



HAL
open science

Obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale en droit de l'Union européenne

Émilie Lenain Hétreau

► **To cite this version:**

Émilie Lenain Hétreau. Obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale en droit de l'Union européenne. Droit. Université d'Angers, 2023. Français. NNT : 2023ANGE0077 . tel-04594146

HAL Id: tel-04594146

<https://theses.hal.science/tel-04594146>

Submitted on 30 May 2024

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.

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE D'ANGERS

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *Droit public*

Par

Emilie LENAIN

Obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale en droit de l'Union européenne

Thèse présentée et soutenue à Angers, le 13 janvier 2023
Unité de recherche : Centre Jean Bodin
Thèse N° : 351367

Rapporteurs avant soutenance :

Thibault FLEURY-GRAFF
Ségolène BARBOU DES PLACES

Professeur à l'Université Paris-Saclay
Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Composition du Jury :

Thibault FLEURY-GRAFF
Ségolène BARBOU DES PLACES
Emmanuel AUBIN
Karine ABDEREMANE

Professeur à l'Université Paris-Saclay
Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Professeur à l'Université de Tours
Maîtresse de conférences à l'Université Paris-Saclay

Dir. de thèse :
Bérangère TAXIL

Professeure à l'Université d'Angers

Co-dir. de thèse :
Estelle d'HALLUIN

Maîtresse de conférences en sociologie à l'Université de Nantes

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements se dirigent tout naturellement vers Bérangère Taxil et Estelle d'Halluin. Merci mille fois de m'avoir fait confiance pour l'octroi de ce sujet et du contrat doctoral qui l'accompagnait. Merci d'avoir relu avec autant de soin l'ensemble de mon travail. Merci de m'avoir enseigné la rigueur de la recherche. Merci enfin pour vos encouragements et votre soutien. Vous avez été à l'origine de tellement de bouleversements positifs et d'opportunités nouvelles !

Je tiens également à remercier l'ensemble des chercheurs du projet ARRECO. J'ai eu un grand plaisir à travailler et apprendre à vos côtés. Une attention toute particulière pour Carole Billet, pour ses relectures et son soutien dans les pires moments, et à Samuel Delépine pour son accueil chaleureux. Je remercie aussi Michel Catala et Caroline Lanciaux ainsi que l'ensemble des équipes d'Alliance Europa. Votre enthousiasme pour la recherche est contagieux.

J'adresse mes remerciements très sincères à la Professeure Alina Miron pour son accueil au sein de l'Université d'Angers, pour son amitié, pour m'avoir envoyée à Vancouver au beau milieu d'une assemblée de marins et, surtout, pour n'avoir jamais douté de mes capacités à mener cette recherche à son terme.

J'aimerais remercier les Professeurs Thibault Fleury-Graff, Ségolène Barbou des Places, Emmanuel Aubin et Madame Karine Abderemane d'avoir accepté de siéger dans mon jury pour discuter de mon travail. J'ai une pensée reconnaissante pour la Professeure Marie-Laure Basilien-Gainche pour ses écrits et nos discussions.

Élise, Léa, Joseph, Éloïse, je vous offre toute ma gratitude. Vos relectures ont été déterminantes, merci d'y avoir passé autant de temps. Merci aussi pour tous les petits ou énormes coups de main donnés sans aucune attente de retour pendant ces années de thèse. Votre amitié m'est précieuse.

Martine, Betty et toute la troupe du « jeudi des copains », merci d'avoir si souvent pris soin de mes enfants pour que je puisse travailler à des heures plus diurnes.

Élie, Nora, Léon, merci de votre patience à l'égard de ce travail qui vous échappe et c'est tant mieux. Votre présence à mes côtés m'a permis de toujours remettre cette thèse à sa place, importante, dévorante même, mais jamais plus que vous trois.

Sacha, il n'y a qu'une seule page pour les remerciements alors je vais m'en tenir à l'essentiel. Merci d'être mon mari, mon ami, mon collègue, mon rocher, mon abri.

À mes parents qui n'ont vu ni le début ni la fin de ce travail mais qui ont été là pourtant. Merci de toujours m'avoir fait croire que je pouvais réussir.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – L'OBLIGATION DE DETENIR UN VISA POUR LES PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE

TITRE 1. UNE OBLIGATION GENERALE INADAPTEE AUX PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE

Chapitre 1. L'opposabilité de l'obligation de visa aux personnes en besoin de protection internationale

Chapitre 2. Le besoin de protection internationale comme obstacle à l'exécution de l'obligation de visa

TITRE 2. UNE OBLIGATION RENFORCEE PAR UN MAILLAGE DENSE DE MECANISMES D'INTERCEPTION MIS EN ŒUVRE SANS DISTINCTION

Chapitre 1. L'extension des contrôles migratoires par la privatisation : le cas des sanctions aux transporteurs

Chapitre 2. L'extension des contrôles migratoires par l'implication des États tiers

DEUXIEME PARTIE – L'ABSENCE D'OBLIGATION POUR LES ÉTATS MEMBRES DE DELIVRER UN VISA AUX PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE

TITRE 1. LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE SELECTION DES CANDIDATS AUX VOIES LEGALES D'ACCES

Chapitre 1. Les limites des programmes européens

Chapitre 2. L'extrême sélectivité des programmes européens

TITRE 2. UN CONTROLE JURIDICTIONNEL LIMITE

Chapitre 1. Un droit au recours incomplet

Chapitre 2. L'irrecevabilité des recours devant les cours européennes

LISTE DES ABREVIATIONS

ACP	Pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique	cf. infra	voir plus bas
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>	cf. supra	voir plus haut
AGNU	Assemblée générale des Nations unies	CICR	Comité international de la Croix-Rouge
AIDI	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>	CIJ	Cour internationale de Justice
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>	CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>	CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
APD	Aide publique au développement	CNDA	Cour nationale du droit d'asile
AUEA	Agence de l'Union européenne pour l'asile	CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
CDH	Comité des droits de l'homme	Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CDI	Commission du droit international	CPIJ	Cour permanente de Justice internationale
CE	Conseil d'État	dir.	sous la direction de
CEE	Communauté économique européenne	DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest	EASO	<i>European Asylum Support Office</i> / Bureau européen d'appui en matière d'asile
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme		
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile		

ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies	JAI	Justice et affaires intérieures
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>	JO	Journal officiel
ETIAS	<i>European Travel Information and Authorization System /</i> Système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages	JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
EUAA	<i>European Union Agency for Asylum</i>	OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
EURODAC	Système européen de comparaison des empreintes digitales des demandeurs d'asile	OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
EUROSUR	Système européen de surveillance des frontières	OEA	Organisation des États américains
FSE	Fonds Social Européen	OFII	Office français d'immigration et d'intégration
FED	Fonds européen de développement	OFPRA	Office français de protection des réfugiés et apatrides
HCR	Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés	OMC	Organisation mondiale du commerce
Ibid.	même œuvre	OIM	Organisation internationale pour les Migrations
Idem	même référence	OMI	Organisation maritime internationale
IDI	Institut de droit international	ONG	Organisation non-gouvernementale
IJRL	<i>International Journal of Refugee Law</i>	ONU	Organisation des Nations Unies
FRONTEX	Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes	op. cit.	Œuvre précitée
FAMI	Fonds asile migration et intégration	OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
		p. pp.	Page(s)
		PESC	Politique étrangère et de sécurité commune

PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques	TIDM	Tribunal international du droit de la mer
PNUD	Le Programme des Nations Unies pour le développement	TPUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
préc.	Document précité	TUE	Traité sur l'Union européenne
RAEC	Régime d'asile européen commun	UA	Union Africaine
SAR	<i>Search and Rescue</i>	UE	Union européenne
SIS	Système d'information Schengen	UNHCR	<i>The United Nations Refugee Agency</i>
<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de droit international</i>	ZEE	Zone économique exclusive
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public</i>		
<i>RCADI</i>	<i>Recueil de cours de l'Académie de droit international</i>		
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>		
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>		
<i>RQDI</i>	<i>Revue québécoise de droit international</i>		
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>		
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>		
SFDI	Société française pour le droit international		
TCE	Traité instituant la Communauté européenne		
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne		

**OBLIGATION DE VISA ET PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE
EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE**

Emilie LENAIN

Les Suppliantes, Eschyle (- 464)

« Les hommes sont sujets à des maux de bien des sortes. Nulle part l'aile de l'infortune ne se montre la même. Qui se serait imaginé que cette fuite imprévue nous conduirait à Argos, notre antique parente, et que nous y chercherions un asile contre un odieux hymen ? »¹

Eldorado, Laurent Gaudé (2006)

« Je me suis trompé. Aucune frontière n'est facile à franchir. Il faut forcément abandonner quelque chose derrière soi. Nous avons cru pouvoir passer sans sentir la moindre difficulté, mais il faut s'arracher la peau pour quitter son pays. (...). Aucune frontière ne vous laisse passer sereinement. Elles blessent toutes. »²

¹ ESCHYLE, « Les Suppliantes », *Tragédies complètes*, Paris, Folio, 1982, pp. 41-87. Le propos mis en scène par Eschyle en – 464 dans cette tragédie antique est troublant d'actualité. Cinquante femmes, les Danaïdes, fuient des terres nord-africaines pour se rendre, par la mer, vers la cité grecque d'Argos. Elles tentent d'échapper à un mariage forcé, arrangé avec leurs cinquante cousins. Le souverain grec vient à leur rencontre pour interroger leur identité et leurs intentions avant qu'elles n'entrent dans la cité. Elles le supplient d'accepter leur présence sur son territoire et de leur accorder sa protection. Le roi hésite, considérant que l'octroi d'une telle protection pourrait venir mettre en danger ses relations avec le père et l'oncle de ces femmes. Il craint de déclencher une guerre. Elles invoquent alors les droits de l'hospitalité. Le roi, après avoir consulté son peuple, décide finalement de faire droit à leur demande.

² L. GAUDE, *Eldorado*, Paris, Actes Sud, 2006, p. 99. Ce roman fictif met en scène un officier de la marine italienne, commandant d'un navire de garde-côtes basé à Catane. Ne supportant plus la détresse des migrants qu'il sauve ni la mort de ceux qu'il ne parvient pas à sauver, le capitaine décide de quitter son emploi pour partir vers l'Afrique du Nord à bord d'une barque de pêcheurs. Dans un esprit de vengeance, le protagoniste recherche le chef d'un réseau de passeurs. À l'issue de plusieurs mésaventures, il est, à son tour, contraint de s'engager sur le chemin de l'exil vers l'Europe. En parallèle de cette histoire, l'auteur présente le parcours de deux frères fuyant le Soudan vers la Libye pour tenter d'atteindre l'Europe. Au cours de ce parcours macabre, seul l'un survit et rencontre le capitaine de la marine italienne.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Vingt-six siècles séparent Eschyle de Laurent Gaudé. Pourtant, les deux œuvres présentent de troublantes similitudes. Les auteurs racontent des migrants qui fuient le continent africain par crainte de mauvais traitements pour tenter d'obtenir la protection d'un souverain européen. Et, dans les deux cas, l'intensité tragique ressort de la difficulté de franchir les frontières. De part et d'autre de l'Histoire, des exilés risquent leur vie et supplient devant des portes closes. Le concept d'asile existe depuis l'Antiquité³. Néanmoins, l'accès à ce refuge présente, encore aujourd'hui, des difficultés considérables. Elles résultent de « tensions théoriques et pratiques que l'on rencontre aux frontières de nos États entre morale et politique, public et privé, libertés individuelles et souveraineté nationale, justice et compassion, urgence et institution »⁴. L'étude proposée porte sur ces tensions et la traduction juridique dont elles font l'objet *via* le régime des visas. Plus généralement, elle aborde l'articulation entre le pouvoir souverain des États de contrôler l'entrée des ressortissants étrangers sur leur territoire, d'un côté, et les droits subjectifs d'une catégorie particulière de ressortissants étrangers que sont les personnes en besoin de protection internationale, de l'autre. Le sujet, vaste et mouvant, doit d'abord être clairement identifié et délimité (§1). Cet exercice permettra ensuite d'en soulever les principaux enjeux (§2). Au-delà de ces derniers, des questions juridiques peuvent être formulées de façon à dessiner les contours de la thèse soutenue et de sa démonstration (§3).

§1. Identification du sujet

2. La matérialisation contemporaine des tensions opposant l'État souverain et l'individu étranger réside dans la délivrance ou le refus d'une autorisation d'entrée sur son territoire.

³ D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, p. 46.

⁴ B. BOUDOU, *Politique de l'hospitalité*, Paris, CNRS, 2017, p. 13 cité par T. FLEURY-GRAFF, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international*, Actes du colloque de la SDFI de 2021, Paris, Pedone, 2022, p. 14.

Cette autorisation prend la forme d'un visa. Par souci de concision, de complétude et de précision, cette étude portera sur une partie seulement de la question du régime des visas et des conséquences pratiques et juridiques de celui-ci. Elle s'intéressera uniquement à l'application du régime des visas aux personnes en besoin de protection internationale. Il s'agit alors de fixer le contexte de l'étude qui prend son essor dans l'évolution de la politique migratoire de l'Union européenne (A) avant de définir précisément les termes de son intitulé (B).

A. Le contexte : l'évolution de la politique migratoire de l'Union européenne

3. La question de l'accès des ressortissants étrangers au territoire d'États dont ils ne sont pas ressortissants est universelle. Autrement dit, les mécanismes de contrôle et de limitation des flux migratoires concernent tous les États du monde. Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi. Il fut un temps où les migrations évoluaient hors de toute contrainte administrative ou juridique. Un survol rapide de l'Histoire de l'humanité permet de mettre en évidence l'avènement récent, particulièrement dans les politiques européennes, des mécanismes de contrôles des flux migratoires (1). Ces contrôles sont l'objet de deux mouvements interdépendants : la communautarisation et l'externalisation ; ce qui entraîne un ralentissement et une contention (*containment*)⁵ des personnes en besoin de protection

⁵ Le terme « contention » est choisi à dessein pour trois raisons. Premièrement, il s'agit du terme qui semble le plus approprié pour faire écho aux écrits en langue anglaise qui abordent la notion de *containment* des migrants sur le territoire des États tiers du fait de la mise en œuvre des mécanismes d'interception par l'Union européenne ; voir en ce sens Parlement européen, étude « The EU Approach on Migration in the Mediterranean », juin 2021, en ligne [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU\(2021\)694413_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU(2021)694413_EN.pdf)] ou V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÈ, « The Rise of Consensual Containment: From « Contactless Control » to « Contactless Responsibility » for Forced Migration Flows », in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 82-108. Deuxièmement, en français, le terme « contention » peut être vu comme le substantif du verbe « contenir » entendu comme « empêcher quelque chose, un groupe de s'étendre ou d'avancer au-delà de certaines limites, les renfermer dans certaines limites ». Les synonymes sont alors « endiguement », « maintien », « rétention », cf. Dictionnaire *Le Larousse*. Troisièmement, le sens médical du terme « contention » éclaire un peu plus notre choix. Ainsi, la contention se caractérise par « l'utilisation de tous moyens, méthodes, matériels et vêtements qui empêchent ou limitent les capacités de mobilisation volontaire de tout ou partie du corps, dans le but d'obtenir la sécurité de la personne qui présente un comportement estimé dangereux ou mal adapté », définition donnée par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé en 2000, regroupée avec d'autres commissions depuis 2004 au sein de la Haute Autorité de santé. La traduction la plus directe en français du terme « *containment* » est sans doute « rétention ». Cependant, ce terme emporterait trop de confusion en cas d'application au domaine du droit des migrations. En effet, en droit français de l'asile et des étrangers, le terme « rétention » désigne un régime juridique de privation de liberté dans le but de procéder à l'exécution forcée d'une décision d'éloignement. La « rétention », appliquée au domaine migratoire, pourrait laisser entendre que l'action de

internationale sur le territoire des États tiers (2). Les mécanismes de contrôle migratoire sont nombreux. Toutefois, le régime des visas demeure un outil principal, au centre de l'ensemble du dispositif (3). Par ailleurs, de nombreuses idées, plus ou moins exactes ou fantasmées, foisonnent à l'évocation des politiques migratoires. Il est donc utile de circonscrire le sujet d'un point de vue géographique et statistique afin de mieux en appréhender l'importance (4).

1. L'apparition des contrôles migratoires

4. « Depuis que le monde est monde, les hommes se déplacent »⁶. L'expression est, sans aucun doute, un cliché surexploité. Pour autant, elle traduit l'importance fondamentale des migrations dans la construction des sociétés humaines⁷. Bien que l'avènement de l'État-nation, et donc de la souveraineté étatique, ne coïncide pas parfaitement avec l'introduction des contrôles aux frontières dans leur version contemporaine, cette souveraineté en est bien le fondement⁸. En effet, c'est parce que l'État a obtenu le droit de contrôler un territoire et une population qu'il en est arrivé à contrôler les mouvements des personnes au travers de ses frontières. Pendant un temps relativement long, les migrations de l'espèce humaine n'ont été contraintes par aucune formalité juridique ou administrative. Ainsi, en 1892, l'Institut de droit international rappelait que « l'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un État civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public ou

retenir les migrants est encadrée par un régime juridique impliquant une durée maximum, un droit de recours et d'autres garanties. Or, tel n'est précisément pas le cas lorsque l'on aborde la question de la « contention » des migrants sur le territoire des États tiers. Ici, nous désignons le fait pour ces migrants de se retrouver empêchés d'avancer dans leur trajectoire migratoire du fait de l'application des mécanismes d'interception mis en œuvre par l'Union européenne.

⁶ Ouverture de la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, résolution A/RES/71/1 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 septembre 2016.

⁷ M. GODELIER, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Paris, Albin Michel, 2007, pp. 191-220. B. DAVID (dir.), *Manifeste du Museum d'Histoire naturelle. Migrations*, Paris, Relief, 2018, pp. 16-17. Tous deux sont cités par T. FLEURY-GRAFF, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *op. cit.*, p. 13.

⁸ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 13-133. Voir aussi, T. FLEURY-GRAFF, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *op. cit.*, p. 15. À l'issue de la guerre de trente ans, le traité de Westphalie décrète que chaque souverain aura désormais le contrôle d'un territoire et de sa population, F. GEMENNE, « Ouvrir les frontières, une question de souveraineté », *Cités*, n° 38, 2016/4, p. 49. Notons que dès l'origine, la souveraineté des États a été limitée par la reconnaissance d'un droit des personnes de quitter leur territoire notamment lorsqu'elles étaient en désaccord avec le souverain, L. SOHN, T. BUERGENTHAL, *The Movement of Persons Across Borders*, Washington, The American Society of International Law, 1992, p. 1.

motifs extrêmement graves, par exemple à raison d'une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation, ou à raison d'une organisation ou accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse »⁹. Les premières lois de contrôle des flux migratoires, en vue de les limiter, sont apparues aux États-Unis à la fin du XIXe siècle, imitées dans les États européens au début du siècle suivant¹⁰. Les États se sont dotés d'outils pour contrôler l'identité de l'étranger qui se présentait à leurs frontières ainsi que le degré de désirabilité de sa présence sur leur territoire. Ainsi, les passeports puis les visas et titres de séjour ont fait leur apparition en droit et sont venus contraindre les mouvements migratoires séculaires¹¹.

5. En Europe, on estime que les contrôles aux frontières ont été institués pendant la Première Guerre mondiale¹². L'existence de politiques migratoires restrictives spécifiquement à l'égard des personnes en besoin de protection internationale résulte de deux mouvements parallèles et interdépendants¹³. D'un côté, les frontières extérieures de l'Union se sont progressivement fermées à mesure que la situation économique interne se dégradait et que l'espace intérieur s'ouvrait. Peu à peu, les voies légales d'accès, initialement ouvertes aux travailleurs (et à leur famille) en provenance des États tiers, ont disparu¹⁴. Loin de juguler les arrivées, ces interdictions ont provoqué une augmentation de l'immigration irrégulière. D'un autre côté, la chute du mur de Berlin a privé le droit d'asile de son intérêt idéologique¹⁵. Les

⁹ Institut de droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers – article 6 », Session de Genève, 1892, *Annuaire de l'institut de droit international*, vol 12, cité par V. CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 45.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 38-46.

¹¹ J. TORPEY, *L'invention du passeport. États, citoyenneté et surveillance*, Paris, Belin, 2005, 255 pages. Selon l'auteur, les passeports sont apparus comme outil de « monopole des moyens légitimes de circulation » à partir de la toute fin du XVIIIe siècle et le début du XIXe (voire du XXe pour certains États européens tels que l'Italie). À l'origine, le passeport est avant tout un document permettant la distinction entre nationaux et étrangers, permettant aux premiers la libre circulation à l'intérieur de l'État. Les passeports intérieurs disparaissent à la fin du XIXe siècle. Les passeports destinés à la circulation internationale commencent à apparaître au même moment.

¹² C. HAMIDI, N. FISCHER, *Les politiques migratoires*, Paris, La Découverte, 2016, 128 pages.

¹³ M. MARRUS, *The Unwanted : European Refugees in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 119-121 (traduit en français par *Les exclus : les réfugiés européens au XXe siècle*, Paris, Calmann-Lévy, 1986).

¹⁴ R. FOUCART, *La politique d'immigration légale de l'Union européenne : étude d'un échec volontaire*, thèse soutenue le 7 décembre 2020 à l'université d'Aix-Marseille sous la direction de R. MEHDI et P. DE BRUYCKER.

¹⁵ K. AKOKA, A. SPIRE, « Pour une histoire sociale de l'asile politique en France », *Pouvoirs*, n°144, 2013/1, pp. 67-77. Voir également, K. AKOKA « Crise des réfugiés ou des politiques d'asile ? », *La vie des idées*, 31 mai 2016, en ligne [<https://laviedesidees.fr/Crise-des-refugies-ou-des-politiques-d-asile.html>]. Ces deux auteurs expliquent que pendant la Guerre froide l'asile était très facilement reconnu par les États occidentaux aux ressortissants des États de l'Est dans le but de prouver la supériorité du libéralisme et du capitalisme sur l'idéologie communiste. Il est mentionné que les dossiers individuels de certaines personnes, conservés aux archives de l'OFPPA, montrent que le statut de réfugié leur était délivré même lorsqu'elles déclaraient être arrivées en France pour travailler.

États européens ont alors cessé de trouver un intérêt à faciliter l'entrée des personnes en demande de protection internationale sur leur territoire. En définitive, la méfiance à l'égard de la figure du « faux réfugié » est le fruit de ces deux évolutions¹⁶. Par ailleurs, la multiplication des moyens de transport conjuguée à la dégradation du climat politique dans les États ayant accédé à l'indépendance a provoqué une augmentation du nombre de demandeurs d'asile et une diversification des motifs invoqués. La mixité des flux contemporains a renforcé la suspicion générale de l'administration à l'égard des personnes se présentant pour demander l'asile¹⁷. Progressivement, la confusion s'est installée. Les politiques relatives à la gestion des flux migratoires ont gagné de plus en plus de terrain sur celles consacrées à l'asile. Aujourd'hui, ces deux domaines ne font plus qu'un alors même – nous le verrons au moment de définir précisément les termes du sujet – que les motifs de migration sont différents et devraient entraîner une distinction dans le traitement des ressortissants des États tiers¹⁸. Cette confusion se manifeste notamment par le chapitre 2 du Titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dans le titre de ce chapitre, les politiques relatives à l'asile se trouvent encadrées par celles dédiées aux contrôles aux frontières d'un côté et celles relatives à l'immigration de l'autre¹⁹. La conséquence de cet

¹⁶ J. VALLUY, « Genèse du « faux réfugié » », *Plein droit*, n° 69, 2006/2, pp. 19-22. S. WAHNICH, « L'hospitalité et la Révolution française », in D. FASSIN, A. MORICE, C. QUIMINAL, *Les lois de l'inhospitalité : Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, Paris, La Découverte, 1997, pp. 9-27. G. NOIRIEL, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe (1793-1993)*, Calmann-Lévy, Paris, 1991, 355 pages.

¹⁷ La notion de « flux mixtes » a été définie par le HCR comme « les flux de personnes qui voyagent ensemble, généralement de manière irrégulière, en empruntant des itinéraires et des moyens de transport identiques, mais pour des raisons différentes », « The 10-point Plan in Action », 2016 – Glossary, mixed movements (mixed migration or flows), décembre 2016, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/59e99eb94.html>]. J. VALLUY, « Genèse du « faux réfugié » », *op. cit.*, p. 21, l'auteur cite Tony Blair en 2003 « La moitié ou les trois quarts de ceux qui demandent l'asile en Europe ne remplissent pas les critères pour être considérés comme pleinement réfugiés » (Document du gouvernement britannique intitulé « New International Approaches to Asylum Processing and Protection » accompagnant la lettre de Tony Blair alors premier ministre britannique à Costas Simitis son homologue grec du 10 mars 2003) ; l'auteur cite également Dominique de Villepin « (...) les personnes réellement persécutées sont loin de représenter la majorité des demandeurs d'asile : alors qu'il reconnaissait le statut de réfugié à près d'un demandeur sur cinq il y a peu, l'OFPRA ne l'accorde plus aujourd'hui qu'à moins de 13 % des demandeurs. Le constat est encore plus net quant à l'asile territorial, pour lequel le taux de décisions favorables n'a pas dépassé 0,3 % en 2002. Le fait est que beaucoup d'étrangers sollicitent notre système d'asile, non pas pour obtenir la protection de notre pays, mais pour s'y maintenir le plus longtemps possible, leur motivation étant de nature économique » (intervention de Dominique de Villepin alors ministre des Affaires étrangères devant l'Assemblée nationale, publiée au JO le 6 juin 2003). Le taux élevé de rejet des demandes d'asile est utilisé pour valider l'existence de ces « faux-réfugiés ».

¹⁸ Le HCR n'a de cesse de rappeler la nécessité de ne pas mêler les questions migratoires avec les questions d'asile afin d'assurer aux personnes en besoin de protection internationale la possibilité de faire entendre ce besoin. HCR, Note on International Protection, UN doc. A/AC.96/989, 7 juillet 2004, §25 « refugees do not lose their protection needs and entitlements just because they are part of a mixed flow ».

¹⁹ L'article 3 du Traité sur l'Union européenne suit une formulation identique « L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée

amalgame est l'application de contrôles migratoires identiques à tous les migrants sans distinction²⁰. Cette lacune est régulièrement dénoncée par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) qui recommande que ces contrôles migratoires soient menés « *in a manner which does not have the effect of enhancing opportunities for smugglers and traffickers, but which ensure that the needs of refugees and asylum-seekers, including access to protection, are properly met* »²¹. Le HCR vise l'impossibilité pour les personnes en besoin de protection internationale d'obtenir un visa et sa conséquence directe, le recours aux réseaux de passage clandestins²². D'ailleurs, ces contrôles s'intensifient à mesure que le volet externe de la politique migratoire européenne se densifie.

2. La communautarisation et l'externalisation des contrôles migratoires

6. À partir de 1985, date de l'adoption de l'accord Schengen, les États membres de l'Union européenne se sont employés à créer une politique migratoire commune. Celle-ci s'est développée dans deux directions. D'un côté, les États membres ont harmonisé, voire uniformisé, leur réglementation relative au séjour des migrants et à l'accueil des demandeurs d'asile à l'intérieur de l'espace européen commun. D'un autre côté, ils ont, très tôt, cherché à unir leurs forces afin de protéger au mieux les frontières extérieures de l'Union. Ce faisant, ils ont été amenés à agir en matière migratoire non pas au sein de leur espace commun, mais en dehors de celui-ci²³. C'est la raison pour laquelle un phénomène dit « d'externalisation » des contrôles migratoires a été constaté²⁴.

la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène ».

²⁰ Pour une définition du terme migrants, cf. *infra*, §21.

²¹ HCR, Rapport annuel du Comité exécutif, UN doc. A/ AC.96/SR.548, 11 octobre 2000, §78.

²² HCR, Note on International Protection, UN doc. A/AC.96/989, 7 juillet 2004, §25.

²³ D.S. FITZGERALD, *Refugee Beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, New York, Oxford University Press, 2019, 376 pages ; S. CARRERA, N. EL QADIM, M. FULLERTON, B. GARCES-MASCARENAS, S. YORK KNEEBONE, A. LOPEZ SALA, N. CHUN LUK, L. VOSYLUTE, *Offshoring Asylum and Migration in Australia, Spain, Tunisia and the US: Lessons Learned and Feasibility for the EU*, Rapport du Centre for European Policy Studies, Bruxelles, 2018, en ligne [<https://digital.csic.es/bitstream/10261/176073/1/OSI%20009-18%20Offshoring%20asylum%20and%20migration.pdf>] ; A. PIJNENBURG, T. GAMMELTOFT-HANSEN, C. RIJKEN, « Controlling Migration Through International Cooperation », *European Journal of Migration and Law*, vol. 20, 2018, p. 367.

²⁴ Tandis que l'Union européenne continue de n'utiliser que les termes de dimension ou de volet extérieur(e) de la politique migratoire, certains observateurs parlent à cet égard d'externalisation. Cette différence sémantique marque une transformation de la politique migratoire. Dans le premier cas, l'expression fait référence à l'intégration de la question migratoire dans les relations avec les États tiers.

7. Ces questions ont intégré le débat européen au moment des négociations de l'accord de Schengen²⁵. Cette convention instaura un espace de libre circulation des ressortissants des États parties. Les contrôles aux frontières intérieures de cet espace furent supprimés. En réaction, la protection des frontières extérieures fut renforcée²⁶. Les États parties s'engagèrent à harmoniser progressivement leurs politiques de contrôle des entrées sur leur territoire. Peu à peu, l'espace Schengen s'est agrandi et sa logique s'est étendue. Le Traité de Maastricht intégra, en 1992, les questions migratoires dans le troisième pilier « Justice et affaires intérieures »²⁷. Elles relevaient alors de la coopération interétatique. La communautarisation de la politique migratoire fut ensuite consacrée par le Traité d'Amsterdam adopté en 1997²⁸. D'une part, l'acquis Schengen fut intégré dans le cadre institutionnel de l'Union. D'autre part, la Commission et le Conseil partagèrent l'initiative et l'adoption de normes en matière migratoire. En revanche, le principe de l'unanimité des États au Conseil fut maintenu jusqu'à l'adoption en 2007 du Traité de Lisbonne, qui mit fin à la séparation des domaines par pilier. Depuis lors, les questions migratoires suivent la procédure législative ordinaire de codécision²⁹. En la matière, la compétence est partagée entre l'Union et les États membres³⁰.

Dans le second, le terme externalisation comporte une dimension critique. Il signifie que la politique de l'Union équivaut à l'exportation d'une partie des contrôles migratoires sur le territoire des États tiers et au transfert de certaines responsabilités en matière d'asile et de contrôle des frontières vers ceux-ci. Sur la thématique de l'externalisation, voir notamment certaines études récentes : M. BEULAY, « L'action des acteurs privés à la frontière : quel État de droit en matière de migration ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 49, 12 novembre 2019, en ligne [<http://www.revuedlf.com/droit-ue/laction-des-acteurs-prives-a-la-frontiere-quel-etat-de-droit-en-matiere-de-migrations/>] ou G. TUSSEAU, « Droit constitutionnel et externalisation de l'accueil des migrants », *RFDA*, janvier 2017, pp. 194-198. Sur la différence sémantique, voir notamment C. RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'Union européenne – Synthèse et recommandations pour le Parlement européen », étude pour la direction générale pour les politiques externes de l'Union, publiée le 8 juin 2006, p. 9, en ligne [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2006/374366/EXPO-DROI_ET\(2006\)374366_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2006/374366/EXPO-DROI_ET(2006)374366_FR.pdf)].

²⁵ N. FISCHER, C. HAMIDI, *Les politiques migratoires, op. cit.*, plus particulièrement le chapitre III consacré aux politiques d'immigration et d'asile politique, pp. 45 à 64 ainsi que l'article synthétique tiré de l'ouvrage, « Les politiques migratoires en Europe – Perspective historique et modèles d'analyse », *Idées économiques et sociales*, n° 189, 2017/3, pp. 28-37.

²⁶ L'accord de Schengen a été adopté le 14 juin 1985. La Convention Schengen, convention d'application de l'accord, a été conclue le 19 juin 1990.

²⁷ Traité sur l'Union européenne, signé le 7 février 1992, titre VI, article K1.

²⁸ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne et les traités instituant les communautés européennes, signé le 2 octobre 1997 (entré en vigueur le 1^{er} mai 1999), article 2, qui insère un titre III A au TUE « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ».

²⁹ Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 modifiant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 77. Cependant, en matière de mesure provisoires en cas d'afflux massif (protection temporaire), le Conseil est seul compétent pour prendre des décisions, sur proposition de la Commission et après consultation du parlement, TFUE, article 78-3.

³⁰ TFUE, articles 4 (espace de liberté, de sécurité et de justice) et articles 77 (contrôle des frontières extérieures), 78 (asile) et 79 (immigration).

Ainsi, les États peuvent agir tant que l'Union ne le fait pas ou, lorsqu'elle a déjà agi, dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, en conformité avec les règles édictées.

8. Dans son programme de travail pour 2020, la Commission fit apparaître le thème des contrôles migratoires externalisés à deux reprises sur les six grands axes présentés³¹. Les nombreuses réformes en matière de politique migratoire figurent toutes dans la liste des propositions prioritaires³². Devant l'impasse des négociations sur les propositions de réformes du paquet asile et migration soumises au débat depuis 2016³³, la Commission en a

³¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la commission pour 2020, « Une union plus ambitieuse », 29 janvier 2020, COM (2020) 37 final. Les migrations sont abordées, dans leur dimension extérieure, dans l'axe « L'Europe plus forte sur la scène internationale » *via* le partenariat avec les États tiers. Elles sont détaillées plus encore dans l'axe « Promotion de notre mode de vie européen ». D'ailleurs, depuis qu'elles ont intégré le droit de l'Union, les mesures concernant le contrôle des frontières extérieures ont toujours été considérées comme prioritaires. Le Traité d'Amsterdam donnait 5 ans aux États membres pour adopter des mesures communes en la matière tandis que les mesures relatives à d'autres parties du domaine asile et migration n'étaient encadrées par aucun délai (article 73). Le traité de Lisbonne a finalement confirmé l'objectif de système intégré de gestion des frontières extérieures (article 77) et de gestion efficace des flux migratoires (article 79).

³² Voir principalement, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, 4 mai 2016, COM (2016) 271 final. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil 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), 4 mai 2016, COM (2016) 270 final. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), 13 juillet 2016, COM (2016) 465 final. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil 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 cette protection, et modifiant la directive 2011/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, 13 juillet 2016, COM (2016) 466 final. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant le Fonds « Asile et migration », 12 juin 2018, COM (2018) 471 final. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant, dans le cadre du Fonds pour la gestion intégrée des frontières, l'instrument de soutien financier dans le domaine de la gestion des frontières et des visas, 12 juin 2018, COM (2018) 473 final. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant l'instrument de voisinage, de coopération au développement et de coopération internationale, 14 juin 2018, COM (2018) 460 final. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2016, COM (2016) 468 final. 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, 13 juillet 2016, COM (2016) 467 final.

³³ M. TISSIER-RAFFIN, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/1519?lang=en>]. J.-D. GIULIANI, « L'Europe et les migrations », *RDUE*, vol. 3, 2015, p. 343.

communiqué de nouvelles en septembre 2020³⁴. Ce nouveau plan se veut particulièrement ambitieux, avec l'objectif d'harmoniser et de rationaliser la politique migratoire par une approche globale liant contrôle des frontières, migration et asile³⁵. Au-delà du débat autour des propositions législatives, les institutions européennes consacrent une partie importante de leur temps à des échanges moins formels autour des questions migratoires afin de renforcer l'adhésion des États membres au cadre normatif et à sa mise en œuvre³⁶. Au centre des dispositifs, le régime des visas fait figure de pierre angulaire. Les mécanismes de contrôle migratoire visent précisément à faciliter le parcours migratoire et l'entrée des personnes qui en sont munies et à entraver la progression de toutes celles qui en sont dépourvues.

3. Le régime des visas comme outil principal des contrôles migratoires

9. En 2001, les États membres se sont accordés sur une liste d'États tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de présenter un visa d'entrée sur leur territoire³⁷. En 2009, ils ont adopté un Code des visas de l'Union européenne. Celui-ci ne traite que des conditions de délivrance et de refus des visas de court séjour, c'est-à-dire autorisant les séjours de moins de 90 jours³⁸. En matière de visa de court séjour, la compétence de l'Union

³⁴ Commission européenne, Communiqué de presse, « Une nouvelle approche en matière de migration : instaurer un climat de confiance et un nouvel équilibre entre responsabilité et solidarité », 23 septembre 2020, en ligne [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1706].

³⁵ A.-M. TOURNEPICHE, « Le régime européen : entre faiblesses structurelles et difficile renouveau », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international, op. cit.*, p. 311. Y. JOHANSSON, « Un nouveau pacte sur la migration et l'asile pour l'Europe », *RDUE*, vol. 1, 2021, p. 5

³⁶ Rapport de la présidence sur le Conseil de l'Union du 22 novembre 2019, « La voie à suivre pour la politique de l'Union européenne en matière d'asile et de migration ». Le Conseil de l'Union débat régulièrement au cours de réunions formelles consacrées aux questions migratoires. Les membres du Conseil souhaitent compléter ces réunions par des approches novatrices telles que les séminaires stratégiques, les ateliers et séances de remue-méninges. Cette remarque vise à replacer les pratiques européennes dans le courant d'informalisation du droit international des migrations au sein duquel la *soft law* prend une place croissante. Voir par exemple F. CREPEAU, Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, rapport de 2013, « Droits de l'homme des migrants », 7 août 2013, A/68/283, §121.

³⁷ Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. Depuis lors, les listes ont été abrogées et remplacées par le Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, amendé par un Règlement (UE) 2019/592 du 10 avril 2019.

³⁸ Règlement (CE), n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, appelé Code des visas de l'Union. Le Code a été révisé le 3 octobre 2011 par un Règlement (UE) n° 977/2011, le 15 février 2012 par un Règlement (UE) n° 154/2012, le 26 juin 2013 par un Règlement (UE) n° 610/2013, le 9 mars 2016 par un Règlement (UE) n° 2016/399 et le

européenne est devenue exclusive³⁹. L'Union européenne dispose de la compétence partagée pour les visas de long séjour. Les États membres n'ont fait appel à l'Union européenne que de façon ponctuelle en la matière ; il n'existe pas de Code commun des visas de long séjour⁴⁰. Ceux-ci relèvent principalement des droits internes des États membres. Qu'ils autorisent aux longs ou courts séjours, les visas sont l'un des outils de contrôle migratoire les plus anciens. Il permet à l'État d'exercer son pouvoir souverain d'admission ou de refus d'admission sur son territoire en amont de celui-ci. Il n'existe pas de régulation internationale des visas⁴¹. Cependant, il est possible de révéler certains points de convergences des pratiques étatiques. D'une part, quatre motifs semblent être retenus par les États comme des motifs universels de délivrance de visas : le regroupement familial, la poursuite des études, les raisons professionnelles et les motifs de visite plus ou moins longue. D'autre part, un certain nombre d'États dont les États membres de l'Union européenne acceptent la délivrance dérogatoire de visas dits humanitaires⁴². Cependant, sur ce point, les États n'ont jamais réussi à s'entendre sur le point de savoir si les visas humanitaires pouvaient être destinés aux personnes en besoin de protection internationale ni sur l'encadrement juridique de l'accès régulier au territoire de ces personnes. D'abord, la question de l'admission des réfugiés sur le territoire des États parties a été, après un rapide débat⁴³, écartée de la Convention de Genève du 29 juillet 1951 relative au statut des réfugiés⁴⁴. Ensuite, les États ont refusé de prendre un quelconque engagement à faciliter l'admission des personnes en besoin de protection internationale sur

20 juin 2019 par un Règlement (UE) 2019/1155. Les amendements introduits par le dernier Règlement (UE) 2021/1134 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021, concernant le recueil et les échanges de données en matière de visa ou d'exemption de visa, ne seront applicables qu'à partir de 2024.

³⁹ Code des visas, préambule, point 28. Pour une présentation complète de la répartition des compétences, voir notamment, E. NEFRAMI, *Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration*, Note pour la Commission Libertés civiles, Justice et Affaires intérieures du Parlement européen, Bruxelles, 2011, en ligne [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453178/IPOL-LIBE_NT%282011%29453178_FR.pdf].

⁴⁰ TFUE, article 79-2, a). L'Union européenne a déjà légiféré de façon très ponctuelle en matière de visa de long séjour, cf. *infra*, §§393-394.

⁴¹ C.-A. CHASSIN, « Redéfinir et réinventer les voies légales de migration », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international, op. cit.*, p. 388.

⁴² *Ibid.*, pp. 389-390.

⁴³ Au cours des négociations, la France a présenté un article 2 dans lequel les États s'engageaient à « considérer favorablement l'admission de réfugiés cherchant asile sur leur territoire ». Ce projet n'a jamais reçu de soutien important, Nations Unies, Doc. E./AC.32/L.3 du 17 janvier 1950, p. 3. Les débats sont rapportés et commentés par J.-Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *RCADI*, 2007, pp. 46-47.

⁴⁴ A. TAKKENBERG, C. TAHBAZ, *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*, Amsterdam, Vluchtelingenwerk, European Legal Network on Asylum, 1990, p. 192 et UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, 23 janvier 1950 et 2 février 1950, doc. E/AC.32/SR.7, p. 13.

leur territoire lors de la Conférence sur l'asile territorial réunie à Genève en 1977⁴⁵. Enfin, le droit d'accès aux territoires de protection ou le droit d'obtenir un visa aux fins de demander l'asile sont les grands absents des deux Pactes mondiaux adoptés en 2018. Quand bien même ceux-ci prônent à la fois le renforcement de la protection des réfugiés⁴⁶ et la facilitation des migrations régulières⁴⁷, la question centrale des visas est évitée. De leur côté, les deux cours européennes ont clairement refusé de reconnaître l'existence d'une obligation pour les États membres ou parties à délivrer des visas d'entrée sur leur territoire à des personnes dont le besoin de protection internationale ne faisait pourtant aucun doute⁴⁸. Bien au contraire, en dépit de l'appel du Parlement européen à adopter une réglementation spécifique sur les visas aux fins de demander l'asile⁴⁹, les États membres de l'Union européenne ont adopté toute une série de mesures telles que les sanctions des transporteurs, la création d'un réseau d'officiers de liaison immigration, le renforcement de la coopération avec les États tiers en matière d'interception et de surveillance des frontières, l'aide à la contention des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers, l'adoption de la notion de pays tiers sûrs ou d'émigration irrégulière. Ces mécanismes entravent la mobilité et l'arrivée des personnes dépourvues de visas sans prévoir de distinction particulière ou effective pour les personnes en besoin de protection internationale⁵⁰. Par ailleurs, le champ d'application de ces mécanismes est flou, ce qui appelle quelques précisions sur la circonscription spatiale du sujet de cette étude.

⁴⁵ L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution proposant un projet de Convention sur l'asile territorial dans lequel figurait, à l'article 3, un engagement des États à ne pas refuser l'admission sur le territoire ou à la frontière des personnes cherchant l'asile en plus du principe de non-refoulement, résolution 2312 (XXII) du 14 décembre 1967, *Projet de Convention sur l'asile territorial*. Les États se sont réunis dans les premières semaines de 1977 à Genève pour discuter du projet de Convention mais aucun article n'a pu être adopté, F. LEDUC, « L'asile territorial et la Conférence des Nations Unies de 1977 », *AFDI*, vol. 23, 1977, p. 262.

⁴⁶ Pacte mondial sur les réfugiés, adopté lors la Conférence intergouvernementale de Marrakech les 10 et 11 décembre 2018, en annexe de la résolution 73/151 du 17 décembre 2018.

⁴⁷ Pacte mondial sur les migrations sûres, ordonnées et régulières, adopté lors de la Conférence intergouvernementale de Marrakech les 10 et 11 décembre 2018, en annexe de la résolution 73/195 de l'Assemblée générale du 19 décembre 2018. Le Pr François CREPEAU souligne que la notion de facilitation de la mobilité revient 620 fois dans ce Pacte, F. CREPEAU, « « Accroche ta charrue à une étoile » : une perspective à long terme sur la mobilité humaine », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international*, *op. cit.*, p. 577.

⁴⁸ Cf. *infra*, Partie II, Titre 2, chapitre 2. CJUE, Grande chambre, arrêt du 7 mars 2017, *X. X. contre État belge*, C-638/16. CEDH, Grande chambre, décision du 5 mai 2020, *M.N. et autres contre Belgique*, n° 3599/18.

⁴⁹ Parlement européen, résolution du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires, 2018/2271 (INL).

⁵⁰ Cf. *infra*, Partie I, Titre 2.

4. Le champ géographique et statistique des contrôles migratoires

10. Le caractère régulier ou irrégulier des flux migratoires intéresse l'ensemble des États du monde, comme en témoigne l'adoption du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2018⁵¹. Néanmoins, il n'existe aucune convention internationale relative au régime de l'accès des ressortissants étrangers aux territoires des États dont ils n'ont pas la nationalité. Par conséquent, une étude globale aurait présenté le risque d'être trop décousue pour répondre au souci de clarté et de systématisation qui a animé le travail ici rapporté. En revanche, l'Union européenne s'est dotée d'une réglementation commune en matière de visa⁵² et d'entrée sur le territoire de ces États membres⁵³. Ainsi, le choix a été fait d'analyser uniquement la politique migratoire mise en place par l'Union européenne relative à l'entrée sur le territoire de ses États membres.

11. En tout état de cause, en droit européen, plusieurs espaces cohabitent. Le plus pertinent d'entre eux au regard de l'étude proposée semble être celui du territoire des États membres de l'Union européenne. Cette expression a supplanté celle de « territoire de l'Union ». En effet, les traités fondateurs de l'Union européenne utilisent uniquement le terme « territoire des États membres » dès lors que les dispositions entrent en relation avec les politiques d'asile et d'immigration. L'expression « territoire de l'Union européenne » n'apparaît quasiment jamais⁵⁴. En outre, la jurisprudence de la CJUE confirme ce vocabulaire dans tous les arrêts rendus récemment en matière d'asile ou de contrôle aux frontières⁵⁵. L'expression « territoire de l'Union » semble donc moins adaptée, car, en droit de l'Union, ce territoire reste essentiellement l'addition des territoires des États membres. En effet, l'Union n'a pas la compétence pour déterminer elle-même le champ d'application territoriale des règles qu'elle édicte⁵⁶. D'ailleurs, en matière migratoire, certains États membres excluent des parties de leur territoire à l'application des normes européennes ou bien pratiquent l'*opting*

⁵¹ Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, *op. cit.* La résolution a été adoptée par 152 États membres des Nations Unies contre 12 abstentions et 5 oppositions.

Code des visas, *op. cit.*

⁵³ 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, appelé Code frontières Schengen.

⁵⁴ La seule occurrence relevée est celle de l'article 153 TFUE concernant les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union.

⁵⁵ CJUE, Grande chambre, arrêt du 8 mars 2011, *Zambrano*, C-34/09, §44 mentionne le territoire de l'Union relativement au droit de séjour de citoyens de l'Union. L'arrêt n'opère donc pas dans le champ des contrôles migratoires.

⁵⁶ P. DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 50.

in/opting out eu égard aux règles en matière d'asile et d'immigration⁵⁷. À cette première délimitation du champ géographique, on peut superposer l'espace Schengen. Au sein de celui-ci, les contrôles aux frontières intérieures ont été supprimés et la politique des visas est uniforme. La plupart des États membres de l'Union européenne sont également membres de l'espace Schengen. Toutefois, la Roumanie, l'Irlande, la Croatie et la Bulgarie sont membres de l'Union mais hors Schengen tandis qu'à l'inverse, la Suisse, le Liechtenstein, la Norvège et l'Islande appartiennent à l'espace Schengen mais ne sont pas membres de l'Union européenne. Dans la première configuration, les États membres sont, en principe, concernés par l'application de la politique commune des visas et de l'asile et sont contraints par la quasi-intégralité des règles de l'acquis Schengen mais n'ont pas systématiquement aboli les contrôles aux frontières. Dans la seconde configuration, les États non membres appliquent le Code des visas de l'Union et l'intégralité des règles Schengen mais ne sont pas concernés par le régime d'asile européen commun (RAEC)⁵⁸. Par conséquent, considérant la complexité et l'instabilité des combinaisons possibles d'États entre ces deux espaces et ces différents domaines (acquis Schengen, asile et visas), il ne semble pas possible de désigner l'espace concerné avec une parfaite exactitude ni la concision nécessaire à la rédaction. Pour cette raison, le choix de

⁵⁷ Le Danemark a systématiquement décidé de ne pas adhérer aux dispositions des traités dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures, y compris aux questions relatives à l'asile (article 78 TFUE). Par conséquent, il n'est pas lié par les dispositions des traités ou du droit dérivé entrant dans la composition du Régime d'asile européen commun (RAEC). Cependant, le Danemark participe à l'espace Schengen qu'il applique comme du droit international. La position de l'Irlande est un peu différente. Elle n'est liée par aucun des textes adoptés sur le fondement des traités dans le domaine de l'asile, mais peut décider d'adhérer à certains d'entre eux. Elle a, par exemple, décidé d'adhérer au Règlement Dublin III, mais n'est pas liée par la directive « Accueil ». Par ailleurs, autre exemple, la France est liée à toutes les dispositions relatives à l'asile en ce qui concerne son territoire métropolitain, mais exclut de façon quasi-systématique ses territoires d'outre-mer.

⁵⁸ Le RAEC est un ensemble de textes adoptés par l'Union européenne pour fixer les normes et les procédures en matière d'asile. Il se compose de cinq textes principaux : la directive « Qualification » (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), la directive « Procédure » (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), la directive « Accueil » (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), le « Règlement Dublin III » (règlement (UE) n° 604/2013 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) et le Règlement « EURODAC » (règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins d'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 (...) 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).

l'expression « territoire des États membres de l'Union européenne » a été retenu, entendu comme l'espace comprenant les États membres de l'Union européenne, pris de façon collective ou individuelle selon les hypothèses abordées, qui appliquent à la fois l'acquis Schengen, le régime d'asile européen commun et le Code des visas. En outre, du fait de leur objectif d'interception des personnes non autorisées à l'entrée, les mécanismes de contrôle migratoire qui font l'objet de cette étude interviennent en amont du territoire précédemment défini. Ainsi, l'analyse portera sur des mécanismes mis en œuvre tantôt sur le territoire des États tiers⁵⁹, tant dans les consulats européens que sur le territoire terrestre ou maritime des États tiers, tantôt dans l'espace international de la haute mer ou encore aux frontières terrestres ou maritimes extérieures de l'Union.

12. Le caractère mouvant de ces délimitations nécessite quelques données statistiques afin de réaliser l'importance de l'impact des mécanismes juridiques analysés. Au plan mondial, le nombre de personnes en situation de migration internationale, c'est-à-dire impliquant le franchissement d'une frontière internationale au moins, est en constante augmentation⁶⁰. Il a été multiplié par trois entre 1970 (84 millions de personnes) et 2020 (281 millions de personnes). Cette augmentation suit, d'une part, le sens de la courbe démographique mondiale et s'explique, d'autre part, par la multiplication des réseaux de transports et de communication. En revanche, ramenée à la population mondiale dans son ensemble, la part des personnes en situation de migration internationale augmente très progressivement. Elle est ainsi passée de 2,8 % en 2000 à 3,6 % de la population mondiale en 2020⁶¹. En 2021, le HCR a recensé, parmi ces personnes, 27,1 millions de réfugiés, dont 1,44 million de personnes sans solution durable sur le territoire de l'État dans lequel elles se trouvent. À ce chiffre, il faut ajouter les 4,6 millions de personnes dont le besoin de protection internationale a été déclaré mais non encore reconnu par l'État sur le territoire duquel elles résident⁶². Au plan européen, l'Europe est actuellement la destination la plus prisée puisqu'elle attire 30,9 %

⁵⁹ D'un point de vue juridique, l'expression « États tiers » semble plus appropriée que celle de « pays tiers ». Elle sera donc favorisée. Toutefois, les institutions de l'Union européenne utilisent quasi systématiquement l'expression « pays tiers ». Ainsi, cette seconde désignation pourra être ponctuellement utilisée également.

⁶⁰ L'expression « en situation de migration internationale » doit être entendue au sens qui en est donné par l'OIM « Mouvement de personnes qui quittent leur pays d'origine ou de résidence habituelle pour s'établir de manière permanente ou temporaire dans un autre pays ». OIM, Glossaire de la migration, en ligne [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_9_fr.pdf].

⁶¹ Ces chiffres sont tirés du Rapport de l'OIM publié en 2022, World Migration Report 2022, en ligne [https://publications.iom.int/system/files/pdf/WMR-2022_0.pdf].

⁶² Ces chiffres sont tirés du Rapport du HCR, Global Report 2021, en ligne [https://reporting.unhcr.org/globalreport2021/pdf#_ga=2.188812905.398336081.1657178777-1595527824.1599119075].

de la population migrante mondiale, toutes catégories confondues. Les migrants représentent 5,3 % de la population totale de l'Union européenne. Toutefois, la part de la population née à l'étranger et résidant au sein de l'Union européenne est inférieure à celle de la plupart des pays à revenus élevés. Plus particulièrement, 630 500 demandes de protection internationale ont été introduites dans les États membres de l'Union européenne en 2021. Dans près de 40 % des cas, les États membres ont reconnu la réalité de ce besoin⁶³. Finalement, les bénéficiaires d'une protection internationale représentent 0,6 % de la population totale de l'Union européenne. Moins de 10 % des bénéficiaires d'une protection internationale dans le monde vivent au sein de l'Union européenne. En comparaison, le Liban compte plus de 12 % de bénéficiaires d'une protection internationale dans sa population totale⁶⁴. Il est impossible, par ailleurs, de ne pas mentionner les chiffres de la mortalité sur le parcours migratoire. Le projet *Missing Migrants*, soutenu par l'Organisation internationale pour les migrations, a recensé la disparition de 49 383 personnes en situation de migration depuis 2014 dont 24 291 en Mer Méditerranée⁶⁵.

13. Le nombre des arrivées sur le territoire des États membres de l'UE a drastiquement chuté depuis 2018⁶⁶. Pourtant, le thème du contrôle des frontières extérieures occupe toujours une place prépondérante dans le budget de l'Union. La part du budget consacrée à la protection des frontières extérieures ainsi qu'à l'accueil des migrants et demandeurs d'asile

⁶³ De grandes disparités ont été cependant relevées entre les États membres. Par exemple, en 2021, la Bulgarie a reconnu le besoin de protection internationale pour 9 % des Afghans ayant demandé l'asile sur son territoire alors que l'Espagne et le Portugal ont accordé près de 100 % de protection internationale aux ressortissants afghans sur leur territoire.

⁶⁴ Ces chiffres sont tirés du site eurostats pour 2021, en ligne [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_fr site eurs].

⁶⁵ Données statistiques de l'OIM au 7 juillet 2022 en ligne [<https://missingmigrants.iom.int/fr>]. Ce chiffre ne tient pas compte des personnes disparues sans avoir pu être comptabilisées ni des personnes décédées plus en amont sur le parcours migratoire.

⁶⁶ Frontex, « Irregular Migration Into EU at Lowest Level since 2013 », communiqué de presse du 8 janvier 2020, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/flash-report-irregular-migration-into-eu-at-lowest-level-since-2013-n5pHiA>]. L'agence européenne annonce que le nombre de franchissements irréguliers des frontières externes de l'Union se situe juste au-dessus de 139 000 pour l'année 2019 soit une chute de 92 % par rapport au nombre record détecté en 2015. Le graphique figurant sur le site du Conseil européen et du Conseil de l'Europe, même s'il propose des chiffres légèrement différents, dessine très clairement un pic du nombre des entrées irrégulières entre 2013 et 2017. En 2015, le nombre des entrées irrégulières culmine à 1,04 million alors qu'il redescend à un peu plus de 120 000 en 2019. Sur l'augmentation des arrivées et la crise de l'accueil en Europe entre 2015 et 2017, voir L. MARIN, S. PENASA, G. ROMEO, « Migration Crises and the Principle of Solidarity in Times of Sovereignism: Challenges for EU Law and Polity », *European Journal Migration Law*, vol. 47, 2020, pp. 1-10.

n'a cessé d'augmenter⁶⁷. Le cadre financier pluriannuel proposé pour la période 2021-2027 poursuit cette tendance⁶⁸. Parmi les six axes autour desquels le budget de l'Union est organisé, celui dédié aux questions migratoires connaît la plus forte augmentation⁶⁹. Parallèlement au fonds « asile et migration », la Commission propose la création d'un fonds destiné à la gestion intégrée des frontières extérieures afin de renforcer le soutien de l'Union aux États membres dans l'exercice de la compétence partagée de sécurisation des frontières extérieures. Par ailleurs, dans ses propositions, la Commission insiste sur la nécessité de voter un budget plus souple et plus réactif afin d'accroître la capacité de réaction de l'Union et sa flexibilité pour faire face aux situations d'urgence, notamment dans le domaine de la sécurité ou des migrations⁷⁰. Le regard posé sur les données géographiques et statistiques permet de mieux appréhender l'importance et l'actualité du sujet. La pluralité de manières de présenter les statistiques, différentes selon les catégories visées par les chiffres obtenus, souligne en outre l'importance d'apporter une définition claire à chacun des items de l'intitulé.

B. L'objet du sujet

14. À l'intérieur de l'Union, les États membres ont créé un régime relativement protecteur pour les ressortissants des États tiers qui présentent une demande de protection

⁶⁷ Par exemple, entre 2015 et 2017, l'Union européenne a augmenté de près de 75 % les financements disponibles au titre des fonds pour l'asile et la migration et pour la sécurité intérieure ainsi que ceux destinés aux agences de l'Union. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », 7 décembre 2017, COM (2017) 820 final.

⁶⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend – Le cadre financier pluriannuel 2021 – 2027 », 2 mai 2018, COM (2018) 321 final. L'établissement de ce cadre financier fait suite à la réunion des chefs d'État et de gouvernement à Bratislava le 16 septembre 2016 durant laquelle les priorités politiques ont été définies. Il s'inscrit également dans le prolongement de la Déclaration de Rome du 25 mars 2017. Le budget a finalement été adopté par le Conseil et le Parlement le 11 décembre 2020.

⁶⁹ La Commission propose de multiplier le budget alloué aux politiques migratoires par 2,6 en ce qui concerne le fonds asile et migration et le fonds pour la gestion intégrée des frontières. Le cadre financier pluriannuel 2014 – 2020 prévoyait d'affecter 12,4 milliards euros aux politiques migratoires tandis que le cadre futur entend allouer 33 milliards euros aux mêmes questions. En outre, celles-ci apparaissent également dans l'axe consacré à l'action extérieure de l'Union notamment par l'intermédiaire des instruments de voisinage, de développement et de coopération internationale. Le budget alloué à ce volet se voit multiplié par 1,3.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 4.

internationale. Une fois entrés sur le territoire d'un des États membres⁷¹, ceux-ci ont l'obligation de procéder à l'évaluation de leur demande de protection internationale⁷². Au cours de la procédure, les demandeurs d'asile bénéficient de garanties dont l'objectif est de permettre à chacun d'entre eux de présenter sa demande dans des conditions adéquates. Les procédures doivent être accessibles. Les demandes doivent être examinées de façon individuelle, objective et impartiale et dans les meilleurs délais. Les demandeurs doivent être informés, bénéficier des services d'un interprète lorsque cela est nécessaire, d'une assistance juridique et d'un droit de recours contre les décisions de rejet de leur demande de protection⁷³. Tout au long de la procédure d'évaluation, les demandeurs doivent être accueillis conformément à un certain nombre de conditions matérielles d'accueil ; lesquelles comprennent un droit à l'hébergement, à la prise en charge des soins de santé et à la garantie de moyens d'une existence digne⁷⁴. Sans aucun doute perfectible, le régime dédié au traitement des demandeurs de protection internationale au sein de l'Union européenne n'en demeure pas moins l'un des plus protecteurs et des plus aboutis au monde.

15. Aux frontières extérieures de l'Union, en revanche, des atteintes aux droits fondamentaux des migrants, potentiellement en besoin de protection internationale, par les autorités des États membres ou par Frontex sous leur contrôle, sont très régulièrement dénoncées en mer Égée, au large de la Libye, aux frontières orientales de l'Union ou dans les enclaves espagnoles au Maroc⁷⁵. Cette apparente incohérence de l'Union européenne, qui

⁷¹ Les propos tenus ici ne concernent pas les personnes en besoin de protection internationale retenues aux frontières, dans des centres de transit, d'attente ou d'identification et d'enregistrement. Seules les personnes juridiquement entrées sur le territoire des États membres bénéficient du régime ouvert aux demandeurs d'asile.

⁷² Règlement (UE) n° 604/2013, article 3.

⁷³ Directive « Procédure ».

⁷⁴ Directive « Accueil ».

⁷⁵ Border Violence Monitoring Network, *The Black Book of Pushbacks*, 18 décembre 2020, en deux tomes, en ligne [<https://www.borderviolence.eu/launch-event-the-black-book-of-pushbacks/>]. L'ouvrage de 1500 pages documente les violences subies par plus de 12 000 personnes aux frontières extérieures de l'Union européenne à partir de 800 témoignages. Le réseau auteur de l'ouvrage a été créé en 2016. Il regroupe 11 ONG dont l'objet est de documenter les violations, de soutenir des contentieux ou d'informer le grand public sur ce sujet. Lighthouse Reports, « Unmasking Europe's Shadow Armies », 6 octobre 2021, en ligne [<https://www.lighthousereports.nl/investigation/unmasking-europes-shadow-armies/>]. En outre, l'Office européen de lutte antifraude a enquêté entre décembre 2020 et juillet 2022 sur des allégations de violations du principe de non-refoulement par Frontex ou dont Frontex a eu connaissance sans y réagir de façon appropriée en mer Égée. Un rapport de 129 pages a été présenté le 2 mars 2022 aux parlementaires européens mais il n'a pas été rendu public. Toutefois, des médias tels que *Le Monde* ou *Der Spiegel* y ont eu accès. Ce rapport établirait la réalité de certains faits de refoulement. À la suite de ce rapport, le directeur de Frontex, Fabrice Leggeri, a démissionné en avril 2022.

semble contredire sa politique de l'asile par sa politique migratoire, a déclenché les interrogations ayant mené à l'élaboration de cette étude. Ces interrogations ont, par ailleurs, évolué dans un contexte particulier qui a vu s'entrechoquer des mouvements de frontières contradictoires. Celles-ci se sont fermées, au Sud, sous la pression migratoire entre 2015 et 2017⁷⁶ tandis qu'elles ont été grandes ouvertes, à l'Est, au moment de l'invasion de l'Ukraine par la Russie en 2022. Dans ces conditions, l'objet de cette recherche consiste à identifier les fondements juridiques des mécanismes mis en œuvre par l'Union européenne ayant pour objectif ou pour conséquence d'entraver la mobilité des personnes en besoin de protection internationale ; et de les confronter aux obligations internationales des États membres en matière de droit d'asile et de droit international des droits de l'homme. Pour ce faire, deux expressions ont été articulées (et non opposées) : obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale. Il convient de les définir l'une (1) et l'autre (2).

1. L'obligation de visa : nature et conséquences

16. La notion d'obligation peut être définie comme une disposition imposant aux sujets de droit un comportement positif ou négatif⁷⁷. Ainsi, en droit de l'Union européenne, l'expression « obligation de visa », retenue par les États membres dans les intitulés des normes afférentes⁷⁸, désigne le fait pour les États membres de l'Union européenne d'imposer l'obtention d'un visa d'entrée sur leur territoire aux ressortissants des États tiers⁷⁹. L'obligation est double : les États membres sont contraints, du fait d'un espace intérieur sans contrôle aux frontières et de l'acquis Schengen, d'imposer l'obtention d'un visa aux ressortissants d'un certain nombre d'États tiers ; ces derniers sont donc obligés de l'obtenir pour pouvoir entrer sur le territoire. En complément, le terme de visa peut être défini comme « l'acte par lequel l'État donne autorisation à un individu d'entrer sur le territoire national – ou, dans certains cas, d'y transiter »⁸⁰. La Cour de justice de l'Union européenne précise, d'une

⁷⁶ Sur ce point voir, S. ROSIERE, *Frontières de fer. Le cloisonnement du monde*, Paris, Syllepse, 2020, 184 pages.

⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, pp. 615-616.

⁷⁸ Voir par exemple le Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.

⁷⁹ Nous reviendrons sur les exemptions de visa consenties aux ressortissants de certains États tiers et constaterons que ces exemptions ne concernent en pratique qu'une très faible part des personnes en besoin de protection internationale, cf. *infra*, §§60 et s.

⁸⁰ C.-A. CHASSIN, « Redéfinir et réinventer les voies légales de migration », *op. cit.*, p. 388.

part, que « 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 »⁸¹. Les États membres peuvent exiger diverses sortes de visas : uniforme ou à validité territoriale limitée, court ou long séjour, d'entrée ou de transit aéroportuaire⁸². Ces visas peuvent être obtenus à la suite d'une demande spontanée de l'intéressé auprès des autorités consulaires de l'un des États membres de l'Union ou bien à la suite d'une procédure de sélection au sein d'un programme de voie d'entrée protégée⁸³. Dans les deux hypothèses, l'obtention d'un visa implique l'application d'un régime juridique particulier comprenant des conditions de délivrance, des normes procédurales et des motifs de refus.

17. Le propre d'une obligation réside dans l'existence et l'éventuel déclenchement d'une conséquence juridique, que l'on peut considérer parfois comme une sanction, attachée à son irrespect par le sujet sur lequel elle pèse. En principe, les États membres de l'Union européenne peuvent sanctionner le ressortissant d'un État tiers dépourvu de visa de différentes manières selon l'endroit où il se trouve au moment du constat du non-respect de l'obligation. Cet individu pourra faire l'objet d'une décision d'éloignement s'il est entré irrégulièrement sur le territoire d'un État membre et qu'il n'a pas, depuis lors, régularisé sa situation au regard du droit au séjour de celui-ci⁸⁴. Son admission au séjour pourra lui être refusée s'il se présente à la frontière sans le visa requis⁸⁵. En amont des frontières, enfin, cet individu pourra faire l'objet d'une mesure d'interception et, sous certaines conditions, être renvoyé vers un État tiers d'origine ou de transit⁸⁶.

18. Néanmoins, le droit international prévoit une limitation des sanctions en cas de non-respect de l'obligation de visa par les personnes en besoin de protection internationale qui

⁸¹ CJUE, Grande chambre, arrêt du 26 juillet 2017, *Jafari*, C-646/16, §48.

⁸² Cf. *infra*, §§53 et s.

⁸³ Cf. *infra*, Partie II, Titre 1.

⁸⁴ 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, articles 2 et 6.

⁸⁵ Code frontières Schengen, article 14.

⁸⁶ Ces mesures feront l'objet d'amples développements, cf. *infra*, Partie I, Titre 2. Pour le moment, voir par exemple, 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 et la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, article 7.

pourrait remettre en question le caractère obligatoire de l'obtention de cette autorisation d'entrée. Ces limitations sont de trois ordres. Premièrement, l'article 33 de la Convention de Genève et, plus largement encore, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) interdisent la pratique du refoulement⁸⁷. Cela signifie que toute personne, sous la « juridiction » d'un État partie⁸⁸, ne peut être renvoyée vers un territoire dans lequel elle encourt un risque réel de mauvais traitements. Cette interdiction s'applique indépendamment des conditions d'entrée sur le territoire de l'État partie. Ainsi, les personnes qui manifestent un besoin de protection internationale ne peuvent pas faire l'objet d'une décision d'éloignement vers leur État d'origine ou vers tout autre État qui menacerait de les renvoyer vers leur État d'origine quand bien même elles auraient franchi les frontières irrégulièrement. Deuxièmement, l'article 31 de la Convention de Genève interdit spécifiquement aux États parties d'infliger des sanctions pénales aux personnes en besoin de protection internationale qui seraient entrées irrégulièrement sur leur territoire⁸⁹. Les demandeurs d'asile ne peuvent donc pas être pénalement sanctionnés du fait du franchissement irrégulier des frontières ; toutefois, le droit de l'Union européenne n'interdit pas qu'ils soient retenus, dans des centres fermés aux frontières, le temps nécessaire à l'examen de leur demande d'asile⁹⁰. En outre, le Code des frontières Schengen limite le risque de non-admission des personnes en besoin de protection internationale qui se présenteraient démunies de visa aux frontières⁹¹. Troisièmement, l'entrée régulière sur le territoire des États

⁸⁷ Le principe de non-refoulement sera plus longuement abordé, cf. *infra*, §§35 et s.

⁸⁸ Le terme « juridiction », dans l'ensemble de cette étude, est entendu comme l'exercice d'un contrôle effectif de l'État sur l'individu conformément à la jurisprudence de la CEDH. Ainsi, le terme « juridiction » de l'État est à distinguer de celui de « compétence » de l'État (notamment pour éviter la confusion avec le terme anglais « *jurisdiction* » qui renvoie plutôt à la notion de « compétence » mais qui est parfois traduit de façon inexacte par celle de « juridiction »). La compétence de l'État est établie par l'existence d'un titre à agir tandis que la juridiction de l'État peut être exercée en dehors de tout cadre licite. Pour un exposé complet sur la distinction et la caractérisation de la juridiction en droit international des droits de l'homme, voir T. FLEURY-GRAFF, « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme « juridiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : « adieu prudence ! » », in A. MIRON, B. TAXIL (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Actes du Colloque de la SFDI de 2019, Paris, Pedone, 2020, pp. 211-232.

⁸⁹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, article 31 « 1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».

⁹⁰ Directive « Accueil », article 8-3, c).

⁹¹ Code frontières Schengen, article 14 -1 « L'entrée sur le territoire des États membres est refusée au ressortissant de pays tiers qui ne remplit pas l'ensemble des conditions d'entrée énoncées à l'article 6, paragraphe 1, et qui n'appartient pas à l'une des catégories de personnes visées à l'article 6, paragraphe 5.

membres ne constitue pas une condition pour demander la protection internationale ni pour obtenir, par la suite, un titre de séjour sur le fondement de cette protection.

19. En définitive, bien qu'elles soient soumises à l'obligation de visa pour entrer sur le territoire des États membres de l'Union, les personnes en besoin de protection internationale ne sont juridiquement sanctionnables ni au départ ni à l'arrivée, en cas d'irrespect de l'obligation de visa. Le droit ne prévoit aucune sanction, si ce n'est le risque d'être retenu temporairement dans un centre fermé aux frontières, pour les personnes en besoin de protection internationale qui ne se seraient pas conformées à l'obligation de visa. Pour autant, l'absence de sanction juridiquement prévue n'équivaut pas, pour ces personnes, à la disparition de l'obligation. En effet, le fait de ne pas être correctement documentées génère un nombre de difficultés considérables en termes d'avancement sur le parcours migratoire. Les conséquences de l'obligation de visa pour les personnes en besoin de protection internationale se matérialisent donc, non pas strictement au départ ou à l'arrivée mais bien au cours de leur fuite, du fait de l'absence de tout dispositif efficace pour prendre en considération leur besoin de protection.

2. Les personnes en besoin de protection internationale : une catégorie juridique inexistante

20. L'emploi du terme « besoin » vise à faire apparaître le caractère nécessaire, impérieux de l'objet convoité, ici la protection internationale. En effet, au sens commun, le besoin est entendu comme « l'exigence née d'un sentiment de manque, de la privation de quelque chose qui est nécessaire à la vie organique (...), qui porte à désirer ce dont on croit manquer »⁹². À ce stade, le besoin sera considéré de manière subjective comme un besoin déclaré ou ressenti et non comme un besoin avéré de protection dans le sens où, d'un point de vue temporel, l'étude porte sur l'étape qui précède la procédure d'évaluation et de reconnaissance définitive du besoin de protection internationale. Les personnes ciblées sont donc celles qui revendiquent une qualité sans toutefois qu'un statut leur ait été encore reconnu⁹³. Pour autant,

Cette disposition est sans préjudice de l'application de dispositions particulières relatives au droit d'asile et à la protection internationale ou à la délivrance de visas de long séjour ».

⁹² Dictionnaire *Larousse*, besoin.

⁹³ Sur la distinction entre la qualité et le statut, voir CJUE, Grande chambre, arrêt du 14 mai 2019, *M. contre République tchèque*, C-391/16 et *X. et X. contre Belgique*, C-77/17 et C-78/17. La Cour rappelle que l'octroi

ce besoin constitue pour elles le principal motif de leur migration et implique une certaine rupture avec leur État d'origine. Cet état de fuite rend complexe la soumission aux critères matériels et procéduraux inhérents à l'obligation de visa. L'objet du besoin est la « protection internationale ». Celle-ci peut être définie comme l'ensemble des actions menées par les États ou par le HCR visant à garantir l'égalité d'accès aux droits fondamentaux et l'exercice de ces droits aux personnes qui résident en-dehors de leur État d'origine et qui sont dans l'incapacité d'y retourner au motif que ce retour porterait atteinte à leur vie ou à leur liberté et que cet État ne peut ou ne veut assurer la protection que tout État doit à ses ressortissants nationaux⁹⁴. La protection internationale se trouve à la croisée des chemins du droit international de l'asile, des droits de l'homme et du droit humanitaire. Elle implique diverses formes d'actions allant d'une protection provisoire, informelle et précaire à une protection durable formalisée par la reconnaissance d'un statut. En tout état de cause, la protection internationale est une protection-substitution par un État ou le HCR entraînée par l'absence de la protection de l'État d'origine de la personne concernée⁹⁵. L'expression « personnes en besoin de protection internationale » alourdit incontestablement la rédaction et, partant, la lecture. Néanmoins, le choix de cette expression s'est révélé incontournable dans le sens où aucune des autres expressions communément employées ne permettait de désigner précisément et intégralement la catégorie de personnes visées⁹⁶.

21. En premier lieu, les expressions « migrants », « étrangers » et « ressortissants d'États tiers » ont été éliminées car elles ne rendaient pas compte du motif déterminant de la migration de ces personnes. Le terme « migrants » souffre d'une absence de définition juridique stable et universelle⁹⁷. La définition la plus englobante et la plus consensuelle semble

d'un statut de bénéficiaire d'une protection internationale est un acte reconnaissant d'une qualité préexistante, §85 et §92.

⁹⁴ Cette définition ressort d'une combinaison des définitions de la protection internationale proposées dans les glossaires du HCR et de l'POIM ainsi que d'un article publié par le HCR, « Persons in Need of International Protection », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, 2018, p. 134.

⁹⁵ N. ALOUPI, S. GAKIS, « Catégories de migrants et droit international. Origines et enjeux actuels », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international*, *op. cit.*, p. 59.

⁹⁶ En outre, cette expression est très régulièrement utilisée par le HCR. Voir par exemple, HCR, « Persons in Need of International Protection », *op. cit.*, pp. 134-139 ou HCR, « Key Legal Considerations on Access to Territory for Persons in Need of International Protection in the context of the COVID-19 Response », *International Journal of Refugee Law*, vol. 33, 2021, pp. 146-150.

⁹⁷ Seules quelques catégories spécifiques de migrants sont définies. Ainsi, à titre d'exemple les travailleurs migrants sont définis par la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille signée le 18 décembre 1990 comme « les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes ». Les réfugiés ou les apatrides forment également des catégories de migrants spécifiquement définies, cf. *infra*, §23. Le Protocole de Palerme pourtant spécifiquement dédié à la lutte

être celle proposée par l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) : « terme générique non défini dans le droit international qui, reflétant l'usage commun, désigne toute personne qui quitte son lieu de résidence habituelle pour s'établir à titre temporaire ou permanent et pour diverses raisons, soit dans une autre région à l'intérieur d'un même pays, soit dans un autre pays, franchissant ainsi une frontière internationale »⁹⁸. Celle-ci doit être précisée par la définition du « migrant international » entendu comme toute personne qui se trouve en dehors de son État de nationalité ou de résidence habituelle, que sa migration soit permanente ou temporaire, régulière ou irrégulière⁹⁹. Le terme « migrants forcés », parfois utilisé en langue anglaise en droit de l'Union européenne, pour sa part, ne marque pas la dimension internationale de la migration ; il englobe aussi bien les migrants internationaux que les déplacés internes¹⁰⁰. Or, ces derniers sont, par définition, exclus du champ de l'étude dans la mesure où, bien que pouvant faire l'objet d'une protection par le HCR, ils ne franchissent aucune frontière internationale. Par ailleurs, l'expression est souvent utilisée pour englober toutes les personnes qui migrent par contrainte et non par choix. Ainsi, elle ne désigne pas seulement les personnes qui demanderont les protections internationales telles que le statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire mais également les personnes qui fuient l'extrême pauvreté, les catastrophes naturelles, le changement climatique, *etc.* Or, l'étude concerne uniquement les personnes qui fuient leur État d'origine vers le territoire des États membres de l'Union européenne avec l'objectif d'y déposer une

contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adopté le 15 novembre 2000, entré en vigueur le 28 janvier 2004, ne définit pas le terme « migrant » sauf par une vague explication : « personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent » de l'État dans lequel elle se trouve, cf. article 3, a). Le fait que la définition du migrant soit intégrée à celle de trafic illicite laisse penser qu'un migrant serait nécessaire en situation irrégulière et/ou l'objet d'un crime, ce qui est juridiquement inexact.

⁹⁸ OIM, Glossary on Migration, en ligne [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_9_fr.pdf].

⁹⁹ *Ibid.*, p 130. Certaines définitions divergent sur le point de savoir si les personnes effectuant une migration temporaire peuvent être considérées comme des migrants. Ainsi, il arrive qu'au sein d'un même ouvrage, les auteurs s'opposent. Par exemple, au sein de la *Max Planck Encyclopedias of International Law*, D. WEISSBRODT, « Immigration », mars 2014, « Immigration is defined as the act of entering a country other than one's country of origin and settling there permanently » tandis que D. KUGELMANN, « Migration », mars 2009, « Migrants are persons who leave their country of origin or the country of habitual residence, to remain either permanently or temporarily in another country with the possible consequence of establishment. ». Les deux auteurs rappellent cependant qu'aucune définition n'a été entérinée par le droit international. Notons que les déplacés internes, englobés par cette définition extensive, ne seront pas intégrés à la présente étude.

¹⁰⁰ Commission européenne, Migration and Home Affairs, Glossary, « Forced migrant - A person subject to a migratory movement in which an element of coercion exists, including threats to life and livelihood, whether arising from natural or man-made causes (e.g. movement of refugees and internally displaced persons as well as people displaced by natural or environmental disasters, chemical or nuclear disasters, famine or development projects », en ligne [https://home-affairs.ec.europa.eu/pages/glossary/forced-migrant_en].

demande d'asile¹⁰¹. Les expressions « étrangers » ou « ressortissants d'États tiers » utilisées dans le droit de l'Union permettent de souligner la distinction fondée sur la nationalité entre deux catégories de personnes : d'un côté, les citoyens des États membres de l'Union européenne (et les membres de leur famille, éventuellement ressortissants d'un État tiers) qui bénéficient d'un régime de libre circulation au sein de cet espace¹⁰² et, de l'autre, les ressortissants d'États tiers soumis aux obligations d'entrée et de séjour. En matière de protection internationale, seuls les ressortissants d'États tiers sont concernés¹⁰³. Cependant, l'expression ne suffit pas à faire apparaître le motif de leur migration et à distinguer, parmi l'ensemble des ressortissants d'États tiers, ceux qui recherchent une protection internationale de substitution de ceux qui ne recherchent qu'une protection complémentaire à celle que leur offre déjà leur État d'origine¹⁰⁴.

