoi quasi intégral aux clauses d'exclusion de la protection subsidiaire prévue à l'article 17 de la même directive. Ayant déjà parcouru ces clauses dans la section précédente, nous nous limiterons ici à traiter rapidement des dernières évolutions de la jurisprudence de la CJUE sur l'interprétation de l'article 19 (A), pour ensuite analyser la portée des conditions de révocations du statut de réfugié prévues par l'article 14, paragraphe 4, qui font souvent écho à l'exception au principe de non-refoulement (B) et la compatibilité de ces dernières avec la *Convention de Genève* (C).

⁸⁹⁴ *Ibidem*, article 14, paragraphe 4, lettre a).

⁸⁹⁵ *Ibidem*, article 14, paragraphe 4, lettre b).

A. La révocation de la protection subsidiaire à la lumière de la jurisprudence de la CJUE : vers le renforcement de la crédibilité du système de protection internationale de l'UE

705. Dans l'arrêt *Bilali*⁸⁹⁶ la CJUE s'exprime une fois de plus dans le sens de l'affirmation de la stabilité et de la crédibilité du système de protection subsidiaire, en rappelant que la directive 2011/95 « (...) vise, entre autres, à instaurer un régime uniforme de protection subsidiaire »⁸⁹⁷. Le litige au principal portant sur la demande de protection internationale introduite aux autorités Autrichiennes par le M. Bilali, qui se déclarait apatride, la CJUE s'est trouvée à trancher sur la compatibilité avec l'article 19 de la Directive « qualification » avec une loi nationale qui permet de révoquer le statut d'un bénéficiaire de protection subsidiaire sur la base de la seule modification de l'état des connaissances des autorités quant aux circonstances factuelles qui ont permis l'octroi de la dite protection.

706. L'article 19, paragraphe 3, lettre b) permet aux États membres de révoquer le statut conféré par la protection subsidiaire lorsque le demandeur ait altéré ou omis des faits ou ait utilisé de faux documents déterminants pour la décision favorable. Cependant, la particularité du cas d'espèce est due au fait que le requérant n'a jamais omis ou altéré les faits, mais les autorités autrichiennes ont pu établir tardivement (après avoir octroyé la protection subsidiaire) la nationalité du demandeur.

707. La CJUE a déjà dit pour droit « qu'il serait contraire à l'économie générale et aux objectifs de la directive 2011/95 de faire bénéficier des statuts qu'elle prévoit des ressortissants de pays tiers placés dans des situations dénuées de tout lien avec la logique de la protection internationale »⁸⁹⁸. Or, la situation d'une personne qui a obtenu le statut conféré par la protection subsidiaire sur le fondement de données erronées sans avoir jamais rempli

⁸⁹⁶ CJUE, 23 mai 2019, *Mohammed Bilali contre Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, C-720/17, Rec num.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, point 35.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, point 44, voir aussi, CJUE, 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj contre État belge*, C-542/13, Rec num, point 44.

les conditions pour l'obtenir ne présente aucun lien avec la logique de la protection internationale.

708. La solution offerte par les juges de Luxembourg passe alors par le paragraphe 1 de l'article 19.

Il résulte donc du libellé même de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2011/95 qu'il existe un lien de causalité entre le changement de circonstances, visé à l'article 16 de cette directive, et l'impossibilité pour l'intéressé de conserver son statut de bénéficiaire de la protection subsidiaire, sa crainte originaire de subir des atteintes graves, au sens de l'article 15 de ladite directive, n'apparaissant plus fondée⁸⁹⁹

Cette interprétation n'entache pas l'effet utile du paragraphe 3 de l'article 19 et a permis à la CJUE de conclure qu'un État membre doit révoquer le statut conféré par la protection subsidiaire « lorsqu'il a octroyé ce statut sans que les conditions pour cet octroi soient réunies, en se fondant sur des faits qui se sont révélés, par la suite, erronés, et bien qu'il ne puisse être reproché à la personne concernée d'avoir induit en erreur ledit État membre à cette occasion »⁹⁰⁰.

709. La CJUE avec son arrêt *Bilali*, du 23 mai 2019 apporte une contribution importante pour cerner la limite entre la marge d'appréciation des États membres et une éventuelle utilisation « répressive » de ces mesures. Le fait qu'un État puisse révoquer la protection subsidiaire en fonction d'informations obtenues après l'octroi d'un tel statut, rentre donc pleinement dans l'esprit du législateur UE et nous semble aussi tout à fait compatible avec la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en quête de protection internationale.

⁸⁹⁹ CJUE, 23 mai 2019, *Mohammed Bilali contre Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, C-720/17, Rec num., point 48

⁹⁰⁰ CJUE, 23 mai 2019, *Mohammed Bilali contre Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, C-720/17, Rec num., point 65

B. Les conditions de la révocation du statut de réfugié à la lumière de la jurisprudence de la CJUE : entre obligation et pouvoir discrétionnaire des États membres

710. L'article 14 de la Directive « qualifications » présente les cas et les conditions dans lesquelles les autorités des États membres – en conformité au principe de l'indépendance de l'organisation administrative interne des pays membres de l'UE - peuvent révoquer, mettre fin ou refuser de renouveler le statut de réfugié. Les paragraphes 1 à 3 visent des conditions « matérielles », qui une fois réunies enclenchent de façon quasi « automatique » la révocation ou le refus de la part des autorités administratives. La CJUE a jugé que « [...] les États membres octroient le statut de réfugié à tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride qui remplit les conditions matérielles pour être considéré comme réfugié conformément aux chapitres II et III de cette directive, sans disposer d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard »⁹⁰¹. *A contrario*, il nous semble possible d'inverser cet automatisme de la reconnaissance, pour les cas de révocation prévues au paragraphe 1 « lorsque le réfugié a cessé de bénéficier de ce statut en vertu de l'article 11 »⁹⁰² ou lorsque ce dernier « est ou aurait dû être exclu du statut de réfugié en vertu de l'article 12 »⁹⁰³ ou encore en cas « d'altération ou omissions des faits »⁹⁰⁴. Dans lesdites circonstances les autorités des pays membres sont presque obligées de procéder à la révocation ou au refus de renouveler le statut de réfugié, tout en respectant le principe selon lequel c'est à l'État d'apporter la preuve de l'existence des dites circonstances⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ CJUE, 14 mai 2019, *M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17. Rec num point 89.

⁹⁰² Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, [2011] JO, L 337, art 14, para 1.

⁹⁰³ *Ibidem*, art 14, paragraphe 3 § a.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, art 14, paragraphe 3 § b.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, article 14, paragraphe 2.

711. Or, les paragraphes de 4 à 6, décrivent les conditions « facultatives » de révocation ou de non-renouvellement du statut de réfugié⁹⁰⁶. L'analyse individuelle des conditions reste le dénominateur commun des procédures de révocation prévues par l'article 14 de la Directive « qualifications », néanmoins ces conditions facultatives dépendent de critères sur l'évaluation desquels les autorités compétentes des États membres peuvent exercer une marge d'appréciation. Les notions de « menace pour la société »⁹⁰⁷ et de « crime particulièrement grave »⁹⁰⁸ peuvent en effet changer de façon considérable d'un État membre à un autre. Dans le premier cas, l'article 14, paragraphe 4 fait référence à un concept de menace qui selon un commentateur éminent a une double portée à la fois interne et externe : « [...] la sécurité extérieure signifie l'intégrité des frontières. La sécurité interne couvre le fonctionnement et la continuité de l'État, de ses structures et institutions politiques »⁹⁰⁹.

712. Un crime particulièrement grave au sens de la lettre b du paragraphe 4 de l'article 14, est à considérer à la lumière de l'article 33 (2) de la Convention de Genève et est généralement présumé, si une personne est reconnue coupable de crimes passibles de peines de prison de longue durée telles que le meurtre, le viol, le vol à main armée, l'incendie criminel, le terrorisme international, etc. Ainsi, la condamnation par un jugement définitif nécessite la clôture de la procédure judiciaire par un jugement qui est non susceptible d'appel.

⁹⁰⁶ I. Kraft, in John BARNES, « EU Immigration and Asylum Law: A Commentary (2nd edn) », (2017) 29-1 *International Journal of Refugee Law* 190-193, 1229. Voir aussi : CJUE, 24 juin 2015, *H. T. contre Land Baden-Württemberg*, affaire C-373/13. Rec num point 63; CJUE, 16 avril 2015, *W. P. Willems e a. contre Burgemeester van Nuth e a.*, affaires jointes C-446/12 C-449/12. Rec num points 52 et 54.

⁹⁰⁷ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, [2011] JO, L 337, art 14, para 4 § a.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, article 14, paragraphe 4, § b.

⁹⁰⁹ I. Kraft, in John Barnes, « EU Immigration and Asylum Law: A Commentary (2nd edn) » (2017) 29:1 *International Journal of Refugee Law* 190-193 à la p 1230 (traduction en français faite de la version originelle en anglais). Rentrent dans la lettre a du paragraphe 4 de l'article 14 les violence ou menaces de violence sur le exécution de tâches souveraines, notamment les crimes d'espionnage, sabotage ou actes terroristes.

À tel sujet, il est opportun de rappeler, tel que mentionné plus haut⁹¹⁰, que la CJUE a précisé que la gravité de la peine prévue dans le système pénal d'un État membre – considérée isolement – n'est pas un critère suffisant à qualifier un crime de « particulièrement grave ».

713. Les éléments que nous venons de nommer, sur lesquels est basé l'article 14, paragraphe 4, sont aussi repris dans les paragraphes 5 et 6 du même article. Il s'agit de concepts qui ont fait l'objet de plusieurs critiques quant à la possibilité que ces dispositions puissent élargir les motifs d'exclusion au-delà de ceux prévus dans la convention relative au statut des réfugiés, notamment de la part du HCR⁹¹¹, et dont la CJUE s'est récemment saisie afin de définir la compatibilité de ces aspects avec la *Convention de Genève*.

C. La compatibilité de l'article 14, paragraphe 5 de la *Directive 2011/95* avec la *Convention de Genève*

714. La décision du 14 mai 2019 de la CJUE confirme une fois de plus la jurisprudence consolidée en matière de relation étroite entre le système commun d'asile et la Convention de Genève ainsi que le protocole de 1967⁹¹². Néanmoins, l'arrêt cité marque l'évolution de la jurisprudence récente pour le fait d'aborder pour la première fois la portée des paragraphes de 4 à 6 de l'article 14 de la Directive « qualifications », en tranchant sur la

⁹¹⁰ *Supra*, p. 218, § 483.

⁹¹¹ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, 30 septembre 2004, OJ L 304/12, p. 28.

⁹¹² CJUE, 14 mai 2019, *M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, Affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, Rec num point 80: « À cet égard, il convient de rappeler, ainsi que le confirme le considérant 3 de la directive 2011/95, que le système européen commun d'asile dont fait partie cette directive est fondé sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève et du protocole, et l'assurance que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté (voir, en ce sens, arrêts du 21 décembre 2011, N. S. e.a., C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, point 75, ainsi que du 1er mars 2016, Alo et Osso, C-443/14 et C-444/14, EU:C:2016:127, point 30) ».

compatibilité entre ces derniers et les dispositions de droit de l'UE qui font référence directe à la *Convention de Genève sur le statut de réfugié*, tels que l'article 18 de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE*, l'article 78, paragraphe 1, du TFUE et les principes généraux du droit de l'UE visés à l'article 6, paragraphe 3, du TUE.

715. À la base de la décision rendue sur l'affaire C-391/16 par la CJUE, il y a deux considérations fondamentales, la première concernant la nature même de l'article 14, paragraphe 4, est très efficacement synthétisée par le bureau de support à l'asile de l'UE (EASO), dans son rapport de 2018 :

L'article 14, paragraphe 4, points a) et b), fait écho à l'exception au principe de non-refoulement énoncée à l'article 33, paragraphe 2, de la convention relative au statut des réfugiés. Cette disposition diffère de la section F de l'article 1er de la convention relative au statut des réfugiés qui, à l'instar de l'article 12, paragraphe 2, s'applique aux personnes qui sont considérées comme étant indignes du statut de réfugié. En revanche, l'article 33 de la convention relative au statut des réfugiés protège les réfugiés du refoulement avec l'exception prévue au paragraphe 2⁹¹³.

716. La deuxième concerne les inquiétudes formulées par le HCR dans son commentaire à la directive 2004/83/CE, précédente à la *Directive « qualifications »* actuellement en vigueur et qui présentait dans son texte un article 14, paragraphe 4 totalement identique à ceux de la *Directive 2011/95/UE* :

L'article [14, paragraphe 4] de la directive [2004/83] encourt le risque d'introduire des modifications substantielles aux clauses d'exclusion de la [convention de Genève], en ajoutant la disposition de l'article [33, paragraphe 2] de [cette convention] (exceptions au principe du non-refoulement) comme base d'exclusion du statut de réfugié. En vertu de [ladite convention], les clauses d'exclusion et l'exception au principe du non-refoulement ont des objectifs différents. La logique de l'article 1er, [section] F qui énumère de manière exhaustive les motifs d'exclusion basés sur le comportement du demandeur est double. Premièrement, certains actes sont tellement graves qu'ils rendent leurs auteurs indignes de la protection internationale. Deuxièmement, le cadre de l'asile ne doit pas entraver les poursuites judiciaires à l'encontre des grands criminels. Par contraste, l'article [33, paragraphe 2] concerne le traitement des réfugiés et définit les circonstances dans lesquelles ils pourraient néanmoins être refoulés. Il vise la protection de la sécurité du pays d'accueil ou de la communauté dudit pays. La disposition repose sur l'appréciation de la question de savoir si le réfugié en question représente un danger pour la sécurité nationale du pays ou si, ayant fait l'objet d'une condamnation définitive

⁹¹³ EASO, *Fin de la protection internationale: articles 11, 14, 16 et 19 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2018, p. 51.

pour un crime ou délit particulièrement grave, il constitue une menace pour la communauté. L'article [33, paragraphe 2] n'a cependant pas été conçu comme un motif pour mettre fin au statut de réfugié [...]. Assimiler les exceptions au principe du non-refoulement permises en vertu de l'article [33, paragraphe 2] aux clauses d'exclusion de l'article 1er, [section] F serait donc incompatible avec la [convention de Genève]. En outre, cela pourrait conduire à une interprétation erronée de ces deux dispositions de [cette convention].

L'expression "statut octroyé à un réfugié" est donc entendue comme se référant à l'asile ("statut") octroyé par l'État plutôt qu'au statut de réfugié au sens de l'article 1^{er}, [section A, paragraphe 2] de la [convention de Genève] [...]. Par conséquent, les États sont néanmoins obligés d'accorder les droits de [cette convention] qui n'exigent pas un séjour régulier et qui ne prévoient pas d'exception tant que le réfugié demeure sous la juridiction de l'État concerné⁹¹⁴.

717. L'avocat Général Wathelet, dans ses conclusions rendue le 21 juin 2018, rappelle que les facultés de révocation et de refus d'octroi du statut de réfugié, prévues aux paragraphes 4 et 5 de l'Article 14 de la Directive « qualifications », correspondent à celles dans lesquelles s'applique l'exception au principe de non-refoulement énoncé à l'article 21, paragraphe 2 de la directive 2011/95, dont le libellé reprend en substance celui de l'article 33, paragraphe 2 de la convention de Genève⁹¹⁵.

Toutefois, tel que le précise l'article 21, paragraphe 2, de cette directive, les États membres ne sont autorisés à mettre en œuvre cette possibilité que « [l]orsque cela ne leur est pas interdit en vertu [de leurs] obligations internationales ». Or, les développements intervenus dans le domaine de la protection des droits de l'homme depuis l'adoption de la convention de Genève impliquent que les obligations des États

⁹¹⁴ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, 30 septembre 2004, OJ L 304/12, p. 31.

⁹¹⁵ CJUE, 21 juin 2018, *Conclusions de l'avocat Générale M MELCHIOR WATHELET dans l'affaire M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, Affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, Rec num., à la p 56 : « les États membres peuvent, lorsque de telles circonstances se présentent, déroger au principe selon lequel un réfugié ne peut pas être éloigné vers des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

membres au titre du droit de l'Union et du droit international neutralisent désormais largement l'exception au principe de non-refoulement⁹¹⁶.

718. Afin de trancher dans le sens de la compatibilité entre l'article 14, paragraphe 4 et les dispositions du droit UE inspirées à la Convention de Genève, la CJUE dans ses motivations suit un raisonnement assez précis. Premièrement, il est rappelé que la reconnaissance, par un État membre, de la qualité de réfugié a un caractère déclaratif et non pas constitutif de la qualité de réfugié⁹¹⁷. Ensuite, les juges soulignent la distinction existant entre la « qualité de réfugié » et le « statut accordé au réfugié ». Tel que reporté au considérant 21 de la directive 2011/95, en effet, la qualité de réfugié découle du seul fait qu'une personne remplit les conditions pour être considérée comme un réfugié, indépendamment de toute reconnaissance par un État membre. De telle manière, l'objet de la révocation ou du refus ne serait pas la « qualité de réfugié », mais l'ensemble des droits liés au « statut accordé au réfugié » mentionnés au chapitre IV de la Directive « qualifications ». Partant, les États membres ne sauraient éloigner, expulser ou extradier un étranger lorsqu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il encourra dans le pays de destination un risque réel de subir des traitements prohibés par l'article 4 et l'article 19, paragraphe 2, de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE*⁹¹⁸.

719. En guise de conclusion, nous rappelons ici que la CJUE a clairement affirmé que le droit de l'UE prévoit une protection internationale des réfugiés plus étendue que celle assurée par ladite convention, cela se concrétise notamment

⁹¹⁶ *Ibidem*, point 57.

⁹¹⁷ CJUE, 14 mai 2019, *M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, Affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, Rec num point 85: « L'article 2, sous e), de la directive 2011/95 définit, pour sa part, le « statut de réfugié » comme « la reconnaissance, par un État membre, de la qualité de réfugié pour tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride ». Cette reconnaissance a, ainsi qu'il ressort du considérant 21 de cette directive, un caractère déclaratif et non pas constitutif de la qualité de réfugié ».

⁹¹⁸ Voir, en ce sens, CJUE, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, Rec num points 86 à 88; CJUE, 24 avril 2018, *MP contre Secretary of State for the Home Department*, affaire C-353/16, Rec num point 41.

Lorsqu'un État membre fait usage des facultés prévues à l'article 14, paragraphes 4 et 5, de cette directive, cet État membre demeure tenu de garantir aux réfugiés concernés, aussi longtemps que ces derniers se trouvent sur son territoire, non seulement les droits prévus aux articles 3, 4, 16, 22, 31, 32 et 33 de la convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, mais également ceux prévus aux articles 13, 20, 25, 27 et 29 de cette convention, pour autant que ledit État membre n'ait pas émis de réserves à ces dispositions conformément à l'article 42, paragraphe 1, de ladite convention⁹¹⁹

CONCLUSION TITRE II

720. En architecture, l'un des objets le plus étudiés est bien la coupole. Cette « voûte en forme de vase retourné, de profil semi-circulaire, parabolique »⁹²⁰ fascine depuis toujours constructeurs et passionnés d'art. La raison de cet intérêt est le secret qui se cache derrière sa stabilité. Chaque pierre, chaque brique repose par moitié sur celui qui le précède et pour l'autre moitié sur celui qui le suit, créant une répartition de poids parfaite qui permet à la structure de rester debout.

721. En droit de l'UE, le processus d'intégration a été savamment imagé par Robert Schumann avec l'expression des « petits pas ». Aujourd'hui, nous pouvons en effet constater la majesté de l'architecture institutionnelle européenne, tout en étant conscient de ses fragilités intrinsèques. Cependant, parallèlement aux édifices vertueux, au fil des ans se sont érigées des structures qui hébergent de mauvaises pratiques répandues désormais à toute l'UE.

722. Dans l'intitulé du Titre II de la partie I de cette étude, nous parlons de « construction » du modèle de répression des migrations à la sortie. Ce choix de mot a été

⁹¹⁹ CJUE, 21 juin 2018, Conclusions de l'avocat Générale M MELCHIOR WATHELET dans l'affaire M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, Affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, Rec num., à la p 56

⁹²⁰ « Coupole » par Dictionnaire de la langue française Larousse, 2019 Définition de « coupole ».

voulu afin de mettre en évidence l’analogie de méthode avec laquelle l’UE peut avancer dans le sens de l’intégration ou s’enfermer dans ces pratiques myopes.

723. Les accords de réadmission conclus par l’UE ou par ses États membres avec des États tiers au détriment des droits fondamentaux des migrants, les partenariats et les accords de travail signés par les agences de l’UE dans un cadre juridique flou et en continu évolution sont seulement une partie des « briques » qui depuis la construction de Schengen s’enchevêtrent dans la direction d’une UE fermée sur elle-même.

724. En ce qui concerne la protection internationale, « le droit européen de l’asile est dilué dans le droit des politiques migratoires et souvent induit des logiques de banalisation de la situation du demandeur d’asile, voire d’assimilation malencontreuse des demandeurs à des criminels »⁹²¹.

725. Néanmoins, l’action de la Cour de justice dans le contentieux portant sur la répression de la migration irrégulière « à la sortie » a un impact décisif. Nous avons montré, avec des exemples concrets, que la Cour par ses décisions contribue à créer des garanties accrues pour la protection des droits fondamentaux de demandeurs de protection internationale. Grâce à des arrêts comme *Elgafaji* (C-456/07) et *Diakité* (C-285/12) - seulement pour en citer quelques-uns – l’application du principe de non-refoulement à l’échelle de l’UE est renforcé bien au-delà des limites de la Convention de Genève.

726. La démonstration menée au cours de ce deuxième titre atteste donc à la fois de l’importance et des limites de l’action de la CJUE face à la répression des migrations « à la sortie » du territoire européen.

⁹²¹ Fabienne Gazin, « Peut-on mettre du vin nouveau dans de vieilles outres? » (2017) n. 3 RTD Eur à la p 501.

Conclusions Partie I : L'Externalisation 3.0

727. L'ambition de la démonstration visait à clarifier, à travers cette première partie, les différentes déclinaisons possibles de la répression des migrations irrégulières à l'extérieur du territoire de l'UE. Fidèles au choix méthodologique annoncé au début de cette étude, nous nous sommes laissés guider par un critère territorial, en analysant les pratiques d'externalisation du contrôle migratoire mises en œuvre par l'UE et par ses États membres « avant l'entrée » et « à la sortie » du territoire européen.

728. Le paradigme de la prévention a été bâti autour de l'élargissement de la distance entre barrières juridiques et frontière physiques. Dans cet espace délibérément vide, la CJUE avance sur le pavé glissant de l'agencification et des accords *non-conventionnels* ou informels conclus par les États membres avec les États tiers de transit d'origine ou de départ des migrants.

729. L'évolution est probablement le trait caractéristique de la notion d'« externalisation » au niveau de l'UE. La démonstration a fait la preuve du métamorphisme de ce type de politiques, mettant en lumière la direction de cette transformation. Nous pouvons ici synthétiser ce parcours en trois étapes principales. La première phase, qui a donc accompagné la naissance des communautés d'abord et de l'espace Schengen en suite et qui a duré jusqu'au traité de Nice, a vu les États membres gérer de façon quasi totalement indépendante leur politique migratoire et d'asile, à l'extérieur comme à l'intérieur des frontières communes. La deuxième phase, chronologiquement positionnée entre 2002 et 2014 a vu l'UE prendre progressivement une place dominante dans la négociation et conclusion d'accords de réadmission avec des pays tiers. Enfin, la phase actuelle, consacrée par le Sommet de La Valette en 2015 a institué ce que l'on pourrait définir le modèle de l'« externalisation 3.0 ». Cette dernière étape étant caractérisée par des négociations informelles menant à la conclusion d'ententes, dépourvue des formes classiques, entre États membres et pays tiers bénéficiant de ressources directement ou indirectement liées au budget de l'UE.

730. Selon le schéma que nous venons d'illustrer, l'UE se prête, plus ou moins volontairement, à une sous-traitance des relations extérieures en matière de lutte aux migrations irrégulières, à la faveur à la fois d'États membres et de ses propres agences.

731. La prise en compte des droits fondamentaux des personnes migrantes s'arrête donc aux limites de la « zone franche » des pratiques informelles. Le *quasi-droit* des « politiques fantôme »⁹²² mises en œuvre pour contrer le phénomène migratoire, échappent souvent par leur forme au contrôle du juge.

732. Néanmoins, l'intuition de départ de cette étude selon laquelle la CJUE arrive à produire une action moyennement efficace, mais indispensable pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes est donc confirmée par les résultats de l'analyse.

733. Nous avons aussi mis en évidence les limites, parfois importantes à l'action de la CJUE, sans pour autant négliger de pousser encore plus loin la réflexion juridique identifiant de possibles solutions permettant de dépasser les blocages actuels. Pensons notamment à la justiciabilité des accords conclus par l'agence Frontex et à la possibilité - envisagée suite à l'analyse attentive des plus récentes réformes – de suivre la méthode déjà dégagée par la CJUE, d'attaquer les actes d'autorisation de la Commission pour invalider les arrangements de travail conclus par l'agence.

734. Les traités et la CDFUE octroient à la CJUE une position de contrôle incontournable aussi en matière de respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des politiques répressives des États membres et de l'UE.

735. Ce constat demande toutefois confirmation et approfondissement. Il convient donc, après avoir analysé et mis en relief le rôle et les limites de l'action de la CJUE face à la répression des migrations irrégulières à l'extérieur du territoire de l'UE, d'orienter la réflexion vers l'action de la CJUE face à la répression sur le territoire de l'UE.

⁹²² Sergio CARRERA, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes », dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, p. 21.

DEUXIÈME PARTIE

L'action efficace de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières sur le territoire de l'UE

*Le système juridique moderne s'inspire de la tendance mondiale à vouloir plus de justice que de légalité. Le juge, instrument de droit humain, n'est plus seulement appelé à appliquer des normes abstraites à des cas concrets ou à tempérer la rigidité de certains dogmes : le juge est appelé à évaluer les hommes dans les relations en fonction des besoins de la pratique judiciaire qui sont indiqués, mais pas tous mis en œuvre dans la législation*⁹²³.

736. L'activité interprétative de la CJUE a joué un rôle fondamental dans la réalisation du projet européen. Néanmoins, le contrôle du respect des droits fondamentaux ne faisait pas partie de son mandat d'origine. Au fil du temps, ces derniers ont acquis une place centrale dans le développement des relations entre l'UE et les autres acteurs de la scène supranationale européenne.

737. L'intégration européenne est un processus articulé, enclenché à partir de la fin de la deuxième guerre mondiale par une multitude d'organisations internationales. Cette période, que le philosophe N. Bobbio nommait « *the age of rights* »⁹²⁴, fut caractérisée à la fois par une renaissance juridique et par une méfiance envers l'approche purement positiviste.

738. Dans ce contexte, les communautés européennes ont vu le jour dans l'esprit de favoriser la naissance d'un espace économique commun, caractérisé, parallèlement, par la réglementation commune de certaines ressources stratégiques, du charbon à l'acier en passant par l'énergie atomique. En revanche, la protection des droits de l'Homme a été confiée dès le départ, sur un territoire européen géographiquement plus vaste que celui des communautés, à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH).

⁹²³ Trabucchi ALBERTO, « Il nuovo diritto onorario », (1959) *I Rivista di diritto civile*, 459. Notre la traduction en français, voici la version originelle en langue italienne : « Il sistema giuridico moderno sta accogliendo l'ispirazione del mondo nella tendenza a volere più giustizia che legalità. Il giudice, strumento umano del diritto, non é più soltanto chiamato ad applicare delle norme astratte ai casi concreti o a temperare la rigidità di qualche dogma : al giudice si chiede una valutazione degli uomini nei rapporti secondo esigenze di pratica giustizia che sono indicate, ma non tutte attuate nella legislazione ».

⁹²⁴ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 version en anglais: Norberto Bobbio, *The age of rights*. Translated by Allan Cameron, 99, 2001.

739. L'évolution, la coexistence et l'interaction entre ces différentes organisations internationales ont confié à la CJUE un rôle de pionnière dans la protection des droits fondamentaux dans un ordre juridique *sui generis* (Titre 1). Sans affirmer qu'elle détient le monopole de l'interprétation de ces derniers, il est incontestable que les juges de la CJUE ont su relever l'important défi de « positivisation » des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE, trouvant souvent le juste équilibre entre ces derniers et les libertés économiques (Titre 2).

Titre 1 : L'activité interprétative de la CJUE : rempart pour la protection des droits fondamentaux dans le contentieux sur la criminalisation des migrations

Titre 2 : L'activité interprétative de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des migrants influençant l'émergence d'une réponse européenne harmonisée

Titre 1 : L'activité interprétative de la CJUE : rempart pour la protection des droits fondamentaux dans le contentieux sur la criminalisation des migrations

*Le droit, en un mot, est actif au milieu du système communautaire avec toutes les ressources et les virtualités que seule la maîtrise de l'art juridique permet de reconnaître et de mettre en valeur*⁹²⁵.

740. Le juge Pescatore affirmait que la Cour a toujours manifesté « qu'elle se fait une conception large et forte de son rôle »⁹²⁶. En effet, « [d]ès les premiers débuts, elle a essayé d'échapper au légalisme pur, pour situer son action jurisprudentielle au niveau d'une compréhension globale du contexte communautaire, c'est-à-dire de son système, de sa structure, de ses objectifs »⁹²⁷.

741. En matière de protection des droits fondamentaux, cette action jurisprudentielle inclusive a su s'affirmer tout au long d'un processus progressif, consolidé parallèlement par l'évolution des traités et la consécration de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* au rang de droit primaire.

742. Afin d'analyser l'impact de cette évolution dans l'ELSJ et plus spécifiquement en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière, nous regarderons, d'abord, comment la CJUE a su établir un dialogue efficace avec les juridictions nationales affirmant son rôle (Chapitre 1). En matière de dialogue entre juridictions, l'instrument de la question préjudicielle, prévu à l'article 267 du TFUE a, depuis sa création, permis des avancées majeures dans tous les secteurs du droit de

⁹²⁵ Pescatore Pierre. *Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe*. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 26 N°1, Janvier-mars 1974. p. 5.

⁹²⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁹²⁷ *Ibidem*.

l'UE, étant une véritable clé de voûte de l'architecture de l'approfondissement du droit UE. Le deuxième chapitre sera donc consacré à mettre en exergue les principes dégagés par la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière lors de leur accès au territoire des États membres et sur le territoire de ces derniers (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La construction complexe du dialogue entre CJUE et juridictions nationales pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière

Chapitre 2 : Le renvoi préjudiciel devant la CJUE, clé de voûte de l'interaction entre juridiction de l'UE et systèmes nationaux pour la protection des droits fondamentaux des migrants

CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION COMPLEXE DU DIALOGUE ENTRE CJUE ET JURIDICTIONS NATIONALES POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES MIGRANTES EN SITUATION IRRÉGULIÈRE

743. Il s'agit ici d'un chapitre charnière qui nous permet d'encadrer l'action de la CJUE⁹²⁸ en matière de protection des droits fondamentaux. Comprendre l'émergence et l'affirmation du rôle de protection des droits fondamentaux assuré par la CJUE nous permettra d'avoir les instruments conceptuels nécessaires pour ensuite apprécier l'ampleur des impacts de cette activité interprétative dans l'ELSJ, notamment au regard des droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière.

744. La compétence de la CJUE en matière de droits fondamentaux s'appuie sur une architecture assez complexe. Cette construction a abouti aujourd'hui à une structure solide et « autoportante » grâce à laquelle les Juges de Luxembourg arrivent à se prononcer de manière transversale et autonome dans quasi tous les domaines du droit « communautaire »⁹²⁹. Néanmoins, dès son origine, cette activité interprétative a été le fruit d'une construction par étapes, dont les principes généraux de droit constituent la fondation, venant ainsi combler le vide des traités des communautés européennes (Section 1). Ensuite, le bâti européen a été renforcé grâce aux sources exogènes dont la CJUE a sagement su se servir. Le recours aux traditions constitutionnelles des pays membres (Section 2) ainsi qu'aux instruments internationaux tels que la CEDH (Section 3) ont permis d'importantes avancées dans la direction de l'harmonisation en matière de droits fondamentaux, favorisant le dialogue entre juridictions, notamment dans la phase qui a précédé l'intégration de la CDFUE dans le droit primaire de l'UE.

⁹²⁸ Par souci d'uniformité, dans le présent chapitre, nous continuerons à utiliser l'acronyme CJUE même lorsque nous ferons référence à la Cour de justice de la Communauté européenne.

⁹²⁹ Claude BLUMANN, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 14.

745. Une limite importante, sur le plan méthodologique, nécessite d'être nommée. Toute réflexion sur la « judiciarisation »⁹³⁰ de l'ELSJ requiert une plus ample analyse sur les interactions entre les systèmes juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'UE dans une perspective constitutionnelle. Le débat sur le rôle « constitutionnel »⁹³¹ de la CJUE et les nombreuses théories développées autour de ce sujet ne seront donc abordées dans la présente étude que de manière asymptotique et dans une perspective purement fonctionnelle à la démonstration du sujet principal de cette thèse, à savoir l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières⁹³².

⁹³⁰ Henri LABAYLE, « Judiciarisation, droits fondamentaux et espace pénal européen », (2012) 95-4 *KritV, CritQ, RCrit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / Critical Quarterly for Legislation and Law / Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation* 351-375, 351.

⁹³¹ Gil Carlos Rodriguez, *Le rôle de la Cour de Justice en tant que Cour constitutionnelle - Intervention du Président de la Cour de justice des Communautés européennes à la 55ème session plénière de la Commission pour la démocratie par le droit*, 13 juin 2013; Jean-Paul Costa, « Existera-t-il un jour une Cour suprême des États-Unis d'Europe ? » dans *Europe(s), Droit(s) européen(s) - Une passion d'universitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 125-135 à la p 130.

⁹³² Pour plus d'information sur ce point voir: COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Intégration européenne et droit constitutionnel, Travaux de la Commission de Venise*, coll. Science et technique de la démocratie, n. 30, 2000; Ingolf PERNICE, « Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe », (2015) 11-3 *European Constitutional Law Review* 541-562; Maartje DE VISSER, « National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape », (2014) 15-1 *Hum Rights Rev* 39-51; Matej AVBELJ et Jan KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2012; Christian CALLIESS et Gerhard VAN DER SCHYFF, *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; Mathieu BERTRAND, « Le respect par l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005.18 (dossier: Constitution et Europe); Claude BLUMANN, « Le rôle respectif du constituant et du juge dans la définition des actes législatifs et réglementaires en droit de l'Union européenne », dans *Europe(s), Droit(s) européen(s): Une passion d'universitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 83-107; T. F O'HIGGINS, Deirdre CURTIN, David O'KEEFFE et Francis Geoffrey JACOBS, « Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court ? », dans *Constitutional adjudication in European Community and national law: essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Butterworth, Dublin, 1992; Thomas HORSLEY, *Court of Justice of the European Union as an Institutional Actor: Judicial Lawmaking and Its Limits*, Cambridge University Press, coll. Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge, 2018.

SECTION 1 : LA PLACE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE : DU SILENCE DES TRAITÉS AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT

746. L'objectif visé par la présente section est double. Dans un premier temps, il est essentiel, aux fins de notre démonstration, de reconstruire le parcours qui a amené la CJUE à se saisir de la problématique des droits fondamentaux grâce à son action interprétative courageuse que certains auteurs qualifient de « volontariste »⁹³³ (1). Dans un second temps, il est tout aussi utile de montrer à quel point cette action, particulièrement efficace dans le renforcement du marché commun, a vite montré les limites de son application à l'ELSJ, notamment au regard de l'interprétation du droit dérivé en matière d'asile, d'immigration et de gestion des frontières (2). Ainsi, nous pourrions mettre en exergue les asymétries qui ont historiquement caractérisé – et continuent, dans une certaine mesure, de caractériser – le bâti européen.

§1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT : PORTE D'ENTRÉE DE DROITS FONDAMENTAUX DANS L'ACTION DE LA CJUE

747. Il ne s'agira pas, dans les lignes qui suivent, de présenter une liste exhaustive de tous les principes généraux dégagés par la CJUE au fil des années. Cela demanderait non seulement une étude entièrement dédiée à ce sujet, mais n'apporterait en outre aucune avancée sur le plan épistémologique puisque nombreux sont les travaux en la matière⁹³⁴. Ces

⁹³³ Fabrice PICOD, *Jurisprudence de la CJUE 2014: Décisions et commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 2015, par. 89; Olivier GUÉZOU et Stéphane MANSON, *Droit public et nucléaire*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 6; Francesco MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 2e ed., Dalloz, Paris, 2019, p. 76.

⁹³⁴ Sur ce point, parmi les contributions plus récentes, voir : Lamprini Xenou, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017; Arnaud Remedem, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union*

pages visent plutôt à montrer la construction, de la part de la CJUE, d'une voie novatrice d'interprétation du droit de l'UE en matière de droits fondamentaux (A) et de l'utilisation savante que cette même Cour a fait des principes généraux de droit pour affirmer sa place au sein de l'architecture institutionnelle de l'UE (B).

A. La construction d'une troisième voie entre création du droit par le juge et simple interprétation des traités

748. L'activité interprétative de la CJUE a enclenché un processus complexe – qui se poursuit aujourd'hui sous différentes formes – de transition d'une simple Communauté économique d'États à une véritable Communauté de peuples européens (1). Pour ce faire, la CJUE a, dans un premier temps, fondé son activité interprétative sur des instruments qui occupent une place particulière au sein de la hiérarchie des sources du droit international classique, à savoir les Principes généraux de droit (PGD) (2).

1) *Vers la création d'une Communauté de peuples européens au sein d'une Communauté économique*

749. L'ancien président de la CJUE, Vassilios Skouris, dans une allocution devenue célèbre, prononcée lors du colloque organisé par la CJUE pour le 50^{ème} anniversaire de l'arrêt *Van gend en Loos*⁹³⁵, dévoile les coulisses de cette affaire qui a marqué un tournant

européenne, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2013, en ligne : <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01168308/>> (consulté le 23 avril 2017); Pour avoir une idée de l'ampleur du sujet, R.-E. PAPADOPOULOU, dans la période de 1954 au 30 septembre 1995, a répertorié plus de 1200 arrêts de la Cour de justice et du Tribunal faisant référence aux principes généraux du droit : « R.-E. Papadopoulou, Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation » (1997) 49:3 *Revue internationale de droit comparé* 746-746.

⁹³⁵ Marta CARTABIA, « Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE

fondamental de l'histoire de la construction européenne⁹³⁶. En partant des antécédents personnels des parties, il nomme les vicissitudes qui les ont amenées à saisir la Cour qui, à l'époque, était celle des Communautés européennes. Dans son discours d'introduction, le président Skouris soulignait que le succès de cet arrêt, devenu iconique, « comme plusieurs autres accomplissements, trouv[ait] ses origines dans une histoire d'amour »⁹³⁷. Aussi simple qu'il puisse paraître, son choix de s'éloigner, pour un instant, d'une approche purement juridique pour mettre au centre l'individu en tant que citoyen européen – et les retombées directes que le droit de l'UE a sur ce dernier – nous permet de saisir le sens profond de l'action de « positivisation »⁹³⁸ des principes généraux de droit initiée par la CJUE en 1963.

750. L'arrêt *Van Gend en Loos*, en consacrant le principe d'effet direct du droit de l'UE, a été le début d'une véritable « révolution tranquille »⁹³⁹. Néanmoins, dans l'analyse de plusieurs auteurs⁹⁴⁰, les grands accomplissements juridiques qui ont contribué à la création

(dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la page 7 et ss.

⁹³⁶ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, affaire C-29/69, [1969] Rec CE.I-00419.

⁹³⁷ Ibidem, à la pag. 7 et 8: « C'est ainsi que l'histoire de Van Gend en Loos commence lorsque Jean Baptiste Van Gend, un cocher anversois, tombe amoureux de l'aubergiste Maria Francisca Loos, de l'auberge De Kroon à Anvers, où il laisse reposer ses chevaux. En 1796, leur mariage a réuni les deux entreprises familiales en une entreprise de diligences. (...) Quelques décennies plus tard, Van Gend en Loos est reprise par Nedlloyd, puis par Deutsche Post en 1999. Son nom disparaît définitivement du marché en 2003, au moment de sa fusion avec DHL. ».

⁹³⁸ Silvio GAMBINO, « I diritti fondamentali in Europa », (2013) 30-1 *Civitas Europa* 55-68, 63.

⁹³⁹ Notre traduction, Marta Cartabia, « Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court » dans *Union européenne et Cour de justice*, dir. par Antonio Tizzano, Juliane Kokott et Sacha Prechal, 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la p 155 : « Van Gend en Loos was the first step of a "soft revolution" that incrementally fashioned a new legal framework (...) ».

⁹⁴⁰ Morten RASMUSSEN, « Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952-65 », (2012) 21-3 *Contemporary European History* 375-397, 390; Marta CARTABIA, « Fundamental Rights and the Relationship among the Court

même de l'idée de Communauté européenne en tant qu'« ordre juridique nouveau », tels que le principe de l'effet direct des directives, la primauté du droit UE, les pouvoirs octroyés aux juges nationaux en tant que juges du droit communautaire, etc., ne sont que des externalités (positives) de la mise en œuvre de l'objectif principal qui animait les juges de Luxembourg : la protection des droits de l'individu. Cet objectif a été poursuivi dans les premières décennies, notamment par le biais des principes généraux de droit.

751. De surcroît, ayant fait de l'utilisation des principes généraux de droits dans le système communautaire son arme de pointe, la CJUE a ainsi façonné la création d'un nouvel ordre juridique, distinct de ceux de toute autre organisation internationale.

752. L'effet « fédérateur »⁹⁴¹ et l'intégration « par le droit »⁹⁴² ont été les instruments dont les juges se sont servis pour poser les jalons de la création d'une Communauté de peuples européens, au sein d'une Communauté d'États fondée sur des bases économiques. En reprenant les mots du juge Antonio Trabucchi, qui a activement participé à cette affaire, le principal objectif de l'arrêt *Van Gend en Loos* était d'affirmer le « droit des ressortissants à une protection juridique qui dépasse les limites traditionnelles de leur système national »⁹⁴³.

753. Une fois la voie ouverte, de nombreuses affaires ont contribué à consolider ce mécanisme visant à dépasser les limites des systèmes juridictionnels nationaux. L'affaire

of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la page 155.

⁹⁴¹ Marta CARTABIA, « Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la page 156.

⁹⁴² Ibidem, à la pag. 156.

⁹⁴³ Trabucchi ALBERTO, « La formazione del diritto europe », *Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2008.14.171-177.

*Costa/E.N.E.L*⁹⁴⁴, avec l'affirmation du principe de primauté du droit européen, l'affaire *Meroni*⁹⁴⁵, qui a consacré le principe de l'équilibre institutionnel, l'affaire *Valsabbia*⁹⁴⁶, qui a affirmé le principe de proportionnalité, l'affaire *Commission/Italie*⁹⁴⁷, qui a cristallisé le principe de collaboration loyale, représentent une infime partie des principes que la CJCE a « positivisés »⁹⁴⁸ bien avant qu'ils ne soient codifiés dans les traités.

2) *La place des principes généraux de droit dans la hiérarchie des sources*

754. Le recours aux PGD trouve sa légitimation en droit international public. En effet, l'article 38, paragraphe 1, lettre c) du Statut de la Cour internationale de justice indique parmi les sources du droit international les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁹⁴⁹. L'utilisation de cette source novatrice – bien évidemment

⁹⁴⁴ CJCE, 5 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, affaire C-6/64, [1964] Rec CE.I-01141.

⁹⁴⁵ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier.*, affaire C-9/56, [1956] Rec CE.I-00011.

⁹⁴⁶ CJCE, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia et autres contre Commission des Communautés européennes.*, affaire C-154/78, [1980] Rec CE.I-00907. Voir aussi : Jean Boulouis, « Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » (1980) 26:1 *Annuaire Français de Droit International* 328-351 aux pp 334 et 335: « (...)le juge communautaire, statuant sur une décision générale C.E.C.A. prise dans le cadre de l'art. 61 du traité de Paris, a confirmé que si les Institutions doivent veiller dans l'exercice de leurs pouvoirs à ce que les charges imposées aux opérateurs économiques ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs que l'autorité est tenue de réaliser, il ne s'ensuit pas que cette obligation doive être mesurée par rapport à la situation particulière d'un groupe déterminé d'opérateurs. (...) On remarquera que la Cour a ajouté que la nature même de l'art. 61 C.E.C.A. entraîne nécessairement comme conséquence que certaines entreprises doivent consentir, en vertu de la solidarité européenne, davantage de sacrifices que d'autres »

⁹⁴⁷ CJCE, 24 mars 1988, *Commission des Communautés européennes contre République italienne.*, affaire C-104/86, [1988] Rec CE.I-01799.

⁹⁴⁸ Silvio GAMBINO, « I diritti fondamentali in Europa », (2013) 30-1 *Civitas Europa* 55-68.

⁹⁴⁹ Sur ce point, les représentants des États membres des Nations Unies se sont accordés à propos du caractère anachronique de l'expression « nations civilisées », qu'il était préférable d'éviter eu égard au principe de l'égalité souveraine des États, et en choisissant d'utiliser à la place la formule de «

subordonnée aux conventions internationales et à la coutume – s’explique par le fait qu’au moment où le Statut de la Cour permanente de Justice internationale a été adopté, le droit international ne réglait pas les questions qui se posaient dans de nombreux domaines et, qu’ainsi, « les principes généraux de droit avaient pour but de fournir au juge un moyen de ne pas prononcer un *non liquet* »⁹⁵⁰.

755. Dans le cadre de la construction de l’ordre juridique de l’UE, les PDG ont joué le même rôle de source complémentaire, dans la mesure où la CJCE a dû pallier le « silence »⁹⁵¹ assourdissant des Traités fondateurs en matière de droits fondamentaux.

756. Le droit primaire de l’UE renvoie tout au plus aux « principes communs aux droits des États membres » en matière de responsabilité non contractuelle (art. 340 TFUE). Dans ce cadre, les principes généraux de droit ont été la clé permettant à la CJUE d’affirmer son rôle à un double niveau. Sur le plan des relations entre l’UE et les États membres, la CJUE gagne une place fondamentale dans le processus d’intégration européenne et, en même temps, dans une dimension interne à l’UE, la Cour affirme la centralité de son rôle dans les équilibres institutionnels entre la Commission, le Parlement et le Conseil de l’Union.

l’ensemble des nations », figurant au paragraphe 2 de l’article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir : ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Commission du droit international*, A/74/10, 2019 point 243.

⁹⁵⁰ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Commission du droit international*, A/74/10, 2019 point 237.

⁹⁵¹ Sur l’utilisation de l’expression « silence des traités » en matière de droits fondamentaux voir : Jacques DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Charles FITERMAN, Jean-Paul COSTA, Daniel LABETOULLE, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Bernard STIRN et Claire BRISSET, « Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », dans Guy BRAIBANT, Françoise FABIANI-BRAIBANT, Brigitte COSTA et Bruno GENEVOIS, *Guy Braibant, juriste et citoyen : hommage en l’honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 2011; Claude BLUMANN, « Les compétences de l’Union européenne en matière de droits de l’homme », *R.A.E.* 2006.1, 11 et s.; Denys SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t’aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs* 2001.96.31-49; Henri LABAYLE, « Judiciarisation, droits fondamentaux et espace pénal européen », (2012) 95-4 *KritV, CritQ, RCrit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / Critical Quarterly for Legislation and Law / Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation* 351-375, 75 et s.

757. Quant à la notion de principes généraux de droit, F. Martucci nous propose l'une des définitions les plus complètes de ce *modus operandi* juridictionnel :

[L]es principes généraux sont des règles juridiques dont le juge révèle l'existence. Ils préexistent au juge qui ne les crée pas, mais qui les fait remonter à la surface de l'ordre juridique qu'ils imprègnent. L'office du juge consiste ainsi à formuler normativement les principes généraux et à leur garantir une force contraignante⁹⁵².

758. Quasi cent ans après la signature du Statut de la Cour internationale de justice, la notion de PGD fait encore l'objet d'études⁹⁵³. L'existence et la classification des PDG en droit international alimentent un débat riche et toujours d'actualité, au point que la soixante-dixième session de la Commission de droit international de l'Assemblée générale des Nations Unies⁹⁵⁴ de 2019 a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail, venant en partie résoudre l'ancienne querelle concernant la nomenclature : principes généraux « de » droit ou « du » droit⁹⁵⁵.

⁹⁵² Francesco MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 2e ed, Dalloz, Paris, 2019, p. 81.

⁹⁵³ Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *Droit international*, 11e éd, Éditions Pedone, Paris, 2012, p. 325-330, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2091580>>; Lamprini XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2017; « R.-E. Papadopoulou, Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation », (1997) 49-3 *Revue internationale de droit comparé* 746-746; Jan VELAERS, « § 2. Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », dans Hugues DUMONT, Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisités (vol. 1): Normes internationales et constitutionnelles*, coll. Collection générale, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 537-580 aux pages 537-580.

⁹⁵⁴ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Commission du droit international*, A/74/10, 2019, p. 351-359.

⁹⁵⁵ Sur ce point « Le Rapporteur spécial a estimé qu'il ne s'agissait pas de divergences de fond et que la terminologie utilisée dans le rapport pouvait être conservée, étant donné que ces expressions (« *del derecho* » et « *du droit* ») avaient été employées dans des instruments internationaux tels que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dans la doctrine et par la Commission elle-même (...)», *Ibidem*, au point 211.

759. Si la doctrine reste divisée quant au fait d’inclure cette source dans la catégorie du droit coutumier⁹⁵⁶, la distinction entre les PGD issus de pratiques récurrentes des États et ceux issus de la pratique judiciaire internationale fait en revanche l’unanimité⁹⁵⁷.

760. L’interprétation extensive de la CJUE se place donc à mi-chemin entre la création du droit par la voie prétorienne – technique typique des systèmes de *common law*⁹⁵⁸ – et la simple interprétation du droit positif contenu dans les traités. Sans minimiser délibérément les positions de ceux qui affirment que la « Cour de justice exerce une fonction de législateur de substitution »⁹⁵⁹, nous sommes néanmoins de l’avis que – notamment dans la première phase de son activité – la CJUE, arrêt après arrêt, a su paver une troisième voie pour l’affirmation des droits des individus en droit européen.

761. L’utilisation des PGD a eu un rôle unique dans la construction de l’ordre juridique de l’UE, et le fait qu’aujourd’hui les Nations Unies s’inspirent, dans leurs travaux, de l’utilisation que l’UE a fait des PDG et notamment de la relation entre PDG et *jus communaee europaeum*⁹⁶⁰ en est la preuve.

B. L’utilisation des PGD par la CJUE au-delà de la protection des droits fondamentaux

⁹⁵⁶ « Le Rapporteur spécial a aussi souligné que la condition essentielle de la reconnaissance des principes généraux de droit se distinguait clairement des conditions essentielles de la détermination du droit international coutumier, c’est-à-dire une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) », *Ibidem*, au point 219.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, point 222 et 223.

⁹⁵⁸ Louis LEBEL, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois », (2015) 55-1 *Les Cahiers de droit*, 87 et s.

⁹⁵⁹ Claude BLUMANN, « Les compétences de l’Union européenne en matière de droits de l’homme », *R.A.E.* 2006.1, 14.

⁹⁶⁰ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Commission du droit international*, A/74/10, 2019 point 237. Voir *infra*, §1, section 2, chapitre 1, tire 1, partie II de la présente étude.

762. La notion de PGD est souvent associée à celle de droits fondamentaux. Néanmoins, dans la première phase de l'action de la CJUE, cette Cour a dû consacrer tous ses efforts à la construction et à la consolidation de l'ordre juridique européen en tant que système autonome par rapport à ceux de ses États membres (1). En coordination avec le législateur, l'organe judiciaire des communautés est venu combler, avec sa jurisprudence, le vide laissé par les traités en matière de droits fondamentaux (2).

1) ***La consolidation de l'ordre juridique européen : objectif prioritaire pour la CJUE***

763. La méthode interprétative utilisée par la CJUE, prévoyant, entre autres, l'utilisation des PGD dans sa jurisprudence, s'explique en partie par la nécessité de légitimer son action vis-à-vis des juridictions nationales. À l'issue de la deuxième guerre mondiale, la plupart des démocraties européennes se sont dotées de mécanismes de contrôle juridictionnel renforcé, dans le but d'assurer l'autonomie de l'état de droit et d'éviter que les horreurs des totalitarismes ne se reproduisent. Cela a aussi impliqué que les juges – notamment les juges de dernière instance ou des cours constitutionnelles – ont repris le rôle de gardiens de la tenue de l'ordre juridique national face à tout type de menace⁹⁶¹.

764. La production normative communautaire visant l'intégration par le droit, dans un ordre juridique supranational nouveau, pouvait alors être perçue comme une menace potentielle à l'autonomie des systèmes juridiques nationaux. Face à cet enjeu de taille, la CJCE a dû privilégier la construction de l'ordre juridique communautaire avant même de pouvoir approcher la thématique des droits fondamentaux. Cela explique les six longues années écoulées entre l'arrêt *Van Gend en Loos* et le moment où la notion de droits

⁹⁶¹ Voir *infra*, §2, section 2, chapitre 1, tire 1, partie II de la présente étude.

fondamentaux est apparue pour la première fois dans la jurisprudence communautaire dans l'arrêt *Stauder*⁹⁶² en 1969.

Le fait qu'une telle référence aux droits de l'Homme ne soit pas apparue auparavant s'explique par la volonté initiale des Communautés européennes d'affirmer l'autonomie de son droit à l'égard des droits européens. Ce n'est qu'une fois cette autonomie affirmée que le droit communautaire a pu s'inscrire dans une logique de reconnaissance et de réception des droits fondamentaux et par développements successifs de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁶³.

765. Suite à l'arrêt *Stauder*, la CJUE a commencé à dégager un grand nombre de principes généraux ayant pour objet la protection des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Handelsgesellschaft*⁹⁶⁴ de 1970, elle affirme que le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit dont elle assure le respect. D'ailleurs, la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, devra être assumée dans le cadre de la structure et des objectifs de la communauté. Ces positions seront aussi confirmées dans l'arrêt *Nold*⁹⁶⁵ et, ensuite, dans l'arrêt *Jonston*⁹⁶⁶, dans lesquels la CJCE met en exergue l'existence d'un « socle commun de valeurs » composé des traditions constitutionnelles des pays membres et de la *Convention européenne des droits de l'Homme*⁹⁶⁷. En même temps, la Cour consacre l'existence du « principe du standard

⁹⁶² CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, affaire C-29/69, [1969] Rec CE.I-00419. Dans l'arrêt *Stauder*, la Cour affirme pour la première fois qu'elle assure le respect des droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire.

⁹⁶³ Arnaud REMEDEM, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse doctorale, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2013, p. 45.

⁹⁶⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*, affaire C-11/70, [1970] Rec CE.I-01125.

⁹⁶⁵ CJCE, 19 novembre 1996, *Siemens AG contre Henry Nold.*, affaire C-42/95, [1995] Rec CE.I-06017.

⁹⁶⁶ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, [1986] Rec CJUE.01651.

⁹⁶⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, [1986] Rec CJUE.01651 point 78.

maximum », selon lequel la communauté ne saurait protéger un droit de l'Homme donné de manière moins efficace que les droits protégés par les États⁹⁶⁸.

766. L'impact d'une telle activité interprétative est double, touchant à la fois les relations pays membres – communauté et les rapports internes aux institutions CE. En fait, si d'un côté les individus acquièrent une protection accrue de leurs droits individuels à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux, de l'autre, la CJUE impose aux autres institutions communautaires l'obligation de respecter les droits fondamentaux grâce au recours aux principes généraux du droit.

767. Ce *modus operandi* a fortement caractérisé l'action de la CJUE, notamment dans les premières décennies de son existence. Des arrêts comme *Van Duyn*⁹⁶⁹, *Ratti*⁹⁷⁰ et *Factortame*⁹⁷¹, par exemple, ont marqué à jamais la protection juridictionnelle des droits subjectifs des citoyens européens, établissant les mécanismes de l'applicabilité directe des directives. Au fil des années, grâce à l'intégration progressive de la plupart de ces principes dans les traités, notamment avec la reconnaissance de la CDFEU au rang de droit primaire, l'action interprétative de la CJUE a pu assouplir sa dimension « volontariste »⁹⁷² – parfois critiquée – pouvant s'appuyer sur des bases juridiques solides et reconnues formellement dans l'ordre juridique européen.

⁹⁶⁸ La portée de ce principe sera en suite précisée par l'arrêt CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, affaire C-399/11. Rec num.

⁹⁶⁹ CJCE, 4 décembre 1974., *Yvonne van Duyn contre Home Office.*, affaire C-41/74, [1974] Rec CE.I-01337.

⁹⁷⁰ CJCE, 5 avril 1979., *Ministère public contre Tullio Ratti*, affaire C-148/78, [1979] Rec CE.I-01629.

⁹⁷¹ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, affaire C-213/89, [1989] Rec CE.I-02433.

⁹⁷² Voir, *supra*, note 747.

768. Néanmoins, au regard de la jurisprudence plus récente, un grand nombre d'arrêts du calibre de l'arrêt *Kahdi*⁹⁷³, de l'affaire *PNR*⁹⁷⁴, et des affaires concernant l'État de droit en Pologne⁹⁷⁵ (et la liste n'est pas exhaustive), confirment à quel point l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux est essentielle au maintien de l'ordre juridique européen.

2) *L'action interprétative de la CJUE : remède efficace à l'absence originelle d'une politique globale de protection des droits fondamentaux*

769. Le mandat confié à la Cour de justice des Communautés européennes par l'article 220 du TCE était celui d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du [...] Traité ». Or, les objectifs énoncés dans les traités étant centrés sur la sphère économique, la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes était ainsi fortement limitée, n'ayant guère de place pour la protection des droits fondamentaux.

770. L'apparente fermeture des Traités au regard des droits fondamentaux trouve une première explication dans le complexe équilibre existant entre le système du Conseil de l'Europe et les Communautés européennes. Pour reprendre les mots de H. Labayle :

La coexistence en Europe de différents systèmes de garantie de ces droits n'a pas été une question majeure tant qu'il s'agissait simplement de coordonner l'existant. Une répartition implicite des rôles laissait alors au Conseil de l'Europe

⁹⁷³ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-402/05P et C-414/05P, [2008] CE.I-06351.

⁹⁷⁴ CJUE (Grande Chambre), 26 juillet 2017, Avis 1/15, *PNR*, Rec num.

⁹⁷⁵ CJUE, 24 juin 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*, affaire C-619/18. Rec num; CJUE, 24 juin 2019, *Ordonnance - Commission européenne contre République de Pologne*, affaire C-791/19 R. Rec num.

le soin d'effectuer les filtres indispensables et la fonction de gardienne des valeurs fondamentales⁹⁷⁶.

771. L'*Avis 2/94*⁹⁷⁷, concernant l'adhésion de l'UE à la CEDH, est venu bouleverser cette fragile – et tacite – « répartition de compétences », car il a « provoqué une onde de choc et a conduit les États Membres à se pencher plus spécifiquement sur la place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire »⁹⁷⁸. Malgré le refus prononcé à l'adhésion à la CEDH, la CJUE, dans son *Avis 2/94*, souligne l'importance des droits fondamentaux dans le projet de construction de l'UE. Force est aussi de constater que cette reconnaissance ouverte est le fruit de l'évolution du droit primaire, car l'article F du *Traité de Maastricht* est en cela significatif de l'attachement aux droits fondamentaux⁹⁷⁹.

772. Néanmoins, bien avant les modifications apportées par le *Traité de Maastricht*, le juge communautaire a su pallier l'absence d'une ligne politique générale en matière de droits fondamentaux. La CJUE a opéré une interprétation extensive des rares dispositions relatives aux droits non encore considérés « fondamentaux ».

773. Au regard des principes qui nous rapprochent davantage du sujet des migrations, les principes de libre circulation et de non-discrimination ont été, en effet, considérés par la CJUE, dès le départ, comme des principes essentiels. Manifestement, ils ont été interprétés, d'abord, pour garantir aux ressortissants communautaires la pleine

⁹⁷⁶ LABAYLE (H.), « L'Union européenne et les droits fondamentaux », *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 588

⁹⁷⁷ CJCE (Grande Chambre), 28 mars 1996, *Avis 2/94, Adhésion de l'Union à la CEDH*, 1996.I-01759.

⁹⁷⁸ Claude BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *R.A.E.* 2006.1, 22 et s.

⁹⁷⁹ Art. F, *Traité de Maastricht*, « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.

2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

jouissance des droits subjectifs à la base du marché unique. Ensuite, ce « caractère fondamental dans le système du Traité » a été à la base de leur consécration par la CJUE⁹⁸⁰.

774. Dans l'arrêt *Watson*⁹⁸¹, la CJUE a précisé l'étendue de ce principe, en considérant que la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services relevaient d'un principe général de libre circulation. Ainsi, avec l'arrêt *Van Duyn*⁹⁸², qui reconnaît l'applicabilité directe de l'article 48 TCE dans les ordres juridiques des États membres, la CJUE vient poser un véritable bouclier face à toute intervention étatique visant à limiter la libre circulation.

775. En outre, dans l'arrêt *Royer*⁹⁸³, le Juge de Luxembourg a pu considérer que le droit d'entrée et de séjour pour un ressortissant d'un des pays membres était acquis « indépendamment de la délivrance d'un titre de séjour par l'autorité compétente d'un État membre »⁹⁸⁴. L'avancée remarquable apportée par cet arrêt réside dans le fait de ne plus considérer le titre de séjour comme un « acte constitutif de droits, mais un acte destiné à constater de la part d'un État Membre, la situation individuelle d'un ressortissant d'un autre État Membre au regard des dispositions du droit communautaire »⁹⁸⁵.

776. Cette pratique de la CJUE s'inscrit pleinement dans la ligne annoncée dans le fameux arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, selon lequel « la sauvegarde des droits fondamentaux, devait être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la

⁹⁸⁰ CJUE, Ordonnance, 7 juillet 1976, *Lynne Watson e Alessandro Belmann.*, C-118/75, [1975] Rec. CE.I-01185 point 314.

⁹⁸¹ CJUE, Ordonnance, 7 juillet 1976, *Lynne Watson e Alessandro Belmann.*, C-118/75, [1975] Rec. CE.I-01185.

⁹⁸² CJCE, 4 décembre 1974., *Yvonne van Duyn contre Home Office.*, affaire C-41/74, [1974] Rec. CE.I-01337.

⁹⁸³ CJUE, Ordonnance, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, C-48/75, [1976] Rec. CE.I-00497.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, point 32.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, point 33.

Communauté »⁹⁸⁶. La CJUE n'a donc jamais négligé la problématique des droits fondamentaux. Malgré le fait que, dans les premières années, la Cour ait dû concentrer son action au renforcement de l'ordre juridique des communautés, dès l'arrêt *Stauder*, elle a orienté son activité interprétative vers les droits fondamentaux, arrivant même à accroître la portée des « objectifs de la Communauté » énoncés dans les Traités.

777. L'action d'élargissement du champ d'application des droits fondamentaux en tant que partie intégrante du droit communautaire a été menée de façon conjointe au renforcement des droits progressivement dégagés. La CJUE a voulu protéger les progrès acquis grâce à sa jurisprudence. Dans l'arrêt *Rutili*, par exemple, nous pouvons apprécier cette nature protectrice lorsque la CJUE affirme que toute restriction apportée au droit communautaire doit être limitée aux strictes nécessités « dans une société démocratique »⁹⁸⁷.

778. La volonté de protéger les progrès acquis grâce à son activité interprétative au nom des PGD montre à quel point la pratique juridictionnelle de la CJUE a été, dans cette première phase du projet d'Union européenne, un remède efficace à l'absence originelle d'une véritable politique globale de protection des droits fondamentaux.

§2. LES LIMITES DE L'APPLICATION DU MODÈLE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT À L'ELSJ

779. L'analyse de la jurisprudence montre que l'efficacité de l'activité créatrice et originelle de la CJUE rencontre des limites considérables en matière d'ELSJ, ce qui est dû à la spécificité de cette matière qui se situe à la frontière entre les compétences partagées et l'intergouvernementalisme (A). Le reproche qui est parfois fait à la CJUE est celui de ne pas avoir « osé » affirmer les droits individuels dans l'ELSJ avec la même vigueur que dans les

⁹⁸⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire C-11/70, [1970] Rec CE.I-01125 point 20.

⁹⁸⁷ CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, affaire C-36/75, [1975] Rec CE.01219.

autres champs de compétence de l'UE. Cependant, en regardant le droit primaire et la production législative de l'UE, nous montrerons qu'en réalité, il s'agit d'une question bien plus complexe qui met en exergue les déficits structurels du modèle d'intégration européen, notamment au regard de la matière migratoire (B).

A. La spécificité de l'ELSJ

780. L'espace de liberté, de sécurité et de justice a été créé grâce à des rapprochements progressifs entre les systèmes juridiques des pays membres. Une telle modalité évolutive se démarque – par son impact et sa profondeur – du modèle du marché commun. En l'observant de plus près, l'unicité de l'ELSJ vis-à-vis des autres champs de compétence de l'UE est due à une spécificité que nous pouvons qualifier d'« extrinsèque » (1) dont les contrecoups, sur le plan interne, touchent le développement de chacune des politiques qui la composent et notamment la politique migratoire (2).

1) *Une spécificité « extrinsèque »*

781. La construction d'un marché commun, en tant que but principal des Traités fondateurs, a été mise en œuvre à la fois par le législateur et par le Juge des communautés dans la perspective de créer un ordre juridique nouveau et indépendant, voué à être différent de toute organisation internationale connue auparavant. Le juge, diplomate et professeur luxembourgeois Pierre Pescatore affirmait que « nul ne peut comprendre le droit communautaire s'il ne sait pas ce que signifie l'idée d'intégration »⁹⁸⁸. Avec ces mots, cet auteur, mettant en évidence le trait distinctif de la construction de l'Union européenne, juxtaposait le « droit de l'intégration »⁹⁸⁹ à toute expérience de collaboration entre États au sein de l'ordre juridique international.

782. Une approche de ce type décrit parfaitement l'évolution du marché unique. Cependant, la mise en œuvre de la liberté de mouvement des personnes au sein du marché commun s'encadre dans une dynamique ontologiquement différente. Avec l'intensification des échanges commerciaux, la coopération dans les domaines de la justice pénale, des visas, du contrôle aux frontières, de la migration irrégulière et de la mobilité légale devient incontournable. Le projet de création d'un espace de liberté de sécurité et de justice prend forme à partir du *Traité de Maastricht* et se concrétise avec le *Traité d'Amsterdam*, entré en vigueur en 1999, via la communautarisation du troisième pilier, Justice et Affaires Intérieures (JAI).

783. Le cadre institutionnel de l'UE, pour l'adoption de la législation JAI, a traversé plusieurs phases. D'abord, une phase purement informelle et intergouvernementale a précédé l'entrée en vigueur du *Traité de Maastricht* en novembre 1993. Au cours de cette phase, des accords internationaux – sous forme de conventions – portant principalement sur des questions de droit pénal, ont été conclus entre les États membres.

⁹⁸⁸ Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 3.

⁹⁸⁹ *Ibidem*.

784. Cette approche de coordination « souple », qui prévoyait le contournement des institutions communautaires, à l'exception de la CJUE⁹⁹⁰, s'est avérée inefficace, car la plupart des conventions n'ont pas été ratifiées. La *Convention de Dublin*⁹⁹¹, concernant la responsabilité du traitement des demandes d'asile, représente une exception remarquable à cette tendance.

785. Toujours en dehors du cadre juridique communautaire, mais lié au projet de marché intérieur, le processus Schengen a débuté initialement dans un petit nombre d'États membres. Malgré l'opposition de certains États (Irlande, Royaume-Uni, Danemark) qui ont choisi de ne pas en bénéficier, le système Schengen⁹⁹² a été mis en place à partir de 1995. Cette approche différenciée s'est avérée plus efficace que l'intergouvernementalisme souhaité à l'origine entre tous les États membres de la Communauté. Toutefois, les différences entre le marché commun et l'ELSJ restent marquées :

While the internal market gives rights to the citizens of the European Union in the form of the five freedoms, the rights that are applicable in the area of freedom, security and justice are given to Member States. Member States profit directly from greater flexibility with regard to all forms of international co-operation. Citizens, however, profit from the area of freedom security and justice only in an indirect way, because, although it does offer them a high level of security, it does so in the absence of a direct and concrete right to make a claim⁹⁹³.

⁹⁹⁰ La Cour de justice des communautés européenne était appelée à interpréter certaines conventions de droit civil tel que *Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version consolidée)*, JO C 27 du 26.11.1998, aux pp 1–33; et la *Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée)*, JO C 27 du 26.11.1998, aux pp 34–53; le tout avec des compétences limitées par rapport à celle exercées au sein de la CEE.

⁹⁹¹ *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes - Convention de Dublin*, JO C 254 du 19.8.1997, p. 1–12.

⁹⁹² Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22.9.1995, aux pp 19–62.

⁹⁹³ André KLIP, *European criminal law: An Integrative Approach*, 2e ed, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 470.

786. Forts de ces considérations, nous pouvons donc affirmer que la spécificité « extrinsèque » de l'ELSJ réside dans le fait que toute collaboration en matière pénale ou migratoire est inspirée du modèle de la coopération et non pas de celui de l'intégration, auquel faisait référence Pescatore pour décrire la création du marché commun.

787. La CJUE tente de dépasser progressivement cette limite, par le biais de l'utilisation des droits fondamentaux dans son action interprétative. Le processus d'harmonisation progressive opéré par la voie prétorienne passe donc par l'imposition, au niveau « communautaire », de principes communs (PGD) consacrés au statut des droits fondamentaux. Cette forme d'intégration « par le droit » réussit, *de facto*, à générer l'effet surprenant de limiter la souveraineté nationale dans des domaines régaliens tels que les matières pénale et migratoire.

788. Si le *Traité de Lisbonne*, dans sa version TFUE, met fin aux particularités du contrôle juridictionnel portant sur l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), dans les premières décennies de son fonctionnement, la CJCE n'a pu compter que sur les PGD pour légitimer son action. En fait, compte tenu des différences que nous venons de nommer concernant la nature de l'ELSJ et l'applicabilité de PGD à ce domaine, la question que H. Labayle posait il y a quelques années, dans l'un de ses articles, reste encore d'actualité : « À quelle forme de judiciarisation doit être soumis [l'ELSJ] pour que soient satisfaites les exigences d'une Communauté de droit et garanti un fonctionnement harmonieux ? »⁹⁹⁴.

789. Avant de rechercher dans la jurisprudence de la CJUE des éléments de réponse à cette question, regardons de près la spécificité des politiques que l'ELSJ englobe en son sein et la place toute particulière de la politique migratoire de l'UE.

⁹⁹⁴ Henri LABAYLE, « Judicialisation, droits fondamentaux et espace pénal européen », (2012) 95-4 *KritV, CritQ, RCrit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / Critical Quarterly for Legislation and Law / Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation* 351-375, 353.

2) *Une spécificité « intrinsèque »*

790. L'évolution de l'ELSJ, pour reprendre le schéma proposé par l'auteur Steven Peers⁹⁹⁵, est à regarder sous une double loupe. La première nous permet d'opérer une distinction *ratione materiae* des cinq « politiques »⁹⁹⁶ qui composent la législation JAI (visas/frontières, asile, migration irrégulière, migration légale et justice pénale); la deuxième loupe rajoute un filtre temporel, qui impose d'examiner « les principales tendances dans le développement de ces domaines politiques particuliers au cours des périodes : pré-Maastricht, Maastricht, début Amsterdam, fin Amsterdam et post-Lisbonne »⁹⁹⁷.

791. L'élément qui ressort d'une telle analyse est qu'il est possible d'identifier une spécificité « intrinsèque » à l'ELSJ, dans la mesure ou la coopération en matière pénale suit un chemin évolutif différent des progrès faits en matière d'asile et d'immigration irrégulière.

792. Considérant la période qui précède le *Traité de Maastricht*, caractérisée par un niveau de coopération intergouvernementale informelle, le domaine du droit pénal avait déjà fait l'objet d'un certain nombre de conventions. L'adoption de mesures à ce sujet avait conduit à de modestes succès dans le cadre de Schengen en matière d'extradition, d'entraide judiciaire⁹⁹⁸ – concernant la coopération entre les tribunaux pénaux, en particulier la

⁹⁹⁵ Steve PEERS, « *The rise and Fall of EU Justice and Home Affairs Law* », dans Maria FLETCHER, Ester HERLIN-KARNELL et Claudio MATERA, *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, 2016, p. 11-33.

⁹⁹⁶ Steve Peers, « *The rise and fall of EU justice and home affairs law* » dans par Maria Fletcher, Ester Herlin-Karnell et Claudio Matera, *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, 2016, 11-33 à la p 17 L'auteur dans son texte utilise le mot "policy" dans un acception plus large de celle utilisée dans les traités UE.

⁹⁹⁷ [Notre traduction], *Ibidem*, à la p. 17.