22. En deuxième lieu, l'expression « demandeurs de protection internationale » retenue en droit de l'Union européenne a également été mise à l'écart. Elle désigne « tout ressortissant de pays tiers ou tout apatride ayant présenté une demande de protection internationale sur laquelle il n'a pas encore été statué définitivement »¹⁰⁵. Elle semble inappropriée au cadre de la présente étude car celle-ci porte uniquement sur les personnes en besoin de protection internationale qui n'ont pas encore eu l'opportunité de formuler leur demande sur le territoire voire à la frontière des États membres. Or, en droit de l'Union européenne, les demandes d'asile ne peuvent être formées qu'une fois le territoire d'un État membre atteint¹⁰⁶. Les

¹⁰¹ Sur le caractère plus générique de l'expression « *forced migrants* » et son inadéquation en matière d'asile, voir D. TURTON, « Refugees, forced resettlers and « other forced migrants »: towards a unitary study of forced migration », *Working paper n° 94*, UNHCR Evaluation and Policy Analysis Unit, septembre 2003, en ligne [<https://www.unhcr.org/research/working/3f818a4d4/refugees-forced-resettlers-other-forced-migrants-towards-unitary-study.html>]. Voir également B. STEIN, « The Refugee Experience: Defining the Parameters of a Field of Study », *The International Migration Review*, vol. 15, 1981, pp. 320-330.

¹⁰² Les ressortissants des États membres de l'Union bénéficient du droit d'entrer et de circuler sur le territoire européen en vertu des articles 21 TFUE, 3 TUE et 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁰³ Protocole n° 24 sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne, annexé au Traité d'Amsterdam puis de Lisbonne, les États membres « sont considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile. En conséquence, toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre ne peut être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction par un autre État membre » que dans des cas très restreints de périodes susceptibles d'entraîner des violations des droits fondamentaux.

¹⁰⁴ N. ALOUPI, S. GAKIS, « Catégories de migrants et droit international. Origines et enjeux actuels », *op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁰⁵ Directive « Qualification » article 2.

¹⁰⁶ Directive « Procédure », article 3.

personnes en besoin de protection internationale ici visées sont encore en mouvement vers les frontières de ce territoire.

23. En troisième et dernier lieu, les expressions désignant les bénéficiaires de la protection internationale sont naturellement apparues inadaptées. Les « réfugiés »¹⁰⁷, « apatrides »¹⁰⁸, « bénéficiaires de la protection subsidiaire »¹⁰⁹ voire « bénéficiaires de la protection temporaire »¹¹⁰ sont des personnes qui remplissent un certain nombre de conditions nécessaires à l'octroi de cette qualification. Or, durant la période qui intéresse cette étude, il est impossible de savoir si les personnes visées remplissent ou non les conditions de telle ou telle définition. La sémantique traduit la réalité juridique des personnes en besoin de protection internationale. Tant qu'elles n'ont pas atteint le territoire de l'Union, elles n'accèdent à aucune catégorie protectrice juridiquement définie. Elles demeurent dans les limbes de la catégorie vague et hétérogène des migrants alors même qu'elles devraient en être distinguées du fait, d'une part, du besoin de protection internationale qui motive leur mouvement et les place dans une situation de vulnérabilité particulière et, d'autre part, de la

¹⁰⁷ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 1 A « Aux fins de la présente convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne : (...) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ». La directive « Qualification » reprend la même définition. Pour une critique de la définition donnée par la Convention de Genève, voir notamment, B. TAXIL, « La catégorisation du réfugié par la Convention de Genève de 1951 : Sésame, ouvre-toi ! », in C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *La catégorisation des acteurs du droit d'asile*, Paris, Mare et Martin, 2021, pp. 15-41.

¹⁰⁸ Convention de New York relative au statut des apatrides, adoptée le 28 septembre 1954, entrée en vigueur le 6 juin 1960, article 1.1 « Aux fins de la présente Convention, le terme « apatride » désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ».

¹⁰⁹ Directive « Qualification », article 2 « tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves ». Les atteintes graves sont listées à l'article 15 de la même directive : la peine de mort ou l'exécution, la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants, des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international.

¹¹⁰ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, article 2 « Aux fins de la présente directive, on entend par (...) «protection temporaire», une procédure de caractère exceptionnel assurant, en cas d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, une protection immédiate et temporaire à ces personnes, notamment si le système d'asile risque également de ne pouvoir traiter cet afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement, dans l'intérêt des personnes concernées et celui des autres personnes demandant une protection ».

potentielle qualité qu'elles revêtent et dont la reconnaissance n'aura lieu qu'une fois le territoire atteint. Pour toutes ces raisons, l'expression « personnes en besoin de protection internationale » a été retenue comme le concept le plus adéquat pour traduire la réalité pratique et les questions de droit qui sont liées. Les enjeux principaux du sujet découlent tous de cette absence de catégorie juridique, et donc de régime afférent, destinée aux personnes en besoin de protection internationale.

§2. Enjeux du sujet

24. Dans une Union européenne au sein de laquelle les mouvements nationalistes identitaires progressent, les politiques d'asile et de migration constituent des points de haute sensibilité¹¹¹. Aussi, il est important de relever les différents enjeux découlant, dans le contexte du droit de l'Union, de l'obligation de visa. À l'origine, les contrôles migratoires viennent répondre à un besoin de sécurité mais leur mise en œuvre fait régulièrement l'objet de critiques (A). L'objectivation juridique des termes du débat permet à la fois de l'alimenter et, peut-être, de l'apaiser. L'objectif est de comprendre les axes d'articulation nécessaires au respect du droit souverain des États de contrôler les entrées sur leur territoire et des droits fondamentaux des personnes qui voudraient y pénétrer aux fins de demander l'asile (B).

A. Les causes et critiques des contrôles migratoires

25. L'obligation de visa est présentée comme l'un des moyens de lutter contre les flux migratoires irréguliers, le trafic illicite de migrants et la traite des êtres humains¹¹². Pourtant,

¹¹¹ Il convient de replacer la progression des partis politiques nationalistes identitaires au Parlement européen lors des élections de 2019 dans un contexte plus global. En effet, les élections de 2018 au Brésil et les élections de 2019 aux États-Unis ont été marquées du même mouvement. En outre, certains États membres sont gouvernés par des partis nationalistes tels que la Pologne et la Hongrie tandis qu'au sein d'autres États membres comme la France ou l'Italie ceux-ci ont un poids réel dans les coalitions au pouvoir. Par ailleurs, la peur des étrangers et du « grand remplacement » n'est pas la seule cause de cette progression. Ces partis gagnent également des voix dans les périodes d'incertitude économique et de crise démocratique de la représentativité. Pour autant, la progression est bien réelle. Voir notamment, J. BOURRINET, « L'Union européenne confrontée à la « démocratie illibérale » », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019/1, pp. 239-252 ; C. OLIVIERI, « La contagion populiste », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019/1, pp. 253-256.

¹¹² Code des visas, préambule, point 3. Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse du 6 juin 2019, « Politique des visas : l'UE met à jour la réglementation en vue d'améliorer les conditions pour les voyageurs en règle et de lutter contre les migrations clandestines », en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/communications/2019/06/06/visas/>].

l'apparition de cette obligation et son renforcement par la création de mécanismes d'interception ou d'éloignement des personnes non ou mal documentées n'ont pas entraîné de réduction significative de ces phénomènes. Au contraire, on pourrait même aller jusqu'à dire que l'extension de l'obligation de visa engendre nécessairement une augmentation des flux irréguliers, notamment pour les personnes contraintes à la migration et dans l'incapacité d'obtenir un visa¹¹³. En outre, le régime des visas renforcé par tous les mécanismes d'interception mis en œuvre par l'Union européenne constitue un outil de pression dans les relations diplomatiques de l'Union et de ses États membres avec les États tiers¹¹⁴. Cet outil a plusieurs fonctions. L'Union européenne utilise la libéralisation du régime des visas comme une récompense accordée aux États tiers qui coopèrent docilement à la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des flux migratoires¹¹⁵. Elle conditionne parfois l'aide au développement au respect de certains engagements par les États tiers en matière de contention des flux migratoires à destination de l'Europe derrière leurs frontières¹¹⁶. Il arrive également que l'aide versée soit spécifiquement fléchée vers l'aménagement d'infrastructures

europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/06/visa-policy-eu-updates-rules-to-facilitate-legitimate-travel-and-fight-illegal-migration/].

¹¹³ En 2015, au moment du pic du nombre d'arrivées irrégulières aux frontières extérieures de l'Union européenne, la politique des visas, les sanctions des transporteurs, les accords de réadmission et la coopération avec les États tiers en matière de gestion des flux migratoires étaient déjà mis en œuvre. Pour autant, la multiplication des tensions politiques et des situations de violences dans certains États africains et du Moyen-Orient ont entraîné une augmentation significative du nombre d'arrivées. Lecture croisée, Conseil de l'Union européenne/conseil européen, « Historique – Politique migratoire de l'UE », en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-migration-policy/migration-timeline/>] et Conseil de l'Union européenne/conseil européen, « Infographie – Migration flows : Eastern, Central and Western routes », en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/infographics/migration-flows/>]; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Les *boat people* de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/1838>].

¹¹⁴ Règlement du Parlement européen et du Conseil portant modification du règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas (Code des visas), 15 mai 2019, préambule, point 13 « En cas de manque de coopération de la part de certains pays tiers en vue de la réadmission de leurs ressortissants qui ont été appréhendés en situation irrégulière, et une absence de coopération effective de ces pays tiers dans la mise en œuvre de la procédure de retour, certaines dispositions du règlement (CE) n° 810/2009 devraient, sur la base d'un mécanisme transparent fondé sur des critères objectifs, être appliquées de manière restrictive et temporaire pour améliorer la coopération d'un pays tiers donné en matière de réadmission des migrants en situation irrégulière ».

¹¹⁵ L'Union européenne discute de la libéralisation du régime des visas de court séjour avec les États tiers voisins (Turquie, Monténégro, Serbie, Ukraine, Moldavie, Géorgie, Albanie, Macédoine, Bosnie-Herzégovine, Kosovo). Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Quatrième rapport dans le cadre du mécanisme de suspension de l'exemption de visa, 4 août 2021, COM (2021) 602 final. Le critère de la coopération en matière de migration, d'asile et de réadmission est le premier critère examiné par la Commission dans le suivi des négociations sur la libéralisation du régime des visas.

¹¹⁶ Cf. *infra*, §176.

matérielles ou juridiques vouées à l'accueil dans les États tiers¹¹⁷. Au contraire, l'Union et ses États membres se servent du système des visas comme d'un outil de sanction lorsque les efforts ou résultats des États tiers en matière migratoire ou de respect des droits fondamentaux ou du droit international ne sont pas satisfaisants¹¹⁸. Les politiques de contrôles migratoires ont donc un poids diplomatique considérable. Néanmoins, pour garder l'avantage, l'Union européenne doit opérer avec discernement sans quoi l'arme se retourne contre elle. Certains États tiers ont en effet refusé de signer des accords de réadmission pour les ressortissants non nationaux¹¹⁹. D'autres, comme la Turquie¹²⁰ ou la Biélorussie¹²¹, ont utilisé, tragiquement, les flux migratoires irréguliers comme moyens de pression.

26. Du côté des partis ou organisations militant pour le respect des droits fondamentaux des migrants ou l'accueil des personnes en besoin de protection internationale, il faut également remettre en perspective les normes et les pratiques qui fondent l'architecture des politiques de l'asile et des migrations au sein de l'Union. Les dénonciations des conséquences de la politique de contrôles migratoires sont fréquentes. Toutefois, la traduction contentieuse de ces dénonciations reste assez limitée. D'une part, si les préjudices sont évidents compte

¹¹⁷ Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse, « Facilité en faveur des réfugiés en Turquie : les États membres conviennent des modalités d'un financement additionnel », 29 juin 2018, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/06/29/facility-for-refugees-in-turkey-member-states-agree-details-of-additional-funding/>].

¹¹⁸ Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Quatrième rapport dans le cadre du mécanisme de suspension de l'exemption de visa, *op. cit.* À titre d'illustration, le 9 septembre 2022, le Conseil de l'Union a décidé la suspension intégrale de l'accord visant à faciliter la délivrance des visas avec la Russie en réaction à l'agression militaire de la Russie contre l'Ukraine, cf. Décision (UE) 2022/1500 du Conseil du 9 septembre 2022 relative à la suspension intégrale de l'application de l'accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance des visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie.

¹¹⁹ C. LECADÉ, « Accords de réadmission : tensions et ripostes », *Plein droit*, n° 114, 2017/3, pp. 15-18.

¹²⁰ « Turquie : Erdogan menace à nouveau d'ouvrir la porte de l'Europe aux réfugiés syriens », *Le Monde*, 13 septembre 2019. Le 27 février 2020, le Président turc, lors d'un conseil de sécurité, a donné l'ordre à sa police, ses garde-côtes et garde-frontières de ne plus empêcher les migrants d'atteindre l'Europe par voie terrestre ou maritime entraînant immédiatement un renforcement des patrouilles grecques aux frontières. L'objectif de la Turquie était alors d'obtenir plus d'aides européennes pour la gestion des réfugiés sur place. « La Grèce bloque des centaines de migrants à sa frontières avec la Turquie », *Le Monde*, 28 février 2020.

¹²¹ Conseil européen/Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse, « Biélorussie : l'UE élargit le champ des sanctions pour lutter contre les attaques hybrides et l'instrumentalisation des migrants », 15 novembre 2021, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/11/15/belarus-eu-broadens-scope-for-sanctions-to-tackle-hybrid-attacks-and-instrumentalisation-of-migrants/>]. Conseil européen/Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse, « Biélorussie : le Conseil suspend des dispositions visant à faciliter la délivrance de visas pour ce qui est des fonctionnaires du régime biélorusse », 9 novembre 2021, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/11/09/belarus-council-suspends-visa-facilitation-provisions-for-officials-of-the-belarus-regime/>].

tenu du nombre de victimes sur les routes migratoires, la caractérisation de la faute imputable à l'État et surtout du lien de causalité nécessaire à l'engagement de la responsabilité des États membres demeure particulièrement complexe. Certaines tâches sont déléguées aux autorités des États tiers ou sont exécutées sous leur direction ; d'autres ont été privatisées, ce qui entraîne un délitement de la responsabilité des États européens¹²². D'autre part, l'action contentieuse en elle-même est délicate à initier. Les prétoires sont, en droit et/ou en pratique, quasiment inaccessibles pour les requérants individuels. Lorsqu'ils y parviennent, les juges nationaux comme européens se montrent frileux quant à l'engagement de la responsabilité des États membres de l'Union¹²³. Le niveau de difficulté s'accroît encore en matière de contentieux interétatique. Le problème de la caractérisation de la faute et du lien de causalité ne disparaît pas. Au contraire, il est augmenté par celui de l'absence d'États susceptibles d'ester en justice pour engager la responsabilité de l'Union ou de l'un ou plusieurs de ses États membres. En définitive, la question de l'engagement de la responsabilité de l'Union ou de ses États membres ne constitue pas l'objectif principal de cette étude. Il s'agit plutôt de faire l'état des lieux du droit en vigueur afin de mettre en lumière les points d'équilibre ou de tension entre la souveraineté des États membres et les droits subjectifs des individus.

B. L'articulation de la souveraineté étatique et des droits subjectifs des personnes en besoin de protection internationale

27. Le régime des visas appliqué aux personnes en besoin de protection internationale pose la question de l'équilibre entre le droit souverain des États membres de contrôler les entrées sur leur territoire par la délivrance ou le refus de visa, complété le cas échéant par des mécanismes d'interception ou de contention des personnes non ou mal documentées (1), et les droits fondamentaux de ces personnes (2).

¹²² Les mécanismes de privatisation abordés dans cette étude sont le recours aux prestataires de services extérieurs, cf. *infra*, §§110 et s. ainsi que les sanctions des transporteurs internationaux de passagers, cf. *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1.

¹²³ Cf. *infra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 2.

1. Le droit souverain des États de contrôler le franchissement de leurs frontières

28. La souveraineté que l'État exerce sur son territoire lui permet de réglementer la circulation des personnes à l'intérieur de ses frontières et au travers de celles-ci¹²⁴. L'État peut donc choisir l'identité des personnes qui, en dehors de ses ressortissants nationaux, pourront entrer sous son contrôle et sous sa protection¹²⁵. Traditionnellement, l'État effectue les contrôles qu'il juge nécessaires pour s'assurer que l'étranger candidat à l'entrée sur son territoire n'est pas un risque pour sa sécurité ou ne deviendra pas une charge pour son système économique ou social. L'État peut également contrôler le profil sanitaire des candidats afin de sauvegarder ses intérêts en matière de santé publique. Ce choix se formalise par l'exercice de contrôles migratoires. Il se manifeste de deux façons. D'une part, les autorités peuvent refuser ou empêcher l'entrée des personnes. D'autre part, elles peuvent sélectionner celles qu'elles souhaitent laisser entrer. Ces deux expressions du pouvoir souverain de contrôle sont évidemment les deux faces d'une même pièce. Pourtant, leurs objectifs ne se confondent pas. Dans la première hypothèse, les contrôles migratoires ont pour but la non-entrée des migrants qui y postulent. Dans la seconde, les mécanismes de contrôle visent, au contraire, l'entrée de certains d'entre eux seulement. De façon générale, le contrôle migratoire est le moyen par lequel un État s'assure du franchissement régulier de ses frontières. La régularité de ce franchissement est atteinte par la satisfaction de conditions posées par le droit de l'État territorial. Par ailleurs, la surveillance des frontières ne se cantonne pas à la détection des franchissements irréguliers. Son champ géographique s'éloigne des frontières proprement dites, d'autant plus que celles-ci sont mouvantes¹²⁶. Ainsi, les frontières extérieures de

¹²⁴ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2019, 13^e édition, p. 405. Également rappelé par CEDH, Grande chambre, arrêt du 13 février 2020, *N. D. et N. T. contre Espagne*, n° 8675/15 et 8697/75, §167 « Il importe de rappeler tout d'abord que les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ». La Cour réitère aussi le droit des États d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration, le cas échéant dans le cadre de la coopération bilatérale ou en fonction des obligations qui découlent pour eux de leur appartenance à l'Union européenne, cf. CEDH, arrêt du 21 octobre 2014, *Sharifi et autres contre Italie et Grèce*, n° 16643/09, §224.

¹²⁵ R. PERRUCHOUD, « Souveraineté des États et liberté de circulation », in B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD, J. REDPATH-CROSS (dir.), *Le droit international de la migration*, Comansville, éditions Yvon Blais, 2014, p. 145.

¹²⁶ P. KLÖTGEN, « La frontière et le droit. Esquisse d'une problématique », in J.-L. DESHAYES et D. FRANCFORT (dir.), *Du barbelé au pointillé : les frontières au regard des sciences humaines et sociales*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2010, pp. 131-158 ; P. CUITTITA, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures & Conflits*, vol. 68, 2007, en ligne [<https://journals.openedition.org/conflits/5593>] ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite », *Revue de l'Union européenne*, n° 609, juin 2017, pp. 61-84.

l'Europe s'étendent jusque sur le territoire des États tiers lorsque les contrôles migratoires y sont pratiqués (externalisation). D'autres fois, elles donnent l'impression d'être resserrées vers l'intérieur du territoire (internalisation). C'est le cas, par exemple, des espaces dédiés à la catégorisation des arrivants tels que les *hotspots* ou les zones d'attente. Alors que ceux-ci sont physiquement sur le territoire, le traitement qui leur est appliqué les place juridiquement et virtuellement en dehors de l'espace sur lequel s'applique le régime d'asile européen commun¹²⁷. Les frontières ne sont plus seulement géographiques, elles deviennent personnelles – elles suivent l'individu – et numériques – elles reposent sur des outils tels que caméras, puces électroniques, données biométriques et réseaux numériques¹²⁸.

29. La surveillance des frontières recouvre toutes les modalités mises en œuvre en amont du franchissement pour empêcher et dissuader les personnes de se soustraire aux vérifications pratiquées aux points de passage frontaliers¹²⁹. Le Code frontières Schengen rappelle que les activités de contrôle migratoire portent tant sur le franchissement irrégulier effectif des frontières que sur l'intention de franchir irrégulièrement ces frontières¹³⁰. La croissance de la dimension externe de la politique migratoire de l'Union se traduit par deux mouvements principaux. D'un côté, les États européens délocalisent leurs contrôles de plus en plus loin de

M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « The European Union Edges. Borders as Ways or Walls? », *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, n° 2, janvier 2015, pp. 97-117.

¹²⁷ À cet égard, il convient de rappeler que le paquet asile et migration actuellement en cours de négociation au sein de l'Union européenne repose partiellement sur une conception mouvante et virtuelle de la frontière selon laquelle une personne entrée sur le territoire des États membres sans avoir subi la procédure de filtrage et d'identification au moment du passage de la frontière extérieure peut subir celui-ci alors qu'elle est déjà entrée et réside à l'intérieur d'un État membre. Elle peut donc subir les résultats de ce filtrage et être renvoyée rapidement vers son État d'origine si elle ne demande pas de protection internationale et n'établit pas la régularité de son entrée ou de son séjour, cf. Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, 23 septembre 2020, COM (2020) 612 final.

¹²⁸ Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil, Frontières intelligentes : options et pistes envisageables, 25 octobre 2011, COM (2011) 680 final.

¹²⁹ Règlement (UE) n° 656/2014, préambule, point. 1.

¹³⁰ Code frontières Schengen, article 2. « « contrôle aux frontières » : les activités effectuées aux frontières, conformément au présent règlement et aux fins de celui-ci, en réponse exclusivement à l'intention de franchir une frontière ou à son franchissement indépendamment de toute autre considération, consistant en des vérifications aux frontières et en une surveillance des frontières ; « vérifications aux frontières » : les vérifications effectuées aux points de passage frontaliers afin de s'assurer que les personnes, y compris leurs moyens de transport et les objets en leur possession, peuvent être autorisés à entrer sur le territoire des États membres ou à le quitter ; « surveillance des frontières » : la surveillance des frontières entre les points de passage frontaliers et la surveillance des points de passage frontaliers en dehors des heures d'ouverture fixées, en vue d'empêcher les personnes de se soustraire aux vérifications aux frontières ; « vérification de deuxième ligne » : une vérification supplémentaire pouvant être effectuée en un lieu spécial à l'écart de celui où toutes les personnes sont soumises à des vérifications (première ligne) ».

leurs frontières, vers l'intérieur ou l'extérieur¹³¹. D'un autre côté, ils délèguent leurs compétences, en tout ou en partie, aux États tiers de départ ou de transit ainsi qu'à des acteurs privés. Néanmoins, l'expression de la souveraineté de l'État par les contrôles migratoires connaît deux limites. L'État doit respecter la souveraineté des autres États. En outre, sa souveraineté doit être exercée dans le respect des droits fondamentaux des individus, notamment des personnes en besoin de protection internationale qui disposent de droits spécifiques en matière de circulation.

2. Les droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale

30. La liberté de circulation des personnes est souvent présentée comme l'un des droits les plus fondamentaux en ce qu'elle constitue la condition indispensable au libre développement et à l'exercice des autres droits fondamentaux¹³². Pourtant, le droit international positif ne consacre pas la liberté de circulation de façon générale ; cette consécration intervient à des échelles très localisées et est assortie de tempéraments¹³³. L'expression est utilisée comme un terme générique qu'il convient de séquencer en plusieurs droits et libertés aux régimes juridiques distincts¹³⁴. Elle couvre notamment le droit de quitter tout pays, y compris le sien (a) et le droit de ne pas être refoulé (b). Plus spécifiquement, la liberté de circulation des personnes en besoin de protection internationale touche au droit d'asile qui implique nécessairement la mobilité de la personne, sans qu'un droit à la mobilité à la recherche de l'asile soit explicitement consacré (c).

¹³¹ Dans un ouvrage particulièrement complet sur la question, Violeta MORENO-LAX utilise les expressions « extraterritorial border controls » et « pre-border controls », cf. V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe : Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, Oxford university press, 2017, 568 pages.

¹³² R. PERRUCHOU, « Souveraineté des États et liberté de circulation », *op. cit.*, p. 148. L'auteur reprend la liste des penseurs ayant soutenu que le principe de la libre circulation serait un dérivé de la morale internationale compatible avec la souveraineté des États : Bodin, Grotius, Vattel, Pufendorf, Vitoria, Locke et Rousseau notamment.

¹³³ La liberté de circulation figure dans la liste des droits fondamentaux reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 45). Toutefois, elle ne s'applique qu'aux ressortissants des États membres de l'Union et n'implique pas une liberté absolue d'installation dans l'État de son choix.

¹³⁴ E. KLEIN, « Movement, Freedom of, International protection », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2007.

a. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien : un droit de fuir à adapter aux migrations internationales contemporaines

31. Dans un contexte de migrations forcées, le droit de quitter tout pays, y compris le sien, équivaut au droit de fuir. Il est le droit résiduel, le droit de rattrapage, celui qui permet le salut par le départ lorsque tous les autres sont menacés¹³⁵. Les protections internationales et les droits qu'elles supposent, quant à eux, ne s'appliquent qu'aux personnes ayant franchi une frontière internationale.

32. La force contraignante du droit de fuir n'est pas discutable en ce qu'il apparaît dans de nombreuses conventions universelles et régionales de protection des droits de l'homme¹³⁶. De nombreux instruments de *soft law* ont, en outre, contribué à délimiter plus précisément sa portée¹³⁷. Les sources textuelles de ce droit sont tellement nombreuses et similaires qu'il est

¹³⁵ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *L'injustifiable. Les politiques françaises d'immigration*, Paris, Bayard, 1998, p. 153.

¹³⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, article 12 §2 « Toute personne est libre de quitter, n'importe quel pays, y compris le sien ». Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, article 5 « les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : (...) ii) Droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée le 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976, article 2 c) « Aux fins de la présente Convention, l'expression «crime d'apartheid», qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci : (...) c) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment (...) le droit de quitter son pays et d'y revenir ». Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée le 18 décembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, article 8 « 1. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille sont libres de quitter tout État, y compris leur État d'origine. ». Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adopté le 16 septembre 1963, entré en vigueur le 2 mai 1968, article 2 « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ». Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, article 22 §2 « Toute personne a le droit de quitter librement n'importe quel pays, y compris le sien ». Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, article 12 §2 « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Charte arabe des droits de l'homme, adoptée le 15 septembre 1994, entrée en vigueur le 15 mars 2008, article 27, a) « Nul ne peut être arbitrairement ou illégalement empêché de quitter un pays quel qu'il soit, y compris son propre pays, interdit de séjour dans une région donnée, ou obligé à séjourner dans ledit pays ».

¹³⁷ J. INGLES, « Études des mesures discriminatoires dans le domaine du droit qu'a toute personne de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays », document ONU, E/CN.4/Sub.2/229Rev.1, 1963. C. MUBANGA-CHIPOYA, « Analysis of the current trend and

possible de s'interroger sur sa valeur coutumière. Certes, la ratification très large d'instruments consacrant ce droit pourrait traduire l'existence d'une *opinio juris*. En revanche, les modalités d'application et de restrictions diffèrent beaucoup d'un État à l'autre. Il est donc difficile de caractériser une pratique générale concordante. En tout état de cause, aucun juge international n'a validé la valeur coutumière du droit de quitter tout pays, y compris le sien¹³⁸.

33. S'il ne fait aucun doute que les États membres de l'Union sont, conventionnellement, soumis au respect du droit de quitter tout pays, y compris le sien, encore faut-il déterminer avec précision ce que celui-ci implique dans le contexte des migrations contemporaines¹³⁹. Il ne distingue pas les nationaux des migrants, pas plus, au sein de cette seconde catégorie, que ceux en situation régulière de ceux en situation irrégulière¹⁴⁰. Ensuite, il s'applique sans aucune considération pour la durée, la destination ou le motif du voyage envisagé. Mais il ne garantit en aucune façon le droit d'entrée dans le pays de destination¹⁴¹. La réalisation de ce droit implique des obligations de deux ordres pour l'État. D'une part, l'État doit respecter une

developments regarding the right to leave any country including one's own, and to return to one's own country, and some other rights or considerations arising therefrom: final report », document ONU, E/CN.4.Sub.2/1988/35, 1988. V. BOUTKEVITCH., « Document de travail sur le droit à la liberté de circulation et les questions connexes », document ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/22, 1997. Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27 : Liberté de circulation (article 12), document ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 novembre 1999. Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, résolution 47/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies, document ONU A/RES/40/144, 13 décembre 1985. Déclaration de Strasbourg sur le droit de quitter tout pays et de revenir dans son pays, adoptée le 26 novembre 1986 lors d'un colloque organisé par l'Institut international des droits de l'homme. Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe : Acte final d'Helsinki, 1^{er} août 1975. Pour une étude plus récente, voir CEDH, Guide on Article 2 of Protocol n° 4 to the European Convention on Human Rights, 30 avril 2022, en ligne [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_4_ENG.pdf].

¹³⁸ Dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, le Royaume hachémite de Jordanie, dans son exposé écrit, aborde la question du droit de quitter tout pays, y compris le sien en tant que principe fondamental de la liberté de circulation (p. 68). Pour autant, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004, la Cour internationale de justice ne reprend pas cette expression. Il est seulement précisé que la liberté de circulation s'applique aussi dans les situations d'occupation militaire et est une condition à la jouissance d'autres droits tels que la liberté de religion, le droit d'accès à des services de santé ou le droit au travail, cf. CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Recueil 2004, p. 188, §128. V. CHETAIL argue toutefois d'une valeur coutumière de ce droit, cf. V. CHETAIL, *International Migration Law*, *op. cit.*, p. 90, repris par T. FLEURY-GRAFF, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *op. cit.*, p. 23.

¹³⁹ Les États membres de l'Union sont tous soumis au respect de ce droit *via* le PIDCP et la ConvEDH.

¹⁴⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27 : Liberté de circulation (article 12), *op. cit.*

¹⁴¹ Le Pr CARLIER évoque « le pas suspendu de la cigogne au-dessus de la frontière » pour imager l'asymétrie du droit de quitter tout pays, y compris le sien, J.-Y. CARLIER, « Existe-t-il un droit à la migration ? » La cigogne et la maison », in F. CREPEAU, D. NAKACHE, I. ATAK (dir.), *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presse de l'Université de Montréal, 2009, pp. 389-407.

obligation négative de ne pas poser de restrictions arbitraires aux individus souhaitant quitter le pays. D'autre part, l'État est tenu, positivement cette fois, de faciliter la délivrance des documents de voyage nécessaires. Ceux-ci doivent être délivrés dans un délai et à un prix raisonnables¹⁴². Toutefois, la plupart des conventions internationales insistent sur le respect de la légalité interne dans la mise en œuvre de ce droit¹⁴³. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien n'est pas absolu ; il peut subir diverses restrictions. Celles-ci doivent être prévues par la loi, nécessaires à la sécurité publique, à l'ordre public, à la santé publique, à la moralité publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui et proportionnées et compatibles avec la réalisation des autres droits protégés. Les restrictions générales ne sont donc pas acceptables¹⁴⁴.

34. Consacré dans le contexte de la Guerre froide, le droit de quitter tout pays a été soutenu par les États occidentaux pour permettre la fuite des dissidents à l'Est et leur protection à l'Ouest dans un but de dénonciation du système communiste. Le contexte bien plus varié et aléatoire des migrations contemporaines implique que la portée moderne de ce droit n'est pas encore certaine. Par exemple, en vertu du Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants, les États parties sont tenus d'empêcher les migrants de quitter leur territoire par des moyens non autorisés par l'application de contrôles minutieux aux frontières sur la validité des documents de voyage¹⁴⁵. Toutefois, le Protocole rappelle que ces obligations doivent être exécutées dans le respect des engagements pris en matière de liberté de circulation¹⁴⁶. Le Conseil de l'Europe, de son côté, propose une articulation autour de la protection des droits humains¹⁴⁷. Il s'agit de considérer que la lutte contre le trafic illicite ou la traite des êtres humains vise avant tout la protection des victimes. Les États parties doivent donc démontrer que les mesures prises, dont les restrictions portées au droit de quitter tout pays, y compris le sien, sont effectivement utiles à la lutte contre le trafic illicite et la traite, qu'elles ont vocation à protéger les droits fondamentaux des migrants victimes et non pas seulement à diminuer le nombre de franchissements irréguliers des frontières des États de

¹⁴² Comité des droits de l'homme, *Peltonen contre Finlande*, constatations du 21 juillet 1994, communication n° 492/1992. Comité des droits de l'homme, *El Ghar contre Libye*, constatations du 2 novembre 2004, communication n° 1107/2002.

¹⁴³ L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 985.

¹⁴⁴ CEDH, arrêt du 27 novembre 2012, *Stamose contre Bulgarie*, n° 29713/05, §35.

¹⁴⁵ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, articles 11, 12 et 13.

¹⁴⁶ *Ibid.*, articles 19 et 12.

¹⁴⁷ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains adoptée le 3 mai 2005, entrée en vigueur le 1^{er} février 2008.

destination¹⁴⁸. La lutte contre les migrations irrégulières ne devrait donc pas porter atteinte au droit de quitter tout pays, y compris le sien sauf à s'inscrire dans le champ des restrictions autorisées.

b. Le principe de non-refoulement : un garde-fou solide

35. Le principe de non-refoulement puise sa source à plusieurs niveaux : droit international des réfugiés¹⁴⁹, droit international des droits de l'homme¹⁵⁰, droit européen des droits de l'homme¹⁵¹ et droit de l'Union européenne¹⁵². Le principe de non-refoulement doit son rang de pièce maîtresse ou de clé de voûte du droit international des réfugiés au fait qu'il constitue la condition préalable à l'exercice de tous les autres droits compris dans une protection internationale¹⁵³. Par ailleurs, les États parties à la Convention de Genève et/ou à son Protocole ont reconnu le caractère coutumier du principe de non-refoulement lors d'une réunion ministérielle en 2001¹⁵⁴. La pratique des États est en effet très large puisque plus de

¹⁴⁸ C. HARVEY, R. BARNIDGE, « Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, 2007, p. 6.

¹⁴⁹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 33-1 « Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

¹⁵⁰ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, article 3 « Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

¹⁵¹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, article 3 « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Cet article a été interprété comme équivalent au principe de non-refoulement par la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence est très fournie, voir l'arrêt fondateur, CEDH, Cour plénière, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, n° 14038/88.

¹⁵² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, article 19-2 « Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradant ».

¹⁵³ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University, 2013, p. 44.

¹⁵⁴ Déclaration des États parties à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, adoptée à la réunion ministérielle des États parties des 12/13 décembre 2001, dans laquelle ils disent avoir pris acte « de la pertinence et la capacité d'adaptation constantes de ce corps international de droit et de principes, y compris à sa base, le principe de non-refoulement dont l'applicabilité est consacrée par le droit coutumier international ». Certains auteurs considèrent que le principe de non-refoulement remplit effectivement les caractéristiques de la coutume en droit international, voir Y. KITISTAKIS, *La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, p. 84, en ligne [<https://rm.coe.int/16806f140a>] ; D. WEISSBRODT, M. DIVINE., « Droits de l'homme internationaux des migrants », in B. OPESKIN,

90 % des membres de l'ONU sont parties à un ou plusieurs traités contenant le principe de non-refoulement. En outre, parmi les rares États n'ayant ratifié aucune de ces conventions, aucun ne revendique le droit de renvoyer une personne vers un État dans lequel elle risquerait de subir des mauvais traitements. Au contraire, lorsque les États n'appliquent pas le principe, ils tentent de justifier leur conduite en invoquant des exceptions au principe, ce qui renforce l'existence de la coutume internationale¹⁵⁵.

36. En vertu de ce principe, les États ont l'interdiction de renvoyer une personne vers un État dans lequel elle risque sa vie, la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants. À l'origine, ce droit issu de la Convention de Genève était circonscrit aux réfugiés à la condition que ceux-ci ne représentent pas une menace pour la sécurité de leur État d'accueil. L'intégration du principe au droit international des droits de l'homme a permis l'extension de son champ d'application¹⁵⁶. *Ratione personae*, d'abord, le principe s'applique à toute personne sans condition. *Ratione materiae*, ensuite, les risques encourus par la personne ne sont plus seulement les craintes de persécutions mentionnées par la Convention de Genève, mais ils englobent les risques directs et indirects de toutes les formes de mauvais traitements sans considération pour leurs motifs. *Ratione temporis*, enfin, le principe de non-refoulement commence à s'appliquer dès lors qu'un individu passe sous la juridiction d'un État, en l'occurrence ici membre de l'Union européenne, et continue de s'appliquer tant que l'absence de risque dans le pays de renvoi n'est pas établie de manière équitable. Seul le champ d'application *ratione loci*, corrélé au champ temporel, du principe de non-refoulement a suscité des débats¹⁵⁷. Quelques rares États ont prétendu que le principe n'avait vocation à s'appliquer

R. PERRUCHOU, J. REDPATH-CROSS (dir.), *Le droit international de la migration*, *op. cit.*, p. 196. D'autres en doutent et considèrent que les États sont trop volontaristes dans la découverte d'une coutume, cf. J. HATHAWAY, « Réfugiés et asile », *ibid.*, pp. 231-232.

¹⁵⁵ L'Italie, par exemple, lorsqu'elle a été accusée par le HCR de pratiquer le refoulement de réfugiés, a invoqué le fait qu'elle faisait face à un afflux massif et une crise humanitaire ou que les personnes refoulées n'étaient pas des réfugiés et présentaient des risques pour la sécurité nationale ou encore que les autorités italiennes avaient cédé le contrôle de la situation aux autorités locales libyennes. HCR, Comité exécutif, Note sur la protection internationale, 4 juillet 2005, §28. Or, le fait que les États s'appuient sur des exceptions au principe agit comme une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, cf. CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, p. 98.

¹⁵⁶ O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme - de la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 462 pages.

¹⁵⁷ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Acces to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, *op. cit.*, L'auteur consacre tout le troisième chapitre de son ouvrage au principe de non-refoulement et développe très longuement la question de son champ d'application spatial (pp. 45-99). De même, G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 3^{ème} édition, consacrent les chapitres 5 et 6 à l'étude du principe de non-refoulement (pp. 201-354). L'étude menée par le Pr. J.-Y. CARLIER dans son cours à l'Académie de la Haye est également complète, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *op. cit.*, pp. 76-184.

que sur le territoire de l'État qui décide du renvoi de la personne et non en amont de celui-ci¹⁵⁸. Cette position est très critiquée. Il serait illogique que les personnes ayant réussi à traverser illégalement les frontières pour entrer sur le territoire puissent bénéficier du droit de ne pas être refoulées tandis que celles qui se présentaient aux autorités frontalières pour demander leur admission sur le territoire, elles, ne seraient pas protégées¹⁵⁹. Il ne fait plus aucun doute que les États membres de l'Union européenne ont accepté leurs obligations de non-refoulement en matière d'admission à la frontière¹⁶⁰. Dans l'espace européen, les États parties à l'une ou l'autre des conventions protégeant le principe de non-refoulement sont tenus d'appliquer ce dernier à toute personne qui relèverait de leur juridiction¹⁶¹.

37. Cependant, même une fois acceptée, cette affirmation ne règle pas toutes les questions relatives à l'étendue des obligations des États membres de l'Union au titre du principe de non-refoulement. D'une part, certaines situations semblent exclues du champ d'application du principe. Ainsi, le principe ne serait pas applicable lorsque les personnes en besoin de protection internationale demeurent dans leur État d'origine. Quand bien même elles seraient passées sous la juridiction de l'un des États membres, la condition du franchissement d'une frontière internationale, impliquée par le terme de refoulement, ne serait pas satisfaite¹⁶². La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a, par exemple, souligné la non-application du principe aux personnes en besoin de protection internationale se présentant au consulat d'un État européen pour demander la délivrance d'un visa d'entrée aux fins de demander l'asile¹⁶³. D'autre part, dans certains cas, la question de savoir si l'État exerce un contrôle

¹⁵⁸ Les États-Unis ont notamment appliqué cette conception restrictive du principe de non-refoulement dans l'affaire *Sale*, Cour Suprême des États-Unis, *Sale, Acting commissioner Immigration and naturalization Service v. Haitian Centers Council*, 21 juin 1993. Quelques auteurs ont soutenu cette position, voir notamment N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees: its History, Contents and Interpretation – a Commentary*, New York, Institute for Jewish Affairs, 1953, p. 163 (dans son commentaire, l'auteur conclut effectivement à la restriction géographique du champ d'application du principe de non-refoulement tout en le déplorant). A. , *Commentary on the Refugee Convention 1951, articles 2-11, 13-37*, publié par la division Protection du HCR en 1997, en ligne [<https://www.unhcr.org/3d4ab5fb9.pdf>].

¹⁵⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport sur l'application du droit d'asile aux réfugiés européens, 29 septembre 1965, p. 7.

¹⁶⁰ Règlement (UE) n° 604/2013, article 3. Directive « Procédure », articles 3 et 31.

¹⁶¹ Cette position repose notamment sur l'article 1 de la Convention EDH qui dispose que les droits et libertés qu'elles consacrent s'appliquent à toute personne relevant de la juridiction des États parties. En matière de contrôle migratoire et relativement à l'article 3, la Cour de Strasbourg a confirmé cette approche dans l'arrêt de Grande chambre, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie* du 23 février 2012, n° 27765/09, §70 ss.

¹⁶² Cette interprétation a été retenue par la Chambre des Lords du Royaume-Uni dans la décision *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others* du 9 décembre 2004. Il semble que le HCR s'y rallie également, *Handbook on Procedures and Criteria for determining refugee status*, Genève, 1992, §88, en ligne [<https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>].

¹⁶³ CEDH, *M. N. contre la Belgique*, préc.

effectif sur la personne en besoin de protection internationale qui invoque le principe de non-refoulement reste en suspens. En particulier, il convient de noter que la responsabilité des États européens eu égard au principe de non-refoulement peut être retenue sur leur territoire ainsi qu'en haute mer, mais il semble beaucoup plus difficile de considérer que les situations qui se déroulent sur le territoire d'États tiers puissent relever de leur juridiction et ainsi outrepasser celle de l'État territorial¹⁶⁴. Tel est le cas des hypothèses d'interceptions sur le territoire d'États tiers lors de patrouilles conjointes. Ainsi, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine s'efforce d'affirmer¹⁶⁵, il ne semble pas certain que toutes les techniques de dissuasion extraterritoriale utilisées par les États membres pour empêcher les migrants d'accéder à leur territoire, ou, à tout le moins, les décourager de progresser sur leur parcours migratoire soient concernées par le principe de non-refoulement faute de pouvoir établir le contrôle effectif d'un État européen sur la situation. La multiplication des délégations des compétences en matière de contrôle migratoire aux États tiers voire à des acteurs privés accentue plus encore cette dilution des responsabilités¹⁶⁶.

c. Le droit de chercher asile : un droit procédural

38. L'ultime étape du parcours migratoire des personnes en besoin de protection internationale réside dans la formulation d'une demande d'asile aux autorités d'un État potentiellement protecteur. Par cet acte, elles exercent leur droit de chercher asile. Totalement absent de la Convention de Genève¹⁶⁷ et des conventions de droit international des droits de

¹⁶⁴ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁵ Voir notamment E. LAUTERPARCHT, D. BETHLEHEM, « The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion » in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge university press, 2003, p. 122 ; J. HATHAWAY, « Réfugiés et asile », *op. cit.*, pp. 231-232.

¹⁶⁶ V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe : Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷ En effet, la Convention de Genève est bien, selon son titre, « relative au statut des réfugiés » et non au droit d'asile. Les États parties ont rejeté un article relatif au droit des réfugiés d'entrer sur le territoire des États parties pour y demander l'asile, UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, 23 January 1950, E/AC.32/SR.7 ; A. TAKKENBERG, C. TAHBAZ, *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*, p. 192 ; J.-Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *op. cit.*, p. 47.

l'homme¹⁶⁸, le droit d'asile est, par contre, mieux protégé sur le plan régional¹⁶⁹. Si la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas non plus repris le droit d'asile dans le corps de ses articles¹⁷⁰, la Cour de Strasbourg a développé un catalogue de droits matériels et procéduraux spécifiquement applicables aux demandeurs d'asile. Le droit d'asile, en tant que tel, apparaît en outre à l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷¹. Toutefois, la portée de celui-ci reste modeste ; il s'agit simplement de lier l'Union européenne au respect de la Convention de Genève.

39. Peu importe le traité concerné, le droit d'asile demeure une faculté pour l'État d'offrir une protection internationale et non un droit subjectif pour l'individu de l'obtenir. En d'autres termes, le droit d'asile, vu sous l'angle des droits fondamentaux auxquels il appartient, constitue un droit procédural de demander l'asile mais jamais un droit matériel de l'obtenir¹⁷². L'octroi d'une protection internationale reste un acte de souveraineté. Les États parties aux conventions consacrant le droit d'asile, dont les États membres de l'Union, doivent s'abstenir d'actions qui viseraient à empêcher les individus d'exercer leur droit de demander l'asile¹⁷³.

¹⁶⁸ Seul l'article 14 §1 de la DUDH dispose « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher l'asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». Le PIDCP ne reprend pas cette disposition. Par ailleurs, la Convention sur l'asile territorial de 1977 qui développait ce droit n'a jamais été adoptée.

¹⁶⁹ Convention américaine des droits de l'homme, article 22 §7 « Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droit commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque État et aux conventions internationales ». Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 12 §3 « Toute personne a le droit, en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger, conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales ». Charte arabe des droits de l'homme, article 28 « Chacun a le droit de demander l'asile politique à un autre pays pour échapper à la persécution ; ce droit ne peut être exercé par une personne qui a fait l'objet de poursuites pour une infraction de droit commun. Il est interdit d'extrader des réfugiés politiques ».

¹⁷⁰ La CEDH a plusieurs fois souligné que « les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités y compris l'article 3, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (...) », cf. CEDH, Cour plénière, arrêts du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, §67 ss. Elle note aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique, cf. CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Vilvarajah contre Royaume-Uni*, n° 13 163/87, 13 164/87, 13 165/87 ; 13 447/87, 13 448/87, §102. Cet arrêt a été réaffirmé par CEDH, arrêt du 11 octobre 2011, *Auad contre Bulgarie*, n° 46390/10, §96.

¹⁷¹ L'article 18 dispose « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne ».

¹⁷² G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 368. Les auteurs reviennent sur les débats lors des travaux préparatoires de la DUDH dans lesquels il apparaît clairement que les rédacteurs n'ont pas entendu faire peser d'obligation sur les États parties d'octroyer l'asile aux personnes qui le leur demanderaient. K. HAILBRONNER, J. GOGOLIN, « Asylum, territorial », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, septembre 2013.

¹⁷³ Le Conseil européen de Tampere a clairement affirmé cet engagement des États membres de l'Union en soulignant « l'importance que l'Union et ses États membres attachent au respect absolu du droit de

C'est en ce sens et combiné avec le principe de non-refoulement qu'il est possible d'affirmer que les ressortissants d'États tiers en besoin de protection internationale bénéficient d'un droit d'asile temporaire sur le territoire des États membres, c'est-à-dire du droit d'y séjourner le temps nécessaire à l'examen de leur demande de protection internationale¹⁷⁴. Toutefois, celui-ci n'est pas accessible à toutes les personnes en besoin de protection internationale. Seules celles qui parviennent à atteindre le champ de la juridiction des États membres peuvent en bénéficier. Par conséquent, la question de l'articulation entre droit souverain de contrôler les entrées et droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale reste entière tant qu'elles ne sont pas encore entrées sous la juridiction ou sur le territoire des États membres.

§3. Problématique et démonstration

40. Il ressort de ce qui a précédemment été exposé que le droit ne prévoit pas de catégorie juridique spécifique pour les personnes en besoin de protection internationale en mouvement et n'ayant pas encore atteint le territoire sur lequel elles sont susceptibles de l'obtenir. Il en résulte que, faute de régime particulier, elles sont soumises, en ce qui concerne les contrôles migratoires imposés par les États de l'Union européenne, au droit commun applicable à l'ensemble des ressortissants d'États tiers. À ce titre, elles sont concernées par l'obligation de posséder un visa d'entrée sur le territoire des États membres ou, à tout le moins, d'en remplir les conditions de délivrance.

41. Trois questions essentielles semblent alors devoir être traitées. D'abord, il convient de s'interroger sur l'adéquation du régime des visas, tel qu'il a été conçu en droit de l'Union européenne pour les ressortissants d'États tiers, aux capacités réelles des personnes en besoin de protection internationale d'obtenir ce sésame, ainsi que sur l'existence d'éventuelles

demander l'asile », Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, *Conclusions de la Présidence*, point. 13. Au plan international, l'Assemblée générale des Nations Unies a également réaffirmé son attachement au droit de chercher d'asile dans une résolution 55/74 du 4 décembre 2000, §6 « Réaffirme que, comme le stipule l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays, et demande à tous les États de s'abstenir de prendre toute mesure portant atteinte au principe du droit d'asile, en particulier de renvoyer ou d'expulser des réfugiés ou demandeurs d'asile en violation des normes internationales en la matière ».

¹⁷⁴ J. -Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », qui consacre le chapitre II de son cours au droit à l'asile provisoire, pp. 76-184. De même, plus brièvement, T. FLEURY-GRAFF et A. MARIE valident cette approche, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2019, p. 87.

dérogations ou adaptations. Ensuite, il s'agit de délimiter l'étendue du pouvoir des États membres dans le traitement des demandes de visas formées par les personnes en besoin de protection internationale. À cet égard, il est important d'identifier les obligations, s'il en est, pour les États membres de prendre en considération l'état particulier dans lequel les personnes en besoin de protection internationale sont plongées. Enfin, considérant les résultats obtenus à l'examen des deux premières questions, il est permis de se demander dans quelle mesure l'obligation d'obtenir un visa et les probabilités d'y parvenir entraînent une remise en cause des droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale, notamment du droit de quitter tout pays, y compris le leur, aux fins de chercher l'asile. Au-delà de ces questions juridiques, il faut oser s'interroger sur le point de savoir si la politique migratoire mise en œuvre par l'Union européenne peut éventuellement être qualifiée de politique d'obstruction aux départs des personnes en besoin de protection internationale, plus encore qu'une « politique de non-entrée »¹⁷⁵.

42. Pour répondre à l'ensemble de ces questions, il sera démontré, dans un premier temps, que les personnes en besoin de protection internationale sont soumises à une obligation générale de visa d'entrée sur le territoire des États dans des conditions qui leur sont inaccessibles du fait même de leur état particulier de vulnérabilité. Cette obligation ressort non seulement des normes du droit de l'Union européenne mais aussi, et surtout, de la pression résultant de l'articulation de l'ensemble des mécanismes d'interception des personnes non ou mal documentées. Ces derniers rendent vaines les faibles précautions et dérogations prévues par le droit de l'UE pour permettre la distinction des personnes en besoin de protection internationale parmi la catégorie générique des migrants internationaux (**Partie I**).

43. Dans un second temps, l'étendue du pouvoir discrétionnaire des États membres en matière de traitement des demandes de visas formées par les personnes en besoin de protection internationale sera abordée. Il apparaîtra que les États membres ne sont que très peu contraints, ni en amont de toute demande de visa par des critères rendant la délivrance obligatoire aux personnes dont le besoin de protection internationale et le degré de

¹⁷⁵ J. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, p. 244. Dans cet article, les politiques de non-entrée sont définies comme les mécanismes regroupant les « *efforts by powerful states to prevent refugees from ever reaching their jurisdiction at which point they become entitled to the benefit of the duty of non-refoulement and other core rights set by the Refugee Convention* ».

vulnérabilité ne font aucun doute, ni en aval par le contrôle des juges. Ainsi, alors que ces personnes subissent les conséquences de l'inadéquation d'un régime de visa renforcé par des mécanismes d'interception en constant développement, les États membres de l'Union européenne, eux, sont libres d'opérer une sélection drastique parmi les candidats à l'asile (**Partie II**).

PARTIE I

L'OBLIGATION DE DÉTENIR UN VISA POUR LES PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE

44. Les États membres de l'Union européenne, et parties à l'accord Schengen, ont choisi de mettre une partie de leurs compétences en commun en ce qui concerne le pouvoir de contrôler et sélectionner les entrées des ressortissants de pays tiers sur leur territoire. En effet, l'abolition des contrôles aux frontières intérieures de l'Union européenne a engendré la nécessité de déterminer de façon commune le profil des ressortissants de pays tiers autorisés à pénétrer dans cet espace. Jusqu'à présent, malgré l'attribution à l'Union européenne d'une compétence élargie en matière tant de courts que de longs séjours, celle-ci n'a fait usage que d'une partie de sa compétence de régulation des entrées sur le territoire¹⁷⁶. Ainsi, chaque État conserve par-devers lui la compétence d'organiser l'entrée des ressortissants de pays tiers aux fins de long séjour voire d'établissement, tandis que l'Union européenne a compétence pour légiférer sur les entrées des ressortissants de pays tiers pour des courts séjours¹⁷⁷. En théorie, les personnes en besoin de protection internationale peuvent présenter l'un des deux types de visa pour assurer leur entrée régulière sur le territoire des États membres.

45. Toutefois, fort logiquement, lorsqu'ils statuent sur des demandes d'autorisation de longs séjours, les États membres appliquent des conditions plus strictes que dans le cadre des courts séjours dans la mesure où les ressortissants de pays tiers ont alors la possibilité de

¹⁷⁶ L'article 72 §2 TFUE dispose que l'Union européenne peut intervenir dans « les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que les normes concernant la délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial ».

¹⁷⁷ En matière de courts séjours, la compétence de l'Union européenne est issue de l'article 77 TFUE. Le Code des visas précise que cette compétence est exclusive en application du principe de subsidiarité, Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (Code des visas), préambule, point 28. Pour une présentation complète de la répartition des compétences, voir notamment, E. NEFRAMI, *Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration*, Note pour la Commission Libertés civiles, Justice et Affaires intérieures du Parlement européen, Bruxelles, 2011.

s'établir sur leur territoire de façon permanente¹⁷⁸. Par ailleurs, les visas de long séjour concernent des situations très particulières d'immigration familiale, pour études ou professionnelle. Ainsi, les demandes de visas de long séjour exigent la production de documents spécifiques tels qu'un certificat de mariage avec un ressortissant d'un État membre, une inscription dans une formation du supérieur ou un contrat de travail sur le territoire de l'un d'entre eux. Il est fort peu probable que les personnes en besoin de protection internationale détiennent ce genre de documents, raison pour laquelle elles sont plus enclines à former des demandes de visas de court séjour. Il est vrai qu'il existe une pratique de délivrance de visas de long séjour aux fins de demander l'asile dans certains États membres. Cependant, la plupart du temps, ces visas sont délivrés avec une extrême parcimonie et dans des conditions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'État concerné, en-dehors de tout cadrage juridique. En outre, les visas de long séjour n'ont pas encore intégré la stratégie de l'Union européenne en matière de contrôle migratoire. Par conséquent, l'analyse portera en priorité sur le régime juridique des visas de court séjour existant en droit de l'Union européenne.

46. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'existence et le contenu de l'obligation pour les personnes en besoin de protection internationale de détenir un visa d'entrée. Quant à son existence, elle ne fait aucun doute. Le droit de l'Union européenne prévoit une obligation de visa d'entrée sur le territoire des États membres opposable aux ressortissants de certains États tiers dont les personnes en besoin de protection internationale sont majoritairement issues. En revanche, la nature de l'obligation génère de nombreuses difficultés quant à son exécution par la personnes concernées (**Titre 1**). Si la détention d'un visa ne constitue pas une condition d'accès aux procédures européennes de l'asile dans le sens où, même entrées irrégulièrement, les personnes en besoin de protection internationale qui ont atteint le territoire des États membres peuvent y former leur demande d'asile, les conséquences de l'opposabilité de l'obligation de visa à ces personnes sont déterminantes sur leurs capacités à progresser tout au long de leur parcours migratoire. En effet, en renforcement de cette obligation, le droit de l'Union européenne prévoit un ensemble de contrôles migratoires au sein duquel les

¹⁷⁸ Relevant des droits internes, ces conditions ne sont pas harmonisées et peuvent être très différentes d'un État membre à l'autre. Par conséquent, elles ne sauraient faire l'objet d'une présentation exhaustive dans le cadre de cette étude qui se concentre sur uniquement sur le droit de l'Union. Toutefois, à certains égards, du point de vue des conditions procédurales et des critères de délivrance, des liens entre le droit de l'Union en matière de courts séjours et les droits internes en matière de longs séjours pourront être faits ponctuellement en vue de démontrer notamment que les États membres disposent d'un pouvoir largement discrétionnaire.

mécanismes existants s'articulent tant et si bien qu'il devient quasiment impossible de progresser vers le territoire des États membres pour les personnes dépourvues de visa (**Titre 2**).

Titre 1. Une obligation générale inadaptée aux personnes en besoin de protection internationale

47. La politique européenne des visas constitue l'un des outils majeurs de la gestion des migrations. En matière de court séjour, le régime des visas est commun. Cela signifie qu'il devrait être appliqué de façon uniforme par tous les États membres. En revanche, cela ne signifie pas qu'il est appliqué uniformément à l'ensemble des ressortissants des États tiers. Bien au contraire, en fonction des relations diplomatiques et des liens historiques des États membres avec l'État tiers concerné ainsi que de la situation géopolitique ou économique de celui-ci, le degré et la nature des contrôles qui vont être effectués sur ses ressortissants candidats à l'entrée sur le territoire des États membres sont différents. D'un extrême à l'autre du spectre des contrôles sur les entrées, les ressortissants de certains États membres bénéficient d'un droit d'entrée et de libre circulation sur le territoire des États presque équivalent à celui des citoyens de l'Union, tandis que d'autres doivent montrer patte blanche par la présentation d'une quantité de documents justificatifs de leur situation familiale, professionnelle, économique, *etc.*¹⁷⁹. Il convient donc d'identifier les fondements de l'obligation de visa et d'analyser sa portée afin de déterminer dans quelle mesure elle est susceptible de concerner les personnes en besoin de protection internationale. Pour cela, il est nécessaire de circonscrire avec précision les catégories de personnes auxquelles elle s'applique ainsi que celles susceptibles d'en être exemptées (**Chapitre 1**). Ensuite, l'analyse des conditions de fond et de forme qui fondent le régime des visas de l'Union européenne permettra d'appréhender les chances réelles des personnes en besoin de protection internationale de satisfaire à cette obligation et d'identifier les causes des difficultés rencontrées (**Chapitre 2**).

¹⁷⁹ Cette différence de traitement basée sur la nationalité est mondialement répandue et donne lieu chaque année au classement des passeports les plus puissants, c'est-à-dire permettant l'entrée sans visa dans le plus grand nombre d'États, par le Cabinet de conseil *Henley&Partners*. En 2022, les ressortissants du Japon et de Singapour pouvaient, munis de leur passeport en cours de validité, entrer dans 192 États sans avoir besoin d'obtenir préalablement un visa, alors que les Syriens, Irakiens et Afghans ne pouvaient respectivement se rendre que dans 29, 28 et 26 États dans les mêmes conditions. « Quels sont les passeports les plus puissants pour voyager en 2022 ? », *Le Figaro*, 30 mai 2022.

Chapitre 1. L'opposabilité de l'obligation de visa aux personnes en besoin de protection internationale

48. Pour affirmer qu'il existe, en droit de l'Union européenne, une obligation de visa opposable aux personnes en besoin de protection internationale, il faut, avant toute autre chose, vérifier l'inclusion de ces personnes dans le champ d'application *ratione personae* de l'obligation. Du point de vue normatif, aucune disposition du droit de l'Union européenne ne permet l'exemption des personnes en besoin de protection internationale de l'obligation de visa. Au contraire, l'analyse des termes employés pour délimiter cette obligation aboutit à un double constat. D'une part, en matière d'obligation de visa, les personnes en besoin de protection internationale sont considérées comme des ressortissants d'États tiers comme les autres. Elles entrent dans cette catégorie sans bénéficier d'exemption pour en sortir (**Section 1**). D'autre part, les différentes précautions prises par le droit de l'Union européenne pour assurer l'articulation entre l'imposition d'une obligation de visa aux personnes en besoin de protection internationale et le respect de leurs droits fondamentaux ne permettent en aucune façon de pratiquer une distinction de ces personnes au sein de la catégorie générique des migrants tant que le territoire des États membres de l'Union européenne n'a pas été atteint (**Section 2**). Quand bien même leur entrée irrégulière n'emporterait pas de sanction pénale et ne constituerait pas une condition à la régularisation de leur séjour sur ce territoire, elles restent juridiquement soumises à l'obligation de visa.

Section 1. L'absence de distinction des personnes en besoin de protection internationale parmi les ressortissants des États tiers

49. L'étude du champ *ratione personae* du régime commun d'autorisation d'entrer sur le territoire des États membres de l'Union européenne montre que les personnes en besoin de protection internationale ne bénéficient, dans leur immense majorité, d'aucune présomption de droit d'accès. Au contraire, elles semblent appartenir à la catégorie générique des ressortissants d'États tiers soumis à l'obligation de visa (§1). Cette affirmation ne peut pas être plus catégorique dans la mesure où elle n'est qu'une déduction logique de l'absence des

personnes en besoin de protection internationale parmi les catégories de ressortissants d'États tiers bénéficiant d'une exemption explicite de l'obligation de visa (§2). Ainsi, quand bien même certaines personnes en besoin de protection internationale parviennent à s'extraire de cette obligation, ce n'est pas en raison de leur condition particulière de victimes de persécutions ou mauvais traitements mais du fait de leur nationalité ou autre statut spécifique. Le besoin de protection internationale ne constitue pas, en lui-même, un motif d'exemption de l'obligation de visa.

§1. L'inclusion des personnes en besoin de protection internationale dans le champ de l'obligation de visa

50. Il est possible de lister deux premiers critères pour délimiter la portée de l'obligation de visa en droit de l'Union européenne. En premier lieu, cette obligation s'applique aux personnes qui souhaitent séjourner ou simplement transiter sur le territoire d'un ou plusieurs États membres de l'Union. En second lieu, l'obligation est opposable, en principe, indépendamment du motif – études, travail, famille, soins ou visite - et de la durée du séjour envisagé – de quelques jours à un établissement permanent. Néanmoins, la délimitation du champ d'application *ratione personae* de l'obligation de visa en droit de l'Union européenne doit faire l'objet de plus amples développements afin de comprendre par quels biais elle couvre effectivement les personnes en besoin de protection internationale (A). Il sera possible, ensuite, de catégoriser les différents types de visas prévus pour honorer l'obligation (B).

A. Le champ d'application *ratione personae* de l'obligation de visa : les ressortissants d'États tiers

51. Les règlements et directives composant le régime d'asile européen commun ne proposent aucune règle concernant l'autorisation ou le contrôle de l'entrée des personnes en demande de protection internationale. En effet, les instruments concernés ne se réfèrent aux demandeurs d'asile que de façon procédurale à compter du moment où leur demande de protection est déclarée sur le territoire d'un des États membres¹⁸⁰. Par conséquent,

¹⁸⁰ V. MORENO-LAX, « The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects », Study on The European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative

L'intégration des personnes en besoin de protection internationale dans le champ d'application de l'obligation de visa doit être cherchée dans des sources plus générales, non spécifiques à la politique de l'asile. Cette obligation repose principalement sur deux dispositions clés du droit de l'Union européenne. D'une part, le Code des visas de l'Union organise le régime commun de l'obligation de visa pour les courts séjours. Il doit être lu en combinaison avec un ensemble de lignes directrices contraignantes contenues dans une décision d'exécution de la Commission adoptée en 2019, communément appelée « manuel des visas »¹⁸¹. D'autre part, le Code frontières Schengen règlemente les contrôles migratoires pratiqués au moment du franchissement des frontières extérieures de l'Union européenne. Ce Code est également complété par un manuel rassemblant des lignes directrices afin d'assurer son application uniforme. Toutefois, contrairement au manuel des visas, le « manuel Schengen » ne revêt pas de force contraignante. Il résulte d'une simple recommandation de la Commission également adoptée en 2019¹⁸². Parmi les contrôles prescrits par ces deux Codes, figure la vérification de la détention et de la validité d'un document de voyage et d'un visa autorisant l'entrée sur le territoire pour les courts et longs séjours¹⁸³. Ces deux codes posent le principe selon lequel ils ont, l'un et l'autre, vocation à s'appliquer à tous les ressortissants des États tiers qui souhaitent franchir les frontières extérieures de l'Union européenne. D'un côté, le Code des visas prévoit son application « à tout ressortissant de pays tiers, qui doit être muni d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres » conformément à la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa¹⁸⁴. De l'autre, le Code frontières Schengen précise d'abord qu'il « établit les règles applicables aux contrôles aux frontières des personnes franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union »¹⁸⁵. L'article 3 souligne ensuite que les règles de

own-initiative report, European Parliamentary Research Service, juillet 2018, en ligne [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621823/EPRS_STU\(2018\)621823_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621823/EPRS_STU(2018)621823_EN.pdf)].

¹⁸¹ Décision d'exécution de la Commission du 14 mai 2019 modifiant la décision C (2010) 1620 final de la Commission du 19 mars 2010 établissant le Manuel relatif au traitement des demandes de visa et à la modification des visas délivrés, C (2019) 3464 final. Le manuel figure en annexe de la décision.

¹⁸² Recommandation de la Commission du 8 octobre 2019 établissant un « Manuel pratique à l'intention des gardes-frontières (manuel Schengen) » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lors du contrôle des personnes aux frontières et remplaçant la recommandation C (2006) 5186 de la Commission du 6 novembre 2006, C (2019) 7131 final. Le manuel figure également en annexe.

¹⁸³ Code frontières Schengen, article 6-1, a) et b).

¹⁸⁴ Code des visas de l'Union, article 1. La liste mentionnée est celle tirée du Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. Pour le détail de ces deux listes, cf. *infra*, §§ 61 et s.

¹⁸⁵ Code frontières Schengen, article 1.

contrôle aux frontières s'appliquent « à toute personne franchissant les frontières [intérieures ou] extérieures d'un État membre »¹⁸⁶. Enfin, les conditions d'entrée énoncées à l'article 6 du même règlement concernent tous les ressortissants d'États tiers¹⁸⁷. Ces deux règlements donnent la même définition de l'expression « ressortissants d'États tiers » qui doit être entendue de toutes les personnes qui n'ont pas la citoyenneté de l'Union européenne c'est-à-dire la nationalité de l'un des États membres¹⁸⁸.

52. En conséquence, le champ *ratione personae* de l'obligation de visa couvre les ressortissants d'États tiers qui souhaitent franchir les frontières extérieures de l'Union européenne. Les personnes en besoin de protection internationale répondent aux deux critères d'intégration dans ce champ. D'une part, elles ne peuvent pas avoir la nationalité de l'un des États membres. Elles sont donc ressortissantes d'un État tiers. En effet, en application du Protocole n° 24 sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne (dit « Protocole Aznar » annexé au Traité d'Amsterdam en 1997), les demandes de protection internationale présentées par des citoyens de l'Union européenne sont, en principe, irrecevables conformément à la présomption de sûreté des États membres¹⁸⁹. D'autre part, les personnes en besoin de protection internationale doivent nécessairement franchir les frontières extérieures de l'Union européenne dans le but de voir leur besoin reconnu et satisfait puisqu'il est impossible de formuler une demande d'asile en dehors du territoire des États membres¹⁹⁰. Dans ces conditions, les personnes en besoin de protection internationale entrent bien dans le champ d'application de l'obligation de visa. Il existe différents types de visa à solliciter pour satisfaire cette obligation.

B. Typologie des visas régis par le droit de l'Union européenne en droit de l'Union européenne

53. Pour entrer sur le territoire des États membres, les personnes en besoin de protection internationale doivent, sauf exemption particulière développée par la suite, obtenir un visa de la part de l'un d'entre eux. D'un côté, les visas de long séjour relèvent uniquement du droit

¹⁸⁶ *Ibid.*, article 3.

¹⁸⁷ *Ibid.*, article 6.

¹⁸⁸ Code frontières Schengen, article 2. Code des visas de l'Union, article 2.

¹⁸⁹ Protocole n° 24 sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne, cf. *supra*, note 102.

¹⁹⁰ Directive « Procédure », article 3.

interne des États membres. Pour cette raison, ces visas ne seront pas détaillés ici¹⁹¹. De l'autre côté, les visas de court séjour relèvent de la compétence de l'Union européenne. Le Code des visas régit la délivrance de deux catégories de visas : les visas uniformes que l'on pourrait qualifier de visas de droit commun (1) et les visas spéciaux qui apparaissent comme des visas dérogatoires (2).

1. Les visas uniformes

54. La catégorie des visas uniformes comprend les visas qui répondent pleinement à la logique de communautarisation de la compétence des contrôles des ressortissants d'États tiers envisageant un court séjour au sein du territoire des États membres. Ils permettent l'entrée et le séjour sur l'ensemble de ce territoire¹⁹². Pour cette raison, les critères de délivrance et de procédure sont strictement uniformisés par le droit de l'Union. Les visas uniformes peuvent être divisés en deux groupes. Dans le premier cas, les visas uniformes à entrée unique autorisent leurs titulaires à pénétrer une seule fois sur le territoire des États membres pour y effectuer un séjour circulaire (avec un retour vers l'État tiers de départ) ou un séjour de transit (poursuite du voyage vers un autre État tiers) de moins de 90 jours. En fonction du résultat des évaluations menées par le consulat lors de l'instruction de la demande, les autorités consulaires décident d'une période de validité du visa et d'une durée du séjour autorisé¹⁹³. D'une part, la durée du séjour autorisé doit correspondre à l'objet du voyage ou du transit envisagé. Elle peut aller de quelques jours à 3 mois. D'autre part, la durée de validité du visa, c'est-à-dire de la période durant laquelle ce séjour pourra être réalisé, doit correspondre aux informations fournies par le demandeur. Elle dépend également de la durée de validité du document de voyage¹⁹⁴.

55. Dans le second cas, les visas uniformes à entrées multiples permettent à leurs titulaires de pénétrer plusieurs fois sur le territoire à la condition que le cumul des séjours sous couvert de ce visa ne dépasse pas 90 jours sur une durée de 6 mois. Leur période de validité est comprise entre 6 mois et 5 ans. Les visas à entrées multiples offrent donc une certaine

¹⁹¹ Certains de leurs critères de délivrance ou de leurs conditions de procédure seront abordés dans la seconde partie de cette étude afin de démontrer que les États membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire très large en matière de visas aux fins de demander l'asile, cf. *infra*, Partie II, Titre 1.

¹⁹² Code des visas, article 2-3.

¹⁹³ *Ibid.*, article 24.

¹⁹⁴ Manuel des visas, p. 80.

flexibilité à leurs titulaires qui obtiennent une relative liberté de circulation entre leur État de départ et le territoire des États membres. Par conséquent, la délivrance de ces visas est réservée à des demandeurs dont la fiabilité et l'intégrité ne font aucun doute. La Commission recommande qu'ils ne soient pas délivrés à des primo-demandeurs mais seulement à des personnes ayant fait la preuve, dans les années antérieures, d'un grand respect des durées de validité et de séjour qui leur avaient été octroyées ou bien à des personnes dont le profil laisse penser qu'elles ne présentent aucun risque migratoire c'est-à-dire aucun risque de se maintenir sur le territoire des États membres au-delà de la date d'expiration du visa (hommes/femmes d'affaires, marins, personnes possédant des biens immobiliers sur le territoire d'un État membre, fonctionnaires entretenant des contacts officiels réguliers avec les États membres ou les institutions de l'Union européenne, par exemple)¹⁹⁵. Dans les deux cas, les titulaires des visas uniformes, marqués par la lettre C sur la vignette matérialisant le visa, sont habilités à entrer et séjourner sur le territoire de tous les États partis à l'accord de Schengen¹⁹⁶. Le Code des visas régit, par ailleurs, la délivrance de deux types de visas spéciaux qui n'offrent pas une si grande liberté de circulation.

2. Les visas spéciaux

56. Le Code des visas organise la délivrance de deux types de visa spéciaux que l'on peut qualifier de dérogatoires pour deux raisons différentes. Les visas de transit aéroportuaires dérogent au principe de libre transit posé par le droit international (a) tandis que les visas à validité territoriale limitée permettent aux États membres de déroger aux conditions de recevabilité et de délivrance posées par le Code (b).

a. Les visas de transit aéroportuaires

57. Le Code des visas prévoit l'obligation pour certains ressortissants d'États tiers de présenter un visa de transit aéroportuaire. Il équivaut à l'autorisation délivrée par l'un des États membres pour passer par la zone internationale de transit d'un ou plusieurs aéroports

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 82-83.

¹⁹⁶ Pour une distinction entre espace Schengen et Union européenne et ses conséquences en matière de visa et d'asile, cf. *supra*, §11.

des États membres¹⁹⁷. Ces visas sont marqués par la lettre A sur la vignette. L'annexe IX de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale prévoit que les ressortissants d'États tiers ont le droit, lors d'une escale entre deux vols, de descendre de l'avion afin de circuler dans les zones internationales des aéroports sans autorisation spécifique¹⁹⁸. Il est par ailleurs prévu que les États partis à la Convention limitent au minimum le nombre d'États tiers en provenance desquels les ressortissants doivent présenter une autorisation de transit. La liberté de transit est donc le principe¹⁹⁹. L'obligation de visa de transit aéroportuaire déroge à ce principe en faisant dépendre ce droit à une autorisation. Concrètement, le défaut de visa de transit aéroportuaire empêche le ressortissant concerné de prendre tout vol à destination d'un autre État tiers qui ferait escale dans l'un des États membres. Cela permet aux États membres de s'assurer que la personne concernée donne toutes les garanties qu'elle poursuivra bien son voyage sans solliciter l'accès sur leur territoire avant d'embarquer pour sa destination finale.

58. Tout comme les visas uniformes, les visas de transit aéroportuaires peuvent être divisés en deux catégories. Dans le premier cas, ils permettent une entrée unique dans la zone de transit aéroportuaire de l'un des États membres. Dans le second cas, ils autorisent des entrées multiples dans les zones internationales des aéroports des États membres pendant une durée maximum de 6 mois²⁰⁰. Ce type de visa est délivré uniquement aux personnes présentant la nécessité de transiter fréquemment ou régulièrement dont l'intégrité et la fiabilité ne font aucun doute.

b. Les visas à validité territoriale limitée

59. La seconde hypothèse dans laquelle des ressortissants d'États tiers titulaires d'un visa relevant du Code des visas ne bénéficieraient pas d'une liberté de circulation au sein des États membres de l'Union européenne est celle du visa à validité territoriale limitée. Ce type de visa permet à son titulaire d'entrer et de séjourner uniquement sur le territoire d'un des États

¹⁹⁷ Code des visas, article 2.

¹⁹⁸ La liberté de transit pacifique fait partie des cinq « Libertés de l'air » garanties par la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, adoptée le 7 décembre 1944, entrée en vigueur le 4 avril 1947, elle est précisée dans l'annexe IX, chapitre 3.

¹⁹⁹ C. LANTERO, « De la validation du VTA par le Conseil d'État à la condamnation du refus de visa par le TA de Nantes », *Actualités Droits-Libertés Revue des droits de l'homme*, octobre 2014, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/886?lang=es>].

²⁰⁰ Code des visas, article 26.

membres ou, plus rarement, de quelques-uns d'entre eux seulement. Cette limitation géographique est la conséquence des dérogations pratiquées par les autorités consulaires dans l'instruction de la demande. Ainsi, dans certaines situations, le consulat peut déclarer recevable une demande de visa qui ne remplirait pas les conditions de recevabilité posées par le Code. Ensuite, il peut faire droit à cette demande quand bien même elle ne satisfait pas aux conditions de délivrance telles que des ressources suffisantes ou un lieu d'hébergement ou un passeport valide, par exemple²⁰¹. À cet égard, le Code envisage quatre hypothèses²⁰². Premièrement, un tel visa peut être délivré pour des raisons humanitaires, des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales. Deuxièmement, il peut être délivré dans les cas où l'État membre n'a pas procédé aux consultations préalables obligatoires d'autres États membres ou bien lorsqu'il a décidé de passer outre les avis issus de ces consultations. Troisièmement, ce visa peut être délivré dans les hypothèses où le demandeur n'est pas en possession d'un document de voyage répondant aux exigences du droit de l'Union. Quatrièmement, le visa à validité territoriale limitée peut être délivré au demandeur qui a déjà utilisé un visa uniforme au cours de la même période de 6 mois. Dans ces cas, parce qu'il prend la responsabilité de déroger aux conditions décidées en commun par tous les États membres, l'État concerné ne peut autoriser le bénéficiaire de ce visa spécifique à l'entrée et au séjour que sur son propre territoire. Dans des circonstances exceptionnelles, le bénéficiaire peut également être autorisé à l'entrée et au séjour sur le territoire d'un ou plusieurs autres États membres qui auraient donné leur accord au cours d'une procédure de consultation obligatoire préalable à la délivrance²⁰³. Les personnes en besoin de protection internationale soumises à l'obligation de visa doivent donc obtenir l'un ou l'autre de ces visas afin de garantir non seulement leur entrée régulière sur le territoire des États membres mais surtout leur voyage sécurisé vers celui-ci ; elles ne bénéficient pas d'une exemption de cette obligation.

§2. L'absence d'exemption explicite de l'obligation de visa au bénéfice des personnes en besoin de protection internationale

60. L'intégration des personnes en besoin de protection internationale à la catégorie des ressortissants d'États tiers soumis à l'obligation de présenter un visa est renforcée par le fait

²⁰¹ Pour le détail de ces conditions, cf. *infra*, §§86 et s.

²⁰² Code des visas, article 25.

²⁰³ *Ibid.*, article 25 (2).

que ces personnes n'apparaissent pas au nombre de celles qui sont dispensées de cette obligation. D'une part, les ressortissants en provenance des États tiers d'origine des personnes dont le besoin de protection internationale est reconnu appartiennent, dans leur immense majorité, à la liste des personnes soumises à l'obligation de visa dressée par les États membres de l'Union européenne (A). D'autre part, si certains des ressortissants concernés par cette « liste noire »²⁰⁴ bénéficient d'exemption pour des motifs particuliers, le besoin de protection internationale n'est pas considéré comme un motif d'exemption (B).

A. Le faible impact de la division « liste noire »/« liste blanche »

61. L'obligation de visa ne s'applique pas de la même façon à l'ensemble des ressortissants des États tiers : certains sont concernés, d'autres en sont exemptés du simple fait de leur nationalité. La majeure partie des personnes en besoin de protection internationale fait l'objet d'une présomption de non-entrée que l'obtention d'un visa vient lever. Elles sont placées sur la « liste noire » (1). De façon relativement rare, certains États tiers d'origine de ces personnes peuvent être placés sur la « liste blanche ». Dans cette hypothèse, ces dernières sont dispensées de visa. Pour autant, leur entrée sur le territoire est loin d'être garantie (2).

1. Le fonctionnement de la liste noire

62. Les ressortissants d'États tiers soumis à l'obligation de visa ont été listés dans un règlement de 1995²⁰⁵, plusieurs fois modifié depuis lors²⁰⁶. À l'époque, la liste comptait

²⁰⁴ Les expressions « liste blanche » et « liste noire » sont des formules régulièrement utilisées par les observateurs de la politique des visas pour simplifier les intitulés officiels de « liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres » et « liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation » (Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018). Voir par exemple, E. GUILD, D. BIGO, « Schengen et la politique des visas », *Cultures & Conflits*, n° 49, 2003, en ligne [<http://journals.openedition.org/conflits/921> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/conflits.921>]. Notons que les institutions de l'Union ont également utilisé une version plus courte de ces intitulés en parlant de « liste négative » et « liste positive », voir Commission européenne, proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n°539/2001, du 5 juillet 2010, COM(2010) 358 final, dans l'exposé des motifs.

²⁰⁵ Règlement (CE) n° 2317/95 du Conseil du 25 septembre 1995 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres.

²⁰⁶ Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.

98 pays tiers. La dernière mouture, en date de 2018, modifiée en 2019²⁰⁷, exige la présentation d'un visa par les ressortissants de 133 pays tiers et 2 entités non étatiques (Kosovo et Palestine)²⁰⁸. Cette liste couvre quasiment tous les États africains, caribéens et asiatiques. Un nombre non négligeable d'États d'Europe de l'Est, d'Amérique centrale et des États du pacifique sont également concernés. Plus précisément, sur les trente premières nationalités de primo-demandeurs d'asile arrivés en 2021 sur le territoire des États membres de l'Union européenne, vingt-quatre sont concernées par l'obligation de visa²⁰⁹. Appréhendés sous l'angle des États tiers dont les ressortissants ont statistiquement le plus de probabilités de voir leur besoin de protection internationale reconnu sur le territoire des États membres de l'Union, ces chiffres montrent mieux encore à quel point la politique des visas entrave la mobilité de ces personnes. En effet, les dix premières nationalités de personnes dont le besoin de protection internationale est finalement reconnu par les États membres sont tenues d'obtenir un visa d'entrée sur le territoire pour accéder aux procédures d'asile²¹⁰. De ces différentes statistiques se dégage la tendance selon laquelle plus le besoin de protection internationale est réel, plus l'obligation de visa est probable.

63. L'adoption des listes noires et blanches suit la procédure législative ordinaire de codécision entre le Conseil et le Parlement. Par ailleurs, le règlement, refondu en 2018, prévoit la suspension possible de l'exemption de l'obligation de visa, c'est-à-dire le transfert d'un État tiers de la liste blanche vers la liste noire, dans quatre cas liés à l'accroissement du nombre de ressortissants entrés ou séjournant irrégulièrement sur le territoire d'un État membre, à

²⁰⁷ Règlement (UE) 2019/592 du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 2019 modifiant le règlement (UE) 2018/1806. Ce Règlement prévoit l'exemption des ressortissants britanniques suite au Brexit.

²⁰⁸ Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. Notons qu'en 2022 la Commission a proposé le transfert du Qatar et du Koweït de la liste noire vers la liste blanche compte tenu du faible risque migratoire représenté par leurs ressortissants, cf. Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (UE) 2018/1806, 29 juin 2022, 10 851/22.

²⁰⁹ Conformément aux données transmises par Eurostat, ces trente premières nationalités pour 2021 sont : Syrie, Afghanistan, Irak, Pakistan, Turquie, Bangladesh, Venezuela, Somalie, Maroc, Colombie, Géorgie, Nigéria, Érythrée, Tunisie, Albanie, Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Algérie, Égypte, Iran, République démocratique du Congo, Ukraine, Sénégal, Moldavie, Russie, Cameroun, Inde, Soudan, Biélorussie. Seuls, le Venezuela, la Colombie, la Géorgie, l'Albanie, l'Ukraine et la Moldavie ne sont pas concernés par l'obligation de visa.

²¹⁰ European Union Agency for Asylum, Asylum Report 2022 – Selon les statistiques pour 2021, ces dix premières nationalités sont Érythrée, Syrie, Afghanistan, Somalie, Turquie, Iran, Irak, Guinée, Côte d'Ivoire, République démocratique du Congo, p. 218, en ligne [https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-06/2022_Asylum_Report_EN.pdf].

l'accroissement du nombre de demandes d'asile déposées pour lequel le taux de reconnaissance est faible, à l'accroissement des risques pour l'ordre public ainsi qu'à la diminution de la coopération en matière de réadmission par l'État tiers concerné. La logique énoncée dans le mécanisme de suspension laisse entrevoir le lien entre le besoin de protection internationale et l'exemption de visa dès lors qu'une augmentation des demandes d'asile déposées par les ressortissants d'un État tiers peut engendrer une suspension de l'exemption. En outre, tant le préambule du règlement de 2001 que l'article premier du règlement refondu en 2018, indiquent que l'élaboration des listes se fait en fonction de critères liés à l'immigration clandestine, la protection de l'ordre public et de la sécurité intérieure²¹¹. Les besoins en matière de protection internationale et, par conséquent, la nécessité de faciliter l'accès au territoire des États membres, ne sont pas pris en considération.

64. Le constat est similaire en ce qui concerne la liste des ressortissants soumis à l'obligation de visa de transit aéroportuaire²¹². Si le droit de l'Union, conformément au principe de libre transit garanti par l'annexe IX de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, limite, en 2022, le nombre des États tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa de transit aéroportuaire à douze, neuf d'entre eux apparaissent dans les pays d'origine des vingt premières nationalités dont le besoin de protection internationale est reconnu par les États membres de l'Union²¹³. En outre, le Code des visas prévoit le droit des États membres de soumettre les ressortissants d'autres pays tiers à l'obligation de visa de transit aéroportuaire « en cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins »²¹⁴. Nul doute que cet afflux massif pourrait être généré par une dégradation sévère du respect des droits fondamentaux dans une région du monde et donc constitué de personnes en besoin de protection internationale. Leur mobilité et leurs chances d'accéder aux procédures européennes de l'asile se trouveraient donc limitées par l'imposition d'une obligation de visa de transit aéroportuaire. Sur ce point, le seuil quantitatif de l'afflux massif n'est pas défini et est donc laissé à l'appréciation des États membres. Toutefois, les États membres doivent notifier préalablement leur intention d'ajouter des ressortissants à la liste commune à la Commission²¹⁵. Les notifications font ensuite l'objet d'un réexamen

²¹¹ Règlement (CE) n° 539/2001, point 5 du préambule. Règlement (UE) 2018/1806, article 1^{er}.

²¹² Code des visas, annexe IV.

²¹³ La liste commune en vigueur en 2022 comprend les États tiers suivants : Afghanistan, Bangladesh, République démocratique du Congo, Érythrée, Éthiopie, Ghana, Iran, Irak, Nigéria, Pakistan, Somalie, Sri Lanka.

²¹⁴ Code des visas, article 3-2.

²¹⁵ *Idem*.

annuel par la Commission en vue de transférer ou non les nouveaux pays tiers visés sur la liste commune. Dans l'hypothèse où le transfert ne serait pas validé par la Commission, l'État membre concerné a toujours la possibilité de maintenir l'obligation s'il estime que l'afflux massif continue de constituer une situation d'urgence²¹⁶.

65. Si l'obligation de détenir un visa d'entrée sur le territoire des États membres est un élément logique de la politique européenne de contrôle des frontières, elle pourrait constituer une violation des droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale lorsqu'elle entraîne l'obstruction des voies migratoires sécurisées²¹⁷. Il convient néanmoins de noter que le placement d'un pays tiers sur la liste blanche ne constitue pas non plus la garantie d'un sésame.

2. Le fonctionnement de la liste blanche

66. Le placement sur la « liste blanche », autrement dit l'exemption de l'obligation de visa, n'équivaut pas à l'octroi d'un droit inconditionnel à l'entrée sur le territoire. En premier lieu, cette dispense ne vaut que pour les courts séjours. Au-delà de 90 jours, les États membres imposent l'obtention de visas de long séjour à tous les ressortissants qui ne seraient pas déjà autorisés au séjour sur leur territoire. La liste blanche vise à favoriser la circulation des ressortissants de certains États tiers à des fins économiques ou touristiques. Elle n'a pas pour objectif de faciliter l'accès des ressortissants d'États tiers aux procédures européennes d'asile.

67. En deuxième lieu, si les personnes concernées sont exemptées des démarches administratives contraignantes visant à l'obtention d'un visa, elles restent, en revanche, soumises à la satisfaction des autres conditions d'entrée sur le territoire des États membres posée par l'article 6 du Code frontières Schengen. Celles-ci peuvent être contrôlées au moment du franchissement d'une frontière extérieure. Le cas échéant, des personnes exemptées de visa mais ne remplissant pas les conditions prévues peuvent faire l'objet d'un refus d'admission sur le territoire. Ces conditions peuvent être classées en trois catégories. Premièrement, les ressortissants de pays tiers exemptés de visa doivent tout de même être en

²¹⁶ *Idem.*

²¹⁷ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Observations on the Presidency Conclusions of the Seville European Council Meeting, 21 and 22 June 2002, Londres, 2002. ECRE demandait au Conseil européen de Séville de consacrer l'exemption générale de l'obligation de détenir un visa pour les personnes en besoin de protection internationale alors que les États européens montraient leur volonté d'utiliser les listes noires et blanches comme outils de lutte contre l'immigration clandestine.

possession d'un document de voyage valide. Deuxièmement, ils doivent, tout comme ceux qui sont soumis à l'obligation de visa, justifier de l'objet et des conditions de leur séjour ainsi que des moyens financiers et matériels nécessaires tant à la durée de leur séjour qu'à leur retour vers leur pays d'origine ou de transit. Troisièmement, deux conditions visant la préservation de l'ordre public et de la sécurité intérieure doivent être respectées. Eu égard aux personnes en besoin de protection internationale, ces réserves sont sans doute moins pertinentes. En effet, dès lors qu'elles atteignent le territoire des États membres et qu'elles manifestent leur volonté de demander l'asile, les autorités de ceux-ci sont contraintes de traiter convenablement cette demande. En ce sens, un renversement de la logique de catégorisation aboutissant au placement des principaux États tiers producteurs de personnes dont le besoin de protection internationale est finalement reconnu sur la liste blanche permettrait à tout le moins à ces personnes d'atteindre plus facilement le territoire des États membres et de bénéficier d'un droit au séjour, au moins pendant le temps nécessaire à l'examen de leur demande. Ce changement de paradigme n'a cependant plus lieu d'être défendu. Bientôt, l'exemption de visa n'équivaudra plus à la garantie d'un voyage régulier vers les frontières extérieures de l'Union ; une autorisation d'entrée subsidiaire est en cours d'élaboration.

68. En effet, en troisième et dernier lieu, un système européen d'information et d'autorisation des voyageurs dispensés de visa a été créé en 2018 (ETIAS pour *European Travel Information and Authorization System*)²¹⁸. Sa mise en fonctionnement devrait être achevée d'ici novembre 2023²¹⁹. Le système imposera un contrôle préalable de sécurité à chaque ressortissant d'État tiers dispensé de visa afin de s'assurer que celui-ci ne représente pas une menace pour la sécurité. Le système rassemblera les informations mises à jour pour chaque candidat. La procédure sera numérisée. Chaque ressortissant dispensé de visa devra remplir un formulaire en ligne avec des informations concernant son état civil, sa nationalité, sa formation et son expérience professionnelle, le trajet prévu pour son voyage ainsi que des

²¹⁸ Règlement (UE) 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et modifiant les règlements (UE) n° 1077/2011 (UE), (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 et (UE) 2017/2226.

²¹⁹ Par une notice et un mémo, la Commission européenne annonce une entrée en vigueur du système ETIAS pour novembre 2023. En outre, il est possible qu'une période de transition de 6 mois soit mise en place durant laquelle le système ne sera pas totalement obligatoire, en ligne [https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/smart-borders/european-travel-information-authorisation-system_en].

détails sur son état de santé, d'éventuels passages dans des pays en guerre, ses déboires migratoires ainsi que son casier judiciaire. En cas d'admissibilité, c'est-à-dire d'absence totale de tout indice laissant penser que la personne concernée pourrait avoir des raisons médicales, humanitaires ou autres de se maintenir sur le territoire des États membres, l'autorisation d'entrer sur le territoire sera délivrée en quelques minutes. À défaut, la demande devra être traitée manuellement dans un délai allant de quatre jours à deux semaines. Au terme de cette procédure, un refus d'autorisation de voyage pourra être notifié au demandeur²²⁰. Ce refus sera susceptible de recours devant les autorités nationales. Les frais de dossier s'élèveront à 7 euros par demande. Les informations requises pour la demande d'autorisation de voyage sont d'une nature différente de celles à donner dans le cadre d'une demande de visa ; elles paraissent encore plus précises et détaillées. Pour autant, la procédure de traitement, de refus, de recours ainsi que la création d'une possibilité de délivrer des autorisations de voyage à validité territoriale limitée pour des motifs humanitaires, des raisons d'intérêt national ou en vertu d'obligations internationales laissent apparaître de troublantes similitudes entre le système ETIAS et le Code des visas²²¹. La question de savoir si ETIAS équivaldra, une fois entré en vigueur, à une nouvelle obligation de visa pour les personnes actuellement exemptées, reste en suspens. La création de ce système en sus des conditions d'entrée déjà posées par le Code frontières Schengen vient contrebalancer l'idée selon laquelle un placement sur « liste blanche » des États tiers d'origine des personnes en besoin de protection internationale serait une solution adaptée à la mobilité de ces dernières en direction des procédures européennes d'asile. En effet, plusieurs conditions semblent difficilement accessibles aux personnes en besoin de protection internationale, voire complètement contradictoires avec leur condition spécifique. Ainsi, ces personnes peuvent ne pas disposer d'un passeport valide du fait même des persécutions subies dans leur pays d'origine. Par ailleurs, leur recherche de protection internationale s'oppose à l'idée d'un retour rapide dans leur pays d'origine. En outre, probablement en provenance ou en transit par des zones en crise qu'elles fuient, ces personnes ne pourront obtenir l'autorisation d'entrer sur le territoire. Finalement, le fait qu'elles soient placées sur la « liste noire » ou sur la « liste blanche » n'a qu'un faible impact sur leur aptitude à atteindre le territoire pour y déposer une demande

²²⁰ Règlement 2018/1240, article 37.

²²¹ *Ibid.*, article 44.

d'asile. Seule une dispense explicite et générale de toutes ces conditions pourrait lever les obstacles identifiés.

B. L'absence des personnes en besoin de protection internationale dans la liste des exemptions générales

69. Le droit de l'Union européenne prévoit une dispense de toutes les conditions d'entrée énumérées par le Code frontières Schengen, y compris l'obligation d'obtention préalable de visa, pour plusieurs catégories de personnes parmi lesquelles les personnes en besoin de protection internationale ne figurent pas. En premier lieu, les codes précisent que l'obligation de visa ne concerne pas les ressortissants d'États tiers titulaires d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour en cours de validité délivré par l'un des États membres²²². Cette exemption s'applique aux personnes, réfugiés statutaires ou bénéficiaires de la protection subsidiaire, qui ont obtenu une protection internationale dans l'un des États membres de l'Union, dans l'hypothèse où elles seraient sorties du territoire et souhaiteraient y revenir²²³. Cette dispense assure le respect de l'accord relatif à la suppression des visas pour les réfugiés adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe²²⁴. Elle concerne uniquement les personnes ayant déjà atteint le territoire des États membres de l'Union auparavant et dont le besoin de protection internationale a été officiellement reconnu à l'issue d'une procédure d'asile. Ainsi, les personnes en besoin de protection internationale qui tentent d'accéder au territoire des États membres ne sont pas couvertes par cette dispense. En second lieu, des dispenses sont accordées à des catégories très particulières de personnes en vertu de leur activité professionnelle ou de leur statut. En ce sens, les titulaires d'un passeport diplomatique et les membres d'équipage d'avions ou de navires, par exemple, peuvent être dispensés de visas²²⁵.

²²² Code frontières Schengen, article 6, b). Code des visas, article 3-5, a), dispense de l'obligation d'un visa de transit aéroportuaire. Notons qu'en ce qui concerne l'exemption de visa de transit aéroportuaire, le visa de long séjour ou le titre de séjour peut avoir été délivré par un État membre, un État de l'espace économique européen ou Andorre, le Canada, le Japon, Saint-Marin ou les États-Unis d'Amérique au motif que ceux-ci garantissent la réadmission inconditionnelle des personnes auxquelles ils ont délivré un visa de long séjour ou d'un titre de séjour.

²²³ Règlement (UE) 2018/1806, article 4, c).

²²⁴ Accord européen relatif à la suppression des visas pour les réfugiés, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 20 avril 1959. L'accord a été ratifié par 18 des 27 États membres de l'Union européenne.

²²⁵ Code des visas, article 3-5, e) et f) en ce qui concerne l'obligation de visa de transit aéroportuaire. Règlement (UE) 2018/1806, article 6 en ce qui concerne les visas court séjour classiques.

70. En outre, les deux codes protègent le droit à la libre circulation des ressortissants d'États tiers qui seraient membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, une fois que ceux-ci sont entrés sur le territoire des États membres²²⁶. Les règles relatives à leur entrée et à leur circulation sur le territoire de l'Union sont contenues dans une directive spécifique²²⁷. À cet égard, il faut souligner que les membres de la famille des citoyens de l'Union ressortissants d'États tiers bénéficient d'un droit à la libre circulation sur le territoire de l'Union mais sont soumis à une obligation de visa d'entrée. Ce visa doit cependant être délivré dans des conditions plus favorables que pour les ressortissants de pays tiers non membres de la famille d'un citoyen de l'Union²²⁸.

71. En somme, aucune dispense ne vise spécifiquement les personnes en besoin de protection internationale en tant que telles. L'introduction d'une telle disposition permettrait de rendre plus évidente l'articulation entre le pouvoir souverain de contrôler les entrées sur le territoire des États membres et le droit des individus de chercher l'asile. Il serait impossible pour l'Union européenne d'introduire une dispense à destination des personnes dont le besoin de protection internationale a été constaté et validé dans la mesure où la compétence d'évaluation de ce besoin relève des États membres et non d'une agence de l'Union. En revanche, le droit de l'Union pourrait introduire une dispense de visa à l'égard de toute personne se déclarant en besoin de protection internationale. Cette disposition aurait pour objet d'obliger les États membres à faire preuve de distinction entre les migrants non ou mal documentés lors de la mise en œuvre des contrôles migratoires tout au long du parcours. Toutefois, cela impliquerait une sorte de transfert de la compétence de l'évaluation du bien-fondé des demandes d'asile aux autorités en charge des contrôles migratoires au détriment des autorités en charge de la détermination du statut, sans parler du manque de garantie procédurale dans l'hypothèse d'un examen des demandes en consulat ou la frontière. La faisabilité d'un tel projet reste donc très discutable. En tout état de cause, cette disposition

²²⁶ Code frontières Schengen, article 2, a). Code des visas, article 1-2, a) et b).

²²⁷ Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE. Conformément à cette directive, les membres de la famille des citoyens de l'Union sont le conjoint ou le partenaire, les descendants directs âgés de moins de 21 ans ou à charge ainsi que les descendants directs du conjoint ou partenaire, les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire.

²²⁸ *Ibid.*, article 5.

n'existe pas. Toutefois, le droit de l'Union contient quelques précautions visant la sauvegarde du droit d'asile dans les codes frontières et visas.

Section 2. Les précautions d'articulation entre obligation de visas, contrôles aux frontières et droit d'asile

72. L'intuition selon laquelle l'imposition d'une obligation de visa et l'organisation de contrôles migratoires pour en assurer le respect sont susceptibles d'entrer en contradiction avec les dispositions relatives au droit d'asile a conduit les États membres de l'Union européenne à inclure diverses précautions d'articulation entre ces deux domaines dans les codes frontières et visas. D'ailleurs, il semble que les rédacteurs de la Convention de Genève aient déjà abordé cette question d'articulation entre le droit d'asile et les politiques migratoires sans toutefois être en mesure d'apporter des solutions opérationnelles. Dès son deuxième article, la Convention de Genève précise que les réfugiés, au même titre que les autres migrants, ont, à l'égard du pays où ils se trouvent, « des devoirs qui comportent notamment l'obligation de se conformer aux lois et règlements ainsi qu'aux mesures prises pour le maintien de l'ordre public »²²⁹. En outre, l'article 6 ajoute que « toutes les conditions (et notamment celles qui ont trait à la durée et aux conditions de séjour ou de résidence) que l'intéressé devrait remplir, [...], s'il n'était pas réfugié, doivent être remplies par lui »²³⁰. Ces deux articles laissent la possibilité aux États parties d'appliquer les mesures de contrôle migratoire aux réfugiés ainsi qu'aux personnes demandant la reconnaissance de cette qualité. Sur ce point, le HCR appelle les États parties à faire preuve d'une grande vigilance. Ceux-ci sont invités à considérer que le droit d'asile exige que « les demandeurs d'asile soient traités en vertu du principe qu'ils peuvent être des réfugiés jusqu'à ce que leur statut soit déterminé »²³¹. Par conséquent, leur caractéristique migratoire – le fait qu'ils aient nécessairement franchi une frontière internationale – ne devrait pas, en principe, constituer un obstacle à leur protection²³². En ce sens, considérant que certaines difficultés sont inhérentes à leur qualité, l'article 6 précité formule immédiatement une dérogation explicite :

²²⁹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 2.

²³⁰ *Ibid.*, article 6.

²³¹ HCR, Note sur la protection internationale, 4 juin 1999, EC/49/SC/CRP.12, §16.

²³² G. LOESCHER, *Beyond Charity: International Co-operation and the Global Refugee Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 33. A. SHACKNOVE, « Who is a Refugee? », *Ethics*, vol. 95, 1985, p. 275. HCR, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, 9 juin 2000, EC/50/SC/CPR.17.

les réfugiés ne doivent pas être tenus de satisfaire aux obligations qui, en raison de leur nature, ne peuvent pas être remplies par eux²³³. Les travaux préparatoires et l'ensemble de la Convention de Genève suggèrent que l'article 6 a vocation à régir l'accès des réfugiés aux droits sociaux dans les mêmes conditions que pour les autres ressortissants étrangers régulièrement présents sur le territoire de l'État d'accueil sauf en ce qui concerne les conditions qui sont impossibles à remplir. Au cours des travaux préparatoires, les rédacteurs ont notamment évoqué les conditions d'ancienneté de résidence, de certificat de nationalité ou la production de certains diplômes professionnels en acceptant de considérer que lorsque le réfugié, du fait même de sa qualité de réfugié, ne serait pas en mesure de les satisfaire alors les États devraient organiser des procédures alternatives²³⁴. Au-delà de l'accès aux droits sociaux, une logique similaire peut être adoptée dans la compréhension de l'article 31 qui garantit l'immunité pénale des réfugiés en raison de leur entrée irrégulière sur le territoire²³⁵. Les États parties ne doivent pas pénalement réprimer l'entrée irrégulière sur leur territoire des réfugiés au motif que ceux-ci n'étaient vraisemblablement pas en mesure d'effectuer les démarches nécessaires à garantir une entrée régulière. Toutefois, l'article ne permet pas en pratique de dispenser les réfugiés (et les personnes en demande de protection internationale) de se plier aux exigences administratives en matière d'autorisation d'entrée sur le territoire de l'État de destination²³⁶. L'immunité garantit simplement que la régularité de l'entrée sur le territoire ne puisse être érigée en condition d'accès à la protection internationale. Toutefois, les débats autour de l'article 6 de la Convention de Genève permettent d'affirmer que les États parties avaient pleinement conscience du fait que certaines obligations ne pourraient pas être exécutées par les personnes en besoin de protection internationale sauf à les priver de certains droits. Dans cette optique, le droit de l'Union européenne a introduit un certain nombre de dispositions et de rappels de protection du droit d'asile dans les instruments juridiques de contrôles migratoires. Pourtant, l'étude de ces clauses mène à affirmer qu'elles ne permettent pas une distinction opérationnelle des personnes en besoin de protection

²³³ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 6. t

²³⁴ HCR, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, 1990, pp. 40-41.

²³⁵ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 31.

²³⁶ Les travaux préparatoires de la Convention ne permettent pas de dire avec certitude si les rédacteurs de la Convention envisageaient que les réfugiés se plient aux obligations de visa et, à défaut, se voient immunisés en cas d'entrée irrégulière ou bien s'ils estimaient que les démarches administratives visant à l'obtention d'un visa devaient être comptées parmi les obligations qui, en raison de leur nature, ne devaient pas leur être imposées, HCR, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, op. cit.*, pp. 285-294.

internationale parmi les migrants en ce qui concerne les modalités d'entrée sur le territoire. Tout au plus, le Code frontières Schengen et le Code des visas permettent la garantie du respect du principe de non-refoulement et du droit procédural de demander l'asile à l'égard de ceux qui auraient déjà atteint le territoire européen. Elles restent inefficaces à créer des voies légales et sécurisées d'accès au territoire et aux procédures de l'asile pour les personnes en besoin de protection internationale. Dans un premier temps, le Code frontières Schengen comporte des clauses de sauvegarde des droits des personnes en besoin de protection internationale sans toutefois prévoir de dispositif permettant réellement d'assurer cette sauvegarde : il ne donne pas les moyens aux États membres de pratiquer la distinction des personnes en besoin de protection internationale parmi les migrants soumis aux contrôles aux frontières qu'il organise (§1). Au contraire, dans un second temps, le Code des visas prévoit explicitement un régime dérogatoire mais celui-ci s'avère inapplicable aux personnes en besoin de protection internationale (§2).

§1. Les limites des précautions incluses dans le Code frontières Schengen

73. Le Code frontières Schengen comprend plusieurs mentions d'articulation de la politique de contrôle aux frontières avec les nécessités du droit spécifique de demander l'asile (A). Pourtant, une fois confrontées au principe de réalité des enjeux de mobilité des personnes en besoin de protection internationale, ces précautions semblent inopérantes à permettre une réelle distinction de ces personnes parmi les migrants internationaux (B).

A. Des clauses de sauvegarde du droit d'asile réitérées

74. Le Code frontières Schengen prévoit la préservation des droits des personnes en besoin de protection internationale à quatre reprises. Premièrement, l'article 3, relatif au champ d'application du règlement, précise que celui-ci devra s'appliquer « à toute personne franchissant les frontières intérieures ou extérieures d'un État membre, sans préjudice (...) des droits de réfugiés et des personnes demandant la protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement »²³⁷. Deuxièmement, l'article 4, qui insère une clause générale de sauvegarde des droits fondamentaux, insiste plus spécifiquement sur le respect,

²³⁷ Code frontières Schengen, article 3, b).

par les États membres qui appliquent le règlement, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés ainsi que des obligations liées à l'accès à la protection internationale. De la même façon, le respect du principe de non-refoulement est souligné²³⁸. Troisièmement, l'article 6 du Code frontières Schengen ouvre la possibilité d'une dérogation à la satisfaction des conditions d'entrée posées dans son premier paragraphe. Ainsi, « les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas une ou plusieurs des conditions énoncées au paragraphe 1 peuvent être autorisés par un État membre à entrer sur son territoire pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales »²³⁹. Quatrièmement, l'article 14 du règlement, qui traite des refus d'entrée, pose une double sauvegarde en faveur des personnes en besoin de protection internationale. Il rappelle, d'une part, que l'entrée doit être refusée au ressortissant qui ne remplit pas l'ensemble des conditions posées par l'article 6 sauf s'il appartient à l'une des catégories auxquelles les États membres peuvent accorder une dérogation²⁴⁰. Ces catégories peuvent concerner les personnes en besoin de protection internationale, notamment au titre des motifs humanitaires et des obligations internationales énoncées précédemment. D'autre part, l'article 14 insiste sur le fait que les refus d'entrée doivent être prononcés « sans préjudice de l'application des dispositions particulières relatives au droit d'asile et à la protection internationale ou à la délivrance de visas de long séjour », ces derniers relevant des droits internes des États membres²⁴¹. Ces dispositions ne créent aucun droit d'entrée sur le territoire pour les personnes en besoin de protection internationale qui seraient situées en dehors du territoire. En particulier, le Code frontières Schengen ne dispense pas expressément ces personnes de la condition d'obtention d'un visa. Simplement, celles qui se présenteraient ou seraient interceptées sur le territoire des États membres ne peuvent pas se voir renvoyées au seul motif de leur entrée irrégulière.

B. Des clauses inopérantes

75. Ces quatre dispositions visent à ce que les droits en matière d'asile, garantis par d'autres sources telles que la Convention de Genève, la Convention européenne des droits de

²³⁸ *Ibid.*, article 4.

²³⁹ *Ibid.*, article 6.

²⁴⁰ *Ibid.*, article 14.

²⁴¹ *Idem.*

l'homme ou les dispositions du RAEC ne soient pas violés par l'application des normes en matière migratoire. Toutefois, leur portée apparaît restreinte par deux éléments. D'une part, il n'existe aucun régime alternatif établissant les règles relatives aux contrôles de ces personnes dans le contexte du franchissement des frontières extérieures (1). D'autre part, les termes employés pour désigner ces personnes ne permettent pas d'étendre la portée des dispositions du Code frontières Schengen au-delà du territoire européen (2).

1. L'absence de régime alternatif de contrôles aux frontières

76. En l'absence de régime alternatif qui indiquerait précisément les modalités et conditions de franchissement des frontières par les personnes en besoin de protection internationale, les autorités des États membres n'ont d'autre choix que d'appliquer les mesures du régime de droit commun. Alors que le Code frontières Schengen prévoit des régimes alternatifs pour d'autres catégories de personnes concernées par d'éventuelles dérogations, il ne donne aucune indication quant aux personnes en besoin de protection internationale. À trois reprises, le Code manque l'occasion de préciser les modalités de contrôles aux frontières qui doivent être appliquées aux personnes en besoin de protection internationale. Dans un premier temps, la première exception envisagée par l'article 3 renvoie à un régime alternatif précis. En effet, l'entrée des personnes jouissant d'un droit à la libre circulation est clairement réglementée *via* un renvoi direct au régime spécifique contenu dans la directive 2004/38/CE²⁴² ainsi qu'aux accords conclus entre l'Union et ses États membres, d'une part, et des pays tiers, d'autre part²⁴³. En comparaison, la seconde exception de l'article 3 concernant les réfugiés et les personnes demandant une protection internationale ne renvoie vers aucun régime spécifique²⁴⁴.

77. Dans un deuxième temps, dans le même ordre d'idée, l'article 8 du Code frontières Schengen détaille les modalités de contrôle aux frontières qui doivent être appliquées aux personnes jouissant du droit à la libre circulation ainsi que les modalités dont elles doivent

²⁴² Directive 2004/38/CE.

²⁴³ Code frontières Schengen, article 2-5, a) et b).

²⁴⁴ Tout au plus, il serait possible de considérer que le régime spécifique d'entrée sur le territoire des personnes en besoin de protection internationale non ou mal documentées serait le placement en rétention sommairement régi par les articles 8 à 11 de la directive « Accueil ». Or ce régime reste similaire à celui de la rétention des autres migrants non ou mal documentés ; il ne constitue pas un régime spécifiquement adapté aux personnes en besoin de protection internationale.

être dispensées ou qui doivent être appliquées différemment. Ainsi, une vérification minimale visant à établir leur identité par un examen simple et rapide de la validité de leur document de voyage est prescrite. Par ailleurs, le règlement précise que les gardes-frontières peuvent être amenés à consulter les bases de données nationales et européennes afin de s'assurer que ces personnes ne représentent pas de menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, les relations internationales des États membres ou la santé publique. Ces vérifications ne sauraient toutefois compromettre leur droit d'entrée²⁴⁵. À l'inverse, l'article 8 ne donne aucune information sur les vérifications dont les personnes en besoin de protection internationale doivent faire l'objet. Par conséquent, on peut en déduire qu'elles doivent se soumettre aux contrôles appliqués à tous les autres ressortissants de pays tiers dont la vérification, entre autres, de la possession et de la validité d'un visa d'entrée sur le territoire, d'un document de voyage, de la preuve de moyens de subsistance adaptés alors que nombre d'entre elles n'en disposent pas.

78. Dans un troisième temps, la rédaction de l'article 20 du Code frontières Schengen va également dans le sens d'une absence de distinction des personnes en besoin de protection internationale²⁴⁶. Cet article vise à présenter les modalités spécifiques relatives aux vérifications à effectuer pour certaines catégories de personnes. Ces modalités sont par ailleurs détaillées à l'annexe VII du Code²⁴⁷. Elles concernent, par exemple, les chefs d'État et les membres de leur délégation, les pilotes d'aéronefs et les autres membres d'équipage, les marins ou encore les travailleurs frontaliers. Les personnes en besoin de protection internationale ne figurent pas dans la liste des personnes devant faire l'objet de contrôles adaptés à leur condition ou leur statut. Toutefois, l'actuel manuel Schengen aborde la question du traitement des personnes en besoin de protection internationale à la frontière²⁴⁸. Tout ressortissant d'un État tiers qui exprimerait un besoin de protection internationale à la frontière terrestre, maritime ou dans la zone internationale d'un aéroport doit être mis en mesure de présenter une demande d'asile le plus rapidement possible. Les autorités nationales doivent s'assurer de sa bonne information relativement aux procédures d'asile et aux droits des demandeurs d'asile. Par ailleurs, aucune décision d'éloignement ne peut être prise avant

²⁴⁵ *Ibid.*, article 8-2.

²⁴⁶ *Ibid.*, article 20.

²⁴⁷ *Ibid.*, Annexe VII, modalités propres à certaines catégories de personnes.

²⁴⁸ Manuel Schengen, p. 84.

l'évaluation des craintes en cas de retour. Cependant, ce traitement peut être effectué à la frontière sans que l'entrée sur le territoire soit autorisée.

2. La signification des termes relatifs aux personnes en besoin de protection internationale

79. La portée des clauses de sauvegarde prévues par le Code frontières Schengen semble restreinte aux ressortissants d'États tiers qui ont déjà atteint le territoire européen et non pas aux personnes en besoin de protection internationale qui tentent de l'atteindre. D'un côté, l'article 3 garantit le respect des droits « des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale ». La confusion demeure sur les deux branches de l'expression. D'une part, le terme « réfugié » peut être entendu au sens large de l'article 1 de la Convention de Genève. En ce sens, les personnes concernées pourraient être localisées à l'extérieur du territoire européen, avant d'atteindre celui-ci, à condition qu'elles remplissent les critères de la définition contenue dans cet article à savoir : avoir franchi une frontière internationale et craindre avec raison des persécutions en raison de leur nationalité, de leur race, de leur religion, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social²⁴⁹. Le manuel Schengen donne d'ailleurs cette définition du terme réfugié mais elle n'est pas reprise directement par le Code frontières. Le terme « réfugiés » pourrait tout aussi bien ne concerner que les personnes dont le statut de réfugié a été officiellement reconnu par l'un des États membres. Il s'agirait simplement ici d'un renvoi à la disposition selon laquelle les personnes titulaires d'un titre de séjour délivré par un autre État membre au titre de l'asile sont dispensées des conditions d'entrée sur le territoire des autres États membres²⁵⁰. D'autre part, l'expression « personnes demandant une protection internationale » n'apparaît pas non plus dans l'article 2 destiné à la définition des termes employés dans le règlement. À ce titre, il est possible de souligner que la Convention d'application de l'accord de Schengen, préfigurant le Code frontières Schengen, s'attachait à définir précisément les expressions « demande d'asile », « demandeur d'asile » et « traitement d'une demande d'asile » dans le contexte particulier du franchissement des frontières²⁵¹. Le Code ne reprend aucune de ces définitions.

²⁴⁹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 1, A (2).

²⁵⁰ Règlement (UE) 2018/1806, article 4, c) et Code frontières Schengen article 6-1, b).

²⁵¹ 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, article 1 « Demande d'asile :

Il n'en propose pas non plus, laissant ainsi penser que les personnes demandant une protection internationale doivent être comprises dans la catégorie générale des ressortissants de pays tiers²⁵². Par conséquent, il convient de se tourner vers le reste du droit de l'Union afin de trouver une définition plus claire. Or, trois sources proposent des définitions non concordantes. D'abord, l'article 78-1 TFUE envisage ces personnes comme « tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale » sans aucune précision procédurale²⁵³. Ensuite, les dispositions du RAEC donnent, au contraire, une définition exclusivement procédurale des termes « demandeurs d'asile ». Le demandeur d'asile y est défini comme un ressortissant de pays tiers ou un apatride ayant présenté une demande de protection internationale sur laquelle il n'a pas encore été statué définitivement²⁵⁴. Cette définition implique nécessairement que la personne ait déjà atteint le territoire européen puisque le RAEC n'a pas vocation à s'appliquer aux demandes déposées en dehors de ce territoire²⁵⁵. Enfin, le manuel Schengen reprend la définition du demandeur d'asile proposée par le RAEC. Pourtant, quelques pages plus loin, le manuel précise cette expression en établissant que « tout ressortissant d'un pays tiers doit être considéré comme demandeur d'asile/de la protection internationale s'il exprime – de quelque manière que ce soit – la crainte d'être persécuté ou de faire l'objet d'atteintes graves s'il retourne dans son pays d'origine ou sur son lieu de résidence antérieur. Une demande de protection ne requiert aucune forme d'expression particulière. Le mot « asile » n'a pas besoin d'être expressément utilisé ; la crainte exprimée par rapport à ce qui pourrait arriver lors du retour est l'élément déterminant »²⁵⁶. Ces diverses définitions ne permettent pas de circonscrire précisément le champ des personnes en demande de protection internationale du fait des divergences sur le point de savoir si la demande de protection doit avoir été ou non officiellement introduite ou

toute demande présentée par écrit, oralement ou autrement par un étranger à la frontière extérieure ou sur le territoire d'une Partie Contractante en vue d'obtenir sa reconnaissance en qualité de réfugié conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967 et de bénéficier en cette qualité d'un droit de séjour. Demandeur d'asile : tout étranger qui a présenté une demande d'asile au sens de la présente Convention sur laquelle il n'a pas encore été statué définitivement. Traitement d'une demande d'asile : l'ensemble des procédures d'examen, de décision et des mesures prises en application de décisions définitives relatives à une demande d'asile, à l'exclusion de la détermination de la Partie Contractante responsable du traitement de la demande d'asile en vertu des dispositions de la présente Convention ».

²⁵² V. MORENO-LAX, « The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects », *op. cit.*, pp. 19-21.

²⁵³ TFUE, article 78-1.

²⁵⁴ Directive « Accueil », article 2, b). Règlement (UE) n° 604/2013, article 2, c). Directive « Procédure », article 2, c).

²⁵⁵ *Ibid.*, article 3.

²⁵⁶ Manuel Schengen, point 12.1.

simplement manifestée par tout moyen. En revanche, il apparaît clairement que ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer aux personnes en besoin de protection internationale avant qu'elles n'aient atteint le territoire des États membres de l'Union. Ainsi, les États membres ne disposent d'aucun outil de distinction des personnes en besoin de protection internationale dans la catégorie générique des migrants lorsqu'ils mettent en œuvre les politiques de contrôles migratoires en dehors de ce territoire. Par conséquent, les précautions d'articulation entre politique migratoire et droit d'asile prise par le Code frontières ne valent qu'à l'encontre des personnes déjà présentes sur le territoire. De son côté, le Code des visas prévoit un régime dérogatoire dont on pourrait penser, finalement à tort, qu'il est destiné aux personnes en besoin de protection internationale qui résident encore en dehors des frontières européennes.

§2. L'inadéquation du régime dérogatoire prévu par le Code des visas

80. Le Code des visas prévoit son application sans préjudice uniquement des droits des personnes qui jouissent du droit à la libre circulation au titre du droit de l'Union²⁵⁷. À la différence du Code frontières Schengen, il ne mentionne pas immédiatement les personnes en demande de protection internationale. Par ailleurs, l'article 2 du même règlement ne consacre aucun de ces alinéas à des définitions relatives au domaine de l'asile. Dans le même ordre d'idée, le règlement ne contient pas de clause de sauvegarde des droits fondamentaux. Une mention très générale figure dans le préambule pour indiquer que le règlement respecte les droits fondamentaux, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union²⁵⁸. En revanche, le droit d'asile et le principe de non-refoulement n'apparaissent pas spécifiquement. De prime abord, il est loisible de penser que les personnes en besoin de protection internationale sont prises en compte au titre du régime dérogatoire offert par le visa à validité territoriale limitée (A). Néanmoins, plusieurs éléments indiquent que ces mentions sont finalement inadaptées à ces personnes (B).

²⁵⁷ Code des visas, article 1-2, a) et b).

²⁵⁸ *Ibid.*, préambule, point 29.

A. Nature du régime des visas à validité territoriale limitée

81. Les articles 16, 19, 25 et 32 du Code des visas organisent le régime dérogatoire du visa à validité territoriale limitée. Il s'agit de l'un des visas de court séjour régis par le Code des visas. Contrairement au visa uniforme, celui-ci ne donne accès qu'au territoire de l'État membre qui choisit de le délivrer. Le régime de ce visa est dérogatoire pour trois raisons. D'abord, l'article 19 dispose que les demandes de visa qui ne rempliraient pas les conditions de recevabilité énoncées par le règlement peuvent être jugées recevables pour des motifs humanitaires ou des raisons d'intérêt national²⁵⁹. Par conséquent, les personnes en besoin de protection internationale qui auraient des difficultés à présenter un document de voyage valide²⁶⁰, une assurance maladie²⁶¹, les preuves de moyens suffisants d'hébergement et de subsistance²⁶² et, surtout, la preuve de leur volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa²⁶³ pourraient déposer une demande de visa à la condition que le consulat juge qu'elles répondent au critère des motifs humanitaires justifiant la dérogation. Cette dernière est spécifiquement complétée en ce qui concerne les droits de visa dont le demandeur doit s'acquitter. Ainsi, l'article 16 du Code permet aux États membres de réduire ou de ne pas percevoir les droits de visa lorsque cette mesure répond à des considérations humanitaires²⁶⁴. Ensuite, au stade de l'examen de la demande, l'article 25 autorise, à titre exceptionnel, les États membres à délivrer un visa à validité territoriale limitée à des personnes qui ne satisferaient pas aux conditions d'entrée posées par le Code frontières Schengen²⁶⁵.

²⁵⁹ *Ibid.*, article 19-4 « À titre dérogatoire, une demande qui ne remplit pas les conditions visées au paragraphe 1 peut être jugée recevable pour des motifs humanitaires ou des raisons d'intérêt national ». Le paragraphe 1 de l'article 19 liste les conditions de recevabilité d'une demande de visa de court séjour : demande introduite dans un délai de trois mois au plus tôt avant le début du voyage prévu, dossier contenant toutes les pièces nécessaires (formulaire et documents justificatifs, document de voyage valide, photographie), relevé des données biométriques, perception des droits de visa.

²⁶⁰ *Ibid.*, article 10-3, b).

²⁶¹ *Ibid.*, article 10-3, g).

²⁶² *Ibid.*, article 14-1, b) et c).

²⁶³ *Ibid.*, article 14-1, d).

²⁶⁴ *Ibid.*, article 16-6 « Dans certains cas individuels, le montant des droits de visa peut être réduit ou ne pas être perçu, lorsque cette mesure sert à promouvoir des intérêts culturels ou sportifs ou des intérêts dans le domaine de la politique étrangères, de la politique de développement et d'autres domaines d'intérêt général essentiel, ou lorsqu'elle répond à des considérations humanitaires ».

²⁶⁵ *Ibid.*, article 25-1 « Un visa à validité territoriale limitée est délivrée 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 : 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, ii) de délivrer un visa ». Les conditions d'entrée mentionnées sont maintenant codifiées à l'article 6, paragraphe 1 du Code frontières Schengen. Elles comprennent d'abord la possession d'un document de voyage en cours de validité autorisant son titulaire à franchir les frontières (ce document doit être d'une durée de validité supérieure d'au moins 3 mois à la date à laquelle le demandeur a prévu de

Cette possibilité est ouverte lorsqu'un État membre estime que la délivrance du visa est nécessaire pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales²⁶⁶. Enfin, l'article 32, en toute cohérence, énumère les motifs de refus de visa tout en précisant que ces refus ne doivent pas porter préjudice à la possibilité de délivrance exceptionnelle d'un visa à validité territoriale limitée offerte par l'article 25²⁶⁷.

82. À première vue, le régime dérogatoire de ce visa pourrait paraître adapté aux personnes en besoin de protection internationale au titre, principalement, des motifs humanitaires ou des obligations internationales. Cependant, le manque de définition des termes employés par le règlement ne permet pas de confirmer cette possibilité²⁶⁸. En outre, le règlement se montre doublement imprécis. D'une part, les articles 16, 19 et 25 utilisent respectivement les expressions « considérations humanitaires », « motifs humanitaires » et « raisons humanitaires » sans jamais préciser ce qu'elles signifient concrètement ni si ce qu'elles désignent est similaire ou différent. D'autre part, il semblerait plausible que la Convention de Genève relative au statut des réfugiés figure au titre des obligations internationales que les États doivent honorer. Cependant, ces obligations internationales apparaissent à l'article 25, qui propose une exception aux conditions de fond de délivrance des visas, mais sont absentes de l'article 19, qui, lui, traite des conditions de recevabilité des demandes. Par conséquent, le champ d'application de cette dérogation reste confus d'autant plus que la CJUE considère

quitter le territoire des États membres, sauf urgence dûment justifiée. Il doit également avoir été délivré depuis moins de 10 ans). Elles visent ensuite la capacité du demandeur à justifier de l'objet et des conditions de son séjour sur le territoire des États membres de l'Union notamment eu égard à ses moyens de subsistance. Enfin, le demandeur ne doit pas être signalé aux fins de non-admission dans le SIS et ne pas être considéré comme une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales.

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ *Ibid.*, article 32-1 « Sans préjudice de l'article 25, paragraphe 1, le visa peut être refusé : a) si le demandeur : i) présente un document de voyage faux ou falsifié, ii) ne fournit pas de justification quant à l'objet et aux conditions du séjour envisagé, iii) ne fournit pas la preuve qu'il dispose de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans son pays d'origine ou de résidence, ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou n'est pas en mesure d'acquiescer légalement ces moyens, iv) a déjà séjourné sur le territoire des États membres pendant trois mois au cours de la période de six mois en cours, sur la base d'un visa uniforme ou d'un visa à validité territoriale limitée, v) fait l'objet d'un signalement diffusé dans le SIS aux fins d'un refus d'admission, vi) est considéré comme constituant un menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou la santé publique (...) ou pour les relations internationales de l'un des États membres (...), vii) s'il y a lieu, n'apporte pas la preuve qu'il dispose d'une assurance maladie en voyage adéquate et valide ou b) s'il existe des doutes raisonnables sur l'authenticité des documents justificatifs présentés par le demandeur ou sur la véracité de leur contenu, sur la fiabilité des déclarations effectuées par le demandeur ou sur sa volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé ».

²⁶⁸ Les possibles définitions des termes seront développées, cf. *infra*, §§95 et s.

qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer aux personnes en besoin de protection internationale en raison de la durée de leur séjour excédant nécessairement 90 jours²⁶⁹.

B. Inaccessibilité du régime dérogatoire aux personnes en besoin de protection internationale

83. La confusion des termes employés est renforcée par différents éléments du droit de l'Union européenne. D'un côté, la construction du régime des visas de l'Union européenne s'est effectuée de façon déconnectée des questions relatives au droit d'asile²⁷⁰. Le but du régime est, avant tout, d'harmoniser l'entrée des ressortissants de pays tiers souhaitant effectuer une visite touristique, familiale ou d'affaires sur le territoire des États membres de l'Union. Les instructions consulaires communes transmises aux autorités des États membres rappellent d'ailleurs « que les préoccupations essentielles qui doivent guider l'instruction des demandes de visas sont : la sécurité des Parties contractantes et la lutte contre l'immigration clandestine ainsi que d'autres aspects relevant des relations internationales. Selon les pays, l'une pourra prévaloir sur les autres, aucune ne devra jamais être perdue de vue²⁷¹ ». Concernant ce dernier point, le document précise que « s'agissant du risque migratoire, l'appréciation relève de l'entière responsabilité de la représentation diplomatique ou consulaire. L'examen des demandes vise à détecter les candidats à l'immigration qui cherchent à pénétrer et à s'établir dans le territoire des États membres sous le couvert de visa pour tourisme, affaires, études, travail ou visite à des parents. Il convient à cet effet d'exercer une vigilance particulière sur les « populations à risque », les chômeurs, les personnes démunies de ressources stables (...) »²⁷². Or, les personnes en besoin de protection internationale dans leur grande majorité, figurent parmi ces catégories.

D'un autre côté, le régime dérogatoire des visas à validité territoriale limitée ne semble pas approprié aux personnes en besoin de protection internationale. D'abord, l'annexe 14 aux

²⁶⁹ CJUE, X. X. *contre Belgique*, préc. Pour une analyse de cette jurisprudence, cf. *infra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 2.

²⁷⁰ V. MORENO-LAX, « Must EU Border have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member' States Obligations to Provide International Protection to Refugees », *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, 2008, p. 325.

²⁷¹ Conseil de l'Union, Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, (2005/C 326/01), JOUE, 22 décembre 2005, partie V. Instruction de la demande et décision relative à celle-ci, critères de base pour l'instruction de la demande, p. 10.

²⁷² *Idem*.

instructions consulaires communes met les États membres en garde contre une utilisation trop importante du visa à validité territoriale limitée. Son caractère exceptionnel est souligné. Les instructions consulaires envisagent un nombre de cas trop faible pour que ce visa soit adapté au nombre de personnes en besoin de protection internationale qui chercheraient à rejoindre le territoire européen pour y déposer une demande d'asile²⁷³. Ensuite, les multiples démarches provenant tant de la Commission que du Parlement européen en vue de la création d'un régime de visa spécifiquement dédié aux personnes en besoin de protection internationale démontrent que le régime en place est insuffisant à permettre l'obtention par celles-ci des visas actuellement accessibles au titre du droit de l'Union. Ainsi, la Commission européenne, parfois soutenue par le Conseil, a suggéré à plusieurs reprises entre 2002 et 2016 la création d'un système mieux adapté²⁷⁴. Malgré ces divers appels à la création d'un dispositif spécifique de visa aux fins de demander l'asile, la question a complètement disparu de l'Agenda des migrations en 2015. Alors que le nombre d'arrivées irrégulières et de morts sur les routes migratoires explosait, la question des voies légales d'accès aux procédures de l'asile a disparu des stratégies déroulées par la Commission²⁷⁵. Les États membres ont préféré empêcher les arrivées irrégulières par une stratégie dissuasive de renforcement des

²⁷³ *Ibid.*, annexe 14, point 1,1 b) « Il ne faut pas s'attendre à ce que les Parties Contractantes Schengen usent et abusent de la possibilité de délivrer des VTL ; une telle pratique ne serait par ailleurs pas en cohérence avec le sens et l'objectif des dispositions Schengen. Étant donné que l'on ne doit pas s'attendre à un grand nombre de cas, il n'est pas nécessaire de prévoir une procédure automatisée pour informer les autres Parties contractantes », p. 108.

²⁷⁴ En 2002, la Commission européenne a commandé un rapport sur la faisabilité du traitement extraterritorial des demandes d'asile, G. NOLL, J. FAGERLUND, F. LIEBAUT, (Danish Centre for Human Rights), « Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure », final report, 2002, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/58ac44504.html>]. La Commission a envisagé à nouveau la question du renforcement de l'efficacité de l'accès à la procédure d'asile en 2007, cf. « Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun », 6 juin 2007, COM (2007) 301 final. L'entrée régulière des personnes en besoin de protection internationale a fait l'objet d'une attention spécifique lors de l'élaboration du Programme de Stockholm en 2010, cf. Conseil européen, « Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », 4 mai 2010, 2010/C 115/01. La Commission a de nouveau évoqué les voies légales d'accès lors de la création de la Task Force pour la Méditerranée, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les travaux de la task-force pour la Méditerranée, 4 décembre 2013, COM (2013) 869 final. Par la suite, dans deux autres communications, la Commission a réitéré sa position selon laquelle les voies d'entrée protégées devraient être considérées comme des compléments au système de réinstallation et d'asile spontané, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité », 11 mars 2014, COM (2014) 154 final et Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », 6 avril 2016, COM (2016) 197 final.

²⁷⁵ V. MORENO-LAX, « The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects », *op. cit.*, p. 15.

contrôles aux frontières et de coopération avec les pays tiers qui aboutit finalement à une obstruction des départs²⁷⁶. Cette substitution de projets a sans doute été la cause du blocage entre le Parlement, le Conseil et la Commission lors des débats autour de la réforme du Code des visas de l'Union européenne initiée en 2014. Le premier proposait un amendement créant un régime de visa spécifiquement dédié aux personnes en besoin de protection internationale²⁷⁷. Au cours des négociations qui ont débuté en mai 2016, la Commission et le Conseil se sont opposés tant aux amendements visant la création d'un régime de visa spécifique qu'à ceux dédiés au renforcement des dispositions existantes. En septembre 2017, le Conseil a refusé de poursuivre les négociations sur l'ensemble de la réforme si ces amendements n'étaient pas retirés. Afin d'éviter un blocage total de la réforme, le Parlement a retiré sa proposition. Toutefois, le 16 octobre 2018, les députés de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) ont lancé un rapport d'initiative législative sur la base de l'article 225 TFUE²⁷⁸. Cette démarche s'est soldée par l'adoption d'une résolution par le Parlement européen, le 11 décembre 2018, demandant à la Commission de soumettre une proposition de règlement portant création d'un visa humanitaire européen²⁷⁹. La Commission avait jusqu'au 31 mars 2019 pour s'exécuter²⁸⁰. Elle est néanmoins restée silencieuse.

²⁷⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM (2015) 240 final.

²⁷⁷ Le Parlement européen a commandé une étude sur les visas humanitaires ayant mené à la formulation d'amendements finalement retirés : U. IBEN JENSEN, « Humanitarian Visas: Option or Obligation? », étude pour le Parlement européen, Bruxelles, 2014, en ligne [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/226741/Session_2_-_Study_Humanitarian_visas.pdf]. Le 15 mars 2016, la Commission LIBE du Parlement européen a adopté un amendement portant création d'un visa humanitaire européen. La chronologie des discussions est reprise dans le document de travail du Parlement européen sur les visas humanitaires publié par la Commission LIBE le 5 avril 2018, en ligne [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-DT-619272_FR.pdf].

²⁷⁸ TFUE, article 225 « Le Parlement européen peut, à la majorité des membres qui le composent, demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités. Si la Commission ne soumet pas de proposition, elle en communique les raisons au Parlement européen. ».

²⁷⁹ Résolution du Parlement européen du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires, 2018/2271 (INL).

²⁸⁰ L'accord-cadre sur les relations entre le Parlement européen et la Commission européenne adopté le 20 novembre 2010 prévoit en son point III que « La Commission s'engage à rendre compte des suites concrètes données à toute demande visant à soumettre une proposition au titre de l'article 225 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (rapport d'initiative législative) dans les trois mois suivant l'adoption de la résolution correspondante en séance plénière. La Commission présente une proposition législative dans un délai d'un an ou inscrit cette proposition dans son programme de travail de l'année suivante. Si elle ne présente pas de proposition, la Commission en expose les motifs circonstanciés au Parlement. » Aucune proposition législative n'a encore été déposée.

Conclusion du Chapitre 1

84. En définitive, les fondements juridiques de l'obligation de visa imposée par le droit de l'Union européenne aux personnes en besoin de protection internationale émanent de trois éléments principaux. D'abord, ces personnes présentent toutes les caractéristiques des ressortissants de pays tiers soumis à cette obligation et visés par les deux Codes régissant les contrôles aux frontières extérieures de l'Union européenne. Ensuite, le besoin de protection internationale ne constitue pas un motif d'exemption de l'obligation de visa. Enfin, le fait d'imposer cette obligation aux personnes en besoin de protection internationale n'apparaît pas, à ce stade, entrer en contradiction frontale avec les prescriptions spécifiques du droit international et européen de l'asile qui, en tout état de cause, ne garantissent pas le droit d'accéder à un territoire de protection aux fins d'y demander l'asile. Pour autant, toute caractérisée qu'elle soit, la satisfaction de l'obligation de visa reste inaccessible en pratique pour l'immense majorité des personnes en besoin de protection internationale qui cherchent à atteindre le territoire des États membres.

Chapitre 2. Le besoin de protection internationale comme obstacle à l'exécution de l'obligation de visa

85. L'étude des conditions de fond et de forme du régime des visas de l'Union européenne tend à laisser penser que ce pan du droit échappe à l'adage protecteur *ad impossibilia nemo tenetur* en ce qui concerne son application aux personnes en besoin de protection internationale. En effet, en raison de traumatismes propres ou de mauvais traitements, celles-ci sont placées dans une situation de vulnérabilité particulière. L'absence de tout lien avec des autorités étatiques susceptibles d'assurer leur protection accroît cette vulnérabilité. La rupture du lien est évidente en ce qui concerne leur État d'origine en raison des persécutions qu'il leur aurait infligées ou dont il aurait été incapable de les protéger. De plus, un lien est rarement constitué à l'égard des États tiers par lesquelles les personnes en besoin de protection internationale transitent avant de pouvoir atteindre le territoire d'un État de protection durable. Relativement peu d'États tiers, frontaliers des zones de crise, sont pourvus de système d'asile effectif. Il arrive parfois que le HCR se substitue à eux et assure une prise en charge des personnes en besoin de protection internationale qui y résident. Par ailleurs, ce lien n'existe pas encore vis-à-vis des États membres de l'Union européenne qu'on pourrait qualifier d'États de destination. Cette absence de lien de rattachement engendre une situation d'errance matérielle et administrative, génératrice d'une grande vulnérabilité qui place les personnes en besoin de protection internationale dans un état particulier, différent des autres ressortissants d'État tiers. Or, au moment d'une demande de visa, cette différence n'est pas prise en considération alors même que le degré de vulnérabilité est un obstacle à la satisfaction de certaines conditions de fond ou de forme.

86. Le Code des visas prévoit de multiples conditions de fond pour la délivrance d'un visa. Ces conditions sont différentes selon le type de visa demandé. En revanche, il organise une procédure unique de demande pour tous les types de visas. La multiplicité des critères de délivrance à satisfaire de façon cumulative constitue un premier obstacle pour les personnes en demande de protection internationale (**Section 1**). Par ailleurs, l'unicité de la procédure, si elle assure une lisibilité certaine, se dresse comme un second obstacle devant elles par manque

de flexibilité. Ces dernières doivent se plier à des formalités procédurales qui restent inadaptées afin de prendre en considération leurs réalités (**Section 2**).

Section 1. L'inaccessibilité des critères de délivrance

87. La politique des visas de l'Union européenne est un assemblage de règles qui visent d'une part, à faciliter la mobilité de certains ressortissants de pays tiers pour des raisons considérées comme légitimes et, d'autre part, à entraver les arrivées non autorisées ou les établissements irréguliers. Par conséquent, les critères de délivrance des visas régis par le Code des visas de l'Union européenne doivent permettre aux autorités consulaires, voire aux services centraux des États membres sollicités, de faire le tri entre les ressortissants des États tiers dont le passage et le séjour sur leur territoire sont désirables et les autres, qu'ils ne souhaitent pas voir accéder à leur territoire. Comme cela a été présenté précédemment, le Code des visas propose la délivrance de trois types de visas²⁸¹. Eu égard aux critères de délivrance de ces visas, il est possible de les répartir en deux catégories. D'un côté, les visas uniformes et les visas de transit aéroportuaires relèvent du régime de droit commun. L'objectif de la liste des critères de délivrance posés par le Code est manifeste : il s'agit de laisser entrer uniquement les ressortissants des États tiers qui ne présentent aucun risque de devenir des charges pour les États membres (§1). D'un autre côté, les visas à validité territoriale limitée constituent le régime dérogatoire du Code. Les critères de délivrance de ces visas souffrent d'un manque de définition. Cette confusion renforce le pouvoir discrétionnaire des États membres. Ceux-ci bénéficient d'une marge d'appréciation particulièrement large dans la détermination des personnes qui bénéficieront ou non des avantages offerts par ce régime dérogatoire. Les indices donnés par ailleurs par la *soft law*, la jurisprudence et la doctrine quant à la définition des critères de délivrance des visas à validité territoriale limitée n'en font pas des visas destinés à faciliter la mobilité des personnes en besoin de protection internationale. En définitive, en l'état actuel du droit, les visas à validité territoriale limitée ne sont pas des visas d'asile (§2).

²⁸¹ Cf. *supra*, §§53 et s.

§1. L'inadaptation des critères de droit commun

88. Le droit de l'Union européenne pose des conditions communes de délivrance des visas uniformes. Néanmoins, il faut reconnaître que l'examen des demandes est susceptible de diverses modulations en fonction de la situation dans le pays de départ, des pratiques de l'État membre sollicité et de la catégorie à laquelle appartient le demandeur²⁸². En effet, l'examen des critères de délivrance des visas uniformes et des visas de transit aéroportuaires montre une catégorisation supplémentaire des demandeurs. Certains d'entre eux sont qualifiés de demandeurs dont l'intégrité et la fiabilité sont établies. Ils bénéficient, pour cette raison, d'un traitement privilégié. Cette dernière catégorisation ne profite pas aux personnes en besoin de protection internationale. Celles-ci sont soumises à l'obligation de remplir les conditions les plus strictes²⁸³. Or, si les personnes en besoin de protection internationale peuvent éventuellement réussir à remplir les conditions relatives aux modalités de leur voyage sur le territoire des États membres de l'Union européenne (A), elles échoueront systématiquement à satisfaire à la condition de non-établissement (B).

A. La satisfaction improbable des conditions tenant aux modalités de voyage et de séjour

89. La liste des pièces constituant les dossiers de demande de visa diffère selon le type de visa demandé et les motifs du voyage. Certaines pièces sont néanmoins communes à toutes les demandes. Ainsi, tous les demandeurs doivent remplir un formulaire de demande uniforme²⁸⁴. Le formulaire ne doit pas être altéré. Sur ce formulaire, la vingt-troisième question consacrée à l'objet du voyage ne propose aucun espace permettant d'expliquer d'éventuels motifs humanitaires. Seules les raisons médicales sont envisagées en plus des visites pour tourisme, affaires, visite familiale ou amicale, culture, sport, visite officielle, études ou transit²⁸⁵. Il est possible de cocher « autres » mais l'espace dédié à la justification de ce choix ne permet d'inscrire que trois ou quatre mots, ce qui est insuffisant à développer des

²⁸² P. DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 164.

²⁸³ Cf. *supra*, §§60 et s. Les personnes dont l'intégrité et la fiabilité ne font aucun doute peuvent se voir délivrer des visas d'entrée ou de transit multiples tandis que les autres ne peuvent bénéficier que de visas pour une entrée ou un transit unique.

²⁸⁴ Code des visas, article 11. Le formulaire est présenté à l'annexe IX du Code des visas.

²⁸⁵ *Ibid.*, annexe I.

motifs d'asile. Il doit se suffire à lui-même ; aucune case ni aucune page ne peut lui être ajoutée²⁸⁶. Cette interdiction empêche les personnes en besoin de protection internationale de développer d'éventuelles raisons humanitaires pour les porter à la connaissance des autorités consulaires. En outre, les demandeurs sont tous invités à joindre un document de voyage valide, de moins de dix ans et comportant au moins deux feuillets vierges²⁸⁷. Du fait de la rupture avec leur État d'origine, qu'elles y résident encore ou non, ainsi que des conditions d'éventuelle urgence et d'inorganisation de leur fuite, il peut être très compliqué pour les personnes en besoin de protection internationale de présenter un document de voyage adéquat. Quand bien même les États membres ont la possibilité de délivrer un laissez-passer à tout demandeur dépourvu de document de voyage dès lors qu'il envisage d'accepter sa demande de visa, il n'existe aucun espace dédié à l'explication d'une absence de document de voyage ou de l'expiration de celui-ci²⁸⁸.

90. Ensuite, en fonction du motif et des modalités du voyage, la liste des pièces justificatives est modulable. Les États membres sont par ailleurs autorisés à exempter certains demandeurs de l'obligation d'apporter des documents justificatifs lorsque leur intégrité et leur fiabilité ne font aucun doute²⁸⁹. L'évaluation de ces caractéristiques repose sur l'analyse du comportement du demandeur lors de précédents séjours dans les États membres ainsi que sur celle du risque migratoire représenté par le demandeur. En revanche, tous les autres sont tenus d'apporter la preuve par des documents originaux de leurs moyens de subsistance, de la prise en charge de leur hébergement en Europe ainsi que de leur couverture maladie et rapatriement²⁹⁰. Ces justificatifs ont pour objet de permettre aux autorités compétentes de juger si le demandeur satisfait aux conditions d'entrée et d'évaluer le risque de migration irrégulière – moins le demandeur montre d'attache familiale, professionnelle ou de raison médicale, financière, immobilière de rentrer dans son État d'origine, plus le risque migratoire est élevé - ainsi que celui pour la sécurité des États membres. L'harmonisation des pratiques consulaires est guidée par une liste commune de pièces justificatives comprise à l'annexe XIV du Code. Elle n'est toutefois pas exhaustive ; les autorités consulaires sont libres d'exiger des

²⁸⁶ Manuel des visas, p. 34.

²⁸⁷ Code des visas, article 12.

²⁸⁸ Décision n° 1105/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative à la liste des documents de voyage permettant à leur titulaire le franchissement des frontières extérieures et susceptibles d'être revêtus d'un visa, et relative à l'instauration d'un dispositif pour établir cette liste, article 1-2.

²⁸⁹ *Ibid.*, article 14-6.

²⁹⁰ *Ibid.*, article 14.

pièces supplémentaires²⁹¹. Elles doivent par ailleurs s'assurer de la cohérence globale entre les pièces figurant au dossier. Le manuel des visas propose des lignes directrices pour procéder à l'évaluation des documents produits²⁹². L'état de vulnérabilité dans lequel se trouvent la plupart des personnes en besoin de protection internationale, notamment lorsqu'elles résident irrégulièrement dans un État de transit, ne leur permet pas de produire les justificatifs requis.

91. Enfin, les demandeurs de visa de transit aéroportuaires sont tenus de produire des documents justificatifs particuliers visant à établir un itinéraire plausible au-delà du territoire des États membres²⁹³. En fonction de la situation individuelle de chaque personne en besoin de protection internationale, il est presque improbable que ces premières conditions tenant aux modalités du voyage et du séjour sur le territoire des États membres de l'Union puissent être satisfaites. En revanche, aucune d'entre elles ne pourra apporter, sauf à emprunter une autre identité ou à procéder à de fausses déclarations, la garantie d'un non-établissement sur ce territoire.

B. L'impossibilité absolue de satisfaire à la condition de non-établissement sur le territoire

92. L'un des éléments les plus importants du dossier de demande réside dans l'apport de documents permettant d'apprécier la volonté du demandeur d'un visa uniforme de quitter le territoire à l'expiration de son visa ou, pour le demandeur d'un visa de transit aéroportuaire, de poursuivre son voyage au-delà du territoire des États membres sans entrer sur celui-ci²⁹⁴. La preuve d'une absence de volonté (de s'établir ou d'entrer sur le territoire) étant, par nature, difficile à établir, le demandeur n'est pas tenu de produire des garanties irréfutables de retour. Il doit néanmoins convaincre les autorités consulaires au-delà de tout doute raisonnable²⁹⁵.

93. Le manuel des visas précise que l'appréciation de l'absence de volonté d'établissement du demandeur dépend essentiellement de la stabilité de sa situation socioéconomique dans son pays de résidence. Ainsi, les États membres doivent évaluer la stabilité de l'emploi qu'il

²⁹¹ *Ibid.*, article 14-5.

²⁹² Manuel des visas, pp. 49-55.

²⁹³ Code des visas, article 14-2.

²⁹⁴ *Ibid.*, article 14-1, d) et article 14-2, b).

²⁹⁵ CJUE, Grande Chambre, arrêt du 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki contre Allemagne*, C-84/12, §68.

occupe, de sa situation financière et de ses liens familiaux. À cet égard, les bulletins de salaire, contrats de travail, titres de propriété immobilière, certificats de mariage ou livrets de famille complétés par des documents justifiant de la résidence des membres de la famille dans le pays de départ constituent des éléments de preuve. Un autre indice peut être la réservation d'un billet aller-retour²⁹⁶. À nouveau, seuls les demandeurs de « bonne foi » peuvent être exemptés de l'obligation de prouver qu'ils ne souhaitent pas séjourner au-delà de 90 jours sur le territoire des États membres. Ainsi, les personnes en besoin de protection internationale sont dans l'impossibilité absolue de satisfaire à cette condition. Le besoin qui motive leur départ implique précisément de pouvoir séjourner pour un temps assez long, voire de s'établir de façon permanente, sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Elles sont à la recherche d'une solution durable. Sur ce point, le HCR identifie trois solutions durables qui nécessitent un séjour de plus de 90 jours : le rapatriement volontaire vers le pays d'origine à la condition que la situation à l'origine de la migration contrainte ait disparu de manière durable, l'intégration dans l'État de protection ou la réinstallation vers un autre État de protection²⁹⁷. En tout état de cause, la situation de vulnérabilité des personnes en besoin de protection internationale et l'objectif même de leur migration rendent impossible la satisfaction de la garantie de retour à l'expiration du visa. Le Code prévoit néanmoins quelques critères dérogatoires pour les personnes qui ne pourraient remplir les conditions classiques.

§2. L'imprécision des critères dérogatoires

94. Dans l'hypothèse où les conditions de délivrance ne seraient pas toutes satisfaites, le Code des visas de l'Union européenne permet tout de même la délivrance d'un visa de court séjour. Il s'agit du visa à validité territoriale limitée. L'étude des critères de délivrance ne permet pas de délimiter avec certitude le champ d'application de ce type de visas. Ces derniers ont vocation, selon le Code, à être délivrés dans l'intérêt national des États membres, pour honorer leurs obligations internationales ou pour répondre à des circonstances humanitaires. La situation des personnes en besoin de protection internationale ne semble pas entrer dans le motif de préservation de l'intérêt national des États membres. En revanche, autoriser

²⁹⁶ Manuel des visas, p. 73.

²⁹⁷ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution n° 428 (V) du 14 décembre 1950, Statut du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, point 2 d), e) et f).

l'accès d'une personne en besoin de protection internationale au territoire des États membres de l'Union peut toucher au respect de leurs obligations internationales. De même, la situation de ces personnes est susceptible d'être considérée comme revêtant un caractère humanitaire. La délivrance des visas à validité territoriale limitée est encadrée par ces deux notions. Par conséquent, il est capital de pouvoir en déterminer le sens et la portée. Pourtant, l'état du droit applicable ne rend pas cette délimitation possible. Les apparentes évidences de la signification des expressions « obligations internationales » (A) et « motifs humanitaires » (B) semblent effectivement s'évaporer dès lors qu'on tente de les appréhender avec précision.

A. Le cas du respect par les États membres de leurs obligations internationales

95. Le Code dispose que les États membres peuvent déroger aux conditions de délivrance des visas uniformes pour délivrer des visas à validité territoriale limitée si cela leur permet d'honorer des obligations internationales. Néanmoins, il ne donne pas la liste précise des obligations internationales qui pourraient être concernées (1). Par ailleurs, la Cour de justice, précisément saisie de la question de savoir ce qu'il fallait entendre par cette expression, a évité de répondre (2).

1. L'identification des obligations internationales concernées

96. Au sens classique, les obligations internationales des États sont constituées de toutes les règles de droit international qu'ils doivent respecter. En matière de visa, le droit de l'Union européenne se place sous le sceau de la Convention EDH et de la Charte des droits fondamentaux²⁹⁸. En revanche, les autres traités de droit international des droits de l'homme, dont la Convention de Genève relative au statut des réfugiés ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, n'apparaissent pas. Pour autant, il faut relever que le spectre des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux et la Convention EDH couvre en grande partie celui des droits fondamentaux protégés par la Convention de Genève et le Pacte international et susceptibles de s'appliquer aux personnes en besoin de protection internationale en situation de demande de visa. Il en va ainsi du principe de non-refoulement et du droit de quitter tout pays, y compris le sien. Pour autant, cette remarque ne permet pas

²⁹⁸ Code des visas, préambule, point 29.

de délimiter précisément dans quelles situations les États membres pourraient délivrer des visas à validité territoriale limitée pour honorer des obligations internationales.

97. En 2019, la réforme du manuel des visas et du manuel Schengen a renforcé l'idée selon laquelle les États membres ne souhaitent pas utiliser le visa à validité territoriale limitée pour faciliter l'accès des personnes en besoin de protection internationale à leur territoire²⁹⁹. Ainsi, avant cette réforme, en 2006, le manuel relatif au Code frontières Schengen semblait définir la notion d'obligations internationales au prisme de la protection internationale lorsqu'il énonçait « par exemple, si une personne demande l'asile ou a autrement besoin de la protection internationale »³⁰⁰. Depuis 2019, au contraire, les manuels relatifs au Code frontières Schengen ainsi qu'au Code des visas ont uniformisé les directives en cas de dérogation aux conditions d'entrée et de délivrance d'un visa. Les obligations internationales ne sont envisagées spécifiquement que pour permettre l'entrée sur le territoire des États membres d'une personne qui se rendrait en qualité officielle auprès d'une mission diplomatique, d'une organisation internationale ou bien qui devrait participer à une réunion diplomatique de haut niveau³⁰¹. Le Code frontières, quant à lui, ne précise plus du tout la notion d'obligations internationales. La référence aux personnes en besoin de protection internationale qui était adossée à la notion a disparu. Il est donc impossible de trouver dans les textes de l'Union une définition précise des « obligations internationales » comme entendu par le Code des visas. *A posteriori*, les juges de Luxembourg n'ont pas apporté de réponse.

2. L'absence d'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne

98. La Cour de Justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle visant justement à délimiter le sens et la portée de l'expression « obligations internationales » utilisée à l'article 25³⁰². Plus précisément, dans le contexte spécifique d'une demande de visa à validité territoriale limitée aux fins de déposer une demande d'asile sur le territoire de l'un des États membres, la question portait sur le point de savoir si les « obligations internationales » visées à l'article 25 recouvraient l'ensemble des droits garantis par la Charte

²⁹⁹ Cf. *supra*, §102.

³⁰⁰ Recommandation de la Commission du 6 novembre 2006 établissant un « Manuel pratique à l'intention des garde-frontières (Manuel Schengen) » commun à utiliser par les autorités compétentes des États membres lors du contrôle des personnes aux frontières, C (2006) 5186 final, p. 41.

³⁰¹ Manuel des visas, p. 85.

³⁰² CJUE, X. X. *contre Belgique*, préc., §28.

des droits fondamentaux ou si elles visaient également les droits protégés par la Convention EDH et la Convention de Genève. À titre surabondant, on pourrait même se demander si les obligations internationales des États membres ne pourraient pas, plus vastement encore, comprendre leurs engagements au titre d'autres traités, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans son arrêt du 7 mars 2017, la Cour de Justice a rejeté la requête, déclarant le droit l'Union inapplicable aux situations de demande de visa aux fins de demander l'asile et n'a pas saisi l'opportunité d'éclaircir ce point de droit. Seules les conclusions de l'avocat général proposent une interprétation de l'article 25. Ces dernières établissent que l'Union européenne possède un ordre juridique propre, distinct de l'ordre international, auquel la Charte des droits fondamentaux appartient. Par conséquent, celle-ci ne serait pas incluse dans les obligations internationales des États membres au sens de l'article 25³⁰³. Cela n'implique pas que les États membres puissent ignorer la Charte des droits fondamentaux lorsqu'ils appliquent le Code des visas. Bien au contraire, comme dans les autres domaines, les États membres sont tenus de respecter la Charte dès lors qu'ils mettent en œuvre des politiques de l'Union³⁰⁴. Quand bien même la Cour aurait accepté de considérer que les demandes de visas aux fins de demander l'asile relevaient bien du droit de l'Union et donc qu'elles devaient être traitées conformément aux droits garantis par la Charte, cela n'aurait pas été pour honorer des obligations internationales mais simplement en conséquence de la mise en œuvre du droit de l'Union. Finalement, l'avocat général ne propose pas de définition de cette expression au motif que l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne serait suffisante à encadrer l'action des États dans les questions de délivrance ou de refus de visa à validité territoriale limitée³⁰⁵. D'un côté, les

³⁰³ Conclusions de l'avocat général Paolo MENGOLZI présentées le 7 février 2017 dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, §73 « L'Union dispose d'un ordre juridique propre, distinct de l'ordre international. Conformément à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, la Charte fait partie du droit primaire de l'Union et est, dès lors, une source de droit de l'Union. Lorsque les conditions de son application sont réunies, les États membres sont tenus de la respecter en vertu de leur adhésion à l'Union. Les impératifs qui découlent de la Charte ne comptent donc pas parmi les « obligations internationales » visées à l'article 25, paragraphe 1, sous a), du code des visas, et cela quelle que soit la portée qu'il convient de donner à cette expression ».

³⁰⁴ *Ibid.*, §74 « Cela ne revient cependant pas à dire que les décisions que les États membres adoptent sur base de cette disposition ne doivent pas être prises dans le respect des prescriptions de la Charte » et §75 « Le champ d'application de celle-ci, pour ce qui est de l'action des États membres, est défini à son article 51, paragraphe 1, aux termes duquel les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Les droits fondamentaux garantis par la Charte doivent, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale - et, de manière plus générale, l'action de l'État membre concerné - entre dans le champ d'application du droit de l'Union ».

³⁰⁵ *Ibid.*, §107 « Étant donné que les articles 4 et 18 de la Charte garantissent une protection au moins équivalente à celle offerte par l'article 3 de la Convention EDH et par l'article 33 de la convention de

conclusions de l'avocat général n'apportent pas de définition des « obligations internationales » ; elles ne font que retirer la Charte des droits fondamentaux de leur champ. De l'autre, la limitation au respect de la Charte peut apparaître dommageable car certains droits, tels que le droit de quitter tout pays, y compris le sien, n'y figurent pas et que le Code réserve une place d'égale importance à la Convention EDH dans son préambule. Même si les conclusions affirment également que le droit de l'Union européenne doit être interprété en conformité avec la Convention de Genève et la Convention EDH, cela ne permet pas de considérer qu'elles constituent des « obligations internationales » ou que ces obligations pourraient être issues d'autres traités³⁰⁶.

99. En outre, la notion d'obligations internationales n'apparaît pas au titre des circonstances justifiant une dérogation des conditions de recevabilité des demandes de visa. Par conséquent, quand bien même cette notion serait susceptible d'inclure une possibilité voire une obligation de délivrance de visa à validité territoriale limitée, elle ne serait opérante qu'au stade de l'instruction de la demande au fond et non à celui de la recevabilité. Fort logiquement, les chances d'utiliser la notion d'obligations internationales dans la phase d'instruction sont amoindries puisqu'elle n'aura pas pu être soulevée en phase de recevabilité. Les personnes en besoin de protection internationale peuvent, en revanche, tenter d'établir qu'elles justifient de circonstances humanitaires car ces dernières figurent au titre des motifs permettant à la fois de déclarer recevable une demande qui ne satisferait pas aux conditions de recevabilité de droit commun et de délivrer un visa à cette même personne qui ne satisferait pas non plus aux conditions de délivrance et d'entrée sur le territoire des États membres.

Genève, il n'est pas nécessaire d'examiner si ces actes sont applicables à la situation des requérants au principal » et §108 « Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose de répondre à la première question préjudicielle posée par le Conseil du contentieux des étrangers que l'article 25, paragraphe 1, sous a), du code des visas doit être interprété en ce sens que l'expression « obligations internationales » qui figure dans le texte de cette disposition ne vise pas la Charte, mais que le respect de celle-ci s'impose aux États membres lorsqu'ils examinent, sur la base de cette disposition, une demande de visa au soutien de laquelle sont invoquées des raisons humanitaires, ainsi que lorsqu'ils adoptent une décision à l'égard d'une telle demande ».

³⁰⁶ *Ibid.*, §103 « J'estime qu'il n'est pas utile pour la résolution du litige au principal que la Cour prenne position sur ce point. En effet, indépendamment de la signification et de la portée qu'il convient de donner à ladite expression, il n'est pas contestable que la Convention EDH et la convention de Genève constituent tant un paramètre d'interprétation du droit de l'Union en matière d'entrée, de séjour et d'asile qu'un paramètre de légalité de l'action des États membres dans la mise en œuvre de ce droit ».

B. L'invocation des raisons humanitaires

100. L'idée que certains visas peuvent être délivrés sur un fondement humanitaire apparaît à plusieurs reprises dans le code des visas. Une remarque préalable mérite à ce titre d'être formulée. Puisque le Code des visas ne renvoie pas aux droits internes pour définir cette notion, celle-ci relève donc du droit de l'Union. Le fait qu'un visa humanitaire n'est, en principe, valide que sur le territoire de l'État membre qui l'a délivré ne signifie pas que la qualification de raisons humanitaires doit être exclusive à cet État³⁰⁷. Toutefois, à l'instar des « obligations internationales », les « circonstances humanitaires » souffrent des mêmes lacunes en termes de délimitation. Ni la Convention d'application de l'accord de Schengen, ni le Code frontières Schengen, ni celui des visas n'apportent de définition précise³⁰⁸ (1). La notion de circonstances humanitaires reste confuse sur plusieurs points. Par conséquent, la pratique des États membres en la matière est hétérogène (2).