⁹⁹⁸ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la Alexandre Charles Kiss, « La convention européenne d'extradition » (1958) 4:1 Annuaire Français de Droit International 493-495, DOI : 10.3406/afdi.1958.1396.suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 2292000, aux pp 19-62 articles 48 à 53

circulation des preuves –, de *ne bis in idem*⁹⁹⁹ et de transfert de prisonniers¹⁰⁰⁰. Au cours de la « période intergouvernementale officielle 1993-1999 »¹⁰⁰¹, les États membres ont grandement poussé leur collaboration, arrivant à signer un grand nombre de conventions concernant notamment l'extradition¹⁰⁰², la corruption, la fraude et la déchéance du droit de conduire, ainsi que quelques actions communes concernant le droit pénal matériel, en ce qui concerne le trafic de drogue¹⁰⁰³, le racisme¹⁰⁰⁴, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle¹⁰⁰⁵, le blanchiment d'argent¹⁰⁰⁶, la corruption privée¹⁰⁰⁷ et la criminalité organisée¹⁰⁰⁸.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, articles 54 à 58.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*, articles 59 à 68.

¹⁰⁰¹ Steve PEERS, « The rise and Fall of EU Justice and Home Affairs Law », dans Maria FLETCHER, Ester HERLIN-KARNELL et Claudio MATERA, *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, 2016, p. 11-33 à la page 28.

¹⁰⁰² Christine CHANET, « La France et la Convention européenne d'extradition », (1987) 33-1 *Annuaire Français de Droit International* 774-783.

¹⁰⁰³ 96/748/JAI: *Action commune du 16 décembre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, élargissant le mandat donné à l'unité «Drogues» Europol*, JO L 342 du 31.12.1996, p. 4-4.

¹⁰⁰⁴ 96/443/JAI: *Action commune du 15 juillet 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie*, JO L 185 du 24.7.1996, p. 5-7.

¹⁰⁰⁵ 97/154/JAI: *Action commune du 24 février 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants*, JO L 63/2 du 24.02.1997, p. 2-5.

¹⁰⁰⁶ 98/699/JAI: *Action commune du 3 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime*, JO L 333 du 09.12.1998, p. 1-3.

¹⁰⁰⁷ 98/742/JAI: *Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé*, JO L 3358 du 31.12.1998, p. 2-4.

¹⁰⁰⁸ 98/245/JAI: *Action commune du 19 mars 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, établissant un programme d'échanges, de formation et de coopération destiné aux personnes responsables de l'action contre la criminalité organisée (programme Falcone)*, JO L 99 du 31.03.1998, p. 8-12.

793. En matière migratoire, la communauté - devenue ensuite l'Union européenne - était loin d'achever des avancées comparables à celles obtenues sur le front de la coopération en matière pénale. Les mesures de l'UE dans le domaine migratoire consistaient presque entièrement en des dispositions non contraignantes¹⁰⁰⁹, à l'exception de quelques dispositions de la *Convention de Schengen* sur les sanctions à l'encontre des transporteurs et l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers¹⁰¹⁰, et d'une décision sur le contrôle de la mise en œuvre de certaines de ces dispositions.

794. Le choix d'adopter des instruments non contraignants en matière d'asile et de migration est témoin de la volonté extrêmement limitée des États membres de renoncer progressivement à leur souveraineté pour aboutir à un véritable rapprochement de législations sur ces sujets. Ceci montre à la fois la spécificité de la politique migratoire à l'intérieur de l'ELSJ et la difficulté accrue – notamment dans les années qui ont précédé le *Traité de Lisbonne* – pour la CJUE d'assurer la protection des droits fondamentaux, via les principes généraux de droit, dans ce domaine.

¹⁰⁰⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - L'intégration de la politique des migrations dans les relations de l'Union européenne avec les Pays tiers - I. migrations et développement - II. rapport sur l'efficacité des ressources financières disponibles au niveau communautaire pour le rapatriement des immigrants et des demandeurs d'asile non admis, pour la gestion des frontières extérieures et pour les projets concernant l'asile et les migrations dans les pays tiers*, Bruxelles, le 3.12.2002; *Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission*, JO C 274 du 19.9.1996, p. 25–33; *Recommandation du Conseil du 22 décembre 1995 relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement*, JO C 5 du 10.1.1996, p. 3–7; *Résolution sur les pratiques d'expulsion des immigrés en situation irrégulière*, JO C 320 du 28.10.1996, p. 198.

¹⁰¹⁰ *Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19–62 articles 23,24,26 et 27.

B. Un arrêt « *Van Gend end Loos* » pour l'ELSJ ?

795. Le juge du Tribunal de l'UE, Ezio Perillo, en conclusion d'un rapport sur le droit pénal substantiel et l'ELSJ, posait la question suivante : « Faut-il un nouvel arrêt *Van Gend en Loos* en matière pénale ? »¹⁰¹¹. Une telle interrogation est toujours d'extrême actualité vis-à-vis de l'ensemble de l'ELSJ. Néanmoins, faisant suite aux réflexions que nous avons menées jusqu'ici concernant la spécificité de la matière migratoire au sein de cet espace, nous pouvons légitimement adresser la même question *mutatis mutandis* à la politique migratoire de l'UE au regard des droits fondamentaux : faut-il un nouvel arrêt *Van Gend en Loos* en matière de protection des droits fondamentaux des migrants ? Grâce à une lecture croisée de la jurisprudence de la CJUE en matière pénale (1) et en matière migratoire (2), nous tenterons de montrer, dans les lignes qui suivent, si l'intervention interprétative souhaitée par le juge Perillo – en matière de droit pénal substantiel – saurait sortir des effets aussi bénéfiques et exhaustifs dans le champ de la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

1) *Des avancées remarquables en matière pénale inspirées par l'action de la CJUE*

796. Dans la doctrine, plusieurs auteurs concordent sur le fait que « [...] les potentialités de la jurisprudence *Van Gend en Loos* n'[ont] pas été complètement explorées dans un ELSJ pris entre le marteau des droits fondamentaux et l'enclume des questions

¹⁰¹¹ Ezio PERILLO, « Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo », *Revue des affaires européennes* 2012.4.781-812.

institutionnelles »¹⁰¹². En effet, grâce à cet arrêt, la CJCE a su graver dans un marché commun en évolution les droits subjectifs des individus :

le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ; que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires¹⁰¹³.

797. Toutefois, en regardant l'ELSJ sous le prisme de la jurisprudence de 1963, il est impossible d'y retrouver le reflet du même « patrimoine juridique »¹⁰¹⁴ des individus, dans les multiples politiques dont cet espace est composé. Un nouvel arrêt *Van Gend en Loos* viendrait balayer les incertitudes actuellement existantes tant dans la doctrine qu'auprès des juges nationaux et, pour reprendre la pensée du juge Perillo, « fixerait les principes et les conditions juridiques régissant les droits et les obligations de tout un chacun au sein de l'espace unique européen »¹⁰¹⁵.

798. Si les incertitudes sur de nombreux aspects de l'ELSJ demeurent encombrantes, il faut aussi reconnaître que, dans sa jurisprudence plus ou moins récente, la CJUE a dégagé des principes généraux de droit qui ont permis des avancées considérables.

¹⁰¹² Henri LABAYLE, « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt *Van Gend en Loos*? », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la page 198.

¹⁰¹³ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, affaire C-26/62, [1963] Rec CE.I-00003, 23.

¹⁰¹⁴ Henri LABAYLE, « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt *Van Gend en Loos*? », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la page 198.

¹⁰¹⁵ Ezio PERILLO, « Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo », *Revue des affaires européennes* 2012.4.781-812, 810.

En matière pénale, la CJUE est intervenue à plusieurs reprises pour protéger, sous le « bouclier » du droit de l'UE – et des droits fondamentaux –, les individus faisant face à l'application de sanctions dans leurs systèmes nationaux. Les affaires *Ratti*¹⁰¹⁶ de 1978 et *Calfa*¹⁰¹⁷ de 1999 s'inscrivent précisément dans cette approche.

799. Pour revenir aux PGD, dans l'arrêt *Kahdi*¹⁰¹⁸, par exemple, la CJUE affirme que:

selon une jurisprudence constante, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice¹⁰¹⁹.

800. Ce faisant, la CJUE consacre aussi son rôle « constitutionnel » de protection des droits fondamentaux trouvant également son application pleine en matière pénale :

le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte¹⁰²⁰.

801. Le principe de *ne bis in idem*, une fois élu au rang de droit fondamental de l'individu par l'Avocat Général Yves Bot : « [l]e principe *ne bis in idem*, rappelons-le,

¹⁰¹⁶ CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public contre Tullio Ratti*, affaire C-148/78, [1979] Rec CE.I-01629. Dans cette affaire la CJUE a « sauvé » M. Tullio Ratti de poursuites pour violation des règles internes sur l'étiquetage des produits, jugées inapplicables au motif qu'elles étaient contraires à une directive qui n'avait pas encore été transposée dans l'ordre juridique italien.

¹⁰¹⁷ CJCE, 19 janvier 1999, *Procédure pénale contre Donatella Calfa*, affaire C-348/76, [1999] Rec CE.I-00011. Dans cette affaire la CJUE a permis à Mme Donatella Calfa de ne pas purger une peine de prison et de ne pas être interdite « à vie » du territoire grec pour violation des règles sur le contrôle des drogues, ces règles étant jugées contraires à celles de l'Union européenne.

¹⁰¹⁸ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c Conseil et Commission*, affaires jointes C-402/05P et C-414/05P, [2008] CE, I-06351

¹⁰¹⁹ *Ibidem*, point 335.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, point 316.

constitue un droit fondamental, qui fait partie de l'ordre juridique de tous les États membres, en tant que principe inhérent à la notion d'État de droit, et qui a été consacré expressément dans la charte », a alimenté l'une des « sagas » judiciaires les plus passionnantes de la jurisprudence récente de la CJUE en matière pénale : la saga *Taricco*¹⁰²¹.

802. Les deux arrêts de la CJUE relatifs à cette affaire – qui ont d'ailleurs soulevé d'importantes réflexions sur le dialogue entre juge constitutionnel et Cour de justice¹⁰²² – portaient sur l'incompatibilité de la législation italienne en matière d'interruption de la prescription dans le procès pénal avec le principe de protection des intérêts financiers de l'UE¹⁰²³. Dans son premier arrêt de 2015¹⁰²⁴, la CJUE a décliné, avec une force inédite, le principe de primauté du droit de l'UE en matière pénale :

[I]es dispositions de l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE ont dès lors pour effet, en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, dans leurs rapports avec le droit

¹⁰²¹ CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, affaire C-105/14, Rec num; CJUE, 5 décembre 2017, C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, Rec. Num.; En doctrine voir: Matteo BONELLI, « The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union: CJEU, C-105/14 Ivo Taricco and others, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017 », (2018) 25-3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 357-373; Vittorio MANES, « Some lessons from the Taricco saga », (2018) 9 *New Journal of European Criminal Law* 12-17; Giovanni PICCIRILLI, « The 'Taricco Saga': the Italian Constitutional Court continues its European journey: Italian Constitutional Court, Order of 23 November 2016 no. 24/2017; Judgment of 10 April 2018 no. 115/2018 ECJ 8 September 2015, Case C-105/14, Ivo Taricco and Others; 5 December 2017, Case C-42/17, M.A.S. and M.B. », (2018) 14-4 *European Constitutional Law Review* 814-833; Chiara AMALFITANO et Oreste POLLICINO, « Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note », *Verfassungsblog* (5 juillet 2018), en ligne : <<https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>>.

¹⁰²² Sur ce point, voir *infra*, §2, section 2, Chapitre 1, Partie 2, Titre II.

¹⁰²³ En réponse à la question préjudicielle posée par le Tribunal di Cuneo (Italie), la CJUE a répondu en soutenant que les règles italiennes de prescription, en particulier les règles sur l'interruption du délai visé à l'article 161 du code pénal avant la modification apportée par le décret-loi n° 70 du 13 mai 2011, converti en loi n° 106 du 12 juillet 2011, impliquent une renonciation substantielle du système juridique italien à la poursuite des délits relatifs à la fraude aux obligations en matière de TVA. Pour plus amples informations sur ce point voir aussi : Roberto MASTROIANNI, « Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco », (2016) *Diritto Penale Contemporaneo*, 2.

¹⁰²⁴ CJUE, 8 septembre 2015, C-105/14, *Taricco e.a.*, Rec Num.

interne des États membres, de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante¹⁰²⁵.

803. L'arrêt *MAS et MB*¹⁰²⁶, nommé improprement *Taricco II* et étant, en réalité, la suite de l'arrêt *Taricco* de 2015, est venu nuancer partiellement la position affirmée par la CJUE en 2015, dans l'objectif unique d'harmoniser le rôle de la Cour constitutionnelle italienne dans l'unité d'interprétation du droit de l'UE¹⁰²⁷.

804. Sur le plan de la procédure pénale, notamment en matière de protection des victimes, dans l'affaire *Pupino*¹⁰²⁸, la CJUE a interprété extensivement la décision cadre 2001/220/JAI¹⁰²⁹ afin de garantir son effet utile à la lumière du respect des PGD et des droits fondamentaux. En matière de mandat d'arrêt européen, avec l'arrêt *Melloni*, la CJUE a choisi d'agir de façon vigoureuse pour la protection des « principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »¹⁰³⁰. Sur la même base, si l'arrêt *Căldăraru*¹⁰³¹ a d'une part confirmé la lecture de l'article 53 de la CDFUE faite par la CJUE dans l'arrêt *Melloni* – selon lequel le niveau de protection plus élevé des droits fondamentaux est un principe immanent en droit de l'UE, mais soumis à la condition qu'il n'entrave pas l'unité, l'uniformité et l'efficacité du droit de l'UE –, il a d'autre part clarifié l'existence d'une dérogation « implicite » à l'obligation de transfert prévue dans le cadre du MAE lorsqu'il y a un risque « raisonnable » que la personne soit exposée à des traitements « inhumains et dégradants » incompatibles avec l'article 4 CDFUE.

¹⁰²⁵ CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, affaire C-105/14. Rec num point 52.

¹⁰²⁶ CJUE, 5 décembre 2017, C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, Rec. Num.

¹⁰²⁷ Sur ce voir *infra*, §2, section 2, Chapitre 1, Partie 2, Titre II.

¹⁰²⁸ CJUE, 16 juin 2016, *Procédure pénale contre Maria Pupino*, C-105/03 [2005].I-05285.

¹⁰²⁹ CONSEIL EUROPÉEN, 2001/220/JAI: *Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales*, [2001] JO, L 82, p. 1-4.

¹⁰³⁰ CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscale*, affaire C-399/11. Rec num, point 48 et 63.

¹⁰³¹ CJUE, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, *supra* note 804.

805. L'analyse de ces arrêts nous permet aisément de conclure qu'en matière pénale, grâce à l'action de la CJUE, des avancées significatives se sont produites dans le sens de l'harmonisation des législations entre systèmes nationaux et ordre juridique de l'UE – incluant donc les droits fondamentaux. Ceci est confirmé, notamment, par la production législative abondante, en droit de l'UE, en matière de droit pénal substantiel et, plus encore, en matière de procédure pénale¹⁰³². Si cette évolution dans lesdits domaines a été fort probablement façonnée par le vent interprétatif soufflant de Luxembourg, une aussi prompte réaction du Parlement et du Conseil n'a pas encore vu le jour en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

2) *L'absence d'une réponse législative adéquate aux inputs venant de la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes*

806. Le nombre d'arrêts prononcés chaque année par la CJUE en matière d'immigration irrégulière ne cesse d'augmenter¹⁰³³, notamment depuis que le *Traité de*

¹⁰³² Pour citer certains des derniers actes législatifs adoptés par l'UE en matière pénale : *Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal*, (2018) 284, 32018L1673; *Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales*, (2016) 132, 32016L0800; *Directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen*, (2016) 297, 32016L1919; *Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen*, JO L 283 du 31.10.2017, p. 1–71; *Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales*, (2016) 065, 32016L0343.

¹⁰³³ Voir pour tous : CJUE, *Rapport annuel 2015 activité judiciaire*, 2015 à la p 33 à 39, en ligne : <curia.europa.eu>; CJUE, *Rapport annuel 2017 activité judiciaire*, 2017 à la p 39 à 50, en ligne : <curia.europa.eu>; CJUE, *Rapport annuel 2018 activité judiciaire*, 2018 à la p 53 à 60, en ligne : <curia.europa.eu>.

Lisbonne a confié une compétence pleine en ce domaine aux juges de Luxembourg¹⁰³⁴. L'analyse attentive et rigoureuse de la jurisprudence de la CJUE portant sur la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes occupera une place importante dans les pages qui suivent¹⁰³⁵. Cependant, à ce stade de notre étude, une réflexion s'impose sur les obstacles à l'évolution législative consécutive aux nombreux principes dégagés par la CJUE.

807. Il est opportun de préciser que la doctrine admet désormais de façon unanime l'insuffisance de la production législative de l'UE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes¹⁰³⁶. Cet élément étant l'un des postulats de notre démonstration, nous ne risquons donc pas ici de tomber dans l'erreur méthodologique que les latins nommaient « *petitio principii* »¹⁰³⁷, car la finalité de la présente sous-section est bien de montrer l'impossibilité d'une réponse univoque à l'interrogation concernant la nécessité (et l'efficacité) d'un arrêt *Van Gend en Loos* en matière migratoire.

808. Une telle analyse, visant à mettre en évidence les déficits structurels des compétences de l'UE en matière d'immigration, ne pourra pas avoir d'autre point de départ que les Traités.

809. Il est d'abord nécessaire de préciser où se situe la protection des droits fondamentaux des migrants irréguliers au sein de la politique migratoire de l'UE. Pour ce

¹⁰³⁴ À complément de la communautarisation de l'ancien troisième pilier, obtenue avec le Traité d'Amsterdam, tel que rappelé dans les pages précédentes de la présente étude, le traité de Lisbonne a permis l'interprétation de l'ensemble de l'acquis communautaire, y compris de la matière migratoire, à la lumière des droits fondamentaux inscrit dans la CDFUE.

¹⁰³⁵ Voir *infra*, Chapitre 2, Titre 1, Partie II et Chapitre 1, Partie I, Titre II, Partie II.

¹⁰³⁶ Pour tous voir : Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146; Daniel THYM, « A Bird's Eye View on ECJ Judgments on Immigration, Asylum and Border Control Cases », (2019) 21-2 *European Journal of Migration and Law* 166-193.

¹⁰³⁷ La « pétition de principe » est un sophisme consiste à faire « une démonstration qui contient déjà l'acceptation de la conclusion, ou qui n'a de sens que lorsque l'on accepte déjà cette conclusion », sur ce point voir : Le Cortex collectif sur la pensée critique de l'Université Grenoble-Alpes, « Pétition de principe – Le Cortecs », en ligne : <https://cortecs.org/language-argumentation/sophisme-la-petition-de-principe/> (consulté le 2 mai 2020).

faire, regardons le titre V du TFUE consacré à l'ELSJ et organisé en 5 chapitres différents. Le premier chapitre présente les « politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration ». Or, en regardant de près l'article 79 TFUE, il nous semble assez clair que parler de politique – au singulier – d'immigration est impropre, car il existe bien une politique d'immigration régulière (art. 79, paragraphe 2, lettre a), des mesures visant l'intégration des ressortissants de pays tiers (art. 79 TFUE, lettre b) et une politique d'immigration irrégulière caractérisée par une dimension préventive et répressive (article 79, paragraphe 2, lettre c et d). Il paraît alors plus conforme à l'esprit du droit primaire de parler de politiques d'immigration.

810. Les divergences entre les politiques migratoires que nous venons de décrire ne sont pas que terminologiques. De surcroît, la différence de base légale révèle, pour chacune, un niveau précis d'intégration possible des systèmes juridiques des États membres avec l'ordre juridique de l'UE, qui se traduit dans une production législative – de droit dérivé – plus ou moins vaste.

811. Malgré les difficultés rencontrées lors de l'adoption d'une législation couvrant tous les domaines de l'immigration légale et de l'intégration des ressortissants des pays tiers (main-d'œuvre qualifiée, recherche et innovation, travailleurs non qualifiés, etc.), l'UE a su développer, dans ces champs, une approche consistant à adopter une législation sectorielle, par catégorie de migrants, afin d'élaborer une politique harmonisée en matière de migration légale au niveau de l'Union¹⁰³⁸.

812. En matière d'immigration irrégulière, la production normative n'est guère comparable à celle des autres domaines de l'immigration. Ceci est dû au fait qu'aucune disposition n'est prévue en droit primaire pour harmoniser les dispositions légales et réglementaires des États membres, l'UE se limitant à promouvoir la coopération entre ses

¹⁰³⁸ Pour les principaux actes législatifs en la matière : Directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier; Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, 155, JO L 155 du 18/6/2009.

États. Cette marge d'appréciation quasi infinie des États membres trouve sa seule et unique limite dans l'application des droits fondamentaux et dans l'application du principe de solidarité prévu à l'article 80 TFUE¹⁰³⁹.

813. Il s'agit d'une limite d'attribution de compétence à l'UE. Dans aucun autre champ couvert par le titre V du TFUE, l'Union ne souffre d'un tel manque de compétence de l'UE. La gestion des frontières, corollaire direct du bon fonctionnement du marché commun ainsi que de l'ELSJ, trouve sa base légale dans l'article 3, paragraphe 2, du TUE ainsi que dans les articles 67 et 77 TFUE; la politique d'asile de l'UE inspirée par la *Convention de Genève*¹⁰⁴⁰ est fondée à la fois sur l'article 67, paragraphe 2, article 78, article 80 du TFUE et sur l'article 18 CDFUE; enfin, la coopération en matière pénale a pour base légale les articles 82 à 86 du TFUE, en plus des articles 87 et 88 TFUE concernant la coopération policière. Dans ce dernier domaine, on ne peut que constater l'existence d'un élément majeur qui le différencie par importance de tous les autres que nous venons de nommer, à savoir la disposition du paragraphe 1 de l'article 82, selon laquelle la coopération en matière pénale « inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

814. Cela nous rappelle, encore une fois, que la discipline de l'immigration irrégulière en droit de l'UE suit une évolution *sui generis* et diffère, tant des autres champs de la politique migratoire que de la matière pénale, car : « l'entraide répressive demeure marquée par son empreinte intergouvernementale, autant que les politiques migratoires le demeurent par la vision souveraine des États membres »¹⁰⁴¹. En plus, « le choix de placer le

¹⁰³⁹ « Les politiques de l'Union visées au présent chapitre et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. Chaque fois que cela est nécessaire, les actes de l'Union adoptés en vertu du présent chapitre contiennent des mesures appropriées pour l'application de ce principe ».

¹⁰⁴⁰ Relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et son protocole du 31 janvier 1967.

¹⁰⁴¹ Henri LABAYLE, « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos? », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013 à la page 198.*

droit de l'immigration sous l'emprise de textes internationaux à la valeur supérieure, tels que la convention de Genève et la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), relativise son autonomie »¹⁰⁴².

815. La place des droits fondamentaux des personnes migrantes se situe alors de manière transversale là où les compétences limitées de l'UE rencontrent les bastions de la souveraineté des États. Plus précisément, les situations de danger (réel et potentiel) pour les droits des personnes migrantes, faisant l'objet de la jurisprudence de la CJUE, se placent au carrefour entre le contrôle aux frontières effectué par l'UE (via ses agences) et par les autorités nationales, la politique d'asile et de protection subsidiaire et la politique d'immigration irrégulière.

816. Au vu de ces considérations, la réponse à l'interrogation concernant la nécessité d'un arrêt *Van Gend en Loos* qui puisse faire la lumière sur les nombreuses zones grises qui caractérisent les frontières entre droit pénal (criminalisation des migrations), droit de l'immigration et droits fondamentaux nécessite des réflexions poussées et une analyse attentive et rigoureuse de la jurisprudence récente de la CJUE qui nous occupera dans les pages suivantes¹⁰⁴³.

817. Pour l'instant, nous nous limitons à affirmer qu'au vu du niveau d'intégration atteint par l'UE aujourd'hui, vouloir combler le vide laissé par le législateur UE avec un arrêt *Van Gend en Loos* qui n'a jamais vu le jour en matière migratoire nous semble être une solution peu viable.

SECTION 2 : LE RÔLE DES TRADITIONS CONSTITUTIONNELLES DES PAYS MEMBRES : FREIN OU ACCÉLÉRATEUR DE L'ACTION DE LA CJUE POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'ELSJ

¹⁰⁴² *Ibidem*, à la p. 199.

¹⁰⁴³ *Infra*, Chapitre 2, Titre 1, Partie II et Chapitre 1, Partie I, Titre II, Partie II

818. « Unis dans la diversité », voici la devise de l'UE proposée conjointement au projet de Constitution européenne ensuite avorté en 2005 comme conséquence des référendums français et hollandais. Nicole Fontaine, à l'époque Présidente du Parlement européen, fut la première à prononcer officiellement cette expression le 4 mai 2000, dans sa version latine : « *In Varietate Concordia* ». Cette devise, choisie pour représenter l'âme complexe de l'UE, signifie qu' « au travers de l'Union européenne, les Européens unissent leurs efforts en faveur de la paix et de la prospérité, et que les nombreuses cultures, traditions et langues différentes que compte l'Europe constituent un atout pour le continent »¹⁰⁴⁴.

819. Loin de vouloir rentrer ici dans le mérite du débat concernant à la fois les modalités avec lesquelles l'UE a relevé le mandat implicite dans sa devise et les résultats qui s'en sont suivis, nous nous concentrons sur la « diversité » qui, sur le plan juridique, existe et résiste entre pays membres, parfois au détriment de l'« Unité » recherchée.

820. Face à l'échec d'une réforme structurelle aboutissant à une constitution formelle pour l'UE, la CJUE a joué, et continue de jouer, un rôle décisif pour la convergence vers un « *novum jus commune europaeum* »¹⁰⁴⁵ grâce à son action prétorienne, notamment en matière de droits fondamentaux (§1.). Dans son activité interprétative, dépendamment du moment historique, la CJUE trouve, dans les cours constitutionnelles des pays membres, des alliés de confiance ou des ennemis farouches (§2). S'agissant de l'interaction entre les traditions constitutionnelles des pays membres et la jurisprudence de la CJUE, la matière migratoire ne se différencie pas du discours global sur la protection des droits fondamentaux. Ceci nous permet de procéder, dans les lignes qui suivent, avec une approche générale.

§1. LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX AU CARREFOUR ENTRE *JUS COMMUNE*

¹⁰⁴⁴ UE, « La devise de l'Union européenne », *Union Européenne* (2016), en ligne : <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_fr> (consulté le 7 mai 2020).

¹⁰⁴⁵ Luigi LACCHÈ, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, Giapichelli, Torino, *forum historiae iuris*, 2003 point 32.

EUROPAEUM ET IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES DES ÉTATS MEMBRES

821. La complexité du droit en Europe est une histoire ancienne, tout autant que la recherche d'unité, qui demeure, sur le plan juridique, une véritable chimère. La première œuvre accréditée d'unification du droit remonte – selon la tradition juridique – au « Digeste » et au Code Justinien (529 ap. J.-C.). À partir de ce moment, l'expression « droit commun » – *jus commune* en latin – apparaît dans l'histoire du droit, sans signification univoque pour autant. En quelque sorte, la notion même de « droit commun » est encore à la recherche d'une véritable définition¹⁰⁴⁶. Environ six-cents ans après sa création, le *jus commune* romano-canonique entre dans une crise définitive au cours du XVIII^e siècle, qui l'amènera – selon l'avis de plusieurs auteurs – à périr naturellement « en raison de son incapacité à évoluer constitutionnellement »¹⁰⁴⁷, puis à trouver « une continuité dans ce type de droit commun, droit qui, tout aussi commun, en vient à être celui des droits de la liberté »¹⁰⁴⁸.

822. L'affirmation « des libertés » dans un quelconque ordre juridique est donc, depuis toujours, à la fois source de création et de destruction. L'UE s'inscrit, elle aussi, précisément dans ce socle, avec sa propre Cour qui – notamment dans les premières décennies de vie des communautés – a relevé la lourde tâche d'affirmer les droits

¹⁰⁴⁶ Voir : Thomas DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive (From a European Legal History Towards a Legal History of Europe in a Global Historical Perspective)*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2012, p. 12.

¹⁰⁴⁷ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución, escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996 tel que cité dans; Luigi LACCHÈ, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, Giapichelli, Torino, *forum historiae iuris*, 2003 au point 19. Le même auteur rappelle que « : « La notion de « commun » - comme le savent bien les historiens du droit - est en soi une notion corrélatrice, elle suppose toujours une condition de diversité (qu'il s'agisse de droits particuliers, de singularité, d'exceptions, etc. interagissant les uns avec les autres), même au sein d'un ordre juridique qui peut être rattaché, de la manière et sous les formes les plus diverses, à des principes communs ».

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, à la pag. 29.

fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire en l'attente qu'un consensus entre les États soit formalisé dans le traité. Cette consécration des droits fondamentaux a eu comme inspiration et, parfois comme limite, les traditions constitutionnelles des pays membres.

823. Le *Traité de Maastricht* de 1992 établit que l'Union doit assurer le respect de « l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques »¹⁰⁴⁹. Forte de cette disposition, toujours vivante d'ailleurs, dans le *Traité de Lisbonne*, pour utiliser les mots du Professeur Antonio Tizzano :

[e]lle [CJUE] a, en définitive, accompli (ou mieux : elle a dû accomplir) une activité « prétorienne », une activité justifiée par la nécessité de l'exercice de la fonction juridictionnelle qui lui avait été confiée, sans toutefois avoir la dotation corrélative de dispositions applicables¹⁰⁵⁰.

824. L'activité interprétative de la CJUE entraînant la création d'une *iurisprudentia commune* et communicante avec les ordres juridiques des pays membres, conduit à élargir la notion traditionnelle de « droit commun » pour en faire un laboratoire juridico-comparatif sophistiqué dans lequel les expériences continentale et anglaise, traditionnellement divisées par un fossé rempli de préjugés, peuvent enfin dialoguer sur le même plan.

825. La CJUE, au nom des droits fondamentaux, est donc autrice d'un « nouveau droit commun européen » (« *novum jus commune europaeum* »)¹⁰⁵¹, dans lequel le droit des

¹⁰⁴⁹ *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, 1757 RTNU 266 (entrée en vigueur: 1er novembre 1993) article F.1. Aujourd'hui repris par: *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JO C 306 (entrée en vigueur: 1er décembre 2009) article 4, paragraphe 2.

¹⁰⁵⁰ Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 225.

¹⁰⁵¹ Luigi LACCHÈ, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, Giapichelli, Torino, forum historiae iuris, 2003 point 32. De plus, au point 16 [Notre traduction]: « commune ne signifie pas unitaire, car il est vrai que cette expérience juridique lointaine a eu lieu sur un terrain commun, mais un terrain commun n'est pas toujours la même chose qu'une expérience unitaire. Nous avons peut-être des points communs, mais ce qui s'y trouve, tout en vivant des mêmes ressources et en se nourrissant des mêmes sources, peut prendre des formes, des physionomies et des rôles absolument différents ».

traités et les actes des autres institutions de l'UE sont interprétés – dans la mesure du possible – à la lumière des traditions constitutionnelles des pays membres.

826. C'est en effet à la Cour que revient le mérite d'avoir donné un caractère organique, systématique et cohérent au droit de l'UE, en relevant ses principes spécifiques, en définissant ses notions et en le caractérisant par rapport aux autres ordres juridiques.

827. Bien avant que la tenue de l'UE ne soit mise à l'épreuve par le référendum sur le projet de constitution, la CJUE avait qualifié les traités comme la « Charte constitutionnelle d'une Communauté de droit »¹⁰⁵², livrant cette notion au patrimoine commun de la doctrine, sans savoir qu'elle deviendrait un véritable slogan publicitaire dans les années à venir. Dans cette approche, les traités deviennent donc « [u]ne charte, [...] dans laquelle trouvent place – aussi sous l'impulsion de la Cour – les principes de légalité, de démocratie, d'égalité, de respect des droits fondamentaux, etc. »¹⁰⁵³.

828. La mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux au sein de la communauté (et ensuite de l'Union) européenne s'est donc bâtie par étapes. Tel que nous l'avons montré plus haut¹⁰⁵⁴, la première ressource utilisée par la CJUE fut les principes généraux du droit consacrés par l'arrêt *Stauder*¹⁰⁵⁵ de 1969. Ensuite, les juges de Luxembourg ont commencé à intégrer ces principes avec des éléments exogènes.

829. Les traditions constitutionnelles communes aux États membres ont été identifiées comme source complémentaire par l'arrêt *International Handelsgesellschaft*¹⁰⁵⁶,

¹⁰⁵² CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, affaire C-294/83, [1986] Rec CE.01339 point 23.

¹⁰⁵³ Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 226.

¹⁰⁵⁴ Voir, *supra*, §1, Section 1, Chapitre 1, Titre 1, Partie II.

¹⁰⁵⁵ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, affaire C-29/69, [1969] Rec CE.I-00419.

¹⁰⁵⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*, affaire C-11/70, [1970] Rec CE.I-01125.

dans lequel la CJUE a affirmé que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » et que « la sauvegarde des droits fondamentaux, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, devait être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté constitutionnelles communes aux États membres »¹⁰⁵⁷.

830. Les instruments internationaux de protection des droits fondamentaux rentrent dans la jurisprudence de la CJUE avec l'arrêt *Nold*¹⁰⁵⁸ afin de compléter la protection offerte par les principes généraux de droit et les traditions constitutionnelles communes. Et, à distance d'à peine une année, en 1975, avec l'arrêt *Rutili*¹⁰⁵⁹, la CJUE fait, pour la première fois, référence à la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux (CEDH).

831. Enfin, avec le *Traité de Lisbonne*, la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* rentre parmi les sources primaires de protection des droits fondamentaux. Quant à l'utilité de la CDFUE, la doctrine a exprimé de nombreux doutes¹⁰⁶⁰, car elle introduit dans le

¹⁰⁵⁷ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire C-11/70, [1970] Rec CE, I-01125 point 4; Néanmoins, Remedem remarque qu' " il ne s'agissait pas de la première référence aux principes communs aux États membres. En effet, dans une affaire « Algera » de 1957, la Cour avait affirmé la nécessité, en l'absence de règles fixées par le Traité, de s'inspirer des principes généralement admis par le droit des États membres. C.J.C.E., 12 juillet 1957, aff. jtes 3/57 à 7/57, « Algera c/ Assemblée commune », Rec., III, p. 83. Concernant le principe de la révocabilité des actes administratifs illégaux dans le silence des Traités", Arnaud Remedem, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2013 à la p 133, note 442.

¹⁰⁵⁸ CJCE, 19 novembre 1996, *Siemens AG contre Henry Nold.*, affaire C-42/95, [1995] Rec CE, I-06017.

¹⁰⁵⁹ CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, affaire C-36/75, [1975] Rec CE, 01219.

¹⁰⁶⁰ Le Professeur Carlos Ruiz Miguel parle ouvertement de « charte inutile » Carlos RUIZ MIGUEL, « Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 2015.13.121-135, par. 51; Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 231.

mécanisme délicat d'évolution du droit de l'UE, des éléments de rigidité qui ont soulevé d'âpres débats avec les cours constitutionnelles des pays membres.

832. Dans le prochain paragraphe, nous verrons en détail dans quelle mesure le dialogue entre la CJUE et les cours constitutionnelles des pays membres a servi à l'évolution de la protection des droits fondamentaux.

§2. LES COURS CONSTITUTIONNELLES DES PAYS MEMBRES ENNEMIS ET ALLIÉS DE LA CJUE POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

833. La dernière de nos réflexions préliminaires sur le rôle de garante des droits fondamentaux acquis par la CJUE – avant de concentrer notre analyse entièrement sur la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière – passe par l'étude des relations parfois tourmentées entre cette Cour et les cours constitutionnelles des pays membres.

834. Il s'agit d'une véritable conquête pour la CJUE que d'offrir aux citoyens européens une protection juridictionnelle effective et efficace de leurs droits individuels ainsi que des droits fondamentaux. Une telle réussite repose sur la pluralité de sources sur lesquelles se base l'action interprétative des juges de Luxembourg¹⁰⁶¹. L'arrêt *Johnston*¹⁰⁶² représente une bonne synthèse de ce pluralisme de sources, car la Cour de justice affirme s'inspirer à la fois des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des articles 6 et 13 de la CEDH pour reconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, en tant que principe général du droit.

835. Le professeur (et juge de la CJUE) Antonio Tizzano rappelle que

[I]'établissement des relations entre la Cour de justice et les cours constitutionnelles nationales a été marqué par beaucoup d'incertitudes, et même par des difficultés notables, en raison surtout du fait que les réactions initiales des cours suprêmes nationales avaient été plutôt réservées et souvent empreintes d'une certaine méfiance, sinon d'une logique conflictuelle. Avec le temps, toutefois, ces résistances se sont de plus en plus atténuées et, au-delà des incertitudes et des disputes théoriques persistantes (mais moins animées), elles se sont progressivement transformées dans une attitude d'un tout autre registre, au point que les relations entre les juridictions ont désormais lieu de

¹⁰⁶¹ *Supra*, §1, Section 2, Chapitre 1, Titre 1, Partie II.

¹⁰⁶² CJCE, 15 mai 1986., *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84.[1986] Rec CE 01651.

manière absolument satisfaisante et que tout laisse penser qu'il en sera de même dans le futur¹⁰⁶³.

836. L'optimisme du Prof. Tizzano et la confiance envers des relations toujours plus étroites entre CJUE et cours constitutionnelles des pays membres est due au fait que le passage cité est un extrait d'un article publié en 2012. Il est fort probable que, s'il avait à réécrire sur le même sujet en 2020, sa position serait plus nuancée.

837. En effet, suite à une première phase de « résistance » et de méfiance, les cours constitutionnelles ont progressivement montré de l'intérêt envers un dialogue constructif, instaurant une sorte de « paix judiciaire » qui a duré de longues années. Néanmoins, l'histoire jurisprudentielle récente fait preuve d'échanges plus tendus, qui ravivent la flamme des anciennes divergences que l'on croyait désormais archivées entre ordre juridique de l'UE et traditions constitutionnelles.

838. Il est opportun de rappeler que la prise en compte de l'identité nationale par la CJUE n'a pas toujours été à sens unique, visant l'élargissement à tout prix des compétences de la Cour et, donc, de l'UE elle-même. Au contraire, dans la jurisprudence de la CJUE l'identité nationale a pu être également prise en compte comme un élément de justification d'une restriction de droits reconnus par le droit de l'Union¹⁰⁶⁴.

839. Certaines cours constitutionnelles nationales ont grandement participé à ce dialogue, arrivant à mettre en exergue de véritables mécanismes de protection des principes fondamentaux de l'ordre juridique national face aux menaces potentielles venant de la production normative de l'UE ou de l'activité interprétative de la CJUE. Les interactions avec le Tribunal constitutionnel allemand (A) et avec la Cour constitutionnelle italienne (B) nous offrent la possibilité de montrer pleinement cette dynamique parfois constructive, parfois plus problématique.

¹⁰⁶³ Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 233.

¹⁰⁶⁴ Francesco MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 2e ed, Dalloz, Paris, 2019, p. 175.

A. Le dialogue de la CJUE avec la Cour constitutionnelle allemande

840. La jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand est, à cet égard, l'une des plus abouties. Dans son arrêt dit *Solange I* du 29 mai 1974¹⁰⁶⁵, la Cour de Karlsruhe a ainsi exprimé une réserve constitutionnelle face à la primauté inconditionnelle du droit communautaire sur le droit national, affirmée (entre autres) dans les arrêts *Costa/ENEL*¹⁰⁶⁶ et *Internationale*¹⁰⁶⁷. Avec l'expression allemande « solange » – devenue célèbre par la suite – les juges de l'ancienne République fédérale (RFA) ont voulu affirmer que, « tant et aussi longtemps » que les droits fondamentaux ne seraient pas garantis dans l'ordre juridique communautaire d'une manière équivalente à celle assurée par la Loi fondamentale allemande, ils se réserveraient le droit de contrôler la conformité des actes de l'UE avec la constitution nationale.

841. Cette limitation « verticale », posée au nom de l'identité constitutionnelle, a été ensuite nuancée par la décision dite *Solange II*¹⁰⁶⁸ de 1986. Face aux progrès remarquables effectués par la CJCE avec sa propre jurisprudence protégeant les droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale a, *de facto*, « suspendu son contrôle du respect des droits fondamentaux, aussi longtemps que (« solange ») était assurée de manière générale à l'échelon du droit communautaire une protection des droits fondamentaux essentiellement équivalente à celle qui est indispensable selon la Loi fondamentale »¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ BVerfGE 29 mai 1974, « Solange I ».

¹⁰⁶⁶ CJCE, 5 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, affaire C-6/64, [1964] Rec CE.I-01141.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*, affaire C-11/70, [1970] Rec CE.I-01125.

¹⁰⁶⁸ BVerfGE 22 octobre 1986, « Solange II ».

¹⁰⁶⁹ Christine LANGENFELD, *La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne*, Conseil Constitutionnel Français, 2019, en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union> (consulté le 9 mai 2020).

842. Lors de la ratification des traités instituant l'UE et l'Union monétaire, cette position protectionniste de l'identité constitutionnelle a aussi posé des limites à tout transfert des compétences à l'Union qui ne soit pas préventivement examiné par le parlement allemand. Dans l'arrêt *Maastricht*¹⁰⁷⁰, concernant la création de la monnaie unique, la même Cour constitutionnelle a affirmé que « les citoyens allemands ont consenti au transfert de la compétence monétaire à l'Union avec la création de la monnaie unique » et que « ce transfert comporte une limite en ce que l'Union doit préserver la stabilité monétaire et l'indépendance de la Banque centrale européenne »¹⁰⁷¹.

843. Les juges constitutionnels allemands sont allés encore plus loin en affirmant, dans le même arrêt, que l'Union n'est pas un État et que les États membres demeurent les « maîtres des traités » (en allemand « *Herrenverträge* »). Cette position a d'ailleurs été réitérée dans l'arrêt *Lisbonne*¹⁰⁷², concernant le traité homonyme.

844. Dans une décision rendue en 2015¹⁰⁷³ au sujet du mandat d'arrêt européen, la Cour constitutionnelle fédérale a ouvert, pour la première fois, une possible dimension « horizontale » de l'application de la doctrine *Solange II*. S'agissant alors du niveau de protection des droits fondamentaux entre les États membres, le Tribunal de *Karlsruhe* affirmait que, tant que tous les États membres respectaient les droits fondamentaux essentiels

¹⁰⁷⁰ BVerfG 12 oct. 1993, 2 BvR 2134/92; BVerfGE 89, 155, NJW 1993, 3047.

¹⁰⁷¹ Francesco Martucci, *Droit de l'Union européenne - 2e éd.*, Dalloz, 2019 à la p 96 : « Si l'article 23 de la Loi fondamentale constitue le fondement de la ratification du traité (en l'occurrence de Maastricht), la participation à l'Union ne saurait vider de sa substance le droit de vote des citoyens allemands dont l'exercice garantit la légitimation démocratique. Les transferts de compétence à l'Union doivent donc être consentis par le Parlement afin de garantir le respect du principe démocratique. En conséquence, dans l'exercice des compétences transférées, l'Union ne doit pas outrepasser les limites fixées par la loi de ratification dès lors qu'un transfert non consenti conduit à vider de sa substance le droit de vote et à violer le principe de démocratie garantis par la Loi fondamentale allemande ».

¹⁰⁷² BVerfG 30 juin 2009, II. Senat, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09

¹⁰⁷³ Arrêt du 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14, Recueil BVerfGE 140, p. 317.

garantis par le droit de l'Union, le principe de la confiance mutuelle¹⁰⁷⁴ au sein de l'ELSJ s'appliquait. Plus précisément, elle a affirmé

que la confiance mutuelle que le droit de l'Union exige, dans le cadre de la coopération dans l'ELSJ, entre les États membres au sujet de leur caractère d'État de droit doit connaître une limite, lorsque la réalité de la situation des droits fondamentaux dans un État membre est susceptible de constituer une atteinte à la dignité humaine¹⁰⁷⁵.

845. Christine Langenfeld, Juge de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, remarque que, sur ce point, « la décision de la Cour constitutionnelle fédérale rejoint, du moins dans ses effets concrets, l'arrêt *Melloni* de la CJUE » dans lequel cette dernière a reconnu que « l'examen d'une décision de remise d'une personne à l'État d'émission d'un mandat d'arrêt européen [...] était possible »¹⁰⁷⁶ sous couvert du « respect des droits fondamentaux nationaux, au sujet desquels l'article 53 de la Charte dispose que leur niveau de protection ne doit pas être limité par la Charte »¹⁰⁷⁷, et « pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »¹⁰⁷⁸.

846. Parallèlement, appelé à se prononcer sur la compatibilité constitutionnelle des Opérations monétaires sur Titres (OMT) de la BCE – au regard du principe de représentation démocratique dans l'adoption d'actes limitant la souveraineté de l'État – le Tribunal de Karlsruhe a montré une attitude plus conciliante. Estimant que seule la CJUE était compétente pour apprécier la validité d'un acte de l'Union, le Tribunal allemand a donc posé

¹⁰⁷⁴ Pour plus ample information sur la notion de confiance mutuelle appliqué aux procédures d'asile en droit européen voir Luc Lebœuf et Sylvie Saroléa, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, UCL, Anthemis, 2016.

¹⁰⁷⁵ Christine LANGENFELD, *La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne*, Conseil Constitutionnel Français, 2019, en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union> (consulté le 9 mai 2020).

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁸ CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, affaire C-399/11. Rec num point 60.

une question préjudicielle à la Cour de justice. Celle-ci, dans l'affaire *Gauweiler e.a.*¹⁰⁷⁹, a estimé que le programme OMT de la BCE était compatible avec le droit de l'UE. Se sentant encore menacée dans son identité constitutionnelle, la Cour allemande a de nouveau saisi la CJUE, cette fois concernant le programme dit de *quantitative easing*, grâce auquel la BCE procède à l'achat de titres publics des États membres et la CJUE a confirmé de nouveau la compatibilité de cette pratique avec le droit primaire¹⁰⁸⁰.

847. Au moment où nous écrivons, le « bras de fer » entre Karlsruhe et Luxembourg n'est pas encore terminé. Le 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle allemande s'est à nouveau prononcée sur la compatibilité des opérations de *quantitative easing*, posant un ultimatum de trois mois à la BCE pour justifier une telle pratique sur le plan du principe de proportionnalité, critiquant durement la position déjà exprimée par la CJUE notamment dans ses arrêts *Gauweiler* et *Weiss*. Prouvant la gravité d'une telle manifestation de force, la CJUE a dû intervenir de façon totalement inédite via un communiqué de presse dans lequel elle rappelle qu'

[a]fin d'assurer une application uniforme du droit de l'Union, seule la Cour de justice, créée à cette fin par les États membres, est compétente pour constater qu'un acte d'une institution de l'Union est contraire au droit de l'Union. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité de tels actes seraient en effet susceptibles de compromettre l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de porter atteinte à la sécurité juridique (Arrêt Foto-Frost C-314/85, points 15 et 17). Tout comme d'autres autorités des États membres, les juridictions nationales sont obligées de garantir le plein effet du droit de l'Union (Arrêt, Adeneler e.a. C-212/04, point 122). Ce n'est qu'ainsi que l'égalité des États membres dans l'Union créée par eux peut être assurée¹⁰⁸¹.

848. Ce que nous venons d'exposer montre à quel point l'équilibre entre la protection des identités constitutionnelles des États membres et le rôle de la CJUE comme garante des droits fondamentaux n'est pas quelque chose d'acquis et d'immuable, mais qu'il

¹⁰⁷⁹ CJUE, 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, affaire C-62/14. Rec num.

¹⁰⁸⁰ CJUE, 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, affaire C-493/17. Rec num.

¹⁰⁸¹ CJUE, Communiqué de presse n° 58/20 du 8 mai 2020, Communiqué de presse à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020.

s'impose plutôt comme un terreau fertile pour de nouvelles étapes de l'intégration européenne.

B. Le dialogue de la CJUE avec la Cour constitutionnelle italienne

849. Parmi les instruments aptes à préserver le noyau dur des constitutions nationales, la *Corte Costituzionale*, du côté italien, a développé la doctrine dite « des contre-limites » (*contro limiti*), qui apparaît comme étant un instrument particulièrement privilégié afin d'obtenir les résultats précédemment indiqués.

850. Dès le *Traité de Rome*, elle a considéré que le droit communautaire impliquait des limitations à la souveraineté, matérialisées par le transfert d'une partie du pouvoir législatif aux Communautés et une limitation de l'autonomie des régions¹⁰⁸².

851. En revanche, le Juge constitutionnel italien a rapidement relevé que si de telles limitations à la souveraineté pouvaient être autorisées par la loi ordinaire sur le fondement de l'article 11 de la Constitution italienne, elles ne devaient pas induire une « privation radicale d'expression de la volonté souveraine des organes législatifs des États membres »¹⁰⁸³.

852. En vertu de ce raisonnement, que la doctrine synthétise sous l'expression de « contre-limites », la Cour constitutionnelle italienne a posé une véritable réserve de constitutionnalité, s'autorisant donc à contrôler un acte communautaire qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien et aux droits inaliénables de la personne humaine¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Corte Costituzionale 7 mars 1964, Costa, n. 14 ; 8 juill. 1969, ESPI, n. 120 ; 27 déc. 1973, Frontini, n. 183

¹⁰⁸³ Corte Costituzionale 30 oct. 1975, Industrie chimiche dell'Italia centrale, n. 232.

¹⁰⁸⁴ Corte Costituzionale 27 déc. 1973, Frontini, n. 183 ; 8 juin 1984, Granital, n. 170 ; 21 avr. 1989, Fragd, n. 232 ; 18 avr. 1991, Spa Industria Dolciaria Giampaoli, n. 168.

853. L'exemple italien a été repris dans d'autres systèmes nationaux, tel que rappelé par le Prof. Tizzano :

La doctrine des contre limites ci-dessus évoquée n'est pas restée une exclusivité de la Cour constitutionnelle italienne (de même que de la Cour constitutionnelle allemande qui l'a élaborée presque à la même époque). En effet, quoiqu'avec une formulation et une portée différente, cette doctrine s'est diffusée auprès de toutes les juridictions suprêmes nationales qui se sont prononcées sur ce point ; au fur et à mesure, elles ont évoqué les (contre)limites dérivant de la protection des principes « fondamentaux » ou « essentiels », du « noyau dur », de « l'identité constitutionnelle » et, en général, de la protection des valeurs fondamentales de l'État¹⁰⁸⁵.

854. Comme pour le conflit avec la Cour constitutionnelle allemande, le progrès fait par la CJUE en matière de protection de droits fondamentaux a progressivement désamorcé le risque qu'une telle mesure soit mise en pratique par les juges italiens. Cela a duré jusqu'à ce que les affaires *Taricco*¹⁰⁸⁶ ne ravivent l'intérêt d'un retour en arrière avec l'exhumation de la théorie des contres limites.

855. Cette « saga » judiciaire, que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner¹⁰⁸⁷, porte en elle tout le sens du dialogue des juges au niveau européen. D'une part, la fermeté montrée par la CJUE dans son premier arrêt¹⁰⁸⁸ de 2015 montre l'importance accordée par cette Cour à l'uniformité de l'interprétation du droit primaire et à la protection des intérêts financiers de l'UE prévue à l'article 325 TFUE. De l'autre, la flexibilité dont l'arrêt *M.A.S* de 2018¹⁰⁸⁹ est imbibé, montre qu'il s'agit bien d'un dialogue et pas de monologues des différentes Cours qui risquent de ne jamais se croiser.

¹⁰⁸⁵ Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D'ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 234.

¹⁰⁸⁶ Corte Costituzionale 26 janv. 2017, ord. n. 24 ; Corte Costituzionale 31 mai 2018, M.A.S., M.B., n. 115.

¹⁰⁸⁷ Voir *Supra*, §2, lettre A sous 1), Section 1, Chapitre 1, Titre 1, Partie II.

¹⁰⁸⁸ CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, affaire C-105/14.Rec num.

¹⁰⁸⁹ CJUE, 5 décembre 2017, C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, Rec. Num.

856. Concernant l'utilité et la « faisabilité » de la mise en œuvre de cette doctrine de rupture développée par la Cour constitutionnelle italienne visant à protéger le noyau dur de sa propre Charte constitutionnelle, le Juge Tizzano mène une réflexion fort intéressante, à savoir :

Si cette doctrine devait être poussée à ses limites extrêmes, elle devrait entraîner, là où les conditions seraient réunies, la dénonciation des traités et donc, probablement, le retrait d'un État de l'Union. Il est maintenant évident que, étant donné son irréfutable disproportion, une réaction si radicale finit par rendre purement théorique, pour ne pas dire de façade, et, donc, peu vraisemblable, l'application des contrelimites. En effet, avec tout le respect que l'on peut avoir pour ces juridictions, on a l'impression que, plus une telle « menace » est évoquée et plus on en hausse le ton, plus il apparaît difficile et improbable de la mettre en pratique et que, en définitive, elle constitue un message rassurant dans le cadre purement interne plutôt qu'un signal authentique vers l'extérieur¹⁰⁹⁰.

857. Le même raisonnement s'appliquerait donc aux mécanismes créés par la Cour constitutionnelle allemande, lorsqu'elle aussi voudrait pousser sa position protectionniste jusqu'au bout. De surcroît, « la doctrine en question parvient aussi à des résultats incompatibles avec la nature et la portée du droit de l'Union et, en particulier, avec le rôle assigné par les traités à la Cour »¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹⁰ Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 234.

¹⁰⁹¹ Antonio TIZZANO, « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244 à la page 235.

SECTION 3 : LES INTERACTIONS ENTRE LA CJUE ET LA COUREDH : SOURCE PRÉCIEUSE POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES MIGRANTES

858. Le professeur Denys Simon, dès le tout début des années 2000, dans un célèbre article, écrivait que

[l]e débat sur les relations réciproques des cours de Luxembourg et de Strasbourg apparaît à première vue comme l'un de ces thèmes récurrents sur lesquels tout a été dit, et souvent répété à l'envi, dans des publications cédant généralement au charme discret de l'autocitation, dans des thèses aussi subtiles que redondantes¹⁰⁹².

859. Notre intention n'est donc pas de tomber dans le piège des « déjà dits ou déjà vus » auxquels D. Simon faisait référence, mais plutôt de mettre en exergue la fécondité que ces échanges entre juridictions européennes ont (et ont eu) sur la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes¹⁰⁹³. Ceci s'inscrit parfaitement, d'ailleurs, dans le cadre de la réflexion sur le chemin qui a amené la CJUE à s'affirmer en tant que juge des droits fondamentaux de l'UE.

860. Le dialogue des juges est un « phénomène observable »¹⁰⁹⁴ et un élément incontournable dans un contexte d'internationalisation de l'activité juridictionnelle¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹² Denys SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs* 2001.96.31-49, 1.

¹⁰⁹³ Pour plus d'information sur le dialogue entre juridictions européennes, notamment en matière migratoire voir Jean-Claude BONICHOT et Angelika NUBBERGER, « Dialogue entre juges européens », dans Baptiste BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, une marque de Lextenso, 2016, p. 1269; Guy CANIVET, « Dialogue trans-judiciaire dans un monde international », (2010) N° 2-2 *Les Cahiers de la Justice* 31-50; Fulvia STAIANO, « Questions of Jurisdiction and Attribution in the Context of Multi-Actor Operations in the Mediterranean », dans Fulvio Maria PALOMBINO et Adriana DI STEFANO, *Migration issues before european courts andtribunal*, CNR edizioni, coll. Consiglio Nazionale della Ricerca, 2019, p. 25-44.

¹⁰⁹⁴ Guy CANIVET, « Dialogue trans-judiciaire dans un monde international », (2010) N° 2-2 *Les Cahiers de la Justice* 31-50, 31.

¹⁰⁹⁵ Laurance BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », dans *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009 à la page 115 et ss.

L'Europe, à ce niveau, a été un laboratoire d'avant-garde. La juge Françoise Tulkens, qui a prôné tout au long de sa carrière le dialogue entre juges, synthétisait parfaitement l'évolution de la protection multiniveau offerte par les différents systèmes européens, conçus originellement pour être parallèles et devenus progressivement complémentaires :

les droits de l'homme nous invitent à un renversement de perspective en matière de hiérarchie des normes; en particulier, il nous faut abandonner le modèle kelsenien de la pyramide pour lui préférer celui du réseau [Comme le suggèrent François Ost et Michel van de Kerchove]. La confrontation est alors remplacée par la coexistence, l'opposition par l'altérité et la réciprocité. (...) Les avancées les plus significatives proviendront d'un récit à plusieurs mains, d'un échange constant et respectueux entre tous ceux pour lesquels la justice n'est pas simplement une fonction, mais aussi une expérience et une vertu¹⁰⁹⁶.

861. Au regard de la jurisprudence de la CJUE, les échanges avec la CourEDH font office d'éléments de raccord entre systèmes co-existants de protection des droits fondamentaux. Les juges de Luxembourg se servent alors de ces échanges en guise de « diapason », instrument essentiel pour accorder la multiplicité des sources juridiques et éviter la cacophonie de l'euphémisation des droits fondamentaux.

862. Dans ce cadre, « la question de l'influence réciproque des deux Cours ne peut être appréhendée que dans une perspective dynamique »¹⁰⁹⁷ et englobant tout droit codifié respectivement dans la CEDH et dans la CDFUE. Par souci de cohérence, nous serons obligés de ne prendre en considération que la portion du dialogue touchant la matière migratoire¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Françoise TULKENS et Jean MERCKAERT, « « Nul n'est à l'abri du péril totalitaire » », (2011) n° 324-325-5 *Revue Projet* 7-15, 9.

¹⁰⁹⁷ Denys SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs* 2001.96.31-49, 3.

¹⁰⁹⁸ Il ne s'agira pas de procéder à une analyse détaillée des impacts mutuelles des jurisprudences des cours européennes sur la protection des droits fondamentaux en matière d'asile et d'immigration, mais de montrer avec quelques exemples concrets que la synergie des juridictions est faite de convergences et de divergences. Pour une analyse détaillée des interactions entre CJUE et Cour EDH en matière d'asile et d'immigration voir : Henri LABAYLE et Philippe DE BRUYCKER, *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement Européen, commission LIBE, 2012; EASO, *Analyse juridique. Les procédures d'asile et le principe de non-refoulement*, coll. EASO Professional Development Series for members of courts and tribunals,

Dans les lignes qui suivent, nous analyserons donc – à l’aide d’exemples concrets tirés de la jurisprudence – les convergences réelles (§1) et les divergences souvent apparentes (§2) entre les deux cours qui ont permis à la CJUE de bâtir le système de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes actuellement en vigueur au sein de l’UE avec ses points forts et ses faiblesses.

§1. CONVERGENCES RÉELLES...

863. Les droits fondamentaux en Europe sont, depuis toujours, une matière première brute, présente dans les traits essentiels de tous les systèmes juridiques nationaux, qui nécessite un dur labeur d’interprétation afin qu’elle prenne une forme concrète.

864. « La question de l’influence réciproque des deux Cours ne peut être appréhendée que dans une perspective dynamique »¹⁰⁹⁹ et le mouvement que l’on imagine est de type circulaire et sans solution de continuité. Comme de l’argile sur un tour de poterie, les droits fondamentaux requièrent des mains savantes – celles de la CJUE et de la CEDH – qui peuvent leur donner la meilleure forme.

865. La matière migratoire, de par ses caractéristiques spécifiques – que nous avons déjà évoquées – est particulièrement fragile. Nous nous apprêtons ici à analyser quelques exemples concrets de travail en synergie entre les deux Cours européennes, qui ont permis l’évolution de la législation de l’UE en matière de transfert (A) et de détention (B) de demandeurs d’asile.

EASO, 2018; FRA et CONSEIL DE L’EUROPE, *Droits fondamentaux des réfugiés, des demandeurs d’asile et des migrants aux frontières européennes*, Agence européenne pour les droits fondamentaux / Conseil de l’Europe, 2020.

¹⁰⁹⁹ Françoise TULKENS et Jean MERCKAERT, « « Nul n’est à l’abri du péril totalitaire » », (2011) n° 324-325-5 *Revue Projet* 7-15, 9.

A. L’empreinte laissée par l’interaction des arrêts *M.S.S. c. Belgique* et *N.S.* sur la protection des demandeurs d’asile dans l’UE

866. L’un des exemples les plus évidents de travail « à deux mains » accompli par les cours européennes dans le sens de la protection des droits fondamentaux des demandeurs d’asile s’est déroulé autour des principes qui ont inspiré le règlement Dublin ou, plus précisément, des règlements « Dublin II »¹¹⁰⁰ et « Dublin III »¹¹⁰¹.

867. Le 21 janvier 2011, la Cour de Strasbourg a tranché une affaire¹¹⁰² dans laquelle un réfugié afghan se plaignait de violations de l’article 3 de la CEDH subies lors de l’application du règlement *Dublin II* par les autorités belges. La Belgique, État dans lequel il séjournait, avait en effet disposé de son renvoi en Grèce, pays jugé *a priori* compétent pour examiner sa demande d’asile selon le texte dudit règlement. La Cour EDH a estimé que la décision de renvoi n’avait pas pris en compte l’équivalence entre les différents systèmes d’asile des pays Schengen et a condamné la Belgique pour avoir ordonné le transfert de ce réfugié en Grèce sans vérifier que le pays de destination n’exposait pas le demandeur à des violations des droits de l’Homme.

868. Le fait d’avoir condamné la Belgique pour ne pas avoir considéré les « défaillances systémiques » dont la Grèce souffrait à cause de la concentration de la pression migratoire à ses frontières a aussi généré deux conséquences majeures. D’un côté, la Cour EDH, avec sa décision, a fragilisé – mais seulement en apparence – le principe

¹¹⁰⁰ UE, *Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des États membres par un ressortissant d’un pays tiers.*, JO L 50 du 25.2.2003 (Abrogé).

¹¹⁰¹ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013.

¹¹⁰² *MSS c Belgique et Grèce*, I CEDH n° 30696/09, [2011].121.

« constitutionnel »¹¹⁰³ de la confiance mutuelle entre pays membres de l'UE. De l'autre, l'arrêt *M.S.S. c. Belgique* a mis en exergue les asymétries du système d'asile commun européen, notamment au regard du respect de l'article 3 de la CEDH, repris par l'article 4 de la CDFUE.

869. Quelques mois plus tard, la CJUE a été amenée à relayer, dans l'arrêt *NS*¹¹⁰⁴ du 21 décembre 2011, la jurisprudence de Strasbourg en ce qui concerne le règlement « Dublin », tout en délivrant un enseignement plus général pour la politique européenne d'asile en affirmant, sur la base de l'article 18 de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE* et l'article 78 TFUE, que le système européen commun d'asile est fondé sur le respect intégral et global de la *Convention de Genève*.

870. La CJUE s'est ainsi prononcée sur la portée – et sur les nuances – du principe de confiance mutuelle appliqué au cas d'espèce, déclarant que

dans l'hypothèse où il y a lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre, ce transfert serait incompatible avec ladite disposition¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ Henri LABAYLE, « Escale à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. *Actualités du GDR* (1 mars 2017), p. 9, en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/03/01/informations-generales/escale-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/>> (consulté le 17 mai 2020).

¹¹⁰⁴ CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905.

¹¹⁰⁵ *Ibidem*, point 86. Quelques temps après, avec l'arrêt *Halaf* (CJUE, 30 mai 2013, *Zuheyr Frayeh Halaf contre Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, affaire C-528/11. Rec num.), la même Cour a clarifié, au point 47, que « l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile n'est pas tenu, au cours du processus de détermination de l'État membre responsable, de solliciter un avis du HCR lorsqu'il ressort des documents de cette organisation que l'État membre que les critères énoncés au chapitre III du règlement désignent comme responsable viole les règles du droit de l'Union en matière d'asile. »

871. L'arrêt de Strasbourg (*M.S.S. c. Belgique*) a donc exercé une influence importante sur l'affaire *N.S.*, tranchée à Luxembourg à distance de quelques mois, et cette interaction a inspiré à son tour la refonte du règlement Dublin, entre autres dans son article 3 qui reprend exactement le passage cité de l'arrêt de la CJUE¹¹⁰⁶.

872. L'héritage de cette convergence entre Cour EDH et CJUE, en matière de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, ne cesse de faire évoluer la jurisprudence récente. Dans l'arrêt *C.K. contre Slovénie*¹¹⁰⁷, la CJUE pousse son raisonnement sur les conséquences ultimes du respect de l'article 4 CEDF durant la procédure de détermination de l'État responsable de traiter une demande d'asile. Plus précisément, la question posée par la voie préjudicielle touchait l'opportunité (ou l'obligation) pour l'État de recourir à la clause de souveraineté – ou « clause discrétionnaire » prévue par l'article 17 du règlement Dublin III¹¹⁰⁸ – lorsque le renvoi du demandeur dans le pays de première entrée l'exposerait au risque de traitements inhumains et dégradants.

873. Les faits de cette affaire concernaient une femme syrienne enceinte, entrée en Slovénie en étant passée par la Croatie et s'opposant à son transfert vers ce dernier État à

¹¹⁰⁶ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013 Article 3, paragraphe 2, al. 2 : "Lorsqu'il est impossible de transférer un demandeur vers l'État membre initialement désigné comme responsable parce qu'il y a de sérieuses raisons de croire qu'il existe dans cet État membre des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entraînent un risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable poursuit l'examen des critères énoncés au chapitre III afin d'établir si un autre État membre peut être désigné comme responsable".

¹¹⁰⁷ CJUE, 16 février 2017, *C. K. e.a. contre Republika Slovenija*, affaire C-578/16.Rec num.

¹¹⁰⁸ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013 article 17, paragraphe 1 : « Par dérogation à l'article 3, paragraphe 1, chaque État membre peut décider d'examiner une demande de protection internationale qui lui est présentée par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement ».

cause de son état médical psychiatrique. Son argumentaire reposait sur le fait que le transfert était source, par lui-même, d'un traitement inhumain et dégradant au vu de son état psychologique.

874. En d'autres termes, la Croatie ne souffrant pas de « défaillances systémiques » dans son système d'asile, la CJUE a été appelée à décider si « hors de l'hypothèse de *défaillances systémiques*, une défaillance particulière frappant un individu est-elle susceptible de tenir en échec l'obligation de procéder au transfert ? »¹¹⁰⁹.

875. Contrairement à la solution – très discutable sur le plan juridique – de se détacher de la jurisprudence de la CourEDH pour céder à une interprétation restrictive, proposée par l'Avocat Général Tanchev dans ses conclusions¹¹¹⁰, la CJUE a conclu à une lecture du règlement Dublin III orientée dans le sens de l'Article 4 CDFE et a décidé que :

même en l'absence de raisons sérieuses de croire à l'existence de défaillances systémiques dans l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile, le transfert d'un demandeur d'asile dans le cadre du règlement Dublin III ne peut être opéré que dans des conditions excluant que ce transfert entraîne un risque réel et avéré que l'intéressé subisse des traitements inhumains ou dégradants, au sens de cet article¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ [Notre italique]Henri LABAYLE, « Escalade à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (1 mars 2017), p. 3, en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/03/01/informations-generales/escalade-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/>> (consulté le 17 mai 2020).

¹¹¹⁰ CJUE, 9 février 2017, C-578/16, *Conclusions de l'Avocat Général M. Evgeni Tanchev C. K. e.a. contre Republika Slovenija*, Rec. Num.

¹¹¹¹ CJUE, 16 février 2017, C. K. e.a. contre Republika Slovenija, affaire C-578/16, Rec. num. point 96.

876. Dans la réponse à cette question, la CJUE a confirmé une fois de plus la synergie avec la CEDH inscrivant sa décision dans la ligne de la continuité avec ses arrêts *M'bodj*¹¹¹² et *Abdida*¹¹¹³,

la CJUE s'est coulée dans le moule de la jurisprudence de la Cour EDH pour estimer que la décision d'éloigner un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État membre de renvoi est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention¹¹¹⁴.

877. De plus, comme le remarque H. Labayle, dans l'arrêt *C.K.* la CJUE reprend à son compte la grille de lecture dessinée par l'arrêt *Paposhvili*¹¹¹⁵ de la Cour EDH pour constater que

la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 de la CEDH si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement, que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures, dont les autorités peuvent être tenues pour responsables, et cela à condition que les souffrances en résultant atteignent le minimum de gravité requis par cet article¹¹¹⁶.

878. Il est facile de prévoir que ces influences de la Cour de Strasbourg auront aussi un impact remarquable sur les affaires encore pendantes devant le Juge de Luxembourg¹¹¹⁷

¹¹¹² CJUE, 18 décembre 2014, *M' Bodj contre État belge*, affaire C-542/13. Rec num.

¹¹¹³ CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contre Moussa Abdida*, affaire C-562/13. Rec num.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, à la p. 7.

¹¹¹⁵ 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, II CEDH n° 41738/10, [2017].

¹¹¹⁶ CJUE, 16 février 2017, C-578/16, *C K e.a contre Republika Slovenija*, Rec Num point 68; cité par Henri Labayle, « Escalade à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU) », sect Actualités du GDR (1 mars 2017) à la p 8, en ligne : Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice <<http://www.gdr-elsj.eu/2017/03/01/informations-generales/escalade-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/>> (consulté le 17 mai 2020).

¹¹¹⁷ Au moment où nous écrivons deux questions préjudicielles (article 267 TFUE) ont été posées à la CJUE : dans l'affaire C-402/19, parvenu au greffe le 24.05.2019, la Cour du travail de Liège

en matière de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile au regard de leurs conditions de santé.

B. Un exemple de synergie explicite : les arrêts *Al Chodor* et *Del Rio Prada c. Espagne*

879. Dans les premiers paragraphes de ce chapitre nous avons rappelé qu'à partir de 1969, la CJUE a déclaré que les droits fondamentaux, bien avant que ces derniers ne soient explicitement codifiés, faisaient partie des principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect¹¹¹⁸. Environ deux décennies plus tard, la CJUE a décidé que la CEDH avait une « signification particulière »¹¹¹⁹ parmi les sources juridiques externes auxquelles elle pouvait recourir, et finalement, comme le rappelle opportunément le juge Rosas¹¹²⁰, dans les années 1990, la CJUE a commencé à citer des arrêts individuels de la CEDH pour étayer ses interprétations¹¹²¹.

(Belgique) saisit la CJUE afin d'obtenir l'interprétation des articles 5 et 13 de la directive 2008/115/CE (« retour ») et 9 §2 et 47 de la CDFUE; dans l'affaire C-718/19 la Cour Constitutionnelle française saisit le Juge de Luxembourg elle aussi pour clarifier les limites des restriction à la liberté personnelle à imposer dans le cadre de la procédure retour prévues par la directive 2008/115/CE.

¹¹¹⁸ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, affaire C-29/69, [1969] Rec CE.I-00419 point 7.

¹¹¹⁹ CJCE, 121 septembre 1989, *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes.*, affaires jointes C-46/87 et C-227/88 [1989] Rec CE.X-00133 et X-00145 point 13. « La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (...), revêt à cet effet une signification particulière (voir, notamment, arrêt du 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651) ».

¹¹²⁰ Allan ROSAS, « Separation of Powers in the European Union », (2007) 41-4 *The International Lawyer* 1033-1046, 1041.

¹¹²¹ CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council.*, Affaire C-13/94, [1996] Rec CE.I-02143 point 16.

880. Dans ce cadre il convient d'évoquer l'affaire *Al Chodor*¹¹²², en tant qu'exemple d'une synergie que l'on pourrait définir d'« émancipée » entre les deux juridictions européennes. Cette convergence se concrétise, en fait, par la citation directe de l'une (la CEDH) dans la jurisprudence de l'autre (la CJUE).

881. Les *Al Chodor*, qui sont des ressortissants irakiens d'origine kurde, sont passés par la Turquie pour se rendre en Grèce et ont été arrêtés pendant leur séjour en Hongrie, et leurs empreintes digitales ont été relevées par la police. Dans le but de rejoindre des membres de leur famille en Allemagne, ils ont poursuivi leur voyage, mais ont été arrêtés par la police tchèque et détenus en vertu de l'article 129, paragraphe 1, de la loi tchèque n° 326/1999, en liaison avec l'article 28, paragraphe 2, de Dublin III, c'est-à-dire pour garantir des procédures de transfert en raison d'un « risque non négligeable de fuite ».

882. Dans cette affaire, « la CJUE était appelée à statuer sur la question de savoir si un État membre de l'UE était tenu de définir la notion de « risque non négligeable de fuite » par une disposition contraignante de portée générale ou si une jurisprudence ou une pratique administrative constantes suffisaient pour satisfaire à l'obligation imposée à l'État concerné en la matière »¹¹²³. Comme le rappelle le Président de la CJUE dans son discours prononcé lors de l'Audience solennelle de la CEDH à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2018 :

Il s'agissait là d'une question importante, car la notion en cause constitue la base légale de la détention des demandeurs d'asile. En effet, le règlement Dublin III dispose qu'un État membre peut placer un demandeur d'asile en rétention en vue de garantir les procédures de transfert *uniquement* lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite¹¹²⁴.

¹¹²² CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num.

¹¹²³ Koen LENAERTS, *Intervention de Koen Lenaerts Président de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ouverture de l'Année judiciaire Audience solennelle La CEDH et la CJUE : créer des synergies en matière de protection des droits fondamentaux*, (26 janvier 2018), p. 5.

¹¹²⁴ *Ibidem*, à la page 5.

883. La demande d'interprétation posée à la Cour portait donc sur les articles 2 n) et 28 § 2 du règlement « Dublin III »¹¹²⁵. Compte tenu du fait que la CDFUE « contient des droits correspondant à ceux garantis par la CEDH », et que « l'article 52, paragraphe 3, de la Charte prévoit que le sens et la portée de ces derniers sont les mêmes que ceux que leur confère cette convention, tout en précisant que le droit de l'Union peut accorder une protection plus étendue », la CJUE s'est alors servie directement du catalogue de principes dégagé par la CEDH dans son affaire *Del Rio Prada*¹¹²⁶ afin de définir les critères qui justifient la privation de liberté :

selon la Cour européenne des droits de l'homme, toute privation de liberté doit être régulière non seulement dans le sens que celle-ci doit avoir une base légale en droit interne, mais cette régularité concerne aussi la qualité de la loi et implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté doit être suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout danger d'arbitraire¹¹²⁷.

884. L'Avocat Général Øe, dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Al Chodor* va encore plus loin, lorsqu'au point 40 il observe que « la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'une jurisprudence bien établie constituait une base juridique suffisante à la prolongation de la détention d'une personne au titre de l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH ». La référence explicite est à l'arrêt *Firoz Muneer c. Belgique*¹¹²⁸ dans lequel la CEDH avance une approche encore plus flexible quant à la base légale suffisante à une ingérence dans un droit fondamental.

¹¹²⁵ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013.

¹¹²⁶ CourEDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, II CEDH n° 42750/09, [2013].1 point 125.

¹¹²⁷ CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num point 38.

¹¹²⁸ CourEDH, 11 avril 2013, 56005/10, *Firoz Muneer c. Belgique*, II CEDH 0411, [2013].1 points 59 et 60.

885. Néanmoins, la CJUE dans l'affaire *Al Chodor* a conclu, on le rappelle, dans le sens « que seule une disposition contraignante de portée générale était susceptible de répondre à ces exigences »¹¹²⁹ alignant ainsi sa position à celle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

886. Souvent, la syntonie entre les deux cours européennes est ouvertement déclarée. La convergence entre les affaires *Al Chodor* et *Rio del Prado* est un exemple parmi tant d'autres qui montre les bienfaits d'une protection multiniveaux et cohérente des droits fondamentaux dans l'espace européen. Dans les lignes qui suivent nous montrerons que la recherche de cohérence nécessite parfois des divergences entre les juridictions.

§2. ET DIVERGENCES APPARENTES ENTRE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE ET CELLE DE LA COUR EDH

887. Il arrive parfois que les cours européennes adoptent des approches différentes face aux mêmes sujets. Dans les lignes qui suivent nous montrerons que tant dans la suite donnée à l'affaire *NS (A)* que dans les réponses offertes aux questions concernant la mise en œuvre de la Déclaration UE-Turquie (B), il est possible de retrouver une logique et de constater que l'action de la CEDH et de la CJUE sont moins distantes qu'il n'y paraît.

A. Retour sur la jurisprudence *N.S.* : divergences apparentes avec l'arrêt *Tarakhel* de la Cour EDH

888. L'interaction et la synergie entre les deux cours que l'on a pu constater jusqu'ici en matière de protection des droits fondamentaux des migrants, n'a pas trouvé sa

¹¹²⁹ CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num point 44 et 45.

juste continuité dans la suite que la Cour EDH, avec son arrêt *Tarakhel*¹¹³⁰, a donnée à l'arrêt *N.S.*¹¹³¹ de la CJUE.

889. L'arrêt *Tarakhel* peut être lu comme une rupture avec la jurisprudence de la CJUE, car la Cour EDH a choisi de ne pas assimiler la situation prévalant en Italie à celle de la Grèce à l'époque de l'arrêt *M.S.S.*, notamment en ce qui concerne le renversement en cas de défaillances systémiques de la présomption selon laquelle un État Dublin respecte ses obligations découlant de l'article 4 de la Charte lors de la procédure d'asile.

890. Néanmoins, il est possible de retrouver dans les motivations de cet arrêt la justification d'une telle divergence, qui ne nuit pas au dialogue constant entre juridictions européennes.

891. Dans l'affaire *Tarakhel*, une famille afghane débarquée sur les côtes Italiennes et ensuite transitée par l'Autriche, avait enfin demandé asile en Suisse. A la suite de la décision des autorités de la confédération helvétique de renvoyer tous les membres de la famille en Italie, les intéressés ont dénoncé la violation de l'article 3 CEDH. La Cour européenne de droits de l'Homme a accueilli le recours en se basant sur l'argument décisif selon lequel les demandeurs auraient encouru un risque concret de violation des droits fondamentaux en Italie, en raison des défaillances structurelles du mécanisme d'accueil mis en place dans ce pays.

892. La Cour EDH aurait fondé son raisonnement sur le rapport déficitaire entre le nombre de demandes d'asile présentées en Italie dans les six premiers mois de 2013 (14184, selon l'OIM et l'EASO), et les places effectivement disponibles dans les centres préposés à l'accueil des réfugiés et demandeurs d'asile (9630, selon les chiffres du Ministère de l'intérieur italien). Dans son arrêt, la Cour de Strasbourg affirme qu'il y avait le risque concret qu'un grand nombre de demandeurs ne pourraient pas être pris en charge dignement ou être

¹¹³⁰ 4 novembre 2014, *Affaire Tarakhel c. Suisse*, VI CEDH n° 29217/12, [2014].195.

¹¹³¹ CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905.

destinés à des centres qui avaient déjà dépassé leur capacité maximale d'accueil. Cela aurait exposé les demandeurs à des conditions insalubres voire même de violence.

893. Le Juge de Strasbourg a donc décidé que les autorités suisses n'auraient pu expulser les demandeurs vers l'Italie qu'une fois remplie l'obligation d'obtenir des garanties des contreparties italiennes sur le fait que les migrants seraient reçus dans des structures adéquates et dans des conditions compatibles à l'âge des enfants et à la nécessité de préserver l'unité familiale¹¹³². La Cour de Strasbourg n'a donc pas pris en considération les graves défaillances systémiques dont souffre le système d'asile en Italie.

894. Les juges de Strasbourg insistent sur le fait que

[I]l'origine du risque encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la Convention et les obligations que celle-ci impose à l'État auteur de la mesure de renvoi. Elle ne dispense pas cet État d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré¹¹³³.

895. Au contraire, la CJUE était parvenue à une conclusion différente dans l'affaire *N.S.*, et avait fondé sa décision grâce à la pondération du respect de l'article 4 CDFUE avec le principe cardinal en droit européen de la confiance mutuelle entre États membres. Le juge de Luxembourg est allé plus loin donc, dans son raisonnement, il a jugé la dérogation au principe de la compétence de l'État de première entrée des demandeurs compatible avec le « système Dublin ».

896. La CJUE a ensuite réaffirmé le même principe dans le célèbre avis 2/2013¹¹³⁴ concernant l'adhésion de l'UE à la Convention européenne pour la sauvegarde des droits et

¹¹³² *Ibidem*, point 120. Au point 121 la Cour ha remarqué le fait que, dans les observations écrites et orales faites durant la procédure, le gouvernement italien n'a fourni aucune explication sur ce point. Pour aller plus loin voir CATALLO, B., *La sicurezza dei richiedenti asilo in Italia e il Regolamento di Dublino: commento alla sentenza n. 29217/12 della Corte europea dei diritti umani*, in DS, Osservatorio sulla giurisprudenza, anno V, 2015, p. 110.

¹¹³³ 4 novembre 2014, *Affaire Tarakhel c. Suisse*, VI CEDH n° 29217/12, [2014].195 point 104.

¹¹³⁴ CJUE Assemblée plénière, 18 décembre 2014, 2/13, *Avis de la Cour*, Rec num; Sur ce point voir aussi Sébastien PLATON, « Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la

libertés fondamentaux. Dans cet avis, elle a spécifié que le principe de confiance mutuelle opérait, en tant que principe fondamental en relation à l'espace de liberté, sécurité et justice, de la même manière qu'il opère dans les autres secteurs du droit UE où il a été originairement affirmé¹¹³⁵.

897. En réalité, les divergences s'expliquent par le statut particulier de la Suisse, à la fois Pays tiers de l'UE et membre de l'ELJS y compris du « système Dublin ». Dans l'affaire *Tarakhel*, la Cour de Strasbourg part du fait que la Suisse est liée par la CEDH lorsqu'elle agit sur la base du règlement de Dublin. Plus spécifiquement, en vertu de la clause de souveraineté, cet État peut décider d'examiner les demandes d'asile présentées par des ressortissants de pays tiers même si le système dans lequel ce règlement est inséré (le « système Dublin ») fixe, en principe, l'obligation de le faire aux autorités de l'État de leur premier débarquement¹¹³⁶.

Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ? », *RDFL* 2015.chron n.13, en ligne : <<http://www.revuedlf.com/droit-ue/le-rejet-de-laccord-dadhesion-de-lunion-europeenne-a-la-cedh-par-la-cour-de-justice-un-peu-de-bon-droit-beaucoup-de-mauvaise-foi/>> (consulté le 19 mai 2020).

¹¹³⁵ CJUE Assemblée plénière, 18 décembre 2014, 2/13, Avis de la Cour, Rec num, points 191 et 192 : « le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit ». Voir, en ce sens, arrêts CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE, I-13905, points 78 à 80; ainsi que CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*, affaire C-399/11. Rec num. points 37 et 63.

¹¹³⁶ CJUE Assemblée plénière, 18 décembre 2014, 2/13, Avis de la Cour, Rec num, points 192 : « Ainsi, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union. »

898. La Cour de Strasbourg a pu accueillir le recours en application de l'accord d'association conclu par la Suisse avec la Communauté européenne le 26 octobre 2004. Toutefois, cet accord ne couvre pas tous les aspects du système Dublin¹¹³⁷.

899. La Cour EDH a d'ailleurs opportunément souligné que ledit accord n'incluait surtout pas le principe de confiance mutuelle qui sous-tend l'ensemble du règlement Dublin. En revanche, les États membres sont tenus de respecter le « système Dublin », et ce dernier comporte l'acceptation de toute valeur commune indiquée dans les articles 2 et 3 TUE, y compris la pleine application du principe de solidarité.

900. La Suisse représente donc une asymétrie interne au fonctionnement de l'espace de liberté sécurité et justice, car les contraintes issues des traités UE ne s'applique pas à cet État, et les engagements en matière de protection des droits fondamentaux des migrants sont limités aux seules obligations qui découlent des conventions qu'elle a signées.

901. C'est à cause de cette particularité du « système Dublin » et de la présomption que les droits fondamentaux de tout demandeur d'asile soient respectés dans l'État membre responsable de l'examen de la demande¹¹³⁸, que la Cour de Luxembourg, contrairement à la

¹¹³⁷ Il est opportun de rappeler ici que l'accord d'association entre la Suisse et l'UE n'inclut pas, entre autres : la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, [2011] JO, L 337; la Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), [2013] JO, L 180/60; et la Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO, L 180.

¹¹³⁸ Présomption fortement soulignée au point 83 de l'arrêt CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905.. : « En effet, il en va de la raison d'être de l'Union et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, plus particulièrement, du système européen commun d'asile, fondé sur la confiance mutuelle et une présomption de respect, par les autres États membres, du droit de l'Union et, plus particulièrement, des droits fondamentaux. ».

position affirmée par le CEDH, opère une distinction assez importante entre les violations mineures du cadre normatif européen en matière d’asile et les défaillances systémiques :

un critère supplémentaire d’exclusion selon lequel des violations mineures aux règles des directives susmentionnées commises dans un État membre déterminé pourraient avoir pour effet d’exonérer celui-ci des obligations prévues [..]. Une telle conséquence viderait lesdites obligations de leur substance et compromettrait la réalisation de l’objectif de désigner rapidement l’État membre compétent pour connaître d’une demande d’asile introduite dans l’Union¹¹³⁹.

902. Derrière une divergence apparente, se cachait donc une différence d’approche justifiée par la particularité des États impliqués. L’apport de l’arrêt *Tarakhel* n’a guère été conflictuel - au regard de la jurisprudence de la CJUE - mais plutôt utile à mettre en exergue un aspect problématique du régime d’asile commun européen, à savoir les asymétries dues aux relations entre l’UE et les États tiers et plus précisément avec la Suisse.

¹¹³⁹ CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE, I-13905, point 85.

B. La déclaration UE-Turquie « au tamis » des cours européennes

903. De nombreux experts, exprimant tout leur scepticisme^{1140 1141} critiquant parfois fermement^{OBJ} la portée juridique et la nature de cette entente, laissaient entendre que les incongruences manifestes ne passeraient pas inaperçues lorsque la CJUE ou la Cour EDH seraient saisies d'une affaire portant sur l'application et les retombées pratiques – hélas tragiques – d'un tel « accord ». Le temps a vite trahi ces espoirs en dévoilant une histoire différente. Les menaces au système européen de protection des droits fondamentaux, qui aux yeux des experts avaient la taille de montagnes, ont été considérées comme de petits « grains de sable » par les juridictions de Luxembourg et de Strasbourg.

904. Nous avons déjà traité amplement de la déclaration UE-Turquie¹¹⁴², notamment sous l'angle des questions juridiques que cette mesure de « répression avant l'entrée » pose quant à sa compatibilité avec le droit de l'UE et les réponses fournies par la CJUE. Ici il ne s'agira pas de rentrer à nouveau dans le mérite de ces considérations, mais simplement d'analyser les divergences et les convergences – s'il y en a – entre la jurisprudence

¹¹⁴⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *APCE - Résolution 2109 (2016) - La situation des réfugiés et des migrants dans le cadre de l'Accord UE-Turquie du 18 mars 2016*, (2016) R 2109 (2016); SENAT FRANÇAIS, *Mission d'information Accord UE-Turquie sur la crise des réfugiés : Audition de M. Jacques Toubon, Défenseur des droits*, 6 juillet 2016; Charles DE MARCILLY, *L'accord UE-Turquie et ses implications*, Question d'Europe, 396, Fondation Robert Schuman Centre de recherche et d'études sur l'Europe, 2016.

¹¹⁴¹ Catherine TEULE, « « Accord » UE-Turquie : le troc indigne », *Plein droit* 2017.114.23-26; L'Agence des Nations Unies pour les RÉFUGIÉS, *Position du HCR sur l'accord UE-Turquie : Des garanties sur les procédures d'asile doivent prévaloir dans sa mise en oeuvre*, 18 mars 2018, en ligne : <http://www.unhcr.org/fr/news/press/2016/3/56efa45ec/position-hcr-laccord-ue-turquie-garanties-procedures-dasile-doivent-prevaloir.html> (consulté le 9 mars 2018); AMNESTY INTERNATIONAL, *Accord UE-Turquie : la honte de l'Europe*, 2017, en ligne : <https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/accord-ue-turquie--la-honte-de-leurope> (consulté le 9 mars 2018); « L'accord Union européenne - Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (23 mars 2016), en ligne : <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/> (consulté le 9 mars 2018).

¹¹⁴² Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 § 2.

de la CJUE sur ce sujet, notamment l'affaire *NF*¹¹⁴³ de 2018 et l'arrêt *Kaak*¹¹⁴⁴ *et autre contre Grèce*¹¹⁴⁵ de la CEDH du 3 octobre 2019.

905. Dans l'affaire *NF et. a.*¹¹⁴⁶, la CJUE a rejeté - les jugeant comme irrecevables - les pourvois aux ordonnances du Tribunal de l'UE dans lesquelles cette juridiction se déclarait incompétente à connaître de l'annulation de l'« accord [qui aurait été] conclu entre le Conseil européen et la [République de] Turquie daté du 18 mars 2016 [et] intitulé “Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016” »¹¹⁴⁷.

906. La CJUE a donc choisi de se dessaisir de l'affaire faisant montre d'un inattendu « passivisme judiciaire »¹¹⁴⁸. Ce concept, qui s'apparente à la notion de « *self-*

¹¹⁴³ CJUE, Ordonnance, 12 septembre 2018, *NF e.a. c Conseil européen*, affaires jointes C-208/17 P, C-209/17 P et C-210/17 P. Rec num.

¹¹⁴⁴ CourEDH, 3 octobre 2019, *Kaak et autres c. Grèce*, 1003 CEDH n° 34215/16, [2019].1.

¹¹⁴⁵ CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. Num. point 1.

¹¹⁴⁶ CJUE, Ordonnance, 12 septembre 2018, *NF e.a. c Conseil européen*, affaires jointes C-208/17 P, C-209/17 P et C-210/17 P. Rec num.

¹¹⁴⁷ TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16. Rec num point 14. Pour plus amples information sur ce point, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 § 2.

¹¹⁴⁸ Iris GOLDNER LANG, « Towards 'Judicial Passivism' in EU Migration and Asylum Law? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference - EU Immigration and Asylum Law and Policy », *EU Immigration law Blog* (2018), en ligne : <<https://eumigrationlawblog.eu/towards-judicial-passivism-in-eu-migration-and-asylum-law-preliminary-thoughts-for-the-final-plenary-session-of-the-2018-odysseus-conference/>> (consulté le 24 mai 2019); Sur ce point voir aussi : Enzo CANNIZZATO, « Denialism as the Supreme Expression of Realism - A Quick Comment on *NF v. European Council* », (2017) 2-1 *European Papers* 251-257; Keenan D. KMIEC, « The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” », (2004) 92-5 *California Law Review* 1441-1477, DOI : 10.2307/3481421; Zeev SEGAL, « Judicial Activism Vis-a-Vis Judicial Restraint: An Israeli Viewpoint », (2011) 47-2 *Tulsa Law Review* 319-330; Dario ONANA, « L'activisme judiciaire de la Cour de justice face à l'essor des droits fondamentaux. Par Dario Onana, Juriste. », *Village de la Justice*, en ligne : <<https://www.village-justice.com/articles/activisme-judiciaire-cour-justice-face-essor-des-droits-fondamentaux,31727.html>> (consulté le 7 avril 2020).

restraint »¹¹⁴⁹ des instances judiciaires a été défini par le professeur israélien Zeev Segal
[OBJ]a¹¹⁵⁰ »[OBJ]1151.

907. Parallèlement, dans l'affaire *Kaak et autres contre Grèce*¹¹⁵²[OBJ], la Cour EDH était appelée à se prononcer sur les conséquences, en sol grec, de la Déclaration Eu-Turquie. À la base de la saisine, 49 personnes, ressortissants syriens, afghans et palestiniens, rentrés de façon irrégulière sur l'île grecque de Chios entre le 20 mars et le 15 mai 2016, se plaignent de violations de l'article 3 CEDH, car les conditions de vie au *hotspot* VIAL et au centre de SOUDA – où ils avaient été placés - constituaient un traitement inhumain ou dégradant en raison de la surpopulation, de la pénurie de nourriture, des mauvaises conditions sanitaires, de l'insuffisance des soins médicaux et de l'absence ou l'activation tardive des protections prévues pour les mineurs.

908. En plus, les requérants faisaient valoir l'absence de base légale pour leur détention, qui s'est donc produite en violation de l'article 5, paragraphe 1, point f), de la CEDH, ainsi que de l'impossibilité d'obtenir des informations adéquates sur les raisons de leur détention et une assistance juridique en violation de l'article 5, paragraphes 2 et 4.

¹¹⁵⁰ [Notre traduction] Zeev Segal, « Judicial Activism Vis-a-Vis Judicial Restraint: An Israeli Viewpoint » (2011) 47:2 Tulsa Law Review 319-330 aux pp 320-321: « By contrast to judicial activism, the concept of self-restraint -judicial passivism - is expressed as the court's tendency to allow the existing legal rule to stand and to hesitate to set aside legal policy, which was previously instituted by another entity, or a decision by any governmental branch within the framework of public law ».

¹¹⁵¹ Françoise TULKENS, *Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ?*, *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2011*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p. 6-10, p. 9, en ligne : <https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_FRA.pdf>.

¹¹⁵² CourEDH, 3 octobre 2019, *Kaak et autres c. Grèce*, 1003 CEDH n° 34215/16, [2019].1.

909. La CourEDH, tout en rappelant le caractère indérogeable de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants¹¹⁵³, exclut toute violation de l'article 3 CEDH, notamment en se basant sur sa jurisprudence *J.R. et autres c. Grèce*¹¹⁵⁴, dans laquelle « la courte durée »¹¹⁵⁵ (pas plus que trente jours) [OBJ:OBJ] personnelle subies par les requérants était considérée comme compatible avec la Convention.

910. La seule doléance partiellement accueillie par les juges de Strasbourg est celle concernant l'effectivité des voies de recours contre les mesures de détention (violation de l'article 5 paragraphe 4 CEDH). Avec cette décision, la Cour EDH n'exprime aucune censure de la légalité des mécanismes enclenchés par la Déclaration UE-Turquie et ne relève aucune violation inhérente à la compatibilité avec la CEDH du système des *hotspot* en Grèce.

911. Pourtant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait manifesté clairement ses inquiétudes sur ces points:

2. L'Assemblée considère que l'accord UE-Turquie soulève plusieurs questions importantes en matière de droits de l'homme, tant sur le fond que sur le plan de sa mise en œuvre immédiate et ultérieure. En particulier :

2.1. le système d'asile grec n'est pas en mesure d'assurer l'enregistrement des demandes d'asile ni de rendre les décisions en première instance ou les décisions définitives en appel dans des délais raisonnables ; la nouvelle loi grecque no 4375/2016 pourrait contribuer à remédier aux lacunes constatées, mais ne garantira pas pour autant des capacités suffisantes;

2.2. la rétention des demandeurs d'asile dans les centres de crise (« hotspots ») des îles de la mer Égée pourrait être incompatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (...), notamment en raison de vices de procédure qui

¹¹⁵³ La Cour EDH dans ses motivations se réfère ici à sa jurisprudence en la matière : *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, CourEDH n° 27765/09, [2012].1; *MSS c. Belgique et Grèce*, I CEDH n° 30696/09, [2011].121; CourEDH, 15 décembre 2016, n° 16483/12, [2014], *Affaire Khlaifa et autres c. Italie*.

¹¹⁵⁴ CourEDH, 25 janvier 2018, *J.R. et autres c. Grèce*, CEDH n° 22696/16, [2018].1. Il s'agit de la première affaire portant sur l'application de la Déclaration UE-Turquie dont la CourEDH a été saisie. Les trois requérants, tous ressortissants d'Afghanistan, se plaignaient de violation de l'article 3 CEDH et 5 paragraphes 1 et 2, notamment concernant les conditions de leur détention dans le hotspot de VIAL sur l'île de Chios en Grèce.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, point 91.

entachent le fondement juridique de la rétention et de conditions de rétention inadéquates;

2.3. les mineurs et les personnes vulnérables placés en rétention ne sont pas systématiquement dirigés vers des structures d'accueil appropriées¹¹⁵⁶.

912. D'un côté la CJUE déclare son incompatibilité, de l'autre la Cour EDH, tout en traitant l'affaire dans le fond, se limite à trancher sur des questions plutôt formelles.

913. L'on pourrait conclure ici qu'il s'agit d'une approche divergente entre les deux cours. Néanmoins, pour mieux comprendre cette différence, il est opportun de rappeler ce que le Président de la CJUE affirmait quant à la nature du contrôle judiciaire exercé par les cours européennes. Selon le raisonnement de Koen Laenarts, l'¹¹⁵⁷ est un filtre « interne »^[OBJ], car elle peut se prononcer sur la protection des droits fondamentaux des migrants dans la mesure où ces derniers sont touchés par la mise en œuvre au niveau national du droit de l'UE. Or, les juges de la Cour EDH puisqu'ils peuvent se prononcer sur toute violation des principes inscrits dans la Convention commise sous la « juridiction » de l'un des États parties.

914. Cette différence de « points de départ », mène toutefois aux mêmes conclusions. La *realpolitik* prévaut donc à Luxembourg comme à Strasbourg et que la protection des droits fondamentaux des migrants succombe face à la mise en œuvre d'une politique limitée à la lutte contre la migration irrégulière. Le dénominateur commun au sujet très sensible de l'immigration irrégulière est le « passivisme judiciaire »¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ 2 CONSEIL DE L'EUROPE, *APCE - Résolution 2109 (2016) - La situation des réfugiés et des migrants dans le cadre de l'Accord UE-Turquie du 18 mars 2016*, (2016) R 2109 (2016).

¹¹⁵⁷ Koen LENAERTS, *Intervention de Koen Lenaerts Président de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ouverture de l'Année judiciaire Audience solennelle La CEDH et la CJUE : créer des synergies en matière de protection des droits fondamentaux*, (26 janvier 2018), p. 5.

¹¹⁵⁸ *Ibidem*.

915. Selon la professeure Iris Goldner Lang, le passivisme judiciaire de la CJUE compose « un sous-groupe de l'activisme judiciaire »¹¹⁵⁹, qui se manifesterait sous deux formes différentes.

« Au sens étroit du terme », la CJUE serait judiciairement passive lorsqu' « en identifiant une situation donnée comme ne relevant pas du champ d'application du droit communautaire, [elle] n'examine pas le fond d'une affaire donnée et choisit activement de ne pas agir ». Au sens large du terme, le passivisme judiciaire « engloberait également les situations où la Cour utilise son rôle judiciaire (par exemple, interprétatif), mais d'une manière qui s'écarte de l'interprétation téléologique à laquelle la Cour nous a habitués au cours des dernières décennies de son office.

L'arrêt du Tribunal relatif à la déclaration UE-Turquie est un exemple topique « de passivisme judiciaire dans son sens étroit », selon Iris Goldner Lang. Cette attitude de la part du Tribunal aurait selon elle deux avantages : « maintenir la déclaration UE-Turquie » et « conclure des accords similaires avec des pays tiers ne relevant pas du champ d'application du droit communautaire et exemptés du contrôle juridictionnel de la CJUE »¹¹⁶⁰.

916. Ceci montre que les divergences entre les réponses offertes par la CJUE et la CourEDH aux questions liées à la mise en œuvre de la Déclaration UE Turquie – touchant la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en conditions irrégulières – sont purement apparentes. En effet, les deux cours européennes ont balayé les enjeux juridiques de protection des droits fondamentaux liés à la Déclaration UE Turquie – jugés par la plupart des experts d'incontournables – comme de « petits grains de sable ».

¹¹⁵⁹ Iris GOLDNER LANG, « Towards 'Judicial Passivism' in EU Migration and Asylum Law? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference – EU Immigration and Asylum Law and Policy », *EU Immigration law Blog* (2018), en ligne : <<https://eumigrationlawblog.eu/towards-judicial-passivism-in-eu-migration-and-asylum-law-preliminary-thoughts-for-the-final-plenary-session-of-the-2018-odysseus-conference/>> (consulté le 24 mai 2019) tel que cité par ; Antoine GUÉRIN, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2019.16, par. 44, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/6965>> (consulté le 23 mai 2020).

¹¹⁶⁰ *Ibidem*.

917. Une question reste ouverte : les rouages de la machine du système européen de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes risquent-ils de s'enrayer à cause d'un « grain de sable » ?

CHAPITRE 2 : LE RENVOI PRÉJUDICIEL DEVANT LA CJUE, CLÉ DE VOÛTE DE L'INTERACTION ENTRE JURIDICTION DE L'UE ET SYSTÈMES NATIONAUX POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DES MIGRANTS

918. Les statistiques concernant le nombre de renvois préjudiciels en matière de frontières, asile et immigration donnent une image indéniable de l'importance progressive que cet instrument juridictionnel a acquis au fil des années. En 2006, la CJUE avait rendu un seul arrêt dans cette matière et en 2012 seuls 15 arrêts avaient été rendus au fond « sur renvoi préjudiciel du juge national depuis le lancement de la politique européenne d'immigration et d'asile en 1999 par le Traité d'Amsterdam »¹¹⁶¹. En 2019, seules cinq procédures préjudicielles d'urgence en matière migratoire existaient sur un total de 103 questions préjudicielles en matière d'ELSJ (dont une bonne partie portaient sur la gestion des frontières, l'asile et l'immigration)¹¹⁶².

919. L'architecture de l'ordre juridique de l'UE révèle à la fois la beauté et la complexité de son dessin grâce à la mise en œuvre du mécanisme délicat du renvoi préjudiciel, que la CJUE elle-même définit de « clé de voûte » de la protection des droits fondamentaux :

¹¹⁶¹ Sur ce point voir Henri LABAYLE et Philippe DE BRUYCKER, *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement Européen, commission LIBE, 2012, p. 28.

¹¹⁶² CJUE, *Rapport annuel 2019 activité judiciaire*, 2019, p. 164-175, en ligne : <curia.europa.eu>.

En particulier, la clef de voûte du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt van Gend & Loos, EU : C :1963 : 1, p. 23), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités¹¹⁶³.

920. La doctrine offre de remarquables contributions visant à montrer l'importance du renvoi préjudiciel¹¹⁶⁴. Quant au fonctionnement de ce mécanisme, la CJUE produit elle-même des notes informatives¹¹⁶⁵ et des recommandations¹¹⁶⁶ extrêmement

¹¹⁶³ CJUE (Grande Chambre), 26 juillet 2017, Avis 1/15, PNR, Rec num point 176.

¹¹⁶⁴ Laurent COUTRON, *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée?*, Bruylant, Bruxelles, 2014; Niels FENGER et Morten P. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, coll. Europe(s), Bruxelles, 2013; Francette FINES, « Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 177-192; Jacques PERTEK et Jacques PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE: le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Bruxelles, 2013, en ligne : <<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb43595402m>> (consulté le 23 juin 2020); Georges VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruylant, coll. Répertoire pratique du droit belge législation, doctrine, jurisprudence, Bruxelles, 2013; Catherine GAUTHIER, Sébastien PLATON et David SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey-Dalloz, Paris, 2017; HELENE GAUDIN, MARC BLANQUET, FRANCETTE FINES, JOEL ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne t.1 : droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, 7e ed, Dalloz, Paris, 2014; Koen LENAERTS, Jean-Claude BONICHOT, Heikki KANNIENEN, Caroline NAOMÉ et Pekka POHJANKOSKI, *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publishing, coll. Bloomsbury Collections, Chicago, 2019; Paul CRAIG et Grainne DE BURCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, coll. Text, Cases, and Materials, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, p. 464 et ss.; Allan ROSAS, « The Preliminary Rulings Procedure », dans *A Companion to European Union Law and International Law*, John Wiley & Sons, Ltd, Hoboken (New Jersey), 2016, p. 179-192, DOI : 10.1002/9781119037712.ch13; Melchior WATHELET et Jonathan WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, 2e ed, Larcier, coll. Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, 2014.

¹¹⁶⁵ CJUE, *Note Informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales*, JO 160/01 du 28.5.2011.

¹¹⁶⁶ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, 6, JO 338/01 du 6.11.2012; CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, 8, JO 257/01 du

claires qui permettent d'en saisir les nuances et les aspects fondamentaux. Pour de telles raisons nous ne nous attarderons pas sur ces éléments.

921. Dans le présent chapitre, nous analyserons alors les principes dégagés par la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en conditions irrégulières lors de l'accès au territoire (Section 1) et une fois sur le territoire de l'UE (Section 2). Pour ce faire, nous utiliserons la grille des droits fondamentaux telle que présentée par la CDFUE et suivant le fil rouge des arrêts de la CJUE¹¹⁶⁷, nous monterons en quoi cette action contraste les dérives répressives de la production normative et des pratiques administratives des États membres.

922. Ce chapitre ne sera pas une chronique exhaustive de l'ensemble de la jurisprudence de la CJUE en la matière – cela étant un projet qui justifierait en soi une étude séparé -, cependant nous montrerons à l'aide des arrêts (lorsque possible les plus récentes) de la Cour, quel est l'impact de cette jurisprudence sur les droits fondamentaux procéduraux et substantiels des personnes migrantes arrivant dans le territoire de l'UE pour y demander protection internationale ou pour y chercher de meilleures conditions de vie.

SECTION 1 : PRINCIPES DÉGAGÉS PAR LA CJUE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX LORS DE L'ENTRÉE SUR LE TERRITOIRE DE L'UE

923. La protection des droits fondamentaux opérée par la CJUE a une portée structurante, dans la mesure où les principes dégagés par l'action interprétative des juges de Luxembourg complètent de façon transversale tous les domaines du droit de l'UE. Ceci est

20.7.2018; CJUE, Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 9, JO 380/01 du 8.11.2019.

d'autant plus vrai en matière d'immigration irrégulière et d'asile que l'action de la CJUE façonne la législation en vigueur lui donnant une cohérence accrue avec le droit primaire et en assure la compatibilité avec la CDFUE.

924. Ladite Charte vise à protéger les droits fondamentaux de « toute personne » touchée par la mise en œuvre du droit de l'UE¹¹⁶⁸, y compris les personnes migrantes en condition irrégulière. Dans le même sens, nous nous associons aux mots de l'agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne :

[S]auf exclusion expresse de leur champ d'application, les droits et libertés [fondamentaux] s'appliquent à toute personne relevant de la juridiction des parties contractantes, y compris aux migrants en situation irrégulière. Le non-respect des conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre de l'Union européenne (UE) ne peut priver un migrant en situation irrégulière de l'exercice de certains droits fondamentaux communs à tous les êtres humains¹¹⁶⁹.

925. De surcroît, parmi les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour, via l'instrument de la question préjudicielle posée par les juridictions nationales, il est possible d'identifier à la fois des droits subjectifs¹¹⁷⁰ §1 et des droits et des garanties procédurales § 2, touchant la sphère juridique des personnes migrantes en condition irrégulière, lors de l'accès au territoire de l'UE.

§1. DROITS SUBJECTIFS EN MATIÈRE D'ACCÈS AU TERRITOIRE

¹¹⁶⁸ CDFUE, article 51 *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, JO 2000/C 364/01, (entrée en vigueur : 12 décembre 2007) article 51, paragraphe 1.

¹¹⁶⁹ FRA Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, Rapport comparatif, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2012, p. 7.

¹¹⁷⁰ Pour la définition de « droit européen substantiel des droits de l'homme » voir : Catherine GAUTHIER, Sébastien PLATON et David SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey-Dalloz, Paris, 2017, p. 80 et ss.

926. Les longues routes migratoires mènent les hommes, les femmes et les enfants qui les parcourent à traverser des vicissitudes périlleuses, faisant aussi face à des mesures répressives qui rendent l'accès au territoire de l'UE encore plus complexe. Les juridictions nationales amenées à connaître des affaires portant sur des faits toujours nouveaux qui nécessitent une qualification juridique appropriée, interpellent en voie préjudicielle la CJUE. Les jugements rendus par cette Cour - en validité ou en interprétation – affirment souvent des principes fort utiles pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.

927. Les situations concrètes concernant le franchissement des frontières de l'UE qui sont portées par les juridictions nationales à l'attention de la Cour de Luxembourg sont particulièrement complexes. Compte tenu de cette complexité, vouloir restreindre les droits fondamentaux protégés à une liste fermée serait donc un exercice de simplification excessive. Dès lors, nous sommes conscients que la CJUE s'inspire de l'ensemble des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux¹¹⁷¹, néanmoins une analyse attentive de la jurisprudence de la Cour montre qu'il est possible d'identifier comme source privilégiée de son interprétation – dans le contexte spécifique de l'accès au territoire - les catégories de droits inscrites dans la CDFUE et notamment à son chapitre premier dédié à la dignité (A) et à son deuxième chapitre consacré à la liberté (B).

A. La protection de la dignité humaine lors de l'accès au territoire de l'UE

928. L'accès au territoire de l'UE s'articule dans de multiples phases. Les aspects concernant le visa humanitaire¹¹⁷² et l'externalisation du contrôle migratoire¹¹⁷³ ont déjà fait

¹¹⁷¹ Pour une analyse détaillée des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux des migrants en condition irrégulière lors de l'accès au territoire voir EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, COUNCIL OF EUROPE (STRASBOURG) et EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Publications Office, 2014, p. 27 et ss.

¹¹⁷² Voire *supra*, Titre 1, chapitre 1, section 1, §2, lettre B.

¹¹⁷³ Voire *supra*, Titre 1, chapitre 2, section 1.

l'objet de nos réflexions autour de la distance entre barrières juridiques et frontières physiques, qui représente - nous l'avons montré - un obstacle parfois insurmontable à l'accès au territoire des États membres de l'UE.

929. Sans pour autant vouloir revenir sur des notions développées auparavant, nous regardons ici à la condition du migrant, dépourvu d'un titre de séjour valide, qui arrive matériellement à franchir les frontières de l'UE, que ce soit pour y demander une protection internationale, ou pour des raisons familiales ou tout simplement dans le but d'améliorer ses conditions de vie. L'article 7 du CFS prévoit de façon non-équivoque que « [l]es gardes-frontières respectent pleinement la dignité humaine dans l'exercice de leurs fonctions, notamment dans les cas qui impliquent des personnes vulnérables »¹¹⁷⁴.

930. À tel sujet, il est opportun de rappeler le caractère absolu du droit consacré aux articles 2, 3 et 4 de la CDFUE, qui est étroitement lié à celui du respect de la dignité humaine. La CJUE, dans sa jurisprudence, s'est exprimée clairement dans ce sens, entre autres dans les arrêts *Aranyosi et Căldăraru*¹¹⁷⁵ et *Petruhhin*¹¹⁷⁶. De plus, concernant le caractère vulnérable des personnes migrantes en condition irrégulière, l'Avocat Général Mengozzi a ouvertement rappelé l'importance de créer des voies légales d'accès à l'UE aussi afin de protéger la dignité humaine, le droit à la vie et à l'intégrité de la personne, pour tout migrants notamment pour les catégories le plus vulnérables :

Il en va autrement, à mes yeux, si, eu égard aux circonstances et aux raisons humanitaires en cause, le refus de délivrer le visa conduit à exposer le demandeur à un risque réel de violation des droits consacrés par la Charte, tout particulièrement des droits revêtant un caractère absolu, tels que ceux relatifs à la dignité humaine (article 1^{er} de la Charte), au droit à la vie (article 2 de la Charte), à l'intégrité de la personne (article 3 de la Charte) et à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 4 de la Charte) et, qui plus est, lorsque ces droits risquent d'être violés à l'égard de personnes particulièrement vulnérables, telles que des enfants mineurs en bas âge dont les intérêts

¹¹⁷⁴ UE, *Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, JO L 77 du 23.3.2016, 1-52 article 7, paragraphe 1.

¹¹⁷⁵ CJUE, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU.Rec num point 85.

¹¹⁷⁶ CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15.Rec. num point 56.

supérieurs doivent être une considération primordiale dans tous les actes accomplis par des autorités publiques, conformément à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte¹¹⁷⁷.

931. L'arrêt *Zakaria*¹¹⁷⁸, du 17 janvier 2013, a permis à la CJUE de se prononcer sur des aspects très concrets du franchissement de frontières externes de l'UE, qui peut représenter - comme dans le cas du requérant dans ladite affaire - une expérience fort désagréable, au point de justifier des doléances quant au respect de la dignité humaine de celui qui la subie.

932. M. Zakaria, ressortissant palestinien ayant obtenu le statut de réfugié au Liban, « fit l'expérience de tels désagréments à l'aéroport de Riga »¹¹⁷⁹, se rendant du Liban au Danemark via la Lettonie. Cependant, selon M. Zakaria, « ce contrôle a été effectué de manière grossière, provocante et offensante pour la dignité humaine »¹¹⁸⁰. Dans la tentative d'introduire divers recours en Lettonie pour obtenir indemnisation en réparation du préjudice subi, il se heurte à l'absence de recours organisé à cet effet.

933. En effet, l'article 13 du Code frontières Schengen prévoit que « les personnes ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ont le droit de former un recours contre cette décision »¹¹⁸¹. Toutefois, M. Zakaria ayant enfin obtenu l'autorisation à entrer dans l'espace Schengen, la Cour se limite à constater que le CFS « ne prévoit l'obligation, pour les États membres, d'établir une voie de recours qu'à l'encontre des décisions de refus d'entrée sur leur territoire »¹¹⁸². De plus les juges de Luxembourg reprochent à la juridiction de renvoi de déterminer, à la lumière des circonstances du litige au principal, si la situation

¹¹⁷⁷ CJUE, 7 février 2017, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU. Rec num point 137.

¹¹⁷⁸ CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12. Rec num.

¹¹⁷⁹ Jean Yves CARLIER, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2014.3.105-115, 106.

¹¹⁸⁰ CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12. Rec num point 11.

¹¹⁸¹ CE, *Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, [2006] JO, L 105/1.

¹¹⁸² CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12. Rec num point 38.

du requérant au principal relève du droit de l'Union et, dans le cas d'espèce, « si un refus de reconnaître à ce requérant le droit d'introduire ses demandes devant une juridiction porte atteinte aux droits reconnus à l'article 47 de la [CDFUE] »¹¹⁸³.

934. Il est opportun de constater que si d'un côté la réponse à la question préjudicielle à la base de l'arrêt *Zakaria* ne produit pas de grands bénéfices directs en termes de protection de droits substantiels pour le requérant, il est aussi vrai que la CJUE avec cette décision dégage ou plutôt réaffirme le principe du respect de la dignité humaine dans la mise en œuvre du CFS lors du franchissement des frontières externes de l'UE.

[L]es garde-frontières exerçant leurs fonctions, au sens de l'article 6 dudit règlement [CFS], sont tenus, notamment, de respecter pleinement la dignité humaine. Il appartient aux États membres de prévoir dans leur ordre interne les voies de recours appropriées afin d'assurer, dans le respect de l'article 47 de la Charte, la protection des personnes faisant valoir les droits qu'elles tirent de l'article 6 du règlement no 562/2006¹¹⁸⁴.

935. Ainsi, au de la du droit à un recours effectif, lors du refus d'entrée dans le territoire de l'UE le personnel des corps frontaliers des États membres sont tenus de respecter la dignité humaine des personnes migrantes dans les opérations d'identification et contrôle à la frontière en toute circonstance.

B. La protection de la liberté dans l'accès au territoire

936. Le chapitre II de la CDFUE s'ouvre avec l'article 6 qui affirme le droit de « toute personne à la liberté et à la sécurité ». Or, la protection de ce droit revêt un rôle incontournable face à toute mesure de restriction telles que la rétention aux fins d'éloignement ou la détention des migrants en condition irrégulières. Pour de telles raisons

¹¹⁸³ CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12. Rec num point 40.

¹¹⁸⁴ CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12. Rec num point 40. Pour une plus ample analyse du droit à un recours effectif lors de l'accès au territoire voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, §2, lettre A.

il nous semble opportun de reporter l'analyse de cet aspect au chapitre dédié à la criminalisation des migrations¹¹⁸⁵.

937. Forts de ces considérations et ayant toujours par référence les droits inscrits dans le Chapitre II CDFUE, nous nous concentrerons, dans les lignes qui suivent, plutôt sur les principes dégagés dans la CJUE en matière d'interdiction d'entrée à durée illimitée (1), de protection des données à caractère personnelle (2) et de l'unité familiale (3) des personnes migrantes qui tentent d'accéder au territoire de l'UE.

1) *L'interdiction d'entrée à durée illimitée*

938. La CJUE rappelle aux États membres qu'en matière d'accès au territoire des étrangers « la légitimité du contrôle des frontières ne peut conduire à certaines violations des droits fondamentaux ». Elle le fait en 2013, avec l'arrêt *Filev et Osmani*¹¹⁸⁶, en réponse à une question préjudicielle en interprétation posée par une juridiction allemande et portant sur la compatibilité avec le droit de l'UE de la normative nationale qui permettait d'assortir l'ordre d'éloignement avec une interdiction d'entrée sur le territoire à durée illimitée.

939. La Cour affirme la non-conformité avec le droit de l'UE, notamment avec la directive « retour »¹¹⁸⁷, car cette dernière

s'oppose au maintien des effets d'une telle interdiction au-delà de la durée maximale de cinq ans prévue à l'article 11, paragraphe 2, de ladite directive sauf si ladite interdiction a été prononcée à l'encontre de ressortissants de pays tiers constituant une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁵ Voir Partie II, Titre II, Chapitre I.

¹¹⁸⁶ CJUE, 19 septembre 2013, *Filev et Osmani*, C-297/12.Rec num.

¹¹⁸⁷ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹¹⁸⁸ CJUE, 19 septembre 2013, *Filev et Osmani*, C-297/12.Rec num point 44.

940. La CJUE s'est ensuite servie de ces mêmes principes dans l'affaire *Ouhrami*¹¹⁸⁹ pour indiquer que « la durée de l'interdiction d'entrée prévue » par l'article 11, paragraphe 2 de la directive retour, « qui ne dépasse pas cinq ans en principe, doit être calculée à partir de la date à laquelle l'intéressé a effectivement quitté le territoire des États membres »¹¹⁹⁰.

2) *La protection des données personnelles lors de l'accès au territoire UE*

941. L'accès au territoire de l'UE pour des personnes migrantes en condition irrégulière implique le fait de passer au crible des systèmes d'information à large échelle utilisés pour le contrôle des frontières. Nous avons déjà parlé du mandat de l'agence eu-Lisa¹¹⁹¹, de son rôle central dans la gestion – entre autres - des systèmes VIS¹¹⁹², SIS II¹¹⁹³ et

¹¹⁸⁹ CJUE, 26 juillet 2017, *Ouhrami*, C-225/16.Rec num.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, point 58.

¹¹⁹¹ Voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 3, §1, lettre A, sous 1).

¹¹⁹² CE, *Règlement (CE) N° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS)*, JO L 218/60, 13.08.2008.

¹¹⁹³ CE, *Règlement (CE) N° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, JO L 381/4, 28.12.2006.

EURODAC¹¹⁹⁴ – qui a été d’ailleurs accru par le nouveau règlement Frontex¹¹⁹⁵ -, ainsi que des risques d’abus répressifs dans la collecte, l’utilisation et le stockage des données à caractères personnelle des migrants.

942. En 2018, l’UE s’est dotée d’un règlement¹¹⁹⁶ visant à protéger « des personnes physiques » à l’égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes de l’Union – y compris les agences. Cet acte législatif a été adopté afin de protéger « les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel »¹¹⁹⁷.

943. Au moment où nous écrivons la CJUE ne s’est pas encore prononcée sur ce cadre de protection relativement récent¹¹⁹⁸. Néanmoins, à notre avis les principes dégagés en matière de protection des données à caractère personnel devraient tout aussi s’appliquer aux personnes qui tentent d’accéder au territoire de l’UE.

¹¹⁹⁴ UE, *Règlement (UE) 2013/603 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d’Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l’application efficace du règlement (UE) no 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d’Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) no 1077/2011 portant création d’une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d’information à grande échelle au sein de l’espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte)*, JO L 180/1, 29.06.2013.

¹¹⁹⁵ *Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624*, [2019] JO, L 295.

¹¹⁹⁶ UE, *Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l’Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE*, JO L 295.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, article 1, paragraphe 2.

¹¹⁹⁸ Une demande de décision préjudicielle, touchant entre autres, l’application et l’interprétation de l’article 23 du règlement (UE) 2016/679, a été introduite le 1^{er} janvier 2020 par l’association belge Ligue des droits de l’humains dans l’affaire C-817/19 [affaire pendante].

944. L'arrêt *Digital Rights Ireland*¹¹⁹⁹, par exemple, affirme des principes désormais incontournables et à portée universelle, tel que l'importance de « délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données et leur utilisation ultérieure à des fins de prévention, de détection ou de poursuites pénales concernant des infractions »¹²⁰⁰, ou encore l'impératif de fixer « des conditions matérielles et procédurales d'accès des autorités aux données »¹²⁰¹, pour « établir un critère objectif permettant de limiter le nombre de personnes disposant de l'autorisation d'accès et d'utilisation ultérieure des données conservées au strict nécessaire au regard de l'objectif poursuivi »¹²⁰², et qui plus est, « un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante dont la décision vise à limiter l'accès aux données et leur utilisation à ce qui est strictement nécessaire aux fins d'atteindre l'objectif poursuivi et intervient à la suite d'une demande motivée de ces autorités présentée dans le cadre de procédures de prévention, de détection ou de poursuites pénales »¹²⁰³.

945. Ce même arrêt touche aussi l'un des points les plus critiques de la gestion des systèmes d'information à grande échelle utilisés par les autorités des Pays membres pour le

¹¹⁹⁹ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Rec num.; Sur ce point voir aussi : Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Une prohibition européenne claire de la surveillance électronique de masse. Droit à la protection des données personnelles (Union européenne) », *La Revue des Droits de l'Homme* 2014, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/746>> (consulté le 3 juillet 2020); Steve PEERS, « EU Law Analysis: Are national data retention laws within the scope of the Charter? », *EU Law Analysis* (20 avril 2014), en ligne : <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/04/are-national-data-retention-laws-within.html>> (consulté le 3 juillet 2020); Author GDR ELSJ, « La Cour de justice et la protection des données : quand le juge européen des droits fondamentaux prend ses responsabilités », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Coopération judiciaire pénale (9 avril 2014), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/09/cooperation-judiciaire-penale/la-cour-de-justice-et-la-protection-des-donnees-quand-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux-prend-ses-responsabilites/>> (consulté le 3 juillet 2020).

¹²⁰⁰ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Rec num., point 60.

¹²⁰¹ *Ibidem*, point 61.

¹²⁰² *Ibidem*, point 62.

¹²⁰³ *Ibidem*, point 62.

contrôle des frontières, pour l’octroi de visas ou encore de la protection internationale, à savoir la durée de conservation des données. L’Avocat Général Pedro Cruz Villalon, dans ses conclusions rendues dans l’affaire *Digital Rights Ireland*¹²⁰⁴, avait estimé que la discipline en vigueur à l’époque tels qu’encadrée par l’ancienne directive 2006/24/CE¹²⁰⁵, étaient incompatibles avec les articles 7 (respect de la vie privée) et 52 § 1 (encadrement de la limitation des droits reconnus) CDFUE. En effet, parmi les effets de cet arrêt il a eu l’annulation de ladite directive.

946. Pareillement, nous sommes de l’avis que la quasi-totalité des principes dégagés par la CJUE en matière de respect des données personnelles au sein de l’UE devrait s’appliquer aussi à ses frontières et envers des ressortissants de pays tiers.

947. Dans l’arrêt *Willems e.a.*, la CJUE affirme l’obligation des États membres de garantir, dans leur législation, l’absence de pratiques visant l’utilisation des données à caractère personnel à des fins autres que la délivrance de ceux prévus expressément par la loi¹²⁰⁶. L’affaire *Schwarz*¹²⁰⁷ a soulevé, en premier, la question de la compatibilité du traitement des données biométriques par les autorités publiques avec les articles 7 et 8 de la CDFUE.

948. Et enfin, le célèbre arrêt *Schrems*¹²⁰⁸ est venu graver la protection des droits fondamentaux en matière de protection des données à caractère personnel au sein du droit de l’UE :

S’agissant du niveau de protection des libertés et droits fondamentaux garanti au sein de l’Union, une réglementation de celle-ci comportant une ingérence dans les droits

¹²⁰⁴ CJUE, 12 décembre 2013, *Conclusions de l’Avocat Général Pedro Cruz Villalon dans l’affaire Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Rec num.

¹²⁰⁵ *Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE*, JO L 105 du 13/04/2006, aux pp 54–63.

¹²⁰⁶ CJUE, *W P Willems e a contre Burgemeester van Nuth e a*, supra note 794 points 47 et 53.

¹²⁰⁷ CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, affaire C-291/12. Rec num points 17-19.

¹²⁰⁸ CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, affaire C-362/14. Rec num.

fondamentaux garantis par les articles 7 et 8 de la Charte doit, selon la jurisprudence constante de la Cour, prévoir des règles claires et précises régissant la portée et l'application d'une mesure et imposant un minimum d'exigences, de sorte que les personnes dont les données à caractère personnel sont concernées disposent de garanties suffisantes permettant de protéger efficacement leurs données contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès et toute utilisation illicites de ces données. La nécessité de disposer de telles garanties est d'autant plus importante lorsque les données à caractère personnel sont soumises à un traitement automatique et qu'il existe un risque important d'accès illicite à ces données¹²⁰⁹.

949. Des principes comme ceux que nous venons de citer, tout comme la protection contre toute conservation ou accès généralisés aux données personnelles, sont aussi au cœur du RGDP¹²¹⁰ et du *Règlement 2018/1725*¹²¹¹ qui doivent donc s'appliquer tout aussi au citoyen de l'UE qu'aux ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières externes.

3) *La protection de l'unité familiale*

950. Contrairement à ce que l'actualité pourrait nous amener à croire, la frontière est elle aussi « terre de droit ». La CJUE, faisant face à des limites non négligeables, pousse son action jusqu'aux limites de sa compétence territoriale et fonctionnelle, au point d'arriver à affirmer le droit à l'unité familiale lors de la prise en charge et de la *re*-prise en charge d'un demandeur à la frontière.

¹²⁰⁹ *Ibidem*, point 91.

¹²¹⁰ *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, (2016) OJ L, 32016R0679, p. 679.

¹²¹¹ *Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, (2018) OJ L, 32018R1725.

951. Dans l'affaire *H. et R.*¹²¹² « [m]esdames H. et R. demandent l'asile aux Pays-Bas où leur conjoint ou partenaire est reconnu réfugié »¹²¹³. Les deux femmes ont contesté leur reprise en charge par l'Allemagne, pays où elles avaient introduit leur première demande, sur le fondement des critères énumérés au chapitre III du règlement Dublin¹²¹⁴. Ce que les requérantes essaient de faire valoir c'est la responsabilité des Pays-Bas pour l'examen de leur demande de protection internationale puisque dans cet État résident les membres de leur famille.

952. La juridiction néerlandaise décide de saisir la Cour afin de savoir lequel des critères prévus par le règlement Dublin doit s'appliquer au cas concret, en d'autres termes pour établir quel est le Pays membre responsable du traitement de la demande.

953. La CJUE opte pour une interprétation stricte du règlement et remarque une différence entre le mécanisme de prise en charge et le mécanisme de *re*-prise en charge d'un demandeur pour laquelle le critère du lien familial ne peut pas primer et qu'au regard des faits de l'affaire *H. et R.*¹²¹⁵ : « il convient d'appliquer en priorité les critères réglementant la reprise en charge, l'application de ceux relatifs à la prise en charge revenant à l'État ».

954. Néanmoins, comme à vouloir mitiger sa position, la CJUE affirme que le règlement Dublin doit toujours être appliqué dans le respect des droits fondamentaux, notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'unité familiale, faisant ainsi appel au principe de « coopération loyale » entre États membres.

¹²¹² CJUE, 2 avril 2019, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17. Rec num.

¹²¹³ Jean Yves CARLIER et Luc LEBŒUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 135.

¹²¹⁴ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013 articles 7 et ss.

¹²¹⁵ CJUE, 2 avril 2019, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17. Rec num.

Cela étant, il y a lieu de rappeler que les critères de responsabilité énoncés aux articles 8 à 10 dudit règlement, lus à la lumière des considérants 13 et 14 de celui-ci, ont pour objet de contribuer à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la vie familiale des personnes concernées, lesquels sont par ailleurs garantis aux articles 7 et 24 de la charte des droits fondamentaux. Dans ces conditions, un État membre ne saurait, conformément au principe de coopération loyale, valablement formuler une requête aux fins de reprise en charge, dans une situation couverte par l'article 20, paragraphe 5, du même règlement, lorsque la personne concernée a transmis à l'autorité compétente des éléments établissant de manière manifeste que cet État membre doit être considéré comme étant l'État membre responsable de l'examen de la demande en application de ces critères de responsabilité. Dans une telle situation, il appartient, au contraire, audit État membre d'admettre sa propre responsabilité¹²¹⁶.

955. Cette position rejoint la solution proposée par l'Avocat Générale E. Sharpston dans ses conclusions, fortement orientée dans le sens de la protection des droits fondamentaux – notamment de l'unité familiale - :

À la lumière du libellé et de la finalité du règlement Dublin III, la lecture appropriée des dispositions en matière de reprise en charge consiste à interpréter le texte d'une manière conforme aux garanties qui, dans la Charte, protègent le droit à la vie familiale. Par conséquent, lorsqu'un demandeur de protection internationale est en mesure de démontrer une relation avec un membre de la famille au sens de l'article 2, point g), du règlement Dublin III, et invoque l'article 9 dudit règlement, l'État membre ayant l'intention de présenter une requête aux fins de reprise en charge devrait tenir compte des critères relatifs à l'unité de la famille afin de déterminer l'État membre responsable, conformément à l'article 3, paragraphe 1, à moins que les autorités compétentes ne soient en mesure de démontrer que la personne concernée s'est engagée dans une relation familiale afin d'éviter l'application du règlement Dublin III¹²¹⁷.

956. J.-Y. Carlier et L. Leboeuf remarquent que ce faisant, « la Cour n'a pas choisi la voie la plus simple qui permettait d'imposer le respect des droits fondamentaux en étendant le champ d'application des critères du règlement Dublin destinés à les protéger dans le cadre des prises en charge, aux reprises en charge »¹²¹⁸. Ces mêmes auteurs rappellent aussi comme

¹²¹⁶ CJUE, 2 avril 2019, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17. Rec num point 86.

¹²¹⁷ CJUE, 29 novembre 2019, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, *Conclusions de l'Avocat Général Eleanor Sharpston dans l'affaire Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.*, Rec num point 76.

¹²¹⁸ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 135.

la CJUE dans certaines cas – tel celui de ladite affaire – face aux « complexités techniques » du règlement Dublin abandonne toute tentative d’harmonisation du droit dérivé, en privilégiant une « multitude de réponses *ad hoc* » orientée vers le respect des droits fondamentaux.

957. Encore une fois, l’action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes se heurte contre les limites imposées par une législation hétérogène issue de compétences partagées entre États membres et UE.

§2. DROITS PROCÉDURAUX LORS DE L’ACCÈS AU TERRITOIRE DE L’UE

958. Au moment de l’accès au territoire de l’UE, toute personne a droit à une bonne administration, car il s’agit d’un droit fondamental reconnu en tant que principe général par le droit de l’UE et consacré dans la CDFUE. La Commission dans sa recommandation de 2018 rappelait que « [c]e droit comprend le droit de toute personne d’être entendue avant l’adoption d’une mesure individuelle qui l’affecterait défavorablement ou qui affecte de manière sensible ses intérêts, ce qui est inhérent aux droits de la défense, un autre principe général du droit de l’UE »¹²¹⁹.

959. Néanmoins, dans un nombre restreint de cas, les États membres peuvent se servir d’outils prévus par le droit dérivé de l’UE qui permettent de limiter la jouissance de certains droits lors du franchissement des frontières externes des personnes migrantes en conditions irrégulière, notamment afin de procéder à l’éloignement. Nous concentrerons notre analyse d’abord sur ces exceptions (A), mettant bien en exergue que si d’un côté il est permis aux États membres de refuser l’entrée dans leur territoire, de l’autre, le droit de l’UE

¹²¹⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu’elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 64.

– déjà à partir du premier « code frontières »¹²²⁰ - a introduit des garanties judiciaires contre la décision de refoulement¹²²¹.

960. Ainsi, la CJUE a considéré que les motifs doivent respecter des critères de légalité strictes, excluant l'existence d'une marge d'appréciation des États membres permettant de refuser l'entrée d'un ressortissant de pays tiers sur la base d'une condition non prévue par le code frontières Schengen¹²²² (B). Les personnes rejetées ont donc le droit à un recours effectif (B) selon des modalités régies par le droit national, et doivent être mises à l'abri de toute « répression déguisée » prenant souvent la forme de procédures administratives complexes et parfois en contraste avec les décisions judiciaires.

A. La *fictio iuris* du « cas frontière »

961. L'accès au territoire et plus précisément le franchissement des frontières externes de l'UE sont des phases dans lesquelles l'application du droit est parfois sujet à des exceptions. Il est donc opportun de traiter de la « fiction juridique »¹²²³ selon laquelle les personnes migrantes faisant l'objet d'un refus d'entrée et qui se trouvent dans des zones de transit sont parfois considérées comme ne séjournant pas sur le territoire de l'État membre concerné. Il s'agit d'une précision qui s'impose comme étant nécessaire avant d'aborder dans

¹²²⁰ CE, *Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, [2006] JO, L 105/1.

¹²²¹ Evelien BROUWER, « Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law: Justice Accessible to All? », (2005) 7-3 *European Journal of Migration and Law* 219-236, 221 et ss.

¹²²² CJUE, 4 septembre 2014, *Air Baltic Corporation AS contre Valsts robežsardze*, affaire C-575/12. Rec num point 69.

¹²²³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 16.

les détails les principes dégagés par la jurisprudence de la CJUE dédiée à la protection des droits procéduraux lors de l'entrée sur le territoire de l'UE.

962. L'article 2 de la directive « retour »¹²²⁴ prévoit deux hypothèses dans lesquelles les États membres peuvent ne pas appliquer les garanties et les procédures prévues par ce texte. En règle générale ladite directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, toutefois, chaque pays membre peut choisir de ne pas l'appliquer – pour utiliser la terminologie choisie de la Commission - : dans le « cas de droits pénal »¹²²⁵ et dans le « cas frontière »¹²²⁶.

963. La première hypothèse, touchant moins l'objet de la présente section, concerne les ressortissants de pays tiers « faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition »¹²²⁷. Le deuxième cas, en revanche, est directement lié à la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes lors de l'accès au territoire, car vise d'un côté les ressortissants de pays tiers « faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen »¹²²⁸ et de l'autre, les ressortissants

¹²²⁴ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹²²⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 15.

¹²²⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 15.

¹²²⁷ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98 article 2, paragraphe 2, sous b]. Pour les aspect concernant la criminalisation des migration sur le territoire des États membres de l'UE, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

¹²²⁸ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98 article 2, paragraphe 2, sous a].

de pays tiers « arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l’occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d’un État membre et qui n’ont pas obtenu par la suite l’autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre »¹²²⁹.

964. Cette dérogation est particulièrement utilisée par les pays dits « de première ligne », qui subissent une forte pression migratoire, néanmoins la Commission recommande que « [l]es procédures nationales pour le cas frontière doivent respecter les principes généraux du droit international et les droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers concernés, ainsi que les garanties établies par l’article 4, paragraphe 4, de la directive retour »¹²³⁰.

965. Afin de justifier – et de limiter - le recours à de telles exceptions, la CJUE, dans l’affaire *Affum*¹²³¹ a affirmé l’importance du « lien temporel et spatial direct avec le franchissement de la frontière »¹²³². Au nom de ce « lien direct » la Commission européenne a identifié les catégories de personnes suivantes comme étant couvertes par le « cas frontière » : « les personnes arrivant de manière irrégulière par bateau et qui sont arrêtées à leur arrivée ou peu après celle-ci; les personnes arrêtées par la police après avoir franchi une clôture frontalière; les personnes entrées de manière irrégulière qui sortent du train/bus les

¹²²⁹ Ibidem.

¹²³⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu’elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 16.

¹²³¹ CJUE, 7 juin 2016, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d’appel de Douai*, affaire C-47/15.Rec num.

¹²³² CJUE, 2 février 2016, *Conclusions de l’Avocat Général Maciej Szpunar dans l’affaire Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d’appel de Douai*, affaire C-47/15.Rec num point 41; CJUE, 7 juin 2016, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d’appel de Douai*, affaire C-47/15.Rec num point 72.

ayant amenées directement sur le territoire d'un État membre (sans arrêt préalable sur le territoire d'un État membre) »¹²³³.

966. Toujours dans l'arrêt *Affum*, portant sur l'affaire d'une femme de nationalité ghanéenne interceptée en possession de faux documents d'identité par les autorités françaises, alors qu'elle transitait de la Belgique vers le Royaume-Uni¹²³⁴, la CJUE opère une distinction importante entre frontière externe et frontière interne de l'UE. Dès lors,

l'article 2, point 2, du code frontières Schengen, ne concernent donc pas le franchissement d'une frontière commune à des États membres faisant partie de l'espace Schengen. Ladite disposition ne saurait donc permettre aux États membres de soustraire des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier du champ d'application de ladite directive au motif de leur entrée irrégulière par une frontière intérieure¹²³⁵.

967. Par le biais de telle précision la Cour rappelle qu'en aucun cas, sur le territoire de l'UE, les États membres peuvent soustraire les personnes migrantes en condition irrégulière aux normes et procédures de la directive « retour ». Ainsi, la seule exception resterait la « fiction juridique » applicable au « cas frontière ». Toutefois, les États membres « doivent respecter le principe de non-refoulement et veiller – conformément à l'article 4, paragraphe 4 de la « directive retour » - à ce que le niveau de protection des personnes concernées ne soit pas moins favorable que celui prévu aux articles de ladite directive »¹²³⁶.

968. Nous verrons, dans la prochaine section, qu'une fois sur leur territoire, les États membres doivent respecter aussi les garanties prévues dans l'acquis de l'UE en matière d'asile, assurant aux personnes migrantes notamment : l'accès aux informations adéquates

¹²³³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 16 et 17.

¹²³⁴ Sur ce point voir Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2017.3.110-119, 118.

¹²³⁵ CJUE, 7 juin 2016, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d'appel de Douai*, affaire C-47/15. Rec num point 69.

¹²³⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour*, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017, p. 18.

concernant la possibilité de demander la protection internationale, avoir accès à un interprète, pouvoir rentrer en contact avec les organismes et les personnes fournissant des services et conseils juridiques, etc.¹²³⁷ Dans les lignes qui suivent, en revanche, nous nous concentrerons sur le droit procédural sur lequel la CJUE s'est le plus souvent exprimée concernant l'accès au territoire des personnes migrantes en condition irrégulière : le droit à un recours effectif.

B. Droit à un recours effectif :

969. L'article 14 du CFS établit que « [l]'entrée ne peut être refusée qu'au moyen d'une décision motivée indiquant les raisons précises du refus », et que cette décision « est prise par une autorité compétente habilitée à ce titre par le droit national »¹²³⁸. L'obligation de motivation de la décision de refus d'entrée sur le territoire et la compétence de l'autorité nationale tranchant la question, représentent des garanties permettant à la fois aux « personnes ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée » d'exercer leur « droit de former un recours contre cette décision » (3) et de mitiger la marge de discrétion laissée aux États membres dans l'organisations des mécanismes de droit interne pour la gestion de l'accès au territoire de l'UE via leurs frontières nationales (1). Sur ce point, il convient de noter que la récente réforme des garde-côtes et garde-frontières européens a étendu le « pouvoir de refus d'entrée » également au personnel statutaire de l'Agence Frontex employé dans les équipes du corps permanent des garde-côtes et garde-frontières européens pour lequel des pouvoirs d'exécution sont nécessaires¹²³⁹.

¹²³⁷ Pour les ressortissants de pays couverts par la directive « retour », s'appliquent aussi les garanties procédurales prévues aux articles 12, 13 et 14 de ladite directive. Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2.

¹²³⁸ UE, Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, 1–52 article 14.

¹²³⁹ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les

970. Le contrôle de la CJUE, en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière, vise aussi les moyens de répression « déguisés » mis en place par les États membres, notamment au regard des incongruences systémiques entre l'action de l'autorité administrative et celle de l'autorité judiciaire nationales, qui peuvent avoir un impact très négatif sur les droits fondamentaux des personnes migrantes (2).

1) *La marge d'appréciation des États membres dans la prédisposition des mécanismes juridictionnels effectifs*

971. L'arrêt *El Hassani*¹²⁴⁰ s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence *Zakaria*¹²⁴¹ - dont nous avons déjà eu l'occasion de parler -, dans la mesure où la CJUE a réaffirmé la marge d'appréciation laissées aux États membres dans l'organisation des mécanismes juridictionnels opportuns visant à garantir un recours effectif, tout en rappelant aussi l'exigence que le code de visas soit interprété à la lumière de la CDFUE.

972. Au point 42 de l'arrêt citée, il est clairement indiqué « que l'article 32, paragraphe 3, du code des visas, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il impose aux États membres l'obligation de prévoir une procédure de recours contre les décisions de refus de visas, dont les modalités relèvent de l'ordre juridique de chaque État membre dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité »¹²⁴². Et que

règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295 Article 55, paragraphe 7, lettre c).

¹²⁴⁰ CJUE, 13 décembre 2017, *Soufiane El Hassani contro Minister Spraw Zagranicznych*, affaire C-403/16. Rec num.

¹²⁴¹ CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12. Rec num.

¹²⁴² CJUE, 13 décembre 2017, *Soufiane El Hassani contro Minister Spraw Zagranicznych*, affaire C-403/16. Rec num point 42.

« [C]ette procédure doit garantir, à un certain stade de la procédure, un recours juridictionnel »¹²⁴³.

973. Le fait que « la Charte [CDFUE] est [toujours] applicable lorsqu'un État membre adopte une décision de refus d'accorder un visa »¹²⁴⁴, représente un principe d'importance remarquable, « en ce qu'il met en lumière les différences de champ d'application entre la CEDH et la CDFUE, ce que la Cour n'avait pas eu l'occasion de faire par l'arrêt *X. et X.* puisqu'elle avait décliné sa compétence »¹²⁴⁵. Dans ce sens, il est opportun de rappeler que le contrôle, réel ou potentiel exercé sur la personne par les autorités d'un État membre est un critère de rattachement suffisant pour la mise en œuvre du droit de l'UE, et donc – contrairement à la position adoptée par la Cour dans l'affaire *X. et X. contre Belgique*¹²⁴⁶ – « [i]l importe peu (...) que le droit de l'Union soit mis en œuvre à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers qui, comme Monsieur El Hassani, se trouve hors du territoire européen »¹²⁴⁷.

974. La CJUE a eu l'occasion de se prononcer dans un nombre important d'affaires sur la conformité des modalités de recours prévues dans les différentes législations nationales avec le droit protégé par l'article 47 de la CDFUE, notamment au sujet de personnes migrantes faisant l'objet de décision de refus de leur demande *dans* le territoire des États membres¹²⁴⁸.

¹²⁴³ Ibidem.

¹²⁴⁴ CJUE, 7 septembre 2017, Conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek dans l'affaire Soufiane El Hassani contro Minister Spraw Zagranicznych, affaire C-403/16. Rec num point 70 et point 119.

¹²⁴⁵ Jean Yves Carlier et Luc Leboeuf, « Chroniques de Droit européen des migrations » [2018] 3 JDE 95-110 à la p 98; Sur l'affaire CJUE, 7 mars 2017, X et X contre État belge, affaire C-638/16 PPU, Rec num voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, sous b).

¹²⁴⁶ CJUE, 7 mars 2017, X. et X. contre État belge, affaire C-638/16 PPU. Rec num.

¹²⁴⁷ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », J.D.E. 2018.3.95-110, 98., à la p 98.

¹²⁴⁸ CJUE, 19 decembre 2013, Rahmanian Koushkaki contre Bundesrepublik Deutschland, affaire C-84/12. Rec num; CJUE, 17 janvier 2013, Zakaria, C-23/12. Rec num; CJUE, 29 luglio 2019, Alekszj

975. Dès lors, tant sur le territoire des états membres que lors du franchissement des frontières externes de l'ELSJ, les États membres, au nom de la « simplification » des procédures, peuvent mettre en œuvre des modalités de répression « déguisées » des migrations irrégulières.

2) *Le caractère péremptoire du délai de traitement des demandes de protection internationale : exemple de « répression déguisée »*

976. Dans l'affaire *PG*¹²⁴⁹, la juridiction de renvoi posait deux questions en voie préjudicielle. La première concernait la compatibilité de la législation hongroise limitant le pouvoir du juge de reformer la décision administrative de refus de protection internationale, avec l'article 47 CDFUE – interprétée aussi à la lumière des articles 6 et 13 CEDH -. La deuxième question portait sur la durée maximale des procédures juridictionnelles en matière d'asile, pour lesquelles la législation hongroise prévoit « un délai impératif et uniforme de 60 jours au total, indépendamment de toute circonstance individuelle et sans tenir compte des spécificités de l'affaire et des éventuelles difficultés de preuve »¹²⁵⁰.

Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, affaire C-556/17.Rec num; CJUE, 25 juillet 2018, *Serin Alheto contre Zamestnik-predsdatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, affaire C-585/16.Rec num; CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU.Rec num.

¹²⁴⁹ CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18.Rec num.

¹²⁵⁰ CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18, Rec num point 14, sous 2]; En revanche, au sujet du rejet, dans le cadre d'une procédure accélérée, de la demande présentée par l'intéressé en vue de l'obtention du statut de réfugié, dans l'affaire CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, C-69/10, [2010] I-7151, au point 67, la Cour a affirmé qu'un délai de quinze jours pour former un recours contre une décision « ne sembl[ait] pas, en principe, matériellement insuffisant pour préparer et former un recours effectif, et [apparaissait] comme étant raisonnable et proportionné par rapport aux droits et aux intérêts en présence »

977. Quant à la première question, la CJUE s’inspirant de l’approche proposée par l’Avocat général Bobek dans ses conclusions¹²⁵¹, renvoie aux principes dégagés dans sa jurisprudence précédente¹²⁵². Or, l’objet de la deuxième question préjudicielle posée par les juges hongrois touche le facteur temporel et notamment le délai de traitement des demandes. Ce dernier élément, donne à la CJUE l’occasion de se prononcer sur une procédure modifiée par une réforme de la législation nationale datée de 2015 et qui représente l’exemple d’une tendance assez répandue parmi les États membres situés aux frontières de l’ELESJ : au nom de la « simplification » du traitement des demandes de protection internationale (asile ou protection subsidiaire), les délais de traitement de ces derniers sont réduits au point de compromettre toute possibilité d’un recours effectif contre la décision de refus.