1. Les éléments théoriques de définition

101. En premier lieu, le champ *ratione materiae* de ces circonstances, qu'elles soient « considérations »³⁰⁹, « motifs »³¹⁰ ou « raisons »³¹¹, n'est pas défini. En deuxième lieu, il convient de noter que la Commission, dans ses lignes directrices, ne donne aucun exemple spécifique de raisons humanitaires en ce qui concerne la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée. Les seuls exemples de circonstances humanitaires évoqués concernent la prorogation exceptionnelle d'un visa et la délivrance exceptionnelle d'un visa à la frontière. Dans les deux cas, la Commission vise l'urgence médicale ou d'assistance sanitaire du demandeur qui aurait besoin d'accéder à des soins particuliers sur le territoire ou le décès imminent d'un proche résidant sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne³¹². En troisième lieu, dans le cadre de l'affaire *X. X. contre Belgique* portée devant la CJUE, l'avocat général MENGOZZI a souligné que les lignes directrices non contraignantes de la Commission ne sauraient être interprétées autrement que comme des exemples non

³⁰⁷ Conclusions de l'avocat général Paolo MENGOZZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, *op. cit.*, §130.

³⁰⁸ U. IBEN JENSEN, « Humanitarian Visas: Option or Obligation? », *op. cit.*

³⁰⁹ Code des visas, article 16.

³¹⁰ *Ibid.*, article 19.

³¹¹ *Ibid.*, article 25.

³¹² Manuel des visas, p. 127 (délivrance d'un visa aux frontières extérieures) et p.133 (prorogation de visa). Les recommandations de 2006 aux garde-frontières (Manuel Schengen 2006) visaient des exemples similaires pour illustrer les raisons humanitaires.

exhaustifs de ce que les circonstances humanitaires peuvent être³¹³. En effet, le débat ne peut pas porter sur la question de savoir si les persécutions ou les craintes de persécutions relevant de la Convention de Genève doivent ou non être considérées comme des circonstances humanitaires. Il semble clair que les personnes qui fuient ou craignent ce type de persécutions, tout comme celles qui fuient ou craignent des agissements justifiant la reconnaissance de la protection subsidiaire, sont placées *de facto* dans des situations de détresse et de vulnérabilité relevant du champ de l'humanitaire. Cela signifie qu'un besoin manifeste de protection internationale devrait être qualifié de raisons humanitaires. Si tel n'était pas le cas, alors l'expression perdrait son sens le plus commun. En l'occurrence, le déclenchement de la guerre en Syrie a déjà été qualifié de drame humanitaire par la Commission européenne³¹⁴, le Conseil de sécurité des Nations Unies³¹⁵ et de nombreuses ONG³¹⁶.

2. Les pratiques hétérogènes des États membres

102. En l'absence de définition, le Code des visas laisse une large marge d'appréciation aux États membres pour décider du degré de gravité qu'une situation doit atteindre pour relever des circonstances humanitaires. La pratique des États membres en matière de délivrance de visas à validité territoriale limitée a fait l'objet de plusieurs études statistiques. Chacune d'entre elles montre, chiffres détaillés à l'appui, que plusieurs États membres ont délivré des visas sur le fondement de l'article 25 afin de permettre à des personnes en besoin de protection internationale d'accéder au territoire des États membres de l'Union européenne³¹⁷. À titre

³¹³ Conclusions de l'avocat général Paolo MENGOLZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, *op. cit.*, §130.

³¹⁴ Commission européenne, Aide humanitaire et protection civile, Fiche-info ECHO, crise syrienne, septembre 2016, en ligne [http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/syria_fr.pdf#view=fit].

³¹⁵ Conseil de sécurité, Résolution 2328 (2016) adoptée le 19 décembre 2016 ; Conseil de sécurité, Résolution 2332 (2016) adoptée le 21 décembre 2016.

³¹⁶ Voir notamment Amnesty International, « Alep : de nouvelles preuves de crimes de guerre », publié le 20 octobre 2016, en ligne [<https://www.amnesty.fr/conflits-armes-et-populations/actualites/alep--de-nouvelles-preuves-de-crimes-de-guerre>].

³¹⁷ Les pratiques étatiques sont détaillées dans U. IBEN JENSEN, « Humanitarian visas: option or obligation? », *op. cit.* Voir également l'étude du réseau européen pour les migrations, « Visa Policy as Migration Channel », octobre 2012, en ligne [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e097dcb8-d3cf-49f3-b776-85c57c20f109>] ; G. NOLL, J. FAGERLUND, *Safe Avenues to Asylum? The Actual and Potential Role of EU Diplomatic Representations in Processing Asylum Requests*, étude pour le HCR et le Danish Center for Human Rights, avril 2002, en ligne [<https://www.unhcr.org/3cd000a52.pdf>] ; G. NOLL, J. FAGERLUND, F. LIEBAUT, « Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure », *op. cit.*, ce rapport propose des présentations des pratiques par État membre.

d'exemple, on peut citer l'Italie qui a délivré des visas à validité territoriale limitée dans le cadre de procédures de réinstallation informelle. Malte a accordé ce type de visa à des personnes libyennes qui fuyaient leur pays d'origine avant la guerre déclenchée en 2011. La France, la Belgique, la Pologne ou les Pays-Bas avaient, jusqu'en 2017, la même pratique de délivrer des visas humanitaires sur la base de l'article 25 du Code des visas à des personnes en besoin de protection internationale. Ces pratiques étatiques ont été bousculées par la décision des juges de Luxembourg de considérer que les demandes de visas humanitaires aux fins de déposer une demande d'asile sur le territoire d'un des États membres ne relevaient pas de l'application du Code des visas mais de la compétence des États membres en matière de visa de long séjour³¹⁸.

103. La pluralité des termes utilisés, l'absence de définition, le refus de précision de la CJUE et la diversité des pratiques étatiques rendent le régime dérogatoire à destination des demandeurs de visa, qui seraient dans l'incapacité de remplir les conditions de délivrance de droit commun, inaccessible aux personnes en besoin de protection internationale. Au-delà de la difficulté à satisfaire aux conditions de délivrance, les personnes en besoin de protection internationale doivent surmonter plusieurs obstacles procéduraux pour atteindre les autorités consulaires.

Section 2. L'indifférence de la procédure au besoin de protection internationale

104. Les personnes en demande de protection internationale doivent non seulement satisfaire des conditions de fond difficilement accessibles mais également se plier à des démarches procédurales inadaptées aux réalités de leur situation. Si elles peuvent prétendre à différents types de visas de court séjour, cette diversité est tempérée par l'unicité de la procédure. La lisibilité du droit s'en trouve améliorée mais ce caractère unique de la procédure peut manquer de flexibilité. En effet, lorsqu'elles s'y confrontent, les personnes en besoin de

³¹⁸ Myria, centre fédéral migration, Belgique, note pour la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, audition du 29 janvier 2019, « Visas humanitaires : vers une politique encadrée et transparente », en ligne [<https://www.myria.be/files/Myria-Note-pour-la-Commission-parlementaire-290119.pdf>]. L'infographie en quatrième page montre que la Belgique délivrait principalement des visas à validité territoriale limitée aux personnes en besoin de protection internationale qui faisaient des demandes de visa aux fins de demander l'asile jusqu'en 2016. La pratique s'est complètement inversée à compter de 2017, à la suite de l'arrêt de la CJUE (*X. X contre Belgique*), la Belgique délivre maintenant des visas de long séjour sur la base d'une loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers lorsqu'elle souhaite faciliter la mobilité de certaines personnes en besoin de protection internationale.

protection internationale peinent à franchir les différentes étapes de la procédure du fait de caractéristiques inhérentes à leur qualité de victimes sans lien avec leur pays d'origine, de transit ou de destination. D'emblée, plusieurs obstacles se dressent devant elles et peuvent les empêcher de voir leur demande de visa enregistrée (§1). Par la suite, le traitement des demandes officiellement déposées peut, sous certains angles, paraître inadapté à prendre en considération leur besoin de protection internationale (§2).

§1. Les obstacles au dépôt de la demande

105. La procédure de demande de visa prévue par le Code peut sembler relativement simple. Le demandeur doit faire parvenir son dossier complet aux autorités consulaires afin que celles-ci évaluent la satisfaction des critères de délivrance établis par le droit de l'Union. Dans un souci d'extension de la représentation consulaire et diplomatique des États membres en pays tiers ainsi que dans un objectif d'optimisation de la dépense publique, ce droit autorise le recours à la mutualisation et à la privatisation de certaines parties du travail consulaire en matière de visa. Ces deux tendances ne sont pas seules à constituer des obstacles, particulièrement difficiles pour les personnes en besoin de protection internationale, au dépôt de dossiers de demande de visa. La condition de victime fuyant ou craignant des persécutions inhérente à ces personnes complique également leur parcours administratif. Dès lors, les difficultés sont rencontrées à deux niveaux. D'une part, les personnes en besoin de protection internationale peinent à accéder aux représentations consulaires des États membres (A). D'autre part, une fois que ceux-ci sont atteints, le chemin menant jusqu'à l'enregistrement officiel d'une demande de visa comprend encore de nombreux obstacles (B).

A. Les difficultés d'accès aux consulats

106. Dès son préambule, le Code des visas préconise la représentation des États membres aux fins de la délivrance des visas dans tous les pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa³¹⁹. Ce principe de présence consulaire, qui devrait permettre de maximiser l'accès aux consulats européens, est néanmoins nuancé de trois façons. Premièrement, les États membres peuvent assurer leur représentation *via* les autorités

³¹⁹ Code des visas, préambule, point 4.

consulaires d'un autre État membre déjà présentes dans le pays tiers (1). Deuxièmement, en complément de leur propre présence, d'une éventuelle représentation par un autre État membre ou pour combler leur absence, les États membres peuvent déléguer certaines tâches à des prestataires de services extérieurs (2). Troisièmement, quand bien même les États membres feraient des efforts de représentation suivant les deux méthodes indiquées précédemment, leur absence collective est remarquable dans la plupart des zones de crise. Par conséquent, les personnes en besoin de protection internationale du fait des exactions commises dans ces zones se retrouvent privées d'accès aux consulats européens dans leurs pays de résidence (3).

1. Les accords de représentation entre États membres

107. En cas d'absence physique de représentation consulaire, les États membres sont encouragés à conclure des accords de représentation avec les autres États membres qui bénéficieraient d'une représentation consulaire dans les pays tiers desquels ils sont absents³²⁰. La dernière réforme du Code vise à faciliter la conclusion de tels accords afin d'optimiser les efforts de représentation européenne pour assurer une couverture géographique la plus étendue possible³²¹. L'État membre sollicité peut assurer une représentation complète consistant en l'examen et la délivrance des visas ou se cantonner à la réception des dossiers

³²⁰ *Ibid.*, article 8. En 2006, la Commission recensait seulement 3 États tiers dans lesquels tous les États membres de l'Union étaient représentés (Chine, Russie, États-Unis) et 107 États tiers dans lesquels seuls 10 États membres au maximum étaient représentés, Commission européenne, Livre vert – La protection diplomatique et consulaire du citoyen de l'Union européenne dans les pays tiers, 10 février 2007, (2007/C 30/04), point 1.5. La situation était semblable en 2011, Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, La protection consulaire des citoyens de l'Union dans les pays tiers : Bilan et perspectives, 23 mars 2011, COM (2011) 149 final, p. 3. En 2015, une directive a été adoptée pour favoriser les accords de représentation alors que les États membres étaient tous représentés dans 4 pays (les trois premiers et l'Inde), directive (UE) 2015/637 du Conseil du 20 avril 2015 établissant les mesures de coordination et de coopération nécessaire pour faciliter la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés dans les pays tiers. À titre d'exemple, en 2022, l'Italie représente l'Allemagne, la Suède, Malte, la France, le Portugal, les Pays-Bas, la Belgique, la Slovaquie, la Finlande et la Slovénie au sein de son consulat à Asmara en Érythrée pour tout ce qui concerne les visas court séjour. En 2014, la France représentait 22 États membres dans 79 postes consulaires soit 431 représentations et a délivré 41 480 visas court séjour dans le cadre de ces représentations. À l'inverse, en 2014, la France était représentée par 14 États membres dans 41 postes consulaires, E. DOLIGE, R. YUNG, Commission des finances du Sénat, Rapport d'information n° 127 (2015-2016), « Faire de la délivrance des visas un outil d'attractivité pour la France », déposé le 29 octobre 2015, en ligne [<http://www.senat.fr/rap/r15-127/r15-127.html>].

³²¹ S. BARBOU DES PLACES, « Le Code des visas, nouveau « levier » de la politique d'éloignement des étrangers en situation irrégulière », *RTDE*, n°1, 2020, p. 128.

de demande et au recueil des identifiants biométriques. Par ailleurs, les accords entre États membres peuvent prévoir des modalités spécifiques de représentation. Ainsi, l'État membre représenté peut exiger que les dossiers de demande de certaines catégories de ressortissants soient systématiquement transmis à ses autorités centrales pour consultation préalable³²². Sauf accord spécifique ou obligation de consultation³²³, l'État membre agissant en représentation n'est tenu de soumettre les demandes de visa d'entrée sur le territoire de l'État représenté que dans l'hypothèse où il envisage de les refuser³²⁴.

108. S'il est vrai que pour la majorité des ressortissants des pays tiers cette extension de représentation facilite leur accès aux services consulaires, elle constitue aussi un obstacle supplémentaire dans le parcours migratoire des personnes en besoin de protection internationale notamment en ce qui concerne l'octroi de visas à validité territoriale limitée. Ceux-ci relevant par nature du pouvoir discrétionnaire de l'État membre de destination, la chaîne de délégation vient diluer la relation de ce dernier avec le demandeur pourtant nécessaire à une appréciation très factuelle de sa situation. Le visa à validité territoriale limitée, qui ne permet l'accès qu'au territoire de l'État qui l'a délivré, ne l'est qu'à titre exceptionnel lorsque l'État membre en charge de l'examen de la demande considère qu'il peut agir à titre dérogatoire. On peut facilement imaginer qu'un État membre examinant une demande pour le compte d'un autre État ne s'engage pas dans l'application du régime dérogatoire. Par ailleurs, quand bien même, il se donnerait la peine de transmettre le dossier à l'État membre représenté, envisagé comme l'État de destination par le demandeur, celui-ci, absent du pays tiers, ne pourrait mener d'entretien individuel. Par conséquent, le contact entre lui et le demandeur risque de manquer d'intensité pour entraîner la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée.

2. Le recours aux prestataires de services extérieurs

109. Le Code autorise les États membres à externaliser certaines parties des tâches nécessaires au traitement des demandes de visa à des prestataires privés³²⁵. Cette possibilité entre dans une tendance globale de privatisation d'une partie du pouvoir souverain du

³²² Code des visas, article 8-4, c).

³²³ *Ibid.*, article 22.

³²⁴ *Ibid.*, article 8-2.

³²⁵ *Ibid.*, article 43.

contrôle aux frontières³²⁶. La coopération avec des prestataires de services extérieurs peut avoir lieu dans trois situations. Premièrement, un État membre peut confier certaines tâches à un prestataire alors même qu'il bénéficie d'une représentation consulaire dans le pays tiers concerné. Deuxièmement, l'État membre peut subir cette externalisation *via* l'État membre qui le représente. Dans ce cas, il doit en être informé. Troisièmement, le Code envisage même l'hypothèse dans laquelle l'État membre ne serait ni présent ni représenté et aurait recours à un prestataire de services afin de permettre l'introduction et la délivrance de visa dans un pays tiers.

110. Le Code des visas prévoit trois limites à cette dérogation au principe de comparution personnelle devant les services consulaires³²⁷. En premier lieu, la coopération avec les prestataires de services extérieurs doit faire l'objet d'un instrument juridique permettant le contrôle de l'État membre sur les activités du prestataire³²⁸. En deuxième lieu, le Code limite les tâches susceptibles d'être déléguées aux prestataires de services extérieurs. D'un côté, l'examen des demandes, les entretiens éventuels, la prise de décision concernant les demandes ainsi que l'impression et l'apposition des vignettes-visas sont effectués uniquement par les autorités consulaires³²⁹. De l'autre côté, la fourniture d'informations générales sur les conditions d'obtention des visas, la fourniture des formulaires de demande, la fourniture d'information sur les pièces justificatives, le recueil des données biométriques, des documents de voyage et des dossiers de demandes, leur transmission aux consulats, la perception des droits de visas ou la gestion des rendez-vous pour la comparution personnelle au consulat ou devant le prestataire sont des missions qui peuvent être déléguées aux prestataires de services extérieurs³³⁰. En outre, les prestataires de services extérieurs ne peuvent avoir accès à la base de données à caractère personnel « VIS » tenue par l'Union européenne³³¹. Ainsi, les tâches déléguées ne sont qu'administratives tandis que les services consulaires continuent d'exercer

³²⁶ Cf. *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1.

³²⁷ Code des visas, préambule, point 17.

³²⁸ *Ibid.*, article 43. Un modèle d'instrument juridique de coopération est proposé en annexe X du Code.

³²⁹ *Ibid.*, article 43-4.

³³⁰ *Ibid.*, article 43-6.

³³¹ *Ibid.*, article 43-5. Le système d'information sur les visas (VIS) est une base de données permettant le recueil et l'échange de données entre les États membres concernant les demandeurs de visa de court séjour. Il a été créé par une décision 2004/512/CE du Conseil du 8 juin 2004 et plusieurs fois réformé, voir notamment Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008. Le système est en vigueur depuis le 11 octobre 2011. La dernière révision date du Règlement (UE) 2021/1152 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021. Il a vocation à faciliter le traitement des demandes de visas court séjour par les représentations consulaires des États membres notamment en ce qui concerne le risque migratoire.

les prérogatives décisionnelles et de puissance publique. Cependant, un grand nombre des tâches déléguées aux prestataires de services extérieurs sont relatives aux étapes préalables à l'enregistrement officiel de la demande de visa. Or, les autorités consulaires ne seront en mesure de traiter les demandes qu'à partir du moment où celles-ci lui seront transmises. C'est à ce niveau qu'un risque de discrimination des personnes en besoin de protection internationale dans l'accès aux services consulaires doit être noté. En effet, les prestataires de services extérieurs sont, le plus souvent, des entreprises employant du personnel local. Dans les pays tiers à l'intérieur desquels les communautés minoritaires subissent des discriminations voire des persécutions infligées par la communauté majoritaire, la probabilité pour que les agents travaillant pour le prestataire de services appartiennent à la communauté majoritaire est élevée. Par conséquent, les personnes en besoin de protection internationale, issues des minorités, encourent un risque réel de se voir empêchées d'accéder aux services de dépôt de demandes de visa. En outre, quand bien même il n'existerait pas de risque de discrimination parmi les demandeurs de visa, les informations diffusées par les prestataires de services ne concernent que les visas relevant du régime de droit commun. Le site internet dédié à l'information du grand public sur le système des visas Schengen est très lacunaire en ce qui concerne les modalités d'obtention d'un visa à validité territoriale limitée³³². Les sites internet des consulats de France, notamment ceux de Khartoum, Beyrouth ou Addis-Abeba, renvoient de façon systématique au site du prestataire de services extérieurs « France-Visas » pour obtenir des informations sur la possibilité d'obtenir un visa³³³. Aucune information n'est délivrée quant à l'existence des visas à validité territoriale limitée³³⁴. Par ailleurs, pour rappel, aucune case des formulaires ou documents des listes de pièces justificatives requises ne permet de faire connaître des motifs humanitaires ou une volonté de bénéficier d'une protection internationale. En troisième lieu, le Code des visas recommande aux États membres de maintenir la possibilité d'accéder directement à leurs services consulaires quand bien même ils coopéreraient avec des prestataires de services extérieurs. La portée pratique

³³² Le site internet www.schengenvisainfo.com, dont l'existence est prévue au point 23 du préambule du Code des visas, n'aborde que très succinctement l'existence des visas à validité territoriale limitée en précisant qu'ils peuvent être délivrés de façon exceptionnelle pour les personnes qui ne posséderaient pas encore de document de voyage valide ou qui devraient se rendre d'urgence dans un des États membres. Le besoin de protection internationale n'est pas mentionné.

³³³ Voir les sites suivants : La France au Soudan [<https://sd.ambafrance.org/-Visas->], La France au Liban [<https://lb.ambafrance.org/Venir-en-France-Visas-2715>], La France en Ethiopie [<https://et.ambafrance.org/Demander-un-visa-pour-la-France-en-Ethiopie>].

³³⁴ Seuls quelques consulats de France proposent une adresse email pour initier des demandes de visas aux fins de demander l'asile. C'est le cas par exemple du consulat de France à Bagdad.

de cette recommandation est fortement amoindrie par les informations disponibles sur les sites des consulats. Ainsi, les consulats de France précisent que les dépôts de dossiers ne peuvent se faire que sur rendez-vous avec le prestataire de services extérieurs et que les rendez-vous ne peuvent être obtenus qu'auprès de lui. Jusqu'en 2019, le Code des visas imposait cet accès direct par l'utilisation du présent de l'indicatif : « L'État ou les États membres concernés maintiennent la possibilité, pour tous les demandeurs, d'introduire directement leur demande auprès de leur consulat »³³⁵. Lors de la réforme du Code par le Règlement (UE) 2019/1155 du 20 juin 2019, cet accès direct est devenu une simple possibilité laissée à la discrétion des États membres³³⁶. Pour contrebalancer ce point de vue, il faut également noter que la réforme de 2019 autorise, dans un souci de rationalisation et de simplification, la signature du formulaire de demande par voie électronique pour éviter des déplacements trop longs aux demandeurs. Toutefois, cet avantage ne saurait bénéficier aux personnes qui ne satisfont pas aux conditions de recevabilité de la demande. Plus particulièrement, les personnes en besoin de protection internationale dans l'incapacité de présenter un document de voyage valide devront nécessairement avoir accès aux services consulaires afin de présenter leurs arguments relatifs à l'asile et les motifs humanitaires de leur demande. Dans tous les cas, la portée de cet assouplissement interroge au regard de l'obligation de recueillir les empreintes digitales du demandeur³³⁷. En tout état de cause, l'envoi d'un email au consulat, comme cela est indiqué par certains consulats de France, pour les situations dans lesquelles le demandeur souhaiterait obtenir un visa aux fins de demander l'asile ne saurait constituer une demande officiellement déposée auprès des services consulaires. En effet, ce courrier électronique n'aurait pour effet que d'avertir le consulat de la volonté du demandeur de déposer une demande de visa humanitaire. Par conséquent, cette possibilité ne pourrait, à elle seule, être considérée comme une garantie d'accès aux consulats pour les personnes en besoin de protection internationale.

³³⁵ Code des visas, article 17-5 dans la version originelle.

³³⁶ Code des visas, article 17-5.dans la version en vigueur en 2022 « L'État membre concerné peut maintenir la possibilité, pour tous les demandeurs, d'introduire leur demande directement auprès de ses consulats ou auprès du consulat d'un État membre avec lequel il a un accord de représentation ».

³³⁷ *Ibid.*, article 10.

3. L'absence de représentation dans les zones en crise

111. L'obligation de représentation des États membres dans tous les pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa est une obligation de moyen et non de résultat, comme l'indique le manuel relatif au traitement des demandes de visa³³⁸. Il est aisément compréhensible que pour des raisons diplomatiques et/ou sécuritaires, le service des visas, voire l'intégralité de la représentation consulaire et diplomatique d'un État membre, soit contraint de fermer en cas de crise dans une région du monde. Ainsi, en 2022, la France n'a pas de service consulaire en Syrie, en Somalie, au Yémen ou en Érythrée alors que les ressortissants de ces quatre pays se voient reconnaître la protection internationale au titre du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire dans des proportions importantes au sein de l'Union européenne³³⁹. En 2021, la France a pris en compte cette complexification de l'accès à son service de visa en Afghanistan à la suite de la prise du pouvoir par les Talibans. D'un côté, l'opération « Apagan » a été mise en œuvre et a permis l'évacuation de 2630 ressortissants afghans entre le 15 et le 27 août 2021 avant la fermeture de la représentation française à Kaboul, le 2 septembre 2021³⁴⁰. De l'autre, le service des visas a été transféré vers les consulats de France de Téhéran et New Delhi³⁴¹. Malgré ces précautions, de nombreux Afghans sont encore bloqués dans leur pays d'origine et ne parviennent pas à déposer leur demande de visa³⁴².

112. En définitive, les chances de parvenir à entrer en contact avec un consulat sont réduites pour les personnes en besoin de protection internationale. Quand bien même ce serait le cas, d'autres obstacles propres aux demandeurs doivent être surmontés avant de pouvoir officiellement déposer une demande de visa auprès des autorités de celle-ci.

³³⁸ Manuel des visas, p. 25.

³³⁹ Cf. *supra*, §62.

³⁴⁰ « Afghanistan : la France a mis fin à son opération d'évacuation vers Paris », *Le Monde*, 28 août 2021. Human Rights Watch, Rapport, France : les personnes évacuées d'Afghanistan ont besoin de soutien psychologique, publié le 24 mars 2022, en ligne [<https://reliefweb.int/report/france/france-les-personnes-vacu-es-d-afghanistan-ont-besoin-de-soutien-psychologique>].

³⁴¹ Par une décision du 8 septembre 2021, le Conseil d'État a considéré qu'en matière de visa de long séjour de réunification familiale (délivrés aux membres de la famille des personnes protégées en France au titre de l'asile) les mesures prises pour assurer la continuité du service des visas, suite à la fermeture du consulat de France à Kaboul, étaient suffisantes, CE, décision du 8 septembre 2021, n° 455751.

³⁴² « Avec les oubliés afghans pour qui « le président français n'a pas tenu son engagement », *Le Monde*, 21 janvier 2022. Amnesty International, « Comme une course d'obstacles », rapport sur les issues de secours pour les Afghans, décembre 2021, en ligne [<https://www.amnesty.org/fr/wp-content/uploads/sites/8/2021/12/ASA1148322021FRENCH.pdf>].

B. Les obstacles propres aux demandeurs

113. Le recours aux prestataires de services extérieurs afin de gérer les opérations administratives préalables à la phase d'examen et de décision sur les demandes de visa est devenu monnaie courante pour les États membres de l'Union européenne³⁴³. Les tâches déléguées peuvent paraître détachées des compétences décisionnelles relevant du consulat. Pourtant, le risque de discrimination évoqué plus haut peut engendrer des conséquences non négligeables en termes de droit de déposer une demande de visa pour les personnes en besoin de protection internationale. Les désavantages susceptibles d'être engendrés par la délégation aux prestataires de services extérieurs ne sont pas nécessairement volontaires. Ils découlent parfois des obligations contractuelles des prestataires de services extérieurs envers les États membres en vertu desquelles les prestataires privés doivent suivre des protocoles précis qui ne permettent pas de déroger au cadre posé par le régime de droit commun. Quatre types d'obstacles peuvent être identifiés. Les deux premiers découlent de l'impossibilité d'obtenir un document de voyage (1). Les deux suivants relèvent de la situation de précarité sécuritaire et financière dans lesquelles se trouvent les personnes en besoin de protection internationale (2).

1. Les difficultés d'obtention d'un document de voyage

114. La situation de rupture avec le pays d'origine, les caractéristiques ethniques ou religieuses de la personne ainsi que les défaillances de certains États tiers en matière d'état civil rendent l'obtention d'un document de voyage très complexe pour les personnes en besoin de protection internationale. En outre, l'obtention d'un passeport requiert l'entrée dans une procédure administrative dont la durée n'est parfois pas compatible avec l'urgence de fuir. Par ailleurs, certains pays tiers, tels que l'Érythrée, refusent la délivrance de passeport à leurs ressortissants afin de s'assurer que ceux-ci ne quittent pas leur territoire, notamment pour aller dénoncer les exactions qu'ils y subissent. Comme il a été dit précédemment, la

³⁴³ G. BEAUDU, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *Cultures & Conflits*, n°68, 2007/4, en ligne, [<http://journals.openedition.org/conflits/5793>]. Voir également, E. DOLIGE, R. YUNG, « Faire de la délivrance des visas un outil d'attractivité pour la France », *op. cit.* Voir aussi la question au gouvernement français (ministère des affaires étrangères) par Ugo BERNALICIS, question n° 12523 publiée au JO du 2 octobre 2018, p. 8671 et la réponse apportée, publiée au JO du 6 novembre 2018, p. 9990, indiquant que la France externalise 90 % de l'activité relative aux visas à des prestataires de services extérieurs.

présentation d'un passeport valide, datant de moins de 10 ans et comportant des feuillets vierges est requise à plusieurs reprises au cours de la procédure de demande de visa Schengen³⁴⁴. Le Code des visas prévoit effectivement des procédures dérogatoires – délivrance d'un laissez-passer pour les personnes qui se trouveraient dans l'incapacité de présenter un passeport valide. Toutefois, le bénéfice de ces procédures dérogatoires est soumis à l'appréciation discrétionnaire des États membres décisionnaires. Or, les prestataires de services extérieurs ne sont pas habilités à prendre la responsabilité d'accepter un demandeur démuné de document de voyage. Dans cette hypothèse, le bon sens voudrait qu'ils en réfèrent au consulat dont ils dépendent, mais cette obligation ne figure pas dans les articles du Code³⁴⁵.

115. En outre, conséquence directe de l'impossibilité d'obtenir un passeport, l'obligation de fixer un rendez-vous pour déposer un dossier de demande de visa peut s'avérer inaccessible aux personnes en demande de protection internationale. Le droit de l'Union permet aux États qu'il soit fait obligation aux demandeurs de prendre rendez-vous pour l'introduction de leur demande³⁴⁶. La fixation des rendez-vous dans un délai de deux semaines constitue l'une des tâches qui peuvent être déléguées aux prestataires de services extérieurs³⁴⁷. Ces derniers agissent dans le cadre de quotas et de disponibilités établis par le consulat avec lequel ils ont contracté. Leur tâche se résume à inscrire les rendez-vous requis afin soit de recevoir eux-mêmes les demandeurs pour réceptionner leur dossier, soit de transmettre le calendrier au consulat dans le cas où celui-ci réceptionnerait les demandes. Le Code prévoit, par ailleurs, qu'un rendez-vous puisse être accordé immédiatement ou qu'un dossier puisse être déposé sans rendez-vous en cas d'urgence justifiée³⁴⁸. L'appréciation de la justification de l'urgence n'étant pas définie par le droit de l'Union, elle relève du pouvoir discrétionnaire de l'État membre. Le manuel commun relatif au traitement des demandes de visa qualifie d'urgentes les situations dans lesquelles le visa ne pouvait pas être demandé plus tôt pour des raisons que le demandeur ne pouvait pas prévoir³⁴⁹. Cette délimitation ne permet pas de savoir si la fuite de persécution et la privation additionnelle de passeport valide entrent ou non dans la catégorie des situations d'urgence justifiée pour lesquelles un rendez-vous de

³⁴⁴ Code des visas, principalement les articles 10 et 12, cf. *supra*, §§90-91.

³⁴⁵ Cf. *supra*, §111.

³⁴⁶ Code des visas, article 9.

³⁴⁷ *Idem*.

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ Manuel des visas, p. 28.

dépôt n'est pas nécessaire. Par conséquent, il est possible de considérer que les personnes en besoin de protection internationale sont tenues d'obtenir un rendez-vous pour déposer leur demande de visa. Or, à cette fin, la présentation d'un numéro de passeport valide est indispensable, ce qui les place dans une situation compliquée³⁵⁰. Seules l'indulgence ou la compréhension des agents travaillant pour le prestataire de services extérieurs pourraient leur permettre d'obtenir un rendez-vous de dépôt sans passeport. Toutefois, dans les hypothèses de division ethnique déjà mentionnées, le bénéfice de cette dérogation est fort peu probable³⁵¹.

2. La précarité sécuritaire et financière

116. Le principe de la comparution personnelle du demandeur au rendez-vous de dépôt, au demeurant nécessaire pour procéder à la prise d'empreintes digitales, peut représenter une exposition dangereuse pour les personnes en besoin de protection internationale, particulièrement lorsqu'elles résident encore dans leur pays d'origine. Un trajet jusqu'aux bâtiments consulaires d'un État membre de l'Union européenne se remarque. La volonté de fuir peut alors devenir manifeste et constituer un risque de représailles. En effet, les consulats sont situés dans des quartiers particulièrement surveillés et protégés des capitales ou métropoles des pays tiers. Seuls les demandeurs dont l'intégrité et la fiabilité ne font aucun doute peuvent être dispensés de comparution personnelle³⁵². Cette qualité ne saurait être attribuée aux personnes en besoin de protection internationale du fait du risque migratoire évident qu'elles présentent. Le dernier obstacle concerne la situation financière potentiellement précaire des personnes en besoin de protection internationale. Le travail des prestataires de services extérieurs est directement rémunéré par les demandeurs de visa *via* la

³⁵⁰ La dématérialisation de la procédure de demande de rendez-vous *via* des plateformes numériques rend cet obstacle encore plus prégnant. En effet, il est souvent impossible d'accéder au calendrier sans entrer un numéro de passeport valide, cf. site du prestataire du consulat de France au Soudan ou à Djibouti par exemple.

³⁵¹ Dans sa question au gouvernement, le député français par Ugo BERNALICIS, question n° 12523, *op. cit.*, souligne les dysfonctionnements et les discriminations pratiquées par les prestataires de services extérieurs auxquels la France délègue de nombreuses tâches en Algérie. Des dysfonctionnements similaires commis par les prestataires de services extérieurs retenus en Afrique de l'Ouest ont également été dénoncés par le sénateur français Jean-Yves LECONTE dans une autre question au gouvernement, question n° 12382 publiée au JO du 26 septembre 2019, p. 4867 (réponse publiée dans le JO Sénat du 19 décembre 2019, p. 6279). Dans les deux cas, le gouvernement français se borne à rappeler l'intérêt financier et la nécessité matérielle de l'externalisation de certaines tâches ainsi que les obligations de surveillance des prestataires privées qui pèsent sur les autorités françaises.

³⁵² Code des visas, article 10.

facturation de frais de dossiers additionnels aux frais de visa³⁵³. Ces frais de service doivent être proportionnés aux coûts engagés par le prestataire pour remplir ses missions. Ils doivent également être adaptés à la situation économique locale. Par ailleurs, leur montant ne peut dépasser la moitié du montant des frais de visa. Cependant, la réforme du Code des visas adoptée en 2019 a prévu l'augmentation des frais de visa, le coût total de la demande de visa s'en trouve doublement alourdi pour les demandeurs³⁵⁴. Deux nuances doivent être apportées relativement à ces considérations financières. D'une part, les sommes indiquées sont dérisoires en comparaison des sommes nécessaires au financement d'un voyage clandestin *via* un réseau de passeurs³⁵⁵. D'autre part, le Code prévoit la possibilité pour les États membres de diminuer voire de supprimer les frais de visa dans certaines situations. Toutefois, les personnes en besoin de protection internationale n'apparaissent pas dans les listes des exemptions obligatoires ni des exemptions discrétionnaires. Il est possible de considérer qu'elles pourraient solliciter une réduction ou une exemption des frais de visa pour des raisons humanitaires³⁵⁶. En tout état de cause, l'État membre n'est pas tenu d'accepter et les personnes seraient toujours tenues de verser les frais de service au prestataire.

117. *In fine*, bien qu'à deux reprises, le Code rappelle aux États membres que les démarches pour accéder aux consulats peuvent, dans certains cas, constituer un effort disproportionné³⁵⁷, les obstacles au dépôt d'une demande de visa par ces personnes sont importants. Cependant, certaines d'entre elles parviennent à faire enregistrer des demandes.

³⁵³ *Ibid.*, article 17.

³⁵⁴ Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019, en application du nouvel article 16 du Code, les frais de visa sont de 80 euros à partir de 12 ans et 40 euros pour les enfants de 6 à 12 ans. La réforme prévoit également que des droits de visa d'un montant de 120 à 160 euros peuvent être appliqués par décision du Conseil en réaction à une coopération insuffisante du pays tiers dont les demandeurs sont ressortissants en matière migratoire, article 25 bis.

³⁵⁵ Les coûts approximatifs des passages clandestins vers les États membres de l'Union européenne sont indiqués dans une infographie réalisée par Europol en 2019, « Migrant Smuggling – the Profits of Smugglers », soit entre 300 et 5000 euros en Méditerranée occidentale ; entre 600 et 3000 euros en Méditerranée centrale et entre 450 et 5000 euros en Méditerranée orientale, en ligne [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/emsc_the_profits_of_smugglers_-_infographic.pdf]. Le Conseil de l'Union évalue entre 3 et 6 milliards d'euros le chiffre d'affaires réalisés par les réseaux de passeurs en 2015 à l'échelle mondiale et à plus de 200 millions d'euros en 2019 sur les routes maritimes à destination de l'Union européenne, « Sauver des vies en mer et s'attaquer aux réseaux criminels », note mise à jour le 31 août 2022, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-migration-policy/saving-lives-at-sea/>]. Voir aussi, Rapport conjoint Europol/Interpol, « Migrant Smuggling networks », mai 2016, en ligne [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/ep-ip_report_executive_summary.pdf].

³⁵⁶ Code des visas, article 16-6.

³⁵⁷ *Idem* et article 8.

Pourtant, la phase de traitement de leurs demandes selon la procédure déterminée par le Code ne leur est pas plus favorable.

§2. Le traitement aléatoire de la demande

118. Le Code des visas pose clairement le principe selon lequel les autorités consulaires sont compétentes pour se prononcer sur les demandes de visa³⁵⁸. Toutefois, en pratique, il convient de noter que deux autres entités sont susceptibles de participer d'une manière plus ou moins déterminante à la procédure d'examen et de décision³⁵⁹. D'un côté, le prestataire de services extérieurs intervient au moment de la réception du dossier de demande et de sa transmission au consulat dont il dépend. Il participe, de ce fait, à la décision sur la recevabilité de la demande (A). D'un autre côté, de nombreux États membres ont retiré à leurs consulats les compétences décisionnelles, particulièrement sur les demandes de visas humanitaires, pour les confier à leurs services centraux en charge de l'immigration (B)³⁶⁰.

A. La phase de recevabilité en partie privatisée et informelle

119. La recevabilité des dossiers de demande de visas déposés par des personnes en besoin de protection internationale peut être examinée de trois façons différentes. Premièrement, lorsque la demande de visa obéit au régime de droit de commun, le consulat statue sur la recevabilité du dossier avant d'entamer l'examen au fond de la demande (1). Deuxièmement, le prestataire de services peut décider de ne pas transmettre un dossier qui ne compilerait pas tous les documents requis au consulat. Cette action constitue de fait une façon d'écarter la demande au stade de la recevabilité (2). Troisièmement, les autorités consulaires peuvent décider ou non de donner suite aux sollicitations de visas humanitaires adressées par email (3).

³⁵⁸ Code des visas, article 4.

³⁵⁹ *Ibid.*, article 4-4. L'article prévoit la participation possible d'autres services à l'examen des demandes et à la prise de décision. Cependant, cette participation est envisagée à la demande de l'État compétent et ne semble pas couvrir l'incidence *de facto* que peuvent avoir les prestataires de services extérieurs.

³⁶⁰ S.-T. BAMBARA, « L'avènement du visa humanitaire dans le système d'asile européen », *RTDE*, n° 4, 2019, p. 817.

1. L'examen classique de recevabilité

120. L'examen classique de la recevabilité porte sur la réunion de plusieurs critères³⁶¹. Premièrement, la demande doit avoir été introduite dans un délai de six mois à deux semaines avant la date de départ en voyage envisagée. Deuxièmement, toutes les pièces justificatives, dont les listes prescrites par le droit de l'Union ne sont pas exhaustives, doivent figurer au dossier. Troisièmement, les données biométriques du demandeur doivent avoir été relevées. Quatrièmement, les droits de visas doivent avoir été perçus. Lorsque le consulat considère que ces conditions sont réunies, il déclare la demande recevable et poursuit l'examen. À titre dérogatoire, le consulat peut, en l'absence de réunion des conditions, ne pas déclarer la demande irrecevable pour des motifs humanitaires ou des raisons d'intérêt national³⁶². Le bénéfice de ce régime dérogatoire peut être déterminant pour les personnes en besoin de protection internationale. Cependant, la décision de recevabilité relève du pouvoir discrétionnaire de l'État membre concerné. Quand bien même des circonstances humanitaires seraient soulevées, il n'est pas tenu de déclarer la demande recevable.

121. De façon générale, au-delà du cas particulier des personnes en besoin de protection internationale, la notification des décisions sur la recevabilité aux demandeurs telle qu'elle est prévue par le Code des visas manque de lisibilité. L'article 20 prévoit l'apposition d'un cachet indiquant que la demande est recevable sur le document de voyage du demandeur³⁶³. Or, le document de voyage des demandeurs est alors conservé par les services consulaires aux fins d'examen de la demande. Par conséquent, l'apposition du cachet seule n'entraîne pas automatiquement la notification de la décision de recevabilité au demandeur. Celui-ci ne peut donc pas connaître exactement la date à laquelle le délai d'examen de deux semaines auquel les autorités consulaires sont tenues commence à courir³⁶⁴. En revanche, les décisions d'irrecevabilité apparaissent de façon manifeste au demandeur. En effet, le manuel commun relatif au traitement des demandes de visa prévoit le remboursement des frais de visa et la

³⁶¹ Code des visas, article 19. Les demandeurs âgés de moins de 12 ans sont exemptés de l'obligation de donner leurs empreintes.

³⁶² *Ibid.*, article 19-4. Sur l'absence de définition des raisons humanitaires, cf. *supra*, §§101 et s. Le terme légitime est employé par le Code des visas. La question de la légitimité des voyages initiés par les personnes dont la demande de protection internationale est finalement reconnue par l'un des États membres de l'Union européenne se pose. Alors que le besoin de protection internationale ne figure pas parmi les causes de voyage légitime énoncées par le code des visas, la reconnaissance *a posteriori* de leur besoin de protection internationale laisse penser qu'ils avaient pourtant toute légitimité à s'exiler.

³⁶³ Code des visas, article 20 et annexe III.

³⁶⁴ *Ibid.*, article 23.

restitution du document de voyage en cas de décision d'irrecevabilité³⁶⁵. Toutefois, le Code ne prévoit aucune voie de recours contre ce genre de décision. Seules les décisions de refus de visa visées par l'article 32 du Code des visas sont susceptibles de recours. La licéité de ce passage particulier de la procédure proposée aux personnes en besoin de protection internationale pose question au regard du droit de recours garanti tant par le droit de l'Union³⁶⁶ que par celui de la Convention EDH³⁶⁷. De façon encore plus discutable, certaines décisions d'irrecevabilité ne sont jamais notifiées. C'est le cas notamment lorsque le prestataire de services extérieurs ne transmet pas le dossier de demande aux autorités consulaires.

2. Le pouvoir décisionnel de facto des prestataires de services extérieurs

122. Bien que le Code des visas limite les tâches des prestataires à des fonctions purement administratives³⁶⁸, il semble que les prestataires de services ne se cantonnent pas à la simple réception matérielle des dossiers³⁶⁹. En effet, dans le double intérêt des demandeurs et des États membres compétents, les prestataires de services extérieurs sont amenés à vérifier *a minima* la complétude du dossier. Ce contrôle porte sur la présence du formulaire de demande dûment rempli, daté et signé ainsi que des documents requis en qualité de pièces justificatives, à commencer par le document de voyage et les données biométriques³⁷⁰. Il comporte l'avantage de diminuer les risques de voir la demande déclarée irrecevable au motif qu'elle ne serait pas complète. En revanche, ce contrôle emporte déjà l'exercice d'une part du pouvoir décisionnel sur la recevabilité, particulièrement en ce qui concerne les personnes en besoin de protection internationale. En effet, celles-ci peuvent être contraintes de déposer des demandes incomplètes dans l'espoir de pouvoir bénéficier des conditions procédurales dérogatoires pour des motifs humanitaires offertes par l'article 19 du Code. Or, si leur dossier n'est pas transmis par le prestataire, considérant qu'il est incomplet, elles perdent toute chance de bénéficier du régime dérogatoire. Par conséquent, la privatisation d'une partie des tâches

³⁶⁵ Manuel des visas, p. 77.

³⁶⁶ Code des visas, article 32-3. Charte des droits fondamentaux, article 47. Sur l'incomplétude du droit au recours, cf. *infra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 1.

³⁶⁷ ConvEDH, article 13. La question du contrôle du juge sera étudiée par la seconde partie de l'étude, cf. *infra*, Partie II, Titre 2.

³⁶⁸ Code des visas, article 43.

³⁶⁹ G. BEAUDU, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *op. cit.*

³⁷⁰ Code des visas, article 19.

relatives à l'enregistrement des demandes de visa peut jouer en défaveur des personnes en besoin de protection internationale. Pour autant, l'accès direct aux autorités consulaires ne garantit pas un examen de recevabilité de la demande de qualité notamment en ce qui concerne les demandes de visa adressées par email.

3. L'inexistence juridique des demandes adressées par email

123. Certains États membres tentent de dépasser les difficultés matérielles d'accès à leurs autorités consulaires en proposant aux personnes en besoin de protection internationale d'initier leurs demandes de visa par l'envoi d'un email. La dématérialisation présente deux avantages. D'une part, la dématérialisation limite le risque pour les demandeurs de voir leur volonté de fuir démasquée voire punie par les autorités de leur pays de résidence³⁷¹. D'autre part, elle permet aux demandeurs d'entrer directement en contact avec les autorités consulaires pour présenter leur besoin de protection internationale et les éventuelles raisons humanitaires qui motivent leur demande. Cependant, elle comporte un inconvénient majeur. L'envoi d'un email ne constitue pas le dépôt d'une demande officielle de visa. Conformément à l'article 19 du Code, celle-ci ne peut être enregistrée qu'à partir de la signature du formulaire accompagné des pièces justificatives requises, le prélèvement des empreintes biométriques et du paiement des droits de visa. Par conséquent, l'envoi d'un email, s'il est susceptible d'initier la demande, n'appelle pas de décision juridique sur la recevabilité de la part des autorités consulaires qui en sont destinataires. Concrètement, l'envoi d'un email peut donner lieu à deux comportements de la part des autorités consulaires. Dans certains cas, celles-ci considéreront que l'expéditeur du email doit être mis en mesure de déposer une demande officielle de visas, en ce sens, elles le recontacteront, tandis que dans d'autres cas, il ne sera pas invité à poursuivre la procédure. Or, en l'absence de demande officielle de visa, cette seconde réaction ne constitue pas une décision juridique d'irrecevabilité de la demande. Quand bien même elle serait considérée comme « faisant grief » à la personne en besoin de

³⁷¹ Ce propos doit être nuancé en ce qui concerne les États tiers tels que l'Égypte ou la Libye qui pratiquent la surveillance numérique de masse pour détecter les opposants. Voir sur ce point, « Cybersurveillance en Égypte : Nexa Technologies mise en examen pour « complicité de torture » », *Libération*, 28 novembre 2021 ; Enquête *France inter*, « Libye : les preuves de la surveillance numérique made in France », 15 mars 2016 ou encore celle de *Télérama* « Amesys : les tribulations égyptiennes d'un marchand d'armes numériques français », 5 juillet 2017.

protection internationale souhaitant déposer une demande de visa, cette décision n'ouvre pas droit à une voie de recours³⁷².

124. Ainsi, en phase de recevabilité, les mouvements de dématérialisation et de privatisation de la procédure de demande de visa amoindrissent les chances des personnes en besoin de protection internationale de voir leur dossier validé et transmis pour examen au fond. D'ailleurs, les règles de traitement des demandes au fond n'avantagent pas non plus ce public particulièrement vulnérable.

B. L'examen strict de la demande et la décision au fond

125. Une fois la recevabilité de la demande déclarée par les autorités consulaires de l'État membre sollicité, ces dernières ont compétence pour poursuivre l'examen de la demande au fond. Le Code et le manuel consacrés au régime des visas posent des principes visant à harmoniser les décisions des États membres afin d'éviter le « *visa shopping* »³⁷³. L'examen des demandes est mené dans un double objectif de facilitation des voyages dits légitimes et de lutte contre l'immigration irrégulière³⁷⁴ (1). Cet examen des demandes doit mener à la prise de décisions de délivrance des visas ou de refus. À cet effet, les États membres disposent d'une compétence liée dans le cadre du régime de droit commun et discrétionnaire dans le cadre du régime dérogatoire, ce qui joue à nouveau en défaveur des personnes en besoin de protection internationale (2).

³⁷² Cf. *infra*, §§334 et s. Des entretiens informels menés en juillet 2020 avec l'un des anciens agents du service des visas du consulat de France de Beyrouth ainsi que la consultation, par son entremise, de documents non publiés du ministère de l'Intérieur et des Affaires étrangères de juillet 2015 à l'attention des consulats de France, permettent d'affirmer que les consulats de France sont invités à ne pas répondre aux emails adressés par des personnes en besoin de protection internationale aux fins d'obtenir un visa lorsqu'ils estiment que les éléments communiqués ne méritent pas la délivrance de ce visa.

³⁷³ Terme employé par analogie avec celui d'« *asylum shopping* », risque contre lequel le système de Dublin a été élaboré visant à déterminer un seul État membre responsable du traitement d'une demande de protection internationale déposée sur le territoire des États membres de l'Union européenne soutenu par l'élaboration de règles communes pour le traitement des demandes et l'accueil des demandeurs. L'expression « *visa shopping* » fait référence au risque de multiplication des demandes de visas auprès de différentes représentations consulaires. Une harmonisation insuffisante des règles et des pratiques serait à l'origine de cette multiplication. Le demandeur aurait intérêt à tenter de déposer une demande devant plusieurs représentations espérant bénéficier de la délivrance de l'une d'entre elles.

³⁷⁴ Code des visas, préambule, point 3.

1. Les fondements de la décision

126. Les modalités de l'examen sont assez variables d'un État membre à l'autre. Toutefois, il est possible de préciser que l'avis des services centraux des États membres est fréquemment sollicité³⁷⁵. Par ailleurs, le demandeur peut se voir convoqué pour passer un entretien avec un agent consulaire³⁷⁶. Dans cette hypothèse, la question de l'interprétariat n'est abordée ni par le Code ni par le manuel des visas. Pourtant, cette question est essentielle tant pour la capacité du demandeur à défendre le bien-fondé de son dossier que pour sa sécurité. En effet, dans les cas où le consulat est amené à recruter des agents de droit local, il convient de rappeler le risque de discrimination ethnique précédemment évoqué³⁷⁷. En tout état de cause, l'instruction de la demande est encadrée par un délai de 15 jours. Ce dernier peut être renouvelé, voire étendu à quarante-cinq jours au maximum dans le cas où des documents ou des vérifications complémentaires seraient nécessaires³⁷⁸. Ce délai peut poser problème eu égard au risque pour la sécurité des demandeurs qui tentent de fuir régulièrement les persécutions craintes ou subies dans le pays d'origine. Les États membres n'ont pas la capacité de les mettre à l'abri d'éventuelles représailles durant le temps nécessaire à l'instruction de leur demande. Le manuel des visas précise néanmoins que ce délai peut être écourté si des motifs humanitaires le justifient. Comme toujours, aucune précision n'est donnée quant à la nature précise des circonstances visées³⁷⁹. En outre, les États membres sont tenus d'organiser leurs services consulaires de façon à garantir des effectifs appropriés, suffisants pour assurer un service de qualité³⁸⁰. En particulier, le Code recommande une formation adaptée et régulièrement mise à jour du personnel expatrié et du personnel recruté localement. De façon

³⁷⁵ *Ibid.*, article 4.

³⁷⁶ *Ibid.*, article 21.

³⁷⁷ Aucun fait avéré d'interprétation volontairement erronée n'a été caractérisé en ce qui concerne les entretiens menés auprès des agents des consulats de France de Beyrouth et d'Athènes. En revanche, il est possible de considérer que les dérives observées en France lors des entretiens OFPRA sont susceptibles de se produire de la même façon (les abus pourraient même être pire considérant que les interprètes ne sont pas nécessairement professionnels ou assermentés en consulat selon les entretiens menés avec des agents du Consulat de France à Athènes et Beyrouth en 2018 et 2020), cf. « La vie volée d'un demandeur d'asile érythréen », *Le Monde*, 19 janvier 2016. L'article décrit la situation d'un demandeur d'asile érythréen ayant fait appel au service d'un interprète en tigrigna qui aurait supprimé ou édulcorés les éléments primordiaux de son récit de vie.

³⁷⁸ Code des visas, article 23.

³⁷⁹ Manuel des visas, p. 77.

³⁸⁰ Code des visas, articles 37 et 38.

générale, le personnel consulaire se doit d'être courtois et d'agir en toute situation dans le respect de la dignité humaine et du principe de non-discrimination³⁸¹.

127. L'instruction de la demande de visa, quelle que soit la nature du visa requis, est guidée par une intense vigilance au risque migratoire. Ainsi, l'examen doit porter sur l'authenticité et la fiabilité des documents présentés pour justifier de la satisfaction aux conditions d'entrée posées par le Code frontières Schengen. Le Code des visas insiste sur le fait que les agents consulaires doivent prêter une attention toute particulière au risque d'immigration irrégulière, c'est-à-dire du risque que le demandeur se serve de l'objet du voyage comme prétexte pour s'établir irrégulièrement d'une manière permanente sur le territoire européen³⁸², et à la volonté du demandeur de quitter le territoire de l'État membre avant l'expiration de son visa³⁸³. À cette fin, les agents consulaires doivent définir des profils de demandeurs présentant un risque particulier au regard du contexte et des conditions locales. D'une part, la situation générale du pays de résidence du point de vue de la stabilité politique, du taux de chômage ou de l'état de l'économie doit être prise en compte. D'autre part, la situation particulière du demandeur relativement à son statut familial, social et économique doit également être considérée. Par conséquent, les personnes en besoin de protection internationale résidant irrégulièrement dans un pays de transit ont relativement peu de chances de passer avec succès l'évaluation du risque migratoire dans le cadre d'une demande de visa classique.

2. L'absence d'obligation de délivrer des visas humanitaires

128. Les États membres de l'Union européenne conservent dans tous les cas une marge d'appréciation substantielle dans l'examen des conditions de délivrance des visas. Ainsi, dans le domaine classique des visas uniformes, les États membres exercent une compétence liée. L'article 32 du Code des visas donne la liste des motifs de refus pour lesquels les autorités consulaires doivent rejeter une demande de visa de court séjour ou de transit. De façon logique, les motifs de refus énumérés par le Code des visas répondent aux conditions d'entrée posées par le Code frontières Schengen. Entre autres motifs, les autorités consulaires refusent la délivrance du visa lorsque le demandeur ne présente pas de preuves de moyens de subsistance suffisants, ne justifie pas de l'objet de son court séjour, ne présente pas

³⁸¹ *Ibid.*, article 39.

³⁸² Manuel des visas, p. 73.

³⁸³ Code des visas, article 21.

d'assurance-maladie adéquate ou produit des documents inauthentiques. Les motifs retenus par les autorités consulaires doivent être notifiés par écrit au demandeur tout en informant ce dernier des voies et délais de recours contre le refus de visa. L'annexe VI du Code procure un formulaire type de refus. Celui-ci ne permet pas aux États membres d'ajouter d'autres motifs. La CJUE a d'ailleurs confirmé que la liste des dix motifs de refus de l'article 32 est exhaustive³⁸⁴. En ce sens, les États membres ont une compétence liée. Ils doivent délivrer les visas de court séjour ou de transit prévus par le Code lorsque le demandeur satisfait aux conditions d'entrée sur le territoire et refuser de délivrer ces visas lorsque le demandeur se trouve dans l'une des situations prévues par l'article 32. De la même façon, l'article 19 dispose que les États membres sont tenus de déclarer les demandes recevables dès lors que les conditions de recevabilité posées sont satisfaites. En outre, interprété *a contrario*, l'article 32 commande aux États membres de délivrer le visa requis dès lors qu'aucun des motifs de refus n'est constitué. Toutefois, ils conservent une large marge d'appréciation dans l'évaluation des preuves de satisfaction aux conditions d'entrée apportées par le demandeur. Or, certaines conditions revêtent un caractère particulièrement subjectif dans leur évaluation. Il en est ainsi pour la garantie que le demandeur est disposé à quitter le territoire des États membres à l'expiration de son visa. Par conséquent, les autorités consulaires bénéficient d'une large marge d'appréciation dans la détermination d'un doute raisonnable sur la volonté de retour³⁸⁵.

129. Cette marge d'appréciation est double en ce qui concerne la délivrance de visas humanitaires. Outre le fait que les critères de délivrance des visas à validité territoriale limitée ne sont pas définis et restent particulièrement confus³⁸⁶, le Code ne formule pas d'obligation explicite à délivrer ces visas lorsque l'État membre considère que les critères d'obligations internationales ou de motifs humanitaires sont remplis. Ainsi, l'article 25 insiste sur le fait que la délivrance de visas à validité territoriale limitée est exceptionnelle³⁸⁷. Elle relève de l'appréciation discrétionnaire de l'État membre sollicité qui doit l'estimer nécessaire³⁸⁸. Certains commentateurs ont considéré que la version anglaise de l'article 25 qui utilise l'expression « *shall be issued* » marquait une volonté d'imposer une obligation de délivrance à l'État membre dès que celui-ci constatait que les critères de délivrance étaient remplis³⁸⁹.

³⁸⁴ CJUE, *Rahmanian Koushkaki contre Allemagne*, préc.

³⁸⁵ *Ibid.*, la Cour confirme cette marge d'appréciation des conditions de délivrance.

³⁸⁶ Cf. *supra*, §§95 et s.

³⁸⁷ Code des visas, article 25-1.

³⁸⁸ *Ibid.*, article 25-1, a).

³⁸⁹ U. IBEN JENSEN, « Humanitarian visas: option or obligation? », *op. cit.*, p. 25.

Toutefois, cette interprétation ne se trouve pas confirmée par l'article 19. En effet, dans les deux versions linguistiques, la déclaration de recevabilité dérogatoire n'est pas obligatoire. Par conséquent, si les États membres n'ont pas d'obligation à déclarer recevables des demandes de visa pour des raisons d'obligations internationales ou de circonstances humanitaires, il est complexe de considérer qu'une fois déclarées discrétionnairement recevables, ces demandes devraient être obligatoirement acceptées.

Conclusion du Chapitre 2

130. Le régime des visas de l'Union européenne apparaît ainsi inaccessible aux personnes en besoin de protection internationale. D'abord, les conditions de délivrance des visas posées dans le cadre du régime de droit commun sont très générales et ne permettent pas la prise en compte des spécificités et des difficultés rencontrées par les personnes en besoin de protection internationale. En outre, l'exigence d'une garantie de retour à l'expiration d'un visa uniforme rend l'obtention de celui-ci impossible par essence. Ensuite, les conditions de délivrance du régime dérogatoire des visas à validité territoriale limitée auraient pu être utilisées pour faciliter la mobilité des personnes en besoin de protection internationale. Cependant, quelques éléments inadaptés de ce régime, et un manque réel de volonté politique d'agir en ce sens, privent ces personnes du bénéfice d'un visa à validité territoriale limitée pour entrer sur le territoire des États membres et y déposer une demande d'asile. Enfin, quand bien même, certaines personnes en besoin de protection internationale réussiraient à satisfaire aux conditions du régime de droit commun ou que les conditions du régime dérogatoire leur deviendraient accessibles, des obstacles procéduraux rédhibitoires existent et rendent difficile, si ce n'est impossible, l'obtention d'un visa uniforme ou à validité territoriale limitée. Ces obstacles sont générés par l'unicité de la procédure indépendamment du profil du demandeur, la privatisation d'une grande partie de cette procédure ainsi que des pratiques informelles qui tendent à la rendre inintelligible pour le demandeur.

Conclusion du Titre 1

131. En droit de l'Union européenne, les personnes en besoin de protection internationale sont soumises à l'obligation de visa au même titre que l'ensemble des ressortissants des États tiers. Elles ne bénéficient d'aucune exemption en raison de leur situation particulière. Aucun régime spécifique de visa aux fins de demander l'asile n'est organisé pour faciliter leur départ, leur mobilité et leur entrée sur le territoire des États membres de l'Union. En raison de l'inaccessibilité des conditions de fond et de forme du régime des visas, qui ne prend pas en considération leur situation de vulnérabilité au regard de leur pays d'origine ou de transit au moment de la demande, il leur est impossible d'obtenir ce visa.

132. Par ailleurs, l'absence d'obligation et de moyens pour les États membres de distinguer les personnes en besoin de protection internationale parmi les ressortissants des États tiers candidats au franchissement des frontières extérieures de l'Union européenne crée un paradoxe : les personnes en besoin de protection internationale sont soumises à une obligation qu'elles ne peuvent pas honorer du fait même de la situation dans laquelle ce besoin les place. À ce stade, plusieurs options sont ouvertes en pratique. Premièrement, privées de la possibilité réelle d'obtenir un visa, elles peuvent se maintenir sur le territoire de leur État d'origine ou de transit dans l'espoir que la situation s'améliore, d'être prise en charge par le HCR ou d'autres organisations humanitaires ou bien de bénéficier d'une sélection au sein d'un programme de voies d'entrée protégée vers un État tiers de protection. Deuxièmement, ces personnes peuvent être tentées de recourir à la fraude pour surmonter les obstacles de fond et de forme imposés par le régime des visas de l'Union européenne. Cette possibilité présente un triple risque. D'abord, l'utilisation de faux documents voire l'usurpation d'identité augmente le risque de voir la demande de visa rejetée au stade de la recevabilité ou de l'examen au fond. Ensuite, elles accroissent également le risque de faire l'objet d'un refus d'admission au moment des contrôles pratiqués au franchissement des frontières extérieures. Enfin, même une fois entrées sur le territoire des États membres, la fraude peut engendrer des complications dans l'application du Règlement Dublin, l'accès aux procédures de l'asile ou l'évaluation de la demande. De même, en cas de rejet de la demande d'asile, la personne fichée sous une certaine identité par le consulat pourra plus difficilement rétablir sa véritable identité dans le cadre d'une régularisation de son séjour pour un autre motif que l'asile. Troisièmement, la grande majorité des personnes en besoin de protection internationale

poursuit son exil de façon irrégulière, c'est-à-dire sans document autorisant l'entrée sur le territoire des États membres. Dans les deux dernières hypothèses, le voyage s'avère dangereux à un double titre. D'un côté, il faut s'en remettre à des réseaux criminels de passeurs au risque de subir de nombreuses exactions. De l'autre, il faut prendre des routes périlleuses pour ne pas faire l'objet d'une interception ou être repoussé plus ou moins loin en amont du parcours. En effet, les États membres de l'Union européenne ont développé toute une série de mécanismes d'interception visant à entraver l'avancée des personnes dépourvues de visa. Pas plus que le régime des visas, les régimes d'interception ne contraignent les États qui les mettent en œuvre à distinguer les personnes en besoin de protection internationale au sein de la catégorie générique des migrants pour leur réserver un traitement prenant en considération les motivations de leur mobilité.

Titre 2. Une obligation renforcée par un maillage dense de mécanismes d'interception mis en œuvre sans distinction

133. Privées de toute réelle opportunité d'obtenir un visa d'entrée sur le territoire des États membres mais contraintes de fuir les persécutions ou mauvais traitements subis dans leur État d'origine, les personnes en besoin de protection internationale disposent d'assez peu d'options. De leur côté, les États membres de l'Union européenne poursuivent une politique migratoire notamment fondée sur la lutte contre le trafic illicite de migrants, la traite des êtres humains et, plus généralement, l'immigration irrégulière. À ce titre, ils s'emploient à renforcer les effets de l'obligation de visa par l'interception de toutes les personnes qui en seraient dépourvues.

134. Il n'existe pas de définition juridique universellement acceptée du terme « interception ». Cependant, il est d'usage de se référer à la définition proposée par le Comité exécutif du HCR : « l'interception est définie comme recouvrant toutes les mesures prises par un État hors du territoire national pour prévenir, interrompre ou arrêter le mouvement de personnes dépourvues des papiers requis et franchissant des frontières internationales par terre, air et mer et se rendant vers le pays de destination recherché »³⁹⁰. Par essence donc, les opérations d'interception ne peuvent se dérouler qu'en deux endroits : en haute mer, territoire vierge de toute souveraineté ou bien sur le territoire des États tiers, soumis à la souveraineté de ceux-ci. À cet égard, le droit international interdit en principe l'exercice extraterritorial de tout pouvoir exécutif sur le territoire d'un autre État tiers. Or, les opérations d'interception nécessitent l'exercice de pouvoirs de police, éventuellement sur le territoire des États tiers.

³⁹⁰ Cette définition semble pertinente à plusieurs titres. D'une part, cette définition est relativement ancienne. Elle a été formulée pour la première fois le 9 juin 2000 dans un document du Comité exécutif du HCR intitulé « Interception de demandeurs d'asile et de réfugiés : le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale ». Elle a été ensuite reprise par le Comité exécutif dans les documents suivants relatifs aux interceptions (Comité exécutif, 10 octobre 2003, Conclusions sur les garanties de protection dans les mesures d'interception, puis le 17 avril 2006 dans la réactualisation du document de juin 2000 intitulée de la même manière). D'autre part, sa formulation par le Comité exécutif du HCR reflète un certain consensus géographique parmi les États puisque le Comité est composé de plus d'une centaine d'États élus par le Conseil économique et social des Nations Unies sur la base d'une répartition géographique aussi large que possible, parmi les États qui se sont effectivement intéressés à la recherche d'une solution au problème des réfugiés.

En vertu des considérants classiques de la CPJI dans l'affaire du *Lotus*, cet exercice requiert par conséquent l'existence d'une règle permissive³⁹¹. À ce stade, deux options s'offrent alors aux États membres de l'Union européenne : contourner la nécessité de la règle permissive en déléguant la mission de contrôle migratoire à des acteurs privés, en pratique les transporteurs internationaux de passagers (**Chapitre 1**) ou développer des stratégies de coopération avec les États tiers de départ et de transit (**Chapitre 2**).

³⁹¹ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus (Turquie/France)*, Série A, n° 10, p. 18. A. PELLET, « Lotus que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui - Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pedone, 2008, p. 215-230.

Chapitre 1. L'extension des contrôles migratoires par la privatisation : le cas des sanctions aux transporteurs

135. Les États membres de l'Union européenne ont développé des mécanismes aux fins d'intercepter les ressortissants des États tiers non ou mal documentés, très en amont de leur parcours migratoire, sur le territoire des États tiers d'origine ou de transit. Parmi ces mécanismes figure celui des sanctions infligées aux transporteurs internationaux de passagers. Celui-ci constitue l'une des traductions pratiques de l'asymétrie théorique qui existe entre, d'un côté, le droit pour tout individu de quitter tout pays, y compris le sien, et, de l'autre, l'absence de droit d'entrer dans un État dont il n'est pas ressortissant³⁹². En effet, les autorités des États membres sont absentes des salles d'embarquement ; en ce sens, les transporteurs seraient libres d'embarquer tous les passagers munis d'un billet de transport. Au débarquement, en revanche, les autorités des États membres veillent et peuvent refuser l'entrée sur leur territoire aux personnes dépourvues d'un passeport et d'un visa authentiques, le cas échéant. Dans l'objectif de limiter la liberté des transporteurs d'acheminer tous les passagers munis d'un billet de transport, le droit de l'Union européenne oblige les États membres à sanctionner, de diverses manières, les transporteurs pour chaque passager débarqué qui ne serait pas admis à entrer sur leur territoire à l'arrivée. Ainsi, les transporteurs internationaux de passagers sont contraints, sous peine de lourdes sanctions, de contrôler scrupuleusement les documents de voyage de leurs passagers pour ne laisser embarquer que les personnes dûment documentées. Au contraire, les passagers éconduits faute de documents considérés comme suffisants ou authentiques se voient opposer des refus d'embarquement, ce qui les prive d'un mode de transport sécurisé.

136. Le mécanisme décrit est applicable lorsque les décisions d'inadmissibilité concernent les ressortissants d'États tiers arrivés à destination en Europe ainsi que ceux qui y sont en transit. Il est applicable aux transporteurs aériens, maritimes et routiers. Les transporteurs ferroviaires sont donc exclus de son champ. Selon Violeta MORENO-LAX, la raison de cette exclusion peut être expliquée par le fait que la majorité du transport ferroviaire est gérée par

³⁹² Cf. *supra*, §§31 et s.

des compagnies publiques ou semi-publiques au sein desquelles les États détiennent une part substantielle de responsabilités leur permettant d'organiser comme il leur sied les contrôles préalables aux embarquements³⁹³.

137. En définitive, les États membres de destination ont trouvé, par le biais de la privatisation d'une partie des contrôles migratoires, le moyen d'étendre leur influence jusque sur le territoire des États tiers, dans toutes les zones de départ officielles. Le mécanisme vise évidemment la détection et l'interception des personnes qui se présenteraient sans aucun document de voyage mais aussi et surtout celles qui seraient munies de faux documents. Plusieurs combinaisons de documents sont possibles : faux visa apposé dans le passeport authentique de son détenteur, vrai visa apposé sur un passeport inauthentique (dans ce cas, le détenteur a usurpé ou s'est inventé une autre identité mieux à même d'emporter la décision des autorités consulaires de lui délivrer un visa), faux visa apposé dans un faux passeport. L'expression « sanction des transporteurs » est ici utilisée pour une raison majeure. S'il est vrai que le droit de l'Union européenne prescrit des obligations d'identification et de contrôle de leurs passagers aux transporteurs, c'est bien la notion de sanction à leur encontre qui a induit l'évolution du mécanisme vers un transfert contraint de prérogatives de puissance publique envers les transporteurs privés. Le mécanisme repose sur une double contrainte qui permet de lutter contre l'immigration irrégulière sur le territoire des États membres (**Section 1**). Les États membres de destination font pression sur les transporteurs internationaux pour que ceux-ci exercent à leur tour un contrôle très intense sur leurs passagers jusqu'à les transformer en véritables officiers d'immigration et d'asile (**Section 2**).

³⁹³ V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe*, *op. cit.*, p. 122. L'auteure renvoie aux travaux suivants pour justifier sa proposition d'explication : Débats parlementaires en Belgique préalablement à l'adoption de la loi du 8 mars 1995 sur l'accès au territoire (Doc. Parl. Sénat, Session 1994-1995, n° 1217-2, 23 décembre 1994, exposé des motifs, point 9) ainsi qu'aux travaux de J.-Y. CARLIER, « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales », in *Liber Amicorum Jacques Putzeys*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 30 ou J. -Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 174. Le transport international ferroviaire est régi, dans l'ordre international, par la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires conclue à Berne le 9 mai 1980. Le mouvement de privatisation du rail en cours en Europe pourrait sans doute, à terme, entraîner une extension du mécanisme des sanctions vers les transporteurs ferroviaires, cf. Directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne.

Section 1. Un mécanisme de lutte contre l'immigration irrégulière fondé sur une relation de double contrainte

138. Depuis l'origine du transport international et professionnel de passagers, des obligations relatives à l'identification des passagers pèsent sur les transporteurs. En effet, les États de destination ont toujours eu besoin de connaître *a minima* l'identité des personnes qui projetaient d'entrer sur leur territoire. Cependant, la relation entre les États de destination et les transporteurs a connu une double évolution. D'une part, la nature des contrôles exercés sur les passagers s'est étayée : au contrôle de leur identité a été ajouté celui de leur statut au regard du régime migratoire de l'État de destination. D'autre part, l'introduction de sanctions à l'égard des transporteurs qui débarqueraient des personnes non autorisées à l'entrée sur leur territoire a renforcé le pouvoir de contrainte des États de destination sur les transporteurs (§1). Ces derniers se sont retrouvés contraints d'exercer des contrôles migratoires qui relèvent, en principe, de l'exercice du pouvoir de police des États de destination. De prime abord, on pourrait y voir une délégation de prérogatives de puissance publique au bénéfice d'acteurs privés. Cependant, de nombreux éléments constitutifs d'une telle délégation sont inexistantes ; aussi l'expression « transfert contraint de l'exercice de prérogatives de puissance publique » sera préférée. La nature de la relation entre les États de destination et les transporteurs internationaux de passagers demeure finalement obscure ce qui pose question du point de vue du lien de responsabilité qui subsiste entre l'État de destination et les passagers non embarqués (§2).

§1. D'une relation horizontale à une relation verticale entre les États de destination et les transporteurs internationaux de passagers

139. L'utilisation des transporteurs par les États à des fins de contrôle de leurs passagers est ancienne car ils voient depuis très longtemps l'intérêt d'exploiter la place privilégiée de proximité systématique des transporteurs avec les personnes qui embarquent sur leurs appareils. À l'origine, les États de destination ne demandaient communication que de l'identité des passagers. La relation semblait alors basée sur une coopération entre les États de destination et les transporteurs dans le sens où les informations transmises protégeaient à la fois les intérêts des uns et des autres. Au fil du temps, les États de destination ont multiplié et diversifié la liste des renseignements exigibles des transporteurs. Ceux-ci se sont alors

trouvés contraints de transmettre des informations qu'ils n'avaient pas directement intérêt à récolter (A). En conséquence, les États de destination ont peu à peu introduit des sanctions aux éventuels manquements des transporteurs afin de s'assurer de l'implication de ceux-ci dans leurs tâches de contrôle. L'évolution du droit international et, plus encore, du droit de l'Union européenne a suivi, de façon plus ou moins affirmée en fonction des objectifs poursuivis dans chaque ordre juridique, ce mouvement de coopération à sanction (B).

A. D'une obligation d'information à l'imposition de sanctions

140. L'association de partenaires privés du secteur du transport international de passagers aux efforts des autorités étatiques dans la surveillance des frontières date de la fin du XVIIIe siècle³⁹⁴. Les premières traces du mécanisme de sanction, dans les droits internes des États, remontent à 1793. Un règlement anglais prévoyait alors d'infliger une amende de 10 £ aux capitaines de navires qui n'auraient pas déclaré les noms et occupations des passagers à leur bord³⁹⁵. Cette obligation d'information a ensuite été renforcée par deux mesures qui présageaient du mécanisme actuel. Premièrement, à partir de 1847, le droit américain chargeait les sociétés maritimes de rapatrier à leurs frais tout passager arrivé aux États-Unis qui ne serait pas admis sur le territoire pour des motifs de santé mentale, de mœurs jugées peu respectables ou de capacités économiques insuffisantes³⁹⁶. Deuxièmement, les capitaines de navire qui transportaient plus de passagers que les quotas autorisés risquaient également des amendes³⁹⁷. Par la suite, les dispositifs de sanction des transporteurs ont été liés de plus en plus explicitement aux législations migratoires. Ainsi, en 1901, l'Australie a mis en place un système de responsabilisation des transporteurs visant à les impliquer dans les contrôles migratoires préembarquement³⁹⁸. La première obligation systématique de vérification des passeports et des visas des voyageurs semble avoir été introduite par le *US Passenger Act* de 1924. Cette obligation a été assortie d'un système d'amende en cas d'entrée de passagers non

³⁹⁴ F. NICHOLSON, « Implementation of the Immigration (Carriers's Liability) Act 1987: Privatising Immigration Functions at the Expenses of International Obligations? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, juillet 1997, p. 508.

³⁹⁵ C. LANTERO, « La politique de sanction des transporteurs », in P. ICARD, *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 265. V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe*, *op. cit.*, p. 120.

³⁹⁶ Immigration Act, 3 août 1882.

³⁹⁷ Passenger Act, 22 février 1847.

³⁹⁸ E. BASARAN, « Evaluation of the Carriers' Liability Regime as Part of the EU Asylum Policy under Public International Law », *USAK Yearbook of International Politics and Law*, 2009, pp. 101-115.

autorisés par l'*Immigration and Nationality Act* de 1952. Le Canada n'a pas tardé à suivre ce mouvement en introduisant également un mécanisme de sanction des transporteurs dans son *Immigration Act* de 1976³⁹⁹. Les États européens, quant à eux, ont commencé à adopter ce genre de mesures vers le milieu des années 1980. Cette période concorde d'ailleurs avec l'augmentation du nombre des arrivées de ressortissants d'États tiers entrant sur le territoire européen pour y formuler une demande d'asile⁴⁰⁰. Le Danemark a initié le processus en 1983. Puis, l'Allemagne, le Royaume-Uni et la Belgique lui ont emboîté le pas en 1987. Enfin, la France, l'Italie et les Pays-Bas ont pris le même chemin au début des années 1990⁴⁰¹. L'imposition d'amendes et de la prise en charge du rapatriement a contraint les transporteurs à mener, avec toute la diligence possible, des contrôles minutieux de la situation administrative de leurs passagers au regard de la législation relative à l'immigration de l'État de débarquement.

141. L'analyse de cette brève évolution historique permet de démontrer que les sanctions ont été introduites de façon à contraindre les transporteurs à récolter et à transmettre des informations non nécessaires à leur activité économique. En effet, les deux seuls éléments qui intéressent les transporteurs d'un point de vue commercial sont la détention d'un billet prouvant le paiement préalable du service de transport additionné de l'éventuelle vérification du profil sécuritaire du passager afin d'éviter tout problème pendant l'opération de transport. La sûreté de l'État de destination ou la régularité de l'entrée des passagers sur son territoire n'entrent pas dans les préoccupations premières des transporteurs⁴⁰². Pourtant, très tôt, les États ont utilisé la menace de sanction pour que les transporteurs portent leur attention sur ces éléments. Cette possibilité de recourir à la menace d'une sanction est relativement peu

³⁹⁹ B. RYAN, « Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees? », in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control*, Brill, 2013, p. 19.

⁴⁰⁰ S. COLLINSON, « Visas Requirements, Carrier Sanctions, 'Safe Third Countries' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 21, 1996, p. 76.

⁴⁰¹ Pour des études approfondies des systèmes nationaux voir notamment, M. FULLERTON, « Restricting the Flow of Asylum-Seekers in Belgium, Denmark, the Federal Republic of Germany and the Netherlands : New Challenges to the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights », *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, pp. 35-113 ; A. CRUZ, *Shifting Responsibilities: Carriers' Liability in the Member States of the European Union and North America*, Trentham Books, Londres, 1995, 122 pages ; Amnesty International, « No Flights to Safety », novembre 1997, en ligne [<https://www.amnesty.org/en/documents/act34/021/1997/en/>] ; ECRE, « Carriers' Liability », février 1999, en ligne [<https://www.refworld.org/pdfid/3c02740b4.pdf>].

⁴⁰² Cette indifférence doit être nuancée dès lors que l'État de destination occupe une place importante au sein de l'entreprise de transport international (entreprise semi-publique).

encadrée en droit international ; elle trouve son fondement surtout en droit de l'Union européenne.

B. Les fondements juridiques du mécanisme et les objectifs poursuivis

142. Identifier les fondements juridiques du mécanisme de sanction des transporteurs permet de mettre en évidence les objectifs poursuivis par les États dans les différents ordres juridiques. En droit international, les sanctions des transporteurs ne sont prévues de façon contraignante que dans le cadre de la lutte contre le trafic illicite de migrants ou la traite des êtres humains. En dehors de ces hypothèses, le droit international ne prévoit pas de sanction contraignante (1). En revanche, en droit de l'Union, le mécanisme contraignant de sanction a été généralisé dans le but de combattre l'immigration irrégulière en général et non pas seulement les crimes transnationaux (2).