978. Avant de rentrer dans les détails de l’affaire *PG* du 19 mars 2020, il est opportun de rappeler que l’article 46, paragraphe 3, de la directive 2013/32 dispose que « les États membres veillent à ce qu’un recours effectif prévoie un examen complet et *ex-nunc* tant des faits que des points d’ordre juridique, y compris, le cas échéant, un examen des besoins de protection internationale en vertu de la directive 2011/95/UE, au moins dans le cadre des procédures de recours devant une juridiction de première instance »¹²⁵³. Sur ce point, la CJUE a souligné que

Cette disposition [l’article 46, paragraphe 3, de la directive 2013/32] énonce, au niveau du droit dérivé, le type de contrôle qui doit être opéré lorsqu’une décision relevant du champ d’application de la directive 2013/32 fait l’objet d’un recours devant une

¹²⁵¹ CJUE, 5 décembre 2019, *Conclusions de l’Avocate Générale Michal Bobek dans l’affaire PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18, Rec num point 17.

¹²⁵² Voir *Supra*, à la note 1217. La protection du droit à un recours effectif, telle que prévue par l’article 47 CDFUE, fera l’objet d’une analyse plus approfondie dans les prochaines lignes, voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 2, § 2.

¹²⁵³ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l’octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60 article 46, paragraphe 3.

juridiction. Bien évidemment, l'interprétation et la mise en œuvre de cette disposition doivent se conformer au droit à un recours effectif inscrit à l'article 47 de la Charte¹²⁵⁴.

979. Les faits la base de l'affaire *PG*, concernent un ressortissant irakien d'ethnie kurde, arrivant le 22 août 2017 sans documents d'identité dans la zone de transit hongroise de Tompa, ville qui se situe à la frontière entre la Hongrie et la République de Serbie. Lors de son arrivée, le requérant a soumis une demande de protection internationale en raison de risques allégués pour sa vie dans son pays d'origine. Les autorités hongroises « ont rejeté cette demande le 14 mars 2018 et ont déclaré inapplicable à son égard le principe de non-refoulement. Une mesure de retour assortie d'une interdiction de séjour d'une durée de deux ans a été prise contre lui »¹²⁵⁵.

980. L'intéressé a saisi la juridiction de renvoi d'un recours contre le refus de lui accorder une protection internationale obtenant l'annulation de la décision administrative de refus. La CJUE a été saisie lorsque pour la troisième fois M. *PG* présentait recours contre une décision de refus de protection internationale. La juridiction de renvoi a en effet constaté qu'en fonction de la législation hongroise, « le cycle de rejet par l'office suivi d'une annulation par le juge est susceptible de se répéter ad libitum »¹²⁵⁶. Ainsi « [e]lle en est venue à se demander si un tel risque ne rendait pas les nouvelles modalités procédurales hongroises incompatibles avec les prescriptions de la directive 2013/32 en matière de droit à un recours effectif »¹²⁵⁷.

981. En effet, en raison d'une réforme de 2015, les juridictions hongroises se trouvent confrontées à un délai de jugement de 60 jours maximum. De surcroît, la juridiction de renvoi estime que

¹²⁵⁴ CJUE, 25 juillet 2018, *Serin Alheto contre Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, affaire C-585/16. Rec num point 114.

¹²⁵⁵ CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18. Rec num point 8.

¹²⁵⁶ CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18. Rec num point 11.

¹²⁵⁷ *Ibidem*.

dans certaines affaires, dont l'affaire au principal semble être représentative, un tel délai n'est pas suffisant pour rassembler les éléments nécessaires, déterminer le cadre factuel, entendre l'intéressé et, partant, rendre une décision juridictionnelle correctement motivée. Elle s'interroge ainsi sur la compatibilité de ce délai avec le droit à un recours effectif prévu par la directive 2013/32 et l'article 47 de la Charte¹²⁵⁸.

982. Le système mis en place par la Hongrie est donc, ni plus ni moins, un moyen de répression indirecte des migrations. Ceci nous permet d'indiquer la double raison qui a guidé notre choix de mettre au cœur des réflexions du présent paragraphe l'arrêt *PG*. D'un côté, il s'agit d'une des plus récentes affaires tranchées par la CJUE en matière de droit à un recours effectif lors de l'accès au territoire de l'UE - mettant en exergue toute l'évolution de la jurisprudence de cette Cour sur ce sujet -, et de l'autre, car la réponse offerte par la CJUE confirme son action de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière déjà à partir du moment où ils franchissent les frontières externes de l'UE.

983. Les juges de la CJUE interprètent « l'article 47 de la charte des droits fondamentaux [de l'Union européenne] et l'article 31 de la [directive 2013/32] – compte tenu des dispositions des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme »¹²⁵⁹ dans le sens qu'elles n'interdisent pas une législation nationale prévoyant un délai impératif et uniforme de 60 jours au total pour les procédures juridictionnelles en matière d'asile. Toutefois, ils précisent que ceci est vrai : « À condition que ce juge [national] soit en mesure d'assurer dans un tel délai l'effectivité des règles de fond et des garanties procédurales reconnues au demandeur par le droit de l'Union ».

984. Toute la force et la portée des droits fondamentaux inscrits dans la CDFUE est révélée, enfin, dans la dernière phrase du dispositif de l'arrêt cité, lorsqu'il est prévu que : « [D]ans le cas contraire, ledit juge est tenu de laisser inappliquée la réglementation nationale fixant le délai de jugement et passé ce délai, de rendre son jugement aussi promptement que possible ».

¹²⁵⁸ *Ibidem*, point 12.

¹²⁵⁹ CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18, Rec num point 37.

985. La CJUE dégage ainsi un principe général applicable à tous cas similaires, à savoir, lorsque le juge national fait face à des délais impératifs qui – à cause du nombre de demandes pendantes ou pour toute autre raison – empêchent *de facto* le respect du principe du recours effectif prévu par l’Article 47, paragraphe 3 CDFUE, la désapplication de la législation nationale s’impose.

3) *La notion controversée de « for naturel » compétent pour le recours face à un refus de visa*

986. Les situations les plus complexes permettent souvent à la CJUE de se prononcer sur des aspects juridiques d'importance majeure, et souvent c'est dans ces cadres de figures articulés qu'il est possible de remarquer un écart sensible entre le garantisme des positions avancées par les avocats généraux et la prudence des décisions des juges de la Cour.

987. L'arrêt *Vethanayagam*¹²⁶⁰ donne à la CJUE l'occasion de préciser le régime juridique applicable à la délivrance et au refus d'un visa dans le cadre du « code des visas »¹²⁶¹. L'élément de complexité de cette affaire réside dans l'existence d'un accord de représentation consulaire « entre États membres aux fins de délivrer et de refuser des visas dans des pays tiers où l'État membre compétent n'a pas lui-même de consulat, ainsi que l'étendue d'une telle représentation »¹²⁶². La question préjudicielle posée à la CJUE concernait le recours contre une décision de refus d'un visa et, plus particulièrement, visait à comprendre « i) quel est l'État membre qui, lorsqu'il existe un accord de représentation, prend la décision finale et est ainsi compétent en cas de recours contre cette décision et ii) si les personnes de référence ont qualité pour former, en leur propre nom, un recours contre une décision refusant un visa »¹²⁶³.

988. Afin de garantir un droit à un recours effectif, la personne migrante à laquelle est refusé un visa, doit pouvoir saisir l'autorité juridictionnelle à elle plus proche, compte tenu du lien de rattachement avec l'État dans lequel vise à obtenir une autorisation d'entrée (titre de court séjour, dans le cas d'espèce). Il s'agit, toutefois, d'un principe présent dans

¹²⁶⁰ CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num.

¹²⁶¹ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243/1, 15.09.2009.

¹²⁶² CJUE, 28 mars 2019, *Conclusions de l'Avocat Générale Elenoire Sharpston dans l'affaire Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num point 1.

¹²⁶³ *Ibidem*, point 1.

l'ELSJ dont l'interprétation n'est toutefois pas unanime. La majorité des avocats généraux¹²⁶⁴ qui se sont prononcé sur la question ont affirmé que « le demandeur dispose à cet égard d'une option »¹²⁶⁵ quant au choix des critères alternatifs pour la détermination du for compétent à connaître de son recours.

989. Néanmoins, les juges de la CJUE ont toujours tranché dans le sens contraire, notamment afin d'éviter le phénomène du *forum shopping* qu'irait à l'encontre du principe de sécurité juridique au sein de l'UE. En effet, dans l'arrêt *Vethanayagam*¹²⁶⁶ « la solution retenue par la Cour est », encore une fois, « diamétralement opposée à celle suggérée par l'avocate générale Eleanor Sharpston dans ses conclusions »¹²⁶⁷.

990. Tout d'abord, l'avocate générale résolvait l'incertitude due à l'accord de représentation entre États membres interprétant le droit dérivé à la lumière de l'article 8, paragraphe 4, sous d), du code des visas, dans le sens que « l'État membre représenté reste compétent pour statuer sur un recours contre une décision refusant un visa »¹²⁶⁸

991. Ensuite, elle « déduisait du droit à une protection juridictionnelle effective la nécessité de privilégier le « for naturel » des demandeurs »¹²⁶⁹. Selon cette approche, la règle

¹²⁶⁴ Dans ce sens voir CJUE, 24 mai 2007, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire Freeport plc contre Olle Arnoldsson*, affaire C-98/06. Rec num points 52-54; CJUE, 18 juin 2020, *Conclusions de l'Avocat Général Manuel Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire WV contre Landkreis Harburg*, Affaires jointes C-540/19. Rec num point 62; Pour une approche contraire CJUE, 13 juin 2013, *Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jaaskinen dans l'affaire Peter Pinckney contre KDG Mediatech AG*, Affaires jointes C-170/12. Rec num point 68.

¹²⁶⁵ CJUE, 24 mai 2007, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire Freeport plc contre Olle Arnoldsson*, affaire C-98/06. Rec num point 52.

¹²⁶⁶ CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17. Rec num.

¹²⁶⁷ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 134.

¹²⁶⁸ CJUE, 28 mars 2019, *Conclusions de l'Avocate Générale Elenoire Sharpston dans l'affaire Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17. Rec num point 63.

¹²⁶⁹ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 153.

générale de compétence indiquée par le code des visas viserait à la fois l'État dont le territoire est la destination unique ou principale des demandeurs de visa et l'État membre avec lequel ces derniers ont un lien aux fins de leur court séjour envisagé sur le territoire des États membres (dans le cas d'espèce il s'agit du Royaume des Pays-Bas).

992. Enfin, « reconnaître que l'État membre représenté est compétent pour examiner les recours (...) évite d'obliger les demandeurs de visa à intenter un recours devant les autorités juridictionnelles d'un État membre avec lequel ils n'ont aucun lien et qui ne constitue pas la destination de leur voyage »¹²⁷⁰.

993. Malgré la solidité des arguments avancés par l'avocate générale, la CJUE a affirmé que « le recours contre une décision de refus de visa doit être intenté contre l'État agissant en représentation »¹²⁷¹, et que cela « est compatible avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective »¹²⁷².

994. Cette position a été motivée par une interprétation textuelle stricte de l'article 8, paragraphe 4, sous d), et l'article 32, paragraphe 3, du « code des visas », selon laquelle « lorsqu'il existe un accord bilatéral de représentation prévoyant que les autorités consulaires de l'État membre agissant en représentation sont habilitées à prendre les décisions de refus de visa, il appartient aux autorités compétentes de cet État membre de statuer sur les recours formés contre une décision de refus de visa »¹²⁷³.

995. Une telle solution impose le respect de l'accord bilatéral entre États membres, au détriment de l'intérêt du demandeur à accéder à un recours effectif dans le pays duquel il essaye d'avoir un titre d'entrée. Pourtant, nous nous associons aux critiques formulées par

¹²⁷⁰ CJUE, 28 mars 2019, *Conclusions de l'Avocat Générale Elenoire Sharpston dans l'affaire Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num point 81.

¹²⁷¹ CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num motifs, sous 3].

¹²⁷² Ibidem.

¹²⁷³ CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num motifs, sous 2].

les auteurs J.-Y. Carlier, L. Leboeuf et S. Saroléa, lesquels reprenant les Conclusions de l'avocate Sharpston, appuient l'approche privilégiant le principe de proximité dans la détermination du « forum naturel » compétent à connaître du recours contre une décision de refus de visa en fonction des critères suivantes :

s'il existe un accord de représentation entre les États concernés, deuxièmement s'il a été publié et, troisièmement, s'il emporte, comme en l'espèce, une délégation complète de compétence pour la décision. À défaut d'une de ces trois conditions, le recours devrait pouvoir être introduit, alternativement, devant les juridictions, soit de l'État de décision et de notification, soit de l'État, représenté, de destination¹²⁷⁴.

C. Égalité de traitement et discrimination sur la base de la nationalité

996. Le fait que le droit national d'un État membre prévoit une procédure différente – ou accélérée – pour l'examen de certaines demandes de protection internationale sur la base de la nationalité des demandeurs est-elle une pratique discriminatoire ? Telle est la question sur laquelle la CJUE était appelée se prononcer dans l'arrêt *D. et A.*¹²⁷⁵.

997. L'affaire citée porte sur le recours de deux ressortissants du Nigeria qui ont vu leur demande d'asile d'abord classée selon une procédure prioritaire puis rejetée par les autorités irlandaises. En effet, une décision ministérielle de 2003 accordait priorité aux demandes d'asile introduites par des ressortissants nigériens, imposant ainsi des délais plus serrés pour la présentation des éléments requis pour l'obtention du statut de réfugié. Les requérants accusent ce système d'être contraire à l'interdiction de discrimination fondée sur

¹²⁷⁴ Jean-Yves CARLIER et Sylvie SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2017, p. 139; tel que cité par Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 134.

¹²⁷⁵ CJUE, 31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D. et B. A. contre Refugee Applications Commissioner e.a.*, *Rec. Num.*

la nationalité. À cet égard, ils ont invoqué l'existence d'« un désavantage d'ordre procédural»¹²⁷⁶ par rapport aux autres demandeurs d'asile provenant de pays tiers non sûrs,

dès lors que moins de temps et moins de ressources seraient consacrés aux affaires prioritaires, ce qui aurait pour conséquence qu'une attention moindre serait apportée à la question de savoir si des informations ou une enquête additionnelles sont nécessaires à l'examen des demandes, et que, partant, il y aurait moins d'opportunités pour les demandeurs de soumettre des informations complémentaires¹²⁷⁷.

998. Les enjeux de cette affaire, nous ramènent à la question de la légitimité d'une classification de « pays tiers sûrs » de provenance des demandeurs et des conséquences sur les actes nationaux prises sur une telle base¹²⁷⁸.

999. La Cour relève que les États membres « peuvent » appliquer une procédure prioritaire ou accélérée sur la base d'un des quinze motifs spécifiques justifiant la mise en œuvre d'une telle procédure¹²⁷⁹. En soutien à cette approche, la CJUE cite sa propre jurisprudence *Samba Diouf*¹²⁸⁰, dans laquelle elle avait eu l'occasion de souligner que « les États membres disposent à plusieurs égards d'une marge d'appréciation pour la mise en œuvre des dispositions de la directive 2005/85 en tenant compte des particularités de leur droit national »¹²⁸¹.

¹²⁷⁶ CJUE, 31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D. et B. A. contre Refugee Applications Commissioner e.a.*, Rec. Num point 38.

¹²⁷⁷ CJUE, 31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D. et B. A. contre Refugee Applications Commissioner e.a.*, Rec. Num point 38.

¹²⁷⁸ Nous avons déjà abordé le sujet des « pays tiers sûrs », voir *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹²⁷⁹ CJUE, 31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D. et B. A. contre Refugee Applications Commissioner e.a.*, Rec. Num point 69.

¹²⁸⁰ CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, C-69/10.[2010] I-7151.

¹²⁸¹ *Ibidem*, point 29.

1000. Quant au principe de non-discrimination, dans le système instauré par l'ancienne directive « procédures »¹²⁸², la Cour rappelle que le pays d'origine et la nationalité du demandeur jouent un rôle déterminant.

En effet, il résulte de l'article 8, paragraphe 2, sous b), de celle-ci que le pays d'origine du demandeur influe sur la décision de l'autorité responsable de la détermination, étant donné que cette dernière est tenue de s'informer sur la situation générale existant dans ce pays afin de déterminer l'existence ou non d'un danger pour le demandeur d'asile et, le cas échéant, d'un besoin de protection internationale de ce dernier¹²⁸³.

1001. Toutefois, au point 71 de son arrêt, la CJUE affirme que « toute forme de procédure » - y compris une procédure accélérée ou simplifiée – doit assurer la pleine application des garanties procédurales prévues au paragraphe 4 de l'article 23 de la directive 2005/85 (aujourd'hui remplacé par l'article 31 de la directive « procédures »). Ceci permettrait d'éviter toute discrimination « entre les demandeurs d'asile d'un pays tiers déterminé dont les demandes feraient l'objet d'une procédure d'examen prioritaire et celles de ressortissants d'autres pays tiers dont les demandes seraient examinées selon la procédure normale ».

Le professeur J.-Y. Carlier se montre critique envers cette approche différenciée au traitement des demandes d'asile défendues par la Cour et il justifie sa position avec un double argument. Premièrement, car à son avis « [t]el raisonnement fut longtemps opposé aux femmes pour justifier des traitements différenciés devenus inacceptables et jugés aujourd'hui discriminatoires »¹²⁸⁴. Nous nous associons à telle critique et pouvons ajouter que l'adoption de procédures accélérées peut facilement produire un effet inverse, qui mènerait à

¹²⁸² CE, *Directive (UE) 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (abrogée par Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale JO L 180 du 29.6.2013, p. 60-95)*, [2005] JO, L 326/13, p. 85.

¹²⁸³ CJUE, 31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D. et B. A. contre Refugee Applications Commissioner e.a.*, Rec. Num point 71.

¹²⁸⁴ Jean Yves CARLIER, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2014.3.105-115, 111.

l'institutionnalisation des discriminations fondées sur la nationalité au détriment de l'examen individuel des demandes. Deuxièmement, le professeur Carlier attaque l'argument selon lequel le traitement différencié des demandeurs d'asile nigériens serait justifié par le fait que l'Irlande serait confrontée à un « afflux massif » expressément rencontré par la directive sur la protection temporaire¹²⁸⁵. Nous rejoignons l'avis de cet auteur, selon lequel « Le fait que les États membres ne s'accordent pas pour actionner cette directive en cas d'afflux massif, comme lorsque l'Italie l'a demandé à propos de Lampedusa et que les autres États l'ont refusé, impose de déduire *a contrario*, en droit, qu'aucun État membre ne peut affirmer être confronté à un afflux massif »¹²⁸⁶.

1002. Les réflexions menées jusqu'ici nous permettent d'affirmer qu'avec la jurisprudence *A. et D.* la CJUE d'une part rappelle aux États membres l'importance du respect des garanties prévues dans la directive « procédures » lors de l'examen des demandes d'asile, de l'autre fonde son propre raisonnement sur des bases qui montrent des faiblesses.

SECTION 2 : PRINCIPES DÉGAGÉS PAR LA CJUE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE TERRITOIRE DE L'UE

1003. Lors de l'arrêt *Fransson*¹²⁸⁷ la CJUE avait restreint nettement le champ d'application des droits fondamentaux prévus dans la CDFUE

En effet, il résulte, en substance, de la jurisprudence constante de la Cour que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués

¹²⁸⁵ CONSEIL EUROPÉEN, *Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985*, [2001] JO, L 187, p. 45-56, p. 55.

¹²⁸⁶ Jean Yves CARLIER, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2014.3.105-115, 111.

¹²⁸⁷ CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, affaire C-617/10. Rec num.

dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations. C'est dans cette mesure que la Cour a déjà rappelé qu'elle ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union. En revanche, dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application de ce droit, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect¹²⁸⁸.

1004. Néanmoins, le droit européen des migrations s'est toujours voulu technique, dans le sens où il résulte d'un ensemble de procédés juridiques visant à produire des solutions à un litige mêlant intérêts collectifs et particuliers. Toutefois, cette technicité s'est singulièrement accentuée ces dernières années, notamment à la suite des refontes successives du droit dérivé, en état de réforme permanente. Parallèlement, la production jurisprudentielle de la Cour de justice a augmenté de façon exponentielle depuis l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* et la levée des limitations à sa compétence de connaître du contentieux migratoire. L'ensemble de ces facteurs a permis, *de facto*, l'élargissement des domaines sur lesquels la Cour « apprécie » au regard de la CDFUE l'application du droit dérivé au niveau national.

1005. Suivant une méthodologie symétrique à celle utilisée dans la Section 1, nous analyserons ici les droits subjectifs (§1) et les droits procéduraux (§2) protégés par la CJUE dans son action interprétative, alimentée par les questions préjudicielles posées par les juridictions nationales.

§1. DROITS SUBJECTIFS EN MATIÈRE DE RÉPRESSION SUR LE TERRITOIRE

1006. En matière de protection des droits subjectifs des personnes migrantes en conditions irrégulières ou en attente de protection internationale, il est possible de retracer dans la jurisprudence de la CJUE une ligne cohérente à la répartition des droits fondamentaux

¹²⁸⁸ CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, affaire C-617/10. Rec num point 119.

faite par la CDFUE. Nous regarderons ainsi d’abord la protection de la dignité humaine, avec une attention particulière à l’interdiction d’exposer les demandeurs à une interdiction d’entrée sur le territoire de l’UE à durée indéterminée et à l’obligation des États membres d’assurer un niveau de vie digne pour les mineurs non accompagnés (A). Ensuite, nous analyserons le respect du droit à la liberté et certaines de ses déclinaisons qui ont un impact majeur dans la vie des personnes migrantes (B). Enfin, nous concentrerons notre analyse sur l’égalité de traitement et la non-discrimination (C).

A. La protection de la dignité humaine sur le territoire de l’UE

1007. À l’aide de la jurisprudence récente, nous montrerons en quelle mesure l’action de la CJUE participe à la protection de la dignité humaine des personnes migrants en conditions irrégulière ou en attente de protection internationale. Pour apprécier les avancées faites par la Cour en cette matière, nous aborderons d’abord l’interdiction d’exposer le demandeur à des conditions matérielles extrêmes (1) puis l’obligation qui se configure pour les États membres d’assurer un niveau de vie digne pour les mineurs non accompagnés (2).

1) *L’interdiction d’exposer les demandeurs à un « dénouement matériel extrême »*

1008. L’arrêt *Jawo*¹²⁸⁹, du 19 mars 2019, permet de mesurer l’avancement de la jurisprudence de la CJUE en matière de protection de la dignité des personnes migrantes en condition irrégulière sur le territoire de l’UE. Cet arrêt revient sur les conditions matérielles dans lesquelles les demandeurs de protection internationale vivent et sur les obligations

¹²⁸⁹ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec num. Pour l’apport de la jurisprudence *Jawo*, à la protection du droit à un recours effectif, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, lettre A.

positives des États membres pour le respect de leur dignité, déjà objet de la jurisprudence *Saciri*¹²⁹⁰.

1009. Les faits à l'origine de l'affaire *Jawo*, concernent un ressortissant gambien arrivé en Italie par la voie maritime et y ayant introduit une première demande d'asile avant de poursuivre son voyage vers l'Allemagne. Ici, les autorités allemandes, ayant trouvé sur le système Eurodac¹²⁹¹ un résultat positif indiquant que M. Jawo avait présenté une demande d'asile en Italie, ont demandé à la République italienne de le reprendre en charge. Face à l'absence de réaction des autorités italiennes, l'autorité allemande a disposé le transfert vers ce pays, qui néanmoins aurait échoué à deux reprises. La première, car M. Jawo s'était éloigné de son lieu de résidence sans en informer les gestionnaires du centre et la deuxième, car il aurait refusé de monter dans l'avion direct en Italie.

1010. Cet arrêt permet à la CJUE de se prononcer à la fois sur l'application du principe de solidarité entre États membres, et sur la notion de « fuite » du demandeur en vue de l'application du règlement Dublin III. Sur ce dernier point, la Cour a jugé que « l'article 29, paragraphe 2, seconde phrase, du règlement Dublin III doit être interprété en ce sens qu'un demandeur « prend la fuite », (...) lorsqu'il se soustrait délibérément aux autorités

¹²⁹⁰ CJUE, 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers contre Selver Saciri e.a.*, affaire C-79/13, Rec num point 46 : « L'article 13, paragraphe 5, de la directive 2003/9, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un État membre a choisi d'octroyer les conditions matérielles d'accueil sous la forme d'allocations financières ou de bons, ces allocations doivent être fournies à partir du moment de l'introduction de la demande d'asile, conformément aux dispositions de l'article 13, paragraphe 1, de cette directive, et répondre aux normes minimales consacrées par les dispositions de l'article 13, paragraphe 2, de ladite directive. [Chaque] État membre doit veiller à ce que le montant total des allocations financières octroyées soit suffisant pour garantir un niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile, en leur permettant notamment de disposer d'un hébergement, en tenant compte, le cas échéant, de la préservation de l'intérêt des personnes ayant des besoins particuliers, en vertu des dispositions de l'article 17 de la même directive. Les conditions matérielles d'accueil prévues à l'article 14, paragraphes 1, 3, 5 et 8, de la directive 2003/9 ne s'imposent pas aux États membres lorsqu'ils ont choisi d'octroyer ces conditions sous la forme d'allocations financières uniquement. Néanmoins, le montant de ces allocations doit être suffisant pour permettre aux enfants mineurs d'être logés avec leurs parents, de sorte que l'unité familiale des demandeurs d'asile puisse être maintenue. ».

¹²⁹¹ *Supra*, note 421; note 826; note 1194.

nationales compétentes pour procéder à son transfert, afin de faire échec à ce dernier »¹²⁹². Selon cette interprétation, le fait que ce demandeur quitte le lieu de résidence qui lui a été attribué « sans avoir informé les autorités nationales compétentes de son absence, à condition qu’il ait été informé de ses obligations à cet égard »¹²⁹³, constitue l’élément fondant la présomption de « fuite ».

1011. La CJUE est aussi appelée à trancher sur le niveau de protection de la dignité du demandeur, notamment au regard des conditions matérielles particulièrement précaires, qui pourraient empêcher la mise en œuvre de la procédure de transfert (et de reprise en charge), prévue par le droit de l’UE.

1012. En effet, le requérant s’étant toujours opposé aux mesures administratives concernant son transfert vers l’Italie, « la juridiction de renvoi se demande si, afin d’apprécier la légalité du transfert, elle doit tenir compte des conditions de vie auxquelles le requérant serait soumis dans l’État membre requis, dans l’hypothèse où sa demande de protection internationale y serait accueillie, notamment du risque sérieux qu’il y subisse un traitement contraire à l’article 4 de la Charte »¹²⁹⁴.

1013. Le juge allemand soulève, dans sa question, un point essentiel du droit d’asile UE, à savoir qu’il incomberait aux autorités nationales l’obligation d’effectuer un « examen global de la situation du demandeur avant son transfert », et que cette obligation d’un côté découlerait de l’article 3 de la CEDH et de l’autre « constituerait la contrepartie nécessaire

¹²⁹² CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec num point 70.

¹²⁹³ *Ibidem*, point 70 : « L’article 27, paragraphe 1, du règlement Dublin III doit être interprété en ce sens que, dans le cadre d’une procédure dirigée contre une décision de transfert, la personne concernée peut se prévaloir de l’article 29, paragraphe 2, de ce règlement, en faisant valoir que, dès lors qu’elle n’avait pas pris la fuite, le délai de transfert de six mois avait expiré. »

¹²⁹⁴ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec num point 44.

du système de Dublin, qui interdirait aux personnes sollicitant une protection de choisir librement leur pays d'asile »¹²⁹⁵.

1014. Les auteurs J.-Y. Carlier et L. Leboeuf, sur ce point, affirment que

Si le principe de confiance mutuelle implique une présomption de conformité des transferts à la Charte des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins que cette présomption n'est pas irréfragable et doit être renversée face à des « éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés » établissant un risque de traitements inhumains et dégradants. Pareils mauvais traitements incluent les situations de « dénuement matériel extrême » survenant indépendamment de la volonté du demandeur, mais non « une grande précarité ou une dégradation des conditions de vie »¹²⁹⁶.

1015. La CJUE a jugé que

L'article 4 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à un tel transfert du demandeur de protection internationale, à moins que la juridiction saisie d'un recours contre la décision de transfert ne constate, sur la base d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés et au regard du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union, la réalité de ce risque pour ce demandeur, en raison du fait que, en cas de transfert, celui-ci se trouverait, indépendamment de sa volonté et de ses choix personnels, dans une situation de dénuement matériel extrême¹²⁹⁷.

1016. Si la Cour « confirme le caractère *ex nunc* et individualisé du contrôle », l'élément novateur de la jurisprudence *Jawo* réside dans le fait que « les circonstances postérieures à l'adoption de la décision de transfert Dublin peuvent être soumises au juge »¹²⁹⁸. En outre, la « vulnérabilité » du demandeur joue un rôle déterminant dans

¹²⁹⁵ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17, Rec num point 45.

¹²⁹⁶ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 136.

¹²⁹⁷ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17, Rec num point 98.

¹²⁹⁸ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 136.

l'évaluation du risque de mauvais traitement résultant de « circonstances exceptionnelles qui lui sont propres »¹²⁹⁹.

1017. Dès lors, sur le plan de la dignité, la protection des droits fondamentaux des demandeurs de protection internationale offerte par la CJUE se propage dans une double direction. Premièrement, le risque qu'un demandeur soit exposé à un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 4 CDFUE fait obstacle à son transfert d'un État membre à un autre. Deuxièmement, la Cour a jugé qu'un État membre doit impérativement prendre en compte les « conditions de vie prévisibles du demandeur » dans l'État membre lui ayant accordé une protection subsidiaire, afin d'exclure qu'il serait exposé à un risque sérieux de subir un traitement inhumain ou dégradant.

1018. En guise de conclusion, il est opportun de rapporter le point 145 des Conclusions rendues dans cette même affaire, dans lesquelles l'Avocat Général Wathelet, nous livre une réflexion pertinente mettant en exergue les failles du système d'asile européen, dues notamment à la faible mise en œuvre du principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres :

Certes, seule l'adoption d'une véritable politique sur la protection internationale au sein de l'Union, avec son propre budget, qui garantirait des conditions de vie minimales et uniformes aux bénéficiaires de cette protection, permettrait de réduire, voire d'éliminer, la survenance d'affaires comme celle dans l'affaire au principal, en assurant que le principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres consacré par l'article 80 TFUE est une réalité non seulement des États membres, mais surtout des êtres humains en cause. Toutefois, dans cette attente (probablement longue !), il appartient aux États membres, y compris les juridictions nationales, d'assurer la pleine efficacité des normes actuellement en vigueur comme expliqué ci-dessus¹³⁰⁰.

¹²⁹⁹ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17.Rec num points 69 et 95.

¹³⁰⁰ CJUE, 25 juillet 2018, *Conclusions de l'Avocat Général Melchior Wathelet dans l'Affaire Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17.Rec num point 145.

2) *L'obligation d'assurer un niveau de vie digne des mineurs non accompagnés*

1019. La protection des droits fondamentaux des mineurs non accompagnés en droit européen passe notamment par la CourEDH. Cette juridiction a développé, au fil des années une jurisprudence importante proposant une lecture des politiques migratoires nationales et internationales orientées vers la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁰¹, « s'appuyant notamment sur la législation communautaire et l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant »¹³⁰².

1020. L'action de la CJUE dans ce domaine est donc largement inspirée des principes dégagés par les juges de Strasbourg. Néanmoins, dans l'arrêt *Haqbin*¹³⁰³ du 2 novembre 2019, la Cour est interrogée sur la compatibilité de l'exclusion du bénéfice des conditions d'accueil d'un mineur non accompagné avec le respect dignité humaine¹³⁰⁴.

¹³⁰¹ 18 octobre 2006, n° 46410/99, *Affaire Üner c. Pays-Bas*, CEDH [2006] XII; 23 juin 2008, n° 1638/03, *Affaire Maslov c. Autriche*, CEDH [2008] XII; 12 octobre 2006, n° 13178/03, *Affaire Mubilanzia Mayeka et Kaniki c. Belgique*, CEDH [2011] XI; 19 avril 2012, n° 39472/07, et 39474/07, *Popov c. France*, CEDH [2012]; 5 avril 2011, *Affaire Rahimi c. Grece*, I CEDH n° 8687/08, [2011]; 4 novembre 2014, *Affaire Tarakhel c. Suisse*, VI CEDH n° 29217/12, [2014].195.

¹³⁰² Henri LABAYLE et Philippe DE BRUYCKER, *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement Européen, commission LIBE, 2012, p. 55; *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur: 2 septembre 1990); Pour la jurisprudence des NU, voir pour tous : 17 octobre 2018, N° 2892/2016, *Marat Abdiev c. Kirghizistan*, Doc NU CCPR/C/124/D/2892/2016.; Silvie SAROLÉA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM* (novembre 2016), en ligne : <<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-d-h-15-juillet-2016-ccpr-c-117-d-2081-2011-d-t-c-canada.html>>.

¹³⁰³ CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18.Rec Num; Voir aussi : Emanuelle NÉRAUDAU, « C.J.U.E. (G.C.), arrêt du 12 novembre 2019, HAQBIN / FEDASIL, C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956 », *UCLouvain*, en ligne : <<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-g-c-arret-du-12-novembre-2019-haqbin-fedasil-c-233-18-ecli-eu-c-2019-956.html>> (consulté le 28 juillet 2020).

¹³⁰⁴ Sur ce point voir : Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 141.

1021. M. Haqbin, ressortissant Afghan et mineur non accompagné, est éloigné du centre dans lequel il avait été affecté en raison de son comportement violent, à l'origine d'une rixe avec d'autres demandeurs. Par décision du directeur du centre d'accueil, confirmée par décision du directeur général de la Fedasil (l'agence fédérale belge pour l'accueil des demandeurs d'asile), M. Haqbin a été exclu, pour une durée de quinze jours, du bénéfice de l'aide matérielle dans une structure d'accueil, à titre de sanction. Dans ce cadre, la question se pose de savoir

si, en vue de garantir un niveau de vie digne aux demandeurs, l'autorité publique chargée de leur accueil doit avoir pris les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'un demandeur d'asile qui a été exclu du bénéfice des conditions matérielles d'accueil à titre de sanction jouisse néanmoins d'un niveau de vie digne ou si elle peut se borner à compter sur l'assistance privée et n'intervenir que si cette dernière n'est pas en mesure de garantir un tel niveau de vie à la personne concernée¹³⁰⁵.

1022. Dans son raisonnement la CJUE rappelle d'abord que conformément à l'article 20, paragraphe 5, de la directive « accueil »¹³⁰⁶ toute sanction « doit être objective, impartiale, motivée et proportionnée à la situation particulière du demandeur » et ne peut en aucun cas empêcher l'« accès aux soins médicaux ainsi qu'un niveau de vie digne »¹³⁰⁷.

1023. Ensuite, la Cour se penche sur l'importance de préserver la dignité humaine du niveau de vie, tel qu'indiqué au considérant 35 de la directive « accueil ». Cette disposition fait une référence directe à l'article 1^{er} de la CDFUE et à sa mise en œuvre. Afin de renforcer ses motivations sur ce point et voulant aussi montrer la continuité de sa ligne interprétative, la CJUE cite aussi sa jurisprudence *Jawo* :

le respect de la dignité humaine, au sens de cet article [article 1er CDFUE], exige que la personne concernée ne se trouve pas dans une situation de dénuement matériel extrême qui ne lui permettrait pas de faire face à ses besoins les plus élémentaires, tels que ceux de se loger, de se nourrir, de se vêtir et de se laver, et qui porterait ainsi atteinte à sa santé

¹³⁰⁵ CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18, Rec Num point 28.

¹³⁰⁶ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180, p. 33.

¹³⁰⁷ *Ibidem*, article 20, paragraphe 4.

physique ou mentale ou la mettrait dans un état de dégradation incompatible avec cette dignité¹³⁰⁸.

1024. Or, selon les juges de la Cour la sanction appliquée à M Haqbin, serait contraire à l'exigence de proportionnalité prescrite par le droit de l'UE¹³⁰⁹ « dans la mesure où même les sanctions les plus sévères visant à réprimer, en matière pénale, les manquements ou comportements visés à l'article 20, paragraphe 4, de cette directive ne peuvent priver le demandeur de la possibilité de pourvoir à ses besoins les plus élémentaires »¹³¹⁰, tels que l'accès à la nourriture et à l'hébergement.

1025. Dès lors, compte-tenu que le demandeur est un mineur non accompagné, c'est-à-dire une « personne vulnérable », au sens de l'article 21 de la directive « accueil »¹³¹¹, les autorités des États membres doivent, « lors de l'adoption de sanctions au titre de l'article 20, paragraphe 4, de cette directive, prendre en compte de manière accrue, (.), la situation particulière du mineur ainsi que le principe de proportionnalité »¹³¹².

1026. Enfin, la Cour relève que « l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les États membres lors de la transposition des dispositions de [la directive « accueil »] relatives aux mineurs.

¹³⁰⁸ CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18.Rec Num point 46; Se referant à CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17.Rec num point 96.

¹³⁰⁹ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180 article 20, paragraphe 5, deuxième phrase.

¹³¹⁰ CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18.Rec Num point 47.

¹³¹¹ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180.

¹³¹² CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18.Rec Num point 53.

1027. Ainsi, la jurisprudence *Hqbin* met en exergue toute l'importance du principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que prévu par l'article 23 paragraphe 2 de la directive « accueil ». La CJUE, affirmant que la directive « accueil » impose aux États membres une obligation positive de garantir un niveau de vie digne, dégage des principes ayant une retombée pratique incontournable. En fait, afin de se conformer à cette approche interprétative « les États membres doivent, lorsqu'ils évaluent cet intérêt supérieur, tenir dûment compte, en particulier, de facteurs tels que le bien-être et le développement social du mineur, en accordant une attention particulière à la situation personnelle de celui-ci, ainsi que les considérations tenant à sa sûreté et à sa sécurité »¹³¹³.

B. La protection de la liberté sur le territoire de l'UE

1028. Sous le chapitre II de la CDFUE sont regroupés une multitude de droits fondamentaux. L'ensemble des droits liés aux limitations de la liberté via la détention ou la rétention seront abordés dans le prochain chapitre. Ici nous regarderons au respect de la vie privée et familiale (1) et aux limitations de la liberté de circulation (2) des personnes migrantes en conditions irrégulières ou en attente de protection internationale.

1) Le respect de la vie privée et familiale dans la protection contre le risque de persécution pour l'orientation sexuelle

1029. Nous avons montré plusieurs fois, au fil des réflexions menées dans cette étude, que la complexité des situations humaines fait en sorte qu'il n'existe pas de cloisons étanches entre les droits fondamentaux. Cela est tout aussi vrai pour les citoyens de l'UE que pour les personnes migrantes en condition irrégulière.

¹³¹³ CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18, Rec Num point 54.

1030. L'arrêt *A. e.a.*¹³¹⁴, nous permet de montrer le lien existant entre la protection de la dignité humaine protégée par l'article 1 CDFUE et le respect de la vie privée et familiale - couverte par l'Article 7 CDFUE - de personnes migrantes demandant la protection internationale au nom de craintes de persécution pour leur orientation sexuelle. Dans cette affaire, les autorités des Pays-Bas refusaient la protection internationale à trois ressortissants de pays tiers, jugeant les déclarations concernant leur homosexualité dépourvue de crédibilité.

1031. Dans le cadre des procédures d'appel, les requérants - *A, B et C* – ont fait valoir que « les autorités chargées de l'examen d'une demande d'asile devraient fonder leurs décisions sur la seule affirmation de ces demandeurs quant à cette prétendue orientation »¹³¹⁵.

1032. Sur ce point la CJUE répond que « l'auto-identification de son orientation sexuelle par le demandeur d'asile »¹³¹⁶ ne peut être admise qu'à certaines conditions, plus précisément « lesdites déclarations ne sauraient constituer, compte tenu du contexte particulier dans lequel s'inscrivent les demandes d'asile, que le point de départ dans le processus d'examen des faits et des circonstances prévues à l'article 4 »¹³¹⁷ de la directive « qualifications »¹³¹⁸.

¹³¹⁴ CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaires jointes C-148/13 à C-150/13. Rec num.

¹³¹⁵ CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaires jointes C-148/13 à C-150/13. Rec num point 34.

¹³¹⁶ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2015.3.111-122, 115.

¹³¹⁷ CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaires jointes C-148/13 à C-150/13. Rec num point 49. Qui plus est, au point 51 la Cour aoncfirme que : « il résulte de l'article 4, paragraphe 5, de la directive 2004/83 que, lorsque les conditions énumérées aux points a) à e) de cette disposition ne sont pas remplies, les déclarations des demandeurs d'asile relatives à leur prétendue orientation sexuelle peuvent nécessiter confirmation ».

¹³¹⁸ CE, *Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95)*, [2004] JO, L 304/12, p. 83.

1033. Les requérants se plaignent aussi du fait que les autorités nationales fonderaient leur évaluation sur des « questions stéréotypées »¹³¹⁹,

des questions relatives à cette prétendue orientation, lesquelles portent atteinte, notamment, au respect de la dignité du demandeur et à son droit au respect de la vie privée, ne tenant de surcroît pas compte de la gêne que ce demandeur pourrait ressentir lors des auditions ni des barrières culturelles qui l'empêcheraient de parler ouvertement de cette orientation¹³²⁰.

1034. La Cour a jugé alors que les modalités d'appréciation, par les autorités compétentes, des déclarations et des éléments de preuve documentaires ou autres présentés à l'appui de telles demandes « doivent être conformes (..) aux droits fondamentaux garantis par la Charte, tels que le droit au respect de la dignité humaine, consacré à l'article 1er de la Charte, ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 7 de celle-ci »¹³²¹.

1035. Ainsi, selon l'approche interprétative de la Cour d'une part, « l'obligation d'un examen individuel de chaque demande d'asile s'oppose à ce que l'orientation sexuelle soit évaluée à la lumière de seules questions stéréotypées »¹³²², d'autre part, « l'obligation de respecter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne implique que des questions ne peuvent être posées sur les détails des pratiques sexuelles (droit à la vie privée)

¹³¹⁹ Il s'agit de questions portant sur les pratiques sexuelles, preuves d'actes sexuels, tests médicaux et exigence d'invoquer l'orientation sexuelle dès les origines de la procédure.

¹³²⁰ CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaires jointes C-148/13 à C-150/13. Rec num point 35. Les requérants relèvent aussi que « 1. le fait que le *Staatssecretaris* [autorité juridictionnelle néerlandaise] considère les récits des demandeurs d'asile comme n'étant pas crédibles ne devrait pas emporter la même conclusion quant à la crédibilité de l'orientation sexuelle elle-même ».

¹³²¹ CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaires jointes C-148/13 à C-150/13. Rec num, point 54.

¹³²² Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2015.3.111-122, 115.

et que des preuves d'actes sexuels ou des résultats de tests médicaux ne peuvent être produits (droit à la dignité) »¹³²³.

1036. Les retombées pratiques de l'action de la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile sont encore une fois remarquables et destinées à façonner l'activité des autorités nationales. Sur la base de l'analyse de l'affaire *A. e.a.* cité nous pouvons en synthétiser trois. Tout d'abord, il est affirmé un dépassement du recours aux seules questions stéréotypées, qui ne suffisent donc pas à invalider les déclarations des demandeurs. Ensuite les interrogatoires détaillés visant à vérifier la crédibilité des déclarations concernant l'orientation sexuelle des requérants sont contraires aux droits fondamentaux garantis par la charte et, notamment, au droit au respect de la vie privée et familiale, tel que consacré à l'article 7 de celle-ci¹³²⁴. Et enfin, l'article 4 de la directive « qualifications » lu à la lumière de l'Article 1 CDFUE s'opposent à ce que lesdites autorités acceptent l'accomplissement par le demandeur d'asile concerné d'actes homosexuels, ou encore des « tests » ou des enregistrements « vidéo » en tant que moyens de preuve pour vérifier la véracité de telle déclarations.

1037. Dans la plus récente affaire *F.*¹³²⁵, de 2018, la CJUE reprend intégralement les positions affirmées dans sa jurisprudence *A. e. a.*, affirmant que l'article 4 de la directive « qualifications »¹³²⁶ ne s'oppose pas à ce que les autorités – administratives ou judiciaires – ordonnent une expertise dans le cadre de l'évaluation des faits et des circonstances relatifs

¹³²³ Ibidem.

¹³²⁴ Supra, note 1321.

¹³²⁵ CJUE, 25 janvier 2018, F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, affaire C-473/16.Rec num.

¹³²⁶ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, [2011] JO, L 337, p. 95.

à l'orientation sexuelle alléguée d'un demandeur¹³²⁷, mais ce faisant la Cour fixe trois critères indélogeables. Premièrement, que les modalités d'une telle expertise assurent le respect des droits fondamentaux prévus dans la CDFUE; deuxièmement, que ladite autorité et ces juridictions ne fondent pas leur décision sur les seules conclusions du rapport d'expertise et qu'elles ne sont pas liées par ces conclusions lors de l'appréciation des déclarations de ce demandeur relatives à son orientation sexuelle¹³²⁸.

1038. L'apport novateur de l'arrêt *F.* en matière de protection de la vie privée et familiale – qui est d'ailleurs la preuve de l'approfondissement de l'action de la CJUE dans ce domaine - concerne dans l'affirmation de l'incompatibilité d'une expertise psychologique avec l'article 7 CDFUE. En effet au point 2 du dispositif la Cour affirme que

L'article 4 de la directive 2011/95, lu à la lumière de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la réalisation et à l'utilisation, en vue d'apprécier la réalité de l'orientation sexuelle alléguée d'un demandeur de protection internationale, d'une expertise psychologique, telle que celle en cause au principal, qui a pour objet, sur la base de tests projectifs de la personnalité, de fournir une image de l'orientation sexuelle de ce demandeur¹³²⁹.

1039. Dès lors, l'évolution cohérente de la jurisprudence de la CJUE, montre que cette Cour interpose son action interprétative à toute pratique utilisée par les autorités des États membres capable de menacer – voire piétiner – les droits fondamentaux des personnes migrantes.

¹³²⁷ Sur ce point, voir Ségolène BARBOU, « Chronique Droit de l'asile et immigration - Comment vérifier la crédibilité des déclarations d'un demandeur d'asile qui invoque son orientation sexuelle comme motif de crainte de persécution ? », *RTD Eur* 2019.182, 133-134.

¹³²⁸ CJUE, 25 janvier 2018, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-473/16.Rec num dispositif, point 11.

¹³²⁹ CJUE, 25 janvier 2018, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-473/16.Rec num dispositif, point 2].

2) *La CJUE s'oppose aux limitations à la liberté de circulation des bénéficiaires de protection subsidiaire*

1040. Dans l'affaire *Alo et Osso*¹³³⁰ le *Bundesverwaltungsgericht* (Cour administrative fédérale) interroge en voie préjudicielle la CJUE pour savoir si les autorités allemandes peuvent limiter le droit à la liberté de circulation de personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire.

1041. M. Alo et Mme Osso, ressortissants syriens, à la suite du rejet de leurs demandes d'asile introduites respectivement en 1999 et 2001, ont résidé en Allemagne « sous le couvert d'autorisations provisoires. Depuis le début de la procédure de demande d'asile, ils y ont bénéficié de la protection sociale »¹³³¹. En 2012, ayant introduit de nouvelles demandes d'asile, ils se sont vu octroyer le statut conféré par la protection subsidiaire, assortis d'une obligation d'établir leur lieu de résidence¹³³². Leurs recours respectifs n'ayant pas abouti, l'autorité juridictionnelle administrative allemande de dernière instance, demande à la CJUE si la législation nationale étant base légale des décisions en question est compatible avec la directive « qualifications »¹³³³.

1042. L'Avocat Général Pedro Cruz Villalon, au point 34 de ses conclusions, souligne que l'intérêt spécifique de la question posée réside dans le fait que la notion de « libre circulation », en droit de l'UE, n'est pas toujours utilisée de manière uniforme. En effet, « le droit de l'Union emploie fréquemment la notion de « libre circulation » de manière large pour faire référence de façon générale à un ensemble de droits étroitement liés, parmi lesquels

¹³³⁰ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num.

¹³³¹ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num point 14.

¹³³² CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num point 15 et 16.

¹³³³ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337; Voir questions préjudicielle posées CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num au point 21.

se trouvent le droit de se déplacer et la liberté de séjourner, ainsi que la liberté de sortir de l'État lui-même ». De surcroît, déjà en 1975 l'Avocat Général Henri Mayras lors des Conclusions dans l'Affaire *Rutili*¹³³⁴ montrait à quel point ces droit étaient indissociables.

1043. La CJUE articule sa réponse autour d'une interprétation de la directive « qualifications » le plus possible compatible à la Convention de Genève¹³³⁵. Ce faisant la Cour constate la volonté du législateur européen d'aligner, sauf exceptions, la liberté de circulation octroyée aux bénéficiaires de la protection subsidiaire à celle reconnue par la Convention de Genève, qui implique le droit du réfugié de choisir son lieu de résidence¹³³⁶.

1044. En effet, l'article 33 de la directive « qualifications »¹³³⁷ précise, que la liberté «de circulation » qu'il consacre est garantie « aux bénéficiaires d'une protection internationale », ce qui implique que les réfugiés et les bénéficiaires du statut conféré par la

¹³³⁴ CJCE, 14 octobre 1975, *Conclusions de l'Avocat Général Henri Mayras Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, affaire C-36/75, [1975] Rec CE.01219. Tel que cité à la note 14 CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num. « l'avocat général Mayras se réfère tant aux droits des travailleurs de «répondre à des emplois effectivement offerts» qu'au «droit de se déplacer librement sur le territoire des États membres et d'y séjourner afin d'y occuper un emploi».se réfère tant aux droits des travailleurs de «répondre à des emplois effectivement offerts» qu'au «droit de se déplacer librement sur le territoire des États membres et d'y séjourner afin d'y occuper un emploi».

¹³³⁵ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954).

¹³³⁶ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, Affaires jointes C-443/14 et C-444/14, Rec Num point 32 : « Néanmoins, les considérants 8, 9 et 39 de la directive 2011/95 indiquent que le législateur de l'Union a souhaité, en répondant à l'invitation du programme de Stockholm, mettre en place un statut uniforme en faveur de l'ensemble des bénéficiaires d'une protection internationale et qu'il a, par conséquent, choisi d'accorder aux bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire les mêmes droits et avantages que ceux dont jouissent les réfugiés, sauf dérogations nécessaires et objectivement justifiées.».

¹³³⁷ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337, p. 95.

protection subsidiaire sont, à cet égard, soumis au même régime¹³³⁸. Néanmoins, « ce droit peut, (...) être soumis aux mêmes restrictions que celles imposées aux autres ressortissants de pays tiers résidant régulièrement sur le territoire »¹³³⁹.

1045. Le principe dégagé ici par la CJUE est donc celui de l'égalité de traitement prévu à l'article 25 de la Convention de Genève¹³⁴⁰, qui impose aux États membres de ne pas soumettre les bénéficiaires de protection subsidiaire à des limitations plus amples de celles réservées aux étrangers dans les mêmes circonstances.

1046. La deuxième question posée par la Cour fédérale administrative allemande, dans l'affaire au principal, portant sur la compatibilité avec le droit de l'UE du choix de conditionner l'accès à l'aide sociale par l'obligation, imposée aux requérants, de résider dans un lieu désigné, nous permet de montrer une fois de plus qu'il n'existe pas de cloisons étanches entre les droits fondamentaux¹³⁴¹ protégés par la CDFUE.

1047. Pour y répondre la Cour fait recours au même raisonnement décrit plus haut, consistant dans l'interpréter – cette fois – les articles 29 et 33 de la directive « qualifications » dans le sens de permettre la pleine application du critère du « même traitement » prévu à l'article 23 de la Convention de Genève¹³⁴².

Les articles 29 et 33 de la directive 2011/95 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'imposition d'une obligation de résidence, telle que celles en cause au principal, à un bénéficiaire du statut conféré par la protection subsidiaire percevant

¹³³⁸ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num point 34.

¹³³⁹ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2017.3.110-119, 116.

¹³⁴⁰ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954) article 25 « Tout État Contractant accordera aux réfugiés se trouvant régulièrement sur son territoire le droit d'y choisir leur lieu de résidence et d'y circuler librement sous les réserves instituées par la réglementation applicable aux étrangers en général dans les mêmes circonstance ».

¹³⁴¹ *Supra* point 1029. Ainsi nous anticiperons certains éléments de réflexion qui seront l'objet d'analyse dans le prochain paragraphe, *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, lettre 0.

¹³⁴² *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954) article 23 « Les États Contractants accorderont aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire le même traitement en matière d'assistance et de secours public qu'à leurs nationaux. ».

certaines prestations sociales spécifiques, en vue de réaliser une répartition appropriée de la charge découlant du versement de ces prestations entre les différentes institutions compétentes en la matière, lorsque la réglementation nationale applicable ne prévoit pas l'imposition d'une telle mesure aux réfugiés, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement dans l'État membre concerné pour des raisons autres qu'humanitaires, politiques ou relevant du droit international et aux ressortissants de cet État membre percevant lesdites prestations¹³⁴³.

1048. La CJUE, dans l'affaire *Alo et Osso* relève donc « l'équivalence de principe entre le statut de réfugié, d'une part, et le statut de protégé subsidiaire, d'autre part, telle que voulue par le législateur européen »¹³⁴⁴. Cette approche confirme le rôle de « pierre angulaire »¹³⁴⁵ du système d'asile européen reconnu à la Convention de Genève. Néanmoins, l'action de la Cour ne se limitant pas à un 'assimilation passive du contenu de ladite Convention, dépasse « [l'] interprétation littérale, qui exige un « même traitement », pour raisonner en termes de comparabilité des situations »¹³⁴⁶. Les auteurs Carlier et Leboeuf affirment sur ce point que la CJUE « injecte, ce faisant, sa conception du principe d'égalité au sein du droit international des réfugiés, lui apportant de la souplesse »¹³⁴⁷.

C. Égalité de traitement et non-discrimination

1049. Les violations des droits codifiés au Chapitre III de la CDFUE sont parmi les plus complexes à identifier quand les victimes sont des non citoyens de l'UE. En réalité, les personnes migrantes en condition irrégulière sont fortement exposées à des discriminations

¹³⁴³ Ibidem.

¹³⁴⁴ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2017.3.110-119, 116.

¹³⁴⁵ CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE.I-10979 point 77; CJUE, 2 mars 2010, *Salahdin Abdulla e.a.*, C-175/08.[2010] I-01493 point 52; CJUE, 17 juin 2010, *Bolbol*, C-31/09.[2010] I-05539 point 3; CJUE, 14 mai 2019, *M.*, C-391/16, C-77/17 et C-78/17.Rec Num point 81.

¹³⁴⁶ Ibidem.

¹³⁴⁷ Ibidem.

fondées sur l'orientation sexuelle ou religieuse (2) et les protégés subsidiaires peuvent aussi subir des traitements discriminatoires en matière d'accès aux prestations sociales (1).

1) *L'égalité d'accès aux prestations sociales*

1050. L'arrêt *Ayubi*¹³⁴⁸ donne l'occasion à la CJUE de se prononcer sur la protection des personnes ayant obtenu le statut de réfugié de toute disparité de traitement dans l'accès aux prestations sociales. La position affirmée par la Cour confirme *in toto* les principes dégagés dans l'affaire *Alo et Osso*¹³⁴⁹, se basant une fois de plus sur le critère du « même traitement »¹³⁵⁰.

1051. Le requérant, ayant obtenu en Autriche au titre de l'asile, une autorisation de séjour pour une durée de trois ans, a ensuite « présenté une demande d'aide en vue de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille en matière de subsistance et de logement »¹³⁵¹. Il conteste la décision des autorités autrichiennes de lui octroyer une allocation, au titre de prestation sociale, inférieure à celle allouée aux réfugiés ayant un statut permanent. La juridiction de renvoi, le tribunal administratif régional de la Haute-Autriche, demande à la CJUE si une telle disposition est compatible avec le droit de l'UE, notamment avec l'article 29 de la directive « qualifications ».

1052. La Cour cite dans plusieurs passages sa propre jurisprudence *Alo et Osso* et juge que « des réfugiés bénéficiant d'un titre de séjour d'une durée limitée à trois ans doivent

¹³⁴⁸ CJUE, 21 novembre 2018, *Ahmad Shah Ayubi contro Bezirkshauptmannschaft Linz-Land*, affaire C-713/17. Rec num.

¹³⁴⁹ CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec num. Supra, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, lettre B, sous 2).

¹³⁵⁰ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur: 2 avril 1954) article 23. Supra, note 1342.

¹³⁵¹ CJUE, 21 novembre 2018, *Ahmad Shah Ayubi contro Bezirkshauptmannschaft Linz-Land*, affaire C-713/17. Rec num, point 15.

se voir assurer le même niveau de prestations sociales que celui offert aux ressortissants de l'État membre leur ayant octroyé le statut de réfugié »¹³⁵². Ceci est aussi affirmé à l'article 29 de la directive « qualifications », qui dès lors, selon l'interprétation de la CJUE, s'oppose à une réglementation nationale, qui prévoit une disparité de traitement entre les réfugiés bénéficiant d'un droit de séjour temporaire dans un État membre et ceux bénéficiant d'un droit de séjour permanent dans ledit État membre au regard des montants des prestations sociales accordées.

1053. L'autre question préjudicielle posée permet à la CJUE de réaffirmer le principe d'effet direct du droit dérivé de l'UE, notamment d'une directive lorsqu'elle est précise, inconditionnelle et suffisamment détaillée¹³⁵³. Il était alors question de déterminer si un réfugié peut invoquer, devant les juridictions nationales, l'incompatibilité d'une réglementation telle que celle en cause au principal avec l'article 29, paragraphe 1, de la directive 2011/95, afin que la restriction de ses droits que comporte cette réglementation soit écartée.

1054. La Cour donne une réponse affirmative et relève que

[S]'il est vrai que l'article 29, paragraphe 1, de la directive 2011/95 confère aux États membres une certaine marge d'appréciation, notamment quant à la détermination du niveau d'assistance sociale qu'ils estiment nécessaire, il n'en reste pas moins que cette disposition met à la charge de chaque État membre, dans des termes dépourvus d'équivoque, une obligation de résultat précise et inconditionnelle, consistant à assurer à tout réfugié auquel il octroie sa protection le bénéfice de la même assistance sociale que celle prévue pour ses ressortissants¹³⁵⁴.

1055. Dans le but de renforcer les arguments qui soutiennent l'effet direct de l'article 29 de la directive « qualifications », la Cour relève que d'autres dispositions de droit de l'UE

¹³⁵² CJUE, 21 novembre 2018, *Ahmad Shah Ayubi contro Bezirkshauptmannschaft Linz-Land*, affaire C-713/17. Rec num, point 35.

¹³⁵³ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, affaire C-26/62, [1963] Rec CE.I-00003.

¹³⁵⁴ CJUE, 21 novembre 2018, *Ahmad Shah Ayubi contro Bezirkshauptmannschaft Linz-Land*, affaire C-713/17. Rec num point 38.

« imposant le bénéfice du traitement national ou interdisant certaines discriminations, revêtaient un effet direct »¹³⁵⁵.

1056. L'élément discrétionnaire des autorités nationales lors de l'octroi de prestations sociales à des ressortissants de pays tiers a d'ailleurs fait l'objet d'une ample jurisprudence de la CJUE¹³⁵⁶. Dans l'affaire *Martinez*¹³⁵⁷ en l'occurrence, la Cour a déjà précisé que le fait qu'une prestation soit accordée ou refusé devait se fonder sur des critères objectifs et légalement définis.

1057. Le recours à des critères objectifs et non discrétionnaires permettrait de limiter les disparités de traitement dans les prestations sociales destinées aux personnes réfugiées, réduisant également la vulnérabilité de ces catégories. Avec sa jurisprudence, la Cour rappelle que derrière l'« obligation de résultat précise et inconditionnelle » d'assurer à tout réfugié la même assistance sociale, réside la volonté du législateur de l'UE de favoriser l'intégration, objectif ultime du système d'asile européen. L'action de la CJUE montre par conséquent que la répression des migrations sur le territoire de l'UE peut passer aussi, de façon indirecte, par la « précarisation » des conditions de protection internationale offertes.

¹³⁵⁵ *Ibidem*, point 39. CJCE, 17 décembre 1998, *Sema Sürül contre Bundesanstalt für Arbeit*, affaire C-262/96, [1996] Rec CE.I-02685 points 63 et 74; CJUE, 22 décembre 2010, *Rosa María Gavieiro Gavieiro (C-444/09) et Ana María Iglesias Torres (C-456/09) contre Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, affaires jointes C-444/09 et C-456/09.I-14031 point 78; CJUE, 6 mars 2014, *Loredana Napoli contre Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, affaire C-595/14.Rec num points 48 et 50.

¹³⁵⁶ CJCE, 16 juillet 1992, *Rose Hughes contre Chief Adjudication Officer, Belfast.*, affaire C-78/91.[1991] Rec CE I-04839 point 21; CJCE, 15 mars 2001, *Vincent Offermanns et Esther Offermanns.*, affaire C-85/99.[2001] Rec CE I-02261 point 46; CJCE, 24 octobre 2013, *Caisse nationale des prestations familiales contre Salim Lachheb et Nadia Lachheb*, affaire C-177/12.Rec num.

¹³⁵⁷ CJUE, 21 juin 2017, *Kerly Del Rosario Martinez Silva contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) et Comune di Genova*, affaire C-449/16.Rec num points 21-221.

2) *Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou la religion*

1058. Deux arrêts, respectivement de 2012¹³⁵⁸ et 2013¹³⁵⁹, permettent à la CJUE de dégager une définition de persécution en raison de la religion et de préciser les éléments d'appartenance à un groupe de personnes vulnérables.

1059. Dans l'affaire *Y. et Z.*¹³⁶⁰, deux ressortissants pakistanais, ayant introduit demande d'asile en Allemagne, ont fait valoir que le fait d'appartenir à la communauté musulmane ahmadiyya – une confession de l'islam modéré - les exposait à risque de traitements inhumains et dégradants. Cette affirmation serait corroborée par le fait que le code pénal du Pakistan prévoit des peines d'emprisonnement allant jusqu'à trois ans pour tout acte de prosélytisme envers la confession ahmadiste et la peine de mort pour quiconque porte atteinte au nom du prophète Mahomet.

1060. Les autorités allemandes, rejetant leurs demandes, ont constaté « qu'il n'existait pas d'éléments suffisants permettant d'affirmer que les demandeurs concernés avaient quitté leur pays d'origine parce qu'ils craignaient avec raison d'y être persécutés »¹³⁶¹ et que pourtant il n'existait aucun obstacle à leur expulsion vers le Pakistan.

1061. Le juge de dernière instance allemand saisit la Cour, principalement pour savoir s'il existe des atteintes à la liberté de religion, contraires à l'article 9 de la CEDH, qui ne constituent pas nécessairement un acte de persécution.

1062. La CJUE offre une réponse pragmatique, selon laquelle la persécution serait un élément de fait et non de droit.

¹³⁵⁸ CJUE, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z*, affaire C-71/11.Rec num.

¹³⁵⁹ CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y et Z contre Minister voor Immigratie en Asiel*, affaires jointes C-199/12 et C-201/12.Rec num.

¹³⁶⁰ CJUE, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z*, affaire C-71/11.Rec num.

¹³⁶¹ CJUE, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z*, affaire C-71/11.Rec num point 33.

Toute atteinte au droit à la liberté de religion qui viole l'article 10, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas susceptible de constituer un "acte de persécution" au sens de ladite disposition de cette directive « qualifications¹³⁶².

1063. Ce faisant, la Cour renvoie à une notion « large » de religion, incluant tant les actes privés que publics.

Les actes qui peuvent constituer une "violation grave" au sens de cet article comprennent des actes graves atteignant la liberté du demandeur non seulement de pratiquer sa croyance dans un cercle privé, mais également de vivre celle-ci de façon publique. Dès lors, l'existence d'un acte de persécution peut résulter d'une atteinte à la manifestation extérieure de ladite liberté¹³⁶³.

1064. Sur cette base, les autorités compétentes des États membres doivent vérifier, au regard de la situation personnelle de l'intéressé, si celui-ci court un risque réel d'être poursuivi ou d'être soumis à des traitements - ou à des peines - inhumains ou dégradants en raison de l'exercice de cette liberté dans son pays d'origine¹³⁶⁴.

1065. La jurisprudence *Y. et Z.*, a été largement reprise un an plus tard environ, lorsque la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle portant sur une affaire dont les protagonistes se plaignaient d'être exposés à des persécutions dans leurs pays d'origine respectif, au nom de leur orientation sexuelle.

¹³⁶² CJUE, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z*, affaire C-71/11. Rec num point 59. « En effet, il ressort du libellé de l'article 9, paragraphe 1, de cette directive que l'existence d'une "violation grave" de ladite liberté affectant la personne concernée d'une manière significative est nécessaire pour que les actes concernés puissent être considérés comme une persécution. Dès lors, les actes dont la gravité n'équivaut pas à celle de la violation des droits fondamentaux de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la convention européenne des droits de l'homme, ne peuvent pas non plus être considérés comme une persécution au sens dudit article 9, paragraphe 1, de la directive 2004/83 et de l'article 1 A de la convention de Genève relative au statut des réfugiés ».

¹³⁶³ *Ibidem*, point 63.

¹³⁶⁴ *Ibidem*, point 72.

1066. Dans l'affaire *X, à Y et à Z*.¹³⁶⁵, les trois requérants s'opposaient - pour les raisons que nous venons d'expliquer – à la décision avec laquelle l'autorité compétente des Pays-Bas refusait d'octroyer l'asile. Une telle décision avait été motivée par le raisonnement suivant :

bien que l'orientation sexuelle desdits demandeurs soit crédible, ces derniers n'ont pas établi à suffisance les faits et les circonstances invoqués et, partant, n'ont pas démontré que, une fois de retour dans leurs pays d'origine respectifs, ils ont une crainte fondée d'être persécutés en raison de leur appartenance à un certain groupe social¹³⁶⁶.

1067. La question principale à laquelle la Cour se trouve à devoir répondre porte sur le fait de savoir si « Les étrangers ayant une orientation homosexuelle constituent-ils un certain groupe social au sens de l'article 10, paragraphe 1, sous d), de la directive [2004/83/CE] ? »¹³⁶⁷.

1068. La CJUE répond d'abord en interprétant l'article 9, paragraphe 1, de la directive « qualifications »¹³⁶⁸, lu en combinaison avec l'article 9, paragraphe 2, sous c), de celle-ci. Selon l'approche proposée,

la seule pénalisation des actes homosexuels ne constitue pas, en tant que telle, un acte de persécution. En revanche, une peine d'emprisonnement qui sanctionne des actes homosexuels et qui est effectivement appliquée dans le pays d'origine ayant adopté une telle législation doit être considérée comme étant une sanction disproportionnée ou discriminatoire et constitue donc un acte de persécution¹³⁶⁹.

¹³⁶⁵ CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y et Z contre Minister voor Immigratie en Asiel*, affaires jointes C-199/12 et C-201/12. Rec num.

¹³⁶⁶ *Ibidem*, point 44.

¹³⁶⁷ CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y et Z contre Minister voor Immigratie en Asiel*, affaires jointes C-199/12 et C-201/12. Rec num point 45, sous 1].

¹³⁶⁸ CE, *Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95)*, [2004] JO, L 304/12, p. 83.

¹³⁶⁹ CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y et Z contre Minister voor Immigratie en Asiel*, affaires jointes C-199/12 et C-201/12. Rec num point 61.

1069. Ensuite, au regard de l'article 10 de ladite directive, la Cour juge que « l'existence d'une législation pénale telle que celles en cause dans chacune des affaires au principal, qui vise spécifiquement les personnes homosexuelles, permet de constater que ces personnes doivent être considérées comme formant un certain groupe social »¹³⁷⁰. De plus la lettre d) de cet article établit qu'

un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier: ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante¹³⁷¹.

1070. Cependant, la doctrine demeure partagée sur l'approche selon laquelle ces deux éléments devraient être concomitants et non alternatifs. Le texte législatif utilise la conjonction « et », la CJUE présente en effet ces deux éléments comme cumulatifs, néanmoins l'avocat Général Sharpston dans ses conclusions utilise un raisonnement plus nuancé, laissant entendre qu'il y aurait moyen de reconnaître la qualité de « groupe social » aussi lorsqu'une des deux listes de critères séparées par des tirets soit vérifiée.

1071. Certains auteurs relèvent que « [l']interprétation correcte de la définition du groupe social gagnerait à être éclairée en ce sens par la Cour »¹³⁷². Nous reconnaissons l'importance d'une interprétation précise et éclairée de la CJUE sur ce point, notamment pour les impacts remarquables qu'elle pourrait avoir sur la protection des demandeurs de protection internationale face aux risques de discrimination.

¹³⁷⁰ *Ibidem*, point 79, dispositif, sous 2).

¹³⁷¹ CE, *Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95), [2004] JO, L 304/12 article 10, lettre d).*

¹³⁷² Jean Yves CARLIER, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2014.3.105-115, 111.

§2. DROITS PROCÉDURAUX EN MATIÈRE DE RÉPRESSION SUR LE TERRITOIRE

1072. Les lignes qui suivent s'inscrivent dans la cohérence des arguments développés jusqu'ici. Nous regarderons les principes dégagés par la CJUE en matière de droit à un recours effectif (1) et au droit d'être entendu (2) dans le but de compléter la démonstration sur l'impact marquant de la jurisprudence de la CJUE en matière de contraste à la répression des migrations sur le territoire des États membres.

A. Droit à un Recours effectif

1073. Dans les dernières années, nous assistons à une évolution remarquable de la jurisprudence de la CJUE en matière de recours effectif¹³⁷³, notamment concernant les situations ayant lieu *sur* le territoire des États membres. Ceci est tout d'abord le fruit d'une interaction féconde entre la CJUE et le législateur de l'UE (1) qui a su écouter et codifier les principes dégagés par la Cour de Luxembourg afin de faire évoluer le droit dérivé dans un sens toujours plus proche à l'esprit des traités. Ensuite, la jurisprudence de la CJUE a permis, récemment, de sanctionner certains paradoxes de systèmes nationaux qui risquaient d'engloutir les personnes migrantes dans une spirale administrative sans fin (2). Enfin, les réponses ponctuelles de la CJUE renvoient souvent à des lectures systémiques et téléologiques

¹³⁷³ Entre autres voir : CJUE, 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-670/16.Rec num; CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU.Rec num; CJUE, 25 octobre 2017, *Majid Shiri*, affaire C-201/16.Rec num; CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17.Rec num.

du droit de l'UE en matière d'asile et d'immigration, qui accorde néanmoins une place incontournable au droit à un recours effectif (3).

1) *Les résultats de l'interaction féconde entre la CJUE et le législateur de l'UE*

1074. L'arrêt *Ghezelbash*¹³⁷⁴ est l'expression d'un changement d'approche important de la CJUE, dû aussi à l'interaction féconde entre l'action judiciaire et législative de l'UE. Cette affaire porte sur la possibilité, enfin reconnue par les juges de Luxembourg, pour un demandeur d'asile d'avoir accès à un recours effectif envers la décision de transfert vers l'État membre responsable du traitement de sa demande. M. Ghezelbash, ressortissant iranien, conteste la compétence de l'État français pour connaître du traitement de sa demande d'asile. La question posée par les autorités néerlandaises – État requérant - vise à comprendre si « [I]es règles européennes de droit positif lui donnent-elles un droit à un recours contre toute décision de transfert ? »¹³⁷⁵.

1075. Face à cet interrogatif, portant sur l'article 27, paragraphe 1 du règlement « Dublin III »¹³⁷⁶, la CJUE répond que :

que l'article 27, paragraphe 1, du règlement n° 604/2013, lu à la lumière du considérant 19 de ce règlement, doit être interprété en ce sens que, (...) un demandeur d'asile peut invoquer, dans le cadre d'un recours exercé contre une décision de transfert prise à son égard, l'application erronée d'un critère de responsabilité énoncé au chapitre III dudit

¹³⁷⁴ CJUE, 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15. Rec num.

¹³⁷⁵ Fabienne Gazin, « Droit d'un demandeur d'asile à s'opposer à sa prise en charge par un État » (2016) 8-9 *Revue Europe*, comm 273, à la p. 1.

¹³⁷⁶ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013.

règlement, notamment du critère relatif à la délivrance d'un visa, énoncé à l'article 12 du même règlement¹³⁷⁷.

1076. Avec cette décision la CJUE renverse sa propre position affirmée dans la « très controversée »¹³⁷⁸ jurisprudence *Abdullahi*¹³⁷⁹. Dans cet arrêt, elle avait jugé qu'un demandeur ne peut mettre en cause le choix des critères de transfert « qu'en invoquant l'existence de défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile »¹³⁸⁰ dans l'État membre requis et lorsqu'il y a « des motifs sérieux et avérés de croire que ledit demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article 4 de la CDFUE »¹³⁸¹.

1077. La référence aux « défaillances systémiques » est un évident rappel à la jurisprudence *N.S.*¹³⁸², laquelle avait été le déclencheur de la réforme du règlement Dublin. En effet, dans l'arrêt *Ghezelbash* la Cour justifie son changement d'approche dans le fait que le nouveau règlement Dublin III¹³⁸³ « en ce qui concerne les droits accordés au demandeur d'asile (...) diffère sur des points essentiels du règlement (CE) n° 343/2003, qui était applicable dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Abdullahi* »¹³⁸⁴. Les juges de la Cour,

¹³⁷⁷ CJUE, 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15.Rec num point 61.

¹³⁷⁸ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2017.3.110-119, 116.

¹³⁷⁹ CJUE, 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi contre Bundesasylamt*, affaire C-394/12.Rec num.

¹³⁸⁰ CJUE, 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi contre Bundesasylamt*, affaire C-394/12.Rec num point 62.

¹³⁸¹ *Ibidem*.

¹³⁸² CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905.

¹³⁸³ UE, *Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, JO L 180/31, 26.06.2013.

¹³⁸⁴ CJUE, 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15.Rec num point 34.

considèrent ainsi parmi les différences que « l'étendue du recours prévu à l'article 27, paragraphe 1, du règlement n° 604/2013 doit donc être déterminée au regard du libellé des dispositions de ce règlement, de son économie générale, de ses objectifs et de son contexte, notamment de l'évolution qu'il a connue en lien avec le système dans lequel il s'inscrit »¹³⁸⁵. Fabienne Gazin rappelle sur ce point que « [s]ont ainsi mises en évidence les différences fondamentales entre les deux règlements, le règlement (UE) n° 604/2013 reconnaissant des droits nouveaux aux demandeurs d'asile dans le cadre de la détermination de l'État membre responsable »¹³⁸⁶.

1078. Compte tenu du niveau différent de protection des droits fondamentaux (procéduraux) du demandeur d'asile offert par la « nouvelle » législation, l'Avocat Général Elenoir Sharpston a affirmé dans ses conclusions qu'il est devenu « trop simpliste de décrire le règlement Dublin III comme un instrument purement interétatique »¹³⁸⁷. J.-Y. Carlier et L. Leboeuf mettent en exergue le changement de jurisprudence de la CJUE dans le sens que si dans l'arrêt *Abdullahi* « [l]a Cour avait alors interprété le règlement Dublin comme un instrument interétatique dont seuls les États membres peuvent, en principe, invoquer la violation »¹³⁸⁸, dans l'arrêt *Ghezelbash*, les juges de Luxembourg affirment « la volonté du législateur de permettre au requérant de participer au processus de détermination de l'état membre responsable »¹³⁸⁹.

¹³⁸⁵ CJUE, 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15.Rec num point 35.

¹³⁸⁶ Fabienne Gazin, « Droit d'un demandeur d'asile à s'opposer à sa prise en charge par un État » (2016) 8-9 *Revue Europe*, comm 273 à la p 8 : "Tel est notamment le cas de l'article 4 sur le droit à l'information du demandeur qui porte, notamment, sur les critères de détermination de l'État membre responsable et la hiérarchie de ces critères, y compris le fait qu'une demande de protection internationale introduite dans un État membre peut conduire à la désignation de cet État membre comme État responsable, même si cette responsabilité n'est pas fondée sur ces critères".

¹³⁸⁷ CJUE, 17 mars 2016, *Conclusions de l'Avocat Général Elenoir Sharpston dans l'affaire Mehرداد Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15.Rec num point 70.

¹³⁸⁸ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2017.3.110-119, 115.

¹³⁸⁹ *Ibidem*.

1079. La boucle interprétative autour de l'article 27, paragraphe 1, du règlement Dublin III a été clôturée – ou développée, selon les perspectives - avec une série d'arrêts récents. Tout d'abord, dans l'arrêt *Mengestab*¹³⁹⁰, la Cour a jugé que

cette disposition devait être interprétée en ce sens qu'elle assure au demandeur de protection internationale une protection juridictionnelle effective en lui garantissant, notamment, la possibilité d'introduire un recours contre une décision de transfert prise à son égard, pouvant porter sur l'examen de l'application [du règlement Dublin III], y compris le respect des garanties procédurales prévues par ledit règlement¹³⁹¹.

1080. Ensuite, trois mois plus tard, dans l'arrêt *Shiri*¹³⁹², la CJUE a affirmé

l'article 27, paragraphe 1, du règlement Dublin III, lu à la lumière du considérant 19 de ce règlement, ainsi que l'article 47 de la [Charte] [devaient] être interprétés en ce sens qu'un demandeur de protection internationale doit pouvoir disposer d'une voie de recours effective et rapide qui lui permette de se prévaloir de l'expiration du délai de six mois tel que défini à l'article 29, paragraphes 1 et 2, dudit règlement qui serait intervenue postérieurement à l'adoption de la décision de transfert¹³⁹³.

1081. Enfin - mais d'autres développements futurs ne sont guère à exclure - dans l'affaire *Jawo*¹³⁹⁴, cette position a été cristallisée dans la jurisprudence de la Cour, selon laquelle le demandeur de protection internationale doit disposer d'une voie de recours

¹³⁹⁰ CJUE, 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-670/16. Rec num.

¹³⁹¹ CJUE, 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-670/16. Rec num point 48.

¹³⁹² CJUE, 25 octobre 2017, *Majid Shiri*, affaire C-201/16. Rec num; Dans le même sens, CJUE, 25 janvier 2018, *Bundesrepublik Deutschland contre Aziz Hasan*, affaire C-360/16. Rec num; Voir aussi : Catherine WARIN, « Asile : La CJUE entre grands principes et points techniques », *NAPA 1/2018, Blogdroiteuropéen, juillet 2018*, en ligne : <<https://wp.me/p6OBGR33S>>.

¹³⁹³ CJUE, 25 octobre 2017, *Majid Shiri*, affaire C-201/16. Rec num, point 46.

¹³⁹⁴ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec num.

effective et rapide qui lui permette de s'opposer au prolongement du délai de six mois pour la procédure de transfert, faisant valoir « le cas échéant, qu'il n'a pas pris la fuite [...] »¹³⁹⁵.

2) *La CJUE met fin à « l'effet ping-pong »*

1082. Les conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek dans l'affaire *Torubarov*¹³⁹⁶, s'ouvrent avec un descriptif historique du jeu du « ping-pong ». Cette introduction inhabituelle a le mérite de décrire avec une analogie efficace les paradoxes du système migratoire de nombreux pays membres de l'UE. L'Avocat Général précise, en effet, qu'au-delà de la version sportive « il existe une autre variante de ce jeu, généralement moins agréable »¹³⁹⁷ consistant en un véritable « ping-pong procédural » ou « ping-pong judiciaire ». Cette expression « désigne la situation indésirable dans laquelle une affaire fait la navette au sein d'une même organisation juridictionnelle ou, dans le contexte de la justice administrative, entre les autorités judiciaires et administratives »¹³⁹⁸.

1083. M. Alekszj Torubarov est un homme d'affaires russe, membre du parti d'opposition « Juste Cause » ainsi que de l'organisation de la société civile « Russie d'entreprises actives », qui apporte un soutien aux hommes d'affaires en Russie. À cause des persécutions subies pour son engagement social, le 9 décembre 2013, il a franchi la frontière avec la Hongrie où, ce même jour, il a été arrêté par la police à la frontière hongroise et a introduit une demande de protection internationale¹³⁹⁹. Après que sa demande a été rejetée

¹³⁹⁵ CJUE, 25 juillet 2018, *Conclusions de l'Avocat Général Melchior Wathelet dans l'Affaire Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec num, point 49. Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, 1§, lettre A, sous 1).

¹³⁹⁶ CJUE, 30 avril 2019, *Conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek dans l'affaire Alekszj Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17. Rec num.

¹³⁹⁷ *Ibidem*, point 2.

¹³⁹⁸ *Ibidem*.

¹³⁹⁹ *Ibidem*, point 18.

par l'administration à deux reprises, la juridiction de renvoi a annulé ces deux décisions de rejet pour des raisons différentes. L'autorité administrative a ensuite rejeté cette demande une troisième fois, « semble-t-il, au mépris des orientations juridictionnelles données par la juridiction de renvoi dans son deuxième arrêt annulant la deuxième décision administrative »¹⁴⁰⁰.

1084. La juridiction de renvoi, appelée à statuer pour la troisième fois sur la même affaire, étant incapable de prévoir pour combien de temps cette opposition de l'autorité administrative pourrait perdurer au détriment des droits fondamentaux du requérant, décide d'arrêter ce « ping-pong » procédural, demandant à la CJUE de déterminer si elle peut tirer du droit de l'Union, et plus spécifiquement de la directive « procédure »¹⁴⁰¹ lue à la lumière de l'article 47 de la CDFUE, le pouvoir de réformer la décision administrative litigieuse¹⁴⁰².

1085. Face à cette situation, la CJUE met fin à ce que certains ont appelé un « carrousel procédural »¹⁴⁰³ en affirmant que :

[e]n vue de garantir au demandeur d'une protection internationale une protection juridictionnelle effective au sens de l'article 47 de la Charte, et conformément au principe de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, il incombe à la juridiction nationale saisie du recours de réformer la décision de l'organe administratif ou quasi juridictionnel (...) et de substituer à celle-ci sa propre décision sur la demande de protection internationale de l'intéressé, en laissant au besoin inappliquée la réglementation nationale qui lui interdirait de procéder en ce sens¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰⁰ Fabienne GAZIN, « Droit à un recours effectif », (2019) 10 *Revue Europe, comm.* 369, 10.

¹⁴⁰¹ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60.

¹⁴⁰² Il est opportun aussi de rappeler qu'à la suite d'une réforme de la législation hongroise de 2015, le juge compétent peut annuler la décision refusant la protection internationale de l'autorité administrative, mais il ne peut pas la reformer dans son contenu. Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre II, Section 2, § 1.

¹⁴⁰³ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 138.

¹⁴⁰⁴ CJUE, 29 juillet 2019, *Alekszij Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17. Rec num point 74.

1086. Dès lors, avec l'arrêt *Toubarov*, la CJUE s'approprié de la position de l'Avocat Général selon laquelle « le droit à un contrôle juridictionnel effectif est le socle de l'état de droit »¹⁴⁰⁵ et pousse ce concept encore plus loin, mettant au clair les retombées pratiques dudit principe. En effet, les juges de la CJUE, tout en reconnaissant les limites du droit dérivé de l'UE, notamment de la directive « procédures »¹⁴⁰⁶ laquelle « n'a pas pour objet d'uniformiser, de manière précise et exhaustive, les règles procédurales devant être appliquées au sein des États membres lorsqu'il s'agit d'adopter une nouvelle décision relative à une demande de protection internationale après l'annulation de la décision administrative initiale rejetant une telle demande »¹⁴⁰⁷, remarquent néanmoins l'importance de préserver « l'effet utile » de l'obligation prévue à l'article 46, paragraphe 3 de ladite directive « de même que de la nécessité, découlant de l'article 47 de la Charte, d'assurer l'effectivité du recours »¹⁴⁰⁸

1087. L'arrêt *Torubarov*, qui vise aussi à intervenir dans un contexte « marqué par des tentatives répétées de la Hongrie de prévenir les mouvements migratoires sans avoir égard au respect du droit de l'Union »¹⁴⁰⁹, prolonge la jurisprudence pertinente¹⁴¹⁰ de la

¹⁴⁰⁵ CJUE, 30 avril 2019, *Conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek dans l'affaire Alekszj Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17.Rec num point 49.

¹⁴⁰⁶ UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60.

¹⁴⁰⁷ CJUE, 29 juillet 2019, *Alekszj Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17.Rec num point 59.

¹⁴⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁹ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 138 Voir entre autres : ; CJUE (Grande Chambre), 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-643/15 et C-647/15.Rec num; CJUE, 18 juin 2020, *Commission européenne contre Hongrie*, affaire C-78/18.Rec num; Affaire pendente : CJUE, 25 juin 2020, *Conclusions de l'Avocat général Priit Pikamae dans l'affaire Commission européenne contre Hongrie*, affaire C-808/18.Rec num.

¹⁴¹⁰ CJUE, 26 septembre 2018, *X contre Belastingdienst/Toeslagen*, affaire C-175/17.Rec num; CJUE, 30 mai 2013, *Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, affaire C-534/11.Rec num; CJUE, 27 septembre 2018, *FR contre Ministero*

CJUE, notamment l'arrêt *Alheto*¹⁴¹¹ « reconnaissant au juge national les pouvoirs pour assurer un contrôle complet des décisions administratives statuant sur les demandes d'asile »¹⁴¹². La même Cour a récemment rappelé l'importance des positions affirmées dans l'arrêt *Alheto*, les synthétisant en trois points :

premièrement, que la directive 2013/32 n'indique pas de manière spécifique comment l'article 46, paragraphe 3, de cette directive doit être mis en œuvre. Il appartient donc aux États membres de concevoir le modèle spécifique de contrôle juridictionnel. Elle a souligné, deuxièmement, que l'examen par une juridiction devait être un contrôle *ex nunc* et complet, couvrant tant les éléments de fait que de droit, et, troisièmement, que, au cas où la juridiction peut seulement annuler la décision administrative qu'elle juge illégale, les États membres doivent assurer que l'autorité administrative compétente, dans sa décision subséquente, se conformera au résultat de l'examen de la juridiction dans les délais les plus brefs¹⁴¹³.

1088. De surcroît, la jurisprudence *Aheto*, s'inscrit dans la lignée de l'arrêt *Simmenthal*¹⁴¹⁴ « qui confère des droits aux juridictions nationales pour garantir l'effet utile du droit de l'Union européenne »¹⁴¹⁵, leur permettant notamment « d'écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union dotées d'un effet direct »¹⁴¹⁶. Ainsi, « la Cour donne à la juridiction de recours les

dell'interno – Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale presso la Prefettura U.T.G. di Milano, affaire C-422/18.Rec num; CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17.Rec num.

¹⁴¹¹ CJUE, 25 juillet 2018, *Serin Alheto contre Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, affaire C-585/16.Rec num.

¹⁴¹² Fabienne GAZIN, « Droit à un recours effectif », (2019) 10 *Revue Europe, comm.* 369, 10.

¹⁴¹³ CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18.Rec num point 22; Se referant aux points 110 à 113 et 145 à 148 de l'affaire CJUE, 25 juillet 2018, *Serin Alheto contre Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, affaire C-585/16.Rec num.

¹⁴¹⁴ CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre SpA Simmenthal.*, affaire C-106/77, [1971] Rec CE.1978.00629; Cité au point 73 de l'arrêt CJUE, 29 luglio 2019, *Alekszij Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17.Rec num.

¹⁴¹⁵ Fabienne GAZIN, « Droit à un recours effectif », (2019) 10 *Revue Europe, comm.* 369, 10.

¹⁴¹⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre SpA Simmenthal.*, affaire C-106/77, [1971] Rec CE.1978.00629 point 22.

moyens de corriger elle-même l'interprétation erronée de la protection internationale, en réformant la décision de l'administration, quand bien même la législation nationale ne permettrait qu'un contrôle de légalité par procédure en annulation »¹⁴¹⁷.

3) *Le recours effectif contre un refus de protection internationale dans la zone grise du caractère « irrégulier » du séjour d'un demandeur débouté*

1089. L'arrêt *Arslan*¹⁴¹⁸, aux points 47 et 49, affirme un principe assez clair, à savoir qu'une autorisation de rester sur le territoire aux fins de l'exercice effectif d'un recours contre le rejet de la demande de protection internationale fait obstacle à l'application de la directive « retour »¹⁴¹⁹ au ressortissant d'un pays tiers qui a introduit cette demande jusqu'à l'issue du recours contre le rejet de celle-ci. Ce même principe a été plus récemment rappelé dans l'arrêt *Gnandi*¹⁴²⁰, dans lequel la Cour a affirmé que le ressortissant d'un pays tiers se trouve en séjour irrégulier dès le rejet de sa demande de protection internationale en premier ressort par l'autorité responsable, sauf dans le cas où l'État décide d'octroyer un droit ou un titre de séjour par « des motifs charitables, humanitaires »¹⁴²¹. Dès lors, l'existence d'une

¹⁴¹⁷ Jean Yves CARLIER et Luc LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146, 139.

¹⁴¹⁸ CJUE, 30 mai 2013, *Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, affaire C-534/11.Rec num points 47 et 49.

¹⁴¹⁹ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹⁴²⁰ CJUE, 19 juin 2018, *Sadikou Gnandi contre État belge*, affaire C-181/16.Rec num point 43.

¹⁴²¹ Tel que visé à l'article 6, paragraphe 4, de la directive CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

autorisation de rester dans l'attente de l'issue du recours contre ce rejet, ne saurait suffire par elle-même à rendre « légal » le séjour du demandeur débouté¹⁴²².

1090. Certes, la Cour a déjà jugé que « l'absence d'effet suspensif d'un recours exercé contre la seule décision rejetant une demande de protection internationale « est, en principe, conforme au principe de non-refoulement et à l'article 47 de la Charte, dès lors que l'exécution d'une telle décision ne saurait, en tant que telle, conduire à l'éloignement du ressortissant d'un pays tiers concerné »¹⁴²³. En revanche, il existe une « zone grise » dans laquelle le droit à un recours effectif est totalement préservé. Nous faisons ici référence au recours introduit contre une décision de retour au sens de l'article 6 de la directive « retour »¹⁴²⁴.

1091. À complément de ce que nous avons analysé plus haut¹⁴²⁵, il est opportun de rappeler que la jurisprudence de la CJUE a affirmé le principe selon lequel tout recours contre une décision de retour doit, afin d'assurer, à l'égard du ressortissant d'un pays tiers concerné, le respect des exigences découlant du principe de non-refoulement et de l'article 47 de la Charte, être revêtu d'un effet suspensif de plein droit, dès lors que cette décision est susceptible d'exposer ce ressortissant à un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 18 de la Charte, lu en combinaison avec l'article 33 de la convention de Genève, ou à des traitements contraires à l'article 19, paragraphe 2, de la Charte¹⁴²⁶.

¹⁴²² CJUE, 19 juin 2018, *Sadikou Gnandi contre État belge*, affaire C-181/16. Rec num points 44 et 59.

¹⁴²³ CJUE, 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall contre Centre public d'action sociale de Huy*, affaire C-299/14. Rec num point 56; CJUE, Ordonnance, 5 juillet 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre C et J et S contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-269/18 [non encore publié] points 46-48.

¹⁴²⁴ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹⁴²⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, §1, lettre A.

¹⁴²⁶ Voir en ce sens CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contre Moussa Abdida*, affaire C-562/13. Rec num points 52 et 53; CJUE, 17 décembre

B. Droit à être entendu

1092. L'un des plus grands défis de la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE est la multiplicité des formes que les ordres juridiques nationaux peuvent avoir. En matière d'asile et d'immigration, la grande marge discrétionnaire laissée aux États membres amplifie les difficultés à atteindre une protection homogène des droits fondamentaux comme le droit à être entendu (1). La jurisprudence de la CJUE montre souvent que le droit de l'UE représente pour les États un niveau de protection minimale à respecter, mais n'empêche aucunement l'adoption de lois offrant des garanties accrues aux personnes migrantes en condition irrégulière (2).

1) *La CJUE s'oppose aux restrictions au droit à être entendu prévues dans le système irlandais*

1093. La grande protection offerte par la directive qualifications¹⁴²⁷ aux personnes qui peuvent en bénéficier, a posé à la CJUE la question d'établir si l'administration d'un État membre est tenue d'entendre personnellement les intéressés dans le cadre du traitement d'une demande de protection subsidiaire alors que cette dernière, selon la directive 2011/95 peut être accueillie seulement après le refus de la demande d'asile. Le Juge de Luxembourg s'est

2015, *Abdoulaye Amadou Tall contre Centre public d'action sociale de Huy*, affaire C-299/14. Rec num points 57 et 58.

¹⁴²⁷ *Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, [2011] JO, L 337.

penché à des multiples reprises sur ce sujet, notamment grâce aux questions préjudicielles posées par les juridictions irlandaises. L'Irlande est, en effet, le seul pays parti au système Dublin, dans lequel ont été prévues deux procédures distinctes pour donner application à la directive qualification, l'une pour l'octroi de l'asile et l'autre pour la protection subsidiaire.

1094. Dans l'affaire *M.*¹⁴²⁸, concernant la conformité au droit de l'UE de la procédure d'examen de la demande de protection subsidiaire introduite par un ressortissant rwandais auprès des autorités irlandaises, la CJUE a clarifié sa ligne interprétative, notamment des dispositions de la directive 2004/83/CE¹⁴²⁹ – en vigueur à l'époque des faits –, apportant d'abord une interprétation restrictive du droit d'être entendu :

le droit d'être entendu, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2004/83, n'exige pas, en principe, que, lorsqu'une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, prévoit deux procédures distinctes et successives aux fins de l'examen, respectivement, de la demande visant à obtenir le statut de réfugié et de la demande de protection subsidiaire, le demandeur de protection subsidiaire bénéficie du droit à un entretien oral relatif à sa demande et du droit d'appeler ou de mener un contre-interrogatoire des témoins à l'occasion de cet entretien¹⁴³⁰.

1095. Ensuite, au point suivant du même arrêt la Cour prévoit une ouverture :

[U]n entretien oral doit néanmoins être organisé lorsque des circonstances spécifiques, tenant aux éléments dont dispose l'autorité compétente ou à la situation personnelle ou générale dans laquelle s'inscrit la demande de protection subsidiaire, le rendent nécessaire pour examiner en pleine connaissance de cause cette demande, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier¹⁴³¹.

¹⁴²⁸ CJUE affaire C-560/14, *M v Minister for Justice and Equality Ireland and the Attorney General*, du 9 février 2017, ECLI:EU:C:2017:101

¹⁴²⁹ Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, telle que modifiée par la directive 2011/95/EU du Parlement européen et du Conseil du 13 Décembre 2011, J.O. L 337, 20.12.2011, p. 9–26

¹⁴³⁰ CJUE affaire C-560/14, *M v Minister for Justice and Equality Ireland and the Attorney General*, du 9 février 2017, ECLI:EU:C:2017:101, point 56

¹⁴³¹ *Ibidem*, point 57.

1096. Le gouvernement irlandais, dans l'affaire *M.M.*¹⁴³², avait déjà pris position sur ce point en sens négatif, affirmant que dans son ordre juridique n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle audition du demandeur, car cela représenterait une répétition inutile de l'opportunité déjà offerte au même demandeur dans le cadre de la procédure d'asile¹⁴³³. L'Irlande avait motivé son raisonnement en soulignant que cette position avait une portée tout à fait spécifique dans son système juridique puisque la demande de protection subsidiaire fait l'objet d'une procédure distincte et successive au refus de la demande d'asile qui intervient normalement après avoir entendu l'intéressé.

2) *La protection « a minimis » offerte par le droit de l'UE du droit à être entendu*

1097. Dans une affaire qui concernait la France¹⁴³⁴, Mme Sophie Mukarubega, de nationalité rwandaise, a vu sa demande d'asile rejetée par les autorités françaises après une procédure de 33 mois. Dans la tentative de se rendre au Canada munie d'un faux passeport belge, la requérante a été appréhendée par la police française. Le préfet de la Seine-Saint-Denis, constatant que Mme Mukarubega se trouvait en situation irrégulière, a pris à son encontre une décision portant obligation de quitter le territoire, sans lui accorder un délai de retour volontaire du fait de l'existence d'un risque de fuite. Mme Mukarubega a alors introduit en France un recours à l'encontre des décisions de retour. Elle faisait valoir que les

¹⁴³² CJUE affaire C-277/11, *M.M.*, du 22 novembre 2012, EU:C:2012:744.

¹⁴³³ Pour une plus ample analyse sur ce point, voir Joanna PETIN, « La portée du droit d'être entendu lors d'une demande de protection subsidiaire : confirmation de la prééminence des droits fondamentaux dans le système européen d'asile commun, CJUE, 22 novembre 2012, *M.M.*, C-277/11 », *GdR-ELSJ* (1 décembre 2012), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/2012/12/01/asile/la-portee-du-droit-detre-entendu-lors-dune-demande-de-protection-subsidiaire-confirmation-de-la-preeminence-des-droits-fondamentaux-dans-le-systeme-europeen-dasile-commun/>> (consulté le 20 juillet 2020).

¹⁴³⁴ CJUE, Arrêt C-166/13, *Sophie Mukarubega/Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, du 5 novembre 2014, EU:C:2014:2336 ;

décisions des autorités françaises avaient été prises en méconnaissance du principe de bonne administration énoncé par la CDFUE, car elle n'aurait pas été mise à même de présenter ses observations avant l'adoption des décisions. Dans ce cadre, le juge français saisi de ce litige a demandé à la Cour de justice des précisions sur la portée du droit d'être entendu.

1098. La Cour de justice, dans sa décision, a affirmé que les autorités nationales, lorsqu'elles envisagent d'adopter dans le même temps une décision constatant le séjour irrégulier et une décision de retour, ne doivent pas nécessairement entendre l'intéressé spécifiquement sur la décision de retour, dès lors que ce dernier a eu la possibilité de présenter, de manière utile et effective, son point de vue sur l'irrégularité de son séjour et sur les motifs pouvant le justifier, à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu.¹⁴³⁵

1099. Dans l'affaire *Sacko*¹⁴³⁶, les autorités italiennes demandaient à la CJUE si :

La directive 2013/32 (notamment ses articles 12, 14, 31 et 46) doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle admet une procédure (...) dans laquelle l'autorité judiciaire saisie par le demandeur d'asile (...) a la faculté de rejeter le recours juridictionnel d'emblée, sans devoir procéder à une nouvelle audition du requérant, lorsque le recours est manifestement infondé et qu'il n'y a aucune perspective de renversement du refus de l'autorité administrative¹⁴³⁷.

¹⁴³⁵ CJUE, Arrêt C-166/13, *Sophie Mukarubega/Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, du 5 novembre 2014, EU:C:2014:2336, point 82 : « Dans des circonstances telles que celles en cause au principal, le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, et, notamment, de l'article 6 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour. »

¹⁴³⁶ CJUE, 26 juillet 2017, *Moussa Sacko contre Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Milano*, affaire C-348/16. Rec num.

¹⁴³⁷ *Ibidem*, point 22.

1100. La Cour, dans sa réponse, rappelle un principe fondamental qui guide le droit de l'UE en matière d'immigration et d'asile, à savoir que les pays membre sont tenus de respecter les droits fondamentaux – substantiels et procéduraux – des personnes migrantes, mais en même temps rien n'empêche que chaque ordre juridique nationale puisse prévoir des droits et des garanties accrues par rapport à celles offerte par le droit dérivé UE.

1101. Plus précisément, les juges de Luxembourg affirment que

si l'article 46 de la directive 2013/32 n'impose pas à la juridiction saisie d'un recours contre une décision rejetant une demande de protection internationale d'entendre le demandeur en toutes circonstances, il n'autorise pas pour autant le législateur national à empêcher cette juridiction d'ordonner la tenue d'une audition dans le cas où, ayant jugé insuffisante l'information recueillie lors de l'entretien personnel mené au cours de la procédure en première instance, elle estimerait nécessaire d'organiser une telle audition aux fins de l'examen complet et *ex nunc* tant des faits que des points d'ordre juridique, visé à l'article 46, paragraphe 3, de cette directive¹⁴³⁸.

1102. Dès lors, la directive 2013/32, et notamment ses articles 12, 14, 31 et 46, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte prévoient, « que la juridiction saisie du recours puisse ordonner une telle audition si elle l'estime nécessaire aux fins de l'examen complet et *ex nunc* tant des faits que des points d'ordre juridique, prévu à l'article 46, paragraphe 3, de cette même directive »¹⁴³⁹.

¹⁴³⁸ CJUE, 26 juillet 2017, *Moussa Sacko contre Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Milano*, affaire C-348/16. Rec num point 48.

¹⁴³⁹ *Ibidem*, point 49.

CONCLUSIONS TITRE 1

1103. L'objectif de ce premier titre de la deuxième partie de notre étude était double. Premièrement, nous avons montré le long parcours qui a amené la Cour à affirmer son rôle de gardienne des droits fondamentaux et, plus précisément, comment cela s'applique à la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière. Pour ce faire, nous avons articulé notre démonstration en trois étapes, montrant d'abord le développement des principes généraux de droit, ensuite décrivant le rôle des traditions constitutionnelles des pays membres dans l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, et enfin, le recours des juges de Luxembourg à un dialogue fécond avec la CourEDH. Cependant, bien que très efficace, nous avons aussi mis en exergue les failles de ce mécanisme, dues principalement au partage de compétence entre États membres et UE en matière d'immigration et asile.

1104. Dans le premier chapitre, que nous avons défini comme « charnière », nous avons retracé les étapes qui ont mené la CJUE à affirmer son action dans le domaine de la protection des droits fondamentaux - en sens large -. Il s'agit d'un passage essentiel pour introduire les réflexions qui nous occuperont dans les pages qui suivront, concernant : l'action actuelle de la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des migrants irréguliers face à la répression sur le territoire des États membres et les perspectives d'avenir.

1105. Les droits fondamentaux occupent donc une place de choix dans la jurisprudence de la CJUE. La conquête du rôle de garant des droits fondamentaux a marqué profondément le développement de l'action de cette Cour.

1106. Le recours aux PGD a permis de combler le vide laissé par les traités et a facilité en même temps la consolidation de l'ordre juridique de l'UE. Nous avons aussi montré que la protection des droits fondamentaux des migrants irréguliers se situe à cheval entre la spécificité « intrinsèque » et « extrinsèque » de l'ELSJ, et qu'elle souffre grandement des limites des compétences attribuées à l'UE dans cette matière.

1107. La prise en compte des identités constitutionnelles joue donc un rôle majeur dans l'affirmation de l'autorité interprétative de la CJUE. En effet, cette Cour, à l'heure

actuelle, peut se prononcer de façon efficace en matière d'immigration irrégulière, précisément grâce à l'arsenal diversifié de sources qu'elle-même a su bâtir et dans lequel les PGD, les instruments internationaux et les traditions constitutionnelles des États membres, dans leur complémentarité, assurent la protection offerte par les traités et par la CDFUE.

1108. Pour reprendre une analogie efficace « la Charte est l'« ombre » du droit de l'UE. Tout comme l'ombre d'un objet en épouse la forme, le champ d'application du droit de l'UE définit celui de la Charte ». De surcroît, la CDFUE arrive parfois à garantir une protection plus étendue que celle offerte par la Convention EDH. Par exemple, « alors que la portée de l'article 13 de la CEDH se borne à garantir un recours effectif contre les violations des droits énoncés dans la Convention (...) l'article 47 de la Charte (...) ne se limite pas aux droits reconnus par la Charte, mais s'étend aux droits et libertés garantis par le droit de l'Union » .

1109. Nous avons enfin pu apprécier les effets des interactions entre CEDH et CJUE et le grand impact que la convergence entre les jurisprudences respectives des deux juridictions sur l'évolution de la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière.

1110. Ainsi, nous pouvons conclure qu'il s'agit d'un ensemble de sources assez vaste qui nécessite néanmoins des instruments appropriés pour atteindre des résultats efficaces. Le prochain chapitre sera donc entièrement dédié à l'instrument de pointe du système de dialogue entre juridictions de l'UE : le mécanisme de la question préjudicielle

1111. La question préjudicielle est alors apparue comme l'élément permettant de pousser le dialogue entre juridictions – nationales et de l'UE – au-delà des limites fixées par une interprétation littérale des traités. Les questions préjudicielles posées par les juges nationaux ont permis à la CJUE d'adapter son action à l'évolution continue du droit dérivé, arrivant à dégager les principes qui orientent aujourd'hui la politique migratoire de l'UE en matière de droits subjectifs et procéduraux des personnes migrantes en condition irrégulière ou en attente de protection internationale.

1112. Depuis 2013, année de l'arrêt *Fransson*, la CJUE a sensiblement élargi le spectre de son action. Nous avons montré que l'interprétation du droit primaire et dérivé de

l'UE faite par les juges de la Cour a d'une part l'effet – et dans la majorité des cas – de hausser le seuil de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière ou en attente de protection internationale et, d'autre part, l'effet de contrebalancer les conséquences des mesures répressives - législatives et administratives - directes et indirectes mises en place par les États membres.

1113. Nous avons montré le grand nombre de principes dégagé par la CJUE en matière de protection de droits subjectif et procéduraux, tant au moment de l'accès que sur le territoire de l'UE. Ce dialogue entre les ordres juridiques nationaux et le juge européen est donc possible notamment grâce au mécanisme de la question préjudicielle qui confirme ainsi son rôle de « clé de voûte » de l'architecture européenne.

Titre 2 : L'activité interprétative de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des migrants influençant l'émergence d'une réponse européenne harmonisée

Criminalisation is not simply a name for the obvious securitisation of migration policies, or for how the latter have restricted the movement of people across borders. It is a name for a premise that gradually has come to regulate the complex relationships between states and their own citizens (be they mobile or not) as well as the organisation of states' interactions.¹⁴⁴⁰

1114. L'Avocat Général Szpunar, dans ses conclusions rendues dans la célèbre affaire *Celaj*, a souligné à quel point « la poursuite et la sanction des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre fait l'objet d'un débat animé¹⁴⁴¹[OBJ]. Ce genre de débat est alimenté notamment par la réticence des États membres à encadrer le phénomène migratoire dans une approche autre que la simple répression.

1115. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) a clairement affirmé que « [l]e simple fait d'être un migrant en situation irrégulière ne doit jamais être considéré comme un motif suffisant pour la rétention »¹⁴⁴² et cela reflète l'« effet utile » des normes de droit de l'UE destinées à régler le franchissement et le séjour de migrants en condition irrégulière et demandeurs de protection internationale. Il est avéré, cependant que « [m]ême des organes qui ont pour mission de procéder à des évaluations au regard des règles de droit souvent ne peuvent résister à la tentation de glisser des éléments

¹⁴⁴⁰ Jean-Pierre CASSARINO, « Beyond the Criminalisation of Migration: A Non-Western Perspective », (2018) 4-4 *International Journal of Migration and Border Studies* 397-411.

¹⁴⁴¹ CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. Num. point 4.

¹⁴⁴² FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, 2010 à la p 19.

de politique juridique dans leurs arguments, ainsi que les deux exemples précités tendent à l'illustrer »¹⁴⁴³.

1116. L'activité interprétative de la CJUE en matière migratoire a été fortement sollicitée par le grand nombre de questions préjudicielles posées par les juges nationaux grâce à l'instrument prévu à l'article 267 TFUE. Face aux réponses dissonantes des juges nationaux, souvent entraînées par des considérations de « politique juridique » dans la direction de la répression des migrations irrégulières, la CJUE a développé une jurisprudence désormais consolidée, dans la direction de la protection des droits fondamentaux dans le contentieux sur la criminalisation des migrations (Chapitre 1).

1117. Les questions concernant la détention ou la rétention administrative aux fins de l'éloignement ont offert à la CJUE l'occasion d'affirmer un grand nombre de principes fondamentaux. À la lumière de cette activité interprétative du droit primaire et dérivé, il est maintenant possible de tracer les contours réels du système de protection des droits fondamentaux des migrants en droit de l'UE.

1118. La répression des migrations irrégulières sur le territoire de l'UE met en exergue les différentes réponses offertes par les systèmes nationaux des pays membres lors du contentieux – pénal ou administratif – au tour de la criminalisation des migrations.

1119. À travers l'étude des principes dégagés en raison du dialogue remarquable entre juges nationaux et le Juge de l'UE rendu possible grâce à la question préjudicielle de l'article 267 TFUE, nous allons mesurer l'impact de l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des migrants (Tire 2). Cette action représente une étape fondamentale, à notre avis, dans l'accomplissement de l'intégration européenne. Les tentatives de réduction des approches nationales aux principes fondant la législation de l'UE, se traduit par une harmonisation progressive de la législation nationale à l'échelle européenne.

¹⁴⁴³ CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. Num. point 4.

1120. La matière migratoire, et les domaines régaliens qu'y sont reliés, deviennent ainsi le « banc d'essai » d'une intégration par la voie prétorienne qui pourrait constituer un exemple aussi pour d'autres champs du droit de l'UE. La réponse de la CJUE peut à notre avis entraîner l'émergence d'un système de justice pénale européenne harmonisée en matière migratoire.

Chapitre 1 : L'action de la CJUE en matière de détention et rétention de personnes migrantes dans les pays membres de l'UE

Chapitre 2 : Les conséquences de l'action de la CJUE dans le contentieux sur la criminalisation des migrations irrégulières

CHAPITRE 1 : L'ACTION DE LA CJUE EN MATIÈRE DE DÉTENTION ET RÉTENTION DE PERSONNES MIGRANTES DANS LES PAYS MEMBRES DE L'UE

1121. Sur la base de ces considérations et adoptant un cadre théorique rigoureux, dans le présent chapitre, nous essayerons de mettre en relief la fine frontière qui sépare les notions de détention et rétention en droit de l'UE (Section 1), pour suivre ensuite la réponse jurisprudentielle de la CJUE à ses formes de limitation de la liberté personnelle (Section 2).

SECTION 1 : LE DROIT À LA LIBERTÉ PERSONNELLE : VRAI PERDANT DE LA LUTTE CONTRE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE

1122. La protection du droit fondamental à la liberté personnelle des personnes migrantes en conditions irrégulières et des demandeurs de protection internationale est fortement menacée par les politiques répressives et de criminalisation adoptées par les États membres. Dans le présent paragraphe, nous montrerons d'abord l'étendue de ce droit fondamental et la complexité des sources interprétatives utilisées par la CJUE (§1). Ensuite, nous proposerons une distinction entre les notions de détention et rétention des migrants (§2). L'intérêt de cerner ces notions est d'autant plus justifié que la doctrine n'a pas abouti à une interprétation univoque.

§1. QUEL DROIT À LA LIBERTÉ PERSONNELLE?

1123. Le deuxième chapitre de la CDFUE est entièrement dédié aux droits fondamentaux appartenant à la catégorie de la liberté; il s'agit d'une catégorie menacée par

les pratiques de répression des migrations irrégulières mises en œuvre par les États membres sur leur territoire - qui est aussi, nous le rappelons, le territoire de l'UE¹⁴⁴⁴.

1124. En effet l'article 6 de la Charte dispose que « toute personne », non seulement les citoyens de l'UE, « a droit à la liberté et à la sûreté ». De surcroît, la portée de ce droit dans l'ordre juridique de l'UE ne se borne pas à cette affirmation – qui semble de prime abord être très théorique. Dès lors, le droit à la liberté personnelle, dévoile toute l'ampleur de son impact pratique si on l'interprète à la lumière de l'exception générale prévue par l'article 52, paragraphe 1, de la Charte :

Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

1125. Les limitations aux droits à la liberté personnelle sont amplement explorées, d'ailleurs, dans un document explicatif¹⁴⁴⁵ qui montre à la fois le porté novateur et la complexité de la Charte. Ce dernier texte, qui aujourd'hui est inclus dans le droit primaire, a ses racines dans le droit international classique et notamment dans le système de la CEDH. Les « explications relatives à la Charte des droits fondamentaux »¹⁴⁴⁶ constituent donc un texte complémentaire, rédigé parallèlement à la CDFUE, qui nous aide à apprécier toute la

¹⁴⁴⁴ L'une des premières fois où la CJUE utilise l'expression « territoire communautaire » est lors de l'affaire *AETR*, CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes*, affaire 22-70, [1971] Rec CE, 00263, à la p. 263; La CJUE a intensifié le recours à ce genre d'expression à partir des années 2000, jusqu'à arriver à parler clairement de « territoire de l'Union européenne » avec l'arrêt CJUE, 5 février 2015, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, affaire C-317/14, Rec num, au point 22: « Conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour, l'ensemble des dispositions du traité FUE relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les ressortissants des États membres, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur le territoire de l'Union et s'opposent aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre »..

¹⁴⁴⁵ *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, JO C 303 du 14.12.2007, p. 17–35.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*.

profondeur des droits protégés par la Charte, de même qu'il éclaire la CJUE dans son action interprétative.

1126. Les « explications » concernant l'article 6 CDFUE, montrent clairement que les droits prévus audit article « correspondent à ceux qui sont garantis par l'article 5 de la CEDH et ont, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, le même sens et la même portée »¹⁴⁴⁷. La conséquence immédiate de cette complémentarité irréfutable entre l'article 6 CDFUE et l'article 5 CEDH - tel que le souligne le Président de la CJUE Koen Lenaerts¹⁴⁴⁸ - est que toute limitation au droit à la liberté et sécurité ne peut en aucun cas excéder les limites permises par la CEDH dans le libellé même de l'article 5 CEDH :

1. (...) Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulière pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;

¹⁴⁴⁷ *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, JO C 303 du 14.12.2007, p. 17-35 article 6.

¹⁴⁴⁸ Sur ce point, voir Koen Lenaerts, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights » (2012) 8:3 *European Constitutional Law Review* 375-403 p 394 : "In light of the explanations relating to Article 52(3) of the Charter, the latter 'is intended to ensure the necessary consistency between the Charter and the ECHR', 'without thereby adversely affecting the autonomy of [EU] law and of that of the [ECJ]'. (...) With a view to attaining the level of protection guaranteed by the ECHR, the ECJ will be obliged to reinterpret the Charter. Conversely, if the ECtHR ever decides to lower the level of protection below that guaranteed by EU law, by virtue of Article 53 of the Charter, the ECJ will be precluded from interpreting the provisions of the Charter in a regressive fashion. »

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

1127. La CJUE a profondément intégré dans sa jurisprudence ces principes traduisant la symbiose entre la Charte et la Convention¹⁴⁴⁹. De surcroît, le droit dérivé en matière d'immigration et asile a évolué, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, dans le socle tracé par cette complémentarité. Toutefois, la Cour a aussi dû faire face à des hypothèses de limitations de la liberté des personnes migrantes prévues par le droit dérivé et n'étant pas couvertes par lesdites exceptions.

1128. C'est le cas de l'affaire *J.N.*¹⁴⁵⁰, dans lequel, suite à une question préjudicielle posée par la juge néerlandaise, la CJUE s'est penchée sur la compatibilité entre l'article 6 CDFUE et l'article 8, paragraphe 3, sous e), de la directive « accueil »¹⁴⁵¹, selon lequel les demandeurs d'asile en attente de décision peuvent être exceptionnellement détenus pour raisons de « sécurité nationale et d'ordre public ».

¹⁴⁴⁹ CJUE, Conclusions, 22 septembre 2011, *Conclusions de l'Avocat Général Verica Trstenjak dans l'affaire NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE I-13905 points 145, 148 et 155; CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, affaire C-399/11. Rec num point 50; CJUE, 8 septembre 2011, *Conclusions de l'Avocat Général Verica Trstenjak dans l'affaire Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, affaire C-282/10. Rec num point 85; CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, Affaires jointes C-92/09 et C-93/09. [2010] Rec I-11063 point 52-53.

¹⁴⁵⁰ CJUE, 15 février 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU. Rec num.

¹⁴⁵¹ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180.

1129. L'avocat générale E. Sharpston, dans sa prise de position, met en exergue les avancées apportées par la plus récente législation européenne en matière d'accueil¹⁴⁵². Ensuite, elle mène une analyse minutieuse de chacun des motifs de détention prévus à l'article 5 CEDH et souligne l'importance de pas utiliser ces motifs – en particulier l'article 5, paragraphe 1, lettre c) - à des fins de prévention générale. Enfin, pour reprendre les mots de Jocelyne De Conninck

l'avocat général conclut avec précaution et prudence que si la disposition contestée est de nature à entrer dans le champ d'application de l'un des motifs de détention autorisés en vertu de l'article 5 CEDH, sa validité ne peut être confirmée que sous réserve d'une interprétation conforme à l'ensemble des garanties substantielles et procédurales inhérentes au droit à la liberté et applicables dans chaque cas où celle-ci est limitée par un placement en rétention¹⁴⁵³

1130. La Cour, quant à elle, en vient à la conclusion que « l'examen de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 [ne relève] aucun élément de nature à affecter la validité de cette disposition au regard des articles 6 et 52, paragraphes 1 et 3, de la Charte »¹⁴⁵⁴.

1131. Cette interprétation qui dans une certaine mesure façonne l'ancien équilibre entre CDFUE et CEDH a été confirmé dans le plus récent arrêt *K.*¹⁴⁵⁵. Il est alors possible

¹⁴⁵² CJUE, 26 janvier 2016, *Prise de position de l'Avocat Général Eleanor Sharpston dans l'affaire J N contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU, Rec num points 67-70 : « L'ancienne directive « accueil » ne prévoyait pas de dispositions spécifiques concernant le placement en rétention. (...) La liste figurant à l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, de la directive « accueil » constitue en ce sens une nouveauté. Dans sa proposition de directive, la Commission relevait que l'insertion d'un dispositif spécifique consacré à la rétention des demandeurs de protection internationale apparaissait justifié au regard non seulement du recours fréquent à ce type de mesure par les États membres, mais aussi de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ».

¹⁴⁵³ Joyce DE CONNINCK, « Rétention de demandeurs d'asile dans l'Union européenne et instruments parallèles de protection des droits fondamentaux. Enseignements de l'arrêt N. », *C.D.E.* 2017.83-116, 93.

¹⁴⁵⁴ CJUE, 15 février 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU. Rec num point 82.

¹⁴⁵⁵ CJUE, 14 septembre 2017, *K. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Affaire C-18/16. Rec num point 54.

d'identifier l'arrêt *J.N.* comme un « précédent » jurisprudentiel capable de reconfigurer *de facto* l'étendu de la protection de la liberté personnelle en matière d'immigration et asile.

§2. QUELLE DISTINCTION ENTRE LES NOTIONS DE « RÉTENTION » ET « DÉTENTION » ?

1132. Les personnes migrantes « peuvent être privées de leur liberté pour divers motifs et à différentes étapes de leur immigration »¹⁴⁵⁶, cependant la nomenclature juridique utilisée pour indiquer les différentes mesures de limitation ou restriction de la liberté personnelle n'est guère univoque dans les pays membres de l'UE. Cette incertitude entourant le vocabulaire du législateur rend complexe l'identification de la nature pénale ou administrative des mesures appliquées.

1133. Dans la version anglaise de la plupart des textes normatifs internationaux, et notamment des directives européennes¹⁴⁵⁷, le mot « *detention* » est utilisée de façon presque uniforme pour indiquer tant la restriction de la liberté personnelle faisant suite à une décision judiciaire que la limitation de la liberté – dans ses multiples formes – issue de décisions administratives. Plus rarement l'on retrouve les mots « *custody* »¹⁴⁵⁸ or « *holding* »¹⁴⁵⁹ pour indiquer cette dernière catégorie.

1134. Dans d'autres versions linguistiques il existe une claire distinction entre les différentes modalités de limitation de la liberté personnelle. En italien, par exemple, le mot

¹⁴⁵⁶ YANNIS KISTAKIS, *La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne*, Paris, Conseil de l'Europe, 2014, p. 23.

¹⁴⁵⁷ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180; CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹⁴⁵⁸ Alberto ACHERMANN, Jörg KÜNZLI et Barbara VON RUTTE, *European Immigration Detention Rules Existing Standards*, Centre de droit des migrations, 2013, p.2 et 7, en ligne : <https://www.coe.int/t/democracy/migration/Source/migration/Compilation%20of%20existing%20standards_eng.pdf> (consulté le 19 août 2020).

¹⁴⁵⁹ *Affaire Amuur c. France*, CEDH n° 19776/92, [1996] point 49. « *The Court concludes that holding the applicants in the transit zone of Paris-Orly Airport was equivalent in practice, in view of the restrictions suffered, to a deprivation of liberty. Article 5 para. 1 (art. 5-1) is therefore applicable to the case* ».

« *reclusione* » est utilisé pour indiquer la sanction pénale¹⁴⁶⁰ liée au « délit » d'immigration irrégulière, alors que le mot « *trattenimento* » indique une limitation temporaire de la liberté personnelle de la personne migrante, finalisée à l'éloignement ou liée au processus décisionnel sur les demandes d'asile, sans qu'il y ait eu une décision judiciaire précédente.

1135. La langue française distingue aussi la « détention » de la « rétention », mais la frontière sémantique entre ces deux notions n'est pas nette. En effet, certains auteurs francophones, spécialistes de la question migratoire et de la protection des droits fondamentaux en Europe, comme Sylvie Saroléa et J.-Y. Carlier, utilisent aussi le mot « détention » pour indiquer toute restriction et limitation de la liberté personnelle imposée aux étrangers¹⁴⁶¹. En revanche, les organisations non gouvernementales et les associations, condamnent toute pratique restrictive au-delà de la terminologie choisie, consacrant de nombreux rapports à ce sujet¹⁴⁶².

¹⁴⁶⁰ D.lgs. du 25 juillet 1998, n. 286/1998, article 14, 5-ter : « Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale (...), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata (...). In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo (...) ».

¹⁴⁶¹ Jean-Yves. CARLIER et Sylvie. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2017.

¹⁴⁶² MIGREURP et Lydie ARBOGAST, *La détention des migrants dans l'Union européenne : un business florissant*, Bruxelles, 206 apr. J.-C.; EUROPEAN MIGRATION LAW.EU et PICUM, « Défendre les droits dans le contexte de la rétention et de l'expulsion des étrangers » (2017), en ligne : <https://picum.org/wp-content/uploads/2017/12/LegalSeminar_Report_FR.pdf> (consulté le 20 août 2020); PICUM PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS, *Talking-points-on-Non-Detention-of-Migrants-Some-Facts-and-Figures-January-2020.pdf*, 2019,

1136. Dans le système de la CEDH,

la rétention est appliquée aux personnes à qui l'entrée sur le territoire est refusée, aux personnes qui sont entrées illégalement dans le pays et ont été par la suite identifiées par les autorités, aux personnes dont l'autorisation de séjour dans le pays est expirée, ou aux demandeurs d'asile dont la privation de liberté est considérée comme nécessaire par les autorités¹⁴⁶³.

1137. La Cour EDH, dans sa jurisprudence¹⁴⁶⁴, affirme que tant la rétention d'un demandeur de protection internationale dans le cadre d'une procédure de transfert vers l'État membre responsable de l'examen de sa demande que la détention d'une personne à l'encontre de laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours, doivent être examinées au regard de l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH. Toutefois, l'interprétation de la Cour EDH sur ce point demeure assez large. En effet, selon les juges de Strasbourg, « la conformité d'une mesure limitative de la liberté personnelle à l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH n'est subordonnée ni à l'existence d'un risque de fuite ni à l'absence de mesures moins restrictives permettant d'assurer l'éloignement de l'intéressé »¹⁴⁶⁵.

1138. La nomenclature utilisée par le droit de l'UE se différencie grandement de l'interprétation de la Cour EDH. Tel que l'a remarqué l'Avocat Général ØE dans ces conclusions rendues dans l'Affaire *Al Chodor* :

en ligne : <<https://picum.org/wp-content/uploads/2020/02/Talking-points-on-Non-Detention-of-Migrants-Some-Facts-and-Figures-January-2020.pdf>> (consulté le 20 août 2020); OPEN ACCESS NOW, « Campagne pour la visibilité sur la détention des migrants », en ligne : <<http://closethecamp.org/open-access-now/>> (consulté le 20 août 2020); Il est aussi possible de visualiser une cartographie interactive de tous les lieux de détention et de rétention de migrants en Europe, réalisé par Migreurp « Close the camps - Une cartographie de l'enfermement des étrangers », en ligne : <<http://closethecamp.org/>> (consulté le 18 août 2020).

¹⁴⁶³ YANNIS KISTAKIS, *La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne*, Paris, Conseil de l'Europe, 2014, p. 24.

¹⁴⁶⁴ Cour EDH, 11 avril 2013, 56005/10, *Firoz Muneer c. Belgique*, II CEDH 0411, [2013].1 point 53; 12 juillet 2016, *A. M. et autres c. France*, Cour EDH n° 24587/12, [2016].1 points 64 et 65..

¹⁴⁶⁵ CJUE, 10 novembre 2016, *Conclusions de l'Avocat Général Henrik Saugmandsgaard ØE dans l'affaire Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, C-528/15, Rec. Num point 51 : « Il est uniquement exigé, à cet effet, que des démarches soient effectivement entreprises en vue de cet éloignement avec la diligence requise ».

Par l'adoption du règlement Dublin III et de la directive accueil, le législateur de l'Union s'est positionné en faveur d'une protection du droit à la liberté des demandeurs soumis à une procédure de transfert plus poussée que celle qui découle de l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁴⁶⁶

1139. Le droit dérivé de l'UE prévoit la rétention aux fins d'éloignement, ou le placement en rétention dans le cadre de la décision sur une demande de protection internationale. Néanmoins, la seule définition du mot « rétention » est offerte par la directive « accueil », à son article 2, lettre h), de la manière suivante : « « rétention » [est] toute mesure d'isolement d'un demandeur par un État membre dans un lieu déterminé, où le demandeur est privé de sa liberté de mouvement ».

1140. La CJUE, a toujours veillé à que les limites de la liberté personnelle dérivant du « placement en rétention » d'une personne migrante soient compatibles avec la CDFUE et la CEDH, affirmant la compatibilité de telles pratiques avec le droit de l'UE. Parallèlement, dans une jurisprudence consolidée¹⁴⁶⁷, la Cour condamne les législations nationales prévoient la détention comme sanction pénale pour le délit d'immigration irrégulière, dans la mesure où de telles pratiques menaceraient l'effet utile de la directive « retour »¹⁴⁶⁸.

1141. Les réflexions menées jusqu'ici nous permettent d'affirmer, enfin, que la différence entre « détention » et « rétention » réside bien dans la nature des deux mesures. La première étant une sanction pénale, appliquée en exécution d'une décision judiciaire, n'est guère compatible avec l'effet utile des directives UE en matière de retour des étrangers ou d'octroi de la protection internationale¹⁴⁶⁹. La rétention, en revanche, représente une mesure

¹⁴⁶⁶ *Ibidem*, point 52.

¹⁴⁶⁷ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015; CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughabian contre Préfet du Val-de-Marne*, affaire C-329/11.I-12695; CJUE, 6 décembre 2012, *Procédure pénale contre Md Sagor*, affaire C-430/11.Rec num.

¹⁴⁶⁸ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹⁴⁶⁹ La directive « accueil », UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection*

administrative, dont l'utilisation est prévue expressément par le droit dérivé de l'UE¹⁴⁷⁰. Néanmoins, cette mesure de limitation de la liberté personnelle a un impact potentiellement encore plus néfaste sur les droits fondamentaux des personnes migrantes puisque les garanties existantes dans la procédure pénale – notamment le contrôle du juge - ne s'appliquent pas de manière directe aux actes administratifs qui sont la source de mesures de rétention.

1142. Le Comité de prévention contre la Torture (CPT), se référant à la rétention, rappelle que « [c]ette privation de liberté [...] souvent appelée « rétention des migrants », [...] constitue une forme de détention administrative dans la plupart des États membres du Conseil de l'Europe »¹⁴⁷¹. En effet, l'article 5 CEDH - tel que montré dans les pages précédentes¹⁴⁷² - autorise une telle forme de privation de liberté sous certaines réserves spécifiques.

La privation de liberté des migrants en situation irrégulière ne peut être ni arbitraire, ni une conséquence automatique d'une violation (présumée) de la législation relative aux étrangers. En d'autres termes, la rétention de migrants en situation irrégulière doit être

internationale, [2013] JO, L 180, a son considérant n. 17 n'exclut pas l'application de mesure de détention dans le cadre de procédures pénales, sur la base de la législation nationale : « [L]es motifs du placement en rétention établis dans la présente directive sont sans préjudice d'autres motifs de détention, notamment les motifs de détention dans le cadre de procédures pénales, qui sont applicables en vertu du droit national, indépendamment de la demande de protection internationale introduite par le ressortissant de pays tiers ou l'apatride ».

¹⁴⁷⁰ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98 [Directive « retour »] considérants : 16,17,20; articles : 15, 16, 17 et 18; UE, *Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, [2013] JO, L 180/60 considérant n. 28; articles : 6,8,23,26,28 et 29; UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180 considérants : n. 15, 16, 17, 18, 19 et 20; articles 2, paragraphe 1, lettre h), 6, 8, 9, 10, 11, 17 et 18.

¹⁴⁷¹ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS (CPT), *Fiche thématique Rétention des migrants*, CPT/Inf(2017)3, CPT, 2017, p. 2.

¹⁴⁷² Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, §1, Section 1, lettre A.

exceptionnelle et proportionnée, et, par conséquent, être une mesure individuelle nécessaire dans l'optique de prévenir l'immigration clandestine¹⁴⁷³.

1143. Dans les pages qui suivront, nous montrerons à l'aide de la jurisprudence de la CJUE que, compte tenu de sa nature administrative, la rétention des migrants ne doit pas avoir un caractère punitif. En faits, il ne s'agit pas d'une sanction, ni d'une peine. En conséquence, les migrants placés en rétention devraient pouvoir bénéficier d'un régime et de conditions matérielles adaptées à leur situation juridique. Ces derniers, devraient plutôt être destinataires de mesures alternatives à la détention.

SECTION 2 : LES LIMITATIONS À LA LIBERTÉ PERSONNELLE DES PERSONNES MIGRANTES À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

1144. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, rappelle que

[b]ien que la discrimination en raison de la nationalité fonde le contrôle des personnes aux frontières – l'entrée du territoire est autorisée pour certaines personnes, c'est-à-dire pour les ressortissants des Etats concernés, mais interdite à d'autres, c'est-à-dire aux ressortissants étrangers – le traitement des ressortissants étrangers aux frontières n'échappe pas aux dispositions applicables en matière de droits de l'homme.¹⁴⁷⁴

1145. Dans les faits, la tentation d'une réponse répressive « plus musclée », voire nuisible aux droits fondamentaux des personnes migrantes demeure une réalité largement répandue. Dans les pages qui suivent nous analyserons ainsi la jurisprudence de la CJUE en matière à la fois de détention (§1) et de rétention (§2) des personnes migrantes en situation irrégulière.

¹⁴⁷³ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS (CPT), Fiche thématique Rétention des migrants, CPT/Inf(2017)3, CPT, 2017, p. 3.

¹⁴⁷⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime, 13788, 2015 à la p 5.

§1. LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE DE DÉTENTION DES PERSONNES MIGRANTES

1146. La CJUE grâce à des arrêts qui ont fait « école » a marqué le droit de l'UE en matière de détention des personnes migrantes et incité des changements majeurs aussi au niveau national. Après avoir retracé les prémices de ce dialogue entre juridictions (A), nous analyserons la portée novatrice des arrêts *El Dridi* (B) et *Achoughbabian* (C), pour enfin encadrer l'état actuel de l'évolution jurisprudentielle dans ce domaine (D).

A. La criminalisation de l'immigration irrégulière : un phénomène répandu dans la plupart des pays membres de l'UE

1147. Le professeur Serge Slama commentant les effets de l'arrêt *El Dridi*¹⁴⁷⁵ de 2011 avait immédiatement parlé d'« [u]n coup de tonnerre en provenance de Luxembourg »¹⁴⁷⁶ destiné à résonner bien au-delà des frontières italiennes.

1148. En effet, grâce à une question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Trente (Italie), la CJUE a été amenée à trancher une question fondamentale en lien avec la criminalisation des migrations. Plus précisément, il s'agissait de vérifier la compatibilité avec le droit de l'UE de la législation nationale italienne¹⁴⁷⁷ qui prévoyait la détention comme sanction pénale pour le délit de séjour irrégulier et de non-observation de l'ordre administratif de quitter le territoire.

1149. M. El Dridi est entré illégalement en Italie et un premier arrêté d'expulsion a été pris à son encontre en mai 2004 par le *Prefetto* de Turin. Il a séjourné irrégulièrement sur le territoire italien, vraisemblablement jusqu'en mai 2010, date à laquelle il a été retrouvé par

¹⁴⁷⁵ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015.

¹⁴⁷⁶ Serge Slama et Marie-Laure Basilien-Gainche, « L'arrêt El Dridi : le nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité » [2011] 7 AJ Pénal | Dalloz 362 à la p 362.

¹⁴⁷⁷ Notamment sur l'article 14, paragraphe 5, du Décret législatif 286/98.

la police à Udine sans documents valables. Comme la police n'a pas pu procéder à une expulsion forcée immédiate - en raison du manque de moyens de transport - et n'a pas pu le placer dans un centre de détention administrative - parce qu'il n'y avait pas de places disponibles - le *Questore* de Udine (chef de la police et autorité de publique sécurité) a émis une mesure d'éloignement à l'encontre du requérant, en vertu de laquelle ce dernier aurait dû quitter le territoire italien dans les jours suivants. M. El Dridi, ne s'étant pas conformé à l'ordre de la police, a été poursuivi pour cela en application de l'article 14, paragraphe 5-ter. Dans la première phase de la procédure devant le tribunal de Trente, M. El Dridi a été déclaré coupable et condamné à un an de prison. Le 2 février 2011, lors de la phase d'appel, considérant que le requérant était toujours en détention, la Cour d'appel a saisi la CJUE d'une demande de décision préjudicielle selon la procédure d'urgence¹⁴⁷⁸.

1150. Les questions posées par la Cour d'appel de Trente à la CJUE concernait la compatibilité entre l'article 14, paragraphe 5, de la loi sur les étrangers et les articles 15 et 16 de la directive « retour »¹⁴⁷⁹. En particulier, la Cour italienne a demandé si la directive, en vertu du principe de proportionnalité de la sanction, s'oppose à la condamnation à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à quatre ans d'un migrant sans papiers qui ne se conforme tout simplement pas à l'ordre d'expulsion. En outre, à la lumière du principe de coopération loyale entre les États membres de l'UE¹⁴⁸⁰, le juge italien a aussi demandé si la sanction pénale de la détention pourrait être imposée comme une étape intermédiaire d'une procédure administrative de retour.

1151. Avant de passer à l'analyse des aspects juridiques qui font de cet arrêt un véritable « électrochoc » pour la criminalisation des migrations irrégulières dans les pays

¹⁴⁷⁸ En vertu de l'article 104, point b), du règlement de procédure de la CJUE, *Règlement de procédure de la Cour de justice*, JO L 265 du 29.9.2012, p. 1-42.

¹⁴⁷⁹ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹⁴⁸⁰ Article 4, paragraphe 3 TUE.

membres de l'UE, il est utile de dresser un portrait succinct du contexte italien à l'époque des faits.

1152. La décennie entre 2001 et 2011 a été marquée par des changements majeurs qui ont touché la politique migratoire en Italie. Tout d'abord, ce pays qui était auparavant un pays d'émigration, est rapidement devenue une destination de choix pour les migrants¹⁴⁸¹. En effet, pour la première fois, des photos de bateaux bondés d'hommes, de femmes et d'enfants naviguant sur des eaux incertaines ont circulé dans les médias italiens et européens. Ainsi, l'île de Lampedusa est devenue le symbole de la crise qui affecte la politique migratoire de l'UE. Ensuite, le cadre juridique national en matière d'immigration a été alourdi par des réformes qui ont eu un impact crucial sur la procédure d'expulsion des migrants sans papiers, dont les retombées sont mesurables à un double niveau. Premièrement, les procédures d'expulsion ont été simplifiées au nom de la « lutte contre l'immigration clandestine ». Deuxièmement, ont été introduites des conditions plus strictes pour l'obtention des permis de séjour et des nouvelles hypothèses d'incrimination.

1153. En effet, les normes les plus importantes introduites par les réformes en question ont été les modifications apportées à l'article 14, paragraphe 5 du décret législatif 286/98 : elles prévoient que le ressortissant étranger qui, bien qu'ayant reçu un ordre d'éloignement de la police, se trouve sur le territoire italien sans papiers est immédiatement arrêté et poursuivi pour un crime puni de détention d'un à cinq ans. Parmi les autres mesures censées renforcer la sécurité publique, ont érigé en infraction pénale l'entrée et le séjour irréguliers d'étrangers sur le territoire italien (sanctionnée par une amende de 5 000 à 10 000 euros)¹⁴⁸². Elle a en outre prolongé la durée maximale de la détention administrative des

¹⁴⁸¹ Selon les statistiques officielles, la population étrangère de l'Italie était d'environ 1,3 million de personnes en 2001, alors qu'en 2011, elle est passée à 4 millions, soit environ 7 % de la population totale. Sur ce point voir le rapport officiel sur la population étrangère italienne, disponible en ligne : www.istat.it/it/files/2012/12/scheda_stranieri.pdf

¹⁴⁸² Article 10-bis, paragraphe 1, Décret législatif 286/98.

migrants de 60 à 180 jours et a introduit l'obligation pour les migrants de présenter leur permis de séjour afin d'accéder aux services publics tels que les soins de santé¹⁴⁸³.

1154. Le virage vers la criminalisation des migrations emprunté par l'Italie - que nous venons de décrire - s'inscrit dans une tendance assez répandue parmi les États membres de l'UE, notamment au début des années deux mille. La France¹⁴⁸⁴ et la Bulgarie¹⁴⁸⁵, par exemple, ont adopté et renforcé dans la même période des législations nationales tout aussi orientées vers la criminalisation du phénomène migratoire.

1155. Avec les réponses fournies dans l'arrêt *El Dridi*, la CJUE réalisent selon le professeur Slama

« un coup à trois bandes : elle remet en cause la législation italienne (adoptée en 1998 et renforcée en 2009), la législation française - de loin la plus ancienne (1938) et la plus répressive - mais aussi toute législation d'un autre État membre qui privilégierait les dispositifs répressifs à l'encontre des irréguliers plutôt que la mise en œuvre des mesures graduées et proportionnées prévues par la directive 2008/115/CE¹⁴⁸⁶.

1156. Dans les pages qui suivent nous analyserons plus en détail la portée de cet arrêt qui a marqué un tournant dans la protection des droits fondamentaux des migrants.

B. L'électrochoc de la réponse pénale causé par les Arrêts El Dridi...

1157. La CJUE, par son arrêt du 28 avril 2011, affirme pour la première fois que les États membres « ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale,

¹⁴⁸³ Article 14, paragraphe 5, Décret législatif 286/98.

¹⁴⁸⁴ Parmi les premières arrêts de la CJUE mettant en exergue l'incompatibilité de la législation française avec le droit de l'UE voir CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne.*, affaire C-329/11.I-12695.

¹⁴⁸⁵ Voir CJCE, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, affaire C-357/09 PPU [2009].I-11189.

¹⁴⁸⁶ Serge SLAMA et Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011.nos. 7-9.362.

susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile »¹⁴⁸⁷.

1158. Il s'agit d'un véritable « électrochoc » qui remet en cause la tendance diffuse d'utiliser l'approche pénale pour encadrer et endiguer l'immigration irrégulière. Ceci est un enjeu fondamental, car depuis les années '90, « avec la généralisation des reconduites à la frontière, la procédure pénale est devenue, pour l'essentiel, un sas d'entrée dans la procédure administrative d'éloignement (reconduite à la frontière et rétention) »¹⁴⁸⁸. Dans le but de renverser cette tendance, les juges de Luxembourg rappellent que la directive 2008/115 vise à établir des « normes et procédures communes » que chaque État membre doit appliquer au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Il s'en suit que « l'économie générale de cette directive [exige] que les États membres ne peuvent déroger à ces règles et procédures que dans les conditions prévues par cette directive, notamment celles prévues à son article 4 »¹⁴⁸⁹.

1159. Comme nous l'avons rappelé plus haut, la portée de cet arrêt dépasse les frontières italiennes :

Le droit français est concerné par l'arrêt du 28 avril 2011, car il a pour particularité de pénaliser toutes les étapes de l'irrégularité : non seulement la soustraction ou tentative de soustraction à une mesure d'éloignement (CESEDA art. L. 624-1), mais aussi l'entrée et le séjour irréguliers (art. L. 621-1), et même l'aide, y compris désintéressée (L. 622-1).

1160. Or on relèvera que, pour aboutir au résultat de déclarer incompatible la sanction pénale, en particulier l'emprisonnement, la Cour soulève dans ses motivations trois arguments d'importance fondamentale : sa propre compétence en matière pénale, la proportionnalité des sanctions pénales que les États membres peuvent imposer aux migrants irréguliers, l'applicabilité directe des articles 15 et 16 de la directive retour.

¹⁴⁸⁷ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015 point 55.

¹⁴⁸⁸ Serge SLAMA et Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011.nos. 7-9.362, 365.

¹⁴⁸⁹ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015 point 32.

1161. Le premier argument¹⁴⁹⁰ concerne sa propre compétence en matière pénale. Avec l'arrêt *El Dridi*, la CJUE perce le ciel de carton qui confinait sa propre compétence aux questions autres que l'application de sanctions pénales en matière migratoire. En effet, bien qu'« en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres, ce domaine du droit peut néanmoins être affecté par le droit de l'Union »¹⁴⁹¹. Entre outre, la Cour rappelle la circonstance que, nonobstant le fait que ni les traités¹⁴⁹² ni la directive « retour » n'excluent la compétence pénale des États membres dans le domaine de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier, ces derniers doivent aménager leur législation dans ce domaine de manière à assurer le respect du droit de l'Union¹⁴⁹³.

1162. Le deuxième argument – étroitement lié au premier – est la proportionnalité des sanctions pénales que les États membres peuvent imposer aux migrants irréguliers. La CJUE n'exclut pas – *in abstracto* - la possibilité pour le législateur national de sanctionner pénalement l'immigration irrégulière, néanmoins elle rappelle que

Il résulte de l'article 7, paragraphes 3 et 4, de ladite directive que ce n'est que dans des circonstances particulières, telles que l'existence de risque de fuite, que les États membres peuvent, d'une part, imposer au destinataire d'une décision de retour l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé ou, d'autre part, prévoir un délai de départ volontaire inférieur à sept jours, voire s'abstenir d'accorder un tel délai¹⁴⁹⁴.

1163. En fait, la directive « retour » établit avec précision toutes les étapes de la procédure que les États membres doivent appliquer lors du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Tout d'abord, il existe « une obligation pour les États membres de

¹⁴⁹⁰ Dans notre analyse nous ne suivons pas l'ordre dans lequel la CJUE expose lesdits arguments.

¹⁴⁹¹ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015 point 53.

¹⁴⁹² Notamment l'article 63, premier alinéa, point 3, sous b), TCE, tel que repris par l'article 79, paragraphe 2, sous c), TFUE.

¹⁴⁹³ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015 point 54.

¹⁴⁹⁴ *Ibidem*, point 37.

prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire »¹⁴⁹⁵. Ensuite, « une priorité doit être accordée, sauf exceptions, à l'exécution volontaire de l'obligation résultant de la décision de retour, l'article 7, paragraphe 1, de la directive [« retour »] disposant que cette décision prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire »¹⁴⁹⁶. Enfin, seulement dans l'hypothèse « dans laquelle l'obligation de retour n'a pas été respectée », l'État peut prendre toute mesure nécessaire « y compris, le cas échéant, des mesures coercitives, de manière proportionnée et dans le respect, notamment, des droits fondamentaux »¹⁴⁹⁷, dans le but d'assurer l'efficacité de la décision de retour.

1164. Le troisième argument touche l'applicabilité directe des articles 15 et 16 de la directive « retour », concernant les conditions à respecter lors de la limitation de la liberté personnelle des migrants dans une procédure de retour. Compte tenu du fait que – au moment des faits de l'affaire *El Dridi* - le délais de transposition de la « directive retour » était passé, la CJUE affirme que les articles 15 et 16 de cette dernière sont « inconditionnels et suffisamment précis pour ne pas nécessiter d'autres éléments particuliers pour permettre leur mise en œuvre par les États membres ». Ceci lui permet d'affirmer au point 39 de l'arrêt cité rappelle que « les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible »¹⁴⁹⁸, et que

la durée maximale prévue à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115 a pour objectif de limiter la privation de liberté des ressortissants de pays tiers en situation d'éloignement forcé (arrêt du 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, point 56). La directive 2008/115 entend ainsi tenir compte tant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le principe de

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*, point 35.

¹⁴⁹⁶ *Ibidem*, point 36.

¹⁴⁹⁷ *Ibidem*, point 38.

¹⁴⁹⁸ *Ibidem*, point 39 : « il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention. »

proportionnalité exige que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ne se prolonge pas pendant un laps de temps déraisonnable, c'est-à-dire n'excède pas le délai nécessaire pour atteindre le but poursuivi (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt Saadi c. Royaume-Uni du 29 janvier 2008, non encore publié au *Recueil des arrêts et décisions*, § 72 et 74), que du huitième des « vingt principes directeurs sur le retour forcé » adoptés le 4 mai 2005 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, auxquels la directive fait référence à son troisième considérant. Selon ce principe, toute détention préalable à l'éloignement doit être aussi brève que possible¹⁴⁹⁹.