1. Des fondements restreints en droit international

143. Le droit international est venu encadrer les régimes et les pratiques internes des États. Cependant, les normes de droit international n'abordent pas toutes le rôle des transporteurs de la même façon. D'abord, la Convention de Chicago traite de l'obligation pour les transporteurs de contrôler les documents des passagers mais ne prévoit aucune sanction pour ceux qui ne s'y soumettraient pas (a). Son annexe IX envisage ensuite un mécanisme de sanction mais la valeur de cette règle de droit n'est pas contraignante (b). Finalement, ce n'est que dans le cadre de la lutte contre le trafic illicite de migrants et la traite des êtres humains que les États sont tenus d'appliquer des sanctions aux transporteurs coupables ou complices de ces crimes (c).

a. L'absence de sanction dans la Convention de Chicago

144. La Convention de Chicago relative à l'aviation civile du 7 décembre 1944 est parfois invoquée par les États européens pour justifier la mise en place des sanctions des

transporteurs⁴⁰³. Cependant, aucune des dispositions contenues dans le corps de la Convention n'impose aux États la mise en place d'un système de contrôle et de sanctions à l'encontre des transporteurs ayant acheminé des passagers non ou mal documentés. En premier lieu, l'article 13 exige que les passagers, les membres de l'équipage et les marchandises respectent les règles nationales d'entrée et de circulation sur le territoire des États de destination⁴⁰⁴. Il ne prévoit aucune obligation de s'assurer du respect de ces règles à la charge du transporteur. En deuxième lieu, en application de l'article 22, les États parties s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour faciliter la navigation aérienne et éviter de retarder les appareils et les usagers par l'application de certaines règles, relatives notamment à l'immigration⁴⁰⁵. Il semble même que cette disposition pourrait aller à l'encontre du mécanisme de sanction des transporteurs. En effet, ce mécanisme contraint les transporteurs à l'exécution de contrôles chronophages des documents de chaque passager avant l'embarquement susceptibles de retarder celui-ci. En troisième lieu, les articles 23 et 37 invitent les États à adopter des normes, notamment en matière migratoire, conformes aux pratiques qui pourraient être établies ou recommandées par la Convention. Ces recommandations apparaissent dans les annexes⁴⁰⁶.

⁴⁰³ E. FELLER, « Carrier Sanctions and International Law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, n° 1, 1989, p. 53. L'auteur cite le Danemark, les Pays-Bas et la Belgique et propose une vision critique de ces justifications. Auparavant, la Convention relative à la réglementation de la navigation aérienne, signée à Paris le 13 octobre 1919, obligeait les transporteurs aériens à tenir des listes nominatives de passagers.

⁴⁰⁴ Convention de Chicago, article 13 « Les lois et règlements d'un État contractant concernant l'entrée ou la sortie de son territoire des passagers, équipages ou marchandises des aéronefs, tels que les règlements relatifs à l'entrée, au congé, à l'immigration, aux passeports, à la douane et à la santé, doivent être observés à l'entrée, à la sortie ou à l'intérieur du territoire de cet État, par lesdits passagers ou équipages, ou en leur nom, et pour les marchandises ».

⁴⁰⁵ *Ibid.*, article 22 « Chaque État contractant convient d'adopter, par la promulgation de règlements spéciaux ou de toute autre manière, toutes mesures en son pouvoir pour faciliter et accélérer la navigation par aéronef entre les territoires des États contractants et éviter de retarder sans nécessité les aéronefs, équipages, passagers et cargaisons, particulièrement dans l'application des lois relatives à l'immigration, à la santé, à la douane et au congé ».

⁴⁰⁶ *Ibid.*, article 23 « Chaque État contractant s'engage, dans la mesure où il le juge réalisable, à établir des règlements de douane et d'immigration intéressant la navigation aérienne internationale, conformément aux pratiques qui pourraient être établies ou recommandées en vertu de la présente Convention. Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme empêchant la création d'aéroports francs ». Article 37 « Chaque État contractant s'engage à prêter son concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité dans les règlements, les normes, les procédures et l'organisation relatifs aux aéronefs, au personnel, aux voies aériennes et aux services auxiliaires, dans toutes les matières pour lesquelles une telle uniformité facilite et améliore la navigation aérienne. À cette fin, l'Organisation de l'aviation civile internationale adopte et amende, selon les nécessités, les normes, pratiques recommandées et procédures internationales traitant des sujets suivants : (a) systèmes de communications et aides à la navigation aérienne, y compris le balisage au sol ; (b) caractéristiques des aéroports et des aires d'atterrissage ; (c) règles de l'air et pratiques de contrôle de la circulation aérienne ; (d) licences et brevets du personnel technique d'exploitation et d'entretien ; (e) navigabilité des aéronefs ; (f) immatriculation et

b. Le mécanisme de sanction non contraignant de l'annexe IX

145. Le terme annexe est trompeur. En effet, celles de la Convention de Chicago ne constituent pas des dispositions annexées précisant ou complétant les dispositions du corps de la Convention. L'article 54 indique qu'il s'agit de normes et de pratiques recommandées, adoptées par le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale. Cette organisation ayant été créée par la Convention, les annexes ne peuvent donc pas lui être contemporaines. Elles appartiennent au droit international dérivé. La grande majorité des dispositions contenues dans les annexes est dépourvue de force contraignante⁴⁰⁷. C'est le cas de l'annexe IX, pertinente dans le cadre de l'étude des sanctions des transporteurs. Elle traite des questions de facilitation de la navigation aérienne⁴⁰⁸. L'annexe IX recommande aux transporteurs de prendre « les précautions nécessaires au point d'embarquement pour s'assurer que les personnes sont en possession des documents prescrits par les États de transit et de destination aux fins de contrôle ». Elle définit les précautions nécessaires comme les « vérifications faites au point d'embarquement par du personnel dûment formé de l'exploitant d'aéronefs ou de l'entreprise assurant l'exploitation en son nom, afin de veiller à ce que toutes les personnes détiennent un document de voyage valide et, s'il y a lieu, le visa ou le titre de séjour requis pour l'entrée dans l'État de transit et/ou de destination. Ces vérifications visent à assurer la détection des irrégularités (p. ex. une altération évidente d'un document) ». La notion de sanction en cas de manquement n'y apparaît pas. D'ailleurs, parmi les pratiques recommandées, l'annexe IX invite, en outre, les États à ne pas imposer d'amendes aux transporteurs ayant acheminé des personnes non ou mal documentées. Toutefois, la condition de cette impunité réside dans la démonstration par le transporteur mis en cause qu'il avait pris les précautions nécessaires pour vérifier les documents de voyage. *A contrario*,

identification des aéronefs ; (g) collecte et échange de renseignements météorologiques ; (h) livres de bord ; (i) cartes et plans aéronautiques ; (j) formalités de douane et d'immigration ; (k) aéronefs en détresse et enquêtes sur les accidents ; et, lorsqu'il paraît approprié de le faire, de tout autre sujet intéressant la sécurité, la régularité et l'efficacité de la navigation aérienne ». (nous soulignons).

⁴⁰⁷ J.-F. DOBELLE, « Le droit dérivé de l'OACI et le contrôle du respect de son application », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 470-471 « L'annexe 9, à la différence des autres, touche en de nombreux domaines à la souveraineté des États. C'est sans doute la raison pour laquelle elle est assez souple par rapport aux autres annexes de la Convention de Chicago. Elle comporte davantage de recommandations que de normes. En outre, la rédaction de la plupart de ses dispositions invite le plus souvent les États à agir, sans leur imposer d'obligations fermes. C'est également une des annexes qui fait l'objet du plus grand nombre de notifications de différences de la part des États ». H. ROLIN, « La portée juridique des annexes à la Convention de Chicago, un désaccord entre les jurisprudences françaises et belges », *RBDI*, vol. 19, 1973, p. 405. V. BAUDET-CAILLE, « Les contrôleurs d'immigration », *Plein droit*, n° 55, 2002/4, p. 26.

⁴⁰⁸ Annexe IX à la Convention relative à l'aviation civile internationale, Facilitation, 15^e édition, octobre 2017.

cette recommandation légitimerait donc le mécanisme des sanctions pratiquées par les États européens sur les transporteurs qui n'auraient pas été diligents dans le contrôle des documents de voyage de leurs passagers. Cependant, compte tenu de l'absence de valeur contraignante que revêt la grande majorité des dispositions de l'annexe IX, cette dernière ne saurait être considérée comme le fondement obligeant les États membres de l'Union à mettre le mécanisme des sanctions en œuvre.

c. Le fondement contraignant du mécanisme dans les Protocoles de Palerme

146. *A contrario*, les Protocoles de Palerme ont, eux, sans conteste, une valeur juridique contraignante. L'article 11 de chacun des deux protocoles aborde l'obligation d'imposer des sanctions aux transporteurs⁴⁰⁹. Les sanctions sont présentées comme des mesures visant à éviter que les transporteurs puissent être utilisés pour commettre des actes de traite ou de trafic illicite. Le contrôle minutieux des documents par les transporteurs peut, en effet, avoir un impact significatif et interrompre la commission de ces actes. Il peut temporairement empêcher une personne de quitter un pays. En revanche, ce mécanisme ne saurait ni effectivement combattre le trafic ou la traite ni efficacement protéger des victimes conformément aux objectifs affichés dans les deux traités. En effet, le personnel des compagnies n'est pas tenu de mener des investigations visant à déterminer si la personne se voyant refuser l'embarquement est victime de trafic ou de traite. Aucune obligation d'alerter les autorités publiques en cas de suspicion de traite ou de trafic n'y figure. L'effet des contrôles et des sanctions peut même être contreproductif puisque les victimes potentielles sont non

⁴⁰⁹ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Les articles 11 sont rédigés de façon identique. La seule différence étant le remplacement de traite par trafic illicite lorsque cela est opportun. L'article cité ici provient du Protocole contre la traite « 1. Sans préjudice des engagements internationaux relatifs à la libre circulation des personnes, les États Parties renforcent, dans la mesure du possible, les contrôles aux frontières nécessaires pour prévenir et détecter la traite des personnes. 2. Chaque État Partie adopte les mesures législatives ou autres appropriées pour prévenir, dans la mesure du possible, l'utilisation des moyens de transport exploités par des transporteurs commerciaux pour la commission des infractions établies conformément à l'article 5 du présent Protocole. 3. Lorsqu'il y a lieu, et sans préjudice des conventions internationales applicables, ces mesures consistent notamment à prévoir l'obligation pour les transporteurs commerciaux, y compris toute compagnie de transport ou tout propriétaire ou exploitant d'un quelconque moyen de transport, de vérifier que tous les passagers sont en possession des documents de voyage requis pour l'entrée dans l'État d'accueil. 4. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, conformément à son droit interne, pour assortir de sanctions l'obligation énoncée au paragraphe 3 du présent article ».

seulement rejetées des salles d'embarquement mais également repoussées dans les bras des passeurs enclins à les faire voyager par des routes ou des moyens encore moins sécurisés pour éviter tout contrôle⁴¹⁰. Le champ d'application des protocoles est limité aux crimes de trafic illicite de migrants et de traite des personnes. Ainsi, les États membres de l'Union européenne peuvent invoquer l'exécution d'obligation en application de ces Protocoles dans les hypothèses où les transporteurs sont coupables ou complices de ces crimes mais non lorsqu'ils ne font que transporter les victimes sans aucune connaissance de la commission de la traite ou du trafic. En définitive, les Protocoles ne peuvent pas être considérés comme le fondement d'un mécanisme plus général de sanction des transporteurs. Seul le droit européen offre pareil fondement.

2. Des fondements plus larges en droit de l'Union européenne

147. Les pratiques nationales développées par les États européens dans les années 1980-1990 ont été progressivement harmonisées par le droit de l'Union européenne. Sans contrevenir aux dispositions du droit international, le droit de l'Union européenne étend et précise le dispositif de sanction des transporteurs. Dans un premier temps, le mécanisme de sanction des transporteurs est devenu obligatoire pour les États parties à la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985. L'article 26 de la Convention exige des États parties qu'ils imposent aux transporteurs ayant acheminé des passagers non ou mal documentés, d'une part, toutes les charges relatives à leur retour et, d'autre part, des sanctions pécuniaires. Dans un second temps, à l'initiative de la France, une directive a été adoptée en 2001 afin de préciser les dispositions de l'article 26⁴¹¹. Son apport principal est d'apporter un encadrement précis des sanctions pécuniaires⁴¹². Les principes de ce dispositif ont été intégrés au Code des frontières Schengen⁴¹³. Le mécanisme des sanctions fut également complété par

⁴¹⁰ T. RODENHAUSER, « Another Brick in the Wall: Carrier Sanction and the Privatization of Immigration Control », *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, 2014, p. 228.

⁴¹¹ 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.

⁴¹² La directive impose aux États de fixer des amendes comprises en 3000 et 5000 euros par personne transportée en situation irrégulière ou d'imposer des forfaits d'au moins 50 000 euros par infraction indépendamment du nombre de personnes transportées.

⁴¹³ Code frontières Schengen, Annexe V, Partie A.

deux directives de 1998⁴¹⁴ et 2004⁴¹⁵ rappelant aux transporteurs maritimes puis aériens l'obligation de communication, sous peine de sanction, d'une liste nominative des passagers à l'État de destination.

148. Bien que la directive européenne de 2001 évoque uniquement l'atout que les sanctions des transporteurs représentent en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, il est évident que des intérêts financiers doivent également être soulignés. En premier lieu, l'État a la possibilité de générer quelques recettes *via* les amendes perçues en cas de manquement du transporteur. En second lieu, l'État réalise des économies certaines en termes de personnel de sécurité et de contrôle puisque ce travail est effectué, en amont, par des sociétés privées de transport. De façon plus générale, considérant que les compagnies privées agissent avant le franchissement des frontières, sans que les personnes ne puissent former un recours contre le refus d'embarquement, les États de destination évitent de supporter les coûts afférents aux conditions d'accueil ou de détention des migrants en situation irrégulière, aux procédures de demandes de titres de séjour ou de protection internationale ainsi qu'aux procédures relatives à l'organisation des retours. Les États ont tout intérêt à investir dans le contrôle des sociétés de transport en aval tandis que ces derniers exercent des contrôles sur les individus candidats au départ⁴¹⁶. En tout état de cause, les États de destination ne peuvent pas exercer leur contrôle sur l'intégralité des entreprises de transport international de passagers. Par conséquent, au-delà de la possibilité d'entrer au capital de ces entreprises, les États membres de l'Union imposent aux transporteurs privés de procéder à la vérification des documents de voyage. Ils transfèrent donc une partie de leurs prérogatives de puissance publique à ces acteurs privés dans le but d'étendre et de maximiser les effets de la politique migratoire de l'Union contre l'immigration irrégulière sur le territoire des États tiers.

⁴¹⁴ Directive 98/41/CE du Conseil du 18 juin 1998 relative à l'enregistrement des personnes voyageant à bord des navires de passagers opérant à destination ou au départ de ports d'États membres de la Communauté. Notons que cette obligation de déclaration d'information préalable sur l'identité des passagers est issue de la transposition, en droit de l'Union, des dispositions de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, adoptée le 1^{er} novembre 1974, entrée en vigueur le 25 mai 1980 (dite Convention SOLAS). La règle 27 de cette Convention impose que l'identité détaillée de tous les passagers soit enregistrée avant l'embarquement afin de faciliter les opérations de recherche et de sauvetage le cas échéant. La Convention visant à faciliter le trafic maritime international, adopté le 9 avril 1965, entrée en vigueur le 5 mars 1967 (dite Convention FAL) abordait également cette obligation.

⁴¹⁵ Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.

⁴¹⁶ S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, 2008, p. 129.

§2. Le transfert contraint de l'exercice de prérogatives de puissance publique aux transporteurs internationaux de passagers

149. En droit, la délégation peut être définie comme une opération permise par le droit par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne. La délégation est dite de prérogatives de puissance publique lorsque les fonctions transférées concernent des privilèges reconnus à l'État afin de lui permettre de remplir ses missions de souveraineté dont les pouvoirs de police⁴¹⁷. En droit international, la Commission du droit international ne définit pas précisément ce qui relève des prérogatives de puissance publique et ce qui n'en relève pas. Cependant, elle indique que les comportements qui ont trait à l'activité publique et non pas à d'autres activités privées ou commerciales doivent être considérés comme l'exercice de prérogatives de puissance publique⁴¹⁸. En outre, la situation de délégation de prérogatives de puissance publique se déduit du contenu de ces prérogatives, de la manière dont elles sont conférées à une entité, des fins auxquelles elles sont exercées ainsi que de la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État⁴¹⁹. Il ne fait aucun doute que les contrôles migratoires relèvent des pouvoirs de police attribués à l'État ; il a été démontré précédemment que les transporteurs n'avaient aucun intérêt privé ou commercial à pratiquer ces contrôles. Par conséquent, du point de vue du contenu, les missions de contrôle documentaire imposées aux transporteurs sont des prérogatives de puissance publique. De la même façon, il est clair que ces contrôles documentaires sont principalement exercés à des fins de contrôle migratoire pour le compte des États de destination. Par ailleurs, le mécanisme de sanction à l'encontre des transporteurs qui laisseraient embarquer des personnes non ou mal documentées implique que les transporteurs doivent répondre de leurs actions de contrôle migratoire aux États de destination. En revanche, en ce qui concerne la manière dont ces prérogatives sont conférées aux transporteurs, les choses sont beaucoup moins évidentes. En effet, les États membres de l'Union européenne ne délèguent pas officiellement ces prérogatives de contrôle migratoire aux transporteurs. De part et d'autre, les acteurs impliqués se défendent d'une telle délégation. D'un côté, les acteurs du transport international contestent ces missions qui leur sont imposées par les États sous la menace de

⁴¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.* La définition proposée est le fruit de la combinaison des définitions des termes « délégation » (p. 312), « prérogatives » (p. 787) et « puissance publique » (p. 826).

⁴¹⁸ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. 2, p. 99.

⁴¹⁹ *Idem.*

sanctions. Ils considèrent qu'ils n'ont pas la capacité de conduire tous les contrôles nécessaires à l'évitement des sanctions⁴²⁰. D'un autre côté, les autorités étatiques démentent l'idée d'une délégation de compétences de police migratoire à des acteurs privés⁴²¹. Pourtant, des études montrent que ces contrôles sont réellement pratiqués et mènent soit à des refus d'embarquement, soit à de lourdes sanctions contre les transporteurs⁴²². Outre ce rejet de l'idée de délégation par les acteurs concernés, les transporteurs sont contraints à l'exercice de ces prérogatives ; ils n'ont pas la possibilité de le refuser. Dans le même ordre d'idée, ils ne perçoivent aucun avantage, aucune rémunération en contrepartie de cet exercice. Par

⁴²⁰ Organisation de l'aviation civile internationale, Division de la facilitation, 12^e session, Le Caire, 22 mars-2 avril 2004, FAL/12-WP/59, en ligne [https://www.icao.int/Meetings/FAL12/Documents/fal12wp104_fr.pdf]. Pour la Fédération internationale des ouvriers du transport, « ce n'est pas le rôle des exploitants de transport – dans l'aviation comme dans les autres modes de transport – d'assumer la fonction d'agent de l'immigration ». Les compagnies aériennes telles que la British Airways ont également manifesté leur désaccord à opérer des contrôles migratoires approfondis et doutent même de l'efficacité de la politique de sanction des transporteurs sur le nombre d'entrées irrégulières, R. ZETTER, « An Assessment of the Impact of Asylum Policies in Europe 1990-2000 », Home Office, Royaume-Uni, 2003, en ligne [<https://www.temaasyl.se/Documents/Artiklar/hors259.pdf>].

⁴²¹ Commission française des affaires étrangères de la défense et des forces armées du Sénat français, D. DE VILLEPIN, rapport 406, seconde session ordinaire 1990-1991, Sénat français, 1991, p. 44 « Enfin, votre rapporteur souhaite que le régime des sanctions à l'encontre des transporteurs, prévu à l'article 26-2 de la convention, soit établi avec une grande rigueur juridique. Il ne saurait être question de transformer les transporteurs en agents de contrôle des frontières. Ils ne disposent pas des personnels qualifiés pour cela, et ce n'est pas leur vocation. En particulier, l'engagement de la responsabilité du transporteur devrait être limité au cas d'étrangers acheminés alors même qu'ils ne possédaient pas de documents de voyage du tout, ou des documents de voyage manifestement faux ». Voir aussi, Décision du Conseil constitutionnel français n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, les juges constitutionnels français rappellent que « le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche » et que le contrôle que le transporteur doit effectuer « ne saurait s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police en lieu et place de la puissance publique ». Plus récemment, à l'échelle européenne, la Commission rappelait au Parlement et au Conseil que « les contrôles imposés aux compagnies de transports ne devaient avoir comme seul objectif de vérifier l'identité des passagers à l'exclusion de la vérification du visa ou du titre de séjour car il ne s'agit que de simples contrôles d'identité à des fins commerciales ou de sûreté des transports. Les États ne peuvent demander l'exécution d'aucun contrôle supplémentaire, et les transporteurs sont déchargés de toute responsabilité lorsqu'ils transportent des personnes qui ne remplissent peut-être pas les conditions d'entrée ou de séjour dans d'autres États membres Schengen. De même, les transporteurs ne peuvent pas eux-mêmes obliger les ressortissants de pays tiers à prouver la légalité de leur séjour en produisant un visa ou un titre de séjour », Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), COM (2010) 554 final du 13 octobre 2010, p. 6.

⁴²² K. HAILBRONNER, C. CARLITZ, « European Synthesis Report on the Implementation of Directive 2001/51/EC on Carriers Liability », Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, 2007, en ligne [<https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/03/2001-51-Carriers-Liability-Synthesis.pdf>]. Voir aussi, ECRE, « Defending Refugees' Access to Protection in Europe », décembre 2007, en ligne [https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Defending-Refugees-Access-to-Protection-in-Europe_December-2007.pdf].

conséquent, il est possible d'affirmer que le mécanisme de sanction des transporteurs constitue, si ce n'est une délégation de prérogatives de puissance publique, à tout le moins un transfert contraint de celles-ci, dans l'exercice des contrôles documentaires à des fins de contrôles migratoires, aux entreprises privées de transport international de passagers (A). Le caractère indéfini de l'opération par laquelle les États membres de l'Union européenne en tant qu'États de destination transfèrent leurs prérogatives de puissance publique en matière de contrôle migratoire aux transporteurs privés entraîne des incertitudes quant au lien de responsabilité qui pourrait subsister entre l'État et le passager éconduit. La relation de double contrainte État-transporteur/transporteur-passager dilue ce lien (B).

A. Le niveau important de contrainte exercée sur les transporteurs

150. Au sein de l'Union européenne, la sous-traitance des contrôles migratoires aux transporteurs privés dans les lieux d'embarquement peut être détaillée en trois temps. Premièrement, conformément à la pratique ancienne, les transporteurs doivent assurer le réacheminement des migrants qui se voient refuser l'accès au territoire de débarquement par les autorités vers leur pays d'origine, de transit ou vers tout pays qui accepterait leur réadmission. Deuxièmement, il peut arriver que ce retour ne soit pas possible immédiatement à la suite de la décision d'inadmissibilité sur le territoire. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Le passager peut ne pas être dans un état permettant son réacheminement immédiat. Le transporteur peut ne pas avoir de trajet de retour prévu immédiatement. L'État tiers de retour peut éventuellement ne pas reconnaître le passager comme l'un de ses ressortissants ou ne pas accepter sa réadmission lorsqu'il s'agit d'un non-national. Autre possibilité : l'application du principe de non-refoulement à la situation du passager peut contraindre l'État de débarquement à un examen des craintes de persécutions que celui-ci exprime avant tout renvoi vers son pays d'origine ou de transit. Dans ces différentes hypothèses, le transporteur doit supporter tous les coûts liés à la détention ou au séjour de la personne dans l'attente de son réacheminement. Troisièmement, la directive 2001/51/CE visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la Convention d'application de l'accord de Schengen harmonise le niveau des sanctions que les États doivent imposer en sus des deux premières charges. Le montant des sanctions pécuniaires est encadré de façon à garantir leur effet dissuasif ce qui signifie que les amendes doivent être suffisamment élevées pour décourager les transporteurs d'acheminer des personnes non ou mal documentées. Les États

membres sont par ailleurs libres d'ajouter d'autres sanctions telles que l'immobilisation, la saisie ou la confiscation du moyen de transport ainsi que la suspension temporaire voire le retrait de l'autorisation d'exploitation du transporteur.

151. Ces trois types de charges représentent des coûts importants pour les transporteurs. En réaction, afin de les éviter, ceux-ci sont contraints de contrôler minutieusement les documents de voyage de chacun de leurs passagers avant l'embarquement. Le personnel des compagnies de transport à destination du territoire des États membres de l'Union européenne vérifie la possession d'un passeport et d'un visa, si celui-ci est requis par l'État de destination et/ou de transit. En cas de non-respect de la législation migratoire de l'État de destination, le passager se voit refuser l'embarquement. Ce mode de sous-traitance est étonnant en ce qu'il ne suppose aucune compensation de la charge déléguée aux compagnies de transport. Or, un contrôle efficace des documents de voyage peut s'avérer coûteux. Cela implique le recrutement de personnel supplémentaire, l'allongement du temps consacré aux contrôles préalables à l'embarquement, la formation du personnel aux nombreuses subtilités des documents contrôlés et des exigences des États de destination, voire le remboursement des billets des passagers refusés⁴²³. Pourtant, non seulement le droit de l'Union ne prévoit aucune compensation des surcoûts engendrés mais surtout, il exige la sanction pécuniaire des transporteurs qui manqueraient à leurs obligations en laissant embarquer des personnes ne possédant pas tous les documents requis. La relation que les États entretiennent avec les transporteurs apparaît ainsi parfaitement asymétrique. Les premiers ordonnent, contrôlent et sanctionnent les seconds, qui n'y trouvent aucun avantage⁴²⁴. Plus largement, seuls les intérêts des États de destination sont représentés dans le mécanisme de sanction des transporteurs. Ainsi, les refus d'embarquement qu'ils opposent à certains passagers sont notifiés dans l'intérêt des États membres de destination et non des transporteurs, sauf à considérer qu'ils visent à leur éviter l'application des sanctions préalablement décrites. Dans ce cas de figure, le transporteur pourrait être considéré comme le simple messager d'un refus d'admission de l'État de destination. Pourtant, alors que les refus d'admission directement notifiés par les États membres à leurs frontières sont susceptibles de recours, les refus d'embarquement ne sont encadrés par aucun régime juridique. La question du lien qui pourrait subsister entre

⁴²³ S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *op. cit.*, p. 135.

⁴²⁴ Le déséquilibre est dénoncé par les compagnies de transport aérien notamment, cf. Organisation de l'aviation civile internationale, document issu de la 12^e session tenue au Caire du 22 mars au 2 avril 2014, *op. cit.*, point 4

l'État membre de destination et le passager éconduit, au travers de la présence du transporteur, mérite donc d'être posée.

B. La dilution de la responsabilité de l'État de destination par rapport aux passagers éconduits

152. Les refus d'embarquement engendrés par l'existence du mécanisme de sanction des transporteurs entravent les départs de migrants non ou mal documentés. Parmi ces derniers, en raison des conditions de leur fuite et de l'impossibilité, décrite préalablement, pour elles d'obtenir un visa, figurent des personnes dont le besoin de protection internationale aurait pu être reconnu à leur arrivée sur le territoire des États membres. La question se pose donc de savoir si les refus d'embarquement pourraient être considérés comme des violations du principe de non-refoulement ou de leur droit à quitter tout pays, y compris le leur⁴²⁵. Or, pour engager la responsabilité de l'État membre de destination, il est nécessaire, avant même de s'intéresser à l'existence ou l'absence d'une violation, d'établir deux éléments : l'imputabilité du refus d'embarquement à l'État de sanction (1) et, dans l'hypothèse d'un recours contentieux ou quasi contentieux individuel, l'exercice par celui-ci de sa juridiction sur les requérants (2).

1. L'imputabilité du refus d'embarquement à l'État de destination

153. Selon la Commission du droit international, en matière de responsabilité internationale, l'État est responsable seulement de ses propres comportements c'est-à-dire des comportements des personnes qui agissent en son nom, en qualité d'agents de l'État⁴²⁶. Les actes commis par des personnes privées ne sont donc, en principe, pas imputables à l'État. Cette règle souffre cependant deux exceptions. D'une part, l'État est responsable du comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un de ses organes si elle est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique⁴²⁷. Dans le

⁴²⁵ Cf. *supra*, §§31 et s. cf. *infra*, §§349 et s.

⁴²⁶ Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 83.

⁴²⁷ *Ibid.*, article 5 « Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique,

cadre du mécanisme de sanction des transporteurs, le contrôle de l'entrée sur le territoire relève de l'exercice d'un droit souverain. Par conséquent, les transporteurs exercent une prérogative de puissance publique. En outre, on pourrait soutenir que les sociétés de transport sont habilitées par le droit de l'Union et des États membres à exercer une partie des contrôles migratoires *via* le mécanisme des sanctions. Par conséquent, le refus d'embarquement prononcé par le transporteur au motif que le passager ne serait pas muni des documents migratoires requis par l'État de destination serait imputable à celui-ci. Cette interprétation est entérinée par la Commission qui prend précisément les compagnies aériennes comme exemple d'entités non étatiques susceptibles de se voir déléguer certains pouvoirs de puissance publique notamment en matière de contrôle migratoire⁴²⁸. Dans cette hypothèse, l'État reste responsable du comportement de l'entité quand bien même celle-ci dépasserait son habilitation ou contreviendrait aux instructions données⁴²⁹. Le fait que certaines normes européennes ou nationales recommandent aux transporteurs de distinguer les personnes en besoin de protection internationale parmi les passagers non ou mal documentés, par l'introduction d'une exception pour les demandeurs d'asile ou d'une mention concernant le respect de la Convention de Genève ou du principe de non-refoulement⁴³⁰, ne suffit donc pas à exonérer l'État. En cas de violation du droit international, celui-ci reste responsable du comportement du transporteur qui refuse l'embarquement d'une personne fuyant des persécutions au motif que celle-ci ne posséderait pas les documents de voyage requis.

154. D'autre part, la Commission précise que l'État est responsable du comportement d'une personne qui agit sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle quand bien même il ne lui aurait pas officiellement délégué une prérogative de puissance publique⁴³¹. L'attention est ici portée sur la réalité de la relation existant entre l'État et l'entité ayant eu le comportement contestable. L'État sera responsable du comportement d'entités privées ayant

pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international ».

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁴²⁹ *Ibid.*, article 7 « Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions ».

⁴³⁰ Cf. *infra*, §167.

⁴³¹ Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, article 8 « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ».

agi sur ses instructions, sur ces directives ou sous son contrôle seulement s'il existait un lien réel, une relation effective entre l'auteur de l'acte et la structure de l'État. Cette exception recouvre deux types de situation. Dans le premier cas, il s'agit de situations où les organes de l'État recrutent des personnes privées pour compléter leur propre action. Les entités privées agissent alors en tant qu'auxiliaires. Cette relation semble plutôt, selon Tilman RODENHAUSER, désigner les sociétés privées militaires ou de sécurité et non les transporteurs⁴³². Dans le second cas, l'État dirige ou contrôle l'opération ayant donné lieu au comportement qui fait l'objet d'une plainte. L'imputabilité ne s'étend pas aux comportements périphériques à l'opération qui échapperaient au contrôle ou à la direction de l'État⁴³³. L'appréciation du contrôle effectif de l'État sur la situation doit se faire au cas par cas, sur toutes les opérations ayant mené à une violation du droit international. Il s'agit d'établir que la relation de dépendance et de contrôle entre l'État et l'entité privée était telle que l'entité agissait pour le compte de l'État. En l'espèce, les transporteurs qui contrôlent les documents et refusent l'embarquement agissent ainsi parce qu'ils y sont forcés par la loi instaurant des sanctions à leur encontre. Par conséquent, certains auteurs concluent à l'existence d'un contrôle effectif de l'État sur les transporteurs *via* un cadre légal extrêmement contraignant⁴³⁴. Au contraire, d'autres auteurs estiment que la menace de sanction et l'obligation de contrôler les documents n'atteignent pas un seuil de contrainte suffisant pour que le contrôle de l'État sur le transporteur puisse être qualifié d'effectif. Ils plaident que l'État ne contrôle pas spécifiquement toutes les opérations de contrôle et n'est pas en capacité d'intervenir au moment de la prise de décision en cas de refus d'embarquement⁴³⁵. En vertu de cette exception, l'État ne serait donc pas systématiquement retenu responsable pour le comportement du transporteur. D'autant plus que, lorsque l'entité privée agit sur instructions, directives ou sous le contrôle de l'État, ce dernier ne demeure pas toujours responsable du comportement de l'entité quand celle-ci ne respecte pas ou outrepassé le cadre posé par l'État.

⁴³² T. RODENHAUSER, « Another Brick in the Wall: Carrier Sanction and the Privatization of Immigration Control », *op. cit.*, p. 233.

⁴³³ Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 110.

⁴³⁴ T. RODEUHAUSER, « Another Brick in the Wall: Carrier Sanction and the Privatization of Immigration Control », *op. cit.*, p. 234. S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *op. cit.*, p. 133.

⁴³⁵ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, *op. cit.*, p. 189.

155. Pour autant, il semble que la caractérisation de l'exercice de prérogatives de puissance publique sous le contrôle de plus en plus fort de l'État de destination suffise à rendre les refus d'embarquement imputables aux États de destination. Ainsi, dans le cadre d'un contentieux interétatique, l'imputation serait suffisante à engager la responsabilité de ces États s'il était également établi une violation de l'une de leurs obligations internationales. Cependant, comme cela a déjà été précisé, l'introduction d'un tel contentieux est improbable⁴³⁶. Plus sûrement, des actions contentieuses ou quasi contentieuses individuelles seraient susceptibles de naître devant les juges européens de Strasbourg ou Luxembourg ou encore devant les comités onusiens. Dans toutes ces hypothèses, l'imputation de l'acte à l'État de destination ne suffit pas, encore faut-il que ce dernier ait exercé sa juridiction sur le passager qui s'est vu refuser l'embarquement.

2. L'exercice de la juridiction des États membres de destination sur les passagers éconduits

156. En l'état actuel de la jurisprudence européenne et internationale, la juridiction extraterritoriale d'un État sur une personne exige un contrôle effectif d'un degré élevé exercé par un agent de l'État, principalement dans des situations de détention. Ainsi, le simple refus d'embarquement prononcé par un agent privé ne semble pas emporter la juridiction de l'État de sanction. En effet, il semble que l'État membre de destination exerce un contrôle très fort sur le transporteur mais que ce soit ce dernier, et non l'État, qui exerce ensuite un contrôle effectif sur le passager. C'est précisément cette relation de double contrainte qui, d'un côté, assure l'efficacité du mécanisme et de l'autre, vient faire écran au lien qui pourrait exister entre l'État de destination et le passager⁴³⁷. Pour autant, la jurisprudence, évoluant avec la réalité des violations, pourrait être amenée à considérer qu'une relation particulière existe lorsqu'un agent décide d'empêcher une personne de fuir des persécutions au sens de la Convention de Genève. L'embarquement pourrait être considéré comme un moment pendant lequel l'individu est soumis au contrôle d'un État et pendant lequel des violations de ses droits

⁴³⁶ Cf. *supra*, §26 et cf. *infra*, §§434 et s.

⁴³⁷ T. BLOOM, V. RISSE, « Examining Hidden Coercion at State Borders: Why Carrier Sanctions Cannot Be Justified », *Ethics & Global Politics*, vol. 7, 2014, p. 71 ; T. RODENHAUSER, « Another Brick in the Wall: Carrier Sanction and the Privatization of Immigration Control », *op. cit.*, p. 224.

fondamentaux sont susceptibles de se réaliser comme conséquences directes de ce contrôle⁴³⁸.

157. En résumé, le passage d'une simple obligation d'information sur l'identité des passagers qu'ils transportaient au transfert contraint d'une partie des pouvoirs de police migratoire aux transporteurs internationaux de passagers a permis aux États de l'Union européenne de renforcer l'efficacité de l'obligation de détenir un visa tout en se libérant d'une partie de leur responsabilité à l'égard des ressortissants des États tiers en besoin de protection internationale. Cette responsabilité est évitée notamment du fait que le niveau de contrôle de l'État sur le passager refusé à l'embarquement, passant par l'intermédiaire du transporteur, n'atteint pas le seuil requis pour déclencher la juridiction de l'État mis en cause. Les États bénéficient donc d'un mécanisme permettant des contrôles migratoires efficaces à moindres frais et à moindre risque, menés bien en amont de leur territoire. Finalement, les agents des entreprises privées de transport international de passagers remplissent, sous l'effet du mécanisme des sanctions, des fonctions d'officiers d'immigration voire d'asile directement sur le territoire des États tiers.

Section 2. L'intensité des contrôles migratoires privatisés

158. La menace de la sanction contraint les transporteurs à effectuer des vérifications des documents des passagers en amont de l'embarquement de manière très minutieuse pour éviter de débarquer un passager non ou mal documenté. Dès lors, ils secondent les autorités consulaires et diplomatiques et précèdent les autorités douanières en contrôlant les documents de voyage. Ils agissent donc comme des officiers d'immigration (§1). Par ailleurs, un système lacunaire d'atténuation des sanctions pour le débarquement de passagers en besoin de protection internationale semble les inciter à évaluer cet éventuel besoin de leurs passagers. Cependant, cette distinction entre les migrants en situation irrégulière et les personnes en besoin de protection internationale est impossible à effectuer par les transporteurs dans les lieux de départ. Elle ne peut avoir lieu qu'au débarquement dans les États de destination et par les autorités de ces derniers. De ce fait, les agents de transport peuvent également apparaître, de façon imparfaite, comme des officiers de l'asile (§2).

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 245. La notion d'exercice de juridiction sera par ailleurs plus longuement abordée *infra*, Partie II, Titre 2, Chapitre 2, section 2.

§1. Des agents de transport devenus officiers d'immigration

159. Le système des sanctions est organisé de telle sorte que les transporteurs ont tout intérêt à contrôler la présence et la validité des documents d'entrée, de séjour et de transit (A). Par ailleurs, le degré de leur implication modère la sévérité des sanctions (B).

A. Le contrôle des documents d'entrée, de séjour et de transit

160. L'application de la politique de sanction des transporteurs implique l'exercice de deux types de contrôle au moment de l'embarquement par les agents des compagnies de transport. D'une part, il leur faut s'assurer que tous les passagers sont munis d'un passeport ou autre document de voyage ainsi que d'un visa lorsque celui-ci est requis par l'État de destination ou de transit. D'autre part, outre la présence de ces documents, les transporteurs doivent également contrôler la validité et l'authenticité des documents qui leur sont présentés. Ces missions posent un certain nombre de difficultés. Si le contrôle de la présence d'un passeport, d'un visa ou de tout autre document de voyage ou d'entrée semble entrer dans le cadre des vérifications normales d'identité à des fins commerciales ou de sûreté des transports⁴³⁹, il n'en va pas de même pour le contrôle de la validité et de l'authenticité de ces documents.

161. Le régime des visas d'entrée ou de transit au sein de l'Union européenne est complexe. Par conséquent, la mission de contrôle de la détention d'un visa implique que les agents des compagnies de transport soient parfaitement au fait des subtilités du régime. Cette exigence les transforme en officiers d'immigration contrôlant non pas l'identité des passagers mais la régularité de l'entrée des candidats à l'immigration⁴⁴⁰. D'abord, ils doivent saisir la logique de la catégorisation des visas. Comme cela a été précédemment exposé, ceux-ci se divisent en deux ensembles selon la durée du séjour envisagé sur le territoire des États membres⁴⁴¹. L'existence d'un visa de court séjour uniforme autorisant l'entrée pour 90 jours au maximum sur le territoire de tous les États Schengen ne doit cependant pas faire oublier l'existence d'autres visas de court séjour différents, tels que les visas de retour, les visas à validité

⁴³⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *op. cit.*, p. 6.

⁴⁴⁰ V. BAUDET-CAILLE, « Les contrôleurs d'immigration », *op. cit.*, pp. 26-28.

⁴⁴¹ Cf. *supra*, §§53 et s.

territoriale limitée ou les visas de transit⁴⁴². Certains de ces visas de court séjour sont régis par les droits internes tandis que d'autres ont été uniformisés par le droit de l'Union⁴⁴³. De plus, la détention d'un visa de transit par le territoire européen suppose la vérification additionnelle d'un visa d'entrée sur le territoire de destination finale. Ce dernier peut être un État tiers à l'Union exigeant donc des formalités encore différentes⁴⁴⁴. Ensuite, les agents des compagnies de transport doivent être en capacité de connaître toutes les formes de visa d'entrée sur le territoire des États membres pour un long séjour. En effet, contrairement aux courts séjours, les autorisations pour séjour au-delà de 90 jours sont régies par les droits internes des États membres. À ce titre, les visas sont rédigés dans des langues et sous des formes différentes. Enfin, les agents des compagnies doivent être au fait de l'évolution et des diverses hypothèses d'exemption de visa d'entrée. Ces exemptions peuvent, en effet, se présenter sous deux formes. Premièrement, les ressortissants d'États tiers titulaires de certains titres de séjour sur le territoire d'un État membre peuvent être dispensés de visas. Cependant, tous les titres de séjour ne sont pas harmonisés par le droit de l'Union⁴⁴⁵. La connaissance de tous ces titres dans leur extrême diversité est donc une tâche complexe pour les compagnies de transport⁴⁴⁶. Par ailleurs, certains titres de séjour donnent droit à l'entrée sur le territoire de tous les États membres tandis que d'autres ne sont valables que sur le territoire de l'État qui a délivré le titre⁴⁴⁷. Deuxièmement, la liste des ressortissants d'États tiers soumis à obligation ou

⁴⁴² Code des visas, article 1.

⁴⁴³ *Ibid.*, article 25 pour les visas à validité territoriale limitée et article 26 pour les visas de transit aéroportuaire. À titre d'exemple, la France prévoit, entre autres, deux types de visas de court séjour n'appartenant pas au champ d'application du code des visas de l'Union. Il s'agit des visas de retour (article L. 211-2-2 CESEDA) et des visas pour certains territoires non européens de la France (article L. 111-2 CESEDA).

⁴⁴⁴ F. DUCAROUGE, « Le transport international de voyageurs : le cas des amendes administratives infligées aux transporteurs », *AJDA*, hors-série du 10 octobre 2001, pp. 65-72. Dans cet article, l'auteur dresse une typologie des situations soumises aux juridictions administratives françaises et insiste sur les compétences très particulières qu'exige le contrôle des documents de voyage.

⁴⁴⁵ Le droit de l'Union a harmonisé les titres de séjour des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée mais laisse les États membres régir les titres de séjour temporaires comme ils le souhaitent, cf. Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

⁴⁴⁶ À titre d'exemple visant à démontrer la complexité des exemptions très circonstanciées, les ressortissants indiens sont spécifiquement dispensés par le droit français d'un visa de transit aéroportuaire lorsque le transit est effectué dans un aéroport de La Réunion, territoire français non-européen, cf. arrêté du Ministère de l'intérieur du 21 février 2017 modifiant l'arrêté du 26 juillet 2011 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion et de la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon.

⁴⁴⁷ Ainsi, à titre d'exemple, les cartes de résident longue durée UE permettent aux ressortissants des pays tiers qui en sont bénéficiaires d'entrer, à la suite d'un voyage hors de l'Union notamment, sur le territoire des autres États membres voire d'y séjourner pour plus de trois mois (Directive 2003/109/CE, article 14)

exemption de visa est évolutive⁴⁴⁸. En outre, ces exemptions ne sont valides que pour des entrées visant un court séjour.

162. La transformation du rôle des agents des compagnies de transport en officiers d'immigration est, comme cela a déjà été précisé, doublement rejetée par les transporteurs eux-mêmes ainsi que par les États de destination. En effet, il semble que les tâches transférées dépassent en fait les capacités des transporteurs. En outre, de nombreux États membres ont inséré des clauses d'exonération ou d'atténuation des sanctions pour les transporteurs qui prouveraient leur bonne foi et leur docilité dans la conduite des contrôles des documents de voyage et d'entrée de leurs passagers préalablement à l'embarquement.

B. Le niveau de diligence fonction d'un système des circonstances atténuantes

163. Ni l'article 26 de la convention d'application de l'accord Schengen ni la directive de 2001 ne mentionnent de causes d'exonération. Néanmoins, certains États membres ont instauré un système d'exemptions ou d'atténuation des sanctions afin de rééquilibrer le mécanisme défavorable aux transporteurs⁴⁴⁹. En premier lieu, les transporteurs peuvent se voir exonérés de sanctions pécuniaires lorsqu'ils prouvent qu'ils ont accompli les diligences normales pour s'assurer de la validité des documents. Par exemple, en France, le droit exonère les transporteurs de leur responsabilité dans l'hypothèse où les documents présentés au moment de l'embarquement ne comportaient pas d'irrégularité manifeste⁴⁵⁰. La question de la charge de la preuve est ici pertinente. Il semble que de nombreux États membres exigent des compagnies d'apporter la preuve de leur bonne foi. En pratique, cette règle peut réellement perturber l'organisation de l'embarquement. Il peut en effet être difficile de

tandis que les attestations autorisant les demandeurs d'asile au séjour ne sont valides que pour entrer sur le territoire de l'État qui les a délivrées (Directive « Accueil », articles 6 et 7).

⁴⁴⁸ Le règlement (CE) n° 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation a été amendé 16 fois entre 2001 et 2017 pour modifier les nationalités concernées. À ces évolutions, s'ajoutent celles adoptées par chaque État membre pour les visas court ou long séjour régis par le droit interne uniquement.

⁴⁴⁹ K. HAILBRONNER, C. CARLITZ, « European Synthesis Report on the Implementation of Directive 2001/51/EC on Carriers Liability », *op. cit.* Voir aussi, ECRE, « Defending Refugees' Access to Protection in Europe », *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁰ CESEDA, L.821-8.

photocopier ou confisquer jusqu'à l'arrivée⁴⁵¹ les passeports, visas ou titres de séjour des passagers sans prendre du retard, s'attirer les foudres des passagers ou, faute de temps, risquer une discrimination illicite au faciès⁴⁵². En second lieu, leur degré de collaboration avec les autorités de l'État de débarquement, dont les officiers de liaison abordés au chapitre suivant, peut avoir une influence sur le montant de l'amende. Ainsi, le Conseil d'État français a validé la diminution de moitié d'une amende au motif que les agents de la compagnie avaient efficacement collaboré avec les services de la police nationale en leur remettant volontairement un passager dont ils avaient décelé l'usurpation d'identité⁴⁵³. Par ailleurs, un autre système d'exonération permet aux transporteurs d'éviter les sanctions. Il s'agit de l'exemption de sanction pour les passagers non ou mal documentés en besoin de protection internationale.

§2. Des agents de transport devenus officiers de l'asile

164. Dans certaines applications internes du régime européen, des dérogations sont prévues pour éviter le refus d'embarquement des personnes en besoin de protection internationale (A)⁴⁵⁴. Cependant, ces dérogations sont tellement difficiles à mettre en œuvre que les transporteurs préfèrent ne pas pratiquer de distinction entre les migrants qui ne présenteraient pas les documents requis ; les refus d'embarquement sont prononcés sans distinction (B).

⁴⁵¹ La photocopie ou la confiscation doivent être envisagées dans la mesure où l'une des pratiques des trafiquants est de récupérer les documents falsifiés pendant le voyage ou de demander aux personnes de les faire disparaître avant l'arrivée.

⁴⁵² E. FELLER, « Carrier Sanctions and International Law », *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵³ CE, arrêt du 14 juin 2002, *Ministre de l'Intérieur contre Compagnie nationale Air France*, n° 228549.

⁴⁵⁴ K. HAILBRONNER, C. CARLITZ, « European Synthesis Report on the Implementation of Directive 2001/51/EC on Carriers Liability », *op. cit.*, pp. 30-36.

A. La possibilité théorique de distinguer les personnes en besoin de protection internationale

165. L'annexe IX de la Convention de Chicago⁴⁵⁵, les deux protocoles de Palerme⁴⁵⁶, l'article 26 de la Convention d'application de l'accord Schengen du 14 juin 1985⁴⁵⁷ et la directive de 2001 sur l'harmonisation des sanctions des transporteurs⁴⁵⁸ soulignent tous la nécessité d'articuler le mécanisme des sanctions avec le respect des obligations internationales des États de sanction en matière de droit international des droits de l'homme et de droit des réfugiés. Ces dispositions témoignent d'une conscience des États membres de l'Union d'une difficulté éventuelle d'articulation entre les droits des personnes en besoin de protection internationale et l'obligation d'imposer des sanctions aux transporteurs qui achemineraient des personnes non ou mal documentées⁴⁵⁹. Certains États membres ont donc décidé d'exempter les transporteurs qui achemineraient des migrants non ou mal documentés

⁴⁵⁵ Annexe IX, recommandation 5.4 « Les États contractants, par l'entremise de leurs pouvoirs publics, consulteront l'exploitant d'aéronefs sur le calendrier d'exécution du refoulement de la personne jugée non admissible, afin de donner à l'exploitant d'aéronefs un délai raisonnable pour procéder au refoulement de la personne sur ses propres services ou pour prendre d'autres dispositions à cet effet. Note. — La présente disposition ne doit en aucune manière être interprétée comme une autorisation de renvoyer quiconque demande asile dans le territoire d'un État contractant vers un pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social particulier ou de ses opinions politiques ».

⁴⁵⁶ Ces clauses de sauvegarde figurent à l'article 19-1 du Protocole contre le trafic illicite de migrants et à l'article 14-1 du Protocole contre la traite des êtres humains. Les deux articles sont rédigés de la même manière : « Aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé ».

⁴⁵⁷ Convention d'application de l'accord Schengen, article 26-1 « Sous réserve des engagements qui découlent de leur adhésion à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967, les Parties Contractantes s'engagent à introduire dans leur législation nationales les règles suivantes (...) ». Article 26-2 « Les Parties Contractantes s'engagent, sous réserve des engagements qui découlent de leur adhésion à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967 et dans le respect de leur droit constitutionnel, à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie aérienne ou maritime d'un État tiers vers leur territoire, des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis ».

⁴⁵⁸ Directive 2001/51/CE, préambule, point 3 « L'application de la présente directive ne porte pas préjudice aux engagements qui découlent de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967 » ; article 4 « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les sanctions applicables aux transporteurs en vertu de l'article 26, paragraphes 2 et 3, de la Convention de Schengen sont dissuasives, effectives et proportionnelles (...) 2. Le paragraphe 1 s'applique sans préjudice des obligations des États membres lorsqu'un ressortissant de pays tiers demande à bénéficier d'une protection internationale ».

⁴⁵⁹ T. RODENHAUSER, « Another Brick in the Wall: Carrier Sanction and the Privatization of Immigration Control », *op. cit.*, p. 229.

lorsque ceux-ci manifestent leur besoin de protection. Ce transfert d'immunité de la personne en besoin de protection internationale au transporteur vise à éviter que le second n'empêche la première d'accéder aux procédures de l'asile⁴⁶⁰. En théorie, ces exonérations devraient permettre aux transporteurs de pratiquer la distinction entre les migrants afin de ne pas priver les personnes en besoin de protection internationale de l'exercice de leur droit de chercher l'asile.

166. Cependant, le champ d'application de ces exonérations est différent d'un État membre à l'autre⁴⁶¹. Tous s'appuient sur l'article 4-2 de la directive de 2001 mais tous ne l'appliquent pas de la même façon. Aucune tendance majoritaire ne se dégage. La moitié des États membres considèrent que l'expression « sans préjudice des obligations des États membres lorsqu'un ressortissant de pays tiers demande à bénéficier d'une protection internationale » signifie que les sanctions doivent être appliquées sans considération du devenir du passager sur le territoire de l'État dès lors que son entrée est irrégulière⁴⁶². L'autre moitié interprète la disposition comme interdisant de sanctionner les transporteurs si l'État lui-même n'a pas la possibilité de renvoyer la personne en vertu du principe de non-refoulement⁴⁶³. Dans les deux hypothèses, le transporteur n'a pas à réacheminer le passager en situation irrégulière qui manifeste son besoin de protection internationale. Le principe de non-refoulement interdit l'application de cette première branche de la sanction. En revanche, la question se pose du point de vue de l'amende qui peut être infligée au transporteur. Cette confusion relative à la pratique d'exemptions par les États membres provient de la directive elle-même. Les travaux préparatoires de celles-ci révèlent l'existence d'une vraie discussion autour des exemptions de sanctions pour le transport des personnes en besoin de protection internationale. Toutefois,

⁴⁶⁰ Du point de vue de la conformité de la directive avec la Convention de Genève, seule l'obligation de réacheminer les passagers non ou mal documentés sans examiner leurs craintes serait une violation du principe de non-refoulement (article 33). En effet, la Convention de Genève garantit l'immunité pénale aux personnes en besoin de protection internationale et non aux transporteurs (article 31). Par ailleurs, la Convention ne contient aucune disposition quant à l'obligation pour les États de ne pas empêcher les personnes d'accéder aux procédures de l'asile. Pour conclure à une telle obligation, il faut passer par les principes de bonne foi ou d'effet utile.

⁴⁶¹ K. HAILBRONNER, C. CARLITZ, « European Synthesis Report on the Implementation of Directive 2001/51/EC on Carriers Liability », *op. cit.*, pp. 30-36. Les auteurs proposent un exposé complet des pratiques des États membres ayant transposé la directive en 2007.

⁴⁶² (En 2007) Cette interprétation a été choisie par la Bulgarie, Chypre, la République tchèque, le Danemark, l'Estonie, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, Malte, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie.

⁴⁶³ (En 2007) C'est le cas de l'Autriche, la Belgique, la Finlande, la France, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

les débats n'ont abouti à aucune décision⁴⁶⁴. La rédaction de la directive demeure donc volontairement vague.

167. En outre, parmi les États membres qui pratiquent ce genre d'exonération, une autre question d'interprétation se pose : celle de l'étendue de l'exemption. En prenant appui sur l'article 78 TFUE, le Parlement européen⁴⁶⁵ et le HCR⁴⁶⁶ ont suggéré d'intégrer une exemption large et explicite englobant toutes les personnes qui manifesteraient un besoin de protection internationale⁴⁶⁷. Toutefois, il est possible d'avancer que l'introduction d'une exemption générale mettrait en danger l'efficacité du mécanisme. Il suffirait, en effet, que les passagers non ou mal documentés demandent l'asile à leur arrivée sur le territoire de l'Union, sans aucune garantie sur l'issue de la demande, pour que le transporteur soit exonéré de sa responsabilité. Le débat reste donc ouvert autour de l'expression « demande à bénéficiaire d'une protection internationale ».

168. Les pratiques des États membres peuvent être regroupées en deux situations. Dans la première hypothèse, des États membres remboursent ou abandonnent les sanctions dès lors que le passager entre dans le champ d'application du principe de non-refoulement, c'est-à-dire dès lors qu'il obtient l'une des protections internationales offertes par l'État (statut de réfugié, protection subsidiaire, protection temporaire, voire d'autres motifs d'admission humanitaire prévus par les droits internes). Dans la seconde hypothèse, les États lèvent les sanctions lorsque le passager dépose une demande d'asile sans considération pour l'issue de celle-ci. Cette confusion rend la pratique de la distinction des personnes en besoin de protection internationale parmi les migrants non ou mal documentées particulièrement complexe pour les transporteurs. Ceux-ci devraient être au fait de toutes les différences opérées par les États membres pour adapter les contrôles des documents de voyage avant

⁴⁶⁴ Le compte rendu du Conseil de Luxembourg du 28 juin 2001 durant lequel la directive a été adoptée n'a pas été rendu public. Cependant, il est possible de constater les évolutions au travers des différents documents qui sont ressortis des travaux préparatoires. Projet de directive soumis par la France transmis au secrétariat général du Conseil le 16 juin 2000, 2000/C269/06. Projet de directive amendé par le Conseil, n° 14074/00 FRONT 67 COMIX 868 du 29 novembre 2000. Rapport du Parlement européen adopté le 13 mars 2001, A5-0069/2001. Directive 2001/51/CE finalement adoptée.

⁴⁶⁵ Rapport A5-0069/2001 du 28 février 2001 par T. KIRKHOPE (Commission LIBE), amendement 5.

⁴⁶⁶ HCR, « Tool Boxes on EU Asylum Matters, Tool Box II: The instruments », pp. 565-566, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/466946c72.html>].

⁴⁶⁷ TFUE, article 78-1 « L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement. Cette politique 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 ».

chaque embarquement en fonction de l'État membre de destination. Cette complexité et les lourdeurs des sanctions appliquées en cas de différence d'interprétation sur la situation du passager entre le transporteur et l'État de destination rendent la distinction impossible en pratique.

B. L'impossibilité pratique d'éviter les refus d'embarquement à l'encontre des personnes en besoin de protection internationale

169. L'application des mesures d'exonération de sanctions des transporteurs signifie que ceux-ci pourraient laisser embarquer, sans les documents requis, les personnes dont ils pensent qu'elles seraient susceptibles d'entrer dans le cadre des personnes en besoin de protection internationale justifiant la levée des amendes prévues. Cependant, deux catégories de motifs empêchent les transporteurs de procéder à l'évaluation des chances d'entrer dans le cadre, et des risques de se voir infliger une sanction si tel n'était pas le cas, au moment de l'embarquement. En premier lieu, l'évaluation des besoins en matière de protection internationale ne peut pas être conduite par les agents des compagnies de transport. Ceux-ci ne sont pas formés aux méthodes de détermination du statut ou à l'évaluation des risques dans le cadre de la protection subsidiaire. Ils le sont encore moins concernant toutes les subtilités des droits internes en matière de protection humanitaire complémentaire⁴⁶⁸. En outre, les agents des compagnies de transport ne sont pas des officiers de l'État en charge de l'application de la politique de l'asile. Or, l'octroi d'une protection internationale est une compétence régaliennne. Par ailleurs, les personnes en besoin de protection internationale ne bénéficient, au moment de l'embarquement, d'aucune des conditions procédurales et matérielles requises par les directives « Procédure »⁴⁶⁹ et « Accueil »⁴⁷⁰ pour formuler leur demande de protection internationale dans des conditions dignes. Aucun interprète, aucune

⁴⁶⁸ HCR, Excom Standing Committee, Interpretation of Asylum Seekers and Refugees : The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach, *op. cit.*, pt. 17. Certains États de l'Union européenne, notamment la France et la Hongrie, prévoient l'octroi d'une protection humanitaire aux victimes de traite des êtres humains par exemple.

⁴⁶⁹ La directive « Procédure » harmonise les procédures selon lesquelles les demandes d'asile formulées sur le territoire des États membres doivent être examinées. Des garanties procédurales y sont consacrées : obligation d'information et de conseil, décisions prises par les autorités responsables de la détermination à l'issue d'un examen approprié, entretien personnel, décisions individuelles, objectives et impartiales, formation des agents, droit de recours effectif contre les rejets, interprétariat, conseil et assistance juridique, *etc.*

⁴⁷⁰ La directive « Accueil » fixe des conditions matérielles d'accueil afin de garantir un niveau de vie digne pour toutes les personnes qui formuleraient une demande d'asile sur le territoire des États membres.

assistance juridique n'est disponible. Aucune obligation d'information sur les critères et la procédure de l'asile ne pèse sur les compagnies de transport. Ainsi, les entretiens individuels nécessaires à l'évaluation des demandes de protection internationale ne sont pas réalisables.

170. En second lieu, l'exonération de la sanction n'intervenant qu'*a posteriori*, les transporteurs qui voudraient laisser embarquer les personnes non ou mal documentées mais en besoin de protection internationale devraient se livrer à des prédictions sur l'issue de la demande d'admission au séjour au titre de l'asile et/ou sur la demande de protection internationale. L'enjeu de la justesse de ces mises sur l'avenir est assez lourd. Dans certains cas, l'impression du transporteur sera validée par l'État de destination et la sanction sera évitée tandis que dans d'autres cas le transporteur devra supporter les coûts des sanctions et ainsi payer son erreur d'évaluation. Or, outre la confusion engendrée par les divergences d'interprétation et de champs d'application des exemptions, la prédictibilité de l'issue d'une demande de protection internationale formulée au sein de l'Union européenne est particulièrement ardue. Si les conditions de procédures, d'accueil et de qualification ont été harmonisées par l'élaboration d'un régime européen d'asile commun, les résultats d'une demande restent statistiquement très différents d'un État membre à l'autre⁴⁷¹.

171. Cette « privatisation du droit d'asile » n'est donc en pratique guère réaliste pas plus qu'elle ne paraît souhaitable ou opportune⁴⁷². Le risque financier est tel que les compagnies ont tout intérêt à refuser d'autoriser l'embarquement de toute personne non ou mal documentée sans chercher à savoir si celle-ci pourrait prétendre ou non à une protection internationale. Le risque d'une discrimination basée sur la nationalité ou l'ethnicité des passagers en fonction des tendances de l'asile en Europe est assez fort⁴⁷³.

⁴⁷¹ À titre d'exemple, selon les données consultables sur le site d'Eurostat, en 2017, 52 % des demandes formulées par des ressortissants afghans ont reçu une réponse positive en Allemagne alors que le taux de succès pour les ressortissants afghans en France était de 84 %. Or, les conditions d'examen et d'accueil sont relativement similaires entre les deux pays, table ronde organisée par France terre d'asile et Henrich BOLL STIFTUNG, « Asile-immigration : Allemagne-France, des modèles d'accueil divergents, des questions européennes communes », 6 avril 2018, Paris, Assemblée nationale.

⁴⁷² C. LANTERO, « La politique de sanction des transporteurs », *op. cit.*, p. 277.

⁴⁷³ Amnesty International, « No flights to Safety », *op. cit.*

Conclusion du Chapitre 1

172. En conclusion, l'instauration en droit de l'Union européenne d'un mécanisme de sanctions lourdes infligées aux transporteurs internationaux de passagers maritimes, aériens et routiers qui débarqueraient des personnes non ou mal documentées sur le territoire des États membres de l'Union est l'un des moyens déployés par ces derniers pour étendre leur zone d'influence en matière de contrôles migratoires jusqu'au territoire des États tiers. Malgré quelques clauses de sauvegarde visant à permettre la distinction des personnes en besoin de protection internationale, les refus d'embarquement sont prononcés par les transporteurs à l'égard de passagers non ou mal documentés indépendamment de leur situation personnelle au regard du droit d'asile. L'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière l'emporte ici sur la nécessité de permettre l'accès aux procédures de l'asile aux personnes qui en manifestent le besoin. Par ce mécanisme, la technique du transfert contraint de prérogatives de puissance publique à des acteurs privés permet aux États membres de renforcer l'obligation de visa qui pèsent indistinctement sur les ressortissants de certains États tiers, dont la plupart des États d'origine des personnes en besoin de protection internationale. En effet, les personnes dépourvues de ce visa n'ont quasiment aucune chance de pouvoir embarquer sur un appareil de transport sécurisé. Privées de visa, elles se trouvent également contraintes d'emprunter des routes migratoires clandestines, plus dangereuses. Pour autant, même sur celles-ci, les personnes en besoin de protection internationale ne sont pas à l'abri d'autres mécanismes d'interception susceptibles de ralentir leur progression. Outre la privatisation des contrôles migratoires, les États membres de l'Union européenne démultiplient les effets de leur politique migratoire par l'implication, plus ou moins volontaire, des États tiers de départ ou de transit.

Chapitre 2. L'extension des contrôles migratoires par l'implication des États tiers

173. En complément du mécanisme de sanction des transporteurs, qui permet l'entrave des départs des personnes non ou mal documentées uniquement dans les zones de départ officielles (c'est-à-dire les ports, les aéroports ou les gares routières), le droit de l'Union européenne prévoit plusieurs autres mécanismes d'interception tout au long du parcours migratoire. Conformément à la définition qui en a été donnée, l'interception est par essence extraterritoriale⁴⁷⁴. En conséquence, ces opérations peuvent être réalisées en haute mer ou sur le territoire terrestre ou maritime des États tiers. Or, compte tenu du fait que les États membres de l'Union ne peuvent pas exercer leurs pouvoirs de police sur le territoire des États tiers, il faut, dès lors, qu'ils obtiennent le consentement de ces derniers lorsqu'ils envisagent de mener des activités visant l'interception des personnes non ou mal documentées sur leur territoire. L'implication nécessaire des États tiers dans la mise en œuvre des outils de la politique migratoire de l'Union européenne permet *in fine* à celle-ci d'étendre la zone géographique couverte par les opérations de contrôle migratoire menées dans son intérêt.

174. Toutefois, pour les États tiers de départ ou de transit, la lutte contre l'immigration irrégulière à destination des États membres qui sollicitent leur implication présente relativement peu d'intérêts⁴⁷⁵. En effet, du point de vue des États tiers, l'immigration irrégulière peut apporter toute une série d'avantages. Premièrement, ces avantages peuvent être économiques. Bien souvent, la diaspora constitue l'une des premières sources de revenus des membres de la famille restés au pays⁴⁷⁶. Deuxièmement, dans certains États tiers tels que le Mali, l'opinion publique a déjà eu l'occasion d'exprimer son désaccord avec la coopération aux opérations de lutte contre l'immigration irrégulière vers l'Union européenne⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Cf. *supra*, §135.

⁴⁷⁵ Migreurop, la Cimade, Rapport d'observation « Coopération UE-Afrique sur les migrations, Chroniques d'un chantage, Décryptage des instruments financiers et politiques de l'UE », décembre 2017, p. 11, en ligne [https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2017/12/Cimade_Cooperation_UE_Afrique.pdf].

⁴⁷⁶ Pour des données chiffrées voir R. FAINI, « Migrations et transferts de fonds. Impact sur les pays d'origine », *Revue d'économie du développement*, vol. 15, 2007/2, pp. 153-182.

⁴⁷⁷ A. BADRA HAÏDARA, « Accord de gestion concertée des flux migratoires : La société civile mobilisée pour que le Mali ne signe pas l'accord », *L'Indépendant*, 6 janvier 2009 ; Y. KONATE, « L'accord de

Troisièmement, bien que l'un des leviers de l'Union européenne soit financier, les charges économiques, et parfois politiques, engendrées par ces coopérations peuvent venir remettre en question l'implication de certains États tiers⁴⁷⁸.

175. En conséquence, l'Union européenne et ses États membres multiplient les stratégies pour obtenir la participation des États tiers à la mise en œuvre des mécanismes d'interception des personnes non ou mal documentées sur leur territoire⁴⁷⁹. L'adhésion des États tiers peut se manifester par des accords plus ou moins formels et plus ou moins contraignants⁴⁸⁰. Certains des accords concernent spécifiquement la gestion concertée des flux migratoires et de l'asile⁴⁸¹ ; tandis que d'autres accords concernent des domaines autres ou plus vastes mais contiennent des dispositions relatives à la politique migratoire⁴⁸². Certains de ces accords sont

réadmission France-Mali : Encore du suspens pour nos compatriotes sans papiers de l'hexagone », *Le Zénith Balé*, n° 1118, 12 janvier 2009 ; « *Sit-in* de l'Association Malienne des Expulsés (AME) hier devant l'Assemblée nationale. La police disperse brutalement les manifestants », *L'indépendant*, n° 1981, 18 juin 2008, p. 3 ; « Sommet euro-africain sur l'immigration : la société civile organise un contre-sommet », *Le Républicain*, 10 septembre 2008 ; C. LECADÉ, « Accords de réadmission : tensions et ripostes », *op. cit.* pp. 15-18.

⁴⁷⁸ Sur les conséquences économiques de la lutte contre l'immigration irrégulière au Niger, Migreurop et de la Cimade, Rapport d'observation « Coopération UE-Afrique sur les migrations, Chroniques d'un chantage, Décryptage des instruments financiers et politiques de l'UE », décembre 2017, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁴⁷⁹ C. BILLET, « La « boîte à outils » de la coopération entre l'Union européenne et les États tiers en matière d'asile », in C. BILLET, E. d'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, Paris, Mare & Martin, 2021, pp. 167-198.

⁴⁸⁰ En application de l'article 4 TFUE, les États membres et l'Union européenne sont habilités à conclure des traités dans le domaine relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que dans le domaine de la coopération au développement et l'aide humanitaire. La compétence est donc partagée. De plus en plus d'accords ne sont pas des traités au sens de l'article 2.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Ils relèvent la *soft law*. Les raisons de ce recours au droit mou sont diverses : rapidité, fluidité, évitement du contrôle démocratique, évitement du contrôle juridictionnel. Sur ce sujet, voir entre autres J.-P. CASSARINO, « Informalising Readmission Agreements in the EU Neighborhood », *The international spectator*, vol. 42, 2007, p 185 ; M.-L. BASILIE-GAINCHE, « XIII. Les personnes particulièrement vulnérables – Les migrants et les réfugiés », in A. AILINCAI, « La soft law dans le domaine des droits fondamentaux », *RTDH*, 1^{er} avril 2018, p. 449 ; M. -L. BASILIE-GAINCHE, « L'emprise de la soft law dans la gestion des migrations en Europe », in M. BENLOLO-CARABOT, *Union européenne et migrations*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 155-178 ; L. IMBERT, « La coopération sans le(s) droit(s) : le foisonnement des accords « injusticiables » avec les pays tiers », *Plein droit*, n°114, 2017/3, pp. 45-48.

⁴⁸¹ À titre d'exemple, il est possible de citer l'accord bilatéral signé par la France et la Tunisie le 28 avril 2008 intitulé « Protocole relatif à la gestion concertée des migrations ». Par cet accord, la France fixe un contingent annuel de délivrance d'autorisation d'entrée et/ou de séjour à 3500 personnes dont les qualifications leur permettent d'exercer l'un des 77 métiers listés en annexe de l'accord et considérés comme des métiers en tension, c'est-à-dire en besoin de main-d'œuvre étrangère.

⁴⁸² Depuis 1999, des clauses de réadmission doivent être insérées dans tous les accords européens d'association et de coopération avec les États tiers, voir décision du Conseil de l'Union européenne du 25 novembre 1999, Conséquences de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam sur les clauses de réadmission dans les accords communautaires et dans les accords entre la Communauté européenne, ses États membres et des pays tiers (accords mixtes), n° 13409/99. À titre d'exemple, on peut citer l'accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la

conclus par les États membres⁴⁸³ tandis que d'autres sont signés directement par l'Union européenne⁴⁸⁴. Certains de ces accords contiennent des engagements ou des déclarations politiques⁴⁸⁵ alors que d'autres prévoient des dispositions plus techniques ou opérationnelles⁴⁸⁶. Dans tous les cas, eu égard au déséquilibre qui peut exister dans certains

Communauté européenne et ses États membres, signé à Cotonou le 23 juin 2000, article 13-5, c). Un nouvel accord de partenariat est en cours de négociation ; dans la version paraphée le 15 avril 2021 par les négociateurs, l'article 74 reprend la clause de réadmission, Communiqué de presse de la Commission européenne, « Conclusion des négociations post-Cotonou sur un nouvel accord de partenariat UE - Afrique – Caraïbes – Pacifique », 15 avril 2021, en ligne [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2291]. Voir également, Cour des comptes européenne, « Coopération de l'UE avec les pays tiers en matière de réadmission : des actions pertinentes, mais peu de résultats », rapport spécial, 2021, p. 9, en ligne [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_17/SR_Readmission-cooperation_FR.pdf].

⁴⁸³ À titre d'exemple, on peut citer le *memorandum* d'entente signé entre l'Espagne et le Sénégal le 24 août 2006 dans le contexte de la « crise des pirogues » (expression utilisée par la presse espagnole pour désigner les arrivées croissantes d'embarcations en provenance du Sénégal à partir de mai 2006 sur les côtes des îles Canaries). Le texte de l'accord est inaccessible. Toutefois, il figure dans la liste des accords bilatéraux publiée par le ministère des Affaires étrangères du Sénégal. Son contenu a été repris par la presse espagnole notamment suite à la conférence de presse donnée conjointement, le 5 décembre 2006, par les présidents espagnols et sénégalais annonçant la conclusion d'un accord dans le cadre de la coopération migratoire.

⁴⁸⁴ En vertu de l'article 79-3 TFUE qui prévoit spécifiquement la conclusion d'accords de réadmission l'Union européenne a conclu des accords avec les États tiers suivants (en mai 2019) : Hong-Kong (2004), Macao (2004), Sri Lanka (2005), Albanie (2006), Russie (2007), Ukraine (2008), Macédoine (2008), Bosnie-Herzégovine (2008), Monténégro (2008), Serbie (2008), Moldavie (2008), Pakistan (2010), Géorgie (2011), Arménie (2014), Azerbaïdjan (2014), Turquie (2014), Cap-Vert (2014). Par ailleurs, des négociations sont ouvertes avec les États suivants : Maroc, Chine, Algérie, Bélarus, Tunisie, Mali, Nigéria. De plus, en application de l'article 54 du Règlement (UE) 2016/1624 qui décline les modalités de coopération entre Frontex et les États tiers, l'Union européenne peut signer des « accords sur le statut » dès lors qu'il est envisagé de déployer des équipes dans un pays tiers dans le cadre d'actions où les membres des équipes exercent des pouvoirs d'exécution, ou lorsque d'autres actions dans des pays tiers le requièrent ». Cette possibilité a été inaugurée en 2018 avec l'Albanie (Décision (UE) n° 2018/1031 du Conseil du 13 juillet 2018 relative à la signature, au nom de l'Union, de l'accord sur le statut entre l'Union européenne et la République d'Albanie relatif aux actions menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire de la République d'Albanie) et la Macédoine (Décision (UE) n° 2018/1535 du Conseil du 28 septembre 2018 relative à la signature au nom de l'Union, de l'accord sur le statut entre l'Union européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine en ce qui concerne les actions menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire de l'ancienne République yougoslave de Macédoine). En 2019, un accord sur le statut a été conclu avec le Monténégro (Décision (UE) n° 6846/19 du 12 mars 2019, Accord sur le statut entre l'Union européenne et le Monténégro en ce qui concerne les actions menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire du Monténégro).

⁴⁸⁵ Sur ce point, plus particulièrement sur la nature de la Déclaration UE-Turquie, voir O. CORTEN, « Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du « machin » conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile ? », 10 juin 2016, en ligne [<https://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/>].

⁴⁸⁶ En application de l'article 54 du Règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes a la possibilité de conclure des « arrangements de travail » directement avec les autorités des États tiers. Ces arrangements doivent être préalablement approuvés par la Commission et Frontex doit en informer le Parlement européen. Ces arrangements ne peuvent concerner que des dispositions strictement techniques ou opérationnelles. Tout accord qui dépasserait ces objectifs serait un « accord sur le statut » qui doit être conclu par l'Union européenne selon la procédure définie par l'article 218 TFUE de conclusion des traités.

cas dans le rapport de force entre les États tiers d'un côté et les États membres, pris individuellement ou collectivement, de l'autre, la question de la liberté du consentement des premiers aux propositions des seconds peut être posée. Bien entendu, cette interrogation vaut dans bien d'autres domaines. Cependant, il est important de noter qu'en matière migratoire, outre les contreparties logiques à des obligations réciproques, telles que le financement des infrastructures nécessaires à la prise en charge des personnes renvoyées ou contenues sur le territoire des États tiers en échange de la conclusion d'un accord de réadmission⁴⁸⁷, les autorités européennes ont également recours à la conditionnalité ou au fléchage de l'aide au développement pour obtenir l'adhésion des États tiers à la mise en œuvre de leur politique migratoire⁴⁸⁸. En tout état de cause, l'Union européenne et ses États membres profitent de l'implication des États tiers pour maximiser les effets de leur politique migratoire au-delà des frontières extérieures européennes, et ce de différentes manières. En premier lieu, les autorités européennes, sous réserve du consentement des États tiers, peuvent déployer leurs agents directement sur le territoire des États tiers (**Section 1**). En second lieu, il arrive parfois que l'Union européenne délègue la prise en charge des personnes en besoin de protection internationale candidates à la migration vers l'Europe aux autorités des États tiers (**Section 2**).

Frontex a signé un arrangement de travail avec les autorités de la mission EUCAP Sahel Niger le 15 juillet 2022, cf. communiqué de presse de Frontex du 15 juillet 2022, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-signs-working-arrangement-with-eucap-sahel-niger-R8bj2Z>]. Par ailleurs, depuis juin 2021, Frontex est en cours de négociations pour conclure un arrangement de travail avec la mission EUBAM Libya et la mission italienne d'assistance et de soutien aux garde-côtes libyens, cf. Parlement européen, answer given by High Representative/Vice-President Borelli i Fontelles on behalf of the European Commission, 13 mai 2022, en ligne, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001077-ASW_EN.html].

⁴⁸⁷ Dans le cadre de la Déclaration Union-européenne Turquie du 18 mars 2016, l'Union européenne s'est engagée à financer la création et la gestion de camps en Turquie en échange de l'engagement de la Turquie à contrôler étroitement ses frontières afin d'entraver les départs des personnes non autorisées à l'entrée sur le territoire des États membres, Communiqué de presse du conseil européen, 18 mars 2016, principalement les points 3 et 6, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>]. Dans le même ordre d'idée, des financements européens ont permis la création d'un centre polyvalent d'informations sur les dangers de la migration irrégulière à Agadez au Niger en 2016. Le centre est géré par l'OIM, voir communiqué du 7 avril 2016 « L'OIM au Niger ouvre un centre d'information pour les migrants à Agadez », en ligne [<https://www.iom.int/fr/news/loim-au-niger-ouvre-un-centre-dinformation-pour-migrants-agadez>].

⁴⁸⁸ Alors que l'aide au développement est soumise au principe de l'appropriation par l'État bénéficiaire et qu'elle devrait être orientée vers des actions visant à réduire durablement la pauvreté et les inégalités, il arrive qu'une part de l'aide publique au développement versée par l'Union européenne à certains États tiers finance directement des projets de contention des migrants sur leur territoire. Voir la répartition des aides au développement versées par l'Union européenne au Sénégal, au Mali et au Niger en 2016 dans le Rapport d'observation Migreurop et de la Cimade, Rapport d'observation « Coopération UE-Afrique sur les migrations, Chroniques d'un chantage, Décryptage des instruments financiers et politiques de l'UE », *op. cit.*, pp. 48-51.

Section 1. La coopération des États membres et des États tiers sur le territoire des États tiers

176. La première modalité d'implication des États tiers dans la mise en œuvre de la politique migratoire européenne est la coopération avec les États membres directement sur leur territoire. À ce titre, les autorités des États tiers peuvent consentir à la présence d'agents de l'Union et/ou des États membres sur leur territoire dans l'objectif de mener des opérations de contrôle migratoire. Ces opérations sont menées en relation avec les autorités des États tiers. D'une part, les États tiers peuvent consentir au déploiement d'officiers de liaison immigration sur leur territoire (§1). D'autre part, ils peuvent également accepter de coopérer aux opérations d'interception menées par les États membres en haute mer (§2).

§1. Le déploiement d'officiers de liaison immigration sur le territoire des États tiers

177. La présence des États membres sur le territoire des États tiers se manifeste notamment par le déploiement d'officiers de liaison immigration. Ceux-ci ont un rôle déterminant sur l'adhésion des États tiers aux sollicitations de coopération de l'Union européenne en matière migratoire. Pourtant, leur existence est relativement mal connue. Le déploiement d'officiers de liaison immigration a d'abord constitué une pratique des États avant d'être appréhendé par le droit international et le droit de l'Union (A). Toutefois, les efforts d'encadrement et d'harmonisation n'ont pas suffi à lever l'opacité qui entoure l'existence même de ces agents (B).

A. Les fondements juridiques et finalités du déploiement

178. Le développement de la stratégie de déploiement des officiers de liaison immigration représentant les intérêts des États de destination directement dans les lieux de départ ou de transit des migrants non ou mal documentés a donné lieu à un foisonnement de normes. Le droit international offre quelques fondements spécifiques à leur déploiement dans les États tiers (1). Le droit de l'Union européenne, de son côté, vise à tisser un réseau d'officiers de liaison afin de maximiser les effets de leur présence (2).

1. En droit international

179. Dans les années 1990, certains États ont commencé à envoyer des agents dans des États tiers afin de représenter leurs intérêts en matière migratoire. Le Canada et l’Australie ont ouvert la voie en 1989⁴⁸⁹. Le Royaume-Uni et les Pays-Bas ont été les premiers pays européens à initier des programmes de liaison dans certains aéroports en 1993 et 1994⁴⁹⁰. Les Pays-Bas ont rapidement assumé le fait de déployer des officiers de liaison dans les pays d’origine des réfugiés (Sri Lanka, Russie et Guinée) pour réduire les entrées irrégulières. À la même période, des garde-frontières allemands étaient envoyés dans des aéroports étrangers pour contrôler directement les passeports et visas des passagers aux côtés des agents des compagnies aériennes. Toutefois, leur présence était moins assumée puisqu’ils se faisaient passer pour des agents de transport en portant les mêmes uniformes⁴⁹¹.