1165. Dès lors, « la Cour marque un coup d'arrêt à la pénalisation de la soustraction à une mesure d'éloignement sans que cela n'affecte pour autant les sanctions pénales ayant pour conséquence l'éloignement (cas de « double peine ») »¹⁵⁰⁰. L'arrêt *El Dridi*, remet aussi en cause « implicitement et nécessairement la pénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers et des gardes à vue fondées sur cette incrimination »¹⁵⁰¹, préparant ainsi le terrain pour l'arrêt *Achughbabian* qui a façonné le code des étrangers, des demandeurs d'asile et des apatrides français.

C. ... et par l'arrêt *Achughbabian*

1166. Du côté français des Alpes, l'arrêt *El Dridi* a généré immédiatement un grande « cacophonie » dans la réponse judiciaire offerte aux situations dans lesquelles la liberté personnelle des migrants était restreinte en application du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), et plus précisément par une disposition qui criminalisant le séjour irrégulier - comme dans le cas italien – prévoyait une sanction pénale d'emprisonnement pour un an et une amende de 3500 euro (article L.621-1).

¹⁴⁹⁹ *Ibidem*, point 39.

¹⁵⁰⁰ Serge SLAMA et Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011.nos. 7-9.362, 366.

¹⁵⁰¹ *Ibidem*, à la p. 366.

1167. La réponse directe à la situation française venant de la CJUE n'a pas tardé à arriver. Le 6 décembre 2011, la Grande Chambre, dans l'affaire *Achughbabian*¹⁵⁰², a affirmé l'incompatibilité de l'article L.621-1 du CESEDA avec le champ d'application de la directive 2008/115, dans la mesure où ce texte de droit dérivé

s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention¹⁵⁰³.

1168. Il s'agit encore une fois d'une action interprétative avec laquelle la CJUE remet en cause le système répressif mis en place par la législation nationale d'un pays membre. Dans la continuité de l'arrêt *E Dridi* la Cour confirme que

l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné. Une telle peine ne constitue donc pas une « mesure » ou une « mesure coercitive » au sens de l'article 8 de la directive 2008/115¹⁵⁰⁴.

1169. La formule utilisée par les juges de Luxembourg dans l'arrêt *Achughbabian*, relativement plus large que dans l'arrêt *El Dridi*, s'appliquant également à la phase de l'« adoption » d'une décision de retour, montre l'évolution de la jurisprudence de la CJUE. La Cour a déclaré que l'obligation imposée aux États membres par l'article 8 de la directive « retour » de procéder (...) à l'éloignement doit être remplie dans les meilleurs délais. À l'évidence, « tel ne serait pas le cas si, après avoir constaté le séjour irrégulier du ressortissant

¹⁵⁰² CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, affaire C-329/11.I-12695.

¹⁵⁰³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELES ET DES GRACES et DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, *Portée de l'arrêt de la CJUE Achughbabian du 6 décembre 2011 portant sur la compatibilité de l'article L. 621-1 du CESEDA avec la directive 2008/115/CE dite*, 13 décembre 2011.

¹⁵⁰⁴ CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, affaire C-329/11.I-12695 point 37.

d'un pays tiers, l'État membre concerné faisait précéder l'exécution de la décision de retour, voire l'adoption même de cette décision, de poursuites pénales suivies, le cas échéant, d'une peine d'emprisonnement »¹⁵⁰⁵.

1170. Néanmoins, dans un premier temps cette action interprétative n'a pas atteint le résultat d'uniformité dans l'application et l'interprétation de la directive retour que les juges de Luxembourg avaient indiqué. En fait, les autorités judiciaires françaises, notamment le Garde des Sceaux du Ministère de la Justice, une semaine à peine après l'arrêt de la CJUE s'est empressé d'adresser aux procureurs généraux des cours d'appel et aux procureurs des tribunaux supérieur et de grandes instances, une communication ayant par objet la « portée de l'arrêt de la CJUE Achughbabian du 6 décembre 2011 portant sur la compatibilité de l'article L. 621-1 du CESEDA avec la directive 2008/115/CE dite « directive retour »¹⁵⁰⁶. Le fond de cette communication était une exhortation aux procureurs à interjeter systématiquement appel contre les décisions de refus de prolongation des mesures de rétention administrative fondées sur l'irrégularité alléguée des placements en garde à vue opérés sur la base de l'article L.621-1 di CESEDA. L'argument principale étant que « les dispositions de la directive ne sont susceptibles d'affecter ni les mesures de garde à vue engagées sur le fondement de l'article L 621-1 ni les procédures de rétention administrative qui peuvent faire suite à ces procédures ... »¹⁵⁰⁷.

1171. Cette prise de position politique, qui trahit toute la difficulté de pénétration du droit et de la jurisprudence de l'UE dans deux domaines régaliens tels que l'immigration et le droit pénal national, était fondée sur une lecture biaisée de l'arrêt cité. Dans le document du Ministère de la Justice, tous les passages dans lesquels la CJUE se prononçait en faveur de la marge de manœuvre des États membres étaient rapportés, alors qu'étaient omis ceux

¹⁵⁰⁵ *Ibidem*, point 45.

¹⁵⁰⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELES ET DES GRACES et DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, *Portée de l'arrêt de la CJUE Achughbabian du 6 décembre 2011 portant sur la compatibilité de l'article L. 621-1 du CESEDA avec la directive 2008/115/CE dite, 13 décembre 2011.*

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*, à la pag 3.

dans lesquels la Cour prônait la cohérence et l'harmonisation dans la répression et de l'éloignement des migrants selon le contenu de la « directive retour ».

1172. À distance de plusieurs années, nous sommes en mesure d'affirmer que de nombreuses juridictions (juges des libertés et de la détention et cours d'appel) ne se sont pas conformées à cette communication et se sont écartées de cette lecture opportuniste de l'arrêt. Mais le fait est que, de nouveau, des décisions contradictoires éclosent de toute part et que cette cacophonie renouvelée emporte au moins deux conséquences graves. Elle soumet, d'une part, les étrangers à un aléa judiciaire insupportable s'ajoutant inutilement à des pratiques administratives déjà gravement insécurisantes. Elle induit, d'autre part, une compréhension de l'arrêt *Achughbaban* que l'on pourrait qualifier de « relativisante ».¹⁵⁰⁸

D. Le résultat d'un long parcours interprétatif en matière de détention de personnes migrantes en condition irrégulière

1173. Le parcours interprétatif concernant la compatibilité de la mesure pénale de la détention utilisée pour sanctionner l'entrée et le séjour irréguliers des personnes migrantes avec le droit de l'UE, a commencé avec l'arrêt *Kadzoev*¹⁵⁰⁹, et a poursuivi grâce aux affaires *El Dridi*¹⁵¹⁰, *Achughbaban*¹⁵¹¹ et *Sagor*¹⁵¹².

¹⁵⁰⁸ Patrick Henriot, « Garde à vue et séjour irrégulier : Les enseignements de l'arrêt « *Achughbaban* » sont limpides ... », en ligne : <http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/Achughbaban.pdf>

¹⁵⁰⁹ CJCE, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, affaire C-357/09 PPU [2009].I-11189.

¹⁵¹⁰ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015.

¹⁵¹¹ CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbaban contre Préfet du Val-de-Marne.*, affaire C-329/11.I-12695.

¹⁵¹² CJUE, 6 décembre 2012, *Procédure pénale contre Md Sagor*, affaire C-430/11.Rec num.

1174. Les principes dégagés par la jurisprudence CJUE au fil de ces arrêts ont été enfin tous regroupés et consolidés dans l'arrêt *Celaj*¹⁵¹³. En effet, les juges de la CJUE dans ladite affaire portant sur la compatibilité de la mesure de la détention infligée à une personne ayant violé une interdiction d'entrée sur le territoire d'un État membre, ont simplement confirmé une approche modérée, reconnaissant aux pays membres une marge de manœuvre pour l'application – dans certaines circonstances - de mesures pénales visant à sanctionner l'immigration irrégulière. Plus précisément, la Cour affirme que

[l]a directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas, en principe, à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en situation de séjour irrégulier qui, après être retourné dans son pays d'origine dans le cadre d'une procédure de retour antérieure, entre de nouveau irrégulièrement sur le territoire dudit État en violation d'une interdiction d'entrée¹⁵¹⁴.

1175. Néanmoins, les Conclusions rendues par l'Avocat général Szpunar dans l'affaire *Celaj*¹⁵¹⁵ dressent un portrait fidèle de « l'état de l'art » de l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière de criminalisation de l'immigration irrégulière¹⁵¹⁶ et tracent aussi les perspectives d'avenir, indiquant aux juges de la CJUE la nécessité d'adopter une interprétation étroite de la directive « retour », orientée au respect des droits fondamentaux des personnes migrantes.

La directive elle-même ne contient aucune disposition sur la possibilité pour les États membres de recourir à la rétention ou à l'emprisonnement en tant que sanction pénale en rapport avec un séjour irrégulier. Selon moi, la raison de cela est évidente: il n'y a

¹⁵¹³ CJUE, 1er octobre 2015, *Procédure pénale contre Skerdjan Celaj*, affaire C-290/14.Rec num.

¹⁵¹⁴ CJUE, 1er octobre 2015, *Procédure pénale contre Skerdjan Celaj*, affaire C-290/14.Rec num dispositif.

¹⁵¹⁵ CJUE, 28/04/2015 *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, supra note 361.

¹⁵¹⁶ CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. Num. point 31 : « Il est bien connu, (...) qu'il existe également une jurisprudence de la Cour sur cette question. Toutefois, jusqu'à ce jour, il n'y a pas eu d'affaire dans laquelle, sur la base des faits de l'affaire au principal, la Cour a déclaré que la rétention ou l'emprisonnement en tant que sanction pénale est compatible avec la directive 2008/115 ».

pas de place pour une telle sanction si l'objectif de la directive est de prévoir le retour rapide de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Toute rétention ou emprisonnement non prononcé dans le cadre d'une procédure de retour retardera en définitive une telle procédure.¹⁵¹⁷

1176. Le principe qui guide aujourd'hui l'approche de la CJUE a ainsi été synthétisé par l'Avocat Général Szpunar, à savoir : « [e]mprisonner un ressortissant d'un pays tiers pour des raisons autres que celles prévues dans la directive équivaut en effet à une suspension temporaire unilatérale du champ d'application de la directive par l'État membre concerné ». Ceci mène donc à la conclusion selon laquelle « (...) il n'y a pas de place pour une telle suspension du champ d'application de la directive »¹⁵¹⁸.

1177. L'Avocat général Szpunar a montré à plusieurs reprises la cohérence de cette ligne interprétative sous-tendue par le principe de proportionnalité, qui a été d'ailleurs reprise jusqu'à la plus récente affaires *FMS*¹⁵¹⁹, dans laquelle tant l'Avocat Général Pikamäe que la Grande Chambre de la CJUE ont souligné l'incompatibilité de la détention avec l'effet utile de la directive « retour » et de la directive « accueil »¹⁵²⁰ concernant les demandeurs d'asile.

1178. Enfin, il est opportun de rappeler qu'à la note 33 de ses Conclusions dans l'affaire *Celaj*, l'Avocat Général Szpunar met en exergue les critiques qu'une partie de la doctrine a soulevées envers l'interprétation offerte par la CJUE dans les affaires *El Dridi* et *Achughbavian*, relevant le « paradoxe » généré par le fait qu'une directive inspirée par des envies répressives devienne, grâce à l'interprétation des juges de Luxembourg, une soupape de sauvegarde des droits fondamentaux des migrants¹⁵²¹.

¹⁵¹⁷ *Ibidem*, point 30.

¹⁵¹⁸ *Ibidem*, point 50.

¹⁵¹⁹ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaire C-924/19 PPU, Rec num, points 218 et 219.

¹⁵²⁰ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180.

¹⁵²¹ Plusieurs auteurs de doctrine ont parlé d'un certain paradoxe dans un tel raisonnement. Voir, notamment, Spitaleri, F., «Il rimpatrio dell'immigrato in condizione irregolare: il difficile equilibrio

1179. La réponse de l'Avocat Général à ces critiques montre l'importance d'une approche toujours centrée sur le respect des droits fondamentaux des personnes, aussi dans les procédures de répression et d'éloignement :

l'on peut certes percevoir un tel paradoxe si l'on met l'accent sur les intérêts présumés des particuliers concernés plutôt que sur les obligations juridiques qui découlent pour les États membres de la directive. Toutefois, les seuls intérêts des particuliers concernés protégés par la directive sont la sauvegarde de leurs droits fondamentaux tout au long de la procédure, sous réserve du principe de proportionnalité¹⁵²².

§2. LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE DE RÉTENTION DES PERSONNES MIGRANTES

1180. Le maintien de l'ordre public (C) et le risque de fuite (B) des migrants en condition irrégulière ou des demandeurs déboutés de l'asile sont les arguments utilisés par les autorités nationales, préposées au contrôle des frontières et aux fonctions de police, afin de justifier les mesures administratives de limitation de la liberté personnelle. Avant d'analyser la jurisprudence, assez nourrie, de la CJUE sur ces sujets, il nous faut d'abord compléter les réflexions abordées dans le paragraphe précédent concernant la notion de rétention (A).

tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea», dans Amadeo, S. (ed.), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015 (à paraître), p. 17: «ricostruzioni abbastanza paradossali»; Leboeuf, L., «La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi», dans *Revue du droit des étrangers*, 2011, p. 181 à 191, à la page 191: «[p]aradoxalement, l'objectif de gestion efficace des flux migratoires permet à la Cour de justice de s'opposer à la pénalisation du séjour irrégulier». D'autres y voient même un certain cynisme: Kauff-Gazin, F., «La directive 'retour' au secours des étrangers? De quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011», dans *Europe*, n° 6, juin 2011, p. 1 à 13, à la page 12: «[c]et argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d'audace».

¹⁵²² CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. Num. note 33.

A. Retour sur la notion de rétention

1181. Le dynamisme et l'évolution continues de la jurisprudence de la CJUE nous offrent la possibilité de compléter les réflexions faites au début de ce chapitre¹⁵²³. Nous ouvrons donc cette sous partie en revenant sur la notion de rétention, car cet élément - aux traits assez flous en doctrine - a été abordé directement par les juges de la Cour dans un passage éclairant de l'arrêt *FMS e. a*¹⁵²⁴ du 14 mai 2020.

1182. Il s'agit de deux affaires jointes qui portent sur la rétention de demandeurs d'asile auxquels a été nié la possibilité d'introduire une demande de protection internationale en Hongrie. Dans la première affaire FMS et FNZ, un couple marié de ressortissants afghans a présenté une demande d'asile devant l'autorité hongroise chargée de l'asile dans la zone de transit de Röszke, un camp situé à la frontière entre la Hongrie et la Serbie. Dans un premier temps, les autorités de police ordonnent le renvoi en Serbie, pays de transit, en application d'une entente bilatérale entre les deux pays. Néanmoins, la Serbie refuse d'accorder l'entrée des ressortissants afghans, car il s'agit d'une hypothèse non couverte par l'accord de réadmission préexistant entre Serbie et Hongrie du fait que les requérants ne sont pas entrés en Hongrie de façon illégale. Dès lors, les autorités de police hongroises, suivant une procédure ne donnant aux requérants aucune possibilité d'accès à un recours effectif, ordonnent tout simplement le renvoi de ces derniers dans leur pays d'origine (l'Afghanistan).

1183. Dans la deuxième affaire, les requérants sont un homme iranien et son fils mineur, eux aussi passés par la Turquie, la Bulgarie et la Serbie, avant de demander asile en Hongrie. Dans les deux cas, les autorités hongroises appliquent la même procédure et la juridiction de renvoi pose les mêmes questions à la CJUE. Le juge de renvoi s'interroge, entre autres, sur le point de savoir si les requérants « doivent être considérés comme étant en rétention, au sens de la directive 2013/32, et, le cas échéant, si une telle rétention est légale,

¹⁵²³ Voir *Supra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, lettre B.

¹⁵²⁴ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU. Rec num.

le délai visé de quatre semaines à l'article 43, paragraphe 2, de ladite directive, étant dépassé dans leur cas »¹⁵²⁵.

1184. La CJUE affirme tout d'abord que « la rétention suppose une privation, et non une simple restriction, de la liberté de mouvement qui se caractérise par le fait d'isoler la personne concernée du reste de la population dans un lieu déterminé »¹⁵²⁶. Or, selon les juges, une telle interprétation serait confirmée par la genèse de la directive « accueil »¹⁵²⁷ qui, avec la directive « retour »¹⁵²⁸ est l'objet des questions préjudicielles posées par le juge hongrois¹⁵²⁹.

Ainsi, il ressort du titre 3, point 4, de l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres [COM(2008) 815 final], à l'origine de la directive 2013/33, que le régime juridique de la rétention, instauré par cette directive, repose sur la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux mesures de détention des demandeurs d'asile, du 16 avril 2003, ainsi que sur les principes directeurs du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, du 26 février 1999 (..).

Or, d'une part, ladite recommandation définit les mesures de détention des demandeurs d'asile comme « le fait de maintenir [ceux-ci] dans un périmètre étroitement délimité ou restreint, où ils sont privés de liberté », tout en précisant que « les personnes qui sont

¹⁵²⁵ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU, Rec num point 66.

¹⁵²⁶ *Ibidem*, point 217.

¹⁵²⁷ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180.

¹⁵²⁸ CE, *Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, [2008] JO, L 348/98.

¹⁵²⁹ Les juges rappellent aussi les sources externes au droit de l'UE déjà utilisé dans la jurisprudence précédente afin d'encadrer la notion de rétention et notamment CJUE, 15 février 2016, *J N contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU, Rec num point 63; CJUE, 14 septembre 2017, *K contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Affaire C-18/16, Rec num, point 46.

assujetties à des restrictions de domicile ou de résidence ne sont généralement pas considérées comme étant soumises à des mesures de détention ».

D'autre part, lesdits principes directeurs du HCR définissent la détention des demandeurs d'asile comme « la privation de liberté ou le confinement dans un lieu fermé qu'un demandeur d'asile n'est pas libre de quitter, y compris – mais pas seulement – les prisons ou les centres de détention, d'accueil fermé, de rétention et les établissements construits à cet effet », tout en précisant que « la différence entre la privation de liberté (détention) et les restrictions moindres à la liberté de circulation est une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »¹⁵³⁰.

1185. Dans le cadre d'une étude centrée sur la jurisprudence de la CJUE, il nous paraît opportun ici de laisser « le devant de la scène » aux mots choisis par les juges de Luxembourg dans l'une des plus récentes – et sans aucun doute des plus abouties – définitions de la rétention. Sur cette base, nous pourrions dans les pages qui suivent analyser dans le détail les aspects critiques de la jurisprudence de la CJUE en matière de rétention. Voici donc la suite du raisonnement concernant la notion de rétention à la lumière de la directive « accueil » :

[...] le contexte dans lequel s'insère l'article 2, sous h), de la directive 2013/33 fait également apparaître que la rétention doit être comprise comme visant une mesure coercitive de dernier recours qui ne se contente pas de limiter la liberté de mouvement du demandeur de protection internationale.

Ainsi, l'article 8, paragraphe 2, de cette directive dispose qu'une mesure de rétention ne peut être ordonnée que si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées. Par ailleurs, en vertu de l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, les États membres veillent à fixer, dans leur droit national, les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé. Cette dernière alternative à la rétention doit être comprise comme renvoyant aux restrictions à la liberté de circulation du demandeur de protection internationale qui sont autorisées par l'article 7 de la directive 2013/33, étant entendu que, conformément à cet article, de telles restrictions ne peuvent porter atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée de ce demandeur et doivent lui donner suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par cette directive.

Il résulte de ce qui précède que la rétention d'un demandeur de protection internationale, au sens de l'article 2, sous h), de la directive 2013/33, constitue une mesure coercitive

¹⁵³⁰ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU, Rec num points 218-202.

qui prive ce demandeur de sa liberté de mouvement et l'isole du reste de la population, en lui imposant de demeurer en permanence dans un périmètre restreint et clos¹⁵³¹.

1186. Enfin les juges se penchent sur l'interprétation de la directive « retour », ces éléments rejoignent parfaitement les réflexions que nous avons menées jusqu'ici et nous aideront à renforcer nos conclusions.

S'agissant, en second lieu, de la notion de « rétention », au sens de la directive 2008/115, il convient de relever que ni l'article 16 ni aucune autre disposition de cette directive ne contient une définition de cette notion. Cela étant, aucun élément ne permet de considérer que le législateur de l'Union ait entendu conférer à la notion de « rétention », dans le contexte de la directive 2008/115, une signification différente de celle revêtue par cette notion dans le contexte de la directive 2013/33. Au demeurant, la directive 2013/33, en particulier son article 8, paragraphe 3, sous d), vise expressément, parmi les cas admissibles de « rétention », au sens de cette directive, un cas dans lequel le ressortissant d'un pays tiers concerné est déjà retenu dans le cadre d'une procédure de retour au titre de la directive 2008/115, ce qui conforte l'interprétation selon laquelle la notion de « rétention », au sens de ces deux directives, recouvre une seule et même réalité.

Il résulte de ce qui précède que la « rétention » d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, au sens de la directive 2008/115, constitue une mesure coercitive de même nature que celle qui est définie à l'article 2, sous h), de la directive 2013/33 et décrite au point 223 du présent arrêt¹⁵³².

1187. Ces passages de l'arrêt *FMS* ont une portée doublement clarificatrice dans la mesure où à la fois une notion de rétention n'avait jamais été si amplement dégagée par la CJUE et, ce faisant, les juges de la Cour annulent toute divergences possibles entre les formes de rétention indiquées par les directives « retours », « accueil » et « procédures ».

B. Le risque de fuite

1188. La rétention demeure une notion « fluide », un outil juridique polyvalent, pouvant être utilisé tant envers les personnes migrantes dépourvues de tout titre de séjours –

¹⁵³¹ *Ibidem*, points 221-223.

¹⁵³² *Ibidem*, points 224 et 225.

notamment dans le cadre de procédures d'éloignement¹⁵³³ - qu'envers les demandeurs de protection internationale. Dans les deux cas, les conditions et les critères nécessaires à légitimer le recours à la rétention sont inscrits dans le droit dérivé de l'UE¹⁵³⁴.

1189. Le risque de fuite est l'une des hypothèses principales aptes à justifier un recours à la rétention. L'article 2, lettre n) du règlement Dublin III nous offre la seule définition légale de ce critère du risque de fuite, qui consiste en : « [...] l'existence de raisons, fondées sur des critères objectifs définis par la loi, de craindre la fuite d'un demandeur, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui fait l'objet d'une procédure de transfert ».

¹⁵³³ Sur ce point voir CJUE, 31 janvier 2013, Conclusions de l'Avocat Général M. Whatelet dans l'affaire Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie, affaire C-534/11, Rec num point 60 : « Quant à la rétention en application de l'article 15 de la directive «retour», il ressort du libellé de cette disposition que la rétention est de caractère exceptionnel et de dernier ressort. Elle ne peut être imposée que si d'autres mesures moins coercitives sont inadéquates et si certains critères très stricts sont et demeurent remplis. À cet égard, le ressortissant d'un pays tiers ne peut être placé en rétention que s'il « fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement », et qu'il présente «un risque de fuite», «évite ou empêche la préparation du retour» ou le bon déroulement «de la procédure d'éloignement». La rétention de l'intéressé doit être aussi brève que possible et ne peut être maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. La rétention doit être ordonnée par écrit par les autorités administratives ou judiciaires, en indiquant les motifs de fait et de droit. Lorsqu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement avant l'expiration du délai maximal de rétention, la rétention ne se justifie plus et l'intéressé doit immédiatement être remis en liberté ».

¹⁵³⁴ Notamment, CE, Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, [2008] JO, L 348/98; UE, Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO, L 180; UE, Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), [2013] JO, L 180/60; UE, Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO L 180/31, 26.06.2013.

1190. Il s'agit donc d'une définition assez large, qui laisse aux États membres une marge d'appréciation vaste dans le choix du contenu et de la forme de l'acte législatif qui en définit les « critères objectifs » au niveau national.

1191. Sur ce point la CJUE a été saisie en voie préjudicielle par la Cour de cassation de la République tchèque dans l'affaire *Al Chodor*¹⁵³⁵. La question posée aux juges de Luxembourg portait sur l'interprétation de l'article 28, paragraphe 2 du règlement Dublin III¹⁵³⁶, et notamment sur la notion de « risque non négligeable de fuite », ainsi que sur la nature de l'acte législatif nationale prévu à l'article 2, lettre n) dudit règlement.

1192. La juridiction de renvoi souligne le fait que les versions linguistiques de l'article 2, sous n), du règlement Dublin III divergent. Si les versions en langues allemande ou française de cette disposition exigent une définition, par la loi, des critères objectifs aux fins de l'appréciation d'un risque de fuite, d'autres versions linguistiques requièrent une définition desdits critères « par le droit », de sorte que la portée des termes « définis par la loi » ne découlerait pas clairement du texte de cette disposition.¹⁵³⁷

1193. De plus, la seule absence dans la législation tchèque de critères objectifs définissant un risque de fuite ne justifie pas pour autant l'inapplicabilité de l'article 28, paragraphe 2, du règlement Dublin III. « Cette dernière disposition imposerait l'examen d'un risque de fuite à la lumière de trois conditions, à savoir une appréciation individuelle compte

¹⁵³⁵ CJUE, 15 mars 2017, *Polície ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, C-528/15.Rec. Num.

¹⁵³⁶ « Les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées ».

¹⁵³⁷ *Ibidem*, point 21. « En outre, la juridiction de renvoi fait observer que la Cour européenne des droits de l'homme interprète le terme « loi » de manière large, en ce sens que, pour celle-ci, ce terme ne se limite pas à la seule législation, mais il inclut également d'autres sources de droit (Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, CE:ECHR:1990:0424JUD001180185, § 29). Dans le cadre de la rétention des personnes en séjour irrégulier, il ressortirait de l'arrêt de la Cour EDH du 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne* (CE:ECHR:2009:0709JUD001136403, § 76 et 90 à 97), qu'il convient de juger la qualité de la base juridique, notamment en termes de clarté, d'accessibilité et de prévisibilité ».

tenu des circonstances de l'espèce, le caractère proportionnel de la rétention et l'impossibilité d'appliquer une mesure moins coercitive (...) »¹⁵³⁸.

1194. La CJUE, en revanche, répond que « l'article 2, sous n), et l'article 28, paragraphe 2, du règlement Dublin III, doivent être interprétés en ce sens qu'ils imposent que les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite d'un demandeur soient fixés dans une disposition contraignante de portée générale »¹⁵³⁹.

1195. En d'autres termes, selon l'interprétation faite par la CJUE, les États membres doivent établir avec un acte législatif (donc ayant une « portée contraignante ») les critères objectifs du risque de fuite qui justifient l'adoption de mesures de rétention.

1196. Deux ans après l'arrêt *Al Chodor*, la Cour a été sollicitée à nouveau par une question semblable dans l'affaire *Jawo*¹⁵⁴⁰. Dans son arrêt du 19 mars 2019, la CJUE interprétant l'article 29, paragraphe 2, seconde phrase, du règlement Dublin III, exclut de la notion de « fuite » l'hypothèse dans laquelle le demandeur s'absente de son lieu de domicile rendant impossible son transfert dans le pays responsable du traitement de sa demande, à cause d'un manque d'information et sans avoir l'intention d'empêcher son transfert.

1197. Dans le premier tiret du dispositif de cet arrêt la Cour affirme :

[...]qu'un demandeur « prend la fuite », au sens de cette disposition, lorsqu'il se soustrait délibérément aux autorités nationales compétentes pour procéder à son transfert, afin de faire échec à ce dernier. Il peut être présumé que tel est le cas lorsque ce transfert ne peut être mis à exécution en raison du fait que ce demandeur a quitté le lieu de résidence qui lui a été attribué sans avoir informé les autorités nationales compétentes de son absence, à condition qu'il ait été informé de ses obligations à cet égard, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Ledit demandeur conserve

¹⁵³⁸ CJUE, 15 mars 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, C-528/15, Rec. Num point 29.

¹⁵³⁹ CJUE, 15 mars 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, C-528/15, Rec. Num point 45; la CJUE affirme aussi qu'« [e]n tout état de cause, une jurisprudence établie, sanctionnant une pratique constante de la police des étrangers, telle que dans l'affaire au principal, ne saurait suffire ».

¹⁵⁴⁰ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17, Rec. num. Nous avons déjà traité d'autres aspects de cet arrêt *supra* Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, lettre A.

la possibilité de démontrer que le fait qu'il n'a pas avisé ces autorités de son absence est justifié par des raisons valables et non pas par l'intention de se soustraire à ces autorités¹⁵⁴¹.

1198. Nous pouvons ainsi affirmer que la CJUE, avec sa jurisprudence, vient limiter la marge d'appréciation laissée aux États membres quant à l'interprétation de la notion du « risque de fuite ». Premièrement la Cour fixe l'obligation d'inscrire les critères objectifs permettant d'identifier « le risque » dans un acte législatif à portée contraignante. Deuxièmement, avec l'arrêt *Jawo*, la Cour remet en cause la correspondance directe entre le fait qu'un demandeur puisse s'absenter de son lieu de domicile habituel avec la preuve de sa volonté de se soustraire à son transfert dans le pays responsable.

C. La rétention des demandeurs d'asile au nom de la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public

1199. L'affaire *J. N.*¹⁵⁴² permet à la CJUE de se prononcer sur l'une des hypothèses de « placement en rétention » des demandeurs de protection internationale, prévues par la directive « accueil ». Il s'agit de la lettre n) de l'article 8 de la directive 2013/33, qui énonce ce qui suit :

1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle est un demandeur conformément à la directive [2013/32].
2. Lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, les États membres peuvent placer un demandeur en rétention, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées.
3. Un demandeur ne peut être placé en rétention que :
[...]

¹⁵⁴¹ CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec num point 99 (dispositif 1er tiret).

¹⁵⁴² CJUE, 15 février 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU. Rec num. Pour les faits de cette affaire, voir *supra*, § 1018 - § 1019.

e) lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige¹⁵⁴³;

1200. Dans le cadre d'une affaire complexe, dans laquelle M. J.N. cumule des peines de détention pour des délits contre le patrimoine à des périodes de rétention dans le cadre de demandes de protection internationale successivement rejetées par les autorités néerlandaises, la Cour affirme que l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive est le résultat « d'une pondération équilibrée entre l'objectif d'intérêt général poursuivi, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public, d'une part, et l'ingérence dans le droit à la liberté occasionnée par une mesure de rétention, d'autre part »¹⁵⁴⁴.

1201. Une telle interprétation mène la Cour à affirmer la nécessité que les autorités nationales compétentes procèdent à un examen préalable au cas par cas afin de fonder d'éventuelles mesures de rétention, et que ces dernières ne peuvent être considérées comme légales « que si le danger que les personnes concernées font courir à la sécurité nationale ou à l'ordre public correspond au moins à la gravité de l'ingérence que constitueraient de telles mesures dans le droit à la liberté de ces personnes »¹⁵⁴⁵.

1202. La CJUE dans son arrêt *J.N.* pousse plus loin la barre des obligations positives des États membres en matière de gestion de la marge de discrétion laissée par la directive « accueil ». Au point 60 de cet arrêt, les juges affirment des principes destinés à marquer l'action des juridictions nationales au point d'en changer profondément les habitudes interprétatives :

L'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2013/33 dispose en outre que les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national. À cet égard, il

¹⁵⁴³ UE, *Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, [2013] JO, L 180 Article 8.

¹⁵⁴⁴ CJUE, 15 février 2016, *J.N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU, Rec num point 68.

¹⁵⁴⁵ *Ibidem*, point 69.

convient de rappeler que, lorsque les dispositions d'une directive laissent aux États membres une marge d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui soient adaptées aux différentes situations envisageables, il leur incombe, lors de la mise en œuvre de ces mesures, non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive dont il s'agit, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celle-ci qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union¹⁵⁴⁶.

1203. La CJUE condamne ainsi la transposition « répressive » de la directive « accueil » dans la partie concernant l'interprétation du critère de la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public comme justificatif pour la rétention des demandeurs.

1204. Qui plus est, si l'on regarde l'horizon complet de la jurisprudence de la Cour, nous pouvons identifier un impact extrêmement large de ce principe dégagé par cet arrêt. En effet, il existe un dénominateur commun entre les arrêts *J.N.*, *FMS*¹⁵⁴⁷ et l'ordonnance *C.e.a.*¹⁵⁴⁸, les trois portent – entre autres – sur la rétention de demandeurs de protection internationale et mettent en cause le mode de transposition de la directive « accueil »¹⁵⁴⁹, mais chacun d'entre eux met en exergue des lacunes différentes.

1205. Si l'arrêt *FMS* porte sur la nécessité d'assurer aux demandeurs la possibilité d'accéder au territoire national montrant l'incompatibilité de la rétention à la frontière (articles 8 et 9 de la directive 2013/33)¹⁵⁵⁰. Dans l'ordonnance *C.e.a.*, la CJUE rappelle le

¹⁵⁴⁶ *Ibidem*, point 60.

¹⁵⁴⁷ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU, Rec num.

¹⁵⁴⁸ CJUE, Ordonnance, 5 juillet 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre C et J et S contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-269/18 [non encore publié].

¹⁵⁴⁹ UE, Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO, L 180.

¹⁵⁵⁰ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU, Rec num Dispositif points 41 : « Les articles 26 et 43 de la directive 2013/32 ainsi que les articles 8 et 9 de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui permet à l'autorité

droit du demandeur à rester sur le territoire de l'État membre qui a rejeté sa demande, car manifestement irrecevable, jusqu'à la décision sur son recours contre la décision d'éloignement¹⁵⁵¹.

1206. Il est donc possible de retracer une ligne de cohérence clairement marquée dans l'action de la CJUE, qui à partir de l'arrêt *J.N*¹⁵⁵² – qui à son tour s'inscrit déjà dans une jurisprudence consolidée – condamne toute transposition « répressive » de la directive « accueil » qui permettrait un recours disproportionné et contraires aux principes de la CDFUE de la rétention.

nationale compétente de se prononcer, à la frontière ou dans une zone de transit, sur l'irrecevabilité ou le fond d'une demande de protection internationale, en dehors des cas énumérés à l'article 31, paragraphe 8, de la directive 2013/32, au-delà d'un délai de quatre semaines et en privant les demandeurs de leur droit d'entrer sur le territoire national, ce qui, cumulé aux conditions d'hébergement dans la zone de transit révélatrices d'un isolement et à l'impossibilité pour eux de quitter cette zone de leur plein gré, caractérise une situation de rétention de fait. Cette rétention doit être qualifiée d'illégale comme ne procédant pas d'une décision de placement en rétention indiquant les motifs de fait et de droit sur laquelle elle est basée, précédée d'un examen individuel préalable quant à la possible mise en place de solutions de substitution et accompagnée d'une information, dans une langue que les demandeurs comprennent ou dont on peut raisonnablement supposer qu'ils la comprennent, d'une part, portant sur les motifs du placement en rétention et les procédures de recours contre la décision de placement en rétention prévues par le droit national, ainsi que la possibilité de demander l'assistance juridique et la représentation gratuites et, d'autre part, expliquant les règles qui s'appliquent dans le centre de rétention et énoncent leurs droits et obligations ».

¹⁵⁵¹ CJUE, Ordonnance, 5 juillet 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre C et J et S contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-269/18 [non encore publié].

¹⁵⁵² *J N contre StCJUE*, 15 février 2016, *J N contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU, Rec num.

CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE L'ACTION DE LA CJUE DANS LE CONTENTIEUX SUR LA CRIMINALISATION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES

1207. Le dernier chapitre de cette étude se place dans la continuité de la démonstration faite jusqu'ici, visant ainsi à répondre à la question de savoir dans quelle mesure la jurisprudence de la CJUE influence une évolution du droit national et européen (de l'UE) en matière migratoire.

1208. L'analyse est menée à partir du contentieux sur la criminalisation et la répression des migrations irrégulières et sur les nouveaux instruments législatifs que l'UE se propose d'adopter afin de traduire en pratique les principes dégagés par la CJUE.

1209. Pour répondre à notre question, nous regarderons d'abord l'impact des arrêts de la Cour sur le droit interne, mettant en exergue le manque d'harmonisation des réponses juridiques – notamment législatives – des pays membres (Section 1). Ensuite, nous regarderons les perspectives d'avenir et les possibilités concrètes d'évolution que les principes dégagés par la CJUE offrent aujourd'hui au législateur de l'UE (Section 2).

SECTION 1 : L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE SUR LES DISPOSITIONS DE DROIT PÉNAL NATIONAL EN MATIÈRE MIGRATOIRE

1210. Il ne s'agira pas ici d'un exercice comparatif visant l'ensemble des pays membres de l'UE et leur réaction aux arrêts de la CJUE. Tel que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, nous suivrons le fil de la jurisprudence de la Cour. Dès lors, les exemples sur lesquels nous concentrerons notre analyse, loin d'être le fruit de choix arbitraires, méritent notre attention puisqu'ils ont marqué l'évolution de la jurisprudence européenne à la fois pour des raisons chronologiques et par leur portée novatrice.

1211. Les arrêts de la CJUE en matière migratoire ayant un impact sur le droit pénal des États membres produisent des conséquences hétérogènes d'un système national à l'autre. En fait, la réponse nationale passe d'abord par la simple non-application des normes déclarées incompatibles avec le droit de l'UE par la Cour, qui restent pourtant valides mais dans un état de « quiescence » dans les ordres juridiques nationaux (§1), pour ensuite aboutir à la pleine abrogation de la part du législateur (§2). Le manque d'harmonisation, demeurant un élément incontournable de cette réponse, ouvre la porte à de possibles scénarios d'insécurité juridique.

§1. LA QUIESCENCE DES NORMES INCOMPATIBLES AVEC LE DROIT UE

1212. Le *tsunami* juridique produit par l'arrêt *El Dridi*¹⁵⁵³ qui a frappé la totalité des États membres de l'UE, a été ressenti d'abord et majoritairement en Italie (A). Il existe une double justification à cette affirmation, la première étant le fait que la juridiction de renvoi – le Tribunal de Trento – est une juridiction italienne, la deuxième s'expliquant par le fait que le contentieux devant les tribunaux italiens et portant sur le délit de séjour irrégulier était extrêmement abondant en 2011 (B). Dans ce cadre, les réflexions de chercheurs et avocats sur les impacts dans les procédures pénales en cours des arrêts de la CJUE, nous aident à nourrir d'importantes réflexions sur le plan juridique (C).

D. Le contre-coup de l'arrêt El Dridi sur les praticiens du droit

1213. Le climat à la fois fébrile d'enthousiasme et effrayé par l'incertitude juridique était palpable dans le monde des toges aussi bien parmi les juges que parmi les avocats. Le souvenir de cette période demeure vif dans la mémoire de l'auteur de la présente étude, à

¹⁵⁵³ Voir *supra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, lettre A.

l'époque jeune avocat stagiaire en droit pénal au barreau de Naples. La pratique judiciaire et les discussions avec collègues et magistrats ont d'ailleurs fortement inspiré ce projet de recherche.

1214. Les praticiens et les chercheurs se questionnaient alors sur les conséquences immédiates des arrêts de la CJUE dans les procès pénaux en cours en matière migratoire¹⁵⁵⁴.

1215. Les juges italiens, dans le respect du principe de la primauté du droit de l'UE réaffirmé par la Cour dans l'arrêt *El Dridi*, ont immédiatement choisi la voie de l'inapplication de la loi interne - l'article 14-ter de la loi immigration¹⁵⁵⁵ - déclaré incompatible avec le droit de l'UE¹⁵⁵⁶. Néanmoins, les inquiétudes sur le plan interne demeuraient fondées quant au respect de l'un des principes qui régissent la justice pénale, à savoir le principe de la sécurité juridique.

E. La *non-application* du droit interne comme modalité pour résoudre les antinomies

1216. La *non-application* d'une source de droit est une modalité de résolution des antinomies normatives qui est loin d'être parfaite. Le mérite de cette approche est l'application au cas spécifique de la règle jugée prépondérante, en l'occurrence la directive « retour ». En revanche, cette méthode ne produit aucun effet sur l'existence des règles de droit en situation de conflit, qui demeurent ainsi toujours en vigueur. Suite à l'arrêt *El Dridi*, dans l'ordre juridique italien, la situation était telle qu'il existait donc une relation

¹⁵⁵⁴ Sur ce point voir aussi : Luca Masera, « Il riformato art. 14 co. 5 ter d.lgs. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/201 », *Diritto Penale Contemporaneo* 2011.2.19.

¹⁵⁵⁵ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. G.U. Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998.

¹⁵⁵⁶ Les articles 15 et 15 de la Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, [2008] JO, L 348/98.

d'incompatibilité entre deux dispositions, car « des effets juridiques inconciliables concernent le même cas abstrait »¹⁵⁵⁷.

1217. Contrairement au mécanisme de l'*abolitio criminis*, basé sur le principe de la succession de lois pénales dans le temps - que les latins synthétisaient avec l'expression *lex posterior derogat priori* - la *non-application* d'une loi jugée incompatible avec le droit de l'UE, nous ramène à la distinction entre systèmes monistes et dualistes existant en droit international.

1218. Le principe de la primauté du droit de l'UE se substitue au critère chronologique – classique - qui présuppose que deux sources de droit du même rang succèdent l'une à l'autre. De même, l'effet direct annule, *de facto*, la distinction entre systèmes monistes et dualistes.

1219. Néanmoins, cette solution bien qu'efficace dans le court terme, n'apporte guère une réponse stable et au contraire, tel que montré par plusieurs auteurs, peut générer des paradoxes¹⁵⁵⁸.

1220. Tel que mentionné plus haut, le critère de la primauté du droit de l'UE ne conduit pas à l'annulation de la règle incriminée qui est en conflit avec la règle communautaire dominante, mais seulement à sa non-application par le juge national, qui est donc chargé d'une sorte de contrôle généralisé de la conformité du droit interne avec le droit communautaire.

¹⁵⁵⁷ Norberto BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 209; Sur les conflits entre normes nationales et surce de droit de l'UE voir aussi : Carlo SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 189 et ss.

¹⁵⁵⁸ Serge SLAMA et Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011.nos. 7-9.362; Serge SLAMA, « Une remise en cause profonde de la pénalisation de l'irrégularité en France », *Recueil Dalloz / Dalloz* 2011.20.1400; Di Luca MASERA, « Il riformato art. 14 co. 5 ter d.lgs. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/201 », *Diritto Penale Contemporaneo* 2011.2.19; Marco GAMBARDELLA, « Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano », (2011) *Diritto Penale Contemporaneo*.

F. Les limites du mécanisme de la non-application du droit interne

1221. Le mécanisme de la *non-application* empêche ainsi la règle incriminée de produire ses effets et paralyse son fonctionnement. La validité de cette dernière n'est toutefois pas affectée. Voici donc le paradoxe : si la directive devait être abrogée à l'avenir par un acte de l'UE, l'incrimination produirait à nouveau ses effets (elle retrouverait son efficacité). En outre, les récentes vicissitudes concernant le Brexit nous rappellent que, si l'Italie devait quitter l'UE, les règles incriminantes jusqu'alors inapplicables – quiescentes – pour la prévalence des règles de l'UE devraient être considérées en vigueur.

1222. Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous pouvons conclure qu'afin de préserver le principe de la sécurité juridique, notamment en matière pénale, il existe pour les États membres une véritable obligation positive à légiférer dans les meilleurs délais, afin d'abroger les dispositions de lois incompatibles avec le droit de l'UE.

1223. Les fortes critiques et les âpres débats s'élevant des tribunaux, des universités et du monde associatif, ont poussé le législateur italien à combler cette lacune. Le décret n. 98 de 2011 a ainsi abrogé les articles 13 et 14-ter de l'ancienne loi, jugés incompatibles avec l'effet utile de la directive retour. Cela a donc résolu les problèmes concernant la sécurité juridique, mais n'a pas atténué les critiques des défenseurs des droits fondamentaux des migrants. En effet, si la nouvelle normative – encore en vigueur au moment où nous écrivons ces pages – a d'une part supprimé la détention comme réponse au séjour irrégulier, elle a d'autre part confirmé la criminalisation de l'immigration irrégulière, qui demeure sanctionnée avec des peines pécuniaires s'élevant jusqu'à dix-huit mille euros.

1224. L'impact de la jurisprudence de la CJUE, bien que décisif, ne suffit pas à ôter toute incertitude dans les équilibres entre droit national et droit de l'UE. Si en Italie, lors de l'arrêt *El Dridi*, la réponse du législateur n'a pas tardé à arriver, dans d'autres pays membres et dans des cas similaires la situation a été gérée de façon assez différente, avec la conséquence que l'incertitude juridique a créé une confusion et des disparités de traitement graves.

1225. Nous avons déjà montré qu'à la suite de l'arrêt *Achughbavian*¹⁵⁵⁹, le Ministère de la justice français, en la personne du Garde des Sceaux, a adopté des actes visant à neutraliser la portée de l'arrêt de la CJUE. Ceci n'a pas empêché un grand nombre de juridictions françaises d'appliquer le principe de primauté et donc de *non-appliquer* l'acte législatif interne (l'article 621-1 du CESDA), préférant la directive retour. Néanmoins, une telle dynamique met une fois de plus en exergue le manque d'harmonisation dans la réponse nationale aux principes dégagés par la CJUE, notamment en matière migratoire. Cette cacophonie affecte les droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière, car l'insécurité juridique des normes qui criminalisent leur condition est une menace majeure pour l'exercice de tout droit fondamental.

§2. L'ABROGATION DES NORMES INCOMPATIBLES AVEC LE DROIT UE

1226. Lorsqu'un système juridique décide de criminaliser la migration, la simple « non-application » qui se traduit dans l'inaction du législateur, est non seulement insuffisante, mais représente un danger majeur tant pour la stabilité du système juridique interne que pour la cohérence de l'application du droit communautaire dans tous les pays membres de l'UE. Seul un nouvel acte législatif, ayant valeur pénale, peut assurer à la fois la sécurité juridique et le respect des droits fondamentaux des personnes migrantes.

1227. Dans la plupart des cas, les États de l'UE finissent par adopter les actes législatifs nécessaires à rendre leur ordre juridique compatible avec celui de l'UE tel qu'interprété par la CJUE. Néanmoins, les temps de réaction peuvent être assez longs et menacer l'application uniforme du droit de l'UE.

1228. Contrairement aux positions affirmées par l'administration judiciaire française dans la période immédiatement successive à l'arrêt *Achughbavian*, à d'autres

¹⁵⁵⁹ Voir *supra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, lettre C.

occasions la France a su se montrer plus encline à ajuster son propre ordre juridique en fonction des principes affirmés par la CJUE.

1229. À titre d'exemple, nous allons citer la circulaire du Ministère de la Justice français du 10 septembre 2018¹⁵⁶⁰, laquelle à son point 3 contient une mesure pour l'abrogation du délit d'entrée irrégulière à une frontière intérieure :

Le 3° du I de l'article 35 de la loi abroge le 2° de l'article L. 621-2 du CESEDA, qui réprimait d'une peine d'emprisonnement, le fait pour un étranger ressortissant d'un État non membre de l'Union européenne qui est en provenance directe du territoire d'un État partie à la convention Schengen, d'entrer irrégulièrement sur le territoire métropolitain. Cette abrogation tire les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans un arrêt *Affum* du 7 juin 2016, a jugé ces dispositions non conformes à la directive retour n°2008/115 qui « doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre permettant du seul fait de l'entrée irrégulière par une frontière intérieure, conduisant au séjour irrégulier, l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, pour lequel la procédure de retour établie par cette directive n'a pas encore été menée à son terme » 4 . Aussi, les procédures diligentées de ce chef antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi ne pourront plus donner lieu à des poursuites devant les juridictions pénales, l'action publique étant éteinte par l'abrogation de la loi pénale. En outre, les peines prononcées antérieurement à l'abrogation de ce délit cessent de recevoir exécution conformément aux dispositions de l'article 112-4 du code pénal¹⁵⁶¹

1230. La référence directe à l'arrêt *Affum* de 2016 ne laisse aucun doute, il s'agit d'une abrogation directement connexe à l'action interprétative de la CJUE, qui montre une fois de plus l'impact direct et marquant des arrêts de la Cour aussi dans le domaine pénal en matière migratoire.

¹⁵⁶⁰ Circulaire présentant les dispositions de droit pénal immédiatement applicables de la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie

¹⁵⁶¹ Ibidem, p. 4.

SECTION 2 : LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES ENTRE DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT PÉNAL NATIONAL EN MATIÈRE MIGRATOIRE SELON LES PRINCIPES DÉGAGÉS PAR LA CJUE

1231. Dans cette deuxième section nous regarderons les perspectives d'avenir et les possibilités concrètes d'évolution que les principes dégagés par la CJUE offrent aujourd'hui au législateur de l'UE.

1232. Il est désormais prouvé que le droit des migrations, lorsqu'il touche la dimension répressive ou criminalisante, se place à mi-chemin entre le droit pénal et le droit administratif. En effet, le droit administratif a intégré des normes, des institutions, des pratiques issues du droit pénal, sans pour autant en intégrer les règles de preuve et de procédure qui offraient des garanties aux individus touchés par le droit pénal. Le législateur et les décideurs y ont clairement vu un moyen d'étendre au maximum l'espace de discrétion administrative dont ils bénéficient traditionnellement en matière migratoire, sans s'imposer les contraintes normatives que le droit pénal leur a progressivement imposées.

1233. Certains auteurs parlent aujourd'hui de « nécro-politique »¹⁵⁶² de l'UE et de ses pays membres, en référence notamment au large pouvoir octroyé au juge administratif, qui est le seul juge capable – involontairement, on imagine – d'envoyer un individu vers l'exécution extrajudiciaire, la détention arbitraire ou la torture et traitements inhumains et dégradants.

1234. La CJUE dans son action interprétative, que nous n'avons pas hésité à définir comme volontariste, demeure néanmoins profondément respectueuse de la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres dans ce domaine régalién qu'est l'immigration. L'analyse que nous avons menée jusqu'ici nous permet toutefois de mettre en exergue l'opportunité inédite, qui se présente tant au législateur national qu'aux institutions de l'UE, de reconsidérer la frontière entre droit administratif et droit pénal en matière migratoire, à la lumière des principes dégagés par la Cour. Et devenir, avec la CEDH, l'un des acteurs

¹⁵⁶² Evelyne RITAINE, « Migrants morts, des fantômes en Méditerranée », *Rhizome* 2017.64.16-17.

principaux de l'inclusion des garanties de respect de droits fondamentaux en droit administratif.

1235. Grace à quelques exemples concrets tirés de la jurisprudence la plus récente de la CJUE, nous rappellerons, d'abord, les raisons pour lesquelles le droit administratif en matière migratoire ne peut pas se soustraire au respect des droits fondamentaux (§1). Nous essaierons ensuite de redonner vigueur et actualité à l'ancienne proposition de création d'un véritable code européen des migrations (§2).

§1. LE DROIT ADMINISTRATIF EN MATIÈRE MIGRATOIRE NE PEUT SE PASSER DES DROITS FONDAMENTAUX

1236. Dans les pages précédentes, nous avons déjà analysé l'arrêt *FMS*¹⁵⁶³ afin de montrer les positions les plus récentes affirmées par la CJUE en matière de rétention de migrants en condition irrégulière. Il nous paraît opportun, ici, de revenir sur cet arrêt puisqu'il nous fournit un portrait exhaustif des limites que la Cour pose au droit administratif en matière migratoire au nom du respect des droits fondamentaux. En effet, les juges de Luxembourg, avec cet arrêt du 14 mai 2020, ont dégagé une analyse complexe et approfondie des mesures administratives adoptées par la Hongrie pour la gestion des demandeurs de protection internationale à sa frontière avec la Serbie.

1237. L'affaire au principal, rappelons-le, concerne un père iranien et son fils, poursuivis pour motif religieux, et un couple syrien gravement malade, voulant demander la protection internationale en Hongrie et qui ont, en revanche, fait l'objet d'un ordre d'expulsion puis d'un refus de réadmission de la part des autorités serbes. La Serbie a en effet refusé d'accueillir les personnes migrantes expulsées par la Hongrie, jugeant que les conditions prévues par l'accord de réadmission entre l'UE et ce pays n'étaient pas respectées

¹⁵⁶³ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU. Rec num. Voir, supra, Partie II, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, lettre D.

dans le cas d'espèce. En réponse à ce refus, l'autorité administrative hongroise a émis de nouveaux ordres d'expulsions, indiquant cette fois, au lieu de la Serbie, les pays d'origine respectifs (Iran et Syrie) des migrants comme destination du renvoi. Les intéressés ont saisi une juridiction hongroise en vue de faire annuler les décisions rejetant leur opposition à l'encontre de ces décisions modificatives et d'enjoindre à l'autorité chargée de l'asile de mener une nouvelle procédure d'asile. Ils ont également introduit des recours en carence liés à leur placement et leur maintien dans la zone de transit de Röszke.

1238. La CJUE dans son arrêt s'est attaquée d'abord à la légalité des décisions administratives justifiant la rétention et, ensuite, à la légitimité de la décision avec laquelle l'autorité a changé le pays de renvoi – du pays « de transit sur », la Serbie, au pays d'origine - des intéressés.

1239. Sur le premier aspect

[I]a Cour a jugé que la légalité d'une mesure de rétention, telle que la rétention d'une personne dans une zone de transit, devait pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, en application, respectivement, de l'article 9 de la directive « accueil » et de l'article 15 de la directive « retour ». Dès lors, en l'absence de dispositions nationales prévoyant un tel contrôle, le principe de primauté du droit de l'Union et le droit à une protection juridictionnelle effective imposent à la juridiction nationale saisie de se déclarer compétente pour se prononcer à ce sujet. De plus, si, à l'issue de son contrôle, la juridiction nationale estime que la mesure de rétention en cause est contraire au droit de l'Union, elle doit pouvoir substituer sa décision à celle de l'autorité administrative l'ayant ordonnée et prononcer la libération immédiate des personnes concernées, ou éventuellement une mesure alternative à la rétention¹⁵⁶⁴.

1240. Par ailleurs, la Cour balaye aussi les moyens avancés par la Hongrie afin de justifier la rétention d'un demandeur de protection internationale sur la base de l'absence des moyens de subsistance¹⁵⁶⁵. Sans vouloir revenir sur la portée de cet arrêt sur la définition de

¹⁵⁶⁴ CJUE, Arrêt dans les affaires jointes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU FMS e.a./Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, communiqué de presse n° 60/20, le 14 mai 2020, p. 2

¹⁵⁶⁵ Notamment, il ressort de l'article 17 de la directive UE, Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO, L 180, que, si le demandeur ne dispose pas de moyens de subsistance, il a le droit d'obtenir soit une allocation financière lui permettant de se loger, soit un hébergement en nature.

rétenion en droit de l'UE, force est de constater que la CJUE, jugeant les mesures adoptées par la Hongrie d'illégales, saisit l'occasion pour réaffirmer toutes les garanties prévues par le droit dérivé et non obtempérées par les actes administratifs en question, en partant de l'article 26 de la directive « accueil » qui impose qu'un demandeur puisse saisir une juridiction d'un recours visant à lui garantir le droit à l'hébergement, cette dernière disposant de la possibilité d'accorder des mesures provisoires dans l'attente de sa décision définitive.

1241. Quant à la légalité de la décision de renvoi vers le pays d'origine des demandeurs suite au refus des autorités serbes,

la Cour a indiqué qu'une décision modifiant le pays de destination mentionné dans la décision de retour initiale est à ce point substantielle qu'elle doit être considérée comme une nouvelle décision de retour. En vertu de l'article 13 de la directive « retour », les destinataires d'une telle décision doivent alors disposer d'une voie de recours effective à son encontre, qui doit également être conforme au droit à une protection juridictionnelle effective garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁶⁶.

1242. Ainsi, la CJUE a d'abord montré que les décisions prises par l'autorité administrative hongroise n'étaient pas conformes ni à la directive « retour » ni à l'article 47 CDFUE

L'article 13 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, lu à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle la modification, par une autorité administrative, du pays de destination mentionné dans une décision de retour antérieure ne peut être contestée par le ressortissant d'un pays tiers concerné qu'au moyen d'un recours formé devant une autorité administrative, sans que soit garanti un contrôle juridictionnel ultérieur de la décision de cette autorité. En pareille hypothèse, le principe de primauté du droit de l'Union ainsi que le droit à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, doivent être interprétés en ce sens qu'ils imposent à la juridiction nationale saisie d'un recours visant à contester la légalité, au

¹⁵⁶⁶ CJUE, Arrêt dans les affaires jointes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU FMS e.a./Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, communiqué de presse n° 60/20, le 14 mai 2020, p. 3.

regard du droit de l'Union, de la décision de retour consistant en une telle modification du pays de destination, de se déclarer compétente pour connaître de ce recours¹⁵⁶⁷.

1243. La Cour a ensuite rappelé l'importance du respect inconditionnel de l'article 18 CDFUE, et par conséquent de la Convention de Genève :

La directive 2013/32, lue en combinaison avec l'article 18 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe de coopération loyale découlant de l'article 4, paragraphe 3, TUE, doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'une demande d'asile a fait l'objet d'une décision de rejet qui a été confirmée par une décision juridictionnelle définitive avant que la contrariété au droit de l'Union de ladite décision de rejet a été constatée, l'autorité responsable de la détermination, au sens de l'article 2, sous f), la directive 2013/32, n'est pas tenue de réexaminer d'office cette demande¹⁵⁶⁸.

1244. La Hongrie n'est pas un cas isolé. Nous avons amplement montré, tout au long de cette étude, que la tendance majoritaire dans les pays membres de l'UE, est celle de structurer leur politique répressive des migrations irrégulières via des réglementations souples et flexibles de nature administrative. Ce choix trouve sa raison d'être dans le fait que le droit pénal – en tant que terrain de sanctions et limitations de liberté - est et demeure étroitement subjugué au respect des droits fondamentaux qui inspirent l'État de droit dans sa conception la plus moderne.

1245. La CJUE, arrêt après arrêt, affirme avec constance que toute réglementation nationale, indépendamment de sa nature - administrative ou pénale - se doit de respecter les droits fondamentaux présents dans le droit primaire, les garanties affirmées par le droit dérivé et les principes dégagés par sa jurisprudence.

¹⁵⁶⁷ CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU, Rec num Dispositif, points 1 et 8.

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*, dispositif, point 3.

§2. VERS UN CODE EUROPÉEN DES MIGRATIONS ?

1246. L'idée de la création d'un code européen des migrations n'est pas totalement originelle en doctrine (A). L'originalité de ce paragraphe réside alors dans le fait de s'interroger sur sa faisabilité d'un code européen qui prenne en compte l'immigration irrégulière (B) et de proposer des solutions législatives capables d'apporter dans le court terme une harmonisation accrue dans la politique d'asile et d'immigration de l'UE (C).

A. Les tentatives inachevées

1247. L'auteur Steven Peers, dans un article de 2012, propose une ébauche de « code européen de l'immigration légale »¹⁵⁶⁹ devant représenter un premier pas – décisif – vers une politique d'immigration commune à l'échelle de l'UE. Son travail était basé sur les résultats de la planification pluriannuelle adopté dans le Conseil européen JAI de décembre 2009, le fameux « Programme de Stockholm »¹⁵⁷⁰. Ce document, qui a eu un impact majeur sur l'évolution de la politique migratoire de l'UE, prévoyait la création d'un code européen de l'immigration, qui aurait dû regrouper et « systématiser » les normes en vigueur dans la matière (directives et règlements) et préparer l'arrivée de nouvelles. Selon les prévisions de la Commission, ce code aurait pu rentrer en vigueur en 2014.

1248. Peers alors propose une sorte de livre blanc, qui fait office de proposition – néanmoins déjà assez articulée – d'un possible code européen des migrations. Visant, ainsi à participer aux travaux préparatoires de la Commission, cet auteur propose un code structuré en huit chapitres, concernant : les dispositions générales, les dispositions communes,

¹⁵⁶⁹ Steve PEERS, « An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy », (2012) 14-1 *European Journal of Migration and Law* 33-61.

¹⁵⁷⁰ Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens JO C 115 du 4.5.2010.

l'admission à l'emploi, l'admission à la recherche, l'admission aux études, le regroupement familial, le statut de résident de longue durée et les dispositions finales. Le code proposé prévoyait également trois annexes, qui énonçaient des règles plus spécifiques concernant certaines catégories de travailleurs migrants : les migrants hautement qualifiés, les travailleurs détachés et les travailleurs saisonniers¹⁵⁷¹. D'ailleurs, afin de faciliter les négociations, Peers propose de donner à ce code la forme d'une directive plutôt que d'un règlement¹⁵⁷².

1249. L'échec du projet de « carte bleue européenne »¹⁵⁷³ et le manque de lucidité de la part des États membres qui ont préféré ne pas investir d'énergies pour la création des voies d'accès légales et viables au territoire de l'UE a fait naufrager ce projet. Les seuls actes de l'UE qui portent aujourd'hui le nom de « codes », mais qui en réalité sont que de simples recueils de lois successives sont le code des « visas »¹⁵⁷⁴ et le « code Schengen »¹⁵⁷⁵ qui règle le franchissement des frontières externes de l'UE.

¹⁵⁷¹ Steve Peers, « An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy », (2012) 14-1 *European Journal of Migration and Law* 33-61, p. 40. Les chapitres III à VII et les annexes sont basés sur les directives pertinentes existantes, tandis que le chapitre II est dérivé des dispositions communes ou similaires qui figurent fréquemment dans les directives actuelles, et les chapitres I et VIII sont synthétisés à partir des dispositions générales et finales des mesures existantes.

¹⁵⁷² Ibidem, 34 : « there is a risk that the codification process itself would be jeopardized by suggesting too many changes to the existing substantive law ».

¹⁵⁷³ Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, 155, JO L 155 du 18.6.2009.

¹⁵⁷⁴ Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 188 du 12.7.2019 25–54.

¹⁵⁷⁵ UE, Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, 1–52.

B. Des craintes légitimes...

1250. François Crépeau et J.-Y. Carlier, dans un important article paru en 2011, s'interrogeaient sur des questions toujours d'actualité : « un véritable droit européen des migrations existe-t-il ? Ne s'agit-il pas simplement de coopération intergouvernementale portant addition de droits nationaux ? La politique migratoire n'est-elle pas le dernier lieu d'expression forte des souverainetés nationales ? »¹⁵⁷⁶. Ces auteurs, experts de politique migratoire et de droit de l'homme, arrivaient à la conclusion qu'

un véritable droit européen des migrations comportant des règles de droit matériel de plus en plus précises se construit, lentement mais sûrement. Comme le droit international des migrations, il laisse une place importante à différentes enceintes informelles élaborant ce qu'il est convenu d'appeler du droit assourdi (soft law). Toutefois, à la différence du cadre international, dans le cadre européen, l'élaboration de ces normes est de plus en plus formalisée et prolongée par un contrôle juridictionnel commun de nature à sauvegarder une plus juste balance des intérêts en présence : les souverainetés et les droits fondamentaux. Encore faut-il que d'une part l'Europe, comme le nord Global en général, associe mieux les pays d'origine des migrants à l'élaboration d'une politique de gestion plus que de répression et que d'autre part, le contrôle juridictionnel soit également efficace au sein des ordres juridiques nationaux¹⁵⁷⁷.

1251. Après une analyse approfondie des normes de l'UE en matière migratoire, dans laquelle sont mis en exergue le manque de cohérence et parfois les failles de la politique européenne en la matière, Crépeau et Carlier formulent l'hypothèse – qui prend plutôt la forme d'un souhait – que dans l'espace de dix ans l'inéluctabilité de la réalité des migrations aurait menée à l'adoption d'un « code européen des migrations » cette fois compréhensif – nous l'imaginons – des aspects concernant l'immigration irrégulière.

1252. Toutefois, les auteurs terminent avançant des craintes légitimes, que nous ne pouvons que partager :

la réalité des migrations, éternelles et par essence mouvantes, invite à la modestie. Aucun texte ne pourra figer cette réalité plus humaine, plus diverse et plus aléatoire encore que

¹⁵⁷⁶ Jean-Yves Carlier et François Crépeau, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », (2011) 57-1 *Annuaire français de droit international* 641-674, 643.

¹⁵⁷⁷ *Ibidem*.

bien d'autres. Tout texte relatif à la politique migratoire, si respectueux des règles formelles de démocratie soit-il, ne trouvera sa mise en œuvre concrète dans le respect des valeurs fondamentales que les sociétés contemporaines se donnent, que dans les lectures que les juges en feront¹⁵⁷⁸.

C. Une solution immédiatement applicable

1253. Nous voici, dix ans après les réflexions faites par Crépeau et Carlier dans leur article « [l]e droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? ». La réalité des migrations s'est rendue encore plus complexe et encore plus « globale », mais les dynamiques répressives demeurent les mêmes de celles décrites en 2011. Malgré les avancées annoncées par la Commission dans le nouveau « Pacte pour l'immigration et l'asile »¹⁵⁷⁹, aucun code européen des migrations semble se profiler à l'horizon.

1254. L'idée qu'un code, inspiré du respect des valeurs européennes et des droits fondamentaux, puisse structurer la réponse de l'UE à l'immigration, notamment à l'immigration irrégulière, nous paraît une solution souhaitable et à encourager, mais difficile à réaliser sur le court ou moyen terme. La barrière des compétences partagées entre l'UE et les États membres représente un obstacle majeur, qui ne pourra être dépassé sans une réforme profonde du droit primaire.

1255. Conscients de ces limites, mais forts des réflexions faites au long de cette étude, nous proposons ici une possible solution intermédiaire, capable de rapprocher le droit de l'UE des migrations à une réponse harmonisée et respectueuse des droits fondamentaux.

1256. Notre réflexion part du constat final fait par Crépeau et Carlier, à savoir que « tout texte relatif à la politique migratoire (...), ne trouvera sa mise en œuvre concrète dans

¹⁵⁷⁸ Jean-Yves Carlier et François Crépeau, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », (2011) 57-1 Annuaire français de droit international 641-674, 669.

¹⁵⁷⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, 23 septembre 2020.

le respect des valeurs fondamentales que les sociétés contemporaines se donnent, que dans les lectures que les juges en feront ». L'idée est celle de renverser les termes de cette équation : partir de la jurisprudence de la CJUE pour en tirer des propositions législatives viables¹⁵⁸⁰.

1257. Prenant comme point de départ le constat que la lecture faite par les juges est le véritable miroir de l'efficacité de tout texte visant à encadrer les migrations, nous avons montré que dans les dix – voir quinze – dernières années, la jurisprudence de la CJUE a dégagé des principes généraux de droits qui ont façonné l'évolution de la politique migratoire. Parfois, le courage et la profondeur de la lecture faite par les juges et les avocats généraux de la Cour ont même dépassé la capacité du législateur européen d'adapter sa réponse à l'évolution de la jurisprudence.

1258. C'est en effet sur ce décalage qui se joue aujourd'hui l'achèvement d'une politique migratoire à part entière de l'UE. Faisant écho aux « cris » des juges et – encore plus souvent – des avocats généraux de la CJUE, nous voulons ici suggérer deux interventions législatives, qui pourraient renforcer la politique migratoire et d'asile de l'UE, favorisant ainsi l'harmonisation et le respect des droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière.

1259. La première proposition concerne l'article 78, paragraphe 2 lettre g) du TFUE. Si l'on regarde à l'article 78 TFUE dans son intégralité, après l'annonce du paragraphe 1 : « l'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire [...] »¹⁵⁸¹, le paragraphe 2, s'articule en sept sous-parties. Pour

¹⁵⁸⁰ Il est opportun de rappeler que ces mêmes auteurs ont souligné l'importance du rôle des juges européens, dans un article successif paru en 2017 et qui représente un bilan des dix dernières années de la jurisprudence en matière migratoire : Jean-Yves CARLIER et François CRÉPEAU, « De la 'crise' migratoire européenne au pacte mondial sur les migrations : exemple d'un mouvement sans droit ? », (2017) 2017-1 *Annuaire Français de Droit International*. Notre analyse partage les mêmes bases et le même cadre théorique énoncés par Crépeau et Carlier, mais elle en diffère quant aux perspectives d'avenir envisagées. Notre objet d'étude nous impose de nous concentrer sur la dimension de l'UE dans la réponse juridique aux migrations, néanmoins nous reconnaissons aussi l'importance du changement de paradigme amorcé avec le « Pacte Mondial pour les Migrations » négocié en 2018.

¹⁵⁸¹ Article 78 TFUE, paragraphe 1.

chacune d'entre elles, le droit dérivé prévoit un acte qui donne suite à l'indication contenue dans cet article du traité. Dans le tableau suivant, il est possible de voir la correspondance entre les points du paragraphe 2 de l'article 78 TFUE et les actes de l'UE en vigueur :

Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures relatives à un système européen commun d'asile comportant :	
a) Un statut uniforme d'asile en faveur des ressortissants de pays tiers, valable dans toute l'Union	
b) Un statut uniforme de protection subsidiaire pour les ressortissants des pays tiers qui, sans obtenir l'asile européen, ont besoin d'une protection internationale	Directive 2011/95 UE du 13 décembre 2011
c) Un système commun visant, en cas d'afflux massif, une protection temporaire des personnes déplacées	Directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001
d) Des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut uniforme d'asile ou de protection subsidiaire	Directive 2013/32 UE du 26 juin 2013
e) Des critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile ou de protection subsidiaire	Règlement 604/2013 UE du 26 juin 2013
f) des normes concernant les conditions d'accueil des demandeurs d'asile ou de protection subsidiaire	Directive 2013/33 UE du 26 juin 2013
g) le partenariat et la coopération avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'Asile ou une protection subsidiaire ou temporaire	

1260. La création d'un véritable statut uniforme d'asile à l'échelle de l'UE représente une réforme structurelle qui, par son envergure, pourrait être assimilée à la

création d'une partie d'un code européen des migrations. Les négociations au Parlement et au Conseil ont désormais atteint un point mort, et il est difficile d'envisager qu'elles reprennent dans l'immédiat.

1261. En revanche, une réforme apte à répondre à la lettre g) du paragraphe 2 de l'article 78 TFUE, qui imposerait que tout partenariat avec les pays tiers soit réglementé par un acte adopté selon la procédure législative ordinaire, aurait dans l'immédiat l'impact d'harmoniser une partie importante de la politique migratoire des États membres. Ceci arriverait à exclure que des aberrations juridiques telles que la Déclaration UE-Turquie puissent se produire à nouveau.

1262. La deuxième proposition touche le visa humanitaire et reprend en partie les réflexions faites par Bambara. L'arrêt *X. et X. contre Belgique*¹⁵⁸², notamment les conclusions rendues sur cette affaire par l'Avocat général Mengozzi, nous ont montré que la marge discrétionnaire laissée aux États membres neutralisait souvent la portée harmonisatrice du « code des visas ».

[I]l'UE a privilégié la garantie du droit de l'asile et le bénéfice des différentes conventions y relatives aux personnes présentes sur le territoire de l'Union. La brèche juridique introduite aux articles 19 (4) et 25 (1) du code des visas, qui aurait pu permettre aux personnes ne se trouvant pas sur le territoire européen d'avoir un accès sûr et légal d'entrée sur le territoire, se révèle inopérante. Elle s'est refermée, d'ailleurs, de façon officielle à l'occasion de l'arrêt de la CJUE en date du 7 mars 2017. Cette dernière a eu l'impertinence d'annihiler et de rendre définitivement inopérantes les notions « d'obligations internationales » et de « raisons humanitaires » renfermées par l'article 25 (1). Les personnes dans l'urgence d'une protection internationale ne peuvent plus, *de jure*, invoquer « les raisons humanitaires » de l'article 25 (1) pour obtenir une protection internationale¹⁵⁸³.

1263. Pourtant une modification des articles 19, paragraphe 4 et 25 paragraphes 1 du règlement n° 810/2009 s'impose. Les actes des États membres qui à présent neutralisent les effets d'harmonisation de la réglementation européenne sont des actes administratifs.

¹⁵⁸² CJUE, 7 mars 2017, *X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU. Rec num.

¹⁵⁸³ Serge-Théophile BAMBARA, « L'avènement du « visa humanitaire » dans le système d'asile européen », *RTD Eur. / Dalloz* 2019.4.817 et ss.

Encore une fois, nous montrons l'importance que ces actes soient imbus des principes de respect des droits fondamentaux qui inspirent les actes de l'UE.

1264. Loin d'être la panacée à tout mal dont la politique migratoire de l'UE souffre, les deux mesures que nous venons de proposer visent à protéger les droits fondamentaux des migrants en réduisant l'impact des politiques répressives des États membres trouvent leur fondement dans la jurisprudence de la CJUE.

CONCLUSION TITRE II

1265. L'action interprétative de la CJUE a un impact remarquable en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes et exerce une influence majeure sur la réponse offerte par l'UE et ses états membres aux migrations irrégulières.

1266. L'analyse de la jurisprudence de la CJUE nous a permis de saisir une distinction essentielle entre détention et rétention des migrants. La criminalisation et la répression des migrations irrégulières sur le territoire de l'UE demeurent les réponses nationales principales des États membres de l'UE. Ces derniers se servent d'instruments souvent « peu formels » pour limiter la liberté des personnes migrantes.

1267. Le droit à la liberté personnelle demeure fortement menacé par les pratiques de répression et criminalisation des migrations. Néanmoins, le grand nombre de principes dégagés un par la CJUE arrive à endiguer – au moins en partie - les tendances répressives des États membres. D'ailleurs, notre démonstration nous a permis d'apprécier que cet impact arrive même à influencer le déroulement des procédures pénales pendantes devant les tribunaux nationaux portant sur la criminalisation des migrations.

1268. Compte tenu de la dimension régaliennne du droit pénal et de la procédure pénale, la simple non-application pratiquée par les juges nationaux au nom du principe de la primauté ne suffit pas. Afin de préserver la sécurité juridique dans le domaine de l'application de peines pécuniaires ou préventives, il est donc essentiel que les législateurs nationaux interviennent pour résoudre les antinomies normatives entre droit interne et droit de l'UE.

Sur ce point, nous pouvons advenir à la conclusion qu'il existe une véritable obligation positive imposant aux États membres de légiférer afin d'exclure toute insécurité juridique.

1269. Ensuite, nous avons montré que les perspectives d'avenir passent par deux aspects majeurs. L'un est la reconfiguration de la frontière entre le droit pénal et le droit administratif. La CJUE consacre une grande partie de son action interprétative en matière migratoire à affirmer l'importance que tout acte - y compris de nature administrative - respecte les droits fondamentaux. L'autre est l'intervention, souhaitable, mais pas escomptée, du législateur de l'UE pour combler les lacunes en matière d'accords de réadmission et de visa humanitaire. Si sur le plan juridique il s'agit de mesures viables, nous n'oublions pas que les blocages au niveau politique demeurent non négligeables.

Conclusion générale

Une civilisation qui s'avère incapable de résoudre les problèmes que suscite son fonctionnement est une civilisation décadente.

Une civilisation qui choisit de fermer les yeux à ses problèmes les plus cruciaux est une civilisation atteinte.

Une civilisation qui ruse avec ses principes est une civilisation moribonde.

Le fait est que la civilisation dite « européenne », la civilisation « occidentale », telle que l'ont façonnée deux siècles de régimes bourgeois, est incapable de résoudre les deux problèmes majeurs auxquels son existence a donné naissance : le problème du prolétariat et le problème colonial : que, déferée à la barre de la « raison » comme à la barre de la « conscience », cette Europe-là est impuissante à se justifier; et que, de plus en plus, elle se réfugie dans une hypocrisie d'autant plus odieuse qu'elle a de moins en moins chance de tromper.

L'Europe est indéfendable¹⁵⁸⁴.

1270. Les paroles dures d'Aimé Césaire, auteur et homme politique inspirateur du mouvement de la négritude, sont teintées à la fois d'un certain anachronisme et d'une effrayante actualité. Ces paroles arrivent à la fin d'une étude lucide et rigoureuse consacrée à l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux des migrants en condition irrégulière, non pas pour couvrir de pessimisme cette analyse, mais pour pousser au contraire la réflexion critique jusqu'au bout.

1271. L'immigration irrégulière est un défi majeur pour l'UE, tout comme le colonialisme l'a été tout au long du XX^e siècle. La responsabilité de l'Europe – et aujourd'hui de l'UE - fautrices des droits de l'homme, s'est déplacée du retrait colonial vers l'ouverture aux mouvements de personnes venant du Sud global. Il s'agit d'un *continuum* historique, dans lequel la cohérence entre les valeurs proclamées et les actions concrètes exigent le

¹⁵⁸⁴ Aimé CÉSAIRE, *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence Africaine, 2000, p. 42.

courage de remettre en question l'architecture institutionnelle de l'UE et sa capacité à évoluer au prix même de subir de réformes profondes.

Il est vrai que la matière des migrations se prête et se traite, plus que d'autres, aux frontières d'équilibres délicats entre diverses souverainetés et entre souverainetés et droits des personnes. L'équilibre entre souveraineté et droits de l'homme est d'autant plus délicat qu'aux plans national comme européen, le débat politique se fait, la plupart du temps, sans que les principaux intéressés, les migrants, soient parties à la discussion, étant donné qu'ils ne sont pas, pour beaucoup d'entre eux, électeurs et qu'ils se plaignent peu devant les tribunaux¹⁵⁸⁵.

1272. Dès l'introduction de cette étude, nous avons annoncé que la perspective à partir de laquelle nous regardions les enjeux liés à l'immigration irrégulière était celle de la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes et plus précisément celle de l'interprétation que la CJUE fait de ces droits fondamentaux lorsqu'elle est appelée à se prononcer dans le contentieux sur la répression ou la criminalisation des migrations irrégulières.

1273. L'objet de l'étude a révélé toute sa complexité lors de notre analyse. À mesure qu'elle progressait, la démonstration dévoilait de nouvelles pistes à explorer, néanmoins les limites annoncées au début de ce travail ont su endiguer nos réflexions pour rendre la structure de l'étude toujours plus solide.

1274. À l'heure où nous nous apprêtons à conclure ce long travail de recherche, le dynamisme de l'action de la CJUE ne cesse de produire ses effets dans l'ordre juridique de l'UE. De même, le législateur de l'UE s'apprête à étudier le nouveau projet de réforme de la politique d'asile et d'immigration proposé par la Commission¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸⁵ Jean-Yves CARLIER et François CRÉPEAU, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », (2011) 57-1 *Annuaire français de droit international* 641-674, 669.

¹⁵⁸⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, 23 septembre 2020.

1275. Sur le plan épistémologique, ce travail se veut donc une contribution à l'étude d'un sujet infiniment plus vaste et, par définition, en mouvement continu¹⁵⁸⁷. Le chercheur approche souvent à la recherche sur la base d'une idée, d'une intuition, qui lui paraît solide et robuste telle qu'un long « levier » capable de déplacer une montagne. En réalité, la rigueur de la méthode scientifique montre que l'intuition du départ, après un dur labeur intellectuel, permet de déplacer un caillou aux dimensions modestes. Néanmoins, nous sommes convaincus que le caillou que nous venons de déplacer sur la route de la connaissance avec ce travail permettra au train de la connaissance de poursuivre sans entraves son chemin.

1276. Des leçons peuvent, et doivent, pourtant être tirées au terme de la recherche. L'approche particulière qui a ainsi été adoptée pour analyser la question de l'impact de la jurisprudence de la CJUE sur la protection des droits fondamentaux des migrants face au phénomène de la répression des migrations irrégulières nous a finalement permis de réaliser un certain nombre de progrès qu'il convient de mettre en lumière une dernière fois. Il est nécessaire, pour ce faire, de revenir à l'essence du sujet et à l'hypothèse de travail arrêtée initialement pour tenter de le canaliser puis d'orienter la démonstration.

1277. Toujours étant fidèles au critère territorial qui a guidé notre démonstration, nous sommes alors en mesure d'identifier clairement l'impact de l'action de la CJUE à l'extérieur du territoire de l'UE (§1) et sur le territoire de l'UE (§2).

§1. UNE ACTION EFFICACE DANS LES LIMITES DE SES PROPRES COMPÉTENCES : *THE SOUND OF SILENCE*

1278. Les critiques à l'action de la CJUE animent le débat entre praticiens et chercheurs. Pour les uns, cette Cour serait trop volontariste, pour les autres, parfois trop timide, mais dépendamment des cas, les perspectives peuvent se renverser. Sans céder à la tentation des partisaneries, nous avons montré la complexité de l'univers peu exploré se

¹⁵⁸⁷ Jean-Yves Carlier et François Crépeau, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », (2011) 57-1 Annuaire français de droit international 641-674.

situant entre les frontières physiques et les barrières juridiques de l'UE. Sur cette base, nous avons aussi identifié les fondations, parfois fragiles, sur lesquelles la Cour tente de bâtir sa propre jurisprudence en matière de répression des migrations irrégulières « avant l'entrée » et « à la sortie » des personnes migrantes.

1279. La démonstration a fait la preuve de l'insaisissabilité juridique des politiques d'externalisation du contrôle migratoire, mettant en lumière la direction de cette transformation. Nous avons aussi synthétisé ce parcours en trois étapes principales. La première phase, ayant accompagné la naissance des communautés d'abord et de l'espace Schengen en suite, a vu les États membres gérer de façon quasi totalement indépendante leur politique migratoire et d'asile, à l'extérieur comme à l'intérieur des frontières communes. La deuxième phase, chronologiquement positionnée entre 2002 et 2014 a vu l'UE prendre progressivement une place dominante dans la négociation et conclusion d'accords de réadmission avec des pays tiers. Enfin, la phase actuelle, consacrée par le Sommet de La Valette en 2015 a institué ce que l'on a défini comme modèle de l'« externalisation 3.0 ». Cette dernière étape est caractérisée par des négociations informelles menant à la conclusion d'ententes, dépourvues des formes classiques, entre États membres et pays tiers bénéficiant de ressources directement ou indirectement liées au budget de l'UE.

1280. L'horizon large et complet de l'analyse nous aide ainsi à placer dans le contexte approprié les grandes attentes, parfois déçues, placées dans l'action interprétative de la CJUE. Loin d'être en manque de courage ou de lucidité face aux situations de crise qui touchent l'Union, la Cour reste fidèle à son mandat, inscrit dans le droit primaire dont elle est la gardienne.

1281. La lecture attentive de sa jurisprudence nous a montré que son silence, par moments assourdissant, est toujours motivé et il représente un signal éloquent. Nous n'avons pas hésité à mettre en exergue les points critiques de certains arrêts – critiqués comme peu courageux – comme celui sur l'affaire *X. et X. contre Belgique*¹⁵⁸⁸ ou encore les ordonnances

¹⁵⁸⁸ CJUE, 7 mars 2017, *X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU. Rec num.

rendues sur l'affaire *N.F.*¹⁵⁸⁹ portant sur la Déclaration UE-Turquie. Néanmoins, le « silence » de la CJUE a un son tout particulier. Elle rappelle à tous – notamment aux institutions européennes et aux États membres – que l'architecture même de l'UE l'empêche de trancher sur des questions qui demeurent dans les « limbes » des compétences partagées.

1282. La force de l'impact de la jurisprudence de la CJUE face au phénomène de la répression des migrations irrégulières à l'extérieur des frontières de l'UE est donc comparable à une boussole, solidement ancrée au respect des droits fondamentaux, qui indique au législateur – national et de l'UE – la direction dans laquelle poursuivre le processus inachevé d'intégration dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

§2. LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE SOURCE INCONTOURNABLE POUR L'ÉVOLUTION DU DROIT MIGRATOIRE

1283. Un ouvrage remarquable s'interrogeait sur le rôle de « bouclier ou épée »¹⁵⁹⁰ que les droits de l'homme jouent depuis l'âge moderne vis-à-vis du droit pénal. Au fil de notre démonstration, notamment dans la deuxième partie de cette dernière, nous avons plutôt renversé les termes de cette équation, mettant en exergue le fait qu'en matière migratoire et face au phénomène de la criminalisation des migrations, le droit pénal joue plutôt un rôle de bouclier pour les droits fondamentaux.

1284. Pour aboutir à cette conclusion, il nous a fallu d'abord montrer le long processus qui a mené la Cour à affirmer son rôle de gardienne des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE. Le choix d'ouvrir la deuxième partie sur des considérations d'ordre général nous a permis de bien encadrer l'action de la CJUE pour la protection des

¹⁵⁸⁹ TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, NF c. Conseil européen, affaire T-192/16.Rec num; CJUE, Ordonnance, 12 septembre 2018, NF e.a. c Conseil européen, affaires jointes C-208/17 P, C-209/17 P et C-210/17 P.Rec num.

¹⁵⁹⁰ Yves CARTUYVELS, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

droits fondamentaux des personnes migrantes en condition irrégulière. Nous avons ainsi montré les différentes étapes de ce long parcours, amorcé d'abord par l'affirmation des principes généraux de droit, ensuite renforcé grâce à la prise en compte des traditions constitutionnelles des pays membres, et enfin, consolidé grâce au dialogue fécond avec la CourEDH. La démonstration a aussi mis en exergue les limites de ce mécanisme, dues principalement au partage de compétence entre États membres et UE en matière d'immigration et asile.

1285. La question préjudicielle est alors apparue comme l'élément permettant de pousser le dialogue entre juridictions – nationales et de l'UE – au-delà des limites fixées par une interprétation littérale des traités. Les renvois préjudiciels faits par les juges nationaux, ont permis à la CJUE d'adapter son action à l'évolution continue du droit dérivé, arrivant à dégager les principes qui orientent aujourd'hui la politique migratoire de l'UE en matière de droits subjectifs et procéduraux des personnes migrantes en condition irrégulière ou en attente de protection internationale.

1286. L'encadrement répressif – pénal ou administratif – des migrations irrégulières est depuis longtemps enraciné dans les ordres juridiques nationaux. Face à cette réalité, la CJUE ne prend pas de position radicale, se montrant toujours conciliante et ouverte à la possibilité qu'un État prévoie des sanctions à caractère pénal envers une personne migrante en condition irrégulière. Elle se montre néanmoins intransigeante quant au respect des droits fondamentaux, qui imposent d'éviter la détention et les autres formes de limitation de la liberté personnelle sur la seule base du statut irrégulier du migrant. Nous pourrions ainsi synthétiser la position de la Cour en affirmant qu'elle reconnaît que le séjour irrégulier est la violation d'une règle administrative qui n'est en soi ni un crime contre les personnes, ni un crime contre les biens, ni – pour la quasi-totalité des intéressés – un crime contre la sûreté de l'État, et que conséquemment la criminalisation d'un tel comportement nécessite plus que le séjour irrégulier.

1287. Dans le dernier chapitre de notre étude, nous avons enfin montré les conséquences de l'approche pragmatique de la CJUE, ouvrant une voie à la configuration d'un système de garanties plus harmonisées, notamment dans le cadre des procédures d'asile.

1288. Le fait d'exclure, au moins dans le court et moyen termes, la possibilité de la création d'un véritable code européen des migrations, incluant les réglementations touchant l'immigration irrégulière, ne nous a pas empêché de suggérer au législateur de l'UE deux possibles actions à court terme. La production d'un acte législatif, adopté sur la base légale de l'article 78, paragraphe 2 lettre g) du TFUE, pourrait ainsi permettre d'encadrer de façon homogène les relations avec les pays tiers, visant la réadmission des migrants ou d'autres formes de coopération. La procédure législative ordinaire permettrait ensuite à la CJUE d'avoir pleine compétence et exercer son contrôle dans un domaine qui aujourd'hui, hélas, sort de son radar. La question de la nécessaire introduction du visa humanitaire et la réforme des articles 19, paragraphe 4 et 25 paragraphes 1 du règlement n° 810/2009 ont aussi fait l'objet de nos réflexions à la fin du dernier chapitre.

1289. Au moment de poser la dernière pierre sur ce travail de recherche, entièrement inspiré par l'action de la CIUE, nous ne pouvons que river encore une fois nos yeux vers la jurisprudence de cette Cour. La première page de cet ouvrage débute avec la citation d'un passage marquant des Conclusions de l'avocat général Sharpston rendues dans l'affaire *Jafari*¹⁵⁹¹. Dans le but de rendre hommage au travail essentiel des femmes et des hommes investi(e)s de ce rôle à la fois délicat et précieux qui est celui d'avocat général, nous voulons conclure en faisant nôtre la parole prononcée dans le cadre de l'affaire *Celaj* par celui qui, au moment où nous écrivons, est le premier Avocat général à la CJUE, Maciej Szpunar :

« Être étranger est-il un crime ? Nous ne le pensons pas. »¹⁵⁹².

Strasbourg, le 9 novembre 2020

¹⁵⁹¹ Conclusions de l'Avocate Générale Eleanor Sharpston dans les affaires AS et Jafari, [2017] Rec num, point 6.

Références bibliographiques

Traités

- Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JO C 306.
- Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, 1757 RTNU 266.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, (2002), 2187 RTNU 90, 17 juillet 1998.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, (2012), JO, C 326.
- Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier*, (2014) 7 mai 2014, JO L 134/3.
- UE, *Accord de coopération en matière de partenariat et de développement entre l'Union européenne et l'Afghanistan*, 14 mars 2017, L 67, 14/03/2017, p. 33.
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*, 13 février 1992, 100 BOE 13969 (Espagne).
- Agreement between the European Community and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka on the readmission of persons residing without authorization*, 4 juin 2004, L124, 17/05/2005, p. 43.
- Agreement between the European Community and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization*, 27 novembre 2002, L 17, p. 25.
- Agreement between the European Community and the Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization*, 13 octobre 2003, L 143, 30/04/2004, p. 99.
- Agreement between the European Community and the Republic of Albania on the readmission of persons residing without authorization*, 14 avril 2005, L124, 17/05/2005, p. 22.
- Agreement between the European Community and the Russian Federation on readmission*, 25 mai 2006, L129, 17/05/2007, p. 40.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, 7 décembre 2000.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, JO 2000/C 364/01,.
- Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19–62.
- Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version consolidée)*, JO C 27 du 26.1.1998, p. 1–33.
- Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée)*, JO C 27 du 26.1.1998, p. 34–53.
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1833 RTNU 3.
- Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes - Convention de Dublin*, JO C 254 du 19.8.1997, p. 1–12.
- Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3.

Annex IV to the Agreement establishing the European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa and its internal rules, Novembre 2015, en ligne : <<https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/>>.

Protocole n° 3 sur le Statut de la Cour de Justice de l'Union Européenne, JO C 203/72, 7 juin 2016.

Protocole relatif au Statut des Réfugiés, 31 janvier 1967, 606 RTNU 267.

Déclarations

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration de New York sur les réfugiés et les migrants*, (2016) A/RES/71/1, New York.

Joint Declaration on Ghana-EU Cooperation on Migration, 16 avril 2016.

Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, 2 octobre 2016.

Joint Statement of heads of police forces meeting heads in Zagreb, Croatia, 18 février 2018.

Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process (EU-Horn of Africa Migration Route Initiative), (2014), Rome.

Déclaration conjointe établissant un partenariat de mobilité entre le Royaume du Maroc et l'Union européenne et ses États membres, 7 juin 2013, en ligne : <<https://ec.europa.eu/>>.

CONSEIL EUROPÉEN, *Déclaration et observations 43/17, Déclaration de Malte par les membres du Conseil européen concernant les aspects extérieurs des migrations: remédier à la situation le long de la route de la Méditerranée centrale*, 3 février 2017

CONSEIL EUROPÉEN, DÉCLARATION UE-TURQUIE, COMMUNIQUÉ DE PRESSE 144/16, 18 MARS 2016

Mémoires et accords informels

Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, il traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, signé à Rome le 2 février 2017.

Memorandum of Understanding Between the Public Security Department of the Italian Interior Ministry and the National Police of the Sudanese Interior Ministry for the Fight Against Criminality, Management of Frontiers and Migration Flows and About Repatriation, 3 août 2016.

FRONTEX, *Working Arrangement establishing operational cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Policia Nacional de Cabo Verde*, 14 janvier 2011.

Droit dérivé de l'Union européenne

Décisions

Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, (2015) [2015] JO, L 248/80.

Décision du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (2006/512/CE), [2006] JO, L 200/11.

Décision de la Commission du 20.10.2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de

la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique, C(2015) 7293 final, Bruxelles, le 20.10.2015.

Décision de la Commission du 20.10.2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique, C(2015) 7293 final, Bruxelles, le 20.10.2015.

Décision 2010/252 du Conseil, du 26 avril 2010, visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 111/20, 04.05.2010.

Décision du Conseil du 12 février 2008 établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement Euratom, 2008/114/CE, Euratom [2008] JO, L 41/15.

Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED), [2015] JO, L 122, p. 31-35.

Directives

Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. (abrogée par directive 2011/95), [2004] JO, L 304/12.

Directive (UE) 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, [2003] JO, L 31/18.

Directive (UE) 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (abrogée par Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95), [2005] JO, L 326/13.

Directive (UE) 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, [2008] JO, L 348/98.

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, L 337.

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO.

Directive (UE) 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), [2013] JO, L 180/60.

Directive (UE) 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, [2013] JO, L 180.

Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, (2016) 065, 32016L0343.

- Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, (2016) 132, 32016L0800.*
- Directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, (2016) 297, 32016L1919.*
- Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, (2018) 284, 32018L1673.*
- Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO L 105 du 13.4.2006, p. 54–63.*
- Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, 155, JO L 155 du 18.6.2009.*
- Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, [2011] JO, L 337.*
- Directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier.*
- Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, [2001] JO, L 187, p. 45-56.*
- Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte), Bruxelles, le 12.9.2018.*
- Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO, L 51/325 2002.*

Règlements

- Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), [2006] JO, L 105/1.*
- Règlement (CE) N° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO L 218/60, 13.08.2008.*
- Règlement (CE) N° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) no 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, [2007] JO, L 199/30.*

Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, [2001] JO, L 145/43.

Règlement (CE) N° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381/4, 28.12.2006.

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

Règlement 2016/1953 du 26 octobre 2016 relatif à l'établissement d'un document de voyage européen destiné au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, et abrogeant la recommandation du Conseil du 30 novembre 1994., [2016] 13-16, L 311.

Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers., JO L 50 du 25.2.2003 (Abrogé).

Règlement (UE) 2010/439 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO L 132/11, 29.05.2010.

Règlement (UE) 2011/1077 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JO L 286/1, 01.11.2011.

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

Règlement (UE) 2013/603 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) no 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) no 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte), JO L 180/1, 29.06.2013.

Règlement (UE) 2013/604 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO L 180/31, 26.06.2013.

Règlement (UE) 2013/1052 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), JO L 295/11, 06.11.2013.

Règlement (UE) 2014/231 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 instituant un instrument d'aide de préadhésion (IAP II), JO L 77/11, 15.03.2014.

Règlement (UE) 2014/656 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, [2014] JO, L 189/93.

- Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, 1–52.*
- Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JO L 251/1, 16.09.2016.*
- Règlement (UE) 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n. 767/2008 et (UE) n. 1077/2011, [2017] JO, L 327.*
- Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE, JO L 295.*
- Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) no 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) no 1077/2011, JO L 295/99, 21.11.2018.*
- Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, [2014] JO, L 189/93.*
- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), (2016) OJ L, 32016R0679.*
- Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), (2018) OJ L, 32018R1725.*
- Règlement (CE) n° 81/2009 du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 modifiant le règlement (CE) n o 562/2006 en ce qui concerne l'utilisation du système d'information sur les visas (VIS) dans le cadre du code frontières Schengen, [2009] JO, L 35/56.*
- Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243/1, 15.09.2009.*
- Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, JO L 283 du 31.10.2017, p. 1–71.*
- Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 188 du 12.7.2019 25–54.*

Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019, du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) no 1052/2013 et (UE) 2016/1624, [2019] JO, L 295.

Règlement (CE) n° 1085/2006 du Conseil du 17 juillet 2006 établissant un instrument d'aide de préadhésion (IAP), JO L 210/82, 31.07.2006.

Règlement (UE, Euratom) 2012/966 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Eurotom) n° 1605/2002 du Conseil, [2012] JO, L 298/1.

Proposition de Règlement de Parlement européen et du Conseil portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE (frontières et visas) et modifiant la décision 2004/512/CE du Conseil, le règlement (CE) n° 767/2008, la décision 2008/633/JAI du Conseil, le règlement (UE) 2016/399 et le règlement (UE) 2017/2226, Strasbourg, le 12.12.2017.

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE, COM(2015) 452 final, Bruxelles, le 09.09.2015.

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM(2016) 467 final, Bruxelles, 13.07.2016.

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant l'action commune 98/700/JAI du Conseil, le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil Contribution de la Commission européenne à la réunion des dirigeants à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018, COM(2018) 631 final, Bruxelles, le 12.09.2018.

Recommandations

Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 6, JO 338/01 du 6.11.2012.

Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 8, JO 257/01 du 20.7.2018.

Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 9, JO 380/01 du 8.11.2019.

Communications

Communication de la Commission : L'encadrement des agences européennes de régulation, (2002) COM(2002) 718 final, Bruxelles.

Communication au Parlement européen et Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'Investissement, relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration, COM(2016) 385 final, Strasbourg, le 7.6.2016.

Communication au Parlement européen eu Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'Investissement, relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration, Strasbourg, le 7.6.2016.

Communication au Parlement européen au Conseil européen et au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions, Un agenda européen en matière de migration, Bruxelles, le 15.5.2015.

Communication au Parlement européen au Conseil européen et au Conseil, Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration, Bruxelles, le 16.5.2018.

Communication conjointe au Parlement au Conseil européen et au Conseil - La migration le long de la route de la Méditerranée centrale Gérer les flux migratoires, sauver des vies, Bruxelles, le 25.1.2017.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - L'intégration de la politique des migrations dans les relations de l'Union européenne avec les Pays tiers - I. migrations et développement - II. Rapport sur l'efficacité des ressources financières disponibles au niveau communautaire pour le rapatriement des immigrants et des demandeurs d'asile non admis, pour la gestion des frontières extérieures et pour les projets concernant l'asile et les migrations dans les pays tiers, Bruxelles, le 3.12.2002.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil Modèle d'accord sur le statut, tel que visé à l'article 54, paragraphe 5, du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, COM(2016) 747 final, Bruxelles, le 22.11.2016.

Communication de la Commission du Parlement européen, du Conseil, du Comité économique et social européen et du Comité des régions : Préparer les prochaines étapes de la gestion des frontières dans l'Union européenne, Bruxelles, 13.02.2008.

Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM(2020) 609 final, Bruxelles, le 23.9.2020.

Commission Staff Working Document - Evaluation of the Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), SWD(2018) 410 final, Bruxelles, le 12.09.2018

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL EUROPÉEN ET AU CONSEIL, First Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, COM(2016) 700 final, Bruxelles, le 18.10.2016.

COMMISSION EUROPÉENNE, Recommandation de la Commission établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour, Bruxelles, C(2017) 6505 final Annex 1, 2017.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Prochaines étapes opérationnelles de la coopération UE-Turquie dans le domaine de la migration, COM(2016) 166 final, Bruxelles, le 16.3.2016.

Autres actes de l'Union européenne

CJUE, Note Informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales, JO 160/01 du 28.5.2011.

CONSEIL EUROPÉEN, 2001/220/JAI : Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, [2001] JO, L 82, p. 1-4.

Note from General Secretariat of the Council to Delegations - Conference « Managing Migration Together », Vienna, 24 February 2016, 6481/16, Bruxelles, le 25 février 2016.

Provisional Agenda - European Council meeting, EUCO 13/16 OJ/CO EUR 2, Bruxelles, le 15 mars 2016.

Conclusions, EUCO 8/17, *Réunion du Conseil européen (22 et 23 juin 2017)* –, Bruxelles, le 23 juin 2017.

CONSEIL EUROPÉEN, AP, *Résolution 1932 (2013) Version finale - Frontex: responsabilités en matière de droits de l'homme*, 25 avril 2013.

Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, P8_TA(2015)0422, Bruxelles, le 2 décembre 2015.

COUNCIL, *Draft Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU - Adoption*, (2016), MIGR 159 COEST 219.

PARLEMENT EUROPÉEN et COMMISSION LIBE, *Proposition de résolution contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires*, (2018), 2018/2271(NL).

PARLEMENT EUROPÉEN. *Réponse donnée par M. Avramopoulos au nom de la Commission (Référence de la question: E-007189/2017*, 13 février 2018.

Réponse via email de la Direction Générale de la communication du Parlement européen, 8 juin 2020.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, 23 septembre 2020.

Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens JO C 115 du 4.5.2010.

Recommandation du Conseil du 22 décembre 1995 relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JO C 5 du 10.1.1996, p. 3–7.

Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, JO C 274 du 19.9.1996, p. 25–33.

Règlement de procédure de la Cour de justice, JO L 265 du 29.9.2012, p. 1–42.

Résolution sur les pratiques d'expulsion des immigrés en situation irrégulière, JO C 320 du 28.10.1996, p. 198.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Formal comments of the EDPS on the Proposal for a Regulation on the European Border and Coast Guard and repealing Council Joint Action 98/700/JHAm Regulation (EU) 1052/2013 of the European Parliament and of the Council and Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council*.

96/443/JAI: *Action commune du 15 juillet 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie*, JO L 185 du 24.7.1996, p. 5–7.

96/748/JAI: *Action commune du 16 décembre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, élargissant le mandat donné à l'unité «Drogues» Europol*, JO L 342 du 31.12.1996, p. 4–4.

97/154/JAI: *Action commune du 24 février 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants*, JO L 63/2 du 24.02.1997, p. 2–5.

98/245/JAI: *Action commune du 19 mars 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, établissant un programme d'échanges, de formation et de coopération destiné aux personnes responsables de l'action contre la criminalité organisée (programme Falcone)*, JO L 99 du 31.03.1998, p. 8–12.

98/699/JAI: *Action commune du 3 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime*, JO L 333 du 09.12.1998, p. 1–3.

98/742/JAI : Action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé, JO L 3358 du 31.12.1998, p. 2–4.

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JO C 303 du 14.12.2007, p. 17–35.

Ombudsman européen

OMBUDSMAN, E., *Décision dans l'affaire OI/9/2014/MHZ - Propositions visant à l'amélioration du suivi des opérations de retour conjointes de Frontex*, 2014.

———, *Décision rendue dans l'affaire 1328/2017/EIS concernant le refus de Frontex d'accorder l'accès à un document relatif aux navires employés dans les opérations de contrôle des frontières Poséidon et Triton*, 2017.

———, *Décision rendue dans l'affaire 1616/2016/MDC sur l'allégation selon laquelle Frontex n'a pas rendu publics les rapports d'incident grave concernant ses opérations ou opérations conjointes en Bulgarie*, 2017.

OMBUDSMAN, E., *Decision of the European Ombudsman in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement*, 18 janvier 2017.

Ombudsman européen, *Implementation by FRONTEX of its fundamental rights obligations*, 12 novembre 2013, affaire OI/5/2012/BEH-MHZ.

Fiches techniques

UE et GERMAN COOPERATION, *Better Migration Management: Sudan Concept*, Concept Note, en ligne : <<https://ec.europa.eu/>>.

UE, *Niger Action and Progress Under the Migration Partnership Framework June - October 2016*, Fact Sheet, (sd), en ligne : <<https://eeas.europa.eu/>>.

CE, *The European Union Emergency Trust Fund for Stability and Addressing the Root Causes of Irregular Migration and Displaced Persons in Africa*, Action Fiche for the implementation of the Horn of Africa Window, T05 – EUTF – HoA – REG-09, en ligne : <<https://ec.europa.eu/>>.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS (CPT), *Fiche thématique Rétenion des migrants*, CPT/Inf(2017)3, CPT, 2017.

COMMISSION EUROPÉENNE, *The EU Facility for Refugees in Turkey*, Fact Sheet, 2019, en ligne : <<https://ec.europa.eu/>>.

Législation et actes nationaux

Scambio di note concernente l'ingresso e la riammissione delle persone in posizione irregolare, 6 août 1998.

Cour de Cassation (Belgique), 31 janvier 2018, P.18.0035.F.

CCE (chambres réunies) (Belgique), 26 septembre 2017, arrêt n° 192.584.

Loi n° 02-03 relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, (2003) Bulletin officiel (Royaume du Maroc), n° 5162 du 20 novembre 2003.

Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. G.U. Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998.

LE DÉFENSEUR DES DROITS (FRANCE), *Avis du Défenseur des droits n° 16-18*, Paris, le 8 juillet 2016.

Articles de revues

PERILLO, E., « Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo », *Revue des affaires européennes* 2012.Vol. 4. 781-812.

ATAK, I. et F. CRÉPEAU, *Managing Migrations at the External Borders of the European Union : Meeting the Human Rights Challenges (La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : relever le défi des droits de l'homme)*, SSRN Scholarly Paper, ID 2781638, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2014, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/>>.

BAILLEUX, A., « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 2014.97.

BALDACCINI, A., « Extraterritorial Border Controls In The EU : The Role Of Frontex In Operations At Sea », *Extraterritorial Immigration Control* 2010.225-251.

BAMBARA, S.-T., « L'avènement du « visa humanitaire » dans le système d'asile européen », *RTD Eur. / Dalloz* 2019.4.817 et ss.

BARBOU, S., « Chronique Droit de l'asile et immigration - Comment vérifier la crédibilité des déclarations d'un demandeur d'asile qui invoque son orientation sexuelle comme motif de crainte de persécution ? », *RTD Eur* 2019.182.

———, « Chronique Droit de l'asile et immigration - Préserver l'intégrité du mécanisme Dublin. Le droit plus fort que la géographie ? », *RTD Eur* 2019.178.

BARNES, J., « EU Immigration and Asylum Law : A Commentary (2nd edn) », (2017) 29-1 *International Journal of Refugee Law* 190-193.

BASILIEU-GAINCHE, M.-L., « Une prohibition européenne claire de la surveillance électronique de masse. Droit à la protection des données personnelles (Union européenne) », *La Revue des Droits de l'Homme* 2014, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/746>>.

———, « Les frontières européennes », *Revue de l'Union européenne* 2017.609.335-341.

BERTRAND, M., « Le respect par l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005.18 (dossier: Constitution et Europe).

BIGO, D., « Security and Immigration : Toward a Critique of the Governmentality of Unease », *Alternatives* 2002.

BLUMANN, C., « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *R.A.E.* 2006.1.

BONELLI, M., « The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union: CJEU, C-105/14 Ivo Taricco and others, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017 », (2018) 25-3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 357-373.

BOULOIS, J., « Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », (1980) 26-1 *Annuaire Français de Droit International* 328-351.

BOUVERESSE, A., « Frontex : une agence responsable et sous contrôle? Ni blanc-seing ni "dirty hands" », (2017) n.3 *RTD Eur.*

- , « Frontex une agence responsable et sous contrôles ? Ni blanc-seing ni «dirty hands» », (2017) 53-3 *RTD eur* 477-496.
- BOVENS, M., « Two Concepts of Accountability : Accountability as a Virtue and as a Mechanism », (2010) 33-5 *West European Politics* 946-967.
- BROUWER, E., « Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law: Justice Accessible to All? », (2005) 7-3 *European Journal of Migration and Law* 219-236.
- CANIVET, G., « Dialogue trans-judiciaire dans un monde international », (2010) N° 2-2 *Les Cahiers de la Justice* 31-50.
- CANNIZZATO, E., « Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council », (2017) 2-1 *European Papers* 251-257.
- , « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2014.3.105-115.
- CARLIER, J. Y. et L. LEBOEUF, « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2015.3.111-122.
- , « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2017.3.110-119.
- , « Chroniques de Droit européen des migrations », *J.D.E.* 2018.3.95-110.
- , « Chroniques de Droit européen des migrations », *JDE* 2020.3.132-146.
- CARLIER, J.-Y. et F. CRÉPEAU, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », (2011) 57-1 *Annuaire français de droit international* 641-674.
- CARRERA, S., L. DEN HERTOEG et J. PARKIN, « The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control : Beyond Accountability versus Autonomy ? », (2013) 15-4 *European Journal of Migration and Law* 337-358.
- CASSARINO, J.-P., « Beyond the Criminalisation of Migration: A Non-Western Perspective », (2018) 4-4 *International Journal of Migration and Border Studies* 397-411.
- CHAMON, M., « Clarifying the Divide between Delegated and Implementing Acts ? », *Legal Issues of Economic Integration* 2015.175-189.
- , « Les agences de l'Union européenne : origines, états des lieux et défis », *C.D.E.* 2015.1.293-318.
- , « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », (2016) 52-2 *Cahiers de droit européen* 541-574.
- , « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », (2016) 52-2 *Cahiers de droit européen* 541-574.
- CHANET, C., « La France et la Convention européenne d'extradition », (1987) 33-1 *Annuaire Français de Droit International* 774-783.
- CHARLES, C. et P. CHAPPART, « L'UE prend les frontières africaines pour les siennes », *Plein droit* 2017.114.7-10.
- CHEBILI, S., « Corps et politique : Foucault et Agamben », (2009) Volume 85-1 *L'information psychiatrique* 63-68.
- CLAIRE RODIER, « Externaliser la demande d'asile », *revue GISTI* 2015.65.
- CLÉMENT-WILZ, L., « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) 53-3 *RTD Eur* 511.
- , « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex? », (2017) n. 3 *RTD Eur.* 511.
- CULOTTA, E., « People on the move », (2017) 356-6339 *Science* 676-677.
- DE CONNINCK, J., « Rétention de demandeurs d'asile dans l'Union européenne et instruments parallèles de protection des droits fondamentaux. Enseignements de l'arrêt N. », *C.D.E.* 2017.83-116.
- DUBOUT, É., « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », (2017) 53-3 *RTD Eur* 457.
- , « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », n. 3 *RTD Eur.* 457.
- DUJMOVIC, M., « Balkans, du corridor au cul-de-sac », *Plein droit* 2016.111.23-26.

- FINK, M., « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding ‘Technical Relationships’ », (2012) 28 *Utrecht Journal of International and European Law*.
- GAMBINO, S., « I diritti fondamentali in Europa », (2013) 30-1 *Civitas Europa* 55-68.
- GAZIN, F., « Droit d’un demandeur d’asile à s’opposer à sa prise en charge par un État », (2016) 8-9 *Revue Europe, comm.* 273.
- GAZIN, F., « Peut-on mettre du « vin nouveau dans de vieilles outres »? : approche critique des activités de la nouvelle agence Frontex sous l’angle des droits fondamentaux », (2017) 53-3 *RTD eur* 497.
- GENEL, K., « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Methodos. Savoirs et textes* 2004.4, en ligne : <<http://journals.openedition.org/methodos/131>>.
- GONZÁLEZ GARCÍA, I., « El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla », (2006) 22 *Anuario español de derecho internacional* 255.
- GUÉRIN, A., « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », *La Revue des droits de l’homme. Revue du Centre de recherches et d’études sur les droits fondamentaux* 2019.16, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/6965>>.
- GUILD, E. et P. MINDERHOU, « Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings », (2007) 19-4 *Int J Refugee Law* 771-776.
- HEIMERL, D., « Copenhague acte II », (2003) 1031-1 *Le Courrier des pays de l’Est* 8.
- HERTOG, L., « The rule of law in the EU: Understandings, development and challenges », (2012) 53-3 *Acta Juridica Hungarica* 204-217.
- IMBERT, L., « La coopération sans le(s) droit(s) : le foisonnement des accords « injusticiables » avec les pays tiers », *Plein droit* 2017.114.45-48.
- , « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla. Note sous CEDH, 3 octobre 2017, N.D. et N.T. c. Espagne, req. n° 8675/15 et 8697/15 », *La Revue des droits de l’homme. Revue du Centre de recherches et d’études sur les droits fondamentaux* 2018.
- INTRAN, C. et A. SIBLEY, « Faire sombrer Frontex », (2014) 103-4 *Plein droit* 40.
- JEANDESBOZ, J., « Contrôles aux frontières de l’Europe », *La Vie des idées* 2012, en ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Controles-aux-frontieres-de-l-Europe.html>>.
- , « European border policing: EUROSUR, knowledge, calculation », (2017) 18-3 *Global Crime* 256-285.
- JONES, C., « Briefing Frontex: cooperation with non-EU states », *StateWatch* 2017.25.
- KMIEC, K. D., « The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” », (2004) 92-5 *California Law Review* 1441-1477.
- LABAYLE, H., « Judiciarisation, droits fondamentaux et espace pénal européen », (2012) 95-4 *KritV, CritQ, RCrit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / Critical Quarterly for Legislation and Law / Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation* 351-375.
- LAUZIÈRE, L., « Le sens ordinaire des mots comme règle d’interprétation », (1987) 28-2 *Les Cahiers de droit* 367.
- LEBEL, L., « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois », (2015) 55-1 *Les Cahiers de droit*.
- LENAERTS, K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », (2012) 8-3 *European Constitutional Law Review* 375-403.
- M, L., « Human trade and the criminalization of irregular migration », (2005) 33-1 *Int. J. Sociol. Law* 1-15.

- MANACORDA, S., « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d’incrimination », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006.2.
- MANES, V., « Some lessons from the Taricco saga », (2018) 9 *New Journal of European Criminal Law* 12-17.
- MANZINI, P., « The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law », *European journal of international law* 2001.781 ss.
- MASERA, D. L., « Il riformato art. 14 co. 5 ter d.lgs. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all’entrata in vigore del d.l. 89/201 », *Diritto Penale Contemporaneo* 2011.2.19.
- MASTROIANNI, R., « Supremazia del diritto dell’Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco », (2016) *Diritto Penale Contemporaneo*.
- MBEMBE, A., « Nécropolitique », (2006) no 21-1 *Raisons politiques* 29-60.
- MEHL, R., « Michel Foucault, Histoire de la Sexualité. 1. La Volonté de Savoir. Paris, Gallimard, 1976. (Bibliothèque des Histoires.) », (1978) 58-4 *Revue d’Histoire et de Philosophie religieuses* 472-473.
- NEFRAMI, E., « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l’Union européenne », *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne* 2012.556, en ligne : <<http://orbilu.uni.lu/handle/10993/13442>>.
- PALIDDA, S., « La criminalisation des migrants », (1999) 129-1 *Actes de la recherche en sciences sociales* 39-49.
- PALLISTER-WILKINS, P., « Humanitarian Rescue/Sovereign Capture and the Policing of Possible Responses to Violent Borders », (2017) 8 *Glob Policy* 19-24.
- PASTOR, J.-M., « La CJUE définit le « franchissement irrégulier » d’une frontière », *Dalloz Actualité* 2017.
- PATRONI GRIFFI, A., « Europa e migranti », (2011) 2 *Rassegna di diritto pubblico europeo*.
- PEERS, S., « An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy », (2012) 14-1 *European Journal of Migration and Law* 33-61.
- PERNICE, I., « Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe », (2015) 11-3 *European Constitutional Law Review* 541-562.
- PERRIN, D., « Quand le Niger et le Maroc entravent la libre circulation en Afrique », (2018) 119-4 *Plein droit* 19.
- PESCATORE P., « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l’Europe ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 26 N°1, Janvier-mars 1974. p. 5.
- PEYRONNET, C. et T. RACHO, « « Ceci n’est pas un visa humanitaire » : La Cour de justice neutralise l’article 25 § 1 a) du code des visas. Droit d’asile (CJUE) », *La Revue des droits de l’homme. Revue du Centre de recherches et d’études sur les droits fondamentaux* 2017, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/3047>>.
- PICCIRILLI, G., « The ‘Taricco Saga’: the Italian Constitutional Court continues its European journey: Italian Constitutional Court, Order of 23 November 2016 no. 24/2017; Judgment of 10 April 2018 no. 115/2018 ECJ 8 September 2015, Case C-105/14, Ivo Taricco and Others; 5 December 2017, Case C-42/17, M.A.S. and M.B. », (2018) 14-4 *European Constitutional Law Review* 814-833.
- PLATON, S., « Le rejet de l’accord d’adhésion de l’Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ? », *RDFL* 2015.chron n.13, en ligne : <<http://www.revuedlf.com/>>.
- POITEVIN, A., « La forteresse Europe opte pour l’option sécuritaire au détriment des droits fondamentaux. Droit d’asile (Union européenne) », *La Revue des droits de l’homme. Revue du Centre de recherches et d’études sur les droits fondamentaux* 2015.

- RASMUSSEN, M., « Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952–65 », (2012) 21-3 *Contemporary European History* 375-397.
- RIJPMAN, J. et M. VERMEULEN, « EUROSUR: saving lives or building borders? », (2015) 24-3 *European Security* 454-472.
- RITAINÉ, É., « Migrants morts, des fantômes en Méditerranée », *Rhizome* 2017.64.16-17.
- RITLÉNG, D., « La nouvelle typologie d'actes de l'Union », *RTD Eur.* 2015.7-20.
- , « The dividing line between delegated and implementing acts: The Court of Justice sidesteps the difficulty in *Commission v. Parliament and Council (Biocides)* », *Common Market Law Review* 2015.243-257.
- , « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », (2017) 53-3 *RTD Eur* 437.
- , « La nouvelle Frontex: évolution plutôt que révolution », n.3 *RTD Eur.* 437.
- RODIER, C., « Externalisation du contrôle des flux migratoires: comment et avec qui l'Europe repousse ses frontières », (2008) N° 116-2 *Migrations Société* 105-122.
- ROSAS, A., « Separation of Powers in the European Union », (2007) 41-4 *The International Lawyer* 1033-1046.
- RUIZ MIGUEL, C., « Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 2015.13.121-135.
- SCHUMACHER, P., « La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne. Droit des étrangers (Union européenne) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 2014, en ligne : <<https://revdh.revues.org/646>>.
- SEGAL, Z., « Judicial Activism Vis-a-Vis Judicial Restraint: An Israeli Viewpoint », (2011) 47-2 *Tulsa Law Review* 319-330.
- SIMON, D., « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: « je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs* 2001.96.31-49.
- SLAMA, S., « Une remise en cause profonde de la pénalisation de l'irrégularité en France », *Recueil Dalloz / Dalloz* 2011.20.1400.
- SLAMA, S. et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'arrêt El Dridi: la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011.nos. 7-9.362.
- STRIK, T., « The Global Approach to Migration and Mobility », (2017) 5-2 *Groningen Journal of International Law* 310.
- TAZZIOLI, M., « Spy, track and archive: The temporality of visibility in Eurosur and Jora », (2018) 49-4 *Security Dialogue* 272-288.
- TEULE, C., « « Accord » UE-Turquie: le troc indigne », *Plein droit* 2017.114.23-26.
- THYM, D., « The refugee crisis as a challenge of legal design and institutional legitimacy », (2016) 53-6 *Common Market Law Review* 1545-1573.
- THYM, D., « A Bird's Eye View on ECJ Judgments on Immigration, Asylum and Border Control Cases », (2019) 21-2 *European Journal of Migration and Law* 166-193.
- TULKENS, F., « La nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme: attentes, réalités et perspectives », *Revue québécoise de droit international* 2000.323-358.
- TULKENS, F. et J. MERCKAERT, « « Nul n'est à l'abri du péril totalitaire » », (2011) n° 324-325-5 *Revue Projet* 7-15.
- VISSER, M. DE, « National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape », (2014) 15-1 *Hum Rights Rev* 39-51.
- WANNESON, P., « Une Europe des jungles », *Plein droit* 2015.104.18-21.
- WENDEN, C. W. de, « Vers une externalisation de l'asile », *Revue Projet* 2005.284.19-25.
- « R.-E. Papadopoulou, Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation », (1997) 49-3 *Revue internationale de droit comparé* 746-746.

- « Le processus de Barcelone », (2008) 302-1 *Revue Projet* 70.
- « Editorial Comments: From eurocrisis to asylum and migration crisis: Some legal and institutional considerations about the EU's current struggles », (2015) 52-6 *Common Market Law Review* 1437-1450.
- TULKENS, F., « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? », dans *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2011*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p. 6-10, en ligne : <<https://www.echr.coe.int/>>.
- GAMBARDELLA, M., « Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano », (2011) *Diritto Penale Contemporaneo*.
- CASOLARI, F., *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, SSRN Scholarly Paper, 2014, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/>>.
- CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, SSRN Scholarly Paper, 2014.
- DEN HERTOOG, L., « EU Budgetary Responses to the "Refugee Crisis": Reconfiguring the Landscape », *LSE*, n. 93 (2016).
- DUVE, T., *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive (From a European Legal History Towards a Legal History of Europe in a Global Historical Perspective)*, SSRN Scholarly Paper, 2012.
- MORENO-LAX, VIOLETA, « The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm » (2017) 26:1 *Journal of Common Market Studies*, p. 119-140.

Monographies

- ALBERTI, J., *Le agenzie dell'Unione Europea*, Università degli Studi di Milano, Milano, Giuffrè, 2018.
- ATAK, I., *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains : une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2060501>>.
- AVBELJ, M. et J. KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2012.
- BAILLEUX, A. et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, 1, Bruxelles, 2015.
- BALZACQ, T., *Securitization theory : how security problems emerge and dissolve*, Milton Park, Abingdon, Oxon, Routledge, 2011.
- BAUMAN, Z., *Coût humain de la mondialisation (Le)*, Paris, Hachette Littérature, 1999.
- BLUMANN, C., *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- , *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- , *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
- BOBBIO, N. et A. CAMERON, *The age of rights*, Polity Press, Cambridge, 2006.
- CALLIESS, C. et G. VAN DER SCHYFF, *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- CARLIER, J. Y., *Les conditions des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2012.
- CARLIER, J.-Yves. et Sylvie. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2017.
- CARREAU, D. et F. MARRELLA, *Droit international*, 11e éd, Éditions Pedone, Paris, 2012, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2091580>>.
- CARTUYVELS, Y., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

- CASSARINO, J.-P., *La politique de réadmission de l'Union européenne*, Commission des libertés civiles, de La justice et des Affaires intérieures, coll. Direction Générale des Politiques Internes, Bruxelles, 2010.
- CHAMON, M., *EU agencies: legal and political limits to the transformation of the EU administration*, First edition., coll. Oxford studies in European law, Oxford, University Press, 2016.
- CHETAIL, V., *International Migration Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019.
- COLLECTIF, C. CHEVALLIER-GOVERS et R. TINIÈRE, *De Frontex à Frontex: Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruylant Edition, 2019.
- COUTRON, L., *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée?*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- CRAIG, P. et G. DE BURCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, coll. Text, Cases, and Materials, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015.
- DELAS, Olivier., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation*, coll. Mondialisation et droit international ; 17, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DESHAYES, J.-L. et D. FRANCFORT (DIR), *Du barbelé au pointillé: les frontières au regard des sciences humaines et sociales.*, Presse Universitaire de Nancy, 19, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2010.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, COUNCIL OF EUROPE (STRASBOURG) et EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Publications Office, 2014.
- FENGER, N. et M. P. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, coll. Europe(s), Bruxelles, 2013.
- GAUTHIER, C., S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey-Dalloz, Paris, 2017.
- GOODWIN-GILL, G. S. et P. WECKEL, *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle : aspects de droit international*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2015.
- , *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle : aspects de droit international = Migration and refugee protection in the 21st century : international legal aspects*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2015.
- GUÉZOU, O. et S. MANSON, *Droit public et nucléaire*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- GUYON, F., *La directive retour : reflet des enjeux de la politique migratoire européenne*, ISP, Rennes, 2009.
- HATTENDORFF, S., *La double protection des Droits de l'Homme en Europe, in Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2010.
- HAYEK, F. A. von, *The road to serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/>>.
- HELENE GAUDIN, MARC BLANQUET, FRANCETTE FINES, JOEL ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne t.1 ; droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, 7e ed, Dalloz, Paris, 2014.
- HORSLEY, T., *Court of Justice of the European Union as an Institutional Actor: Judicial Lawmaking and Its Limits*, Cambridge University Press, coll. Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge, 2018.
- KANT, E., *Critique de la raison pure*, Paris, Gallimard, 1990.
- KLIP, A., *European criminal law: An Integrative Approach*, 2e ed, Intersentia, Cambridge, 2012.
- LACCHÈ, L., *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, Giapichelli, Torino, forum historiae iuris, 2003.
- LAMORT, S., *Europe, terre d'asile?: défis de la protection des réfugiés au sein de l'Union européenne*, 1re édition., coll. Collection « Partage du savoir », Paris, PUF, 2016.

- LEBŒUF, L. et S. SAROLÉA, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, UCL, Anthemis, 2016.
- LENAERTS, K., J.-C. BONICHOT, H. KANNIENEN, C. NAOMÉ et P. POHJANKOSKI, *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publishing, coll. Bloomsbury Collections, Chicago, 2019.
- MARCUS, K., *The Principle of Loyalty in EU Law*, coll. Oxford Studies in European Law, Oxford, New York, Oxford University Press, 2014.
- MARTUCCI, F., *Droit de l'Union européenne*, 2e ed, Dalloz, Paris, 2019.
- MITSILEGAS, V., *The criminalisation of migration in Europe : challenges for human rights and the rule of law*, Cham, Springer, 2015.
- MOLINIER, J., *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011..
- MUNGIANU, R., *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge University press, 2016.
- NEFRAMI, E., *Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration*, coll. Direction Générale des Politiques Internes, Bruxelles, Parlement européen, 2011.
- DOMENICUCCI, D., « Commento all'articolo 263 TFUE », dans *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, 2012.
- PARKIN, J. et B. CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (BRUSSELS), *The criminalisation of migration in Europe: a state-of-the-art of the academic literature and research*, 2013, en ligne : <<https://www.ceps.eu/>>.
- PERTEK, Jacques., *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE: le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Bruxelles, 2013, en ligne : <<http://catalogue.bnf.fr/>>.
- PESCATORE, P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- PICOD, F., *Jurisprudence de la CJUE 2014: Décisions et commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 2015.
- PLATON, S., *L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux États membres. Retour sur l'arrêt Fransson de la Cour de justice du 26 février 2013*, coll. Mélanges en l'honneur de François Hervouet, Poitiers, Presses de l'Université de Poitiers, 2015.
- PRADEL, J., G. J. M. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3e éd, Paris, Dalloz, 2009.
- PUFENDORF, S. et J. BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, 2. éd., rev.augm. Considérablement, Amsterdam, Chez P. de Coup, 1712,
- REMEDEM, A., *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse doctorale, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2013.
- RODRIGUEZ, G. C., *Le rôle de la Cour de Justice en tant que Cour constitutionnelle*, , 2013. *Fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique: un instrument souple, mais pas assez ciblé*, 32, Cour des Comptes européenne, 2018.
- RYAN, B. et V. MITSILEGAS, *Extraterritorial immigration control legal challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- SILVEIRA, A., M. CANOTILHO et P. M. FROUFE, *Citizenship and solidarity in the European Union : from the charter of fundamental rights to the crisis, the state of the art*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013.
- SOTIS, C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007.
- TINIÈRE, R., VIAL, C, BLANQUET, M., *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Montpellier, Larcier, 2015.

- TCHEN, V., *Droit des étrangers*, LexisNexis, 2020.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Constitución, escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- VALLET, É., *Borders, fences and walls state of insecurity?*, Farnham, Surrey, UK, Ashgate, 2014.
- VANDERSANDEN, G., *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruylant, coll. Répertoire pratique du droit belge législation, doctrine, jurisprudence, Bruxelles, 2013.
- VITORINO, A., *La Cour de justice et la construction de l'Europe : Analyse et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, Springer, 2013.
- WATHELET, M. et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, 2e ed, Larcier, coll. Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, 2014.
- WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 2004.
- XENOU, L., *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, Bruxelles, 2017.
- YANNIS KISTAKIS, *La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne*, Paris, Conseil de l'Europe, 2014.
- ALBERTO, T., « Il nuovo diritto onorario », (1959) *I Rivista di diritto civile*,.
- , « La formazione del diritto europe », *Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2008.14.171-177.
- ANTOINE BAILLEUX, JÉRÉMIE VAN MEERBEECK, « Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois. », dans Yves Cartuyvels, Hugue Dumont, François Ost, Michel van de Kerckhove, Sébastien Van Drooghenbroeck, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 152.
- ATAK, I. et F. CRÉPEAU, « National security, terrorism and the securitization of migration », dans Vincent CHETAIL et Céline BAULOZ (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, coll. Research Handbooks in International Law series, Cheltenham (Royaume-Uni), Edward Elgar Publishing, 2014, p. 93.
- SCHARPF, F. W., *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?*, Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Max Planck Institute for the Study of Societies, 1999.
- BRIAN T., LACKZO F., *Fatal Journeys Volume 2: Identification and tracing of dead and missing migrants*, Genève, OIM, 2016, en ligne : <<https://publications.iom.int/>>.

Chapitres d'ouvrages

- BLUMANN C., « Le rôle respectif du constituant et du juge dans la définition des actes législatifs et réglementaires en droit de l'Union européenne », dans *Europe(s), Droit(s) européen(s): Une passion d'universitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 83-107.
- BONICHOT, J.-C. et A. NUßBERGER, « Dialogue entre juges européens », dans Baptiste BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, une marque de Lextenso, 2016, p. 1269.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges », dans *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009.
- CARLIER, J. Y., « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrants irréguliers », dans Stéphane Leclerc (dir), *Europe(s), Droit(s) et migrant irrégulier*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

- , « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes », dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, p. 21.
- CARRERA S., « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes », *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes* 2018.21-59.
- CARTABIA, M., « Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013.
- , « Informalizing EU Readmission Policy », dans Ariadna RIPOLL SERVENT et Florian TRAUNER (dir.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2018, p. 83.
- , « Jean-Pierre Cassarino (2018), "Informalizing EU Readmission Policy." In Ariadna Ripoll Servent and Florian Trauner (eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*. London: Routledge, pp. 83-98. ».
- COSTA, J.-P., « Existera-t-il un jour une Cour suprême des États-Unis d'Europe ? », dans *Europe(s), Droit(s) européen(s): Une passion d'universitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 125-135.
- DELAS, O., « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne? », dans Mitch ROBINSON, Vincent. COUSSIRAT-COUSTÈRE, Alain. PELLET, Christine JEANGÉY, Madjid. BENCHIKH, Yōzō YOKOTA, Monica M. PINTO et Maurice. KAMTO, *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international et des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux.*, Paris, Éditions Pedone, 2017.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., C. FITERMAN, J.-P. COSTA, D. LABETOULLE, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, B. STIRN et C. BRISSET, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », dans Guy BRAIBANT, Françoise FABIANI-BRAIBANT, Brigitte COSTA et Bruno GENEVOIS, *Guy Braibant, juriste et citoyen : hommage en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 2011.
- FINES, F., « Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 177-192.
- GRARD, L., « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-159.
- , « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », dans *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-159.
- KLÖTGEN, P., « La frontière et le droit, esquisse d'une problématique », dans Jean-Luc DESHAYES et Didier FRANCFORT (DIR), *Du barbelé au pointillé*, Presse Universitaire de Nancy, Nancy, 2010, p. 131-158.
- , « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos? », dans UNION EUROPÉENNE et COUR DE JUSTICE (dir.) Antonio TIZZANO, Juliane KOKOTT et Sacha PRECHAL, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013.
- , « Game of zone? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions », dans *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 659-675.
- LENAERTS, K. et J. A. GUTIÉRREZ-FONS, « The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice », dans Steve PEERS, Tamara HERVEY, Jeff KENNER et Angela WARD (dir.), *The EU*

- Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, 1^{re} éd., London, Hart Publishing, 2014, p. 1559-1594.
- MEHDI, R., « Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », dans *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 693-707.
- O'HIGGINS, T. F., D. CURTIN, D. O'KEEFFE et F. G. JACOBS, « Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court? », dans *Constitutional adjudication in European Community and national law : essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Butterworth, Dublin, 1992.
- PEERS S., « The rise and Fall of EU Justice and Home Affairs Law », dans Maria FLETCHER, Ester HERLIN-KARNELL et Claudio MATERA, *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, 2016, p. 11-33.
- STAIANO, F., « Questions of Jurisdiction and Attribution in the Context of Multi-Actor Operations in the Mediterranean », dans Fulvio Maria PALOMBINO et Adriana DI STEFANO, *Migration issues before european courts andtribunal*, CNR edizioni, coll. Consiglio Nazionale della Ricerca, 2019, p. 25-44.
- STEFAN, M., « Migration versus Mobility in EU External Action towards China and India », dans *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, 44, Leiden, Brill / Nijhoff, 2018, p. 177.
- TULKENS, F. et J. CALLEWAERT, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux », dans *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2002.
- VAN DE KERCHOVE, M., « Développements récents et paradoxaux du principe de légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », dans *Liber amicorum Jean du Jardin*, Bruxelles, Kluwer, 2001.
- VELAERS, J., « § 2. Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », dans Hugues DUMONT, Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées (vol. 1): Normes internationales et constitutionnelles*, coll. Collection générale, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 537-580.
- VERHOEST, K., « Agencification in Europe », dans Edoardo ONGARO et Sandra VAN THIEL (dir.), *The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, London, Palgrave Macmillan UK, 2018, p. 327-346.
- COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (dir.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, The Hague, The Netherlands, T. M. C. Asser Press, 2013.
- TIZZANO, A., « Notes sur le rôle de la Cour de Justice », dans Maria Teresa D' ALESSIO, Vincent KRONENBERGER et Valerio PLACCO, *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-244.
- TOURNEPICHE A.M., « La coopération aux frontières de l'Europe et le respect des droits fondamentaux », *La coopération, enjeu essentiel du droit des réfugiés.*, Paris, Pedone, 2015
- QADIM, N. E., C. SERGIO et J.-P. CASSARINO, « EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?, With Carrera S, Cassarino JP, Den Hertog L and al., CEPS (2016) », 2016.
- , « The Preliminary Rulings Procedure », dans *A Companion to European Union Law and International Law*, John Wiley&Sons, Ltd, Hoboken (New Jersey), 2016, p. 179-192.

Rapports

- ACHERMANN, A., J. KÜNZLI et B. VON RUTTE, *European Immigration Detention Rules Existing Standards*, Centre de droit des migrations, 2013, en ligne : <<https://www.coe.int/>>.
- AEDH, AUROMED DROITS et FIDH, *Pays « sûrs », un déni du droit d'asile*, 2016, en ligne : <<https://www.fidh.org/>>.
- AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), *Les droits fondamentaux des migrantes en situation irrégulière dans l'Union Européenne: rapport comparatif*, Luxembourg, Office de publications de l'Union Européenne, 2012.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Des expulsions vers le Soudan contraires au principe de « non-refoulement*, 2018, en ligne : <<https://amnistie.ca/>>.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *S.O.S. Europe. Les droits humains et le contrôle de l'immigration*, Document public, EUR 01/013/2012, 2012, en ligne : <<https://www.amnesty.org/>>.
- AMNISTIE INTERNATIONALE, « Espagne. Il faut abroger la loi qui permet de procéder à des expulsions en dehors de toute procédure légale » (25 septembre 2018), en ligne : <<https://www.amnesty.org/>>.
- , *Accord UE-Turquie : la honte de l'Europe*, 2017, en ligne : <<https://www.amnesty.fr/>>.
- , *Fin de la protection internationale: articles 11, 14, 16 et 19 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2018.
- , *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, 2017.
- , *Grece: a blue print for despair. Human rights impact of the EU-Turkey deal*, 2017, en ligne : <<https://www.amnesty.org/>>.
- , *Retour forcé vers l'insécurité l'Europe renvoie des demandeurs d'asile en Afghanistan*, 2017.
- ANCI, CARITAS ITALIANA, CITTALIA, FONDAZIONE MIGRANTES et SPAR, *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017*, 2017, en ligne : <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/10/Rapporto_2017_web.pdf> (consulté le 27 août 2018).
- ASGI, « CEDU: Spagna e UE potranno far prevalere la protezione dei confini al diritto di asilo », *Asgi* (24 février 2020), en ligne : <<https://www.asgi.it/>>.
- ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Commission du droit international*, A/74/10, 2019.
- ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime*, Doc. 13788, 2015.
- ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, « La Corte Europea ammette i ricorsi contro l'espulsione collettiva dall'Italia di cittadini del Sudan », en ligne : <<https://www.asgi.it/>>.
- BANQUE MONDIALE et HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Eastern Africa HOA Displacement Study: Forced Displacement and Mixed Migration in the Horn of Africa*, ACS14361, 2015.
- BJELICA, J. et T. RUTTIG, « Voluntary and Forced Returns to Afghanistan in 2016/17: Trends, statistics and experiences » (19 mai 2017), en ligne : <<https://www.afghanistan-analysts.org/>>.
- CARLIER, J.-Y. et L. LEBOEUF, « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (20 février 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.

- CARRERA, S., L. DEN HERTOOG, J. NUNEZ FERRER, R. MUSMECI, M. PILATI et L. VOSYLIUTE, *Oversight and Management of the EU Trust Funds: Democratic Accountability Challenges and Promising Practices*, Commission européenne.
- CASELLA COLOMBEAU, S., M. CHARLES, O. CLOCHARD et C. RODIER, *Agence Frontex: quelles garanties pour les droits de l'homme?*, étude réalisé pour le groupe des Verts/ALE du Parlement européen, 2010.
- CHEVALLIER, J., *Agencification et gouvernance*, 63, coll. Rapport public du Conseil d'État, Les agences : une nouvelle gestion publique ?, 2012.
- CJUE, *Rapport annuel 2015 activité judiciaire*, 2015, en ligne : <curia.europa.eu>.
- , *Rapport annuel 2017 activité judiciaire*, 2017, en ligne : <curia.europa.eu>.
- , *Rapport annuel 2018 activité judiciaire*, 2018, en ligne : <curia.europa.eu>.
- , *Rapport annuel 2019 activité judiciaire*, 2019, en ligne : <curia.europa.eu>.
- CLAIRE RODIER, « Externaliser la demande d'asile », *GISTI*, en ligne : <http://www.gisti.org/>.
- CNCDH, *Avis sjur le concept de « pays tiers sur »*, 2017, en ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/171219_avis_concept_pays_tiers_sur_5.pdf> (consulté le 18 août 2018).
- Commissaire aux Droits de l'Homme - La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme? Document thématique par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, en ligne : <https://wcd.coe.int/>.
- COMMISSARIAT GÉNÉRAL AUX RÉFUGIÉS ET AUX APATRIDES, *Le respect du principe de non-refoulement dans l'organisation des retours de personnes vers le Soudan*, 2018, en ligne : <https://www.cgra.be/sites/default/files/enquete_sur_le_risque_de_retour_vers_le_soudan_2018.pdf>.
- CONSEIL DES DROITS L'HOMME, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants (Notes du Secrétariat)*, Doc off AG NU, 38e sess, A/HRC/38/41 (2008).
- COUR DES COMPTES DE L'UE, *Rapport annuel sur les agences de l'UE relatif à l'exercice 2017*.
- CRÉPEAU, F., *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, UN Human Rights Council, 2017.
- DÉPARTEMENT DE LA DÉFENSE (ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE), *Enhancing Security and Stability in Afghanistan*, Rapport au Congrès, 2017.
- EASO, *Exclusion: articles 12 et 17 de la Directive Qualification (2011/95/UE)*, Analyse juridique, 2016.
- , *Analyse juridique. Les procédures d'asile et le principe de non-refoulement*, coll. EASO Professional Development Series for members of courts and tribunals, EASO, 2018.
- ELIZABETH COLLETT et AHAD ALIYYAH, *EU Migration Partnerships: A Work in Progress*, 2017, en ligne : <https://www.migrationpolicy.org/>.
- EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE, *Afghanistan Key socio-economic indicators Focus on Kabul City, Mazar-e Sharif and Herat City - Country of Origin Information Report*, EASO, 2019.
- EUROPEAN COMMISSION, *Action document of EU's special support measure for Sudan - International Cooperation and Development - European Commission*, 2016, en ligne : <https://ec.europa.eu/>.
- , *Manuel sur le retour*, en ligne : <https://ec.europa.eu/>.
- EUROPEAN MIGRATION LAW.EU et PICUM, « Défendre les droits dans le contexte de la rétention et de l'expulsion des étrangers » (2017), en ligne : <https://picum.org/>.
- EUROSTAT, *Statistics on enforcement of immigration legislation*, 2017, en ligne : <http://ec.europa.eu/>.
- FIDH, *Pays « surs », un deni du droit d'asile*, 2016, en ligne : <https://www.fidh.org/>.
- FRA et CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits fondamentaux des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants aux frontières européennes*, Agence européenne pour les droits fondamentaux / Conseil de l'Europe, 2020.

- FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, 2010.
- FRA, *The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion – 5/2018 [EBCG], Vienne, le 27 novembre 2018, en ligne : <<https://fra.europa.eu/>>.
- , *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights The revised European Border and Coast Guard - Regulation and its fundamental rights implications*, Opinion, 2018, en ligne : <<https://fra.europa.eu/>>.
- , *Under watchful eyes – biometrics, EU IT-systems and fundamental rights*, 2018.
- FRONTEX, *Frontex Risk Analysis Quarterly*, Quarter 2 avril-june 2017, en ligne : <<https://frontex.europa.eu/>>.
- , *Frontex Programming document 2018-2020*, en ligne : <<http://www.statewatch.org/>>.
- FRONTEXIT, *La coopération extérieure de Frontex hors tout contrôle démocratique - Note à l'attention des parlementaires européens*, 2014, en ligne : <<https://www.frontexit.org/>>.
- GRILLER, S. et R.-K. ELISABETH. *Democracy and New Modes of Governance in Europe Some Basic Reflections*, 2004.
- GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), *Mémoire en intervention volontaire devant la Cour Administrative d'appel de Bordeaux (article R. 632-1 du Code de justice administrative)*, Dossier 17BX04151, en ligne : <<https://www.gisti.org/>>.
- GUILD, S. CARRERA, L. DEN HERTOOG et J. PARKIN, *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies. Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, EU Study on Area of Freedom, Security and Justice, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/>>.
- GUE/NGL, *EU and Italian cooperation with Sudan on border control: what is at stake?*, Report GUE/NGL Delegation to Khartoum, Sudan, 2016, en ligne : <<https://www.statewatch.org/>>.
- , *Sudan: Hundreds Deported to Likely Abuse*, 2016, en ligne : <<https://www.hrw.org/>>.
- HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES DROITS DE L'HOMME. *Europe / migration: Un accord entre les polices de cinq pays aggrave la crise et met en danger les migrants vulnérables - Zeid Ra'ad Al Hussein*, 25 février 2016.
- HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Position du HCR sur l'accord UE-Turquie : Des garanties sur les procédures d'asile doivent prévaloir dans sa mise en oeuvre*, 18 mars 2018.
- HUMAN RIGHTS AND MIGRATION LAW CLINIC OF TURIN, *Memorandum of Understanding between Italy and Sudan: a legal analysis*, 2017, en ligne : <<https://www.asgi.it/>>.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *The EU's Dirty Hands Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece*, 2011.
- INFO KOLPA & BORDER VIOLENCE MONITORING, *Report on illegal practice of collective expulsion on slovene-croatian border*, 2019, en ligne : <<https://push-forward.org/>>.
- IRFAM, *Réadmission : UE contre immigration irrégulière, Analyse 2015*, Bruxelles, IRFAM (Institut de recherche, formation et action sur les Migrants), 2015.
- IRIN, *Inside the EU's flawed \$200 million migration deal with Sudan*, 2018, en ligne : <<http://www.irinnews.org/>>.
- JENSEN, U. I., *Humanitarian visas: option or obligation? – Study for the LIBE Committee*, Commission LIBE - Parlement européen, 2014.
- LABAYLE, H. et B. OMNIA, « L'accord Union européenne - Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.
- LABAYLE, H. et P. DE BRUYCKER, *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement Européen, commission LIBE, 2012.

- LANGENFELD, C., *La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne*, Conseil Constitutionnel Français, 2019, en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr/>.
- MEHDI, R., « Les compétences d'exécution de la Commission en matière de contrôle des frontières extérieures de l'Union : illustration du processus de juridictionnalisation des crises institutionnelles », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (16 septembre 2012), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.
- MIGREURP et L. ARBOGAST, *La détention des migrants dans l'Union européenne : un business florissant*, Bruxelles, Migreurop, 2016.
- MIGREURP, « Tribunal Europeo de Derechos Humanos: España y la Unión Europea (UE) podrán dar prioridad a la protección de las fronteras europeas sobre el derecho de asilo » (21 février 2020), en ligne : <<http://www.migreurop.org/>>.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES et DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU. *Portée de l'arrêt de la CJUE Achughbabian du 6 décembre 2011 portant sur la compatibilité de l'article L. 621-1 du CESEDA avec la directive 2008/115/CE dite*, 13 décembre 2011
- MORENO-LAX, V., F. MEENA et G. BRITTONI, *Humanitarian Visas: Legal Aspects - European Added Value Assessment (European Parliament Research Service, 2018)*, Commission LIBE - Parlement européen, 2018.
- MYRIA (CENTRE FÉDÉRAL MIGRATION), *Retour, détention et éloignement des étrangers en Belgique. Un retour à quel prix?*, 2017.
- OCDE, *TENDANCES DES MIGRATIONS INTERNATIONALES - rapport annuel*, 1999, en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/migrations/mig/2717690.pdf>> (consulté le 9 mars 2018).
- OIM, *World Migration Report*, 2017.
- , *Applauds Italy's Life-Saving Mare Nostrum Operation: "Not a Migrant Pull Factor" », Missing Migrants (sd)*, en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/>>.
- , *État de la migration dans le monde*, 2020, en ligne : <<https://publications.iom.int/>>.
- , *World Migration Report 2018*, 2017, en ligne : <<https://publications.iom.int/>>.
- , *World Report 2019 - Afghanistan*, 2019.
- OMBUDSMAN, E., *Rapport spécial de la Médiatrice européenne dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex*, 2013, en ligne : <<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/special-report/fr/52465>>.
- PICOD, F. et A. LAMAMRA. *La Pratique du contentieux européen. Recours judiciaires et visite à la PICUM PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS, Talking-points-on-Non-Detention-of-Migrants-Some-Facts-and-Figures-January-2020.pdf*, 2020, en ligne : <<https://picum.org/>>.
- QUESTION AVEC DEMANDE DE RÉPONSE ÉCRITE E-007189/2017 À LA COMMISSION: *État d'avancement de la mise en oeuvre de l'action conjointe pour le futur sur les questions migratoires UE-Afghanistan: retours en Afghanistan*, 22 novembre 2017.
- RAIS, M., *Réadmission : UE contre immigration irrégulière, Analyse 2015*, Bruxelles, Irfam (Institut de recherche, formation et action sur les Migrants, 2015, en ligne : <<http://irfam.org/>>.
- SENAT FRANÇAIS. *Mission d'information Accord UE-Turquie sur la crise des réfugiés : Audition de M. Jacques Toubon, Défenseur des droits*, 6 juillet 2016.
- SIEGFRIED, K., *L'externalisation de l'asile*, report n. 101255, IRIN, 2015, en ligne : <<http://www.irinnews.org/fr/>>.
- UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *Note sur l'annulation du statut de réfugié*, 2004.
- UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2017*, 2017.
- UNHCR, L. des N. U. pour les. *Principes directeurs sur la protection internationale no. 5 : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, 4 septembre 2003.