180. Le droit international n’offre aucun cadre général au déploiement d’officiers de liaison immigration mais les pratiques étatiques ont toutefois été appréhendées de façon éparse dans des conventions liées au transport international de passagers. En effet, l’une des missions des officiers de liaison immigration est d’assister les compagnies de transport international de passagers dans l’exécution de leur obligation de contrôler la validité des documents de voyage des personnes embarquant à bord de leurs engins. La Convention de Chicago relative à l’aviation civile internationale de 1944⁴⁹² et la Convention de 1965 visant à faciliter le trafic maritime international⁴⁹³ encouragent toutes deux la conclusion d’arrangements entre les États contractants et entre les États contractants et les transporteurs pour permettre le détachement d’officiers de liaison en vue d’assister les transporteurs privés à établir la validité et l’authenticité des documents et lutter contre la fraude documentaire. Cependant, ces conventions ne définissent ni le statut ni les missions des officiers de liaison. L’*International Air Transport Association*, déplorant ce manque de précision, a élaboré un bref code de conduite

⁴⁸⁹ V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁹⁰ S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *op. cit.*, pp. 137-138.

⁴⁹¹ V. GUIRAUDON, « Enlisting Third Parties in Border Control: a Comparative Study of its Causes and Consequences », in M. CAPARINI, O. MARENIN (eds.), *Border and Security Governance. Managing Borders in a Globalised World*, LIT Verlag, Munster, 2006, p. 78.

⁴⁹² Standard 3,33, Annexe IX à la Convention de Chicago relative à l’aviation civile internationale, « Il est recommandé que les États contractants envisagent de prendre des dispositions avec d’autres États contractants pour permettre le détachement de personnel de liaison aux aéroports afin d’aider les exploitants d’aéronefs à établir la validité et l’authenticité des documents de voyage des personnes à l’embarquement ».

⁴⁹³ Standard 3.3.7, Convention FAL, « Les Gouvernements contractants et les armateurs doivent, dans la mesure du possible, coopérer pour établir la validité et l’authenticité des passeports et des visas ».

des officiers de liaison en octobre 2002⁴⁹⁴. Ce dernier n'a aucune valeur contraignante et ne vise qu'à promouvoir une certaine constance et coopération entre les officiers de liaison représentant les États de destination et les transporteurs privés sur le terrain. Il détaille les missions des officiers de liaison auprès des transporteurs aériens uniquement.

181. Comme les y encouragent les conventions internationales relatives au transport de passagers maritime et aérien, les États déployant des officiers de liaison immigration sur le territoire d'États tiers doivent en principe obtenir le consentement de ces derniers. Le déploiement d'officiers de liaison entre donc dans les modalités de coopération des États membres de l'Union européenne avec les États tiers de départ ou de transit. À ce titre, il peut faire l'objet d'accords de coopération migratoire entre ces deux parties. Toutefois, l'opacité qui entoure à la fois l'existence même des officiers de liaison immigration et les accords de coopération migratoire ne permet pas de présenter une analyse détaillée de leur présence ou de leurs activités⁴⁹⁵. L'un de ces accords de coopération a toutefois été rendu public. Il s'agit du traité de Prüm, autrement appelé la Convention Schengen plus. Cet accord a été signé le 27 mai 2005 par sept États membres de l'Union européenne souhaitant approfondir la coopération transfrontalière en vue de lutter plus efficacement contre le terrorisme, la criminalité et la migration illégale⁴⁹⁶. Ce traité incitait à l'envoi conjoint par les États contractants d'officiers de liaison experts en faux documents dans les États tiers stratégiquement placés sur les routes migratoires⁴⁹⁷. D'abord conclu en marge du droit de

⁴⁹⁴ Code of conduct for immigration liaison officers, IATA/Control Authorities Working Group, octobre 2002, IATA/CAWG C0694/09/02. Le Code de conduite est un document de 3 pages uniquement dédié à la coopération spécifique entre les officiers de liaison et les transporteurs aériens. L'IATA est une organisation non gouvernementale qui endosse une fonction de service public international pour compléter l'action de l'OACI. L'IATA remplit une mission de standardisation et normalisation des pratiques dans le secteur aérien. Les normes produites ont une réelle autorité à défaut d'être juridiquement contraignantes. Voir notamment, M. GUINCHARD, « L'international Air Transport Association », *AFDI*, vol.2, 1956, pp. 666-672.

⁴⁹⁵ Il est toutefois possible de souligner qu'en 2018, 492 officiers de liaison étaient déployés par des États membres de l'Union européenne dans 105 pays tiers, cf. Commission, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la création d'un réseau européen d'officiers de liaison immigration, 16 mai 2018, COM (2018) 303 final, p. 2.

⁴⁹⁶ Par une décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, le Conseil a transformé ce traité en instrument juridique liant tous les États membres de l'Union. Plusieurs décisions d'exécution ont suivi.

⁴⁹⁷ Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, adopté le 27 mai 2005, entré en vigueur en novembre 2006 (dit Traité de Prüm), article 20.

l'Union européenne, il a ensuite intégré l'acquis communautaire Schengen. Les dispositions de cet accord figurent aujourd'hui, en droit de l'Union, aux côtés des normes qui encadrent le mécanisme de déploiement des officiers de liaison.

2. En droit de l'Union européenne

182. En droit de l'Union, le déploiement d'officiers de liaison est une compétence partagée⁴⁹⁸. Ainsi, les États membres, les institutions et les agences européennes peuvent envoyer des agents représenter leurs intérêts en matière migratoire sur le territoire d'États tiers. Le droit de l'Union régit la mise en réseau de ces différents officiers de liaison afin d'optimiser l'impact de leurs actions sur le nombre d'entrées irrégulières sur le territoire européen.

183. D'une part, la création du réseau européen s'appuie sur l'article 74 TFUE qui dispose que le Conseil est chargé d'assurer la coopération administrative entre les services des États membres dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴⁹⁹. D'autre part, l'organisation du réseau découle du droit dérivé. La volonté de créer un réseau européen est apparue d'abord lors d'échanges intergouvernementaux autour de la politique extérieure. Par une position commune du 25 octobre 1996, le Conseil évoque les missions spécifiques des officiers de liaison immigration détachés dans les aéroports voire les ports maritimes des pays tiers de départ ou de transit. Il précise, par ailleurs, la nécessité d'inscrire le déploiement des officiers de liaison immigration dans le cadre d'un accord avec les autorités de l'État tiers⁵⁰⁰. Ensuite, l'acquis Schengen aborde également la question des officiers de liaison immigration. La convention d'application de l'accord Schengen évoque le déploiement des officiers aux articles 44, 47 et 125. La coopération entre les États membres est encouragée. Au moyen d'un accord bilatéral ou multilatéral, les États membres peuvent consentir à ce que l'officier de liaison d'un autre État membre représente leurs intérêts sur le territoire d'un État tiers. En ce

⁴⁹⁸ Règlement (UE) 2019/1240 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à la création d'un réseau européen d'officiers de liaison « immigration », article 1.

⁴⁹⁹ Article 74 TFUE « Le Conseil adopte des mesures pour assurer une coopération administrative entre les services compétents des États membres dans les domaines visés par le présent titre, ainsi qu'entre ces services et la Commission. Il statue sur proposition de la Commission, sous réserve de l'article 76, et après consultation du Parlement européen ».

⁵⁰⁰ Position commune du 25 octobre 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point a) du traité sur l'Union européenne, relative aux missions d'assistance et d'information effectuées en amont de la frontière, 96/622/JAI.

sens, les États parties doivent s'informer mutuellement de leurs intentions de déploiement. Le Comité exécutif Schengen a dessiné un plan de coordination des déploiements dans les aéroports, les ports maritimes et les représentations consulaires en 1998. Il a également dressé une liste des endroits considérés opportuns pour des nominations conjointes⁵⁰¹. Le plan comprend l'obligation de désigner des points de contact centraux afin de développer un réseau d'officiers autour d'eux. Plusieurs guides, lignes directrices et déclarations jointes ont été adoptés par la suite dans le but d'harmoniser les pratiques étatiques. Par ailleurs, l'annexe VI du Code des frontières Schengen semble intégrer tacitement les officiers de liaison immigration au système de surveillance des frontières extérieures⁵⁰². En effet, les tâches habituellement confiées aux officiers de liaison y sont décrites mais confiées en termes plus généraux aux garde-frontières. D'ailleurs, la définition des garde-frontières entendue par le Code frontières comme « tout agent public affecté, conformément au droit national, soit à un point de passage frontalier, soit le long de la frontière ou à proximité immédiate de cette dernière et qui exerce, conformément au présent règlement et au droit national, des fonctions de contrôle aux frontières » peut aussi couvrir l'hypothèse des officiers de liaison immigration⁵⁰³. Cependant, l'Union européenne clarifie la situation des officiers de liaison par l'adoption d'un régime qui leur est spécifiquement dédié.

184. À partir de 2001, les autres institutions de l'Union européenne sont entrées en jeu afin d'organiser et d'intégrer le réseau des officiers de liaison immigration au droit de l'Union. Un premier réseau est établi dans les Balkans occidentaux⁵⁰⁴. Partant de cette expérience, le Conseil européen propose son extension et sa généralisation sur la base d'un projet grec. À cette époque, les officiers de liaison sont déjà largement présents dans les États tiers. Il s'agit de formaliser leur coopération. Lorsqu'il en vient à s'exprimer sur le projet, le Parlement européen alerte sur la nécessité d'y inclure des références aux principes démocratiques et aux droits fondamentaux afin d'encadrer les activités des officiers de liaison. Il évoque aussi une inquiétude quant à la protection des données personnelles récoltées par les officiers et

⁵⁰¹ Decision of the Executive Committee on coordinated deployment of document advisers (SCH Com-ex (98)59) et List of locations currently considered suitable for document adviser assignments and the designation of present key locations and regions (document SCH/I-Front (98) 184 rev 3), 2000.

⁵⁰² Code frontières Schengen, Annexe VI Modalités spécifiques relatives aux différents types de frontières et aux moyens de transport utilisés pour le franchissement des frontières extérieures.

⁵⁰³ *Ibid.*, article 2.14.

⁵⁰⁴ Communiqué de presse du Conseil « Justice et affaires intérieures », 28-29 mai 2001.

échangées dans le cadre du réseau⁵⁰⁵. Le premier règlement, adopté par le Conseil en 2004, ne tient pratiquement pas compte de ces observations⁵⁰⁶. Celui-ci définit vaguement le profil et les fonctions des officiers de liaison immigration, insistant surtout sur leur importance en matière de collecte d'informations relatives à l'immigration irrégulière et leur rôle pour faciliter les retours. Le règlement laisse les États membres déterminer plus précisément les missions des officiers de liaison. Toutes les références tant aux droits fondamentaux qu'aux droits des réfugiés suggérées par le Parlement européen ont été évitées. L'organisation en réseau est abordée principalement au travers d'une série d'outils opérationnels incluant des réunions régulières entre les officiers de liaison déployés par les États membres dans une même région afin de stimuler les échanges d'informations et d'expériences et d'harmoniser les positions sur les politiques migratoires pratiquées à l'égard des transporteurs et des pays tiers. Ce règlement a été amendé à deux reprises. En 2011⁵⁰⁷, d'abord, quelques changements significatifs ont été introduits. La Commission a cherché à renforcer l'organisation et le fonctionnement en réseau. Une référence expresse a été faite au système ICONet (*Information and Coordination Network for Member States' Migration Management Services*), une base de données permettant le stockage et l'échange immédiat d'informations entre tous les officiers européens⁵⁰⁸. La coopération entre les officiers de liaison et Frontex a également été formalisée. L'Agence a pleinement intégré le réseau notamment grâce à l'officialisation de sa connexion au système ICONet et de sa participation aux réunions entre officiers. De plus, dans le même temps, Frontex a obtenu le droit de déployer ses propres officiers de liaison

⁵⁰⁵ Rapport du 9 octobre 2003 sur l'initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration » (9870/2003 - C5-0260/2003 – 2003/0817 (CNS)).

⁵⁰⁶ Règlement du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration », 7 janvier 2004, 15 813/03.

⁵⁰⁷ Règlement (UE) n° 493/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 modifiant le règlement (VE) n° 377/2004 du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration ».

⁵⁰⁸ ICONet est un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des États membres chargés de la gestion des flux migratoires établi par la décision 2005/267/CE du Conseil du 16 mars 2005. Le fonctionnement de ce réseau est maintenant régi par le 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. Les informations collectées sont également intégrées au réseau mis en place dans le cadre du système EUROSUR actuellement régi par le Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur).

dans les États tiers⁵⁰⁹. Le règlement a de nouveau été amendé en 2019⁵¹⁰. Cette fois, plusieurs références aux droits fondamentaux des migrants et des réfugiés sont insérées pour encadrer les activités des officiers de liaison immigration. Particulièrement, les officiers sont encouragés à recevoir une formation au respect des droits fondamentaux⁵¹¹. Par ailleurs, la Commission peut, à son tour, déployer directement des officiers européens dans certains États tiers afin de renforcer la coopération entre officiers de liaison et avec les autorités des États tiers⁵¹². Le réseau européen comprend donc des officiers de liaison déployés par les États membres, la Commission et les agences de l'Union (principalement Frontex) dans les États tiers. Les déploiements conjoints par deux ou plusieurs États membres sont encouragés par un soutien financier de l'Union européenne. Un comité directeur placé au niveau de l'Union est chargé d'assurer la coordination de tous ces officiers afin d'éviter la duplication des actions et de favoriser la fluidité des échanges.

185. Le droit de l'Union prévoit ainsi un régime spécifiquement dédié aux officiers de liaison immigration particulièrement développé en ce qui concerne leur organisation et leur fonctionnement en réseau. La multiplication des organes susceptibles de déployer des tels agents et la faible publicité de leurs activités rendent toute systématisation impossible. Il est toutefois possible de présenter les missions principales prévues par le droit de l'Union.

B. Les missions des officiers de liaison immigration

186. Le droit de l'Union ne définit les missions, le profil et le statut des officiers de liaison immigration que de façon relativement vague, laissant toute liberté aux États membres de les encadrer de manière plus précise. Ainsi, l'étendue et le contenu matériel des missions des officiers sur le terrain dépendent de l'entité qui a décidé de leur déploiement. Par ailleurs, ces

⁵⁰⁹ Article 14-3 du Règlement (UE) n° 1168/2011 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, devenu l'article 55 du Règlement (UE) n° 2016/1624. Le site de Frontex donne la liste des officiers de liaison immigration déployés dans les États tiers par l'Agence : Turquie (2016), Niger (2017), Serbie (2017), Sénégal (2019), Albanie (2021), en ligne [<https://frontex.europa.eu/we-build/other-partners-and-projects/liaison-officers-network/>].

⁵¹⁰ Règlement (UE) 2019/1240 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à la création d'un réseau européen d'officiers de liaison « immigration ».

⁵¹¹ Préambule, point 4, point 16 ; article 3-2 ; article 8.

⁵¹² La liste des officiers de liaison immigration n'est pas accessible. Cependant, sur son site internet, la Commission recherchait un officier de liaison immigration pour les Balkans occidentaux pour un mandat de 2 ans à compter de 2023.

missions doivent être délimitées en accord avec l'État tiers qui accueille les officiers sur son territoire. Par conséquent, elles apparaissent très variées dans leur mise en œuvre. Il s'agit ici de recenser les activités principales que le droit de l'Union prévoit pour les officiers de liaison (1). Cet exercice permet d'analyser l'impact important que ces activités peuvent avoir sur la mobilité des personnes en besoin de protection internationale (2).

1. Des missions variées et peu encadrées

187. L'opacité des missions confiées aux officiers de liaison immigration est le produit de deux facteurs combinés. D'une part, aux termes de l'article 2 du règlement (UE) 2019/1240, les officiers de liaison immigration sont désignés et déployés, éventuellement de manière conjointe, dans un État tiers, pour une durée raisonnable, par les autorités compétentes d'un État membre, ou par la Commission ou par une agence de l'Union, pour traiter de questions liées à l'immigration, même lorsqu'il ne s'agit que d'une partie de ses fonctions. Outre les éventuelles formations communes facultatives que le Comité directeur doit proposer pour développer leurs compétences, aucun profil ou statut n'est précisément délimité pour désigner les officiers de liaison immigration européens. Cette définition particulièrement vague permet de recouvrir des réalités très différentes. Le traité de Prum prévoyait l'envoi de « conseillers en faux documents » sur le territoire des pays tiers⁵¹³. L'*International Air Transport Association* a utilisé quant à elle le terme d'officiers de liaison immigration, repris dans les documents de l'Union européenne. Au Royaume-Uni, la Chambre des Lords les a identifiés comme « *airline liaison officers* »⁵¹⁴.

188. D'autre part, la liste des missions susceptibles d'être remplies par les officiers de liaison demeure relativement vaste. Les missions mentionnées dans le Règlement (UE) 2019/1240 peuvent être délimitées de deux manières différentes. D'un côté, les officiers de liaison peuvent être déployés sur le territoire de pays tiers aux côtés de trois types d'acteurs. Premièrement, les officiers de liaison peuvent être envoyés auprès du personnel diplomatique et consulaire des représentations des États ou de l'Union européenne ainsi que d'une organisation internationale sur le territoire des États tiers⁵¹⁵. Deuxièmement, ils peuvent être

⁵¹³ Traité de Prum, article 20.

⁵¹⁴ House of Lords, Select Committee on European Union, « Written evidence by Border Control Heathrow / Airline Liaison Officer's Network », Home Office, 4 décembre 2007, en ligne [<https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/lducom/60/60we04.htm>].

⁵¹⁵ Règlement (UE) 2019/1240, article 2-2 a), c), d).

déployés auprès des autorités compétentes en matière de migration de l'État tiers qui les accueille afin de coopérer de manière plus étroite⁵¹⁶. Troisièmement, même si cette possibilité ne figure pas au sein du règlement de 2019, de nombreux indices démontrent que des officiers de liaison immigration sont déployés pour coopérer avec les compagnies de transport international de passagers⁵¹⁷. Cette fonction permet de renforcer l'efficacité du mécanisme de sanction des transporteurs. En plaçant un ou plusieurs officiers de liaison auprès des agents en charge du contrôle des documents d'identité des passagers, l'Union européenne et les États membres s'assurent de la diligence de ces derniers. Par ailleurs, la présence d'officiers de liaison permet de contrebalancer le dispositif de délégation de prérogatives de puissance publique à des acteurs privés. La responsabilité des transporteurs dans les conséquences éventuelles des refus d'embarquement sur les droits fondamentaux des passagers est ainsi atténuée. Par effet de vases communicants, le degré de contrôle des autorités publiques accréditantes sur les passagers refusés à l'embarquement peut s'en voir augmenté. En effet, la relation entre les transporteurs et les officiers de liaison est résolument hiérarchique. Les transporteurs contrôlent les documents de voyage de leurs passagers encadrés, en amont, par les conseils délivrés par les officiers déployés par les États de destination et, en aval, par la menace de sanctions prises par ces mêmes États⁵¹⁸.

189. D'un autre côté, il est possible de classer les missions des officiers de liaison d'un point de vue matériel en trois catégories. En premier lieu, les officiers de liaison œuvrent à la collecte et au partage d'informations et de renseignements dans le domaine des migrations internationales. Ces données couvrent, entre autres, les flux migratoires dans leur composition et leur destination provenant ou transitant par les pays tiers, les itinéraires empruntés pour atteindre le territoire des États membres, les organisations criminelles impliquées dans le trafic de migrants ou la traite des êtres humains présentes le long des routes migratoires, les incidents et événements survenus dans les pays tiers susceptibles de devenir une cause d'évolution des flux migratoires, les méthodes utilisées pour la contrefaçon ou falsification des documents de voyage. Ces informations ont vocation à être incorporées dans

⁵¹⁶ *Ibid.*, article 2-2 b).

⁵¹⁷ Code de conduite de l'International Air Transport Association, *op. cit.* Voir également, S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *op. cit.* J. GILBOY, « Implications of 'Third-Party' Involvement in Enforcement: The INS, Illegal Travelers, and International Airlines », *Law & Society Review*, vol. 31, 1997, pp. 507-508. F. NAMARA, « Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited », *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, 2013, p. 331.

⁵¹⁸ V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe*, *op. cit.*, p. 134.

le réseau européen. Elles visent, notamment, à optimiser les opérations d'interception organisées en coopération avec les États tiers de départ ou de transit⁵¹⁹.

190. En deuxième lieu, les officiers de liaison immigration mènent des opérations de formation, de conseil ou de soutien auprès des acteurs en charge des interceptions ou contrôles migratoires sur le territoire des pays tiers. Certains officiers de liaison proposent des formations à la détection de faux documents de voyage aux agents des compagnies de transport international ou aux équipes de la police aux frontières des pays tiers. Ils peuvent également dispenser des conseils directement sur le terrain. Techniquement, ils ne détiennent pas le pouvoir de décision sur le point de savoir quels passagers doivent être refusés à l'embarquement. Pourtant, ajouté au mécanisme de sanction des transporteurs, et considérant que ces derniers pourraient se voir infliger des sanctions amoindries s'ils démontrent avoir coopéré de bonne foi avec les autorités de l'État de destination, les conseils donnés par les officiers de liaison peuvent être assimilables à des ordres⁵²⁰.

191. En troisième lieu, il semble que les officiers de liaison immigration déployés par Frontex puissent prendre en charge d'autres missions spécifiques. Ils peuvent participer au lancement et au financement de projets initiant de nouvelles techniques de contrôle migratoire dans les États tiers. Les officiers de liaison peuvent également jouer un rôle dans les opérations de réinstallation⁵²¹. Additionnées, les missions des officiers de liaison forment une toile dense dont l'objectif est de retenir le plus de migrants non ou mal documentés possible sur le territoire des États tiers. Si la mention du respect des droits fondamentaux des migrants et des droits des réfugiés apparaît dans les différents textes qui encadrent le déploiement des officiers de liaison, les méthodes appliquées ne permettent pas, en réalité, de pratiquer la distinction des personnes en besoin de protection internationale.

⁵¹⁹ Règlement (UE) 2019/1240, article 3.

⁵²⁰ M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Bloomsbury Publishing, Leiden, 2012, p. 178. Pour une analyse de la question du contrôle effectif des États de destination sur les passagers refusés à l'embarquement par les transporteurs, cf. *supra*, §164.

⁵²¹ Règlement (UE) 2019/1240, préambule point 26, article 3, article 10.

2. L'impact de ces missions sur la mobilité des personnes en besoin de protection internationale

192. À l'instar du mécanisme de sanction des transporteurs, dont il apparaît comme le complément, le dispositif de déploiement d'officiers de liaison immigration par les acteurs européens sur le territoire des États tiers constitue une entrave à la mobilité des personnes en besoin de protection internationale. Cette catégorie de migrants est spécifiquement touchée en ce que ces personnes rencontrent des difficultés particulières à obtenir des documents de voyage. De ce fait, les personnes en besoin de protection internationale seront plus à même de voir la progression de leur voyage ralentie, si ce n'est empêchée, par les actions mises en place par les officiers de liaison immigration sur le territoire des États tiers. En conséquence, en droit international et en droit de l'Union, le souci relatif à la conciliation des missions des officiers de liaison immigration et des obligations internationales à la charge des États membres en vertu de la Convention de Genève de 1951 est régulièrement souligné. L'article 26 de la Convention d'application de l'accord de Schengen soumet explicitement le système de contrôle de franchissement des frontières au respect de ces obligations. Plus spécifiquement, le Règlement de 2019 consacré au réseau européen d'officiers de liaison immigration mentionne plusieurs fois l'impact des activités de ces derniers sur les personnes en besoin de protection internationale. Toutefois, leur prise en compte semble très parcellaire. Le Règlement énonce que le déploiement d'officiers de liaison immigration serait un outil de meilleure gestion de l'immigration et qu'il permettrait de partager des informations notamment sur l'accès des demandeurs à la protection internationale⁵²². Finalement, il ne fait que répéter qu'une des missions des officiers de liaison devrait être la facilitation des procédures de réinstallation⁵²³. Il est notamment précisé que les officiers de liaison peuvent être amenés à devoir confirmer l'identité et la nationalité des personnes sélectionnées par le HCR aux fins de réinstallation⁵²⁴. De façon plus générale, le Règlement rappelle que le déploiement des officiers de liaison ne doit pas heurter les droits fondamentaux des migrants, quel que soit leur statut⁵²⁵. Concrètement, en revanche, peu de dispositions sont prises. Seule une action de l'Union destinée au développement des compétences des officiers de liaison, qui devrait comprendre une formation sur les droits fondamentaux, est prévue par

⁵²² *Ibid.*, préambule, points 5, 10, 18, article 5

⁵²³ *Ibid.*, préambule, point 23

⁵²⁴ *Ibid.*, préambule point 26, article 3, article 10.

⁵²⁵ *Ibid.*, préambule point 4, article 3.

l'intermédiaire du comité directeur⁵²⁶. À aucun moment il n'est indiqué que les personnes en besoin de protection internationale non ou mal documentées devraient être traitées de façon distincte ou placées à l'écart des opérations d'interception soutenues par les officiers de liaison immigration.

193. En outre, l'entrave à la mobilité des personnes en besoin de protection internationale, indistinctement des migrants en situation irrégulière, apparaît comme l'une des conséquences de la lutte contre les réseaux de passeurs. Ainsi, le déploiement des officiers de liaison suit l'évolution des routes migratoires ou des événements à l'origine de la fuite de personnes en besoin de protection internationale. Le réseau ICONet vise d'ailleurs à récolter et partager des données sur ces deux points. Certains États membres ne cachent pas cet objectif⁵²⁷. À cet égard, il est possible de citer une affaire britannique⁵²⁸. En 2001, des officiers de liaison britanniques ont été déployés au sein de l'aéroport de Prague. À cette époque, la République tchèque était encore un État tiers à l'Union. Ils avaient pour mission d'empêcher l'embarquement des personnes roms à destination du Royaume-Uni au motif que celles-ci étaient susceptibles d'y déposer des demandes d'asile. Cette activité a été sanctionnée par la Chambre des Lords sur le fondement du principe de non-discrimination. Les juges ont considéré que les officiers de liaison pratiquaient leurs contrôles et rendaient leurs décisions uniquement sur la base de critères ethniques. En revanche, le principe de non-refoulement ou le droit de chercher l'asile n'ont pas été retenus dans cette affaire⁵²⁹.

194. En définitive, en dehors de cette affaire, les activités des officiers de liaison demeurent particulièrement imprécises. Elles ne font pas l'objet d'une publicité obligatoire et sont très difficiles à retracer. De façon générale, l'outil spécifique de déploiement d'officiers de liaison immigration est englobé dans les rapports relatifs à la coopération migratoire avec les pays tiers. Parmi ceux-ci, les États tiers sont incités par les États membres à coopérer aux opérations d'interception menées en haute mer, notamment en ce qui concerne la question du débarquement des personnes interceptées sur le territoire des États tiers.

⁵²⁶ *Ibid.*, préambule point 16, article 5, article 8.

⁵²⁷ S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *op. cit.*, pp. 137-138. Les auteurs citent les Pays-Bas et l'Allemagne.

⁵²⁸ House of Lords, 9 décembre 2004, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others*, UKHL 55.

⁵²⁹ Le HCR avait pourtant soulevé ces arguments dans une tierce intervention, G. GOODWIN-GILL, UNHCR intervention before the House of Lords in the case of European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague Airport, Secretary of State for the Home Department, 28 septembre 2004, en ligne [<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=41c1aa654>].

§2. La coopération des États tiers aux opérations d'interception menées par les États membres en haute mer

195. Les opérations d'interception, en ce qu'elles visent à empêcher les personnes qui n'y sont pas autorisées à entrer sur le territoire des États membres de l'Union européenne, se déroulent nécessairement au-delà des frontières extérieures de l'Union. Elles ne peuvent donc avoir lieu qu'en deux endroits : en haute mer, espace vierge de toute souveraineté ou sur le territoire des États tiers, espace soumis à la souveraineté de ces derniers. Dans les deux cas, la coopération des États tiers est nécessaire aux succès de ces opérations menées par ou pour le compte des États membres de l'Union européenne. Les opérations d'interception menées en haute mer soulèvent deux séries de questions. D'une part, il est intéressant d'identifier les fondements juridiques de ces opérations afin de remarquer qu'ils sont relativement flous et faibles en droit international (A). D'autre part, la question déterminante du succès de ces opérations est celle du débarquement des personnes interceptées ou secourues sur le territoire des États tiers (B).

A. La faiblesse des fondements juridiques des opérations d'interception menées en haute mer

196. La haute mer est un espace marqué par le principe de liberté de navigation⁵³⁰. Le droit international n'offre pas d'habilitation large aux États pour pratiquer des interceptions en haute mer. Quatre ensembles de normes peuvent être sondés afin de déterminer les fondements juridiques des interceptions de migrants non ou mal documentés en haute mer.

197. Dans un premier temps, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) ne semble offrir aucun fondement pertinent. La conciliation du principe de souveraineté de l'État côtier sur ses eaux territoriales consacré à l'article 2⁵³¹ et du droit au

⁵³⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, article 87 « 1. La haute mer est ouverte à tous les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. Elle comporte notamment pour les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral : a) la liberté de navigation (...) ».

⁵³¹ *Ibid.*, article 2 « 1. La souveraineté de l'État côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures et, dans le cas d'un État archipel, de ses eaux archipélagiques, à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale ». La mer territoriale est constituée des eaux situées dans les 12 milles nautiques de la ligne de base (côte), articles 3, 4 et 5 de la CNUDM. La zone contiguë est une zone d'une largeur maximale de 12 milles au-delà de la limite extérieure de la mer territoriale.

passage inoffensif des navires étrangers dans ces mêmes eaux, garanti par les articles 17⁵³² et 19⁵³³, a pour conséquence l'autorisation donnée aux États côtiers d'intercepter les navires susceptibles de transporter des migrants en situation irrégulière au regard de leur propre régime migratoire alors qu'ils sont encore dans leurs eaux territoriales. L'article 33-1 étend cette autorisation aux eaux de leurs zones contiguës⁵³⁴. Ainsi, dans une zone qui s'étend en principe sur 24 milles nautiques à partir du littoral (de la ligne de base), les États côtiers sont fondés à intercepter les migrants en situation irrégulière au regard de leur statut migratoire sur des navires ne battant pas leur pavillon, que ceux-ci naviguent en direction de leur territoire terrestre ou maritime ou bien en direction de la haute mer. En revanche, dès que ces mêmes navires atteignent la haute mer, c'est le principe de l'exclusivité de juridiction de l'État du pavillon qui s'applique⁵³⁵. En conséquence, les autorités des États membres ou de l'Union ne sont pas autorisées, par ces dispositions, à intercepter des navires en haute mer sauf à ce que ceux-ci battent leur propre pavillon ou qu'elles y soient autorisées par l'État tiers du pavillon. Cependant, sous certaines conditions, les États européens pourraient se voir reconnaître un droit de visite et d'arraisonnement des navires sans autorisation de l'État du pavillon⁵³⁶. Parmi les situations visées par cette exception figure le droit de visite et d'arraisonnement de tout navire dont il serait sérieux de penser qu'il se livre à l'esclavage ou bien qu'il navigue sans pavillon identifié. Dans certaines circonstances, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si des navires servant à la traite des êtres humains pourraient

⁵³² *Ibid.*, article 17 « Sous réserve de la Convention, les navires de tous les États, côtiers ou sans littoral, jouissent du droit de passage inoffensif dans la mer territoriale ».

⁵³³ *Ibid.*, article 19 « 1. Le passage est inoffensif aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier. Il doit s'effectuer en conformité avec les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. 2. Le passage d'un navire étranger est considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou la sécurité de l'État côtier si, dans la mer territoriale, ce navire se livre à l'une quelconque des activités suivantes : (...) g) embarquement ou débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'État côtier ».

⁵³⁴ *Ibid.*, article 33 « 1. Dans une zone contiguë à sa mer territoriale, désignée sous le nom de zone contiguë, l'État côtier peut exercer le contrôle nécessaire en vue de : a) prévenir les infractions à ses lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration sur son territoire ou dans sa mer territoriale ».

⁵³⁵ Ce principe découle de la combinaison des articles 87 (préc., note 55) et 97-3 « 3. Il ne peut être ordonnée de saisie ou d'immobilisation du navire, même dans l'exécution d'actes d'instruction, par d'autres autorités que celle de l'État du pavillon ».

⁵³⁶ *Ibid.*, article 110 « Sauf dans les cas où l'intervention procède de pouvoirs conférés par un traité, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger, autre qu'un navire jouissant de l'immunité prévue aux articles 95 et 96, ne peut l'arraisonner qu'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire : a) se livre à la piraterie ; b) se livre au transport d'esclaves ; c) sert à des émissions non autorisées (...) ; d) est sans nationalité (...) ».

entrer dans le champ d'application de cette disposition⁵³⁷. Toutefois, le transport de migrants non ou mal documentés n'équivaut pas nécessairement à une activité de traite des êtres humains ; il peut s'agir d'une activité de trafic illicite de migrants par la mer qui ne semble pas entrer dans la notion d'esclavage car il ne suppose pas l'absence de consentement de la personne qui en fait l'objet⁵³⁸. De façon plus générale, il serait possible de penser que les États membres de l'Union européenne peuvent intercepter les migrants en haute mer au motif que les embarcations qu'ils utilisent ne battent aucun pavillon. Toutefois, il convient de noter que le droit de visite et d'arraisonnement n'équivaut pas au droit d'interception en ce qu'il ne suppose pas de pouvoirs de police étendus aux passagers du navire concerné. Ces droits ne permettent pas de transférer les passagers sur le navire interceptant ou de les renvoyer vers les eaux territoriales de départ. En définitive, la CNUDM ne semble pas contenir de fondement suffisant aux opérations d'interception par les États membres de l'Union en haute mer.

198. Dans un deuxième temps, le Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants reproduit ce principe d'exclusivité de juridiction de l'État de pavillon en haute mer et ses exceptions⁵³⁹. Ainsi, les États parties ayant des motifs raisonnables de penser qu'un navire sans nationalité se livre au trafic illicite de migrants ont un droit de visite et d'arraisonnement. À cet égard, la même réserve peut être émise sur l'étendue des pouvoirs de police que cette

⁵³⁷ L'esclavage est défini comme « l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux », Convention relative à l'esclavage, signée le 25 septembre 1926, entrée en vigueur le 9 mars 1927, article 1. Le même article précise ensuite que « la traite des esclaves comprend tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage ; tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé, ainsi que, en général, tout acte de commerce ou de transport d'esclaves ». (nous soulignons). La traite des êtres humains est définie comme « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiement ou d'avantage pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur un autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude, ou le prélèvement d'organes », Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, adopté le 15 novembre 2000, et entré en vigueur le 25 décembre 2003, article 3 a). (nous soulignons). L'organisation internationale contre l'esclavage moderne présente la traite des êtres humains comme une forme moderne de l'esclavage, voir définitions en ligne, [<https://www.oicem.org/esclavage-moderne/definitions/>].

⁵³⁸ Le trafic illicite de migrants est défini comme « le fait d'assurer afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État », Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, article 3, a).

⁵³⁹ *Ibid.*, article 8.

disposition confère aux États parties concernant les passagers du navire. En effet, le Protocole vise le démantèlement des réseaux clandestins de passage et non la lutte contre l'immigration irrégulière. En d'autres termes, le Protocole doit être utilisé aux fins de sanctionner les passeurs et non uniquement d'empêcher les victimes du trafic d'atteindre le territoire des États parties de destination. Or, il est relativement rare que les passeurs soient à bord des embarcations de fortune. La plupart du temps, ils abandonnent ces embarcations en haute mer ou bien les laissent quitter les côtes en autonomie. De ce point de vue, le fondement offert par le Protocole de Palerme ne peut pas servir aux interceptions en haute mer.

199. Dans un troisième temps, dans la lignée du Protocole de Palerme, le règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par Frontex reprend les mêmes dispositions⁵⁴⁰. Toutefois, le droit de l'Union européenne est plus précis sur les pouvoirs de police qui peuvent être utilisés à l'encontre des passagers. Il est possible de leur demander des informations et des documents se rapportant à leur identité et à leur nationalité. Les personnes peuvent être fouillées et interrogées. Elles peuvent, si les soupçons de trafic illicite sont vérifiés, être appréhendées. Le navire peut être dérouté pour ne pas pénétrer dans les eaux européennes ou être reconduit, ainsi que les passagers, vers les eaux des États tiers de départ ou de transit⁵⁴¹. Le Règlement n° 656/2014 rapproche les opérations d'interception des opérations de sauvetage en rappelant dès son introduction que les secondes sont fréquemment des aléas de l'objectif principal des premières⁵⁴².

200. Dans un quatrième et dernier temps, il convient d'aborder le régime du sauvetage en mer. En droit, le régime des interceptions et celui du sauvetage en mer sont distincts. La

⁵⁴⁰ Règlement (UE) n° 656/2014, article 7.

⁵⁴¹ *Idem*.

⁵⁴² *Ibid.*, préambule, considérant 1 « 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 encontre. La surveillance des frontières devrait s'avérer efficace pour empêcher et dissuader les personnes de se soustraire aux vérifications à des points de passage frontaliers. Elle ne se cantonne pas, à cette fin, à la détection des tentatives de franchissements non autorisés des frontières, mais englobe également des mesures telles que l'interception des navires soupçonnés d'essayer d'entrer dans l'Union sans se soumettre aux vérifications aux frontières, ainsi que des dispositifs visant à faire face à certaines situations, comme les activités de recherche et de sauvetage pouvant se révéler nécessaires pendant une opération de surveillance des frontières en mer, et des dispositifs visant à assurer le succès d'une telle opération ».

distinction réside d'abord dans leurs objectifs. Les opérations d'interception visent à empêcher les migrants non ou mal documentés de pénétrer sur le territoire des États de destination. Elles sont donc basées sur la situation administrative des personnes visées⁵⁴³. Au contraire, en matière de sauvetage en mer, le droit international exige une indifférence quant au statut migratoire des victimes⁵⁴⁴. L'objectif est uniquement de sauver des vies et mettre fin à des situations de détresse en mer. Il est fréquent que les opérations d'interception se transforment en opérations de sauvetage dans la mesure où les embarcations utilisées par les migrants et les conditions de navigation entrent facilement dans le champ d'application de la notion de détresse en mer. Celle-ci est caractérisée en fonction de l'état de navigabilité du navire, la probabilité que le navire ne puisse pas atteindre sa destination, le nombre de personnes à bord par rapport au type et à l'état du navire, l'existence de réserves nécessaires en carburant, en eau et en nourriture à bord, la présence à bord d'un équipage qualifié et du personnel de direction du navire, l'existence d'équipements de sécurité, de communication et de navigation, la présence à bord de personnes ayant un besoin urgent d'assistance médicale, la présence à bord de personnes décédées, la présence à bord de femmes enceintes ou d'enfants, les conditions météorologiques et l'état de la mer⁵⁴⁵. Compte tenu de cette définition de la détresse en mer, les opérations d'interception se transforment fréquemment en opérations de sauvetage dès lors qu'elles visent des embarcations de fortune. Pourtant, une fois les personnes sauvées, la question de leur débarquement se pose nécessairement. À cet égard, l'objectif des opérations d'interception peut reprendre le dessus. En tout état de cause, la question du débarquement des personnes interceptées ou secourues sur le territoire des États tiers requiert le consentement de ceux-ci.

⁵⁴³ D'ailleurs, à cet égard, il est possible de soulever le doute quant à la possibilité juridique que des personnes se trouvent en situation irrégulière en haute mer c'est-à-dire dans un espace dans lequel aucune règle migratoire ne s'applique. On ne peut guère que présumer de la destination et donc du statut de la personne concernée par rapport au régime migratoire de cette destination finale sans qu'il soit, au moment et à l'endroit de l'interception, encore applicable.

⁵⁴⁴ Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, adoptée le 27 avril 1979, entrée en vigueur le 22 juin 1985 (dite Convention SAR) chapitre 2.1.10. Convention internationale pour la sauvegarde la vie humaine en mer (Convention SOLAS), Chapitre V, règle 33.1. Pour une analyse détaillée du régime du sauvetage en mer, voir A. MIRON, B. TAXIL, E. PETIT-PREVOST, A. DIALLO, A. AUGER, *Les obligations des États en matière de secours en mer*, Livret à destination de la société civile, 2020, en ligne [https://alliance-europa.eu/wordpress/wp-content/uploads/2018/09/SecoursEnMer2020_compressed.pdf].

⁵⁴⁵ Règlement (UE) n° 656/2014, article 9.

B. Le débarquement des personnes interceptées ou secourues sur le territoire des États tiers

201. Dans le cadre d'une opération d'interception en haute mer, celle-ci ne pourra être considérée comme réussie que si les personnes interceptées sont débarquées sur le territoire d'un État tiers. Dans le cas contraire, l'opération manquerait son objectif principal qui est d'empêcher l'entrée des personnes qui n'y sont pas autorisées sur le territoire des États membres. Dans cette logique, le Règlement (UE) n° 656/2014 priorise, à deux reprises, le débarquement sur le territoire des États tiers de départ ou d'autres États tiers à la suite d'opérations d'interception en haute mer⁵⁴⁶. Ce n'est que dans l'hypothèse où un tel débarquement ne serait pas possible que le droit de l'Union européenne envisage un débarquement sur le territoire des États membres. L'impossibilité peut résulter de deux facteurs.

202. Premièrement, l'État tiers visé par le projet de débarquement peut refuser celui-ci. En effet, en application du droit de la mer, les États côtiers sont libres d'ouvrir ou non leurs ports aux navires étrangers⁵⁴⁷. Plus généralement, l'État tiers doit consentir au débarquement des personnes interceptées. Toutefois, lorsque les personnes interceptées ont la nationalité de l'État tiers sollicité pour le débarquement, le droit international peut, dans certaines circonstances, prévoir une obligation de les accueillir⁵⁴⁸. Pour autant, en matière de débarquement suite à une opération d'interception, le risque que la nationalité des personnes ne puisse pas être établie est assez élevé. Par ailleurs, il semble que le droit international prévoit une telle obligation dans deux hypothèses : l'individu souhaite accéder à son territoire de nationalité ou l'individu a fait l'objet d'une décision d'éloignement par un autre État. Or, en matière d'interception, ni l'une ni l'autre des situations n'est reproduite. D'un côté,

⁵⁴⁶ *Ibid.*, article 7-2, c) et article 10-1, b).

⁵⁴⁷ CNUDM, article 25.

⁵⁴⁸ Commission du droit international, Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2014, article 22 et commentaire, « Le projet d'article 22 a trait à la détermination de l'État de destination de l'étranger objet de l'expulsion. Dans ce contexte, le paragraphe 1 se réfère en premier lieu, à l'État de nationalité de l'étranger, dès lors qu'il est incontesté que cet État a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international ». La CDI mentionne à cet égard, la Convention concernant la condition des étrangers sur les territoires des parties contractantes, adoptée par la sixième conférence internationale américaine, signée à La Havane, le 20 février 1928, article 6-2 « Les États sont obligés de recevoir leurs nationaux qui, expulsés de l'étranger, se dirigent vers leur territoire » ; voir également Institut de droit international, Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, session de Genève, 9 septembre 1892, *Annuaire de l'Institut de droit international*, article 2 « En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquis une autre ».

l'individu ne sollicite pas le retour vers le territoire qu'il souhaitait justement quitter. De l'autre, l'opération d'interception en haute mer ne donne pas lieu à une décision d'éloignement puisque le territoire de l'État de destination n'a jamais été atteint. En conséquence, le débarquement des ressortissants nationaux sur le territoire de l'État tiers n'est pas garanti et requiert le consentement de l'État tiers. *A fortiori*, l'État tiers n'a aucune obligation d'accepter le débarquement des ressortissants qui n'ont pas sa nationalité.

203. Deuxièmement, le débarquement sur le territoire d'État tiers peut ne pas être possible en application du principe de non-refoulement⁵⁴⁹. Toutefois, le respect de ce principe nécessite, outre des connaissances sur la situation générale au sein de l'État tiers, une évaluation des craintes individuelles de chaque personne interceptée. Or, la réalisation de cette évaluation paraît compromise à bord d'un navire à la suite d'une interception du fait de l'absence d'interprète, de personnel formé à l'asile ou encore de l'état physique et mental des personnes interceptées⁵⁵⁰. Ainsi, en cas d'impossibilité de débarquer ces dernières dans un État tiers de départ ou de transit, le droit de l'Union européenne préconise leur débarquement sur le territoire d'un État membre voisin de l'opération d'interception ou bien de l'État membre hôte de l'opération.

204. En matière de secours en mer, le régime du débarquement est très légèrement différent. En principe, les États tiers sont libres d'accepter ou de refuser le débarquement des personnes secourues sur leurs côtes. Toutefois, l'objectif du régime de recherche et de sauvetage étant de sauver des vies, la liberté des États est juridiquement un peu plus limitée qu'en matière d'interception. En droit de la mer, l'obligation de sauvetage rapide⁵⁵¹ et sans discrimination⁵⁵² de toute personne en détresse en mer pèse au premier chef sur les capitaines de navire⁵⁵³. Cependant, les États ont également une large responsabilité dans l'exécution de cette obligation. Ils sont tenus de créer et de faire fonctionner un service de recherche et de

⁵⁴⁹ Celui-ci est rappelé à l'article 4 du Règlement (UE) n° 656/2014.

⁵⁵⁰ À cet égard, il est possible de préciser que le HCR est catégoriquement opposé au traitement des demandes de protection internationale à bord, HCR, Le traitement des personnes sauvées en mer, Rapport à l'Assemblée générale de l'ONU, doc. A/AC.259.17, 11 avril 2008, §31. De même dans le guide élaboré par le HCR, l'OMI et l'International Chamber of Shipping, Sauvetage en mer, guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux réfugiés et aux migrants, janvier 2015, p. 13 « les procédures d'évaluation des besoins de protection internationale ou de détermination du statut de réfugié ne devraient pas se dérouler en mer ».

⁵⁵¹ Convention SOLAS, Chapitre V, règle 33.1.

⁵⁵² Convention SAR, Chapitre 2.1.10.

⁵⁵³ CNUDM, article 98.

sauvetage permanent, adéquat et efficace⁵⁵⁴. Ce service doit être fourni dans toutes les zones soumises à leur responsabilité⁵⁵⁵. À cet effet, en 1979, les États ont signé la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage (Convention SAR) dont l'un des objectifs est l'élaboration d'un plan de recherche et de sauvetage international et notamment la délimitation de zones SAR. Chaque État côtier peut délimiter une zone SAR au sein de laquelle il s'engage à prendre la responsabilité de coordonner les opérations de sauvetage. Afin de garantir l'efficacité du service de sauvetage, l'État ne doit déclarer une zone SAR que dans la mesure de ses capacités opérationnelles⁵⁵⁶. Parmi leurs obligations en matière de recherche et de sauvetage, les États parties doivent coopérer afin de déterminer ensemble un lieu sûr de débarquement pour les personnes secourues. À cet égard, il est fréquent que les médias ou les personnes politiques européennes reproduisent deux types d'idées inexactes quant à la notion du lieu sûr de débarquement. Premièrement, ce lieu ne doit pas forcément être le port géographiquement le plus proche même s'il doit être déterminé et accessible dans un délai raisonnable afin que le capitaine du navire ayant effectué le sauvetage puisse être déchargé le plus rapidement possible⁵⁵⁷. Deuxièmement, si l'État en charge d'une zone SAR a la responsabilité de coordonner les opérations de sauvetage qui s'y déroulent, il n'exerce aucune souveraineté sur cette zone ni sur les personnes qui y sont secourues. Il n'existe aucune règle de droit qui exigerait que les personnes secourues dans la zone SAR d'un État soient nécessairement débarquées sur les côtes de cet État si celles-ci ne constituent pas un lieu sûr de débarquement. Un tel lieu est défini comme un port dans lequel la vie et la sécurité des personnes secourues ne sont plus menacées et leurs besoins et droits fondamentaux sont respectés⁵⁵⁸. À ce stade, deux précisions pratiques s'imposent. D'une part, le 13 août 2017, la Libye a déclaré une zone SAR immense. Depuis lors, les autorités libyennes semblent agir comme si cette zone constituait une extension de leur mer territoriale dans laquelle elles seraient fondées à exercer des pouvoirs de police et refuser l'accès à des navires étrangers. Régulièrement, des navires humanitaires sont empêchés d'entrer dans la zone SAR libyenne pour secourir des embarcations de migrants en détresse ou bien obligés de laisser les autorités

⁵⁵⁴ *Ibid.*, article 98 (2).

⁵⁵⁵ Convention SOLAS, Chapitre V, règle 7.

⁵⁵⁶ Les obligations des États parties dans leur zone SAR sont détaillées dans le manuel international de recherche et de sauvetage aéronautiques et maritimes, instrument non contraignant conjointement élaboré par l'OMI et l'OACI, cf. Organisation de l'aviation civile internationale et Organisation maritime internationale, Manuel international de recherche et de sauvetage aéronautiques et maritimes, Doc 9731-AN/958, communément appelé manuel IAMSAR.

⁵⁵⁷ Convention SAR, Chapitre 3.1.9.

⁵⁵⁸ Comité maritime pour la sécurité, Résolution MSC.167 adoptée en 2004.

libyennes transborder les personnes secourues sur leur propre navire pour les ramener vers Tripoli. Sur ce point, la position des autorités européennes est tout à fait ambivalente. Alors que la Libye est fréquemment mise en cause pour les mauvais traitements qu'elle fait subir aux migrants⁵⁵⁹, l'Union européenne et l'Italie n'ont de cesse de conclure des accords avec cet État afin de soutenir les garde-côtes libyens en termes de matériel et formation⁵⁶⁰. D'autre part, les États membres de l'Union européenne semblent régulièrement manquer à leur obligation de coopération à la détermination rapide d'un lieu sûr de débarquement des personnes secourues par les navires de sauvetage humanitaire en méditerranée, voire par des navires marchands⁵⁶¹. Outre le fait de refuser l'accès à leurs ports, certains États de l'Union européenne, principalement Malte et l'Italie, pratiquent la criminalisation des sauveteurs dans le but de décourager leurs actions et le débarquement des personnes secourues sur leur territoire⁵⁶². Ainsi, le débarquement des personnes interceptées ou secourues se déroule en priorité sur le territoire des États tiers. Par ailleurs, l'Union européenne a développé toute une série d'outils, en plus des opérations d'interception ou de secours, visant à ce que les États

⁵⁵⁹ Voir Comité des droits de l'homme, Report of the Independent Fact Finding mission on Libya, 29 novembre 2021, A/HRC/48/83 ; voir également, « La Libye, garde-chiourme de l'Europe face aux migrants », *Le Monde diplomatique*, janvier 2022.

⁵⁶⁰ L'Union européenne soutient financièrement les autorités libyennes à contrôler les flux migratoires irréguliers en direction de l'Union européenne par la livraison de matériels (bateaux, drones, etc.) et le financement de formation des garde-côtes. Le 27 avril 2020, trois ONG ont déposé plainte pour « infractions aux règles financières de l'Union européenne » après de la Cour des comptes de l'Union européenne. Elles arguent que l'Union européenne aurait alloué 91,3 millions d'euros à la Libye au travers du fonds fiduciaire d'urgence ce qui aurait permis le renforcement des capacités des garde-côtes libyens et l'accroissement des crimes commis à l'encontre des migrants. La plainte est disponible en ligne [<https://sciabacaoruka.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/GLAN-ASGI-ARCI-ECA-Libya-complaint-expert-opinion.pdf>].

⁵⁶¹ Tel a été le cas en juin 2018. À cette époque le MRCC de Rome avait donné l'ordre à l'Aquarius de procéder à plusieurs sauvetages et transbordements au large de la Libye si bien que le navire s'était retrouvé avec plus de 600 rescapés à son bord. Ces transmissions n'avaient pas empêché l'Italie de refuser catégoriquement d'autoriser le débarquement de ces personnes sur son territoire, cf. A. MIRON, B. TAXIL, « Aquarius : Le droit européen prévoit une obligation de coopération loyale dans l'organisation du sauvetage en mer, mais aussi du débarquement », *Le Monde*, 15 juin 2018. Le 8 août 2019, l'*Ocean Viking*, navire de sauvetage affrété par SOS Méditerranée et Médecins sans Frontières, n'a pas pu accéder aux eaux territoriales maltaises. En effet, le navire s'était dérouter à l'est de sa zone habituelle de sauvetage au large de la Libye après avoir reçu l'accord maltais pour ravitaillement en carburant au large. Malheureusement, deux heures avant l'heure du rendez-vous, l'autorisation de pénétrer dans les eaux maltaises leur a été retirée, cf. « Malte refuse le plein de carburant au bateau humanitaire Ocean Viking », *L'Obs*, 8 août 2019. À la même période, le navire de l'ONG *Open arms* dérivait déjà depuis 9 jours sans qu'aucun des États membres de l'Union européenne ne lui ouvre un port autorisant le débarquement. Le 10 août 2019, Malte a proposé d'autoriser le débarquement de 39 migrants rescapés en refusant les 121 autres.

⁵⁶² A. MIRON, B. TAXIL, « Requiem pour l'Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La Revue des droits de l'homme*, n° 15, 2019, en ligne, [<http://journals.openedition.org/revdh/5941>].

tiers assurent une contention des personnes dépourvues de visa d'entrée sur le territoire des États membres de l'Union européenne sur leur propre territoire.

Section 2. La prise en charge des personnes en besoin de protection internationale par les États tiers

205. Outre les opérations d'interception réalisées en haute mer, l'Union européenne parvient à déployer d'autres opérations de même nature directement sur le territoire des États tiers. Dans ces conditions, le consentement de ces derniers apparaît indispensable. En complément, l'Union européenne développe des mécanismes qui visent plus précisément la contention des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers. Ces mécanismes fonctionnent de deux façons. En amont de tout départ, l'Union européenne finance et soutient les capacités de prise en charge des États tiers (§1). Dès lors que ces capacités sont suffisamment solides, le droit de l'Union européenne prévoit la possibilité de renvoyer les personnes en besoin de protection internationale qui auraient atteint le territoire des États membres vers ces États tiers, jugés sûrs (§2).

§1. L'accueil, l'examen et la protection sur le territoire des États tiers

206. Les motifs invoqués pour justifier la volonté de repousser ou de contenir les personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers sont de deux ordres. Il est possible de recenser d'abord des motifs officiellement communiqués par l'Union européenne et ses États membres. Le maintien des personnes en demande de protection internationale sur le territoire des pays tiers est présenté comme un outil de lutte contre l'immigration irrégulière et la morbidité des routes migratoires. Les personnes en besoin de protection internationale n'auraient plus recours aux réseaux de passage. Elles n'ont plus intérêt à tenter les voyages clandestins puisque des mécanismes d'accueil et de protection seraient disponibles dans les États tiers. Cependant, d'autres motifs officiels pourraient être à l'origine des programmes de protection régionale. Il n'est pas possible, néanmoins, de savoir si ceux-ci constituent les éléments de la motivation européenne ou simplement des dommages collatéraux. D'une part, les droits accessibles aux personnes en besoin de protection internationale se densifient à mesure que le lien qu'elles entretiennent avec l'État d'accueil s'approfondit. Ainsi, les droits les plus sophistiqués garantis par la Convention de

Genève, tels que l'accès à la protection sociale ou à l'aide juridictionnelle, sont octroyés aux réfugiés qui séjournent légalement et durablement sur le territoire de leur État de protection ; tandis que les droits les plus basiques tels que la protection contre le refoulement ou la discrimination sont accordés à toutes les personnes en demande de protection internationale dès lors qu'elles passent sous la juridiction d'un des États parties⁵⁶³. Par conséquent, en maintenant ou renvoyant les personnes en besoin de protection internationale hors du territoire européen, les États membres de l'Union font l'économie de certains droits. D'autre part, le régime d'asile européen commun prévoit de nombreux droits pour les demandeurs d'asile qui auraient atteint le territoire tant sur le plan des conditions matérielles d'accueil que celui des garanties procédurales. En revanche, ceux-ci ne sont accessibles qu'à partir du moment où les personnes ont non seulement atteint le territoire mais également engagé une procédure de demande de protection internationale sur celui-ci. En entravant les arrivées, les États européens évitent également le déclenchement du régime de protection des demandeurs d'asile. Pour ces motifs, au fil du temps, les projets d'extraterritorialisation de l'asile ont évolué au sein des instances européennes (A). Néanmoins, ils soulèvent de nombreuses questions au regard du respect du droit d'asile et du droit international des droits de l'homme (B).

A. La récurrence des projets d'extraterritorialisation de l'asile

207. La question de la prise en charge des personnes en besoin de protection internationale par les États tiers est apparue dès l'émergence du volet externe de la politique migratoire⁵⁶⁴. Dans ce domaine, les États de l'Union européenne tirent leur inspiration de la « Solution Pacifique » imaginée par l'Australie ou du traitement des demandeurs d'asile haïtiens par les États-Unis⁵⁶⁵. Le Premier ministre du Royaume-Uni a été le premier à formuler une

⁵⁶³ J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p.160.

⁵⁶⁴ A. PAPADOPOULOU propose un historique très détaillé de l'évolution des techniques et des propositions visant à organiser diverses étapes de l'accueil et de la protection des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des pays tiers dans une note rédigée en collaboration avec European Council on Refugees and Exiles et le Danish Refugee Council, « Regional Protection Programmes: an Effective Policy Tool? », janvier 2015, en ligne [<https://ecre.org/wp-content/uploads/2017/05/DOMAID-Regional-Protection-Programmes-an-effective-policy-tool.pdf>]. Voir également G. NOLL, « Visions of Exceptional: Legal and Theoretical issues raised by Transit Processing Centres and Protection Zones », *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, 2003, p. 305.

⁵⁶⁵ S. KNEEBONE, C. MCDOWELL, G. MORRELL, « A Mediterranean Solution? Chances of Success », *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, p. 492.

proposition en 2003⁵⁶⁶. Elle fut transmise au Conseil de l'Union en mars 2003⁵⁶⁷. Cible de fortes critiques de la part du HCR et des ONG, elle n'a pas été suivie⁵⁶⁸. Pourtant, elle a suscité un débat, toujours d'actualité, autour de la question de savoir s'il est pertinent et possible de traiter les demandes d'asile en dehors du territoire de l'Union. Ce débat a engendré plusieurs communications de la Commission européenne faisant suite à deux études de faisabilité⁵⁶⁹ ainsi qu'une proposition alternative du HCR⁵⁷⁰. Peu à peu, les institutions européennes se sont éloignées de la question précise du traitement extraterritorial des demandes d'asile pour se concentrer sur l'accueil et la protection en région d'origine de façon plus générale, en complément du traitement des demandes d'asile formulées par les personnes spontanément arrivées sur le territoire des États membres. Parmi ces communications, deux présentent un intérêt particulier. Dans un premier temps, la Commission a proposé un système global dans une communication de 2004 intitulée « Améliorer l'accès à des solutions durables »⁵⁷¹. Ce système reposait sur deux mécanismes impliquant à la fois les États membres

⁵⁶⁶ Un document du gouvernement britannique intitulé « A New Vision for Refugees » a d'abord fuité en février 2003 parmi les médias et les ONG. Il s'agit d'un document Secretary of State for the Home Department, « Statement on Zones of Protection », Stat010/2003 auquel est attaché la proposition du Royaume-Uni, « New International Approaches to Asylum Processing and Protection » contenue dans le document de la Chambre des Lords, Commission pour l'Union européenne, « Handling EU Asylum Claims : New Approaches Examined, HL Paper 74, 11th Report of Session 2003-2004, annexe 5. L. PERAL, « EU Protection Scheme for Refugees in the Region of Origin: Problems of Conditionality and Coherence », communication présentée à ESIL Research Forum on International Law: Contemporary Issues, Genève, 26-28 mai 2005, en ligne [<https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Peral.pdf>].

⁵⁶⁷ Le projet a ensuite été réduit, corrigé et transmis au Conseil européen de Bruxelles du 23 mars 2003 par lettre en date du 10 mars 2003 du Premier ministre britannique Tony Blair à Costas Simitis, premier ministre grec assurant la Présidence du Conseil. Le document joint s'intitulait « New International Approaches to Asylum Processing and Protection », il est disponible dans sa version complète sur le site de l'ONG *Statematch*.

⁵⁶⁸ HCR, « Lubbers Offers New Approaches on Asylum-Migration Issue », communiqué de presse du 28 mars 2003, en ligne [<https://www.unhcr.org/news/latest/2003/3/3e84842f4/lubbers-proposes-new-approaches-asylum-migration-issues-eu.html>]. Amnesty International, « Unlawful and Unworkable. Amnesty International's views on proposals for Extra Territorial Processing of Asylum Applications », 17 juin 2003, en ligne [<https://www.amnesty.org/en/documents/ior61/004/2003/en/>].

⁵⁶⁹ Étude sur la faisabilité du traitement des demandes d'asile en dehors de l'UE dans le cadre du régime d'asile européen commun et dans la perspective d'une procédure d'asile commune et Étude sur la faisabilité de l'établissement de programmes de réinstallation dans les États membres ou au niveau de l'UE dans le cadre du régime d'asile européen commun et dans la perspective d'une procédure d'asile commune, cf. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés, 3 juin 2003, COM (2003) 0315 final.

⁵⁷⁰ UNHCR Working Paper, « UNHCR's Three-Pronged Proposal », 26 juin 2003, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/3efc4b834.html>]. UNHCR Working Paper, « A revised « EU Prong », Proposal », 22 décembre 2003, en ligne [<https://www.refworld.org/pdfid/400e85b84.pdf>].

⁵⁷¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine, « Améliorer l'accès à des solutions durables », 4 juin 2004, COM (2004) 410 final.

de l'Union et les États tiers. D'un côté, la Commission appelait les États membres à s'engager dans la concrétisation d'un programme de voies légales d'accès massif géré à l'échelle européenne. De l'autre, elle imaginait des outils de renforcement des capacités d'accueil et de protection dans les régions d'origine des personnes en besoin de protection internationale. Les autorités allemandes se sont montrées particulièrement intéressées par ces propositions et ont tenté de développer plus encore les propositions en imaginant, sur le territoire des États tiers, des centres de tri, d'examen préliminaire, de sélection des personnes en demande de protection internationale parmi les personnes interceptées ou secourues sur les routes migratoires⁵⁷². Faute d'adhésion des États tiers et d'harmonisation entre les États membres, celles-ci ont été abandonnées. Cependant, le Conseil de l'Union a chargé la Commission d'élaborer un plan de protection régionale afin d'assister les États tiers à assurer l'accueil et la protection des personnes dans les États des Balkans, en Afrique de l'Est et dans la région des Grands Lacs. À la différence des propositions portées par le Royaume-Uni et l'Allemagne, la décision du Conseil ne vise pas à empêcher les personnes en besoin de protection internationale d'atteindre le territoire européen en organisant leur renvoi immédiat vers des centres fermés dans les États tiers mais bien à renforcer les capacités d'accueil de ces États⁵⁷³. La question des programmes régionaux de protection a quelque peu disparu des débats européens entre 2005 et 2011 alors même que des initiatives ont été mises en œuvre⁵⁷⁴. L'Union et les États membres ont participé à des programmes d'accueil et de protection en Europe de l'Est, en Afrique de l'Est et en Afrique du Nord. Certains de ces projets sont toujours d'actualité. Ils sont menés en étroite collaboration avec le HCR et des ONG locales. Des financements européens servent au renforcement des capacités d'accueil, d'identification et d'enregistrement des personnes en besoin de protection internationale. Ils permettent également la formation des agents de police et des forces militaires au droit d'asile et l'amélioration des conditions de procédure de détermination du statut. Le débat sur l'élargissement de tels programmes est revenu à partir de 2012 comme une solution aux nombreux naufrages qui ont lieu au large de l'Italie à cette époque. De nouveau, l'accueil et

⁵⁷² Les propositions faites par le ministre allemand Otto SCHILLY en 2004 sont reprises dans l'article de M. GARLICK, « The EU discussion on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, p. 619.

⁵⁷³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux, 1^{er} septembre 2005, COM (2005) 388 final.

⁵⁷⁴ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 408-412. Les auteurs proposent un historique (jusqu'en 2009) des débats autour de la question du traitement extraterritorial des demandes d'asile.

la protection des personnes en besoin de protection internationale dans leurs régions d'origine ont été identifiés comme l'une des solutions à l'immigration irrégulière⁵⁷⁵.

208. Dans un second temps, après de nombreuses discussions autour du sujet, la Commission a publié un communiqué de presse en juin 2018 renvoyant à des documents d'information⁵⁷⁶. Ces documents présentaient deux dispositifs visant à promouvoir l'accueil dans les États tiers. D'une part, la Commission proposait la création de plateformes de débarquement. Celles-ci seraient localisées au sein des États tiers afin d'accueillir le débarquement des migrants secourus en mer méditerranée, indépendamment du lieu de leur sauvetage. La gestion de ces plateformes serait confiée au HCR et à l'OIIM en étroite collaboration avec les États tiers. Le projet visait à proposer une solution aux nombreux blocages décrits plus haut en matière de débarquement des personnes secourues. D'autre part, afin de compléter ce premier mécanisme, la Commission proposait également la création de centres contrôlés à l'intérieur des frontières européennes. La gestion de ceux-ci appartiendrait aux États membres qui les accueilleraient sur leur territoire avec le soutien financier de l'Union européenne et l'expertise de ses agences. L'objectif était ici de permettre l'enregistrement, le tri et la répartition rapide des personnes en besoin de protection internationale parvenant à atteindre irrégulièrement le territoire des États membres de l'Union. Toutefois, le 26 octobre 2018, le Président de la Commission, Jean-Claude Juncker, a déclaré l'abandon total des plateformes de débarquement en États tiers après la levée de boucliers de ces derniers⁵⁷⁷.

209. En somme, une éventuelle « solution méditerranée », si elle se concrétisait, s'organiserait autour de deux concepts à la fois distincts, en ce qu'ils ne posent pas les mêmes questions juridiques, et complémentaires, puisqu'ils offrent des prises en charge différentes adaptées aux différentes situations dans lesquelles les personnes en besoin de protection internationale sont susceptibles de se trouver. Les solutions proposées peuvent être

⁵⁷⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les travaux de la task-force pour la Méditerranée, 4 décembre 2013, COM (2013) 869 final, pp. 2-3.

⁵⁷⁶ Commission européenne, « Gestion des migrations : la Commission développe les concepts de « débarquement » et « centres contrôlés » », communiqué de presse du 24 juillet 2018 renvoyant à deux documents officiels sur des centres contrôlés dans l'UE et sur les dispositifs régionaux de débarquement, en ligne.

⁵⁷⁷ J.-C. JUNCKER, Conférence de presse donnée à Tunis le 26 octobre 2018 avec le Premier ministre tunisien Y. CHAHED, en ligne sur euractiv.fr. Ces arguments de refus étaient déjà mis en avant par A. BETTS, « Towards a Mediterranean Solution? Implications for the Region of Origin », *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, p. 661. Les pays tiers ont eu l'occasion d'exprimer leur désaccord notamment lors d'une réunion informelle organisée par le HCR le 29 septembre 2004.

catégorisées en deux ensembles. En premier lieu, les centres de transit seraient des installations proches des frontières extérieures de l'Union, mais sur le territoire des États tiers voisins, permettant d'accueillir à la fois les personnes secourues ou interceptées en mer, en dehors des eaux territoriales européennes, les personnes spontanément arrivées sur le territoire des États membres et renvoyées après un examen sommaire de leur demande d'asile ainsi que les personnes dont la demande a été définitivement rejetée. En second lieu, des zones de protection régionale seraient également créées pour accueillir et protéger les personnes à l'intérieur du territoire des États tiers plus lointains. Dans cette hypothèse, les personnes retenues sans ne pénétreraient jamais le territoire de l'Union sauf à y être réinstallées. Dans les deux cas, les projets évoqués rencontrent diverses difficultés d'ordre juridique.

B. Les obstacles juridiques aux projets d'extraterritorialisation de l'asile

210. La réalisation de ces projets soulève plusieurs séries de remarques. D'abord, du point de vue du cadrage juridique, les programmes de protection régionaux au sens large, c'est-à-dire englobant tant les camps de transit que les zones de protection, requièrent le consentement formel des États tiers sur le territoire desquels ils sont créés. Or, comme cela a été précisé auparavant, certains États tiers résistent⁵⁷⁸. Ils ne tiennent pas à supporter une charge supplémentaire d'accueil et de protection. Surtout, ils ne souhaitent pas avoir à traiter la question des déboutés de l'asile et de leur retour. Pour compenser ces inconvénients et emporter leur adhésion, les États membres de l'Union européenne s'engagent sur le terrain de la réinstallation en promettant de prendre en charge un certain nombre de personnes une fois qu'elles seront identifiées et qu'un examen de leur demande de protection, au moins sous l'angle de la recevabilité, aura été mené⁵⁷⁹. Ensuite, la conduite de projets de protection régionale implique l'existence de systèmes nationaux d'asile dans les États tiers. Or, de nombreux États n'en disposent pas. À cet égard, le HCR peut être mis à contribution. Cette option est courante et fait partie de son mandat. Enfin, les traités fondateurs de l'Union européenne obligent les États membres au respect du principe de cohérence⁵⁸⁰. Celui-ci

⁵⁷⁸ Cf. *supra*, note 479.

⁵⁷⁹ Cf. *infra*, Partie II, Titre 1.

⁵⁸⁰ Le TUE mentionne le principe de cohérence aux articles 11, 13, 16, 17, 18, 21 et 26. Le TFUE mentionne le principe de cohérence aux articles 7, 181, 196, 212, 214, 256, 329, 334, 349. C. HILLION,

implique que les politiques extérieures n'entrent pas en contradiction avec les politiques intérieures. Deux façons d'appréhender l'articulation entre les deux volets de la politique migratoire européenne s'opposent. D'un côté, l'accueil et la protection des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers peuvent apparaître cohérents à plusieurs égards. D'abord, comme la Commission l'a précisé, ce système permet de protéger les personnes les plus vulnérables. Or, dans sa dimension interne, le régime d'asile européen commun accorde une large place à la notion de vulnérabilités des demandeurs d'asile. Ensuite, cette logique semble parfaitement cohérente au regard des efforts de l'Union en vue de limiter les arrivées irrégulières sur le territoire. Enfin, l'idée de lieux fermés d'enregistrement et d'identification des personnes en demande de protection internationale afin de procéder à l'examen de la recevabilité de leur demande en vue d'une éventuelle réinstallation ressemble à celle des centres implantés en Grèce et en Italie dans le cadre de la relocalisation. D'un autre côté, on peut douter de la cohérence d'un système qui viserait à accorder un haut degré de protection matérielle et procédurale aux demandeurs d'asile qui auraient atteint le territoire alors que tout est mis en œuvre à l'extérieur de celui-ci afin que ces personnes n'arrivent jamais. Pour ne pas entrer en contradiction avec le principe de cohérence et ne pas constituer un mécanisme d'entrave totale à la mobilité des personnes en besoin de protection internationale, l'accueil sur le territoire des pays tiers ne doit pas se substituer à l'accueil des demandeurs d'asile irrégulièrement arrivés sur le territoire de l'Union. En outre, tout comme le mécanisme de sanction des transporteurs ou de déploiement des officiers de liaison immigration, le financement, le soutien ou la pression de l'Union européenne sur les États tiers pour qu'ils s'équipent de moyens d'accueil, de traitement des demandes et de protection des personnes en besoin de protection internationale directement sur leur territoire posent question au regard, d'une part, de la dilution de la responsabilité entre les États membres et, d'autre part, les personnes dont les droits fondamentaux pourraient être atteints par ces techniques d'obstruction au départ.

211. En complément des mécanismes de contention des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers, le droit de l'Union européenne permet, dans certaines conditions, le renvoi des personnes qui auraient réussi à atteindre le territoire des États membres.

« Cohérence et action extérieure de l'Union européenne », *European University Institute working paper*, 2012, en ligne [WP 2012-14 Hillion FINAL.doc - LAW_2012_14_Hillion_FINAL.pdf].

§2. Le transfert des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers

212. Les personnes en besoin de protection internationale qui auraient échappé à l'obligation de visa et aux mécanismes d'interception qui la renforcent pour atteindre le territoire des États membres ne se voient pas garantir en toute hypothèse l'accès aux procédures de l'asile. En effet, elles peuvent être renvoyées sur le territoire des États tiers de départ ou de transit dans les cas où le droit de l'Union considère que ces États sont en mesure d'assurer leur accueil, le traitement de leur demande et leur protection. Il est important de préciser les bases juridiques d'un tel mécanisme (A). En vertu du principe de non-refoulement, l'établissement de la sûreté de l'État de renvoi, la garantie d'une protection effective et le degré de connexion entre le demandeur et l'État de renvoi sont les critères permettant d'identifier les situations dans lesquelles un transfert est possible (B).

A. La possibilité de renvoyer des personnes en besoin de protection internationale vers un pays tiers sûr

213. Le droit international n'interdit pas de tels transferts (1). En revanche, avant d'y recourir, les États membres de l'Union qui les envisagent sont tenus de procéder à plusieurs vérifications inhérentes à la condition particulière des personnes visées (2).

1. L'absence d'interdiction de transférer des personnes en besoin de protection internationale

214. La Convention de Genève et son Protocole n'interdisent pas le renvoi des demandeurs d'asile et des personnes protégées vers des États tiers tant que ces renvois n'entrent pas en contradiction avec le principe de non-refoulement. À cet égard, le HCR estime même que le renvoi des réfugiés qui bénéficiaient déjà d'une protection effective dans le pays qui leur a accordé cette protection est conseillé. Au contraire, les transferts de demandeurs d'asile sont à limiter⁵⁸¹. En revanche, le droit international ne reconnaît pas de droit aux personnes en

⁵⁸¹ HCR, « Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of transfer to safe third country », avril 2018, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/5acb33ad4.html>].

besoin de protection internationale de choisir leur État de protection. Il n'oblige pas non plus la personne en besoin de protection internationale à demander l'asile à la première opportunité⁵⁸². Le concept de « pays tiers sûr » est donc une exploitation des silences du droit par les États membres de l'Union européenne.

215. Le principe défendu par le HCR est la prise en charge du traitement des demandes d'asile par l'État dans lequel le demandeur se trouve. Toutefois, cette ligne directrice n'est pas traduite de façon contraignante en droit international. Le droit des réfugiés n'oblige pas les États à traiter les demandes de protection au fond. L'examen individuel des craintes ne s'impose que lorsque l'État envisage d'éloigner la personne qui se dit en danger, en application du principe de non-refoulement. Les États ont développé la notion de « pays tiers sûrs » afin de procéder au transfert des demandeurs d'asile vers d'autres pays sans contredire le principe de non-refoulement. Le concept est l'une des pièces maîtresses des « politiques de non-entrée »⁵⁸³. Il permet à un État membre de refuser ou de moduler l'accès à une procédure de détermination du besoin de protection internationale pour trois motifs : le demandeur a déjà trouvé une protection ailleurs, le demandeur aurait pu trouver une protection ailleurs, la demande de protection paraît manifestement mal fondée au regard de la nationalité du demandeur. Ajoutée aux dispositifs d'interception décrits plus haut, la qualification de certains pays tiers comme sûrs par les États membres de l'Union européenne engendre la création de zones tampons entre les pays que fuient les personnes en besoin de protection internationale et les pays dans lesquels elles espèrent trouver cette protection⁵⁸⁴.

216. Le concept de « pays tiers sûr » se décline en trois volets. D'abord, la qualification de « pays d'origine sûr » permet de supposer qu'une demande de protection internationale n'est pas fondée ou crédible au motif qu'en règle générale, il n'y a pas lieu de considérer que les personnes en provenance de ce pays encourent des risques sérieux de persécutions⁵⁸⁵. Le plus souvent, cette qualification entraîne le traitement des demandes formulées par des personnes en provenance de ce pays en procédure accélérée. Cela signifie que leurs demandes sont examinées au fond mais plus rapidement et avec moins de garanties procédurales. Ensuite,

⁵⁸² HCR, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers, mai 2013, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/51af82794.html>].

⁵⁸³ J. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence », *op. cit.*, p. 244.

⁵⁸⁴ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 390. S. COLLINSON, « Visa Requirements, Carrier Sanctions, « Safe Third Countries », and « Readmission » : The Development of an Asylum « Buffer Zone in Europe », *op. cit.*, pp. 76-90.

⁵⁸⁵ Directive « Procédure », articles 36 et 37.

l'expression « pays tiers sûrs » désigne des pays dans lesquels les États membres estiment que la personne n'est pas en danger et aurait pu trouver une protection internationale⁵⁸⁶. Cette qualification permet, en général, aux États membres de n'examiner que la recevabilité de la demande ainsi que le degré de vulnérabilité des demandeurs pour renvoyer les non vulnérables dans des pays tiers afin qu'ils y présentent leur demande de protection. Enfin, la notion de « premier pays d'asile » apparaît également⁵⁸⁷. La qualification de premier pays d'asile implique que le demandeur se soit déjà vu reconnaître la qualité de réfugié dans un pays tiers et puisse encore se prévaloir de cette protection ou qu'il jouisse, à un autre titre, d'une protection suffisante dans ce pays. Par conséquent, les États peuvent procéder au renvoi du demandeur vers ce pays.

2. Les modalités du transfert

217. Le transfert d'une personne en besoin de protection internationale vers un État tiers peut être divisé en deux phases. L'État membre sous la juridiction duquel se trouve la personne doit procéder à deux examens. Les craintes eu égard au pays de renvoi doivent être examinées dans le cadre d'une procédure individuelle. L'État membre doit s'assurer que la personne renvoyée ne sera pas soumise à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette vérification s'applique à deux niveaux. Premièrement, l'État procédant au transfert doit s'assurer que la personne ne risque pas de subir un refoulement par ricochet vers un territoire sur lequel sa vie ou sa liberté serait menacée ou sur lequel elle subirait des traitements contraires au droit international des droits de l'homme. Deuxièmement, l'État doit également s'assurer que les conditions d'accueil et de séjour de la personne sur le territoire du pays visé ne seront pas dégradées au point de constituer pareils traitements. Une fois que la faisabilité du transfert a été évaluée favorablement au regard du principe de non-refoulement, l'État membre doit s'assurer de l'admissibilité de la personne sur le territoire du pays tiers visé.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, article 38.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, article 35.

B. Les critères déterminant les pays tiers sûrs

218. Le renvoi d'une personne en besoin de protection internationale vers un « pays tiers sûr » nécessite la réunion de trois critères : la sûreté (1), la protection équivalente (2), le lien de connexion (3)

1. La sûreté

219. En droit de l'Union, les pays d'origine sûrs, les pays tiers sûrs comme les pays de premier asile partagent des caractéristiques communes permettant d'établir un degré objectif de sûreté suffisant à envisager le renvoi de personnes en besoin de protection internationale : la vie et la liberté de la personne renvoyée ne doivent pas être menacées sur le territoire de renvoi en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ; le pays de renvoi doit respecter le principe de non-refoulement tel qu'il est défini par le droit international des droits de l'homme ; la personne renvoyée doit avoir accès, sur le territoire de renvoi, à une procédure de demande de protection internationale et, si celle-ci est acceptée, doit recevoir une protection conforme à la Convention de Genève⁵⁸⁸. La charge d'évaluer la validation de ces trois caractéristiques pèse sur l'État européen envisageant le renvoi. L'évaluation doit être pratique et théorique. En outre, elle doit être adaptée à la situation individuelle de chaque personne concernée par un projet de renvoi.