UNITED NATIONS ASSISTANCE MISSION IN AFGHANISTAN, *2016 Annual Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, 2017.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, 30 septembre 2004, OJ L 304/12.

Analyses et Working Papers

CARRERA, S., « The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands », (2007) Working Documents 261 *Centre for European Policy Studies*.

CASSARINO, J.-P. et M. GIUFFRÉ, « Finding Its Place in Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission? », (2017) N. 01/2017 *FMU Policy Brief*.

CIRE, *Belgique-Soudan: Entre les décisions administratives et la volonté politique, une justice hésitante*, 2018, en ligne : <<https://www.cire.be/>>.

EUROPEAN COMMISSION, EPSC, « Irregular Migration via the Central Mediterranean - EPSC - European Commission », *EPSC Strategic Notes*, No. 2, 2 février 2017 en ligne : <<https://ec.europa.eu/>>.

Koen LENAERTS, *Intervention de Koen Lenaerts Président de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ouverture de l'Année judiciaire Audience solennelle La CEDH et la CJUE : créer des synergies en matière de protection des droits fondamentaux*, (26 janvier 2018).

SAMSON, M. et C. BÉLANGER, « La méthode historique ou psychologique: L'originalisme, les arguments historiques », *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon*, 21 décembre 2017.

WRIEDT, V. et D. REINHARDT, *Analysis Opaque and unaccountable: Frontex Operation Hera*, Statewatch, février 2017, en ligne : <<http://www.statewatch.org/>>.

Lettres

Lettre du Président espagnol au Président de la Commission européenne, Bruxelles, le 31 juillet 2018.

LETTRE DU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LA DG POUR LES MIGRATIONS ET LES AFFAIRES INTÉRIEURES DE LA COMMISSION EUROPÉENNE À M. CLAUDE MORAES, MPE CHEF DE LA COMMISSION LIBERTÉ CIVILE, JUSTICE ET AFFAIRES INTÉRIEURES DU PARLEMENT EUROPÉEN, *EU readmission developments – State of play October 2017*, (2017), Bruxelles, en ligne : <<http://www.statewatch.org/>>.

Billets de blogues juridiques

« L'accord Union européenne - Turquie : faux semblant ou marché de dupes? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.

« Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (20 février 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.

- AMALFITANO, C. et O. POLLICINO, « Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note », *Verfassungsblog* (5 juillet 2018), en ligne : <<https://verfassungsblog.de/>>.
- WARIN, C., « Asile : La CJUE entre grands principes et points techniques », *NAPA 1/2018, Blog droit européen, juillet 2018*, en ligne : <<https://wp.me/>>.
- DELVAL, E., « La CEDH appelée à trancher la question des “visas asile” laissée en suspens par la CJUE: Lueur d’espoir ou nouvelle déception? », en ligne : <<https://eumigrationlawblog.eu/>>. ELSJ, A. G., « Frontex et la question des droits de l’homme dans son rapport d’analyse des risques de 2013 : omission ou dépréciation? », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice* (9 novembre 2013), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.
- FARCY, J.-B., « Rapatriements vers le Soudan : l’obligation d’examiner les risques de traitement inhumains ou dégradants préalablement à tout éloignement », 2018, en ligne : <<https://uclouvain.be/>>.
- GOLDNER LANG, I., « Towards ‘Judicial Passivism’ in EU Migration and Asylum Law? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference – EU Immigration and Asylum Law and Policy », *EU Immigration law Blog* (2018), en ligne : <<https://eumigrationlawblog.eu/>>.
- DE CAPITANI, E., « Is the European Council responsible for the so-called “EU-Turkey Agreement” ? The issue is on the Court of Justice table... », *European Area of Freedom Security & Justice* (7 juin 2016), en ligne : <<https://free-group.eu/>>.
- , « Is the European Council responsible for the so-called “EU-Turkey Agreement” ? The issue is on the Court of Justice table... », *European Area of Freedom Security & Justice* (7 juin 2016), en ligne : <<https://free-group.eu/>>.
- , « La Cour de justice et la protection des données : quand le juge européen des droits fondamentaux prend ses responsabilités », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Coopération judiciaire pénale (9 avril 2014), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.
- FRENZEN, N., « WikiLeaks Releases Classified Documents Describing EU Plans For Military Strikes Against Libyan Migrant Smugglers », *MIGRANTS AT SEA* (26 mai 2015), en ligne : <<https://migrantsatsea.org/>>.
- LABAYLE, H., « Escalade à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d’un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU) », *Groupe de Recherche - Espace Liberté Sécurité Justice*, sect. Actualités du GDR (1 mars 2017), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.
- MARCILLY, C. DE, *L’accord UE-Turquie et ses implications*, Question d’Europe, 396, Fondation Robert Schuman Centre de recherche et d’études sur l’Europe, 2016.
- NÉRAUDAU, E., « C.J.U.E. (G.C.), arrêt du 12 novembre 2019, HAQBIN / FEDASIL, C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956 », *UCLouvain*, en ligne : <<https://uclouvain.be/>>.
- NIELSON, N., « EU mulls “migrant” terminal at Kabul airport » (5 octobre 2016), en ligne : <<https://euobserver.com/>>.
- ONANA, D., « L’activisme judiciaire de la Cour de justice face à l’essor des droits fondamentaux. Par Dario Onana, Juriste. », *Village de la Justice*, en ligne : <<https://www.village-justice.com/>>.
- PEERS, S., « EU Law Analysis: Are national data retention laws within the scope of the Charter? », *EU Law Analysis* (20 avril 2014), en ligne : <<http://eulawanalysis.blogspot.com/>>.
- PETIN, J., « La portée du droit d’être entendu lors d’une demande de protection subsidiaire : confirmation de la prééminence des droits fondamentaux dans le système européen d’asile commun, CJUE, 22 novembre 2012, M.M., C-277/11 », *GdR-ELSJ* (1 décembre 2012), en ligne : <<http://www.gdr-elsj.eu/>>.
- SAROLÉA, S., « Focus sur la prise en compte de l’intérêt supérieur de l’enfant », *Newsletter EDEM* (novembre 2016), en ligne : <<https://uclouvain.be/>>.

TOURNEPICHE, A.-M., « L'élargissement du mandat de l'agence Frontex », *Journal d'Actualité des Droits Européens (JADE)*, 30 novembre 2016), en ligne : <<https://revue-jade.eu/>>.

Articles encyclopédiques et dictionnaires

DICTIONNAIRE DE LA LANGUE FRANÇAISE LAROUSSE, « Coupole », 2019.

Sites Internet

« EXCLUSIVE. EU-Africa: Valletta, the summit of dissent « Afronline – The Voice Of Africa », en ligne : <<http://www.afronline.org/>>.

« Close the camps - Une cartographie de l'enfermement des étrangers », en ligne : <<http://closethecamps.org/>>.

UE, *Niger Action and Progress Under the Migration Partnership Framework June - October 2016*, Fact Sheet, (sd), en ligne : <<https://eeas.europa.eu/>>.

———, « La devise de l'Union européenne », *Union Européenne* (2016), en ligne : <<https://europa.eu/>>.

CPI, « Affaire Al Bashir », en ligne : <<https://www.icc-cpi.int/>>.

MISSING MIGRANTS PROJECT, « Missing Migrants Project, Tracking deaths along migratory routes », en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/>>.

MISSING MIGRANTS PROJECT, « Spotlight on the Mediterranean », en ligne : <<https://missingmigrants.iom.int/>>.

OPEN ACCESS NOW, « Campagne pour la visibilité sur la détention des migrants », en ligne : <<http://closethecamps.org/open-access-now/>>.

STATISTA, « Nombre de migrants et réfugiés ayant accosté en Europe par la mer Méditerranée entre 2008 et 2016 », en ligne : <<https://fr.statista.com/>>.

Fil de nouvelles

BALDACCINI, A., E. GUILD et H. TONER, « Whose Freedom, Security and Justice? », *Bloomsbury Publishing*, en ligne : <<http://www.bloomsbury.com/>>.

BARABINO, P., « Migranti, prima espulsione di gruppo: 48 presi a Ventimiglia e rispediti in Sudan. “Ma Khartoum viola diritti umani” », *Il Fatto Quotidiano* (24 août 2016), en ligne : <<https://www.ilfattoquotidiano.it/>>.

BARDOU, F., « Après le suicide d'un Afghan expulsé, le ministre de l'intérieur allemand critiqué pour son “cynisme” », *Libération* (11 juillet 2018), en ligne : <<https://www.liberation.fr/>>.

BOFF TONELLA, Y., « A vicious circle: A young Afghan man's journey through Europe's asylum system », *Amnesty International*, en ligne : <<https://www.amnesty.org/>>.

FRASER, C., « “Push” factor drives migrants away from Libya to Europe », *BBC News* (17 mai 2016), en ligne : <<https://www.bbc.com/>>.

GRILHOT, G. et A. HARARI, « L'ADN, nouvel élément à décharge pour l'Erythréen accusé en Italie de trafic d'êtres humains », *Le Monde* (14 mai 2018), en ligne : <<https://www.lemonde.fr/>>.

TAUB, B., « How Not to Solve the Refugee Crisis », *The New Yorker* (24 juillet 2017), en ligne : <<https://www.newyorker.com/>>.

TONDO, L., « Facebook data supports “wrong man” claim in people-smuggling case », *The Guardian* (1 février 2017), en ligne : <<https://www.theguardian.com/>>.

« Afghan boy's hope of new life in Europe ends in suicide », *Reuters* (22 septembre 2016), en ligne : <<https://www.reuters.com/>>.

« Le mur « anti-intrusions » de la rocade de Calais est achevé », *Le Monde* (13 décembre 2016), en ligne : <<http://www.lemonde.fr/>>.

SYRIOUS, A. Y., « Afghan boy committed suicide in Germany », *Medium*, en ligne : <<https://medium.com/>>.

LIVERANI, L., « Immigrazione. Migranti, espulsioni illegali verso il Darfur », *Avvenire* (27 septembre 2016), en ligne : <<https://www.avvenire.it/>>.

Table de la Jurisprudence

CJCE

- CJCE, 28 avril 1971, *Alfons Lütticke GmbH contre Commission des Communautés européennes*, affaire 4-69, [1971] Rec CE.00325.
- CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre SpA Simmenthal.*, affaire C-106/77, [1971] Rec CE.1978 00629.
- CJCE, 18 novembre 2003, *Budějovický Budvar, národní podnik c Rudolf Ammersin GmbH*, affaire C-216/01, [2003] Rec CE.I-13617.
- CJCE, 24 octobre 2013, *Caisse nationale des prestations familiales contre Salim Lachheb et Nadia Lachheb*, affaire C-177/12. Rec num.
- CJCE, 10 septembre 2009, *Commission des Communautés européennes c République hellénique*, affaire C-416/07, [2009] Rec CE.I-07883.
- CJCE, 12 décembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-281/01, [2002] Rec CE.I-12049.
- CJCE, 10 décembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-29/99, [2002] Rec CE.I-11221.
- CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes*, affaire 22-70, [1971] Rec CE.00263.
- CJCE, 11 décembre 2008, *Commission des Communautés européennes contre Département du Loiret et Scott SA*, affaire C-295/07 P, [2008] Rec CE.I-09363.
- CJCE, 3 mars 2009, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, affaire C-205/06, [2009] Rec CE.I-01301.
- CJCE, 12 mai 2005, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, affaire C-278/03, [2005] Rec CE.I-03747.
- CJCE, 26 avril 2007, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, affaire C-135/05, [2007] Rec CE.I-03475.
- CJCE, 24 mars 1988, *Commission des Communautés européennes contre République italienne.*, affaire C-104/86, [1988] Rec CE.I-01799.
- CJCE, 5 novembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, affaire C-471/98, [2002] Rec CE.I-09681.
- CJCE, 14 octobre 1975, *Conclusions de l'Avocat Général Henri Mayras Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, affaire C-36/75, [1975] Rec CE.01219.
- CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, affaire C-29/69, [1969] Rec CE.I-00419.
- CJCE, 5 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, affaire C-6/64, [1964] Rec CE.I-01141.
- CJCE, 21 septembre 1999, *Florus Ariël Wijzenbeek*, affaire C-378/97, [1999] Rec CE.I-06207.
- CJCE, 14 mai 1981, *Giuseppe Romano contre Institut national d'assurance maladie-invalidité*, Affaire C-98/80, [1981] Rec CE.01241.
- CJCE, 121 septembre 1989, *Hochst AG contre Commission des Communautés européennes.*, affaires jointes C-46/87 et C-227/88 [1989] Rec CE.X-00133 et X-00145.
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*, affaire C-11/70, [1970] Rec CE.I-01125.
- CJCE, Ordonnance, 13 janvier 1995, *Jacques Bonnamy c Conseil des Communautés européennes*, affaire C-264/94 P, [1995] Rec CE.I-00015.
- CJCE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c Commission des Communautés européennes*, affaire T-22/97, [1999] Rec CE.II-03775.

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, [1986] Rec CJUE.01651.

CJCE, 15 mai 1986., *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84.[1986] Rec CE 01651.

CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, affaire C-465/07, [2009] Rec CE.I-00921.

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Affaire C-9/56, [1958] Rec CE.00011.

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier.*, affaire C-9/56, [1956] Rec CE.I-00011.

CJCE, 5 avril 1979., *Ministère public contre Tullio Ratti*, affaire C-148/78, [1979] Rec CE.I-01629.

CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, affaire C-26/62, [1963] Rec CE.I-00003.

CJCE, Ordonnance, 13 janvier 1995, *Olivier Roujansky c Conseil de l'Union européenne*, affaire C-253/94 P, [1995] Rec CE.I-00007.

CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council.*, Affaire C-13/94, [1996] Rec CE.I-02143.

CJCE, 30 juin 1993, *Parlement européen c Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-181/91 et C-248/91, [1993] Rec CE.I-03685.

CJCE, 17 mars 2005, *Parlement européen contre Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-317/04, C-318/04, [2005] Rec CE.I-02467.

CJCE, 7 mars 1996, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-360/93, [1996] Rec CE.I-01195.

CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne (II)*, affaire C-133/06, [2008] Rec CE.I-03189.

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, affaire C-294/83, [1986] Rec CE.01339.

CJCE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, affaire T-13/99, [2002] Rec CE.II-03305.

CJCE, 19 janvier 1999, *Procédure pénale contre Donatella Calfa*, affaire C-348/76, [1999] Rec CE.I-00011.

CJCE, 9 août 1994, *République française contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-327/91, [1994] Rec CE.I-03641.

CJCE, 14 novembre 1989, *République hellénique contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-30/88, [1989] Rec CE.03711.

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, affaire C-36/75, [1975] Rec CE.01219.

CJCE, 16 juillet 1992, *Rose Hughes contre Chief Adjudication Officer, Belfast.*, affaire C-78/91.[1991] Rec CE I-04839.

CJCE, 19 novembre 1996, *Siemens AG contre Henry Nold.*, affaire C-42/95, [1995] Rec CE.I-06017.

CJCE, 10 mai 1978, *Société pour l'exportation des sucres SA contre Commission des Communautés européennes*, affaire 132/77, [1978] Rec CE.01061.

CJCE, 8 octobre 2008, *Sogelma - Società generale lavori manutenzione appalti Srl contre Agence européenne pour la reconstruction (AER).*, affaire T-411/06, [2008] Rec CE.II-02771.

CJCE, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia et autres contre Commission des Communautés européennes.*, affaire C-154/78, [1980] Rec CE.I-00907.

CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, affaire C-213/89, [1989] Rec CE.I-02433.

CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05.[2005] Rec CE I-2271.

- CJCE, 15 mars 2001, *Vincent Offermanns et Esther Offermanns.*, affaire C-85/99.[2001] Rec CE I-02261.
- CJCE, 4 décembre 1974., *Yvonne van Duyn contre Home Office.*, affaire C-41/74, [1974] Rec CE.I-01337.
- CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-402/05P et C-414/05P, [2008] CE.I-06351.
- CJCE, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, affaire C-357/09 PPU [2009].I-11189.
- CJCE (Grande Chambre), 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, 1996.I-01759.

Tribunal CE

- Trib CE, 29 novembre 2012, *Gaby Thesing c. Banque centrale européenne*, T-590/10, non publiée.
- Trib CE, 7 décembre 1999, *Interporc c. Commission*, T-92/98, [1999] Rec CE II-03521.
- Trib CE, 15 novembre 2007, *République de Hongrie contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-310/06, [2007] Rec CE.II-04619.
- Trib CE, 7 octobre 2009, *Vischim Srl contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-380/06, [2009] Rec CE.II-03911.

CJUE

- CJUE, 9 février 2017, C-578/16, *Conclusions de l'Avocat Général M. Evgeni Tanchev C. K. e.a. contre Republika Slovenija*, Rec. Num.
- CJUE, 5 décembre 2017, C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, Rec. Num.
- CJUE, Ordonnance, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, C-48/75, [1976] Rec. CE.I-00497.
- CJUE, Ordonnance, 7 juillet 1976, *Lynne Watson e Alessandro Belmann.*, C-118/75, [1975] Rec. CE.I-01185.
- CJUE, 31 janvier 2013, affaire C-175/11, *H. I. D. et B. A. contre Refugee Applications Commissioner e.a.*, Rec. num.
- CJUE Assemblée plénière, 18 décembre 2014, 2/13, *Avis de la Cour*, Rec. num.
- CJUE, 28 avril 2015, *Conclusions de l'Avocat Général Szpunar dans l'affaire Celaj*, Rec. num.
- CJUE, 8 juin 2017, affaires C-490/16 et C-646/16, *Conclusions de l'Avocat Générale Eleanor Sharpston dans les affaires A.S. et Jafari*, Rec. num.
- CJUE, 26 juillet 2017, affaire C-646/16, *Jafari*, Rec. num.
- CJUE (Grande Chambre), 26 juillet 2017, Avis 1/15, *PNR*, Rec. num.
- CJUE, 29 novembre 2019, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, *Conclusions de l'Avocat Général Eleanor Sharpston dans l'affaire Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.*, Rec. num.
- CJUE, 25 juillet 2018, *A contre Migrationsverket*, affaire C-404/17. Rec. num.
- CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaires jointes C-148/13 à C-150/13. Rec. num.
- CJUE, 12 janvier 2010, *A et G contre Commission européenne*, affaires jointes F-124/05 et F-96/06. Rec. num.
- CJUE, 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall contre Centre public d'action sociale de Huy*, affaire C-299/14. Rec. num.
- CJUE, 19 décembre 2012, *Abed El Karem El Kott e.a.*, C-364/11. Rec. num.
- CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaire C-285/12. Rec. num.

CJUE, Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi, 18 juillet 2013, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaire C-285/12. Rec. num.

CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec. num.

CJUE, 21 novembre 2018, *Ahmad Shah Ayubi contro Bezirkshauptmannschaft Linz-Land*, affaire C-713/17. Rec. num.

CJUE, 4 septembre 2014, *Air Baltic Corporation AS contre Valsts robežsardze*, affaire C-575/12. Rec. num.

CJUE, Ordonnance, T 277/94, [1996] Rec. CE, *AITEC c. Commission*, II 351.

CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, affaire C-617/10. Rec. num.

CJUE, 29 luglio 2019, *Alekszij Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17. Rec. num.

CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne.*, affaire C-329/11.I-12695.

CJUE, 1er mars 2016, *Alo et Osso*, affaires jointes C-443/14 et C-444/14. Rec. num.

CJUE, 19 avril 2012, *Artegodan GmbH contre Commission européenne*, affaire C-221/10 P. Rec. num.

CJUE, 19 mars 2019, *Bashar Ibrahim e.a. contre Bundesrepublik Deutschland et Bundesrepublik Deutschland contre Taus Magamadov*, affaire C-297/17. Rec. num.

CJUE, 17 juin 2010, *Bolbol*, C-31/09.[2010] I-05539.

CJUE, 25 janvier 2018, *Bundesrepublik Deutschland contre Aziz Hasan*, affaire C-360/16. Rec. num.

CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B*, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, [2010] Rec CE.I-10979.

CJUE, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z*, affaire C-71/11. Rec. num.

CJUE, 16 février 2017, *C. K. e.a. contre Republika Slovenija*, affaire C-578/16. Rec. num.

CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contre Moussa Abdida*, affaire C-562/13. Rec. num.

CJUE, 18 juin 2020, *Commission européenne contre Hongrie*, affaire C-78/18. Rec. num.

CJUE, 24 juin 2019, *Commission européenne contre République de Pologne*, affaire C-619/18. Rec. num.

CJUE, 5 février 2015, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, affaire C-317/14. Rec. num.

CJUE, 18 avril 2013, *Commission européenne contre Systran SA et Systran Luxembourg SA*, affaire C-103/11 P. Rec. num.

CJUE, 17 mars 2016, *Conclusions de l'Avocat Général Elenoir Sharpston dans l'affaire Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15. Rec. num.

CJUE, 10 novembre 2016, *Conclusions de l'Avocat Général Henrik Saugmandsgaard ØE dans l'affaire Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, C-528/15. Rec. num.

CJUE, 21 juin 2018, *Conclusions de l'Avocat Général M. Melchior Wathelet dans l'affaire M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17. Rec. num.

CJUE, 31 janvier 2013, *Conclusions de l'Avocat Général M. Whatelet dans l'affaire Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, affaire C-534/11. Rec. num.

CJUE, 2 février 2016, *Conclusions de l'Avocat Général Maciej Szpunar dans l'affaire Sélima Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d'appel de Douai*, affaire C-47/15. Rec. num.

CJUE, 18 juin 2020, *Conclusions de l'Avocat Général Manuel Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire WV contre Landkreis Harburg*, Affaires jointes C-540/19. Rec. num.

CJUE, 25 juillet 2018, *Conclusions de l'Avocat Général Melchior Wathelet dans l'Affaire Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-163/17. Rec. num.

CJUE, 30 avril 2019, *Conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek dans l'affaire Alekszj Torubarov contro Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-556/17. Rec. num.

CJUE, 7 septembre 2017, *Conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek dans l'affaire Soufiane El Hassani contro Minister Spraw Zagranicznych*, affaire C-403/16. Rec. num.

CJUE, 13 juin 2013, *Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jaaskinen dans l'affaire Peter Pinckney contre KDG Mediatech AG*, Affaires jointes C-170/12. Rec. num.

CJUE, 24 mai 2007, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire Freeport plc contre Olle Arnoldsson*, affaire C-98/06. Rec. num.

CJUE, 7 février 2017, *Conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi dans l'affaire X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU. Rec. num.

CJUE, 12 décembre 2013, *Conclusions de l'Avocat Général Pedro Cruz Villalon dans l'affaire Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Rec. num.

CJUE, 25 juin 2020, *Conclusions de l'Avocat général Priit Pikamae dans l'affaire Commission européenne contre Hongrie*, affaire C-808/18. Rec. num.

CJUE, 8 septembre 2011, *Conclusions de l'Avocat Général Verica Trstenjak dans l'affaire Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, affaire C-282/10. Rec. num.

CJUE, Conclusions, 22 septembre 2011, *Conclusions de l'Avocat Général Verica Trstenjak dans l'affaire NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec. UE. I-13905.

CJUE, 28 mars 2019, *Conclusions de l'Avocat Générale Elenoire Sharpston dans l'affaire Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec. num.

CJUE, 5 décembre 2019, *Conclusions de l'Avocat Générale Michal Bobek dans l'affaire PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18. Rec. num.

CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Rec. num.

CJUE, 18 juillet 2018, *Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC e.a. contre Conseil de l'Union européenne e.a.*, affaire T-680/13. Rec. num.

CJUE, Ordonnance, T-126/95, [1995] Rec. CE, *Dumez c. Commission*, II-2863.

CJUE, 13 juillet 2018, *Eleni Pavlikka Bourdouvali e.a. contre Conseil de l'Union européenne e.a.*, affaire T-786/14. Rec. num.

CJUE, 27 avril 2016, *European Dynamics Luxembourg SA e.a. contre Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, affaire T-556/11 [non encore publié].

CJUE, 25 janvier 2018, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-473/16. Rec. num.

CJUE, 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers contre Selver Saciri e.a.*, affaire C-79/13. Rec. num.

CJUE, 19 septembre 2013, *Filev et Osmani*, C-297/12. Rec. num.

CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, affaires jointes C-924/19 et C-925/19 PPU. Rec. num.

CJUE, 27 septembre 2018, *FR contre Ministero dell'interno – Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale presso la Prefettura U.T.G. di Milano*, affaire C-422/18. Rec. num.

CJUE, 29 juillet 2010, *Françoise-Eléonor Hanssens-Ensch contre Communauté européenne*, affaire C-377/09, [2010] Rec. UE. I-07751.

CJUE, 16 juin 2015, *Gauweiler e a.*, affaire C-62/14. Rec. num.

CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, affaire C-34/09.Rec num.

CJUE, C-408/05 P [2006], *GISTI c. Comission, I-52*.

CJUE, C-408/05 P [2006], *GISTI c. Comission, I-52*.

CJUE, 8 mai 2014, *H. N. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a.*, affaire C-604/12.Rec num.

CJUE, 24 juin 2015, *H. T. contre Land Baden-Württemberg*, affaire C-373/13.Rec num.

CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, affaire C-61/11 PPU.I-03015.

CJUE, 15 février 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU.Rec num.

CJUE, 14 septembre 2017, *K. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Affaire C-18/16.Rec num.

CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-402/05P et C-414/05P.[2008] I-06351.

CJUE, 21 juin 2017, *Kerly Del Rosario Martinez Silva contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) et Comune di Genova*, affaire C-449/16.Rec num.

CJUE, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, affaire C-249/13.Rec num.

CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ c Eesti-Läti programmi 2007-2013 Seirekomitee*, affaire C-562/12.Rec num.

CJUE, 6 mars 2014, *Loredana Napoli contre Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, affaire C-595/14.Rec num.

CJUE, 14 mai 2019, *M.*, C-391/16, C-77/17 et C-78/17.Rec Num.

CJUE, 14 mai 2019, *M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, affaires jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17.Rec num.

CJUE, 25 octobre 2017, *Majid Shiri*, affaire C-201/16.Rec num.

CJUE, 18 décembre 2014, *M'Bodj contre État belge*, affaire C-542/13.Rec num.

CJUE, 30 mai 2013, *Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, affaire C-534/11.Rec num.

CJUE, 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezlbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15.Rec num.

CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X et Y et Z contre Minister voor Immigratie en Asiel*, affaires jointes C-199/12 et C-201/12.Rec num.

CJUE, 22 novembre 2018, *M.M. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a.*, affaire C-277/11.Rec num.

CJUE, 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj contre État belge*, C-542/13.Rec num.

CJUE, 23 mai 2019, *Mohammed Bilali contre Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, C-720/17.Rec num.

CJUE, 26 juillet 2017, *Moussa Sacko contre Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Milano*, affaire C-348/16.Rec num.

CJUE, 24 avril 2018, *MP contre Secretary of State for the Home Department*, affaire C-353/16.Rec num.

CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c Conseil européen*, affaire T-192/16 [non encore publié].

CJUE, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, T-192/16.non publiée.

CJUE, 12 septembre 2018, *NF c. Conseil européen*, C-208/17 P.Rec Num.

CJUE, Ordonnance, 12 septembre 2018, *NF e.a. c Conseil européen*, affaires jointes C-208/17 P, C-209/17 P et C-210/17 P.Rec num.

CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NG contre Conseil européen*, affaire T-193/16 [non encore publié].

CJUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NM contre Conseil européen*, affaire T-257/16, [non encore publié].

CJUE, 21 décembre 2011, *NS c Secretary of State for the Home Department et ME et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec UE.I-13905.

CJUE, 24 juin 2019, *Ordonnance - Commission européenne contre République de Pologne*, affaire C-791/19 R.Rec num.

CJUE, 26 juillet 2017, *Ouhrami*, C-225/16.Rec num.

CJUE, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU.Rec num.

CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c Conseil de l'Union européenne (Code frontières Schengen)*, affaire C-355/10.Rec num.

CJUE, du 17 mars 2016, *Parlement européen c. Commission européenne*, C-286/14, ECLI:EU:C:2016:183.

CJUE, du 17 mars 2016, *Parlement européen c. Commission européenne*, C-286/14, ECLI:EU:C:2016:183.

CJUE, 10 septembre 2015, *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne (Europol)*, affaire C-363/14.Rec num.

CJUE, 26 novembre 2014, *Parlement européen et Commission européenne c Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-103/12 et C-165/12.Rec num.

CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15.Rec. Num.

CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15.Rec. num.

CJUE, 19 mars 2020, *PG contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-406/18.Rec num.

CJUE, 15 mars 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a*, C-528/15.Rec. Num.

CJUE, 26 janvier 2016, *Prise de position de l'Avocat Général Eleanor Sharpston dans l'affaire J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-601/15 PPU.Rec num.

CJUE, 16 juin 2016, *Procédure pénale contre Maria Pupino*, C-105/03 [2005].I-05285.

CJUE, 6 décembre 2012, *Procédure pénale contre Md Sagor*, affaire C-430/11.Rec num.

CJUE, 1er octobre 2015, *Procédure pénale contre Skerdjan Celaj*, affaire C-290/14.Rec num.

CJUE, 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-84/12.Rec num.

CJUE (Grande Chambre), 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-643/15 et C-647/15.Rec num.

CJUE, 22 décembre 2010, *Rosa María Gavieiro Gavieiro (C-444/09) et Ana María Iglesias Torres (C-456/09) contre Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, affaires jointes C-444/09 et C-456/09.I-14031.

CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-270/12.Rec num.

CJUE, 19 juin 2018, *Sadikou Gnandi contre État belge*, affaire C-181/16.Rec num.

CJUE, 2 mars 2010, *Salahdin Abdulla e.a.*, C-175/08.[2010] I-01493.

CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, C-69/10.[2010] I-7151.

CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, affaire C-362/14.Rec num.

CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, affaire C-291/12.Rec num.

CJUE, 7 juin 2016, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d'appel de Douai*, affaire C-47/15.Rec num.

CJCE, 17 décembre 1998, *Sema Sürül contre Bundesanstalt für Arbeit*, affaire C-262/96, [1996] Rec CE.I-02685.

CJUE, 25 juillet 2018, *Serin Alheto contre Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, affaire C-585/16.Rec num.

- CJUE, 13 septembre 2018, *Shajin Ahmed contre Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, affaire C-369/17.Rec num.
- CJUE, 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi contre Bundesasylamt*, affaire C-394/12.Rec num.
- CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, affaire C-695/15 PPU.Rec num.
- CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13.non publié.
- CJUE, 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega contre Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, affaire C-166/13.Rec num.
- CJUE, 13 décembre 2017, *Soufiane El Hassani contro Minister Spraw Zagranicznych*, affaire C-403/16.Rec num.
- CJUE, Ordonnance, 5 juillet 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre C et J et S contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-269/18 [non encore publié].
- CJUE, 2 avril 2019, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contre H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17.Rec num.
- CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, affaire C-399/11.Rec num.
- CJUE, 29 juillet 2019, *Sumanan Vethanayagam e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, affaire C-680/17 Rec num.
- CJUE, 14 décembre 2016, *SV Capital c. ABE*, C-577/15 P.Non publiée.
- CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, affaire C-105/14.Rec num.
- CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c Gouvernement of Ireland e.a.*, affaire C-370/12.Rec num.
- CJUE, 26 juillet 2017, *Tsegezab Mengesteab contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-670/16.Rec num.
- CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, Affaires jointes C-92/09 et C-93/09.[2010] Rec I-11063.
- CJUE, 16 avril 2015, *W. P. Willems e a. contre Burgemeester van Nuth e a.*, affaires jointes C-446/12 C-449/12.Rec num.
- CJUE, 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, affaire C-493/17.Rec num.
- CJUE, 27 février 2019, *Western Sahara Campaign UK*, affaire C-266/16.Rec num.
- CJUE, 26 septembre 2018, *X contre Belastingdienst/Toeslagen*, affaire C-175/17.Rec num.
- CJUE, 7 mars 2017, *X. et X. contre État belge*, affaire C-638/16 PPU.Rec num.
- CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, C-87/12.non publié.
- CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12.Rec num.
- CJUE, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18.Rec Num.
- CJUE, 30 mai 2013, *Zuheyr Frayeh Halaf contre Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, affaire C-528/11.Rec num.
- TribUE, Ordonnance, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, affaire T-192/16.Rec num.

CEDH

- CEDH, *Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08 [2010].
- CEDH, *Affaire Amuur c. France*, n° 19776/92 [1996].
- CEDH, *Affaire Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09 [2012].
- CEDH, *Affaire Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, n° 42527/98 [2001].
- CEDH, *Bosphorus c Irlande*, n° 45036/98 [2005].
- CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c Italie*, n° 27765/09 [2012].

CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09 [2012].
 CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94 [1999].
 CEDH, *MSS c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 [2011].
 CEDH, *W.A. and Others vs Italy*, n° 18787/17 [2017].
 CEDH, *Xhavara c. Italie et Albanie*, n° 39473/98 [2001].
 CEDH, 14 novembre 1960, *Lawless c. Irlande (no. 1)*, n° 332/57 [1960].
 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73 [1979].
 CEDH, 15 novembre 1996, *Affaire Cantoni c. France*, n° 17862/91, [1996].
 12 octobre 2006, n° 13178/03, *Affaire Mubilanzia Mayeka et Kaniki c. Belgique*, CEDH [2011] XI.
 CEDH, 18 octobre 2006, *Affaire Ünner c. Pays-Bas*, n° 46410/99 [2006] XII.
 CEDH, 23 juin 2008, *Affaire Maslov c. Autriche*, n° 1638/03 [2008] XII.
 CEDH, 5 avril 2011, *Affaire Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08 [2011].
 CEDH, 19 avril 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07 [2012].
 CEDH, 11 avril 2013, *Firoz Muneer c. Belgique*, n° 56005/10 [2013].
 CEDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09 [2013].
 CEDH, 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan contre Royaume Uni*, n° 11987/11 [2014].
 CEDH, 4 novembre 2014, *Affaire Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12 [2014].
 CEDH, 12 juillet 2016, *A. M. et autres c. France*, n° 24587/12 [2016].
 CEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10 [2017].
 CEDH, 15 décembre 2016, *Affaire Khlaifa et autres c. Italie*, n° 16483/12 [2014].
 CEDH, 3 octobre 2017, *N.D. et N.T. c. Espagne*, n° 8675/15 et 8697/15 [2017].
 CEDH, 25 janvier 2018, *J.R et autres c. Grèce*, n° 22696/16 [2018].
 CEDH, 3 octobre 2019, *Kaak et autres c. Grèce*, n° 34215/16 [2019].
 CEDH, 13 février 2020, *N.D. et N.T. c. Espagne* (Grande Chambre), n° 8675/15 et 8697/15 [2020].
 CEDH, 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique* (Grande Chambre), n° 3599/18, [2020].
 CEDH, *Affaire Soldatenko c. Ukraine*, n° 2440/07 [2008].
 CEDH, *Affaire Ismoilov et autres c. Russie*, n° 2947/06 [2008].

Cour pénale internationale

CIJ, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire ICC-02/05-01/09.

Index

A

accord

d'association, 424

de partenariat, 253

de réadmission, 73, 137, 152, 158, 220, 224, 225, 244, 245, 253

non contraignant, 130, 132, 145, 238, 250, 279, 383, 384

non conventionnel, 109, 126, 128, 129, 130, 134, 160, 161, 168, 174, 175, 176, 245, 260, 286, 292, 298, 300, 304

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 216, 511

Agence européenne de garde-frontières et de garde-côte, 195

asile

demandeur, 62, 81, 315, 316, 319, 354, 414, 416, 419, 474, 477, 479, 493, 495, 506

procédure, 62, 82, 84, 142, 166, 315, 316, 413, 421, 494, 505

refus, 460, 501

B

budget de l'UE, 132, 157, 257, 355

C

Charte des droits fondamentaux de l'UE, 291, 309, 350, 352, 359, 399, 413

Charte des droits fondamentaux de l'UE, 167, 172, 202

confiance mutuelle, 404, 413, 422, 423, 424

Conseil de l'Europe, 142, 190, 323, 373, 429, 523

constitutionnalisation

traditions constitutionnelles des pays membres, 394

Convention européenne des droits de l'Homme, 372

Convention européenne des droits de l'homme, 258

Cour de justice de l'UE

interprétation extensive, 318

Cour de justice de l'UE

action courageuse, 362

action volontariste, 362, 373

compétence, 286, 360, 377, 401, 528

interprétation extensive, 198, 213, 369, 374

interprétation restrictive, 84, 95, 415, 504

interprétation téléologique, 431

criminalisation, 162, 219, 220, 221, 223, 296, 299, 358, 393, 440, 450, 512, 513

crise migratoire, 61, 153, 168, 224

D

détention, 419, 428, 440, 476, 512, 513

dialogue judiciaire, 360, 387, 401, 402, 406

droits de l'Homme, 164, 167, 265, 280, 310, 358, 413

droits fondamentaux

bonne administration, 194, 214, 310, 448, 506

dignité, 194, 271, 281, 404, 436, 437, 438, 439, 467, 468, 469, 470, 472, 473, 474, 476, 478

droit d'être entendu, 310, 311, 492, 503, 504, 505, 506

égalité de traitement, 463, 484

liberté, xiii, 62, 64, 70, 81, 94, 107, 108, 115,
119, 161, 172, 173, 181, 194, 200, 281, 316,
326, 327, 351, 374, 375, 377, 378, 380, 396,
417, 419, 423, 424, 425, 429, 436, 439, 468,
476, 480, 481, 482, 488, 489, 513, 514, 536

E

EASO, 178, 180, 323, 337, 350

éloignement, 62, 76, 105, 120, 194, 223, 240, 246,
292, 306, 308, 309, 312, 316, 319, 327, 440,
448, 502, 512

espace de liberté, de sécurité et de justice, 377

eu-Lisa, 119, 178, 179

F

forum de Khartoum, 122, 124, 287

Frontex, 183, 186, 187, 193, 197, 203, 206, 262,
264, 269, 273, 275, 280

H

Hongrie, 71, 319, 320, 323, 418, 457, 458, 497,
499, 538

N

non-refoulement, 67, 257, 269, 304, 313, 316,
318, 327, 344, 350, 354, 452, 458, 502

P

principes généraux de droit, 67, 170, 209, 309,
350, 360, 362, 363, 364, 365, 367, 368, 369,
371, 372, 374, 377, 384, 386, 398, 399, 417,
451, 575

processus de Rabat, 121

protection internationale, 345, 456, 501

protection subsidiaire, 332

Q

question préjudicielle, 87, 92, 317, 319, 359, 388,
405, 435, 439, 440, 456, 460, 486, 489, 512,
575

R

réention, 82, 419, 429, 440, 476, 511, 512, 513

S

Sommet de La Valette, 124, 232, 355

Déclaration de La Valette, 226, 245

Soudan, 288

T

Traité de Lisbonne, 110, 116, 172, 177, 206, 208,
241, 249, 380, 384, 390, 396, 399, 467

Trust Fund, 154, 232

ANNEXE I – Accords de réadmission signés par l’UE

Title	Type	Date of Signature
Agreement between the European Union and the Republic of Azerbaijan on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	28/02/2014
Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	16/12/2013
Agreement between the European Union and the Republic of Armenia on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	19/04/2013
Agreement between the European Union and the Republic of Cape Verde on the readmission of persons residing without authorisation (*)	Bilateral	18/04/2013
Agreement between the European Union and Georgia on the readmission of persons residing without authorization	Bilateral	22/11/2010
Agreement between the European Community and the Islamic Republic of Pakistan on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	26/10/2009
Agreement between the European Community and the Republic of Moldova on the readmission of persons residing without authorisation - Declarations	Bilateral	10/10/2007
Agreement between the European Community and Bosnia and Herzegovina on the readmission of persons residing without authorisation - Joint Declarations	Bilateral	18/09/2007
Agreement between the European Community and the Republic of Montenegro on the readmission of persons residing without authorisation - Joint Declarations	Bilateral	18/09/2007
Agreement between the European Community and the Republic of Serbia on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	18/09/2007
Agreement between the European Community and the former Yugoslav Republic of Macedonia on the readmission of persons residing without authorisation - Joint Declarations	Bilateral	18/09/2007
Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons	Bilateral	18/06/2007
Agreement between the European Community and the Russian Federation on readmission	Bilateral	25/05/2006
Agreement between the European Community and the Republic of Albania on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	14/04/2005
Agreement between the European Community and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	04/06/2004
Agreement between the European Community and the Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorisation	Bilateral	13/10/2003
Agreement between the European Community and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization	Bilateral	27/11/2002

Source : EEAS - *European External Action Service-Treaties Office Database*
<http://ec.europa.eu/world/agreements/SimpleSearch.do>

ANNEXE II – Listes Nationales de « pays sûrs »

Listes nationales existantes	
État membre	Pays considérée comme sûre
Autriche	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, le Monténégro, la Serbie, pays de l'EEE / Suisse, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande
Belgique	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, le Monténégro, la Serbie, l'Inde
Bulgarie	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Monténégro, la Serbie, l'Ukraine, l'Algérie, l'Éthiopie, le Ghana, le Nigeria, la Tanzanie, L'Arménie, le Bangladesh, la Chine, la Géorgie, l'Inde, la Turquie
République Tchèque	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, le Monténégro, la Serbie, pays de l'EEE / Suisse, le Liechtenstein, le Canada, Etats-Unis, la Mongolie, l'Australie, la Nouvelle-Zélande
Danemark	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, le Monténégro, la Serbie, pays de l'AELE, la Moldavie, Fédération de Russie, Canada, Etats-Unis, la Mongolie, l'Australie, le Japon, la Nouvelle-Zélande
France	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Monténégro, la Moldavie, le Bénin, le Cap-Vert, le Ghana, Maurice, le Sénégal, la Tanzanie, Arménie, la Géorgie, l'Inde, la Mongolie
Allemagne	Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, la Serbie, Ghana, le Sénégal
Irlande	Afrique du Sud
Luxembourg	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, le Monténégro, la Serbie, l'Ukraine, le Bénin *, Cap-Vert, le Ghana *, le Sénégal
Malte	Pays de l'AELE / Suisse, le Bénin, le Botswana, le Cap Vert, le Gabon, le Ghana, Sénégal, Brésil, Canada, Chili, Costa Rica, Jamaïque, Uruguay, Etats-Unis, l'Inde, Australie, le Japon, la Nouvelle-Zélande
Slovaquie	Monténégro, pays de l'EEE / Suisse, le Ghana, le Kenya, Maurice, les Seychelles, Afrique du Sud, Canada, USA, Australie, Japon, Nouvelle-Zélande
Royaume-Uni	L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Kosovo, le Monténégro, la Serbie, la Moldavie, l'Ukraine, la Gambie *, * Ghana, Kenya *, * Liberia, le Malawi *, Mali, Maurice *, le Nigéria, l'Afrique du Sud, la Sierra Leone *, Bolivie, Brésil, l'Équateur *, la Jamaïque, le Pérou, l'Inde, la Mongolie, la Corée du Sud

* Sûr seulement pour les hommes

Source : Commission européenne

https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_fr.pdf

ANNEXE III – Liste complète des agences de l'UE

C 434/2

FR

Journal officiel de l'Union européenne

30.11.2018

LISTE DES SIGLES ET ACRONYMES

La liste des sigles et acronymes comporte les agences et autres organismes de l'Union européenne couverts par le présent rapport.

Sigle ou acronyme	Nom complet	Siège
AAE	Agence d'approvisionnement d'Euratom	Luxembourg, Luxembourg
ABE	Autorité bancaire européenne	Londres, Royaume-Uni
ACER	Agence de coopération des régulateurs de l'énergie	Ljubljana, Slovénie
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles	Francfort-sur-le-Main, Allemagne
AECF	Agence européenne de contrôle des pêches	Vigo, Espagne
AEE	Agence européenne pour l'environnement	Copenhague, Danemark
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers	Paris, France
AESA	Agence européenne de la sécurité aérienne	Cologne, Allemagne
AESM	Agence européenne pour la sécurité maritime	Lisbonne, Portugal
AFE	Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer	Valenciennes, France
CdT	Centre de traduction des organes de l'Union européenne	Luxembourg, Luxembourg
Cedefop	Centre européen pour le développement de la formation professionnelle	Thessalonique, Grèce
CEPOL	Agence de l'Union européenne pour la formation des services répressifs	Budapest, Hongrie
Chafea	Agence exécutive pour les consommateurs, la santé, l'agriculture et l'alimentation	Luxembourg, Luxembourg
CRU	Conseil de résolution unique	Bruxelles, Belgique
EACEA	Agence exécutive «Éducation, audiovisuel et culture»	Bruxelles, Belgique
EASME	Agence exécutive pour les petites et moyennes entreprises	Bruxelles, Belgique
EASO	Bureau européen d'appui en matière d'asile	La Valette, Malte
ECDC	Centre européen de prévention et de contrôle des maladies	Stockholm, Suède
ECHA	Agence européenne des produits chimiques	Helsinki, Finlande
EFSA	Autorité européenne de sécurité des aliments	Parme, Italie
EIGE	Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes	Vilnius, Lituanie

Sigle ou acronyme	Nom complet	Siège
EIT	Institut européen d'innovation et de technologie	Budapest, Hongrie
EMA	Agence européenne des médicaments	Londres, Royaume-Uni
ENISA	Agence de l'Union européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information	Héraklion, Grèce
ERCEA	Agence exécutive du Conseil européen de la recherche	Bruxelles, Belgique
ETF	Fondation européenne pour la formation	Turin, Italie
eu-LISA	Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice	Tallinn, Estonie
EU-OSHA	Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail	Bilbao, Espagne
Eurofound	Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail	Dublin, Irlande
Eurojust	Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne	La Haye, Pays-Bas
Europol	Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs	La Haye, Pays-Bas
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne	Vienne, Autriche
Frontex	Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes	Varsovie, Pologne
GSA	Agence du système global de radionavigation par satellite européen	Prague, Tchéquie
INEA	Agence exécutive pour l'innovation et les réseaux	Bruxelles, Belgique
OCVV	Office communautaire des variétés végétales	Angers, France
OEDT	Observatoire européen des drogues et des toxicomanies	Lisbonne, Portugal
Office de l'ORECE	Office de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques	Riga, Lettonie
OUEPI	Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle	Alicante, Espagne
REA	Agence exécutive pour la recherche	Bruxelles, Belgique

Source : Cour des Comptes de l'Union européenne, Rapport annuel sur les agences de l'UE relatif à l'exercice 2017 (2018/C 434/01).

Annexe IV – Statistique sur le taux de réadmission en UE

TABLE 1.2 Number of nationals irregularly present, orders to leave issued and enforced expulsions 2014–2017^a

	2014			2015			2016			2017		
	<i>Found Irregularly Present</i>	<i>Ordered to Leave</i>	<i>Enforced Expulsions</i>	<i>Found Irregularly Present</i>	<i>Ordered to Leave</i>	<i>Enforced Expulsions</i>	<i>Found Irregularly Present</i>	<i>Ordered to Leave</i>	<i>Enforced Expulsions</i>	<i>Found Irregularly Present</i>	<i>Ordered to Leave</i>	<i>Enforced Expulsions</i>
Nigeria	16,410	13,830	4,590	20,395	12,915	4,605	20,545	11,450	3,945	19,390	15,660	3,705
Ethiopia	2,360	1,105	175	4,455	1,480	180	4,575	1,475	210	3,450	2,560	355
Ghana	685	4,285	1,340	525	3,710	1,080	365	4,155	1,085	280	5,030	1,110
Niger	15	550	60	25	380	55	25	330	55	45	460	45
Mali	265	5,495	605	410	3,505	400	390	3,695	385	645	4,705	350

SOURCE: AUTHOR COMPILATION BASED ON EUROSTAT, STATISTICS ON ENFORCEMENT OF MIGRATION LEGISLATION

^a Concerning Enforced Expulsions: Third country nationals returned following an order to leave the territory.

Source : Sergio Carrera, « On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangements as Intersecting Policy Universes » [2018] EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes 21-59 à la p 54.

Table des matières

RÉSUMÉ	III
ABSTRACT	IV
TABLE DES MATIÈRES	621
LISTE DES ABRÉVIATIONS	V
REMERCIEMENTS	VIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
Section 1 : L'objet de l'étude	1
§1. La réponse juridique aux migrations irrégulières dans l'UE.....	2
A. La mécompréhension du phénomène migratoire	2
B. La quête de sécurisation	5
C. L'équation entre la personne migrante en condition irrégulière et la menace pour la société	7
§2. Le rôle de la CJUE dans le contexte de la répression de l'immigration irrégulière dans l'UE.....	9
A. L'apport de la CJUE à l'encadrement juridique des migrations irrégulières	10
B. L'importance du dialogue entre CJUE et juges nationaux	12
Section 2 : Les limites et la méthode de la recherche	13
§1. Les éléments qui définissent l'étendue de l'étude	14
A. Limites géographiques.....	14
B. La nature non comparative de la recherche.....	15
C. Limites chronologiques.....	16
§2. Le Cadre conceptuel.....	16
A. Crise migratoire, crise de la politique migratoire européenne et pas « crise des migrants »	17
B. Le statut juridique du migrant en condition irrégulière.....	19
C. « Répression » et « criminalisation » des migrations	21
D. La place des droits fondamentaux	22
E. Les droits fondamentaux et la « matière pénale ».....	26
F. La relation entre le droit de l'UE et la marge d'appréciation des États membres	28
G. La Cour européenne des droits de l'Homme.....	30
H. La nécessaire prise en compte du dialogue entre CJUE et CourEDH	33
§3. La méthode de travail.....	36
Section 3 : Une approche inédite à la répression et à la criminalisation des migrations irrégulières mettant au centre l'action de la CJUE.....	37
§1. Pertinence scientifique de la recherche.....	38
§2. Problématique et question de recherche	41
§3. La thèse d'une action marquante de la CJUE dans l'évolution de la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes dans l'UE.....	43
PREMIÈRE PARTIE	45
LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES À L'EXTÉRIEUR DU TERRITOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE ET LES LIMITES DU CONTRÔLE DE LA COUR DE JUSTICE SUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX	45
TITRE 1 : LA RÉPRESSION AVANT L'ENTRÉE ET L'ÉMERGENCE DU « PARADIGME DE LA PRÉVENTION »	50
<i>Chapitre 1 : La distance entre barrières juridiques et frontières géographiques</i>	52
Section 1 : L'Europe des murs	55
§1. L'impact de la jurisprudence de la CEDH sur la notion de Frontières physiques dans l'ELSJ	55
A. Un aperçu des frontières de l'Union européenne	56
B. Un exemple atypique de frontière : Ceuta et Melilla.....	59
1) Melilla : la notion de « frontière opérationnelle ».....	61
2) Ceuta et Melilla : frontières « chaudes » et refoulement « tièdes ».....	64

§2. L'impact de la jurisprudence de la CJUE sur la distance entre frontières physiques et barrières juridiques.....	69
A. La notion de Visa : une interprétation restrictive offerte par la CJUE.....	70
B. Le visa humanitaire : l'action incomprise, mais féconde de la CJUE.....	73
1) La discipline défailante du visa humanitaire en droit de l'UE.....	74
2) L'affaire X. et X. contre Belgique : une leçon à tirer.....	77
Section 2 : Le Fossé Méditerranéen.....	86
§3. Les normes européennes et l'approche opérationnelle en matière de surveillance des frontières maritimes.....	87
§4. la jurisprudence européenne : premier <i>gilet de sauvetage</i> pour les droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière.....	90
Section 3 : Les pratiques d'externalisation du contrôle des flux migratoires.....	94
§1. L'agencification pièce maitresse du modèle de fédéralisme d'exécution dans le contrôle des migrations irrégulières.....	96
A. Les origines du phénomène d'agencification.....	98
1) La distinction entre agence de régulation et agence exécutives.....	99
2) L'action de la CJUE pour la définition des compétences des agences.....	101
B. Le phénomène d'agencification sous le prisme du « fédéralisme d'exécution ».....	103
1) La tentative de la CJUE d'interpréter la construction progressive du fédéralisme d'exécution dans l'ELSJ.....	103
2) L'impossibilité d'un contrôle juridictionnel adéquat dans la mise en œuvre du fédéralisme d'exécution dans l'ELSJ.....	104
§2. L'institutionnalisation des pratiques bilatérales ou multilatérales d'externalisation au niveau de l'UE.....	106
A. Les cadres extra européens d'externalisation du contrôle migratoire.....	109
1) Le processus de Rabat.....	109
2) Le forum de Khartoum.....	110
B. Les actions prises au sein de l'UE et entre l'UE et les États tiers dans le sens de l'externalisation du contrôle migratoire.....	111
1) Les accords de réadmission conclus directement par l'UE.....	113
2) Les accords non conventionnels.....	114
<i>Chapitre 2 : Les limites du contrôle de la cour de justice face à l'action externe de l'UE et aux initiatives des États membres dans la répression des migrations « avant l'entrée ».....</i>	<i>119</i>
Section 1 : Les initiatives de l'Union européenne dans la répression des migrations « avant l'entrée » : la Déclaration UE-Turquie à l'épreuve de la CJUE.....	123
§1. La nature stratégique du partenariat UE-Turquie.....	124
A. La Déclaration UE-Turquie.....	125
B. Les antécédents de la Déclaration UE-Turquie.....	127
§2. La <i>Déclaration UE-Turquie</i> à l'épreuve de la Cour de justice de l'Union européenne.....	129
A. L'action timide de la CJUE dans affaire N.F. : occasion manquée pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes.....	130
1) La reconnaissance implicite de la Turquie comme « pays tiers sûr ».....	131
2) La complexe identification de l'« auteur de l'acte ».....	133
3) L'approche interprétative adoptée par la CJUE dans l'affaire N.F. c. Conseil européen.....	137
B. Analyse critique de la jurisprudence de la Cour de justice concernant la <i>Déclaration UE-Turquie</i> : une autre issue possible.....	141
1) Le rôle proactif de l'UE dans la mise en œuvre du plan d'action UE- Turquie.....	142
2) Des éléments clarificateurs de la nature juridique de la Déclaration UE-Turquie.....	143
3) La « <i>consecutio legis</i> » entre l'accord de réadmission République hellénique-Turquie et l'accord de réadmission UE-Turquie face au non-droit de la Déclaration.....	148
Section 2 : Les initiatives des pays membres dans la répression des migrations « à l'entrée » : menaces concrètes à la cohérence de l'action externe de l'UE qui échappent au contrôle de la Cour de justice.....	150
§1. Les ententes techniques entre services de police des États membres et des États tiers : pratiques concrètes de répression des migrations à l'entrée.....	151

A.	Les ententes techniques : une pratique fondée sur une mauvaise application du principe de séparation des pouvoirs	152
B.	La compatibilité des ententes techniques pour la répression des migrations avec le droit de l'UE	153
§2.	Le contrôle de la CJUE sur le <i>joint statement</i> entre forces de police de l'Autriche et des pays des Balkans	160
A.	Les entraves au contrôle de la CJUE sur le <i>joint statement</i> entre forces de police de l'Autriche et des pays des Balkans.....	160
B.	Vers un possible dépassement des limites à l'action de la CJUE via l'application du principe de « non-contradiction ».....	165
Section 3 : Le rôle des agences dans le contrôle et la répression des migrations irrégulières avant l'entrée.....		167
§1.	Les agences rattachées à la DG Migration et Affaire intérieures et leur rôle dans l'externalisation du contrôle migratoire	167
A.	Les acteurs de la gestion intégrée des systèmes d'information de l'UE : vers l'interopérabilité des agences	168
1)	Le rôle stratégique de l'agence eu-Lisa pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE	169
2)	Le système EUROSUR « refonte » désormais sous contrôle de Frontex.....	173
B.	De Frontex au corps européen de garde-frontières et garde-côtes : plus qu'une simple agence décentralisée	177
1)	Les origines de Frontex : une simple agence de coordination opérationnelle aux frontières extérieures de l'UE	178
2)	Le corps européen de garde-frontières et garde-côtes : une « Agence de substitution ».....	182
§2.	L'évolution des pouvoirs répressifs de l'agence Frontex.....	184
A.	L'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes: quel rôle dans la répression des migrations irrégulières?	186
1)	L'action de la CJUE pour l'encadrement des pouvoirs répressifs de Frontex.....	188
2)	La multiplication du contrôle politique sur l'agence Frontex : symptôme d'efficacité?.....	194
B.	L'Agence de garde-frontières et de garde-côtes : plus qu'une simple agence décentralisée, moins qu'un sujet concrètement justiciable.....	196
1)	Quelle responsabilité pour l'agence Frontex?	197
2)	Quelle efficacité du mécanisme de plainte pour violation des droits fondamentaux?	205
Section 4 : Les accords entre pays membres et pays tiers pour la répression des migrations avant l'entrée : entre gestion des frontières et entrave au droit d'asile.....		209
§1.	La coopération avec le Maroc : quand la répression des migrations à l'entrée des frontières de l'UE comporte la criminalisation des migrations à la sortie du continent africain.....	211
A.	L'accord entre l'Espagne et le Maroc : premier exemple de criminalisation « par induction »	212
B.	Les relations UE-Marc : du « <i>more-for-more</i> » au « <i>less-for-less</i> »	216
§2.	Les nouveaux horizons de la répression des migrations avant l'entrée et les limites de l'action de la Cour de justice mises en exergue par le <i>mémorandum of understanding</i> entre l'Italie et la Libye.	219
A.	De Bruxelles à Tripoli en passant par Rome : la complexité des relations avec la Libye pour la répression des migrations irrégulières	219
B.	Quelle place pour l'Action de la CJUE face à la <i>fictio juris</i> de l'entente Italie-Libye pour la répression des migrations irrégulières	223
<i>Conclusion Titre I</i>		228
TITRE 2 : LA CONSTRUCTION DU MODÈLE DE RÉPRESSION DES MIGRATIONS « À LA SORTIE » PAR L'UE ET SES ÉTATS MEMBRES		230
<i>Chapitre 1 : La cristallisation des pratiques de répression des migrations irrégulières « à la sortie »</i>		232
Section 1 : Les accords de réadmission conclus directement par l'UE avec des États tiers.....		233
§1.	L'évolution des accords de réadmission conclus par l'UE avec les pays tiers : le recours à la ruse pour le bien de l'UE ?.....	234
A.	La réadmission pierre angulaire de l'action externe de l'UE.....	235
B.	Les ententes informelles pour la réadmission : formule d'efficacité ou boomerang pour l'UE ?	238

§2. Les limites de l'action de la CJUE face aux derniers « accords » de réadmission : l'exemple du <i>Joint Way Forward</i> UE-Afghanistan.....	243
A. Le parcours aboutissant à la conclusion de l'accord de partenariat UE-Afghanistan.....	245
B. Les outils juridiques ou <i>quasi</i> -juridiques mis en place par les institutions UE afin d'échapper au contrôle judiciaire de la CJUE	248
Section 2 : Les partenariats conclus par l'agence Frontex avec les pays tiers pour la réadmission des personnes migrantes en condition irrégulière	254
§1. Les accords de travail conclus par Frontex : Objets juridiques non identifiés.....	256
A. Les accords de travail en vigueur en matière de retour.....	258
B. Les bases légales qui permettent à Frontex de conclure des accords de travail et les limites concernant les droits fondamentaux	261
§2. Les obstacles à la justiciabilité des accords de travail conclus par Frontex	265
A. La nature des accords de travail conclus par Frontex : zone grise entre dimension technique et expression d'un pouvoir politique.....	267
B. Les accords de travail entre Frontex et les autorités des États tiers sont-ils justiciables devant la Cour de justice de l'Union européenne ?	272
Section 3 : La nature insaisissables des partenariats entre États membres et pays tiers pour la réadmission des migrants irréguliers.....	278
§1. Les ententes techniques entre Pays Membres de l'UE et Soudan : exemples concrets de relations juridiquement insaisissables	281
A. Connaître le contexte migratoire soudanais pour saisir la portée des pratiques des répressions des migrations « à la sortie ».....	282
B. Le Soudan : partenaire privilégié-caché de plusieurs pays européens pour l'externalisation des migrations.....	283
§2. Analyse de l'efficacité et de la compatibilité des ententes techniques avec le Soudan à partir du cas italien	289
A. Le <i>causus belli</i> de l'expulsion de 40 Soudanais et la découverte du Mémorandum d'entente entre l'Italie et le Soudan.....	289
B. Le contenu et l'efficacité du <i>memorandum of understanding</i> entre la police italienne et la police soudanaise.....	291
Section 4 : La justiciabilité des ententes techniques : vers un contrôle possible du principe de non-refoulement et du droit à un recours effectif de la part de la Cour de justice de L'UE	297
§1. Le principe de non-refoulement en droit de l'Union européenne	298
§2. Le droit à un recours effectif en droit de l'UE.....	302
<i>Chapitre 2 : la Cour de justice et le renvoi vers un « pays tiers sûr », comme moyen de répression des personnes migrantes « à la sortie »</i>	<i>305</i>
Section 1 : Les notions de « pays tiers sûr » et de « pays d'origine sûr » au crible de la Cour de Justice de l'Union européenne : état de l'art et perspectives de reformes	306
§1. La notion de « pays tiers sûr ».....	308
§2. La notion de « pays d'origine sûr ».....	314
Section 2 : Les mesures à l'étude en matière de classification des « pays tiers sûrs » en droit européen et leur efficacité.....	317
§1. Les perspectives de réforme de la notion de « pays tiers sur » en droit européen	317
§2. L'efficacité de la réforme proposée : la création d'une liste européenne commune de pays tiers sûrs	321
§3. Les retombées pratiques sur les principaux flux migratoires vers l'UE.....	323
Section 3 : L'exclusion et la révocation du statut de réfugié et de la protection subsidiaire : principaux moyens de la répression des migrations à la sortie.....	325
§1. L'action de la Cour de justice sur l'exclusion du statut de réfugié et de la protection subsidiaire	328
A. La notion d'exclusion prévue par la Directive « qualifications » à la lumière de la jurisprudence de la CJUE.....	328
B. Les conditions de l'exclusion du statut de réfugié prévues par l'article 12, paragraphe 2, de la Directive 2011/95 à la lumière de la jurisprudence de la CJUE	330

C.	L'interprétation de la CJUE des clauses d'exclusion du statut de la protection subsidiaire prévues par l'article 17, paragraphe 2, de la Directive 2011/95	335
§2.	L'action de la Cour de justice sur la révocation du statut de réfugié et de la protection subsidiaire	338
A.	La révocation de la protection subsidiaire à la lumière de la jurisprudence de la CJUE : vers le renforcement de la crédibilité du système de protection internationale de l'UE	339
B.	Les conditions de la révocation du statut de réfugié à la lumière de la jurisprudence de la CJUE : entre obligation et pouvoir discrétionnaire des États membres	341
C.	La compatibilité de l'article 14, paragraphe 5 de la <i>Directive 2011/95</i> avec la <i>Convention de Genève</i>	343
	<i>Conclusion Titre II</i>	347
CONCLUSIONS PARTIE I : L'EXTERNALISATION 3.0		349
DEUXIÈME PARTIE		351
L'ACTION EFFICACE DE LA CJUE POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX FACE À LA RÉPRESSION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES SUR LE TERRITOIRE DE L'UE		351
<hr/>		
TITRE 1 : L'ACTIVITÉ INTERPRÉTATIVE DE LA CJUE : REMPART POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE CONTENTIEUX SUR LA CRIMINALISATION DES MIGRATIONS		
		354
<i>Chapitre 1 : La construction complexe du dialogue entre CJUE et juridictions nationales pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes en situation irrégulière</i>		
		356
Section 1 : La place des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la CJUE : du silence des traités aux principes généraux de droit		
		358
§1.	Les principes généraux de droit : porte d'entrée de droits fondamentaux dans l'action de la CJUE	358
A.	La construction d'une troisième voie entre création du droit par le juge et simple interprétation des traités.....	359
1)	Vers la création d'une Communauté de peuples européens au sein d'une Communauté économique.....	359
2)	La place des principes généraux de droit dans la hiérarchie des sources	362
B.	L'utilisation des PGD par la CJUE au-delà de la protection des droits fondamentaux	365
1)	La consolidation de l'ordre juridique européen : objectif prioritaire pour la CJUE.....	366
2)	L'action interprétative de la CJUE : remède efficace à l'absence originelle d'une politique globale de protection des droits fondamentaux.....	369
§2.	Les limites de l'application du modèle des principes généraux de droit à l'ELSJ	372
A.	La spécificité de l'ELSJ.....	373
1)	Une spécificité « extrinsèque »	374
2)	Une spécificité « intrinsèque »	377
B.	Un arrêt « <i>Van Gend end Loos</i> » pour l'ELSJ ?	380
1)	Des avancées remarquables en matière pénale inspirées par l'action de la CJUE.....	380
2)	L'absence d'une réponse législative adéquate aux inputs venant de la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux des personnes migrantes	385
Section 2 : Le rôle des traditions constitutionnelles des pays membres : frein ou accélérateur de l'action de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux dans l'ELSJ		
		389
§1.	La jurisprudence de la CJUE en matière de droits fondamentaux au carrefour entre <i>jus commune europaeum</i> et identités constitutionnelles des États membres	390
§2.	Les Cour constitutionnelles des pays membres ennemies et alliées de la CJUE pour la protection des droits fondamentaux	396
A.	Le dialogue de la CJUE avec la Cour constitutionnelle allemande.....	398
B.	Le dialogue de la CJUE avec la Cour constitutionnelle italienne	402
Section 3 : Les interactions entre la CJUE et la CourEDH : source précieuse pour la protection des droits fondamentaux des personnes migrantes		
		405
§1.	Convergences réelles.....	407

A.	L’empreinte laissée par l’interaction des arrêts <i>M.S.S. c. Belgique</i> et <i>N.S.</i> sur la protection des demandeurs d’asile dans l’UE.....	408
B.	Un exemple de synergie explicite : les arrêts <i>Al Chodor</i> et <i>Del Rio Prada c. Espagne</i>	413
§2.	Et divergences apparentes entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la Cour EDH.....	416
A.	Retour sur la jurisprudence <i>N.S.</i> : divergences apparentes avec l’arrêt <i>Tarakhel</i> de la Cour EDH.....	416
B.	La déclaration UE-Turquie « au tamis » des cours européennes.....	422
<i>Chapitre 2 : Le renvoi préjudiciel devant la CJUE, clé de voûte de l’interaction entre juridiction de l’UE et systèmes nationaux pour la protection des droits fondamentaux des migrants.....</i>		
<i>428</i>		
Section 1 : Principes dégagés par la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux lors de l’entrée sur le territoire de l’UE.....		
430		
§1.	Droits subjectifs en matière d’accès au territoire.....	431
A.	La protection de la dignité humaine lors de l’accès au territoire de l’UE.....	432
B.	La protection de la liberté dans l’accès au territoire.....	435
1)	L’interdiction d’entrée à durée illimitée.....	436
2)	La protection des données personnelles lors de l’accès au territoire UE.....	437
3)	La protection de l’unité familiale.....	441
§2.	Droits procéduraux lors de l’accès au territoire de l’UE.....	444
A.	La <i>fiction iuris</i> du « cas frontière ».....	445
B.	Droit à un recours effectif :.....	449
1)	La marge d’appréciation des États membres dans la prédisposition des mécanismes juridictionnels effectifs.....	450
2)	Le caractère péremptoire du délai de traitement des demandes de protection internationale : exemple de « répression déguisée ».....	452
3)	La notion controversée de « for naturel » compétent pour le recours face à un refus de visa.....	457
C.	Égalité de traitement et discrimination sur la base de la nationalité.....	460
Section 2 : Principes dégagés par la CJUE en matière de protection des droits fondamentaux sur le territoire de l’UE.....		
463		
§1.	Droits subjectifs en matière de répression sur le territoire.....	464
A.	La protection de la dignité humaine sur le territoire de l’UE.....	465
1)	L’interdiction d’exposer les demandeurs à un « dénouement matériel extrême ».....	465
2)	L’obligation d’assurer un niveau de vie digne des mineurs non accompagnés.....	470
B.	La protection de la liberté sur le territoire de l’UE.....	473
1)	Le respect de la vie privée et familiale dans la protection contre le risque de persécution pour l’orientation sexuelle.....	473
2)	La CJUE s’oppose aux limitations à la liberté de circulation des bénéficiaires de protection subsidiaire.....	478
C.	Égalité de traitement et non-discrimination.....	481
1)	L’égalité d’accès aux prestations sociales.....	482
2)	Discrimination fondée sur l’orientation sexuelle ou la religion.....	485
§2.	Droits procéduraux en matière de répression sur le territoire.....	489
A.	Droit à un Recours effectif.....	489
1)	Les résultats de l’interaction féconde entre la CJUE et le législateur de l’UE.....	490
2)	La CJUE met fin à « l’effet ping-pong ».....	494
3)	Le recours effectif contre un refus de protection internationale dans la zone grise du caractère « irrégulier » du séjour d’un demandeur débouté.....	498
B.	Droit à être entendu.....	500
1)	La CJUE s’oppose aux restrictions au droit à être entendu prévues dans le système irlandais.....	500
2)	La protection « a minimis » offerte par le droit de l’UE du droit à être entendu.....	502
<i>Conclusions Titre I.....</i>		
<i>505</i>		
TITRE 2 : L’ACTIVITÉ INTERPRÉTATIVE DE LA CJUE POUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DES MIGRANTS INFLUENÇANT L’ÉMERGENCE D’UNE RÉPONSE EUROPÉENNE HARMONISÉE.....		
508		

<i>Chapitre 1 : L'action de la CJUE en matière de détention et rétention de personnes migrantes dans les pays membres de l'UE</i>	511
Section 1 : Le droit à la liberté personnelle : vrai perdant de la lutte contre l'immigration irrégulière.....	511
§1. Quel droit à la liberté personnelle?.....	511
§2. Quelle distinction entre les notions de « rétention » et « détention » ?.....	517
Section 2 : Les limitations à la liberté personnelle des personnes migrantes à la lumière de la jurisprudence de la CJUE.....	522
§1. La jurisprudence de la CJUE en matière de détention des personnes migrantes	523
A. La criminalisation de l'immigration irrégulière : un phénomène répandu dans la plupart des pays membres de l'UE.....	523
B. L'électrochoc de la réponse pénale causé par les Arrêts El Dridi.....	526
C. ... et par l'arrêt <i>Achughbabian</i>	530
D. Le résultat d'un long parcours interprétatif en matière de détention de personnes migrantes en condition irrégulière.....	533
§2. La jurisprudence de la CJUE en matière de rétention des personnes migrantes.....	536
A. Retour sur la notion de rétention.....	537
B. Le risque de fuite.....	540
C. La rétention des demandeurs d'asile au nom de la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public.....	544
<i>Chapitre 2 : Les conséquences de l'action de la CJUE dans le contentieux sur la criminalisation des migrations irrégulières</i>	548
Section 1 : L'impact de la jurisprudence de la CJUE sur les dispositions de droit pénal national en matière migratoire.....	548
§1. La quiescence des normes incompatibles avec le droit UE.....	549
D. Le contrecoup de l'arrêt El Dridi sur les praticiens du droit.....	549
E. La <i>non-application</i> du droit interne comme modalité pour résoudre les antinomies	550
F. Les limites du mécanisme de la non-application du droit interne.....	552
§2. L'abrogation des normes incompatibles avec le droit UE.....	553
Section 2 : La redéfinition des frontières entre droit administratif et droit pénal national en matière migratoire selon les principes dégagés par la CJUE.....	555
§1. Le droit administratif en matière migratoire ne peut se passer des droits fondamentaux.....	556
§2. Vers un code européen des migrations ?.....	560
A. Les tentatives inachevées.....	560
B. Des craintes légitimes.....	562
C. Une solution immédiatement applicable.....	563
Conclusion Titre II.....	567
CONCLUSION GÉNÉRALE	569
§1. Une action efficace dans les limites de ses propres compétences : <i>the sound of silence</i>	571
§2. La jurisprudence de la CJUE source incontournable pour l'évolution du droit migratoire.....	573
INDEX	614
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	576
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	605
ANNEXE I – ACCORDS DE RÉADMISSION SIGNÉS PAR L'UE	614
ANNEXE II – LISTES NATIONALES DE « PAYS SURS »	617
ANNEXE III – LISTE COMPLETE DES AGENCES DE L'UE	618
ANNEXE IV – STATISTIQUE SUR LE TAUX DE RÉADMISSION EN UE	620