2. La protection effective

220. Lorsque le concept de pays sûr est appliqué aux personnes en besoin de protection internationale, les États membres de l'Union européenne doivent s'assurer qu'elles pourront bénéficier d'une protection conforme à la Convention de Genève. Sur ce point, plusieurs remarques s'imposent. D'abord, la protection prévue par la Convention de Genève est plus étendue qu'une simple protection contre le refoulement. Les droits formant la protection internationale des réfugiés ont un caractère progressif. Ils se développent à mesure que le lien entre le réfugié et son pays d'accueil s'approfondit. L'accès aux droits plus amples que la

⁵⁸⁸ *Ibid.*, article 38.

simple protection contre le refoulement s'ouvre progressivement dès lors que la personne atteint le territoire puis est admise à y séjourner et, enfin, obtient la reconnaissance de son statut⁵⁸⁹. Ensuite, l'expression « protection conforme à la Convention de Genève » employée dans la directive « Procédure » pourrait laisser penser que cette protection est homogène d'un État partie à l'autre et que, pour cette raison, les transferts n'ont que peu d'incidence sur la vie des personnes en besoin de protection internationale. Or, il existe des disparités importantes en matière de qualité de protection accordée en fonction de la situation socio-économique du pays d'accueil. Ainsi, la Commission considère qu'une protection effective doit comprendre un accès à des procédures d'asile efficaces et équitables, des conditions d'accueil et de séjour permettant d'atteindre un niveau de vie suffisant en matière de nourriture, logement, santé et éducation pour vivre dignement et une fois protégé, des conditions de vie décentes permettant d'atteindre l'autosuffisance et de favoriser l'intégration locale. Toutefois, elle reconnaît que les niveaux de vie peuvent grandement varier d'un pays à l'autre et que de nombreux pays tiers ne sont pas en mesure de répondre à ces standards⁵⁹⁰. Le HCR souligne également que l'élément clé d'une protection effective est la possibilité raisonnable d'accéder à une solution durable notamment par l'autosuffisance et l'unité familiale⁵⁹¹. Par ailleurs, 160 ONG ont proposé une définition de la protection effective au cours d'une consultation menée par le HCR en 2001. Selon celle-ci, la protection effective devrait inclure une sécurité physique et matérielle, un accès à l'aide humanitaire, un accès à l'éducation secondaire et à des moyens de subsistance, un accès rapide à des solutions durables, un système judiciaire fonctionnel, l'État de droit et le respect des droits des réfugiés y compris le principe de non-refoulement et les droits fondamentaux notamment les droits économiques et sociaux⁵⁹². La CEDH a également participé à la construction de la notion de protection effective en pays tiers. L'évolution de sa jurisprudence a permis d'y faire entrer des considérations socio-économiques en plus de la nécessité d'être protégé contre le refoulement

⁵⁸⁹ J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁹⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine, « Améliorer l'accès à des solutions durables », 4 juin 2004, COM (2004) 410 final.

⁵⁹¹ UNHCR Global Consultation 2001, « Summary Conclusions on the Concept of « Effective Protection » in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers », février 2003, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/3fe9981e4.html>]. S. LEGOMSKY, « Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum-Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection », *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, 2003, p. 567.

⁵⁹² HCR, Report on Pre-Excom Consultations with Non-Governmental Organisations, Annex IX, 2 octobre 2003.

et d'avoir accès à des procédures d'asile efficaces et équitables⁵⁹³. En résumé, il appartient aux États membres de l'Union d'évaluer le degré de sûreté et la qualité de la protection dont les personnes en besoin de protection internationale pourront bénéficier dans le pays tiers de renvoi. Ce n'est qu'à compter du moment où ces deux conditions sont remplies de manière satisfaisante, eu égard à la situation individuelle de la personne faisant l'objet du transfert, que celui-ci pourra être envisagé. Cependant, l'exécution du transfert dépend du consentement du pays tiers concerné. Ce dernier doit estimer que la personne qui lui est adressée entretient avec lui un lien de connexion suffisant.

3. La connexion

L'assurance d'une protection effective dans un pays tiers sûr ne suffit pas à autoriser le transfert d'un demandeur d'asile ou d'une personne protégée vers ce pays. Le HCR recommande que les transferts ne puissent avoir lieu que lorsqu'ils apparaissent raisonnables. Le caractère raisonnable d'un transfert dépend du lien entre la personne renvoyée et le pays de renvoi. Le HCR estime que les demandeurs d'asile ne devraient être renvoyés que vers des pays avec lesquels ils ont entretenu ou entretiennent un lien proche et dans lesquels il leur est possible de demander l'asile. La condition de connexion n'est pas obligatoire en droit international. En théorie, une personne peut être renvoyée vers un pays dans lequel elle a simplement transité ou dans lequel elle n'est jamais allée si toutefois celui-ci accepte de l'admettre sur son territoire. Cependant, le HCR plaide que plus le lien est significatif moins la menace de mouvement secondaire est élevée. Par conséquent, le HCR recommande de prendre en considération la durée du séjour dans le pays tiers de renvoi, le motif de celui-ci ainsi que l'existence de liens personnels ou familiaux⁵⁹⁴. La directive « Procédure » suit cette

⁵⁹³ CEDH, arrêt du mai 2007, *Salah Sheekh contre Pays-Bas*, n° 1948/04. Dans cet arrêt, la Cour estimait que les considérations socio-économiques et humanitaires « n'ont pas nécessairement d'incidence et n'en ont certainement pas une déterminante sur le point de savoir si les personnes concernées seraient exposées à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 », §141. CEDH, arrêt du 28 novembre 2011, *Sufi and Elmi contre Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07. Dans cet arrêt, la Cour estime que les États parties ont l'obligation de protéger les demandeurs d'asile contre un renvoi vers un pays dans lequel les conditions humanitaires atteignent un seuil tel qu'elles constituent des traitements contraires à l'article 3. Notons que la Cour statue en ce sens seulement lorsqu'elles sont la conséquence directes ou indirectes du conflit que la personne fuit, §§282-283. H. LAMBERT, « « Safe third country » in the European Union: An evolving concept in international law and implications for the UK », *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 26, 2012, p. 323.

⁵⁹⁴ HCR, Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of transfer to safe third country, *op. cit.*

recommandation en intégrant le lien de connexion aux règles à suivre pour établir, individuellement, la sûreté d'un transfert⁵⁹⁵. Les États membres de l'Union européenne doivent donc vérifier que la personne entretient un lien de connexion suffisant avec le pays désigné⁵⁹⁶. L'opinion du pays tiers quant à la suffisance du lien est déterminante. En effet, le transfert ne pourra être exécuté qu'à partir du moment où le pays de renvoi consent à l'entrée de la personne renvoyée.

⁵⁹⁵ Directive « Procédure », article 37.

⁵⁹⁶ CJUE, arrêt du 19 mars 2020, *L. H. contre Hongrie*, C6564/18, §§45 à 50.

Conclusion du Chapitre 2

221. Le droit de l'Union européenne renforce l'obligation de visa à l'encontre des personnes en besoin de protection internationale par l'implication des États tiers dans la politique de contrôle migratoire européenne. La coopération de ces États tiers permet le renvoi voire le maintien de ces personnes sur leur territoire, ce qui évite aux États membres de les accueillir, de traiter leurs demandes de protection et de les protéger, le cas échéant, dans les conditions prévues par le régime d'asile européen commun. Soumis au respect de la souveraineté des États tiers, le droit de l'Union européenne propose toute une série de mécanismes permettant de multiplier les effets de la politique migratoire européenne. Cependant, l'envoi d'officiers de liaison immigration européens sur le territoire des États tiers, l'exercice de pouvoirs de police d'interception sur ces mêmes territoires ou la contention des personnes ne sont possibles qu'avec le consentement des États tiers concernés. L'enjeu demeure donc de manier habilement les offres de soutien et moyen de pression (ou en termes triviaux « la carotte et le bâton ») afin d'obtenir pareille permission qui constitue l'une des clés de la puissance européenne en matière de contrôle migratoire. En outre, cette extension des contrôles migratoires s'accompagne nécessairement d'une dilution de la responsabilité des États membres à l'égard des personnes en besoin de protection internationale qui se trouveraient par conséquent privées de toute opportunité de fuir.

Conclusion Titre 2

222. En somme, les mécanismes d'interception mis en œuvre par l'Union européenne créent un maillage particulièrement dense d'opérations de contrôle des personnes à destination de l'Union européenne. Parmi elles, les personnes en besoin de protection internationale dont les chances d'obtenir un visa sont amoindries sont plus susceptibles de se faire intercepter. Les acteurs des interceptions sont tantôt les agents des États membres de l'Union européenne, tantôt les agents des États tiers, éventuellement sous la direction ou la coordination de ceux de Frontex, tantôt encore des agents privés, employés d'entreprises de transport international de passagers. Conséquence de la multiplication et de la variété des acteurs, les lieux d'interception semblent couvrir une grande partie des routes migratoires empruntées ; ils ont lieu dans les aéroports, dans les ports, les gares routières, les gares ferroviaires, sur le territoire des États tiers et en haute mer. Entre *push-back* et *pull-back* opérés ou soutenus par l'Union européenne, les personnes en besoin de protection internationale subissent, sans distinction par rapport au reste des personnes non ou mal documentées, une politique d'obstruction aux départs.

Conclusion de la Partie 1

223. Il existe une obligation générale de visa d'entrée sur le territoire des États membres en droit de l'Union européenne. Malgré la situation de vulnérabilité dans laquelle elles sont placées du fait de la rupture de tout lien avec leur État d'origine, de transit et de destination, elles ne bénéficient d'aucune exemption générale. Si l'absence de visa ne peut être sanctionnée pénalement à leur entrée sur le territoire des États membres, cette absence emporte des conséquences importantes quant à leur mobilité en amont de ce territoire. Dépourvues de visa, elles sont exposées à un risque d'interception ou, à tout le moins, de ralentissement très fort. En conséquence, elles cherchent par tout moyen à éviter les zones de contrôle. Celles-ci sont tellement étendues que les personnes en besoin de protection internationale sont contraintes d'emprunter des routes de plus en plus éloignées des routes officielles et donc de plus en plus dangereuses. Finalement, créés sous couvert de lutte contre la traite des êtres humains, le trafic illicite de migrants et l'immigration irrégulière, l'obligation de visa et les mécanismes d'interception qui renforcent ses effets deviennent contreproductifs dans le sens où de nombreuses personnes, pour les éviter, ont recours à des réseaux criminels transnationaux.

224. Les seuls mécanismes de lutte contre ces crimes qui pourraient remplir leur objectif semblent finalement résider dans la création de voies légales d'accès pour les personnes en besoin de protection internationale. Le droit de l'Union européenne en fait également la promotion. Néanmoins, l'utilisation que font les États membres du pouvoir discrétionnaire qui leur est reconnu ne permet pas la mobilité nécessaire aux personnes en besoin de protection internationale pour déclencher les procédures européennes de l'asile.

PARTIE II

L'ABSENCE D'OBLIGATION POUR LES ÉTATS MEMBRES DE DÉLIVRER UN VISA AUX PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE

Cette tension entre l'obligation d'obtenir un visa d'entrée et l'absence de possibilité réaliste d'y parvenir constitue un premier indice du déséquilibre des forces existant entre l'exercice du droit souverain des États de contrôler l'entrée et le séjour sur leur territoire, d'un côté, et le respect des droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale que sont le droit de quitter tout pays, y compris le sien, le droit de ne pas être refoulé et les droits tenant à la dignité des personnes, de l'autre. Ce déséquilibre est accentué par l'absence juridique de toute obligation pour les États membres de délivrer un visa d'entrée sur leur territoire aux personnes en besoin de protection internationale qui parviendraient à le solliciter. L'extrême difficulté de ces personnes à obtenir un visa d'entrée engendre des conséquences alarmantes. Les personnes en fuite se retrouvent sur les routes irrégulières et dangereuses de l'exil et viennent grossir les rangs des victimes des réseaux de passeurs. Pour contrer cette tendance, l'Union européenne, surtout depuis les arrivées importantes entre 2015 et 2017, encourage les États membres à créer des voies légales d'accès spécifiquement dédiées aux personnes en besoin de protection internationale. La Commission tente de développer un cadre commun et incitatif mais les États membres disposent d'une immense marge d'appréciation quant aux procédures et aux critères de sélection des candidats. Au sein de ces programmes d'entrée protégée, le pouvoir discrétionnaire des États membres s'exerce en amont : au moment de la sélection des candidats qui pourront bénéficier d'une entrée protégée et donc d'un visa. Les États membres sont libres d'appliquer des critères quantitatifs et qualitatifs drastiques, de façon discrétionnaire. De ce fait, un très faible nombre de candidats sont acceptés (**Titre 1**). En outre, que les États membres prennent leur décision de refuser l'octroi d'un visa dans le cadre du régime classique de demande spontanée ou d'un programme spécifique d'entrée protégée, leur pouvoir d'obstruction des départs découle également de l'absence de contrôle juridictionnel efficace de ces décisions de refus (**Titre 2**).

Titre 1. Le pouvoir discrétionnaire de sélection des candidats aux voies légales d'accès

225. Les voies légales d'accès sont les mécanismes qui permettent aux personnes en besoin de protection internationale de bénéficier d'un parcours régulier pour rejoindre en toute sécurité le territoire d'un État membre depuis leur État d'origine ou de transit afin d'y obtenir une protection et d'y trouver une solution durable⁵⁹⁷. L'Union européenne encourage le développement de ces voies légales d'accès pour plusieurs raisons. D'abord, ces programmes sont des moyens d'assurer une gestion efficace et coordonnée des migrations au sein de l'Union pour atteindre l'objectif consistant à créer un espace de liberté, de sécurité et de justice conformément à l'article 67 TFUE⁵⁹⁸. Ensuite, ils permettent la mise en œuvre des principes de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres⁵⁹⁹. Enfin, les programmes de voies légales d'accès au territoire des États membres de l'Union ont vocation à soutenir le renforcement de la coopération et des partenariats avec les pays tiers. Sur ce dernier point, la coopération avec les pays tiers au titre de la réinstallation est immédiatement mise en lien avec la promotion des réadmissions effectives dans les pays tiers⁶⁰⁰.

226. La logique de ces programmes est à la fois différente et similaire à celle des visas aux fins de demander l'asile. Ces programmes se distinguent des demandes de visas d'asile en ce qu'ils ne relèvent pas directement et uniquement de la volonté des personnes en besoin de protection internationale. Ces dernières n'ont aucune possibilité de postuler spontanément à ces programmes alors qu'elles peuvent exercer cette capacité individuelle auprès des consulats des États membres dans le cadre des demandes de visas. À l'inverse, ces programmes se rapprochent du régime des visas sur plusieurs points. D'abord, les États membres de destination matérialisent finalement la sélection des candidats par la délivrance ultime d'un visa qui peut être court ou long séjour selon les programmes. Ensuite, ces programmes

⁵⁹⁷ Commission européenne, Recommandation (UE) 2020/1364 du 23 septembre 2020 sur les voies légales d'accès à une protection dans l'Union européenne : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires.

⁵⁹⁸ Règlement (UE) 2021/1147 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le Fonds « Asile, migration et intégration », préambule, point 1.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, point 8.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, point 9.

permettent aux États membres de porter une première évaluation des critères d'inclusion et d'exclusion dans la protection internationale avant même l'arrivée sur leur territoire. Enfin, et surtout, ils sont la manifestation du pouvoir discrétionnaire de sélection des États membres. Ceux-ci sont libres de définir les modalités procédurales des programmes à leur convenance. L'analyse des programmes ouverts au sein de l'Union européenne démontre que leur capacité reste très en deçà des besoins réels de réinstallation recensés par le HCR et que leurs ressorts procéduraux demeurent obscurs. Les programmes d'entrée protégée paraissent limités d'un point de vue quantitatif mais également du point de vue de leur cohérence, de leur harmonisation et des garanties procédurales concédées aux personnes auxquelles ils s'adressent (**Chapitre 1**). En outre, si l'Union européenne tente d'harmoniser les critères de sélection, ceux-ci restent cumulatifs, drastiques et dessinent une remise en cause des grandes logiques qui sous-tendent le droit d'asile contemporain (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Les limites des programmes européens

227. Les expressions « programmes d'entrée protégée » ou « voies légales d'accès » recouvrent des réalités très diverses au regard des acteurs impliqués, des procédures appliquées et des normes qui les encadrent. Toutefois, les voies légales d'accès forment un ensemble en ce qu'elles poursuivent le même objectif : permettre le voyage sécurisé et l'entrée régulière des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin qu'elles puissent accéder aux procédures d'asile dans les conditions prévues par le RAEC. Leur analyse simultanée permet de faire ressortir trois grands axes de lecture. En premier lieu, les mécanismes de voies légales d'accès sont assez peu encadrés. En deuxième lieu, leur développement est très fortement encouragé tant au niveau mondial qu'au niveau européen. En troisième et dernier lieu, ils fonctionnent, la plupart du temps, sur la base de quotas fixés à l'avance par les États membres. Ces quotas sont très bas par rapport aux besoins recensés par le HCR dans le monde. Il est difficile de donner des chiffres exhaustifs car les programmes sont trop éparés et disparates. La réinstallation et la réunification familiale font l'objet de statistiques relativement stables et accessibles, ce qui n'est pas systématiquement le cas des autres programmes d'entrée protégée⁶⁰¹. Toutes précautions prises dans l'interprétation des données chiffrées, l'écart qui existe entre les données du HCR en termes de besoin de voies légales d'accès et les arrivées effectives sur le territoire des États membres dans le cadre de ces voies légales d'accès reste saisissant. En 2020, le HCR a recensé 1 440 408 personnes dans le monde dont le besoin de protection internationale a été reconnu et qui ne disposent pas de solution durable dans l'endroit où elles se trouvent⁶⁰². Au cours de la même année, les États membres de l'Union

⁶⁰¹ Certaines données chiffrées seront tout de même exploitées dans les développements suivants lorsque cela sera possible pour illustrer et justifier au mieux le propos.

⁶⁰² HCR, Projected Global Resettlement Needs 2020, en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5d1384047/projected-global-resettlement-needs-2020.html>]. Pour une approche très synthétique, voir HCR, Resettlement Fact Sheet 2020, en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/resettlement/600e95094/resettlement-fact-sheet-2020.html>].

européenne ont permis l'arrivée régulière et sécurisée d'environ 30 000 personnes en besoin de protection internationale⁶⁰³.

228. La réticence des États membres à ouvrir et pratiquer des voies légales d'accès au bénéfice des personnes en besoin de protection internationale s'explique par deux causes principales. D'une part, à la différence de l'Australie, du Canada ou des États-Unis qui pratiquent plus couramment les voies légales d'accès, la situation géographique de l'Union européenne expose les États membres aux arrivées spontanées – en opposition aux arrivées sûres, régulières et ordonnées que permettent les voies légales d'accès⁶⁰⁴. D'autre part, historiquement, les États membres de l'Union européenne sont des États de premier asile, voisins des zones de crise. Ce sont eux qui, après la Seconde Guerre mondiale, demandaient aux États tiers de faire preuve de solidarité internationale afin d'être désengorgés. Ainsi, il n'existe pas, exception faite de quelques États du nord de l'Europe (Suède, Finlande, Danemark et Norvège), de pratique traditionnellement ancrée des voies légales d'accès dans les États membres de l'Union européenne. En 2022, ces derniers ne sont plus des États de premier asile et d'autres États tiers ont besoin, à leur tour, de la solidarité internationale pour être soulagés d'une partie des personnes en besoin de protection internationale qu'ils accueillent⁶⁰⁵. Bien que leur pratique soit insuffisante au regard des besoins recensés par le

⁶⁰³ Ces chiffres restent très approximatifs. Ils prennent en compte les 9090 réinstallations pratiquées en 2020 (cf. Base de données Eurostat, Personnes réinstallées pour 2020, en ligne [<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00195/default/table?lang=fr>] ainsi que l'estimation de 20 000 entrées par réunification familiale (cf. Base de données Eurostat, Premiers permis délivrés pour regroupement familial avec un bénéficiaire du statut de protection par nationalité pour 2020, en ligne [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_resfrps1/default/table?lang=fr]). En revanche, ces chiffres ne prennent pas en compte le nombre de visas délivrés au titre de l'asile par les États membres car ces chiffres ne sont pas disponibles (leur exploitation risquerait par ailleurs de se superposer à d'autres données compte tenu du fait qu'un visa est également délivré dans le cadre d'un programme d'entrée protégée). Par ailleurs, l'année 2020 est la dernière pour laquelle il existe des statistiques définitives dans ces deux domaines. Or, la pandémie de COVID-19 a entraîné une diminution des entrées. À titre de comparaison, en 2019, les États membres avaient réinstallé 22 100 personnes et accueilli 34 700 personnes au titre de la réunification familiale. S'ils sont plus élevés, ces chiffres ne permettent tout de même pas de remettre en cause le contraste entre les besoins recensés par le HCR et les entrées autorisées par les États membres.

⁶⁰⁴ En 2020, 417 070 demandes d'asile ont été déposées dans les États membres de l'Union européenne (cf. Base de données Eurostat, en ligne [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_fr#illegalbordercrossings]). Il est impossible de donner la proportion des demandeurs d'asile entrés irrégulièrement. On peut juste souligner l'écart qui existe entre les entrées dans le cadre d'une voie légale d'accès pour les personnes en besoin de protection internationale et le nombre de demandes déposées. En effet, certains demandeurs d'asile étaient peut-être déjà présents sur le territoire préalablement, d'autres sont peut-être entrés régulièrement sous un autre statut que celui de l'asile.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, Moins de 10 % des réfugiés du monde vivent en Europe tandis que 12,7 % de la population du Liban est constituée de personnes en besoin de protection internationale.

HCR, les États membres de l'Union européenne disposent bel et bien de voies légales d'accès. Leur diversité amène à proposer une distinction en deux temps aux fins de leur analyse. Dans un premier temps, la réinstallation et l'admission humanitaire, voies légales d'accès principales dépendant de programmes étatiques, feront l'objet d'une étude jointe dans le but de démontrer que leur pratique par les États membres souffre d'un manque de cadre commun alors même qu'elles apparaissent comme des procédures destinées à la permanence (**Section 1**). Dans un second temps, des voies légales d'accès complémentaires, reposant sur un partenariat public-privé, seront présentées tant dans leur cadre théorique, lorsque celui-ci existe, que dans les expériences pratiques en cours dans certains États membres de l'Union européenne afin de mettre en évidence leurs avantages et leurs limites (**Section 2**).

Section 1. Le caractère informel des programmes de réinstallation et d'admission humanitaire

229. En droit de l'Union, la réinstallation est définie comme « l'admission sur le territoire des États membres, à la suite d'un signalement du HCR, de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides en provenance d'un pays tiers vers lequel ils ont été déplacés et qui bénéficient d'une protection internationale et ont accès à une solution pérenne conformément au droit de l'Union et au droit national ⁶⁰⁶». Le HCR, de son côté, propose une autre définition. La réinstallation est présentée comme une opération « qui implique la sélection et le transfert de réfugiés d'un État dans lequel ils ont cherché une protection vers un autre État qui accepte de les accueillir comme réfugiés avec un statut de résident permanent »⁶⁰⁷. Le réseau européen des migrations, soutenu par la Commission européenne, propose une définition qui relève du compromis : « Dans le cadre de l'UE, la réinstallation correspond au transfert à la demande du HCR de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides identifiés comme ayant besoin d'une protection internationale, depuis un État tiers vers un État membre de l'UE où ils sont autorisés à séjourner et obtiennent le statut de réfugié ou tout autre statut similaire »⁶⁰⁸. Malgré des appréhensions différentes, ces trois définitions convergent sur un certain nombre de

⁶⁰⁶ Règlement (UE) 2021/1147, article 2-8.

⁶⁰⁷ HCR, Manuel de réinstallation, 2011, p. 3, en ligne [<https://www.unhcr.org/fr/protection/resettlement/5162da949/manuel-reinstallation-hcr-manuel-complet.html>].

⁶⁰⁸ Réseau européen des migrations, « Programmes de réinstallation et d'admission humanitaire en Europe – Qu'est-ce qui fonctionne ? », 9 novembre 2016, en ligne [https://www.immigration.interieur.gouv.fr/content/download/102770/810993/file/REM_Rapport-de-synthese_Reinstallation.pdf], p. 11.

points. D'abord, les personnes visées par la réinstallation sont exclusivement des personnes dont le besoin de protection internationale au titre du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire ne fait pas de doute, qu'il ait été déjà reconnu dans le pays tiers ou qu'il soit parfaitement évident qu'il sera reconnu dans l'État membre d'accueil. Ensuite, le statut octroyé par l'État membre d'accueil doit offrir une solution durable. Enfin, le rôle du HCR est toujours présenté de façon primordiale dans la phase de sélection des bénéficiaires de la réinstallation.

230. La réinstallation ne couvrant pas toutes les situations dans lesquelles des personnes en besoin de protection internationale sont dépourvues de solution durable, des voies légales d'accès complémentaires ont été ouvertes. L'admission humanitaire est la voie complémentaire la plus usitée. Elle ne fait pas l'objet de définition réellement stable en droit de l'Union. Le Règlement (UE) 2021/1147 définit l'admission humanitaire comme « l'admission sur le territoire des États membres à la suite, si un État membre en fait la demande, d'un signalement du Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) ou de toute autre instance internationale compétente, de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides en provenance d'un pays tiers vers lequel ils ont été déplacés de force et qui bénéficient d'une protection internationale ou d'un statut humanitaire en vertu de la législation nationale prévoyant des droits et obligations équivalant à ceux prévus aux articles 20 à 34 de la directive 2011/95/UE pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire »⁶⁰⁹. En 2014, le Règlement (UE) n° 516/2014 relatif au Fonds « Asile, migration et intégration » proposait une définition plus succincte de l'admission humanitaire entendue comme « un processus *ad hoc* par lequel un État membre accepte qu'un certain nombre de ressortissants de pays tiers séjourne sur son territoire pour une période temporaire afin de les protéger d'une crise humanitaire urgente due à des événements tels que l'évolution de la situation politique ou des conflits »⁶¹⁰. De son côté, le HCR ne donne aucune définition de l'admission humanitaire tandis que l'Organisation internationale des migrations propose une définition mettant l'accent sur la rapidité ou l'urgence de la procédure de sélection et de transfert ainsi que le statut temporaire obtenu dans le pays d'accueil pour des bénéficiaires qui ne relèveraient pas seulement de la

⁶⁰⁹ Règlement (UE) 2021/1147, article 2-5.

⁶¹⁰ Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration », article 2, b).

protection internationale mais pourraient également avoir un profil plus humanitaire⁶¹¹. Le Réseau européen des migrations, là encore, compile l'essentiel des diverses définitions pour en conclure, en l'absence de définition stable, que la notion d'admission humanitaire renvoie à des dispositifs semblables aux programmes de réinstallation mais qui, pour plusieurs raisons, ne satisfont pas pleinement aux critères de la réinstallation. Ainsi, il sera question d'admission humanitaire lorsque le besoin de protection internationale des bénéficiaires n'est pas évident ou déjà reconnu ou que le HCR n'aura pas été mobilisé ou encore que le statut dans l'État membre d'accueil n'offre pas la garantie d'une permanence. Ces deux définitions permettent d'établir que ces deux modes d'entrée protégée ne sont ni tout à fait les mêmes ni tout à fait différents, ce qui justifie leur traitement commun et leur distinction des autres voies légales d'accès dans les documents officiels⁶¹². Ces deux mécanismes ont suivi la même évolution sur le territoire européen. Ils sont passés de mécanismes ponctuels déclenchés en réaction à des crises migratoires à des solutions permanentes (§1). Cette transition vers un fonctionnement permanent n'a toutefois pas été accompagnée d'un cadre juridique commun clair permettant d'unifier les pratiques étatiques disparates (§2).

§1. La transformation des programmes *ad hoc* en mécanismes permanents

231. Tout au long du XXe siècle, la réinstallation et l'admission humanitaires sont restées des mécanismes ponctuels uniquement activés pour répondre à des crises migratoires internationales (A). Depuis les années 2000, leur mise en place permanente, mais non contraignante, est encouragée par différents acteurs internationaux et européens (B).

⁶¹¹ OIM, Termes Clés de la Migration, « Admission humanitaire – Procédure accélérée d'admission dans un pays, à titre temporaire ou permanent, de personnes ou de groupes de personnes ayant besoin de protection, y compris mais non exclusivement les réfugiés, les personnes ayant un besoin impératif de protection, les migrants en situation de vulnérabilité, les membres de la famille élargie, ou encore les personnes ayant besoin d'une assistance et de soins médicaux », en ligne [<https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>].

⁶¹² Commission européenne, Recommandation (UE) 2020/1364 du 23 septembre 2020 sur les voies légales d'accès à une protection dans l'Union européenne : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires ; Réseau européen des migrations, « Programme de réinstallation et d'admission humanitaire : Qu'est-ce qui fonctionne ? », *op. cit.*

A. La réinstallation et l'admission humanitaires comme réactions ponctuelles en cas de crise au XXe siècle

232. Ces programmes sont longtemps restés l'apanage de quelques États minoritaires. Ils ont d'abord été développés de façon ponctuelle, exceptionnelle en réaction à l'apparition de crises migratoires localement délimitées⁶¹³. Dans un premier temps, le passeport Nansen a permis, dans l'entre-deux-guerres, la réinstallation de 800 000 personnes aux États-Unis, au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Amérique latine⁶¹⁴. Dans un deuxième temps, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, l'Organisation internationale des réfugiés, remplacée en 1952 par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, a coordonné des opérations de réinstallation pour plus d'un million de personnes principalement à destination de pays non européens⁶¹⁵. Ce n'est que dans un troisième temps, au cours de la Guerre froide, que des opérations de réinstallation ont eu lieu sur le territoire des États membres de l'Union. La révolution hongroise de 1956 a entraîné la réinstallation de 180 000 personnes depuis l'Autriche et l'ex-Yougoslavie vers 37 pays⁶¹⁶. En 1972, 40 000 ressortissants indo-pakistanaïsi résidant en Ouganda ont été expulsés et réinstallés, principalement au Royaume-Uni. L'année suivante, 45 000 Chiliens ont fui le coup d'État dans leur pays et ont été réinstallés en Europe. L'opération la plus emblématique de cette période de l'Histoire reste la réinstallation des Vietnamiens lors de la guerre en Indochine. Sous la direction du HCR et en application de deux traités internationaux conclus entre les pays de premier asile et les pays de protection finale, plus d'un million de personnes ont été réinstallées aux États-Unis, au Canada, en Australie, en France, en Allemagne et au Royaume-Uni. L'organisation de cette opération a entraîné une chute immédiate et drastique des

⁶¹³ M. TISSIER-RAFFIN, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 13, 2018, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/3405#ftn15>]; A. KRASNIQI, B. SUTER, « Refugee Resettlement to Europe 1950-2014 – An Overview of Humanitarian Politics and Practices », *Working Paper Series* 15, Malmo University, en ligne [www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1409894/FULLTEXT01.pdf]; H. BEIRENS, S. FRATZKE, *Taking Stock of Refugee Resettlement – Policy Objectives, Practical Tradeoffs, and the Evidence Base*, Migration Policy Institute, mai 2017, en ligne [<https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/EU-Frank-FINALWEB.pdf>].

⁶¹⁴ J.-P. DUBOIS, « Le Passeport Nansen, première protection des réfugiés dans l'histoire du droit international », *Revue Après-Demain*, n° 39, 2016/3, p. 48.

⁶¹⁵ M. TISSIER-RAFFIN, « La réinstallation des réfugiés, aspects historiques et contemporains », in GISTI, *Le droit d'asile à l'épreuve de l'externalisation des politiques migratoires*, GISTI – Penser l'immigration autrement, 2020, pp. 38-39.

⁶¹⁶ *Idem*; M. ZIECK, « The 1956 Hungarian Refugee Emergency, an Early and Instructive Case of Resettlement », *Amsterdam Law Forum*, n° 5, 2013, pp. 45-63; A. CELLINI, « La réinstallation des réfugiés hongrois en 1956 », *Forced Migration Review*, n° 2, 2017, pp. 6-8.

tentatives de traversées maritimes périlleuses⁶¹⁷. La dernière grande opération de réinstallation est intervenue dans le contexte de la guerre en ex-Yougoslavie et au Kosovo durant laquelle 96 000 personnes ont été réinstallées dans 28 pays⁶¹⁸.

233. Malgré leur diversité temporelle et géographique, ces différentes expériences de réinstallation partagent des caractéristiques communes⁶¹⁹. D'abord, elles ont toutes été créées pour faire face à un afflux massif de personnes de la même nationalité, situées dans le même pays de résidence. Les groupes de personnes à réinstaller étaient homogènes ; cela a permis aux États participants de procéder à la détermination du statut de réfugié sur le fondement d'une reconnaissance *prima facie*. Ensuite, leur réussite repose sur une volonté de coopération entre les différents États d'origine, de transit, de premier accueil et de réinstallation impliqués. Enfin, et surtout, les États occidentaux de réinstallation avaient, à cette époque, des objectifs idéologiques à étendre leur protection aux dissidents ressortissants des États sous influence soviétique. La réinstallation était donc privilégiée par rapport aux autres solutions durables préconisées par le HCR que sont l'intégration locale et le rapatriement volontaire. L'octroi de la protection internationale par les États de réinstallation était rapide et effectif. La pratique de la réinstallation a décliné après la fin de la Guerre froide car les États n'y trouvaient plus d'intérêt idéologique.

B. La réinstallation et l'admission humanitaire comme solutions permanentes mais non contraignantes

234. Depuis le début des années 2000, sous l'impulsion du HCR et de la Commission européenne, la création de voies d'entrée protégée connaît un regain dans les États membres de l'Union européenne. Il ne s'agit plus de réagir à des situations de crises migratoires exceptionnelles et ponctuelles mais bien de proposer des solutions structurelles à l'augmentation continue du nombre de personnes en situation de migration forcée et en besoin de protection internationale à travers le monde. En 1996, tout d'abord, le HCR a

⁶¹⁷ HCR, *Les réfugiés dans le monde : cinquante ans d'action humanitaire (chapitre 4 La fuite de l'Indochine)*, 1^{er} janvier 2000, pp. 79-103, en ligne [<https://www.unhcr.org/fr/publications/sowr/4ad2f957e/refugies-monde-cinquante-ans-daction-humanitaire-chapitre-4-fuite-lindochine.html>].

⁶¹⁸ HCR, *Global Report 1999*, pp. 345-347, en ligne [<https://www.unhcr.org/3e2d4d5f7.pdf>].

⁶¹⁹ M. TISSIER-RAFFIN, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *op. cit.*

publié pour la première fois le manuel de réinstallation, régulièrement mis à jour depuis⁶²⁰. Ce guide de bonnes pratiques est conçu à destination des agents du HCR eux-mêmes mais également de leurs partenaires étatiques et privés au sein des ONG. Suite au lancement d'un cycle de réflexions mondiales sur la protection internationale en 2000⁶²¹, le HCR a établi un Agenda pour la protection dans lequel il a invité les États à adopter des programmes de réinstallation⁶²². Au sein de l'Union européenne, la Commission a répondu à cet appel en publiant trois communications mentionnant la nécessité de créer des voies d'entrée protégée sur le territoire des États membres entre 2000 et 2004⁶²³. La réinstallation et l'admission humanitaire ont ensuite été considérées comme des éléments des programmes de protection régionaux mis en œuvre à partir de 2005 pour renforcer les capacités de protection des pays de premier asile et de transit par le biais d'une assistance technique et financière. Le développement des programmes de voies d'entrée protégée avec ces États tiers devait permettre de les soulager des personnes pour lesquelles aucune solution de rapatriement ou d'intégration locale n'était envisageable⁶²⁴. Depuis 2008, l'Union européenne incite financièrement les États membres à pratiquer la réinstallation par l'octroi d'aide financière d'un montant de 6000 euros par personne réinstallée voire 10 000 euros lorsque la personne appartient à un groupe considéré comme vulnérable ou qu'elle est en provenance d'une zone

⁶²⁰ La dernière édition du manuel de réinstallation du HCR date de juillet 2011 et est disponible en ligne [<https://www.unhcr.org/fr/5162da949.pdf>].

⁶²¹ L'ensemble des réunions et rapports sont disponibles en ligne sur [www.refworld.org].

⁶²² Assemblée générale des Nations Unies, Agenda pour la Protection, Excom HCR, 26 juin 2002, A/AC.96/965/Add.1.

⁶²³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile », 22 novembre 2000, COM (2000) 755 final ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés », 3 juin 2003, COM (2003) 315 final ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Améliorer l'accès à des solutions durables », 4 juin 2004, COM (2004) 410 final.

⁶²⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, 2 septembre 2009, COM (2009) 456 final. Entre 2003 et 2008, la Commission a également encouragé les États membres à s'initier à la réinstallation par la création d'un réseau de tutorat entre des États expérimentés en la matière et des États débutants ; voir par exemple, MORE - Modeling of National Resettlement Process and Implementation of Emergency Measures- projet de jumelage Finlande/Irlande, décembre 2003 – avril 2005, E. EKHOLM, S. MAGENNIS, L. SALMELIN, Shaping our future – A Practical Guide to the Selection, Reception and Integration of Resettled Refugees, Helsinki, 2005, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/437475fec.html>] ; MOST - Modeling of Orientation, Services and Training Related to the Resettlement and Reception of Refugees – projet de jumelage entre l'Espagne, l'Irlande, la Finlande et la Suède, décembre 2006 – janvier 2008, E. KUISMIN, Promoting Independence in resettlement, Helsinki, 2008, en ligne [https://icmc.cmbbox.be/sites/icmc/files/MOST%20Project_0.pdf]. Voir également la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions, « Approche globale de la question des migrations et de la mobilité », 18 novembre 2011, COM (2011) 743 final.

prioritaire⁶²⁵. Depuis 2009, la Commission travaille à la création d'un encadrement commun des procédures de réinstallation et d'admission humanitaire⁶²⁶. Finalement adopté en 2012 dans le cadre de la création du Fonds européen pour les réfugiés, le programme commun de l'Union européenne reste basé sur la participation volontaire des États membres qui ont refusé toute norme contraignante. Il fixe des critères géographiques et des critères de vulnérabilité pour encadrer les procédures nationales de sélection des personnes éligibles à la réinstallation.

235. À partir de 2015, à la suite de l'augmentation des arrivées irrégulières de personnes en besoin de protection internationale aux frontières extérieures de l'Union européenne, cette dernière tente d'insuffler une dynamique pour inciter les États membres à développer leurs programmes nationaux de réinstallation et d'admission humanitaire dans le cadre d'objectifs communs⁶²⁷. En 2015, un premier programme de réinstallation de 22 000 personnes sur deux ans a été recommandé par la Commission⁶²⁸. Vingt-deux États membres s'y sont engagés. Finalement 97 % des engagements ont été tenus. En 2017, un deuxième programme sur deux ans a été lancé. Cette fois-ci l'objectif était plus ambitieux puisqu'il s'agissait de réinstaller 54 000 personnes. Seuls seize États membres y ont participé pour atteindre 70 % des objectifs fixés. Parallèlement, dans le cadre de la Déclaration UE-Turquie, 27 000 ressortissants syriens ont été réinstallés depuis la Turquie en échange des engagements de la Turquie à contrôler les départs vers la Grèce et à reprendre les demandeurs d'asile non vulnérables entrés irrégulièrement en Grèce⁶²⁹. En 2020, la Commission a de nouveau proposé un programme

⁶²⁵ Les sommes attribuées l'ont été dans le cadre du Fonds européen pour les réfugiés entre 2008 et 2013 : Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires ». Le Fonds Asile, Migration et Intégration a pris le relai pour la période de 2014 à 2020, Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration ». Depuis 2021, le fonctionnement du Fonds « Asile, migration et intégration » est encadré par le Règlement (UE) 2021/1147 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021. Les notions de zones prioritaires et de personnes vulnérables font l'objet de plus amples développements dans le chapitre suivant, cf. *infra*, §§283 et s. et cf. *infra*, §§305 et s.

⁶²⁶ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, 2 septembre 2009, COM (2009) 447 final.

⁶²⁷ C. GAUTHIER, M. TISSIER-RAFFIN, « La réinstallation : vers une remise en cause du système institutionnel et normatif du droit international des réfugiés ? », in C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, *op. cit.*, p. 116.

⁶²⁸ Commission européenne, Recommandation (UE) n° 2015/914 du 8 juin 2015 concernant un programme européen de réinstallation.

⁶²⁹ Rapport de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, Quinzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation, 6 septembre 2017, COM (2017) 465 final.

de réinstallation de 29 500 personnes⁶³⁰. Celui-ci a été temporairement suspendu pendant la pandémie de COVID-19 et prolongé pour l'année 2021. Si les objectifs communs ont été initiés en réponse à la crise migratoire de 2015, la structuration d'objectifs communs réguliers par la Commission fait de la réinstallation et de l'admission humanitaire des mécanismes opérationnels de long terme. Compte tenu de cette évolution, dans le cadre de la réforme complète du régime d'asile européen commun en cours de négociation entre les États membres, la Commission a proposé un cadre commun permanent en matière de réinstallation à deux reprises en 2016 et en 2020⁶³¹. Pour le moment, aucun d'entre eux n'a encore été adopté. Ainsi, en 2022, les programmes de réinstallation et d'admission humanitaire peuvent être appréhendés sous l'angle d'objectifs communs mais ils restent fondés sur le volontariat des États membres.

§2. Des pratiques étatiques disparates

236. Le Règlement (UE) 2021/1147 en date du 7 juillet 2021 régit actuellement le cadre des opérations de réinstallation subventionnées par l'Union européenne et mises en œuvre par les États membres sur la base du volontariat⁶³². Son action d'harmonisation est limitée aux incitations financières octroyées aux États membres dès lors qu'ils procèdent à la réinstallation ou à l'admission humanitaire de personnes ciblées par la politique de l'Union européenne. Cependant, ces incitations ne permettent pas l'établissement de critères ou de règles procédurales communs. Ainsi, elles n'ont pas mis fin à la multitude et la disparité des pratiques nationales (A). L'analyse de ces pratiques révèle qu'au-delà de ces disparités et

⁶³⁰ Commission européenne, Recommandation (UE) sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires, 23 septembre 2020, C (2020) 6467 final.

⁶³¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe, 6 avril 2016, COM (2016) 197 final. Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour l'Union pour la réinstallation, 13 juillet 2016, COM (2016) 468 final. Cette proposition a été complétée par une Recommandation (UE) sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires, 23 septembre 2020, C (2020) 6467 final et une proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final.

⁶³² Règlement (UE) 2021/1147. La proposition du 23 septembre 2020 de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration, COM (2020) 610 final n'a pas encore été adoptée.

malgré le manque de cadrage juridique, il est possible de dessiner les contours de la procédure de sélection en matière de réinstallation et d'admission humanitaire (B).

A. La multitude d'acteurs et de programmes

237. Les pratiques des États membres font l'objet de différents rapports. En premier lieu, l'Union européenne a proposé une analyse de la pratique des États membres par la publication de quinze rapports sur la relocalisation et la réinstallation dans le contexte de tensions migratoires entre 2016 et 2017⁶³³. En deuxième lieu, des ONG publient régulièrement des études rendant compte de la pratique des États membres dans le domaine des voies légales d'accès, ce qui permet d'avoir une vue d'ensemble des critères et des procédures effectivement appliqués⁶³⁴. En troisième et dernier lieu, le manuel de réinstallation

⁶³³ Le premier rapport intitulé « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil – Premier rapport sur la relocalisation et la réinstallation » a été publié le 16 mars 2016, COM (2016) 165 final. Les suivants ont été intitulés « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur la relocalisation et la réinstallation ». Le dernier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil a été remis le 6 septembre 2017, COM (2017) 465 final. Entre ces deux textes, les rapports ont été publiés avec une certaine régularité : deuxième rapport du 12 avril 2016 COM (2016) 222 final, troisième rapport du 18 mai 2016 COM (2016) 360 final, quatrième rapport du 15 juin 2016 COM (2016) 416 final, cinquième rapport du 13 juillet 2016 COM (2016) 480 final, sixième rapport du 28 septembre 2016 COM (2016) 636 final, septième rapport du 28 septembre 2016 COM (2016) 720 final, huitième rapport du 8 décembre 2016 COM (2016) 791 final, neuvième rapport du 8 février 2017 COM (2017) 074 final, dixième rapport du 2 mars 2017 COM (2017) 202 final, onzième rapport du 12 avril 2017 COM (2017) 212 final, douzième rapport du 16 mai 2017 COM (2017) 260 final, treizième rapport du 13 juin 2017 COM (2017) 330 final, quatorzième rapport du 26 juillet 2017 COM (2017) 405 final.

⁶³⁴ European Resettlement Network and other legal pathways a notamment publié *via* la plateforme SHARE un ensemble d'infographies illustrant la pratique en Belgique, Croatie, Allemagne, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Suède, Royaume-Uni, Bulgarie, Estonie et Slovaquie, en ligne, actualisé jusqu'en 2019, en ligne [<https://www.share-network.eu/resources>]. Le Réseau a également publié un rapport sur les programmes de parrainage communautaire en Europe, « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », 2019, en ligne [<http://icmc.net/wp-content/uploads/2019/10/Share-publication-2019-FR.pdf>]. L'ONG belge Myria a, de son côté, publié un dossier intitulé « Les visas humanitaires, Frontières et droits fondamentaux » en mai 2017 qui aborde la délivrance des visas humanitaires spontanés et *via* des programmes spécifiques, en ligne [https://www.myria.be/files/Myriadoocs4_Visas_humanitaires.pdf] ainsi qu'un ensemble de recommandations sur le regroupement familial des bénéficiaires d'une protection internationale en Belgique, note du 3 juillet 2018, en ligne [<https://www.myria.be/fr/publications/gezinshereniging-van-begunstigden-van-internationale-bescherming-in-belgie>] ou encore une approche chiffrée et transparente de la pratique des voies légales d'accès au territoire de l'Union européenne, note du 22 novembre 2016, en ligne [<https://www.myria.be/fr/publications/visas-humanitaires-myria-propose-une-approche-chiffree-et-demande-davantage-de-transparence-1>].

du HCR recense également diverses pratiques étatiques⁶³⁵. Ces sources montrent l'éclatement des dispositifs et la superposition des programmes. Ces disparités peuvent être appréhendées de deux manières.

238. D'un côté, en l'absence de contrainte fixée par le droit de l'Union européenne, les États membres ont le choix d'engager ou non la mise en œuvre de programmes de réinstallation et d'admission humanitaire. Au sein de l'Union européenne, et malgré le cadre souhaité par la Commission, les résultats entre les États membres présentent de fortes disparités. Il est possible de catégoriser les États membres en cinq groupes en fonction de leurs pratiques nationales. Les États du premier groupe peuvent être considérés comme les *leaders*. Ainsi, l'Allemagne, la Suède, les Pays-Bas et la France pratiquent régulièrement la réinstallation et l'admission humanitaire voire renforcent leurs programmes sous l'influence du droit de l'Union européenne. Dans le deuxième groupe figurent les États membres qui ne pratiquent pas ou bien de manière très anecdotique la réinstallation ou l'admission humanitaire. Il s'agit de la Grèce, Malte, des États baltes, la Hongrie, la Bulgarie, la Roumanie, la Slovénie, la République tchèque, la Slovaquie, la Pologne et Chypre. Le troisième groupe est constitué des États membres qui ont pratiqué ces programmes mais qui ont cessé tels que l'Autriche et le Danemark. Au contraire, dans le quatrième groupe, on trouve les États qui n'avaient aucune pratique mais qui ont récemment initié des programmes comme le Portugal, l'Italie ou la Croatie. Enfin, certains États ont une pratique relative stable mais modeste et forment le cinquième groupe. On peut citer ici l'Irlande, la Belgique, l'Espagne, la Finlande et le Luxembourg⁶³⁶. Finalement, seule une minorité d'États membres est réellement engagée dans le développement de la réinstallation et de l'admission humanitaire au sein de l'Union européenne.

239. D'un autre côté, les disparités des programmes sont également le fruit de l'implication d'une multitude d'acteurs. En premier lieu, ces programmes appartiennent avant tout aux États. Cependant, au sein de cette catégorie, les acteurs principaux sont relativement diversifiés. En effet, les programmes sont le résultat d'une coopération indispensable entre les États tiers de transit et les États membres de destination. Par ailleurs, de multiples autorités

⁶³⁵ HCR, Manuel de réinstallation du HCR, *op. cit.* En outre, le HCR publie des indications par pays, en ligne, [<https://www.unhcr.org/protection/resettlement/4a2ccf4c6/unhcr-resettlement-handbook-country-chapters.html>].

⁶³⁶ Cette analyse est tirée des statistiques accessibles sur Eurostats très largement éclairées par C. GAUTHIER, M. TISSIER-RAFFIN, « La réinstallation : vers une remise en cause du système institutionnel et normatif du droit international des réfugiés ? », *op. cit.*, pp. 126-127.

étatiques peuvent être impliquées dans la réalisation des programmes : autorités consulaires, administrations ou juridictions en charge de l'asile, autorités centrales des ministères de l'Intérieur ou des Affaires étrangères. En outre, au plan européen, l'administration européenne pourrait également être impliquée notamment la Commission européenne relativement aux incitations financières et l'Agence de l'Union européenne pour l'asile en ce qui concerne le soutien opérationnel. En second lieu, le Pacte mondial pour les réfugiés fait état de nombreux acteurs non étatiques qui peuvent être parties prenantes dans les programmes de réinstallation ou d'admission humanitaire⁶³⁷. À cet égard, le HCR occupe une place prépondérante dans le processus de sélection des candidats. En outre, l'OIIM participe à la sécurisation des trajets à la fois des personnes à réinstaller et des agents étatiques ou autres des États de destination qui viennent sur le territoire des États tiers de transit prendre part à la procédure de sélection. D'une moindre manière, la société civile, les organisations confessionnelles, les universités, les syndicats ou les entreprises peuvent être mis à contribution, principalement dans l'accueil des personnes réinstallées mais aussi dans certains cas dans le processus de leur sélection⁶³⁸. Si les programmes sont multiples, il est toutefois possible de tirer les grands axes de la procédure de sélection qu'ils suivent.

B. Une procédure de sélection non encadrée

240. Le droit de l'Union européenne applicable pose un principe commun à l'ensemble des programmes en indiquant qu'il n'existe pas de droit à la réinstallation ou à l'admission humanitaire. Cette précision est explicitée par le projet de Règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation de 2016⁶³⁹. L'accès aux programmes d'entrée légale et sécurisée reste, comme l'octroi d'un visa humanitaire ou d'asile, une faveur consentie par l'État et non

⁶³⁷ Pacte mondial pour les réfugiés, point 91.

⁶³⁸ À titre d'exemple, le gouvernement italien a conclu un accord avec la communauté religieuse Sant'Egido afin que celle-ci crée des couloirs humanitaires. Ces couloirs sont entièrement financés par des fonds privés. L'organisation privée San't Egido sélectionne les personnes en coopération avec le HCR. Puis la liste des candidats sélectionnés fait l'objet d'un contrôle de la part des autorités étatiques au moment de la délivrance d'un visa humanitaire. Informations sur le site internet de Sant'Egido, éclairées par l'article C. PARISI, « La nécessaire harmonisation du visa humanitaire dans le droit de l'Union européenne au prisme de l'asile », *Freedom, Security & Justice : European Legal Studies*, 2019, p. 156. Toutefois, ces acteurs prennent plus souvent part aux mécanismes de parrainage privé ou de mobilités professionnelles ou étudiantes qui seront étudiés, cf. *infra*, §§ 262-263.

⁶³⁹ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, COM (2016) 468 (final) du 13 juillet 2016, préambule, point 19.

un droit subjectif de l'individu. La nature des voies légales d'accès est donc discrétionnaire⁶⁴⁰. En outre, le droit de l'Union européenne ne prévoit aucune garantie procédurale au bénéfice des candidats⁶⁴¹. Tout au plus, le manuel de réinstallation du HCR recommande d'informer le réfugié sur les tenants et les aboutissants des entretiens de sélection des candidats, de permettre à la personne concernée de refuser le concours d'un interprète en particulier, de demander la suspension ou le report de l'entretien lorsqu'elle ne se sent plus en mesure de répondre aux sollicitations⁶⁴². Par ailleurs, dans son projet de 2016, la Commission prend soin de distinguer deux procédures. Ainsi, la procédure ordinaire et la procédure d'urgence sont présentées. Il s'agit avant tout d'encadrer les délais de sélection et non les modalités procédurales à harmoniser. En procédure ordinaire, la sélection doit être opérée dans les 8 mois, prorogables de 4 mois au maximum, après l'enregistrement d'une candidature tandis que les États ne disposent que de 4 mois, prorogables de 2 mois au maximum, pour prendre une décision en procédure d'urgence⁶⁴³. La Commission ne prévoit aucune autre garantie procédurale. Elle mentionne seulement la possibilité pour les États membres de continuer à s'appuyer sur une présélection des candidats aux programmes de réinstallation ou d'admission humanitaire (1) et de garder, en toute hypothèse, le pouvoir décisionnel de sélection (2).

1. La phase de présélection menée par le HCR

241. Du fait du nombre très important de personnes à réinstaller, il serait très complexe et très coûteux pour l'État de choisir certains candidats et d'en refuser d'autres sans assistance. Cette mission de présélection revient donc à des acteurs non étatiques. En matière de réinstallation, le HCR est l'acteur exclusif tandis que d'autres acteurs non étatiques sont parfois impliqués dans les programmes d'admission humanitaire⁶⁴⁴. L'identification des

⁶⁴⁰ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *International Journal of Refugee Law*, vol. 32, 2020, p. 58 et p. 74. Une seule exception au caractère discrétionnaire des programmes de réinstallation a été identifiée. Les États-Unis ont été contraints d'offrir des places de réinstallation à des personnes pour respecter une norme primaire du droit international (le principe de non-refoulement (dans un cas très particulier (internement et réinstallation des déserteurs en Irak), voir T. DE BOER, M. ZIECK, « From internment to resettlement of refugees: On US Obligation towards MeK Defectors in Irak », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 15, 2014, p. 102.

⁶⁴¹ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.* p. 59.

⁶⁴² HCR, Manuel de réinstallation, pp. 313-318.

⁶⁴³ Proposition de règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, articles 10 et 11.

⁶⁴⁴ Cf. *supra*, note 238.

personnes en besoin de réinstallation fait en effet partie des missions du HCR. L'agence onusienne a développé une expertise unique et importante en la matière. L'intégralité des procédures et des critères d'identification est répertoriée dans le manuel de réinstallation. La procédure de présélection se déroule elle-même en deux étapes.

242. Dans un premier temps, le HCR procède à une évaluation suivant ses propres critères, en dehors de toute contrainte de quotas. Avant toute chose, il doit s'assurer de l'éligibilité de la personne au statut de réfugié en application de la Convention de Genève⁶⁴⁵. En principe, cet examen doit être individualisé dès lors que la personne est pressentie pour une candidature en réinstallation. Toutefois, sur accord de l'État de destination, le HCR peut se contenter d'une évaluation *prima facie*⁶⁴⁶. Une fois ce besoin de protection internationale reconnu, le HCR évalue la possibilité pour la personne d'envisager un rapatriement volontaire vers son pays d'origine ou une intégration locale dans le pays de premier asile. Ce n'est qu'à défaut que la personne est catégorisée parmi les candidats à la réinstallation. Le HCR revendique le fait de procéder à une évaluation objective du besoin de réinstallation sans tenir compte des désirs subjectifs des parties intéressées : la personne concernée, l'État de premier accueil, l'État de destination finale⁶⁴⁷.

243. Dans un second temps, en réponse à l'ouverture d'un quelconque programme par un État de destination potentiel, le HCR doit choisir, parmi les personnes pour lesquelles la réinstallation a été identifiée comme la seule solution durable possible, certains dossiers à proposer à l'État concerné. Ce second examen est nécessairement guidé par les critères et les quotas posés par l'État de destination⁶⁴⁸. Ainsi, lorsqu'un État de réinstallation crée un nouveau programme ou ouvre des places dans un programme existant, le HCR doit soumettre des dossiers. En vue de cette soumission, le HCR doit préalablement recueillir le consentement de la personne dont il envisage de présenter le dossier. En cas de réinstallation d'un groupe, le consentement de chacune des personnes doit être recueilli⁶⁴⁹. Par ailleurs, le HCR s'emploie à faire coïncider le profil des personnes qu'il présélectionne avec les attentes, critères et exigences donnés par l'État de destination. Le HCR prend en considération les liens familiaux avec le pays de destination, la vulnérabilité de la personne par rapport aux

⁶⁴⁵ HCR, Manuel de réinstallation, p. 81.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 83

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 240.

⁶⁴⁸ Ces critères sont détaillés au chapitre suivant.

⁶⁴⁹ HCR, Manuel de réinstallation, p. 265.

capacités d'accueil de l'État de destination, les capacités linguistiques, les aspects culturels, la nationalité, les quotas annuels, la configuration familiale et si, possible la préférence du réfugié.⁶⁵⁰ Pour cette étape, un nouvel entretien est nécessaire afin de présenter un dossier le plus complet et le plus précis et actualisé possible. Le HCR procède ensuite à un ordonnancement des dossiers des personnes en besoin de réinstallation. Il hiérarchise les dossiers en fonction de l'urgence de la réinstallation. Pour cela, les vulnérabilités des personnes concernées sont évaluées⁶⁵¹. Cette évaluation a lieu par l'intermédiaire d'un ou plusieurs entretiens. En cas de ressources humaines, matérielles ou temporelles limitées, le HCR peut faire appel à ses partenaires sur place, ONG ou autres agences onusiennes, pour compiler les données. Une fois terminée, la liste de candidats présélectionnés est soumise à l'État qui a ouvert des quotas de réinstallation ou d'admission humanitaire. Lors de la soumission d'un dossier, le HCR protège le principe de l'unité de famille. Cela suppose que tous les membres d'une même famille soient proposés ensemble à la réinstallation quand bien même ils ne présenteraient pas tous les mêmes caractéristiques du point de vue du besoin de protection internationale, du besoin de réinstallation et des critères de vulnérabilité⁶⁵². Toutefois, le HCR accepte de diviser les dossiers lorsque l'État de destination l'exige, notamment pour les personnes majeures ne faisant pas ou plus partie de la famille nucléaire *stricto sensu*⁶⁵³. Les documents composant le dossier de soumission sont standardisés afin de limiter au maximum le caractère discrétionnaire et aléatoire des évaluations par différents agents à différents endroits. Le dossier comprend toutes les pièces justificatives disponibles. À l'issue de cette phase, le HCR peut décider de soumettre le dossier à un seul État ou à plusieurs États de destination. Il peut également décider de ne pas du tout soumettre le dossier. Il bénéficie alors d'un pouvoir d'un certain pouvoir de décision.

2. La phase de sélection menée par les États de destination

244. Les États membres de l'Union européenne font preuve d'une grande diversité dans leurs approches de la phase de sélection des personnes candidates à un programme d'entrée protégée. Certains procèdent sur dossiers tandis que d'autres préfèrent les missions sur place.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 391.

⁶⁵¹ Sur la liste des vulnérabilités retenues par le HCR, cf. *infra*, §309.

⁶⁵² HCR, Manuel de réinstallation, p. 365.

⁶⁵³ *Ibid.*, pp. 368-369.

Ces dernières présentent l'avantage pour l'État d'acquérir une compréhension plus réelle et fine de la situation des personnes. Toutefois, l'organisation de ces missions peut être difficile à organiser du point de vue des conditions d'accueil et de sécurité des agents sur place et des situations d'urgence et de précarité dans les endroits concernés. Si elles permettent de meilleurs échanges entre le HCR et l'État de destination, elles impliquent souvent une charge supplémentaire considérable pour le premier⁶⁵⁴. Parmi les États membres, deux logiques contraires cohabitent. D'un côté, certains États membres considèrent que les missions sur place sont nécessaires pour les programmes *ad hoc*, ponctuellement mis en place pour répondre à des besoins spécifiques et urgents tandis qu'ils réservent les procédures de sélection sur dossiers aux programmes permanents au motif que ceux-ci seraient bien établis et que la communication et la confiance avec le HCR seraient suffisantes pour ne pas avoir à se déplacer. D'un autre côté, d'autres États membres ont des pratiques exactement opposées. Ils mettent en place des missions sur place pour les programmes permanents considérant justement que la durée dans le temps permet l'organisation sereine de ces missions tandis que les programmes *ad hoc* sont traités sur dossiers pour des raisons d'efficacité. La Suède et le Danemark ont une pratique des voies légales d'accès bien ancrée. Ils procèdent sur dossier pour les programmes permanents et sur mission pour les programmes *ad hoc*. La France, dont la pratique est plus récente, a suivi le même exemple. En revanche, l'Allemagne se situe dans la logique opposée. En Belgique, les deux procédures cohabitent indépendamment de la nature du programme⁶⁵⁵.

245. Ce nouvel examen des dossiers pratiqué par les autorités de l'État de destination potentielle peut se faire sur de nouveaux critères ; ceux-ci ne sont pas forcément communiqués préalablement. Au terme de son réexamen, l'État de destination accepte certains dossiers et en rejette d'autres. Dans l'immense majorité des cas, les rejets ne sont pas notifiés par les agents de l'État individuellement aux personnes concernées. Ils sont seulement transmis au HCR. Ce dernier encourage les États à communiquer les motifs de leur décision afin de réadapter l'orientation du dossier vers d'autres États mais il arrive régulièrement que l'État ne donne pas ses motifs de rejet⁶⁵⁶. La décision prend alors la forme d'un simple échange de listes. Le HCR avait transmis une liste de candidats et l'État membre

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 400.

⁶⁵⁵ M. TISSIER-RAFFIN, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *op. cit.*

⁶⁵⁶ HCR, Manuel de réinstallation, p. 405.

transmet par la suite une liste de personnes retenues⁶⁵⁷. En tout état de cause, le HCR répertorie quatre formes de refus qui, dans la plupart des cas, n'impliquent pas de motivation. Un dossier est rejeté lorsqu'un État adopte une position officielle de refus, lorsqu'il refuse d'examiner un dossier présélectionné par le HCR, lorsqu'il retourne un dossier sans décision ou lorsqu'il invite le HCR à retirer lui-même un dossier. Il revient ensuite au HCR de communiquer le sens de la décision au candidat. À titre très exceptionnel, lorsque le HCR détecte une erreur manifeste d'appréciation par l'État de destination, il peut solliciter un nouveau réexamen du dossier. Dans tous les cas, le refus n'est susceptible d'aucun recours. Suite à un refus, le HCR peut tenter de soumettre le dossier à un autre État de destination. Cependant, le droit de l'Union européenne prévoit que les États membres doivent refuser tout dossier préalablement refusé par un autre État membre.

Section 2. Des voies légales d'accès complémentaires restrictives

246. Les programmes de réinstallation et d'admission humanitaire sont avant tout des mécanismes dirigés et financés par les États. En amont de l'entrée sur le territoire, les autorités étatiques exercent un pouvoir de décision sur la sélection des personnes autorisées à bénéficier de ces programmes. En aval de cette entrée, les mêmes autorités octroient un titre de séjour, organisent et financent l'accueil. Dans ce cadre, les acteurs non étatiques agissent le plus souvent, sur délégation et sous le contrôle de l'État, dans le domaine de l'accueil : hébergement des personnes réinstallées, accompagnement juridique, accompagnement vers le logement ou l'emploi. En définitive, les programmes de réinstallation et d'admission humanitaire peuvent être désignés comme des programmes publics. Cela permet de les distinguer des autres voies légales d'accès, dites complémentaires, qui reposent, à des degrés différents selon les hypothèses, sur des partenariats public-privé. En effet, de façon très exceptionnelle, il peut arriver que des organisations privées jouent un rôle dans l'identification des candidats potentiels. Dans ce domaine, le cadrage juridique reste relativement faible, voire inexistant par endroit. Il est nécessaire d'aborder ces mécanismes en deux temps. En effet, d'un côté, la procédure de réunification familiale, si elle n'est pas exempte de critiques eu égard à son efficacité pratique, est solidement ancrée en droit (§1) tandis que, de l'autre, de

⁶⁵⁷ Entretien mené à Paris avec le chef de la division Europe de l'OFPRA sur la réinstallation en juillet 2019 ; entretien mené à Athènes en juin 2018 avec deux officiers de liaison immigration français déployés par l'Office français d'immigration et d'intégration en charge des programmes de relocalisation.

nouvelles voies légales d'accès impliquant le secteur privé émergent dans les pratiques de certains États membres en-dehors de tout encadrement en droit de l'Union européenne (§ 2).

§1. La réunification familiale, un mécanisme solidement ancré en droit mais inadapté en pratique

247. Dans l'acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, les rédacteurs de la Convention de Genève de 1951 recommandent aux États parties « de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et en particulier pour : i) Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays »⁶⁵⁸. Cette recommandation s'intitule « principe de l'unité de famille ». Ce principe entraîne deux conséquences qui, toutes deux, intéressent le sujet des programmes d'entrée protégée complémentaires à la réinstallation et à l'admission humanitaire. Premièrement, les États doivent mettre en œuvre des procédures visant la réunification, dans l'État de protection internationale de l'un des membres, de la cellule familiale qui existait, dans l'État d'origine, avant le dépôt de la demande d'asile⁶⁵⁹. Ainsi, les États de protection ont l'obligation d'admettre les membres de la famille de la personne protégée sur leur territoire dans la mesure où celle-ci ne peut plus voyager dans son pays d'origine. Deuxièmement, la protection internationale obtenue par un réfugié doit être étendue à son conjoint, sous réserve de l'antériorité de l'union par rapport à la demande d'asile et de l'identité de nationalité entre les deux conjoints, ainsi qu'à leurs enfants mineurs⁶⁶⁰. La

⁶⁵⁸ Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, 1951, UN doc. A/ CONF. 2/108/Rev.1, 26 novembre 1952, Recommandation B.

⁶⁵⁹ Le droit à la réunification familiale n'est pas explicitement mentionné dans la Convention de Genève. Il résulte de la combinaison de la Convention, notamment le principe de l'unité de famille avec d'autres conventions en droit international des droits de l'homme notamment, Convention EDH article 8 ; PIDCP, article 23 à la lumière de l'Observation générale du Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 19 sur l'article 23 §5, 27 juillet 1990, HRI/GEN/1Rev.9, §5 ; Convention internationale relative aux droits de l'enfant, article 10 §1. Sur l'existence non remise en cause du droit à la réunification familiale, voir C.S. ANDERFUHREN-WAYNE, « Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches », *International Journal of Refugee Law*, vol. 8, 1996, pp. 347-354 ; H. LAMBERT, « The European Court of Human Rights and the Right of Refugee and Other Persons in need of Protection to Family Reunion », *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, 1999, pp. 428-431.

⁶⁶⁰ HCR, Comité exécutif, Conclusion n° 88 (L), 1999, §b. iii) : 85 (XLIX), 1998, §v) ; 47 (XXXXVIII), 1987, §h). Voir également, HCR, Background Note: Family reunification in the Context of Resettlement and Integration, Annual Tripartite Consultation on Resettlement between UNHCR, resettlement countries and non-governmental organizations, Genève, 20-21 juin 2001, §5.

combinaison de ces deux principes justifie la présentation de la réunification familiale parmi les voies légales d'accès au territoire des États membres de l'Union européenne. En effet, les personnes qui bénéficient de la réunification familiale pour rejoindre un membre de leur famille dans l'un des États membres pourront, si elles le souhaitent, également être protégées au titre de l'asile. On peut donc les intégrer à la catégorie des personnes en besoin de protection internationale. Par ailleurs, bien souvent, ces membres de la famille présentent, en outre, un critère de vulnérabilité qui peut constituer la raison pour laquelle ils n'ont pas migré en même temps que le membre déjà protégé au sein de l'Union⁶⁶¹. Ainsi, aux fins d'une présentation exhaustive des forces et des faiblesses de cette voie complémentaire d'accès au territoire des États membres, il convient de définir les critères (A) et la procédure (B) d'admission au bénéfice de la réunification familiale. Les premiers sont relativement étroits et ne permettent pas de considérer la réunification comme une voie d'accès suffisante. La seconde se révèle inadaptée au contexte dans lequel les personnes en besoin de protection.

A. Des critères étroits d'admission à la réunification

248. Sur le territoire des États membres, le droit à la réunification familiale est encadré par la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial⁶⁶². Le regroupement familial est la procédure générique qui concerne « l'entrée et le séjour dans un État membre des membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers résidant légalement dans cet État membre afin de maintenir l'unité familiale, que les liens familiaux soient antérieurs ou postérieurs à l'entrée du regroupant »⁶⁶³. Par dérogation à cette procédure de droit commun, le Chapitre V de la directive organise une procédure dérogatoire qui se veut plus facilement accessible : le droit à la réunification familiale des réfugiés. Il énonce la liste des critères d'admission à la procédure de réunification. Ceux-ci sont restreints à deux niveaux.

⁶⁶¹ K. JASTRAM, K. NEWLAND, « L'unité de la famille et la protection des réfugiés », in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON, *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 626.

⁶⁶² Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, le chapitre V est consacré au regroupement familial des réfugiés. Traditionnellement, dans les documents du HCR notamment, les mécanismes de regroupement familial à destination des personnes protégées sont désignés par l'expression « réunification familiale ». Nous optons pour ce terme afin de marquer la distinction entre les procédures de réunification des membres de la famille de personnes protégées au titre de l'asile et les procédures de regroupement des membres de la famille de personnes non protégées au titre de l'asile.

⁶⁶³ *Ibid.*, article 2, d).

249. En premier lieu, la directive ne s'applique qu'aux personnes dont le statut de réfugié a été reconnu par l'État membre dans lequel elles se trouvent⁶⁶⁴. Cela signifie que le droit à la réunification familiale ne peut être mis en œuvre qu'à partir du moment où le statut de réfugié a été reconnu. Ainsi, sans considération pour la situation d'urgence dans laquelle les membres de la famille d'un demandeur d'asile peuvent être plongés, la réunification ne pourra être demandée qu'au terme de la procédure de détermination du statut qui peut être longue. Par ailleurs, le terme réfugié est utilisé à dessein. En effet, les conditions et facilitations de la réunification organisées par le droit de l'Union ne sont pas garanties aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. Il convient de souligner à cet égard qu'un rapprochement des droits des réfugiés et des protégés subsidiaires est encouragé par la directive « Qualification »⁶⁶⁵. Cependant, le droit à la réunification familiale n'est pas toujours accordé aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. Ceux-ci peuvent être soumis par les États membres aux conditions de droit commun posés pour le regroupement familial. Certains États membres tels que la France ont étendu le bénéfice de la procédure dérogatoire aux bénéficiaires de la protection subsidiaire et les traitent donc, en matière de réunification, de la même façon que les réfugiés. Cependant, d'autres États membres tels que la Hongrie⁶⁶⁶, Chypre⁶⁶⁷ ou la Grèce⁶⁶⁸ n'accordent la procédure dérogatoire qu'aux réfugiés⁶⁶⁹. Dans ces États, les bénéficiaires de la protection subsidiaire sont soumis aux mêmes conditions, détaillées ci-après, que les migrants en situation régulière non protégés au titre de l'asile. Cette unité de traitement est critiquable dans la mesure où les bénéficiaires de la protection subsidiaire sont soumis à la

⁶⁶⁴ *Ibid.*, article 9.

⁶⁶⁵ Directive « Qualification », préambule, point 39 « il convient d'accorder aux bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire les mêmes droits et avantages que ceux dont jouissent les réfugiés ».

⁶⁶⁶ En 2011, la Hongrie a exclu les bénéficiaires de la protection subsidiaire du champ d'application du chapitre V de la directive, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Réaliser le regroupement familial des réfugiés en Europe, juin 2017, en ligne [<https://rm.coe.int/commdh-issuepaper-2017-1-familyreunification-fr/1680727043>].

⁶⁶⁷ En 2014, une loi a supprimé le traitement préférentiel des bénéficiaires de la protection subsidiaire qui doivent maintenant satisfaire aux mêmes conditions que les migrants non protégés, *ibid.*

⁶⁶⁸ Depuis 2014, en Grèce, les bénéficiaires de la protection subsidiaire ne sont plus traités comme les réfugiés en matière de réunification familiale, *ibid.*

⁶⁶⁹ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a exhorté les États membres de l'Union européenne à établir le droit à la réunification familiale des bénéficiaires de la protection subsidiaire dans les mêmes conditions que les réfugiés, Recommandation 1686 (2004) sur la mobilité humaine et le droit au regroupement familial, 17 juin 2005, §10. De façon moins marquée, l'Allemagne, la Suède et la Finlande ont créé des régimes spécifiques aux bénéficiaires de la protection subsidiaire qui se veulent plus accessibles que celui appliqué aux migrants de droit commun mais moins favorable que celui appliqué aux réfugiés.

même interdiction de voyager vers le pays d'origine pour rendre visite à leur famille que les réfugiés, au risque de perdre leur protection.

250. En second lieu, la cellule familiale concernée par la réunification familiale est composée uniquement du conjoint du réfugié ainsi que de leurs enfants mineurs. Or, dans de nombreuses régions d'origine des réfugiés, les unités familiales ne sont pas nécessairement des familles nucléaires basées sur un mariage formel⁶⁷⁰. Cette vision restreinte du groupe familial est critiquée par le HCR car elle n'est pas adaptée aux réalités des personnes en besoin de protection internationale ; il conviendrait d'y ajouter les enfants majeurs ou les ascendants à charge ainsi que les collatéraux qui formaient une unité de famille avant la demande d'asile⁶⁷¹. Dans le même ordre d'idée, le terme de conjoint est exclusif des partenaires ou concubins. Certains États membres comme la France ont inclus le partenaire ou le concubin au régime de la réunification élargissant ainsi un peu le spectre théorique des personnes susceptibles de bénéficier d'une voie légale d'accès *via* la réunification. D'autres, en revanche, ont élevé l'âge à partir duquel les conjoints pouvaient être autorisés à rejoindre le réfugié sur leur territoire. Ainsi, l'Autriche, la Belgique, Chypre, la Lituanie et les Pays-Bas ont fixé cet âge à 21 ans sous prétexte de lutter contre les mariages forcés et les mariages des mineurs⁶⁷². Du côté des enfants, ceux-ci doivent être mineurs. Toutefois, la CJUE a déjà eu l'occasion de préciser que cet âge devait être évalué au moment de l'introduction de la demande de réunification et non à la date à laquelle il est statué sur cette demande. Compte tenu de la longueur des délais de la procédure d'instruction des demandes de réunification, cette décision permet de conserver le droit à la réunification des enfants de réfugiés un peu plus longtemps⁶⁷³. En outre, les bénéficiaires de la réunification familiale peuvent être les parents des mineurs non accompagnés ayant obtenu le statut de réfugié dans un État membre. Dans cette hypothèse également, le droit à la réunification avec les parents est acquis à partir du moment où la demande d'asile a été introduite durant la minorité du jeune. Le fait que le statut de réfugié lui ait été reconnu alors qu'il était devenu majeur est sans incidence⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Réaliser le regroupement familial des réfugiés en Europe, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁷¹ HCR, Comité exécutif, Conclusion n° 24 (XXXII), 1981, Doc. N°12A (A/36/12/Add 1), §5.

⁶⁷² Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Réaliser le regroupement familial des réfugiés en Europe, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁷³ CJUE, arrêt du 16 juillet 2020, *B. M. M., B. S., B. M. et B. M. O. contre Belgique*, C-133/19, C-136/19, C-137/19.

⁶⁷⁴ CJUE, arrêt du 1^{er} août 2022, *Bundesrepublik Deutschland contre S.W.*, C-273/20.

251. En définitive, ce droit est ouvert à un spectre de personnes en besoin de protection internationale relativement faible. D'autant plus que la directive ouvre le droit aux États membres de limiter l'application du régime dérogatoire aux réfugiés dont les liens familiaux étaient antérieurs à leur entrée sur le territoire⁶⁷⁵. Il s'agit alors de reconstituer uniquement la cellule familiale qui existait avant la fuite de l'un des membres. La plupart des États membres ont choisi d'appliquer cette restriction⁶⁷⁶.

B. Une procédure insuffisamment allégée par rapport à celle du regroupement familial

252. La réunification familiale est une procédure dérogatoire au régime de droit commun du regroupement familial destiné, en principe, aux étrangers en situation régulière mais non protégés au titre de l'asile. La procédure de regroupement familial requiert la réunion de plusieurs conditions. Les États membres peuvent imposer au regroupant d'apporter la preuve d'un logement considéré comme normal pour une famille de taille comparable, d'une assurance maladie pour lui-même et pour sa famille, de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille⁶⁷⁷. En outre, les États membres peuvent exiger que le regroupant ait séjourné régulièrement sur leur territoire pendant une période qui ne peut pas dépasser deux ans avant de demander le regroupement familial⁶⁷⁸. En application de la procédure dérogatoire de réunification prévue pour les réfugiés, les États membres ne peuvent pas appliquer la condition d'ancienneté de résidence⁶⁷⁹. En revanche, ils peuvent appliquer la première série de conditions à tous les réfugiés qui n'auraient pas déposé leur demande de regroupement familial dans les 3 mois qui suivent l'octroi du statut⁶⁸⁰. Par conséquent, seuls les réfugiés qui introduisent leur demande dans les trois mois suivant cet octroi bénéficient des conditions dérogatoires. Ce critère est

⁶⁷⁵ Directive 2003/86/CE, article 9-2.

⁶⁷⁶ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Réaliser le regroupement familial des réfugiés en Europe*, *op. cit.*, p. 38. À titre d'exemple, la France pratique cette restriction. Les réfugiés qui ont créé une cellule familiale après le dépôt de leur demande d'asile ne bénéficient pas du régime dérogatoire et doivent satisfaire à l'ensemble des conditions posées pour les migrants en situation régulière de droit commun.

⁶⁷⁷ Directive 2003/86/CE, article 7.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, article 8.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, article 12-2.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, article 12-1. L'Allemagne, la Suède, le Luxembourg et la Hongrie appliquent ce délai de trois mois. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Réaliser le regroupement familial des réfugiés en Europe*, *op. cit.*

particulièrement restrictif. La brièveté du délai de trois mois est difficilement compatible avec la réalité dans laquelle vivent les réfugiés. Certains mettent plusieurs mois voire années avant de pouvoir retrouver la trace ou reprendre contact avec les membres de leur famille. D'autres sortent de la procédure d'asile dans un état physique et mental qui ne leur permet pas de se projeter immédiatement dans l'accueil de leur famille. De façon générale, la procédure nécessite un accompagnement juridique et social particulier en vue de la production de nombreux documents pour établir les liens familiaux. Or, celui-ci ne peut être entamé qu'une fois la procédure d'asile terminée⁶⁸¹.

253. Quand bien même toutes les conditions seraient réunies pour qu'une personne protégée introduise une demande de réunification familiale dans le cadre de la procédure dérogatoire prévue en droit de l'Union, d'autres difficultés sont à prévoir. Premièrement, les questions d'accessibilité des consulats, des inconvénients engendrés par la délégation d'un certain nombre de tâches administratives à des prestataires de services extérieurs ou de difficulté à obtenir un passeport pour passer les différentes étapes administratives, déjà évoquées en première partie de cette étude, resurgissent⁶⁸². Deuxièmement, la complexité des procédures mises en œuvre par les États membres, le coût parfois prohibitif de celles-ci (coût du visa, des billets d'avion, coût des documents à obtenir, coût de l'éventuelle corruption)⁶⁸³, le manque de transparence sur les administrations impliquées dans le traitement des demandes ainsi que la lenteur de ce dernier sont régulièrement soulignés comme des obstacles à l'effectivité du droit à la réunification familiale⁶⁸⁴. Par ailleurs, la preuve des liens familiaux peut s'avérer très difficile à apporter. Dans un certain nombre de cas, les naissances ou les unions peuvent ne pas avoir fait l'objet de déclaration à l'état civil. Dans d'autres, l'état civil est défaillant. À cet égard, la directive « Regroupement familial » prévoit la possibilité d'établir ces liens par d'autres moyens, notamment la possession d'état. Cependant, les conditions d'existence des membres de la famille avant ou depuis le départ de la personne protégée peuvent rendre compliquée l'existence et la conservation de preuves du lien familial (communication, transfert d'argent, photographies, etc.)⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 41.

⁶⁸² *Ibid.*, pp. 44-45.

⁶⁸³ En France, par exemple, le coût d'une demande de visa de long séjour de réunification familiale est de 99 euros par personne. Voir également HCR, Observations on the proposed amendments to the Danish Aliens legislation L87, 6 janvier 2016, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/5694ed3a4.html>].

⁶⁸⁴ K. JASTRAM, K. NEWLAND, « L'unité de la famille et la protection des réfugiés », *op. cit.*, pp. 671-673.

⁶⁸⁵ Le HCR appelle les États à la flexibilité, HCR, Comité exécutif, Conclusion n° 24 (XXXII) 1981, Doc. N° 12A (A/36/12/Add 1) tout comme le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandation

254. Tant la Commission européenne⁶⁸⁶ que le HCR⁶⁸⁷ alertent régulièrement sur l'ineffectivité des mécanismes de réunification familiale. De même, le Pacte mondial sur les Réfugiés appelle les États parties à « faciliter des procédures efficaces et des voies d'orientation claires de regroupement familial »⁶⁸⁸. La réunification familiale constitue une voie légale d'accès relativement bien établie dans l'ordre juridique des États membres de l'Union européenne. Cependant, l'effectivité de cette voie reste à améliorer⁶⁸⁹. Au-delà de la réunification familiale, d'autres voies légales d'accès émergent dans certains États membres.

§2. Le caractère embryonnaire des nouvelles voies légales d'accès complémentaires développées en-dehors du cadre juridique de l'Union

255. Dans certains États membres, des initiatives de partenariat public-privé sont développées. Inspiré du modèle canadien solidement ancré, le mécanisme du parrainage privé a émergé çà et là en réaction à la crise de l'accueil à partir de 2015 (A). En outre, les États membres sont encouragés par l'ONU, en général, et le HCR, en particulier, à assouplir les règles d'obtention des visas professionnels ou étudiants pour en favoriser la délivrance à des personnes en besoin de protection internationale (B). En toute hypothèse, ces mécanismes

n °R (99) 23 sur le regroupement familial pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale, 15 mars 2019, §4.

⁶⁸⁶ Recommandation (UE) sur les voies légales d'accès à une protection dans l'Union européenne : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires, 23 septembre 2020, C (2020) 6467 final.

⁶⁸⁷ UNHCR's recommendations for the French and Czech Presidencies of the Council of the European Union, janvier 2022, p. 12, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/61d71e864.html>].

⁶⁸⁸ Pacte mondial sur les Réfugiés, pt 94-96.

⁶⁸⁹ En 2021, le consulat de France a fermé ses portes en Afghanistan. Les demandes de réunification familiale ont été réorientées vers le consulat de France d'Islamabad au Pakistan. Celui-ci a également fermé en avril 2021. Les demandes ont été transférées vers les consulats de Téhéran en Iran et de New Delhi en Inde en mai 2021. Outre les problèmes de sortie d'Afghanistan, notamment pour des femmes non accompagnées de leur mari et les problèmes d'accès aux consulats de France en Iran et en Inde, les délais d'instruction étaient également très longs. À l'automne 2021, 3500 dossiers de réunification familiale étaient en cours de traitement. F. CARREY-CONTE, H. MASSON, « Afghanistan : Il faut que le regroupement et la réunification familiaux soient considérés comme indissociables du droit d'asile », *Le Monde*, 21 octobre 2021. Deux bénéficiaires de la protection subsidiaire afghans ont saisi le Conseil d'État en référé pour obtenir que la procédure d'instruction et de délivrance des visas de réunification soit adaptée afin d'être rejoints sans délai par leur conjoint et leurs enfants. Le Conseil d'État français a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner des mesures supplémentaires, CE, décision du 8 septembre 2021, n° 455751. HCR, « Le HCR appelle les États à accélérer les procédures de réunification familiale pour les réfugiés afghans », déclarations du porte-parole du HCR Shabia MANTOO lors de la Conférence de presse du 15 octobre 2021, en ligne [https://www.unhcr.org/fr-fr/news/briefing/2021/10/61695d9da/hcr-appelle-etats-acceler-procedures-reunification-familiale-refugiés.html1.%20Redaction%20V1_jm.docx].

restent des programmes expérimentaux qui se déroulent, la plupart du temps, en dehors de tout cadre normatif précis.

A. L'émergence de mécanismes partiels de parrainage privé

256. Au-delà des mécanismes de réunification familiale à destination des membres de la famille nucléaire des personnes protégées dans les États membres de l'Union européenne, certains d'entre eux ont tenté la mise en place de dispositifs de parrainage privé ou communautaire. Largement inspiré du modèle canadien en vigueur depuis 1978, il est communément défini comme un partenariat public-privé entre les gouvernements, qui facilitent l'admission légale de personnes en besoin de protection internationale, et d'acteurs privés, qui fournissent l'appui financier, social et/ou affectif pour accueillir et installer ces personnes sur le territoire de l'État d'accueil⁶⁹⁰. Une fois désignée par le parrain, l'entrée de la personne visée doit être validée par les autorités étatiques. Au Canada, ce dispositif est conçu comme un complément au programme de réinstallation étatique ; il permet d'élargir les quotas fixés par l'État⁶⁹¹.

257. En réaction à l'augmentation des flux migratoires, certains États membres, principalement l'Allemagne, le Royaume-Uni (encore membre de l'Union à cette période) et l'Irlande⁶⁹², ont tenté des réinterprétations de ce modèle afin de créer des mécanismes similaires sur le territoire européen⁶⁹³. Ces réinterprétations, destinées uniquement aux

⁶⁹⁰ European Resettlement Network and other legal pathways, *Private Sponsorship in Europe – Expanding complementary pathways for refugee resettlement*, septembre 2017, p. 36, en ligne, [<https://www.resettlement.eu/sites/icmc/files/ERN%2B%20Private%20Sponsorship%20in%20Europe%20-%20Expanding%20complementary%20pathways%20for%20refugee%20resettlement.pdf>].

⁶⁹¹ C. BELLEFLEUR, « La place du parrainage privé dans les mécanismes de réinstallation au Canada : un modèle à suivre pour l'UE ? », in C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, op. cit., pp. 141-166.

⁶⁹² La commission européenne inclut également les expériences de couloirs humanitaires mises en place par la France, l'Italie et la Belgique en partenariat avec des institutions religieuses, des programmes *ad hoc* d'admission humanitaire à destination des chrétiens en besoin de protection internationale initiés par la République tchèque, la Slovaquie et la Pologne.

⁶⁹³ J. KUMIN, « Welcoming Engagement – How Private Sponsorship can Strengthen Refugee Resettlement in the European Union », Migration Policy Institute, décembre 2015, en ligne [<https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/Asylum-PrivateSponsorship-Kumin-FINAL.pdf>] ; S. FRATZKE, « Engaging Communities in Refugee Protection – The potential of Private Sponsorship in Europe », septembre 2017, Migration Policy Institute, en ligne [https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/PrivateSponsorshipEurope-Fratzke_FINALWEB.pdf]. E. LENAIN, « L'émergence de programmes de parrainage privé en Europe », Billet des chercheurs, ARRECO – Accueil et relocalisation des réfugiés en Europe : Catégorisation et Opérationnalisation, 8 mai 2020, en ligne, [<https://arrec.hypotheses.org/2318>].

ressortissants syriens pendant la période de crise traversée entre 2015 et 2017, restent timides pour plusieurs raisons. D'abord, le champ des parrains potentiels, vaste au Canada puisque toute personne ou tout groupe de personnes financièrement suffisant est éligible, est plutôt restreint dans les États membres. En Allemagne, seuls les citoyens allemands et les réfugiés syriens pouvaient candidater pour s'engager dans le parrainage d'une personne en besoin de protection internationale. Au Royaume-Uni, seules les associations expérimentées dans le domaine de l'asile et de l'accueil des publics vulnérables pouvaient prétendre à la fonction de parrain. Ensuite, la liberté de ces parrains potentiels a été restreinte en comparaison de celle dont disposent les parrains au Canada. Là-bas, les parrains peuvent librement désigner toute personne dont le statut de réfugié a préalablement été reconnu par le HCR afin qu'elle puisse bénéficier d'un visa au titre du parrainage privé. En Europe, au contraire, la liberté de désignation des parrains a été amputée. En Irlande, par exemple, les parrains ne pouvaient proposer que des personnes cumulant les trois critères suivants : membres de leur famille proche, ressortissants syriens, en situation de grande vulnérabilité. Enfin, si le parrainage privé constitue un moyen d'obtenir un statut de résident permanent au Canada, les États membres ayant tenté cette expérience n'octroyaient automatiquement ni le statut de réfugié ni la protection subsidiaire aux arrivants par cette voie⁶⁹⁴.

258. En 2018, renforcée par le Pacte mondial sur les réfugiés⁶⁹⁵, la Commission de l'Union européenne a publié une étude de faisabilité de la mise en place d'un dispositif commun de parrainage privé dans l'espace européen⁶⁹⁶. Cette étude a permis de souligner que le manque d'uniformisation des pratiques entre les États membres d'une part, et le manque de souplesse dans la désignation des parrains et des bénéficiaires constituaient des freins à l'élargissement et à l'efficacité du parrainage privé en Europe. Depuis cette étude, les normes de cadrage des dispositifs de réinstallation et d'admission humanitaire mentionnent régulièrement l'intérêt du rôle et des partenariats avec la société civile⁶⁹⁷. Toutefois, ce domaine ne fait l'objet d'aucune mesure d'encadrement juridique en droit de l'Union.

⁶⁹⁴ E. LENAIN, « L'émergence de programmes de parrainage privé en Europe », *op. cit.*

⁶⁹⁵ Pacte mondial sur les réfugiés, pt. 95.

⁶⁹⁶ Commission européenne, Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement, Final Report, 4 octobre 2018, en ligne [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1dbb0873-d349-11e8-9424-01aa75ed71a1>].

⁶⁹⁷ Règlement (UE) 2021/1147, préambule, points 19 et 20. Le Règlement suggère que 5 % du Fonds « asile, migration et intégration » devraient être alloués au soutien financier des partenariats conclus avec la société civile.

B. Les programmes spécifiquement dédiés aux travailleurs et aux étudiants : le risque d'oublier le besoin de protection internationale

259. Dans certaines rares hypothèses, les États membres de l'Union européenne assouplissent les règles relatives à l'obtention de visas destinés aux étudiants ou aux travailleurs afin de favoriser l'accès des personnes en besoin de protection internationale aux programmes de mobilité⁶⁹⁸. À cet endroit encore, la Commission⁶⁹⁹, le HCR⁷⁰⁰ et le Pacte mondial sur les réfugiés⁷⁰¹ invitent les États à mettre ce genre de mécanismes dérogatoires en place. Au niveau européen, l'Agence de l'Union européenne pour l'asile est chargée d'apporter son soutien aux États membres dans la création et le développement de programmes de mobilité à destination des étudiants et des travailleurs en besoin de protection internationale. La Commission appelle les États membres à initier des collaborations avec les universités, les syndicats et les entreprises. Ces voies complémentaires permettent d'étendre le champ des opérations classiques de réinstallation. De plus, les critères de sélection sur ces voies visent des populations plutôt non vulnérables donc plus souvent écartées de ces dernières⁷⁰².

260. Pour autant, l'Organisation Internationale du Travail souligne l'importance d'un engagement des États à l'initiative de ces programmes de mobilité en faveur de la protection internationale et non, seulement, dans le but de combler les besoins en matière de main-d'œuvre sur leur territoire⁷⁰³. En effet, le besoin de main-d'œuvre est souvent saisonnier, temporaire, ce qui implique des migrations circulaires non adaptées au contexte des personnes en besoin de protection internationale. Il faut donc une véritable volonté politique de

⁶⁹⁸ La France a ouvert une bourse d'étude permettant la délivrance de visa étudiant à des ressortissants syriens en besoin de protection internationale, HCR, Voies complémentaires d'admission des réfugiés dans les pays tiers, considérations clés, avril 2019, en ligne [<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5da9c2e14>] ; OCDE, HCR, Safe Pathways for Refugees, décembre 2018, en ligne [<https://www.unhcr.org/5c07a2c84>].

⁶⁹⁹ Recommandation (UE) sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires, 23 septembre 2020, C (2020) 6467 final.

⁷⁰⁰ Le HCR a créé le programme « Talent Beyond Boundaries » pour inciter les États à ouvrir les programmes de mobilité aux réfugiés. Voir aussi, HCR, Position relative aux voies légales d'accès sûres et légales, 8 février 2019, en ligne [<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5ce4f7c84>] et UNHCR's recommendation for the French and Czech Presidencies of the Council of the European Union, *op. cit.*

⁷⁰¹ Pacte mondial sur les Réfugiés, point 94.

⁷⁰² OIT, L'accès au marché du travail des réfugiés et autres personnes déplacées de force, 2016, TMARLM/2016.

⁷⁰³ *Idem.*

favoriser l'intégration de ces personnes dans les programmes de mobilité à destination des travailleurs et des étudiants tout en aménageant les procédures d'accueil et de séjour à l'arrivée pour leur permettre d'obtenir également la protection internationale qu'ils recherchent. Cela peut engendrer des aménagements juridiques dans les États membres dans lesquels les demandeurs d'asile sont privés du droit d'accéder à un emploi pendant l'instruction de leur demande⁷⁰⁴. De la même façon, le consortium d'experts à l'initiative de la *Model International Mobility Convention* encourage également les États à ouvrir des programmes de mobilité pour les étudiants ou les travailleurs au sein desquels la priorité serait donnée aux personnes en besoin de protection internationale tout en prenant soin d'inclure un principe de garantie de l'unité de famille. L'idée est ici d'éviter l'émergence d'un phénomène d'exclusion inversé par rapport aux conséquences de la sélection sur le degré de vulnérabilité. En effet, il serait tout aussi néfaste de favoriser l'accès à des voies légales uniquement des personnes en capacité de travailler, souvent des hommes jeunes et en bonne santé, au détriment des membres de leur famille plus vulnérables tels que les femmes, les enfants, les personnes dont l'état de santé nécessite une prise en charge spécifique et les personnes âgées⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ L'article 15 de la directive « Accueil » prévoit que les États membres puissent interdire l'accès au marché du travail pendant les 6 premiers mois de la procédure de demande d'asile. Au-delà de ce délai, les États membres doivent autoriser les demandeurs au travail mais sont fondés à restreindre l'accès au marché de l'emploi. Par exemple, la France interdit l'accès au marché de l'emploi pendant les 6 premiers mois de la demande. Ensuite, les demandeurs peuvent demander la délivrance d'une autorisation de travail. Celle-ci n'est délivrée qu'à la condition que le poste visé apparaisse sur la liste des métiers en tension (catégorisés par région) ou que l'employeur démontre des difficultés objectives de recrutement.

⁷⁰⁵ Global Policy Initiative, Columbia University, « International Convention on the Rights and Duties of All Persons Moving from One State to Another and of the States They Leave, Transit or Enter – Model International Mobility Convention », *Columbia Journal of Transnational Law*, janvier 2018, édition spéciale, 327 pages. Voir également sur ce point, M.-W. DOYLE, « Responsibility Sharing: From Principle to Policy », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, 2018, pp. 618-622.

Conclusion du Chapitre 1

261. En réaction aux conséquences de l'afflux de personnes en besoin de protection internationale non ou mal documentées, les États membres de l'Union européenne ont développé des voies légales d'accès à leur territoire. Si l'Union européenne soutient ces démarches, elle n'est pas encore parvenue à en définir des cadres juridiques clairs, adaptés et contraignants pour la réinstallation, l'admission humanitaire, la réunification familiale, le parrainage privé et les programmes de mobilité professionnelle ou étudiante. Ainsi, basée sur le volontariat des États membres, la mise en œuvre des programmes d'entrée protégée souligne les distorsions qui existent entre eux en matière de volonté d'accueillir et faciliter la mobilité des personnes en besoin de protection internationale. Seuls quelques États membres participent au développement de ces voies légales. Par conséquent, la capacité d'accueil de ces programmes reste largement sous-dimensionnée par rapport aux besoins recensés par le HCR. Par ailleurs, l'absence de cadre commun entraîne inévitablement la multiplication des initiatives et des procédures. Les programmes sont épars et disparates. Loin de compenser les problèmes causés par l'étroitesse du régime des visas et l'application sans distinction des mécanismes d'interception, la création de voies légales d'accès renforce le pouvoir discrétionnaire des États membres. Ils créent et utilisent discrétionnairement les critères de sélection pour maîtriser le choix des personnes en besoin de protection internationale qu'ils entendent accueillir et protéger.

Chapitre 2. L'extrême sélectivité des programmes européens

262. Le cadre flou et non contraignant des programmes de voies d'entrée protégée européens ne permet pas de décrire précisément les multiples procédures de sélection suivies dans les divers programmes. Il est également difficile de dresser une liste certaine et exhaustive des critères de sélection utilisés par les États membres. Toutefois, l'analyse croisée des pratiques étatiques, des lignes directrices données par le HCR et des normes ou projets de normes en droit de l'Union révèle les grands axes de ces critères de sélection. Il apparaît immédiatement que ces critères sont détachés de la réalité du besoin de protection internationale qui guide normalement les procédures d'asile sur le territoire des États membres. D'une part, au stade de la sélection par les États membres, les besoins de protection ont déjà été évalués et validés par le HCR ou les autres organisations éventuellement impliquées. D'autre part, ce critère ne suffit pas. Le nombre de personnes dont le besoin de protection internationale est réel est trop élevé par rapport aux quotas ouverts par les États membres. Il faut donc effectuer la sélection des candidats selon d'autres critères. Ceux-ci peuvent être scindés en deux ensembles. D'un côté, le critère collectif de la nationalité ou de la provenance géographique des candidats a une importance déterminante. Il semble, en outre, remettre en question le caractère universel du droit d'asile contemporain (**Section 1**). De l'autre, des critères individuels relatifs au degré de désirabilité de la présence du candidat sur le territoire des États membres sont appliqués. Cette notion de désirabilité fait naître, voire entretient, une certaine confusion entre asile et migration dans le sens où les programmes de voies d'entrée protégée semblent devenir des outils des politiques d'immigration choisie (**Section 2**).

Section 1. Le critère collectif de la sélection : la remise en cause du caractère universel de l'asile

263. En 1951, les rédacteurs de la Convention de Genève ont consacré une approche individuelle, générale et universelle du réfugié en réaction aux impasses créées par l'approche collective pratiquée à partir de la Première Guerre mondiale. En conséquence, le droit d'asile

contemporain donne un champ d'application *ratione personae* du réfugié très vaste, accessible, en théorie, à toute personne, indépendamment de sa nationalité ou de sa provenance (§1). Néanmoins, les évolutions du droit d'asile ont fait émerger quelques résurgences similaires au mécanisme de protection par groupes. Ainsi, tant l'élaboration des protections complémentaires que la pratique étatique des programmes de voies d'entrée protégée comportent incontestablement une dimension collective.

§1. L'abandon de l'approche collective du réfugié dans la construction du droit d'asile contemporain

264. La doctrine est unanime sur l'origine antique du droit d'asile⁷⁰⁶. Dans la Grèce antique, l'asile est avant tout un lieu pour protéger les individus, notamment les esclaves fuyant des maîtres aux pratiques inhumaines. L'asile est alors accessible à toute personne pour peu qu'elle en soit digne, c'est-à-dire qu'elle n'appartienne pas elle-même à la catégorie des persécuteurs. L'asile chrétien, par la suite, conserve cet aspect ouvert à toute personne menacée de mort ou de châtement corporel⁷⁰⁷. À l'origine, la conception du droit d'asile n'est donc liée qu'à l'individu. L'appréhension collective, ou par groupes, des bénéficiaires de l'asile apparaît alors que la question de l'asile devient une affaire d'envergure internationale, grave et urgente. En effet, au lendemain de la Première Guerre mondiale, l'Europe est confrontée à une crise humanitaire inédite. D'un côté, la fin du conflit international induit la question du rapatriement de 430 000 prisonniers russes, allemands, autrichiens et hongrois. De l'autre, des déplacements forcés de populations sont causés par la destruction des anciens empires, la construction des États-nations et la révolution bolchévique de 1917⁷⁰⁸. À cette époque, la figure du réfugié devient plutôt collective. Sa différence avec le simple étranger réside dans les motivations de son exil et donc de l'acceptation de sa présence sur le territoire d'accueil : il fuit un État qui ne peut plus assurer sa protection. Pour qu'il soit accepté, l'État d'accueil

⁷⁰⁶ E. REALE, « Le droit d'asile », *RCADI*, 1936, p. 473 ; D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, *op. cit.*, p. 46 « Il n'est pas exagéré de dire que l'asile est avant tout une invention grecque » ; A. JACQUEMIN, « Droit d'asile et droit d'extradition en Grèce antique : le fugitif, le dieu, la cité et le tyran. Le territoire. Étude sur l'espace humain », *Cab. CRLH-CIRAOI*, vol. 3, 1986, p. 8 ; G. ESPINAS, « Une histoire juridique du droit d'asile », *Annales d'histoire sociale*, tome 4, 1941, p. 168 ; S. PERRAKIS, « La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 420, 2021, pp. 31-32.

⁷⁰⁷ V. TCHEN, *Droit des étrangers*, Paris, LexisNexis, 2020, p. 1236.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 1262.

doit en venir à considérer que sa fuite est justifiée. Le fait de reconnaître l'asile intègre alors une valeur symbolique d'opposition entre les régimes libéraux et démocratiques et les régimes autoritaires. Le caractère collectif de l'asile au XXe siècle découle donc d'une opportunité factuelle car de nombreuses personnes se retrouvent en dehors de leur territoire national sans possibilité réelle d'y retourner, et d'une opportunité politique de dénonciation de l'autoritarisme et de promotion de la démocratie⁷⁰⁹. Les premiers instruments de protection sont des arrangements *ad hoc*, définissant des groupes de réfugiés exclusivement par leur nationalité, au gré des crises traversées par les États européens (A). Cependant, alors que la pression migratoire se fait de plus en plus forte sur les États européens accueillant des réfugiés en provenance d'Allemagne, ces arrangements montrent leurs limites. À partir de ce moment, le droit d'asile évolue vers une approche universelle (B).

A. La protection par groupes nationaux, l'approche collective du droit d'asile antérieure à 1951

265. En 1917, de nombreux ressortissants russes expulsés de Russie par la révolution se trouvent dans les pays frontaliers. Privées de nationalité et de tous leurs droits civils, ces personnes sont démunies de tout document d'identité, de nationalité ou d'état civil. Par conséquent, elles se trouvent bloquées sur le territoire des États frontaliers, incapables de franchir d'autres frontières. Ceux-ci, surchargés, interpellent leurs voisins européens afin de trouver une solution interétatique⁷¹⁰. Les premières réponses aux désordres migratoires de l'après-guerre sont donc élaborées dans l'objectif unique de gérer l'urgence et permettre aux ressortissants russes expulsés de Russie de retrouver des documents d'identité pour continuer leur migration. Ainsi, les premiers actes juridiques internationaux, conclus sous les auspices de la Société des Nations, en faveur des personnes en besoin de protection internationale sont des arrangements dans lesquels les États parties s'engagent, d'une part, à délivrer des documents de voyage aux personnes victimes de déplacements forcés et, d'autre part, à reconnaître la validité de tels documents de voyage délivrés par les autres États parties⁷¹¹.

⁷⁰⁹ D. LOCHAK, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, n° 144, 2013/1, pp. 33-47 ; K. AKOKA, *L'asile et l'exil. Une histoire de la distinction réfugiés/migrants*, Paris, La Découverte, 2020, 360 pages.

⁷¹⁰ E. REALE, « Le droit d'asile », *op.cit.*, p. 562.

⁷¹¹ E. REALE, « Le problème des passeports », *RCADI*, 1934, vol. 50, p. 147. Cependant, dès cette époque, le document de voyage, preuve de la reconnaissance du besoin de protection internationale et de la

266. Sur ce modèle, un premier arrangement est conclu le 5 juillet 1922⁷¹². Il permet la délivrance d'un certificat d'identité aux réfugiés russes, sans que ceux-ci ne soient autrement définis que par leur nationalité. Assez rapidement, la logique du certificat d'identité, permettant de laisser passer, dans l'objectif de les répartir entre plusieurs États, des personnes fuyant un conflit, est étendue aux ressortissants arméniens fuyant la Turquie par la conclusion d'un nouvel arrangement le 31 mai 1924⁷¹³. Pourtant, ces deux arrangements ne permettent pas la résorption des réfugiés russes et arméniens sur le territoire des États frontaliers des zones de crise car la délivrance des certificats d'identité par ces États ne leur garantit pas le retour sur le territoire de ceux-ci⁷¹⁴. Ces deux premiers arrangements sont refondus par celui du 12 mai 1926⁷¹⁵. Outre la délivrance d'un certificat d'identité, il recommande celle d'un visa de retour dans l'État de première délivrance par exemple⁷¹⁶. Ce nouvel arrangement propose surtout une définition collective des réfugiés visés, fondée sur des groupes nationaux⁷¹⁷. Celle-ci est composée de trois éléments essentiels : l'origine russe ou arménienne, l'impossibilité de bénéficier de la protection de la Russie ou de la Turquie alors que la personne y résidait habituellement avant d'en être chassée et l'absence d'acquisition d'une nouvelle nationalité.

267. Ces premiers arrangements montrent rapidement leurs limites. En premier lieu, leur champ *ratione personae* devient rapidement trop étroit. En effet, la dislocation de l'Empire ottoman n'entraîne pas seulement le déplacement forcé des ressortissants arméniens, d'autres minorités sont touchées. Or, la définition restrictive du réfugié arménien sans protection de la Turquie ne permet pas l'application des dispositions de l'arrangement de 1926 à ces personnes, pourtant dans une situation similaire sur le territoire des États européens. En

situation humanitaire du détenteur, ne suffit pas à assurer l'entrée dans un autre État, même partie à l'arrangement ; ce dernier doit donner son autorisation par la délivrance d'un visa, point 5 de l'arrangement du 5 juillet 1922.

⁷¹² Arrangement relatif à la délivrance des certificats d'identité aux réfugiés russes, signé à Genève le 5 juillet 1922.

⁷¹³ Arrangement concernant l'institution d'un certificat d'identité pour les réfugiés arméniens, signé à Genève le 31 mai 1924.

⁷¹⁴ Arrangement du 5 juillet 1922, point 3.

⁷¹⁵ Arrangement relatif à la délivrance des certificats d'identité aux réfugiés russes et arméniens, complétant et amendant les arrangements antérieurs du 5 juillet 1922 et du 31 mai 1924, signé à Genève le 12 mai 1926.

⁷¹⁶ *Ibid.*, point 3.

⁷¹⁷ *Ibid.*, point 2 « En ce qui concerne la définition de la qualité de réfugié, la Conférence adopte les définitions suivantes : Russe : Toute personne d'origine russe qui ne jouit pas ou ne jouit plus de la protection du Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et qui n'a pas acquis une autre nationalité. Arménien : Toute personne d'origine arménienne auparavant sujette de l'Empire ottoman, qui ne jouit pas ou ne jouit plus de la protection du Gouvernement de la République turque et qui n'a pas acquis une autre nationalité ».

conséquence, les États s'accordent sur un nouvel arrangement le 30 juin 1928⁷¹⁸. Celui-ci étend le système du passeport Nansen aux réfugiés assyriens, assyro-chaldéens ainsi qu'à toute personne turque d'origine syrienne ou kurde. Les éléments constitutifs de la définition de ces catégories de réfugiés ne sont pas modifiés. En second lieu, il apparaît au même moment que la dimension matérielle de la protection accordée aux réfugiés visés par les arrangements ne permet pas l'amélioration de leur situation humanitaire. Les États élaborent donc un autre arrangement le 30 juin 1928 pour régler le statut juridique de ces réfugiés sur le territoire des États d'accueil. Il est décidé que les droits acquis sous l'empire de leur loi nationale, tels que le mariage, sont reconnus et qu'ils peuvent jouir d'un traitement équivalent à celui réservé aux étrangers présents sur le territoire des États d'accueil⁷¹⁹. À peine terminée, les États parties à la Conférence de 1928 semblent déjà conscients des limites des dispositions prises puisqu'ils précisent déjà que de nouveaux arrangements seront nécessaires pour l'octroi de passeports et la satisfaction des besoins les plus urgents des réfugiés autres que ceux ressortissants des groupes nationaux déjà identifiés⁷²⁰. Ces améliorations sur la protection des réfugiés n'auront finalement que peu d'effet du fait du petit nombre d'États parties à l'arrangement et de sa force non contraignante. Le 28 octobre 1933, une Convention sur le statut international des réfugiés tente, une nouvelle fois, d'améliorer la prise en charge des réfugiés identifiés comme tels du fait de leur appartenance à un groupe national particulier⁷²¹. Cette convention rend l'interdiction du refoulement des réfugiés plus explicite et apporte quelques protections supplémentaires du point de vue des droits économiques et sociaux des réfugiés mais ne modifie en rien la définition des groupes protégés.

268. La Convention de 1933 se montre, elle aussi, rapidement inadaptée à la gestion des flux migratoires forcés que l'Europe connaît à cette époque. En effet, dès 1933, l'arrivée d'Hitler au pouvoir engendre la fuite de nombreux ressortissants allemands. Cette fois, les motifs de leur exil ne sont pas seulement politiques, ils sont aussi raciaux et religieux. Ils ne sont pas couverts par les arrangements antérieurs. Un arrangement provisoire du 4 juillet 1936 est adopté⁷²² puis complété par la Convention concernant le statut des réfugiés

⁷¹⁸ Arrangement relatif à l'extension à d'autres catégories de réfugiés de certaines mesures prises en faveur des réfugiés russes et arméniens, signé à Genève le 30 juin 1928.

⁷¹⁹ Arrangement relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens, signé à Genève le 30 juin 1928.

⁷²⁰ Rapport Nansen, 15 août 1928, C. 392, 1928, Annexes citées par E. REALE, « Le droit d'asile », *op. cit.*, p. 564.

⁷²¹ Convention relative au statut international des réfugiés, signée à Genève le 28 octobre 1933.

⁷²² Arrangement provisoire intergouvernemental concernant le statut des réfugiés provenant d'Allemagne, signé à Genève le 4 juillet 1936.

provenant d'Allemagne le 10 février 1938⁷²³. Une nouvelle fois la définition des réfugiés à protéger tient à leur nationalité allemande et à l'impossibilité de jouir de la protection du gouvernement allemand. Il est intéressant de noter qu'en égard au caractère croissant de l'afflux de réfugiés en provenance d'Allemagne, les États parties prévoient des garanties amoindries par rapport aux arrangements antérieurs destinés aux réfugiés russes, arméniens et assimilés⁷²⁴. Dans tous les cas, une nouvelle fois, la méthode des arrangements par nationalité montre ses limites puisqu'à peine conclue, la Convention de 1938 n'est déjà plus adaptée. En effet, dès 1938, l'annexion de l'Autriche par l'Allemagne entraîne un flux de réfugiés autrichiens non couverts par les dispositions. Dans ces conditions, le Président Roosevelt prend l'initiative de réunir une conférence internationale qui se tient à Évian du 6 au 15 juillet 1938 afin de trouver des solutions concrètes au problème des réfugiés juifs allemands et autrichiens. Celle-ci se solde par un échec. Les 32 États présents, tout en affirmant leur volonté de s'impliquer dans le règlement de la question des réfugiés, se retranchent derrière des considérations économiques et politiques pour justifier leur refus d'accueillir ces réfugiés⁷²⁵. L'intensification des tensions entre les États d'accueil et l'Allemagne entraînent des difficultés pour l'organisation de la prise en charge de ces réfugiés. Les dispositions prévues pour les réfugiés allemands sont finalement étendues aux réfugiés autrichiens par un Protocole du 14 septembre 1939⁷²⁶. Ces différentes extensions de l'approche collective ne suffiront pas à organiser la prise en charge des réfugiés de la Seconde Guerre mondiale.

B. Les limites de la protection par groupes, l'adoption de l'approche universelle

269. Les flux migratoires forcés engendrés par la Seconde Guerre mondiale mettent en lumière l'inadaptation de la méthode de reconnaissance des besoins de protection

⁷²³ Convention internationale concernant le statut des réfugiés provenant d'Allemagne, signée à Genève le 10 février 1938.

⁷²⁴ E. REALE, « Le droit d'asile », *op. cit.*, p. 577.

⁷²⁵ D. LOCHAK, « 1938 : le monde ferme ses portes aux réfugiés », *Plein droit*, n° 11, 2016/4, pp. 39-43. Seule la République dominicaine accepte d'accueillir 100 000 réfugiés juifs autrichiens et allemands mais ses motivations ne sont pas humanitaires. Le dictateur de l'époque (Trujillo) y voit une occasion de « blanchir » sa population et redresser l'image de son pays sur la scène internationale, notamment ternie par le massacre de milliers d'Haïtiens travaillant dans les plantations.

⁷²⁶ Sur cette période de l'histoire, voir également D. LOCHAK, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *op. cit.*, pp. 33-47.

internationale par groupes nationaux⁷²⁷. Trois observations soulignent cette inadaptation. D'abord, la méthode de protection par groupes nationaux entraîne inévitablement un retard dans l'organisation de la prise en charge des réfugiés. Le système d'identification par groupes nécessite précisément la formation d'un groupe suffisamment important en terme numérique pour que sa gestion humanitaire devienne problématique et impose une solution interétatique. En conséquence, les premières personnes en fuite arrivées dans les pays frontaliers des zones de crise ne bénéficient d'aucune protection dans l'attente de la formation d'un groupe national identifiable. La protection arrive donc systématiquement en décalage par rapport à l'afflux des réfugiés. Parfois, elle n'arrive même jamais comme en témoigne l'absence d'organisation de la prise en charge des personnes en besoin de protection internationale fuyant les autorités nazies et les régimes de collaboration des États européens.

270. Ensuite, la pratique de la protection par énumération de groupes nationaux engendre nécessairement des restrictions dans la délimitation des populations concernées par le bénéfice d'une protection internationale. Le processus de sélection interétatique est lié à des questions hautement diplomatiques. Il impose que plusieurs États d'accueil ou d'accueil potentiel s'accordent sur la définition du groupe à protéger. Pour cette raison la reconnaissance du droit d'asile est parfois présentée comme une ingérence indirecte de l'État d'accueil dans les affaires internes de l'État de persécution soulignant une incapacité de ce dernier à assurer la protection de ses propres ressortissants⁷²⁸. Cette tension potentielle, engendrée par l'identification d'un groupe national, officiellement consignée dans un arrangement international, explique que les ressortissants italiens fuyant le régime de Mussolini n'ont jamais fait l'objet d'arrangements. Les États européens craignaient l'escalade des tensions entre leur gouvernement et l'Italie⁷²⁹.

271. Enfin, sous la pression migratoire, certains États d'accueil des réfugiés allemands et autrichiens ne se contentent pas de la nationalité pour octroyer la protection internationale, ils ajoutent une évaluation individuelle afin de déterminer les personnes méritant vraiment

⁷²⁷ Sur les relations entre asile et nationalité, H. RASPAIL, « Nationalité et droit d'asile », *RGDIP*, vol. 3, 2015, pp. 513 - 569.

⁷²⁸ G. NOIRIEL, *Réfugiés et sans-papiers, La République face au droit d'asile, XIX^e, XX^e siècle*, Paris, Hachette, 1999, pp. 100-102.

⁷²⁹ T. SJOBERG, *The Powers and the Persecuted*, Malmo, Lund University Press, 1991, p. 38 ; G. MELANDER, « Refugee Policy Options – Protection or Assistance » in G. RYSTAD (ed.) *The Uprooted : Forced Migration as an International Problem in the Post-War Era*, Malmo, Lund University Press, 1990, p. 151.

cette protection⁷³⁰. Pendant quelque temps, l'approche collective par groupe et l'approche individuelle vont donc cohabiter. La Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés de 1946 en est un bon exemple. Elle dispose que le terme réfugié doit s'appliquer, à la fois, à toute personne appartenant à un groupe identifié tel que les victimes du régime nazi, les victimes du régime fasciste, les républicains espagnols et à toute personne n'appartenant à aucun de ces groupes mais qui ferait valoir des raisons satisfaisantes pour ne pas retourner dans son pays⁷³¹.

272. Au moment de l'ouverture des négociations de la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et apatrides convoquée par l'ONU, il faut décider entre ces deux façons de voir le réfugié. Les deux méthodes, collective et individuelle, cohabitent néanmoins encore dans les instruments de protection. Le HCR est déclaré compétent pour veiller à la protection des réfugiés au sens des anciens arrangements et des personnes ayant des raisons légitimes de ne pas retourner dans leur pays d'origine⁷³². « Pour préserver les libertés individuelles et éviter que la bureaucratie puisse continuer à imposer de façon aussi arbitraire une origine nationale ou ethnique aux réfugiés »⁷³³, l'article 1^{er} de la Convention de Genève retiendra finalement une définition en termes généraux et abstraits en vertu de laquelle « toute personne », en principe, peut prétendre à la qualité de réfugié dès lors qu'elle en remplit les conditions⁷³⁴.

273. L'option d'une définition objectivée du réfugié ne s'est pas immédiatement imposée. En effet, certains États, dont les États-Unis, craignaient de perdre la maîtrise du nombre de personnes auxquelles il conviendrait d'accorder une protection internationale sur leur territoire en vertu de la Convention en cas d'abandon de la méthode par énumération de

⁷³⁰ J. -Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *op. cit.*, p. 188. L'auteur donne l'exemple des pratiques restrictives adoptées par la Belgique. Il cite par ailleurs l'épopée du navire le Saint-Louis en 1939 pour illustrer ce changement de paradigme dans l'accueil des réfugiés. Le 13 mai 1939, un paquebot allemand quitte l'Allemagne avec à son bord 963 Juifs. Seuls 28 passagers ont été autorisés à débarquer à Cuba. Ils se tournent alors vers les États-Unis qui décident de les placer sur liste d'attente. Selon les quotas de l'époque, l'attente aurait duré plusieurs années. Le bateau tente alors un débarquement au Canada mais il est également refoulé. Les passagers doivent se résoudre à retourner vers l'Allemagne. Ils seront finalement accueillis par la Belgique, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Certains seront tout de même déportés depuis ces pays d'accueil. Voir également M. MARRUS, *The Unwanted – European Refugees in the Twentieth Century*, *op. cit.*, pp. 119-121.

⁷³¹ Constitution de l'OIR, adoptée par les Nations Unies à Flushing Meadows, New York, le 15 décembre 1946.

⁷³² Résolution n° 428 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1950, Statut du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Chapitre II, Point 6, A, i.

⁷³³ G. NOIRIEL, « Représentation nationale et catégories sociales. L'exemple des réfugiés politiques », *Genèse Sciences sociales*, 1997, p. 50.

⁷³⁴ J. -Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *op. cit.*, p. 46 et p. 190 ; F. SCHNYDER, « Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés », *RCADI*, vol. 114, 1965, p. 344.

groupes nationaux. Les rédacteurs de la Convention de Genève considéraient qu'il était impossible que les États signent un « chèque en blanc » pour le futur, perdant ainsi tout contrôle sur le nombre de personnes à protéger⁷³⁵. Au cours des débats, les États-Unis ont milité pour une définition certes plus générale mais suivant la méthode de l'énumération par groupes. La définition proposée comprenait d'abord une donnée générale englobant toutes personnes en dehors de leur pays d'origine en raison des persécutions ou craintes de persécutions ainsi que toutes les personnes qui avaient fui les atrocités de la Seconde Guerre mondiale ou qui seraient contraintes de fuir des atrocités similaires dans le futur. Cette conception générale se trouvait immédiatement restreinte par une catégorisation par groupes afin de limiter le nombre de personnes à protéger. Quatre groupes étaient proposés : les réfugiés de la Première Guerre mondiale, les réfugiés de l'entre-deux-guerres, les nouveaux réfugiés et les personnes déplacées et mineurs non accompagnés⁷³⁶. La méthode par groupes a ensuite été reprise par le comité de rédaction dans une tentative de conciliation proposant à la fois une définition générale et abstraite fondée sur les craintes de persécutions et des groupes pré identifiés tels que les victimes des régimes nazis et fascistes ainsi que les groupes préalablement identifiés dans les anciens arrangements⁷³⁷. Finalement, l'approche collective n'a pas totalement disparu puisque la Convention s'ouvre sur la reconnaissance de réfugiés identifiés selon leur groupe national. Ainsi, la définition du réfugié comprend, en amont de la définition individualiste et universelle bien connue, la liste des personnes qui doivent être considérées comme réfugiés en application des arrangements de 1926, 1928 et des conventions de 1933 et 1938 ainsi que du Protocole de 1939 ou encore de la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés⁷³⁸. Il était évident que les personnes concernées par les précédents instruments devaient être prises en considération. Cependant, il est important de noter qu'en 1951, une partie des réfugiés qui entrent dans le champ de la Convention de Genève ne l'est pas à titre individuel suite à l'évaluation d'une crainte personnelle de persécutions, mais bien à titre collectif du fait de l'appartenance à un groupe national uniquement.

⁷³⁵ Rapport du premier Comité *ad hoc* sur les apatrides et les problèmes connexes, 17 février 1950, Nations Unies, doc. E/1618, annexe II, p. 415.

⁷³⁶ United States of America, Memorandum on the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees (and Stateless Persons), UN doc. E/ AC.32L/4, 18 janvier 1950.

⁷³⁷ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAMS, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁷³⁸ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 1, A, 1. Le dispositif de la Convention débute par cette liste.

274. Après avoir longuement débattu des dangers d'une définition universelle du réfugié, les États parties s'emploient à aménager des garanties de sauvegarde de leur droit souverain de contrôle des entrées sur leur territoire. Cette sauvegarde se joue sur deux niveaux : d'un côté, les États circonscrivent le champ d'application temporel, voire spatial, de la définition universelle, de l'autre, ils choisissent de ne pas codifier les mécanismes relatifs à l'admission des réfugiés sur leur territoire et à l'accès aux procédures de détermination du statut⁷³⁹. Finalement, jusqu'en 1967, la Convention est portée par un ressort collectif puisqu'elle comporte une limite temporelle et spatiale qui pourrait être interprétée comme la délimitation d'un nouveau groupe circonscrit de réfugiés⁷⁴⁰. En effet, la définition individualiste du réfugié se limite finalement aux personnes qui « par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 » satisfont aux critères de cette définition⁷⁴¹. La limitation spatiale a immédiatement été facultative puisque les États parties pouvaient choisir de considérer que les événements visés étaient ceux survenus en Europe uniquement ou en Europe et partout ailleurs⁷⁴². Les inconvénients de la méthode collective ont rapidement ressurgi. En effet, en 1956, le soulèvement de la population hongroise contre l'URSS crée de nouveaux réfugiés, postérieurs à 1951. Les États parties à la Convention de Genève décident de surmonter cette difficulté engendrée par la restriction temporelle de la définition retenue en considérant que ce soulèvement de 1956 doit être analysé comme un prolongement de l'après-guerre et donc réputé comme antérieur au 1^{er} juillet 1951⁷⁴³. L'adoption du Protocole de New York relatif au statut des réfugiés le 31 janvier 1967 met fin à cette restriction en faisant disparaître les limitations spatio-temporelles de la Convention de Genève⁷⁴⁴. Néanmoins, l'approche par groupes a refait quelques apparitions dans les évolutions récentes du droit d'asile.

⁷³⁹ Il convient de remarquer qu'à l'époque les pays de premier asile que sont la France, la Belgique et le Danemark soutiennent l'insertion d'un article insistant sur la nécessaire solidarité internationale dans la répartition des personnes en besoin de protection internationale entre les États du monde tandis que les principaux pays de réinstallation, notamment le Venezuela, le Brésil, les États-Unis et le Canada, défendent leur souveraineté sur le contrôle des entrées sur leur territoire. Cette proposition a finalement été écartée. J. -Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *op. cit.*, p. 46. L'auteur estime que le vote aurait abouti à 6 voix contre l'insertion d'un article sur l'engagement à admettre les réfugiés (vraisemblablement Brésil, Canada, Chine, Royaume-Uni, États-Unis, Venezuela), 3 voix pour (certainement Belgique, Danemark, France) et 2 abstentions (probablement Israël et Turquie).

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 191.

⁷⁴¹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 1, A, 2.

⁷⁴² *Ibid.*, article 1, B, 1.

⁷⁴³ V. TCHEN, *Droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 1260.

⁷⁴⁴ Protocole relatif au statut des réfugiés, adopté le 31 janvier 1967, entré en vigueur le 4 octobre 1967, article 1, 2. Aujourd'hui, seuls quatre États parties à la Convention de Genève ont maintenu la restriction géographique : la Turquie, Madagascar, Monaco et la République du Congo. T. FLEURY-GRAFF, A. MARIE, *Manuel du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2021, p. 26.

§2. Les résurgences de l'approche collective dans l'évolution récente du droit d'asile

275. La définition du réfugié s'est rapidement révélée inadéquate à protéger tous les profils de personnes en rupture avec leur État d'origine, sans perspective raisonnable de retour. Le statut de réfugié a donc été complété par d'autres types de protection internationale. Au sein de l'Union européenne, ces protections complémentaires comportent des éléments de définition qui appréhendent collectivement les bénéficiaires (A). En outre, les programmes de voies d'entrée protégée comportent une dimension collective indiscutable et déterminante dans la sélection des personnes qui peuvent en bénéficier. Le développement encouragé de ces programmes entraînera logiquement un retour de l'approche collective en droit d'asile (B).

A. Les éléments de définition collectifs des protections complémentaires

276. La nécessité des protections complémentaires avait été pressentie par les rédacteurs de la Convention de Genève qui recommandaient l'élargissement de la portée de la Convention aux personnes sur le territoire des États parties, qui exprimeraient un besoin de protection internationale mais qui ne seraient pas couvertes par ses dispositions⁷⁴⁵. Dès les années 1970, les États européens ont commencé à développer des pratiques de protection pour les personnes dont le renvoi vers le pays d'origine n'était pas possible compte tenu du principe de non-refoulement comme entendu par le droit international des droits de l'homme, notamment l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais qui n'entraient pas dans la définition du réfugié donnée par la Convention de Genève⁷⁴⁶. Le droit

⁷⁴⁵ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, recommandation E « Élargissement de la portée de la Convention » ; HCR, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié et Principes directeurs sur la protection internationale, février 2019, points 26 et 27, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/60ca08ca4.html>]

⁷⁴⁶ Dans son cours à l'Académie de La Haye « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *op. cit.*, le Professeur J.-Y. CARLIER donne un aperçu complet des initiatives de protections complémentaires par pays ; D. BOUTEILLET-PAQUET (dir.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union : Complementing the Geneva Convention?/La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 884 pages. Ce dernier ouvrage comporte notamment un rapport de synthèse de D. BOUTEILLET-PAQUET, en français (p. 153) et en anglais (p. 211), et quinze rapports nationaux : U. BRANDL et R. FEIK (Autriche, p. 267), S. SAROLEA et J. -Y. CARLIER (Belgique, p. 311), N. LASSEN (Danemark, p. 361), E. NYKÄNEN et M. SCHEININ (Finlande, p. 397), D. BOUTEILLET-PAQUET (France, p. 433), K. HAILBRONNER (Allemagne, p. 491), N. SITAROPOULOS (Grèce, p. 529), B. NASCIMBENE et C. GIULINI (Italie, p. 569), J. HANDOLL (Irlande, p. 261), D. BOUTEILLET-PAQUET (Luxembourg, p. 645), T. SPIJKERBOER (Pays-Bas, p. 655), C. URBAÑO DE SOUSA (Portugal, p. 683), C. GORTAZAR ROTAECHE (Espagne, p. 723), O. EDSTRÖM (Suède, p. 755), E. GUILD (Royaume-Uni, p. 787). Voir également, J. MCADAM, «The European Union Qualification

de l'Union européenne consacre deux types de protection complémentaire. Toutes deux présentent un caractère en partie collectif.

277. En 2001, la directive 2001/55 CE dite « Protection temporaire » met en place un mécanisme interétatique de protection collective en cas d'afflux massif de personnes déplacées⁷⁴⁷. Cette méthode de protection collective souffre, au même titre que les approches antérieures par arrangements, de critiques quant au caractère restrictif et politique de l'approche des personnes susceptibles d'être temporairement protégées en vertu de l'application de la directive⁷⁴⁸. Elle a été mise en œuvre pour la première fois dans le cadre de l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022⁷⁴⁹. D'une part, la protection temporaire n'a été admise qu'à l'encontre de certaines catégories de personnes fuyant l'Ukraine à savoir les ressortissants ukrainiens, les personnes protégées au titre de l'asile en Ukraine et les personnes titulaires d'un droit au séjour permanent dans le cas où le retour dans leur pays d'origine ne serait pas sûr et durable. Certaines catégories de personnes fuyant le même conflit n'ont pas pu obtenir la protection temporaire du fait de leur nationalité combinée à leur statut de résidence ; il s'agit principalement des étrangers présents en Ukraine sous le statut étudiant⁷⁵⁰. D'autre part, il a été relevé que le mécanisme de protection temporaire n'avait pas été mis en œuvre entre 2015 et 2017 pour assurer des conditions minimales d'accueil des personnes entrées irrégulièrement sur le territoire des États membres alors que l'afflux aurait pu être qualifié de « massif ». Au contraire, les personnes arrivées durant cette période ont été retenues dans des centres d'identification et d'enregistrement aux portes de l'Europe dans l'attente d'une éventuelle relocalisation vers d'autres États membres et surtout dans le but, notamment depuis la déclaration Union européenne-Turquie du 16 mars 2016, de les

Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime », *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, 2005, p. 461.

⁷⁴⁷ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil. Pour une analyse globale de cette directive, voir O. CASANOVAS, « La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés », *RCADI*, 2003, vol. 306, pp. 124-142.

⁷⁴⁸ La directive ne définit pas les protégés temporaires ; elle définit le contexte dans lequel la protection temporaire peut être mise en place et renvoie à une décision du Conseil de l'Union pour la définition de chaque groupe spécifique de personnes auxquelles s'applique la protection temporaire.

⁷⁴⁹ Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire.

⁷⁵⁰ B. TAXIL, T. FLEURY-GRAFF, J. FERNANDEZ, A. MARIE, P.-F. LAVAL, « Guerre russo-ukrainienne : Continuons à former les étudiants que l'Ukraine avait choisi d'accueillir », *Le Monde*, 3 avril 2022.

renvoyer vers des pays tiers sûrs⁷⁵¹. Les protégés temporaires sont donc avant tout appréhendés comme un groupe de personnes dont la nationalité ou, à tout le moins, la provenance est commune.

278. En 2004, la directive 2004/83/CE a créé la définition commune de la protection subsidiaire⁷⁵². La directive permet la protection subsidiaire de toute personne qui ne satisferait pas aux conditions de la définition conventionnelle du réfugié mais pour laquelle il y aurait des raisons de croire qu'elle courrait un risque réel de subir des atteintes graves en cas de renvoi vers son pays d'origine. Les atteintes graves sont la peine de mort ou l'exécution, la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants, des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international. L'emploi des expressions « tout ressortissant d'un pays tiers » et « menaces graves et individuelles » dans la directive « Qualification » laissait présager une approche individuelle de la définition du protégé subsidiaire. Toutefois, cette individualisation a été nuancée par la jurisprudence de la CJUE qui lui a préféré une approche partiellement collective⁷⁵³. Dans un arrêt du 17 février 2009, les juges de Luxembourg ont proposé une relecture de la définition du protégé subsidiaire considérant que le troisième chef de protection subsidiaire (les menaces graves dans le cadre d'une situation de violence aveugle) n'a pas à viser personnellement le demandeur⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ M. TISSIER-RAFFIN, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », *La Revue des droits de l'Homme*, *op. cit.* L'autrice regrettait déjà l'absence de débat quant à la prise en charge des arrivants au titre de la protection temporaire tout en admettant qu'en l'espèce l'évaluation des besoins de protection internationale *prima facie* aurait été complexe compte tenu de la mixité des flux migratoires. Voir également, E. BLANCHARD, C. RODIER, « Crise migratoire : ce que cachent les mots », *Plein droit*, n° 111, 2016/4, pp. 3-6.

⁷⁵² 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 réfugiés ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relative au contenu de ces statuts. La directive dite « Qualification » a été refondue par la Directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 23 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.

⁷⁵³ C.-A. CHASSIN, « Le critère de l'individualisation des craintes dans le droit contemporain de l'asile », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 13, 2015, en ligne [<https://journals.openedition.org/crdf/1182?lang=fr>].

⁷⁵⁴ CJCE, Grande chambre, arrêt du 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, points 33 et suivants « [...] le terme « individuelles » doit être compris comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité, lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours [...] atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir les menaces graves

279. En définitive, malgré une volonté des rédacteurs de la Convention de Genève et des États membres de l'Union européenne de concevoir la personne en besoin de protection internationale de façon abstraite et universelle pour éviter de retomber dans les travers de l'approche, strictement collective, par groupes nationaux, les normes actuelles encadrant l'octroi des protections internationales contiennent des aspects collectifs. L'importance de ceux-ci est déterminante en ce qui concerne la sélection des personnes dans les programmes de voies d'entrée protégée.

B. Le caractère résolument collectif des programmes de voies d'entrée protégée

280. Les programmes de voies d'entrée protégée, réunification mise à part, indiquent un nombre de places limité. Les États qui créent ou adhèrent à ces programmes ne s'engagent en effet qu'à l'accueil d'un certain nombre de personnes qu'ils déterminent en amont. Le fait même de fixer ces quotas porte atteinte au caractère universel du droit d'asile tel qu'il a été pensé dans la Convention de Genève. Au-delà de cette première observation, des contingences purement matérielles peuvent venir altérer l'effectivité de l'accès sécurisé au territoire de l'Union européenne pour certaines personnes. Les programmes de voies d'entrée protégée ne sont pas mis en place dans tous les endroits du monde où des personnes en besoin de protection internationale seraient susceptibles de pouvoir en bénéficier. Les équipes du HCR, dont le rôle est primordial en matière de sélection des dossiers de réinstallation, voire d'admission humanitaire, ne comportent pas toutes d'agents destinés à l'organisation de programmes de réinstallation ou d'admission humanitaire. De plus, lorsque le HCR est présent et volontaire dans la mise en œuvre de tels programmes, il reste dépendant de la volonté des États à bien vouloir procéder à des missions de sélection des candidats aux endroits concernés⁷⁵⁵. En conséquence, seuls les groupes de personnes présents à certains endroits du monde pourront prétendre au bénéfice d'un programme d'entrée protégée. Il s'agit là d'une approche par groupes nationaux ou de provenance *de facto*.

visées par l'article 15, sous c), de la directive ». La Cour distingue selon les niveaux de violence ; elle définit plusieurs seuils d'individualisation des craintes. Sans disparaître tout à fait, l'individualisation des craintes est complétée par une approche collective dès lors qu'un niveau de violence élevée est dépassé.

⁷⁵⁵ C. GAUTHIER, M. TISSIER-RAFFIN, « La réinstallation : vers une remise en cause du système institutionnel et normatif du droit international des réfugiés ? », *op. cit.*, p. 132.

281. L'approche par groupes est également *de jure*. En effet, le droit de l'Union européenne, non seulement dans sa version contraignante actuelle mais plus encore dans les propositions formulées pour l'avenir, encourage explicitement l'organisation des programmes par groupes ciblés. Le critère principal de détermination de ces groupes reste la nationalité des personnes ou bien leur provenance géographique. Ainsi, les États membres sont financièrement soutenus par l'Union européenne lorsqu'ils ouvrent l'accès aux voies d'entrée protégée à certains groupes nationaux. Les chances d'y accéder pour les autres personnes en besoin de protection internationale sont très sérieusement amoindries⁷⁵⁶. L'exercice du critère géographique de définition des groupes cibles se manifeste de deux façons. Dans un premier temps, les normes d'encadrement des programmes prévoient un soutien financier pour certains groupes nationaux ou géographiques seulement. Le cadre commun fixé par le droit de l'Union européenne prévoit un soutien financier octroyé aux États membres pour toute personne bénéficiant d'une voie d'entrée protégée à la condition qu'elle entre dans les profils prioritaires déterminés préalablement par l'Union. Ainsi, en 2014, le Fonds « asile, migration et intégration » listait les groupes prioritaires selon des critères géographiques. Les États membres pouvaient obtenir un soutien financier pour des personnes en provenance d'Europe orientale (Biélorussie, Moldavie et Ukraine), de la Corne de l'Afrique (Djibouti, Kenya et Yémen), de l'Afrique du Nord (Égypte, Libye et Tunisie) et de la région des Grands Lacs. Par ailleurs, deux groupes nationaux étaient spécifiquement visés : les Irakiens ayant trouvé refuge en Turquie et les Syriens dans les pays frontaliers de la Syrie⁷⁵⁷. En 2020, la Commission tirait un bilan des premières opérations de réinstallation conforme à ces priorités. Ces opérations ont eu lieu principalement en Turquie, Jordanie, Liban, Niger, Tchad, Égypte, Éthiopie, Soudan. Le Niger et le Rwanda ont bénéficié d'opérations d'évacuation d'urgence⁷⁵⁸.

282. Dans un second temps, les programmes de voies d'entrées protégées sont envisagés de façon hautement stratégique par l'Union européenne. Leur mise en œuvre intervient comme une récompense de l'État tiers visé pour ces efforts en matière de coopération migratoire. Depuis 2014, l'Union européenne présente la création des voies légales d'accès aux procédures de l'asile sur le territoire des États membres comme un moyen de

⁷⁵⁶ Règlement (UE) n° 516/2014, préambule, point 43.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, annexe III.

⁷⁵⁸ Recommandation (UE) 2020/1364 de la Commission du 23 septembre 2020 sur les voies légales d'accès à une protection dans l'Union européenne : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires. La Commission annonce que les objectifs de réinstallation annoncés en 2015 ont été remplis à 86 % en ce qui concerne le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord et à 88 % pour les pays de la méditerranée centrale concernés par l'afflux de ressortissants syriens.

renforcement de la coopération avec les États tiers en matière migratoire⁷⁵⁹. Par conséquent, certains pays de transit sont privilégiés par rapport à d'autres. Des priorités communes sont formulées afin de « maximiser l'incidence stratégique de la réinstallation »⁷⁶⁰. En 2016, la Commission a proposé explicitement que des plans annuels de réinstallation ciblent certains États de départ de personnes en besoin de protection internationale. L'article 4 de la proposition de Règlement sur la réinstallation fixe les critères de détermination de ces États⁷⁶¹. Plusieurs d'entre eux sont directement liés non pas à l'objectif d'une meilleure prise en charge des personnes en besoin de protection internationale mais à la dynamique de lutte contre les entrées irrégulières et la gestion des flux migratoires. Premièrement, outre le nombre de personnes pour lesquelles la réinstallation apparaît comme la seule solution durable, la Commission et le Conseil doivent orienter le ciblage des États de sélection de personnes en fonction du risque de mouvement ultérieur vers l'Union européenne. Deuxièmement, une fois ces États choisis, les programmes de voies d'entrée protégée sont complétés par une assistance financière et technique afin qu'ils puissent accroître leurs capacités de gestion des personnes en besoin de protection internationale et, à terme, ne plus avoir besoin de recourir à la réinstallation puisque l'intégration locale des personnes protégées sera privilégiée. Troisièmement, les États ciblés doivent faire preuve d'efficacité dans la dynamique de coopération avec les États membres en matière migratoire. Les marqueurs de cette efficacité sont détaillés. Ils englobent la réduction du nombre de ressortissants de pays tiers franchissant irrégulièrement les frontières de l'Union en provenance de cet État, la création des conditions permettant d'appliquer les notions de pays tiers sûr afin de favoriser le renvoi des demandeurs pour irrecevabilité de leur demande d'asile au sein de l'Union, l'augmentation des capacités d'accueil et de protection, la mise en place d'un régime d'asile efficace et l'augmentation du taux de réadmission ainsi que la conclusion et l'application effective d'accords de réadmission. En 2017, la Commission a même explicitement déclaré que la réinstallation et les voies légales

⁷⁵⁹ Règlement (UE) n° 516/2014, préambule, point 7 « Le Fonds devrait exprimer la solidarité en apportant une aide financière aux États membres. Il devrait améliorer l'efficacité de la gestion des flux migratoires vers l'Union dans des domaines où l'Union apporte une valeur ajoutée maximale, en particulier par le partage des responsabilités entre États membres ainsi que par le partage des responsabilités et le renforcement de la coopération avec les pays tiers ».

⁷⁶⁰ *Ibid.*, point 41

⁷⁶¹ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, *op. cit.*, article 4.

complémentaires d'accès au territoire de l'Union avaient vocation à devenir la façon privilégiée d'accueillir des personnes en besoin de protection internationale⁷⁶².

283. Par ailleurs, le caractère individuel et universel du droit d'asile est également remis en question par la pratique de la reconnaissance *prima facie* du besoin de protection internationale. En effet, en cas d'afflux important de personnes en besoin de protection internationale dans un même endroit, les autorités nationales ou le HCR peuvent éprouver des difficultés à appliquer la procédure individuelle de détermination du statut. La Convention de Genève ne s'oppose pas à ce que la procédure de détermination du statut prenne des allures collectives lorsque cela est nécessaire⁷⁶³. Le suivi strict de la méthode individuelle entraînerait un délai déraisonnable d'attente pour obtenir la reconnaissance du besoin de protection. Par conséquent, il est possible d'évaluer le besoin de protection du groupe dans sa globalité en fonction des informations détenues sur les conditions objectives de risques de persécutions ou de mauvais traitements dans le pays d'origine. Tout membre du groupe visé est alors considéré comme réfugié à défaut de preuve contraire⁷⁶⁴. En principe, le besoin de protection internationale des personnes présélectionnées par le HCR en vue d'une réinstallation doit avoir été évalué de façon individuelle et non *prima facie*. Cependant, par exception, il peut arriver que le HCR propose des personnes dont le besoin a été évalué *prima facie* lorsque l'État de destination y consent. L'utilisation de la méthode *prima facie* n'est pas, ici, critiquée en tant que telle, il s'agit simplement de relever que cette logique sectorielle facilite la protection de certaines catégories de personnes dont on présume, en raison de leur nationalité ou de leur provenance, qu'elles présentent un besoin réel de protection internationale. En conséquence, l'approche est d'abord collective avant, dans certains cas, de devenir individuelle.

284. En conclusion, il convient de noter que la sélection par les États membres de l'Union de personnes en besoin de protection internationale pour leur faire bénéficier de voies d'entrée sécurisée sur leur territoire dépend de la nationalité de celles-ci et de leur provenance géographique avant même que ne soient évoqués leurs besoins en termes de protection internationale ou de vulnérabilité. La pratique des voies d'entrée protégée par l'Union et les

⁷⁶² Commission européenne, recommandation (UE) 2017/1803 de la Commission du 3 octobre 2017 relative à l'amélioration des voies d'entrée légales pour les personnes ayant besoin d'une protection internationale.

⁷⁶³ HCR, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁶⁴ O. CASANOVAS, « La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés », *op. cit.*, p. 83.

États membres semble donc se rapprocher de l'ancienne identification des personnes à protéger par groupes nationaux et arrangements interétatiques plus que d'une application individuelle et universelle du droit d'asile. Le ciblage des groupes susceptibles de bénéficier des programmes *via* les critères cumulés de la nationalité des personnes visées et de leur provenance géographique ou de leur État de premier asile impose une sélection drastique. Le critère collectif peut même être approfondi dans certaines situations. Le programme de réinstallation « un pour un » mis en œuvre dans le cadre de la Déclaration Union européenne-Turquie va au-delà des critères de détermination autorisés par le Règlement relatif au Fonds « asile, migration et intégration ». En 2016, ce programme ciblait uniquement les ressortissants syriens en provenance de Turquie alors même que des ressortissants d'autre nationalité dont le besoin de protection internationale, à l'époque, était parfaitement établi, tels que les Irakiens, se trouvaient dans des conditions similaires en Turquie ou que d'autres ressortissants syriens se trouvaient également dans des conditions similaires dans des pays proches de la Turquie⁷⁶⁵. En outre, des critères individuels de sélection se superposent au critère collectif de nationalité ou de provenance géographique de sorte que le spectre des candidats retenus est encore plus restreint.

Section 2. Des critères individuels de sélection : vers une immigration choisie

285. Une fois les groupes cibles identifiés selon leur nationalité ou leur provenance géographique, les États membres de l'Union européenne, procèdent, chacun différemment, à une sélection basée sur des critères individuels. À ce stade de la procédure, le besoin de protection internationale ne fait plus aucun doute puisqu'il a été reconnu par le HCR ou par une autre organisation lors de la phase de présélection. Par conséquent, les critères de sélection individuelle doivent aller au-delà de ce besoin. Aux fins de sélection, le droit de l'Union européenne harmonise des critères d'exclusion individuelle des programmes de réinstallation ou d'admission humanitaire. Ces critères sont déterminants car obligatoires (§1). Une fois les candidats indésirables écartés, les États membres appliquent des critères de sélection individuels liés tantôt au degré de vulnérabilité, tantôt à la capacité d'intégration de

⁷⁶⁵ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, p. 82.

la personne. Le besoin de protection internationale apparaît *in fine* insuffisant à permettre la sélection (§2).

§1. La prédominance des critères d'exclusion

286. En matière de sélection des personnes pour les programmes de voies légales d'accès, les États membres sont tenus, par le droit de l'Union, de rejeter certaines demandes dès lors que des clauses d'exclusion peuvent leur être opposées. Ces dernières sont plus larges que les clauses d'exclusion traditionnellement opposées en matière de droit d'asile (A). Par ailleurs, le droit de l'Union est contraignant sur ce point ; les États membres n'ont pas le choix que de rejeter les dossiers des personnes concernées (B).

A. L'élargissement des critères d'exclusion traditionnels

287. La création et le renforcement des voies légales d'accès au territoire des États membres pour les personnes en besoin de protection internationale constituent l'un des moyens de réaliser les objectifs liés à l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁷⁶⁶. Dans l'optique de protection de cet espace, les États membres et le droit de l'Union pratiquent ou envisagent un élargissement des clauses d'exclusion des opérations de réinstallation et d'admission humanitaire bien au-delà des clauses d'exclusion traditionnelles. D'une part, on constate l'ajout de critères d'exclusion liés à la protection de la sécurité intérieure et de l'ordre public (1). D'autre part, des critères d'exclusion liés à la politique migratoire de l'Union ont fait leur apparition (2).

1. L'ajout de critères d'exclusion liés à la sécurité de l'État de destination

288. De façon générale, tous les États membres refusent, dans des termes plus ou moins vagues et différents d'un État à l'autre⁷⁶⁷, les dossiers de personnes qui pourraient représenter

⁷⁶⁶ Règlement (UE) 2021/1147, préambule, point 1.

⁷⁶⁷ M. TISSIER-RAFFIN, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *op. cit.*

une menace à la sécurité nationale et à l'ordre public⁷⁶⁸. Le réseau européen des migrations propose une compilation de ces différents motifs d'exclusion. Ainsi, les États membres refusent de façon plus ou moins systématique et disparate les dossiers des personnes ayant un casier judiciaire ou un passé criminel, ayant été identifiées comme consommatrices de produits stupéfiants, ayant fourni de fausses informations ou dissimulé des informations lors de la procédure d'identification et d'enregistrement pour accéder à la voie d'entrée protégée concernée, ayant présenté une composition familiale irrespectueuse des normes d'ordre public (polygamie, mariage forcé ou avec une personne mineure) ou douteuse (problème de garde d'enfants non résolu entre les parents, absence de délégation d'autorité parentale du parent non concerné par le transfert), ayant été impliqué dans la sécurité militaire ou privée ou bien dans les forces de police, présentant un profil politiquement complexe (agent haut placé dans la hiérarchie administrative du pays d'origine), ayant un membre de la famille engagé dans des forces combattantes. Certains États, comme l'Irlande, préconisent même le refus des hommes célibataires ou, comme le Danemark, des personnes ayant des troubles de santé mentale⁷⁶⁹. Les États membres ont donc ajouté des critères d'exclusion des opérations de réinstallation ou d'admission humanitaire qui vont au-delà des clauses d'exclusion traditionnelles du statut de réfugié⁷⁷⁰. Par ailleurs, si la directive « Qualification » prévoit l'exclusion du bénéfice de la protection subsidiaire en cas de menace pour la société ou la sécurité de l'État membre d'accueil, les clauses d'exclusion énoncées précédemment ont un champ d'application bien plus large⁷⁷¹.

289. La proposition d'uniformisation du cadre pour la réinstallation et l'admission humanitaire absorbe l'ensemble de ces pratiques disparates en posant un motif d'exclusion

⁷⁶⁸ Chapitres par pays annexés au manuel de réinstallation, *op. cit.* Le HCR souligne les pratiques en ce sens de la Belgique, République tchèque, France, Allemagne, Irlande, Italie, Portugal, Roumanie, Suède.

⁷⁶⁹ Réseau européen des migrations, « Programmes de réinstallation et d'admission humanitaire en Europe – Qu'est-ce qui fonctionne ? », *op. cit.*, pp. 25-26.

⁷⁷⁰ Directive « Qualification », article 12. Les motifs d'exclusion du statut de réfugié sont la protection ou l'assistance par un organisme ou une institution des Nations Unies autre que le HCR ; l'obtention de la nationalité du pays de résidence ou de droits équivalents ; les raisons sérieuses de penser que le réfugié a commis un crime contre l'humanité, un crime grave de droit commun en-dehors du pays de refuge avant d'y être admis comme réfugié, des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

⁷⁷¹ Directive « Qualification », article 17. Les motifs d'exclusion du bénéfice de la protection subsidiaire sont des motifs sérieux de considérer que la personne a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, un crime grave, des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ; que la personne représente une menace pour la société ou la sécurité de l'État membre dans lequel elle se trouve ; la commission de crimes qui ne relèvent pas des crimes précédemment énoncés mais qui seraient passibles d'une peine de prison s'ils avaient été commis dans l'État membre concerné et si la personne n'a quitté son pays d'origine que dans le but d'échapper à des sanctions résultant de ces crimes.

obligatoire, susceptible d'être examiné *prima facie*, pour les « personnes dont il y a des raisons de penser qu'elles constituent un danger pour la communauté, l'ordre public, la sécurité, la santé publique ou les relations internationales de l'État membre »⁷⁷². L'exposé des motifs de la proposition de Règlement présente ces clauses additionnelles comme découlant directement des motifs de refus d'entrée à la frontière déjà prévus dans le Code frontières Schengen⁷⁷³. Cependant, l'analogie n'est pas tout à fait juste. D'un côté, certains motifs de refus d'admission à la frontière sont inadaptés aux méthodes de sélection des candidats aux voies légales d'accès tels que la possession d'un document de voyage valide ou la preuve de moyens de ressources suffisants. De l'autre, les clauses d'exclusion obligatoires des programmes d'entrée protégée liées à la sécurité intérieure et à l'ordre public, considérant les pratiques nationales actuelles, semblent formulées de façon plus large que dans le Code frontières Schengen. Celui-ci ne vise que le signalement aux fins de non-admission dans le SIS et les personnes « considérées comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres et les personnes présentant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales »⁷⁷⁴. Sa formulation ne permet pas de couvrir toutes les hypothèses de troubles de la santé mentale ou de déclarations erronées ou problématiques sur la composition familiale par exemple. Au-delà de ces questions sécuritaires, le droit de l'Union a fait apparaître une nouvelle clause d'exclusion obligatoire de contrôle migratoire.

2. L'ajout d'un critère lié à la politique migratoire

290. L'ouverture des voies légales d'accès vise, en contrepartie, la diminution des arrivées irrégulières aux frontières de l'Union européenne. En conséquence, l'une des clauses d'exclusion obligatoire cible « les personnes qui ont séjourné dans des conditions irrégulières, sont entrées de façon irrégulière ou ont tenté d'entrer de façon irrégulière sur le territoire des États membres au cours des cinq années précédant la réinstallation »⁷⁷⁵. Cette clause a déjà

⁷⁷² Proposition de Règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, exposé des motifs, point 5, b) et article 6.

⁷⁷³ *Idem.* La proposition renvoie au 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), article 6-1, e).

⁷⁷⁴ *Idem.*

⁷⁷⁵ *Idem.*

été mise en œuvre dans le cadre de la déclaration Union européenne-Turquie du 18 mars 2016. En effet, le système de réinstallation « un pour un » à destination des ressortissants syriens comprenait également un mécanisme de sélection basé sur deux critères. Premièrement, les candidats à la réinstallation devraient être réinstallés compte tenu de leur degré de vulnérabilité. Deuxièmement, la priorité devait être donnée aux personnes qui n'étaient pas déjà entrées ou qui n'avaient pas encore tenté d'entrer de façon irrégulière sur le territoire de l'Union européenne⁷⁷⁶. Le délai de cinq ans n'était pas mentionné. Il s'agissait alors explicitement de décourager les flux migratoires irréguliers vers la Grèce. Les ressortissants syriens étaient invités de la sorte à patienter du côté turc dans l'attente d'une hypothétique réinstallation dont la concrétisation dépendait du non-respect de cette règle par certains de leurs compatriotes finalement renvoyés en Turquie⁷⁷⁷. De façon plus générale, le nombre très restreint de places ouvertes dans les programmes de voies d'entrée protégée prive l'invitation à attendre de toute vraisemblance.

291. La proposition de Règlement va plus loin encore que la déclaration UE-Turquie. En effet, l'article 6 consacré aux clauses d'exclusion obligatoires ne vise pas seulement les personnes ayant tenté une entrée irrégulière mais également celles qui seraient effectivement entrées ou qui auraient effectivement séjourné de façon irrégulière dans les cinq dernières années. Or, il peut se produire, sous réserve du principe de non-refoulement, que ces personnes anciennement en situation irrégulière au sein de l'Union en aient été éloignées du fait précisément de cette irrégularité. Il s'agirait en somme de les sanctionner une seconde fois, en différé, pour celle-ci en les privant, en pratique, de toute chance de réinstallation. Cette clause d'exclusion revient presque à assortir les mesures d'éloignement dont ces personnes auraient fait l'objet de la mesure accessoire d'interdiction d'entrée prévue par la directive « Retour »⁷⁷⁸. Toutefois, la clause d'exclusion des programmes d'entrée protégée est plus sévère que la directive « Retour ». En effet, la mesure accessoire d'interdiction d'entrée

⁷⁷⁶ Déclaration UE-Turquie du 18 mai 2016, point 2.

⁷⁷⁷ Pour illustrer le caractère très hypothétique d'une chance de réinstallation dans le contexte UE-Turquie il faut souligner qu'entre 2016 et 2021, seules 28 300 ressortissants syriens ont été réinstallés depuis la Turquie (au lieu des 72 000 initialement prévues dans la Déclaration) alors que la Turquie hébergeait encore 4 millions de réfugiés dont 3,6 millions originaires de Syrie en 2021, cf. Amnesty International, communiqué de presse, « UE. L'anniversaire de l'accord avec la Turquie est une mise en garde contre de futurs accords migratoires délétères », 12 mars 2021, en ligne [<https://www.amnesty.org/fr/latest/press-release/2021/03/eu-anniversary-of-turkey-deal-offers-warning-against-further-dangerous-migration-deal-s/>].

⁷⁷⁸ 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, article 11.

n'est pas conçue pour s'appliquer à toutes les personnes éloignées du fait de leur séjour irrégulier mais seulement aux personnes qui n'auraient pas bénéficié d'un délai de départ volontaire ou qui n'auraient pas respecté ce délai. En outre, la directive prévoit que la durée de cette interdiction doit être fixée en prenant en considération les circonstances propres à chaque cas et ne doit pas dépasser cinq ans. De son côté, la proposition de Règlement envisage au contraire d'appliquer systématiquement, et pendant cinq ans, la clause d'exclusion pour entrée ou séjour irrégulier à des personnes dont le besoin de protection internationale et, probablement, le degré de vulnérabilité ont été vérifiés par le HCR, puisqu'il a jugé opportun de les proposer à la réinstallation ou à l'admission humanitaire.

292. À ce stade, deux observations s'imposent d'un point de vue global d'abord, les motifs pour lesquels la personne s'est retrouvée en séjour irrégulier peuvent être très éloignés des motifs pour lesquels elle postule à une voie légale d'accès. Ainsi, concrètement, une personne ayant perdu son droit au séjour dans l'un des États membres de l'Union européenne du fait de son divorce avec un ressortissant national de cet État et ayant, de ce fait, été renvoyée dans son pays d'origine, se verra refuser l'accès à un programme de réinstallation ou d'admission humanitaire cinq ans plus tard alors qu'elle fuit des persécutions. Le sens de l'exclusion dans cette hypothèse est difficile à percevoir. Quand bien même les motifs seraient liés au fond, c'est-à-dire quand bien même la personne aurait été éloignée après avoir été déboutée de l'asile par l'un des États membres, il n'est pas du tout exclu qu'elle puisse quelques années plus tard craindre avec raison des persécutions ou des traitements justifiant la reconnaissance d'une protection internationale et qu'elle soit placée dans une situation dans laquelle la réinstallation apparaîtrait comme la seule solution durable. D'un point de vue plus spécifique ensuite, l'exclusion pour tentative d'entrée, entrée ou séjour irrégulier est discutable au regard du droit d'asile. D'une part, la Convention de Genève interdit la pénalisation des entrées irrégulières⁷⁷⁹. D'autre part, le droit de l'Union place l'immense majorité des demandeurs d'asile, « dublinés » en fuite mis à part, dans la catégorie des étrangers en situation régulière. La délivrance d'une autorisation de séjour pendant toute la durée de la demande d'asile et d'un titre de séjour une fois la protection obtenue ne fait aucun doute. Par conséquent, là encore, la clause d'exclusion, si elle se comprend eu égard aux objectifs de politique migratoire de maîtrise des flux, ne cadre pas avec l'objectif de protection internationale qui devrait soutenir l'organisation des voies légales d'accès au territoire des États membres.

⁷⁷⁹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 31.

B. Le caractère obligatoire des critères d'exclusion

293. L'importance des critères d'exclusion est tout à fait significative. En effet, sur ce point, le droit de l'Union est contraignant et harmonisé tandis qu'il laisse une grande marge d'appréciation aux États membres sur les autres critères de sélection ou les éléments de procédure. En outre, ces critères d'exclusion sont obligatoires. Ils s'imposent à deux niveaux. Le profil sécuritaire des candidats potentiels est examiné à deux reprises (1). Cette force des critères d'exclusion pose question du point de vue de l'ordre chronologique dans lequel les dossiers sont examinés. Cela donne l'impression que les États membres traitent d'abord des questions d'exclusion avant de reconnaître officiellement l'inclusion dans la protection internationale (2).

1. Un double examen des questions sécuritaires

294. La sélection permet aux États membres d'éviter l'entrée de personnes considérées comme indésirables à l'intérieur de l'Union. Le projet de cadre commun pour les opérations de réinstallation et autres procédures d'admission des personnes en besoin de protection internationale, proposé en 2016, met l'accent sur la volonté d'uniformiser les critères d'exclusion pratiqués par les États membres par deux moyens⁷⁸⁰. D'un côté, le projet de Règlement pose le caractère obligatoire des critères d'exclusion qu'il fixe⁷⁸¹. De l'autre, il impose un caractère collectif au refus opposé par l'un des États membres. Ainsi, le candidat dont le dossier aurait été refusé par l'un des États membres devrait faire l'objet de refus systématique par tous les autres États membres. La durée d'application de ce principe de refus collectif est de cinq années⁷⁸². Si ce principe est compréhensible dans le cadre de l'espace Schengen et en application du principe de confiance mutuelle, il donne un caractère quasiment définitif et irrévocable à toute décision de rejet d'un dossier alors même qu'elle est par nature discrétionnaire et exempte de tout droit de recours⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Dans l'attente de l'adoption d'un cadre commun, les clauses d'exclusion des programmes de voies d'entrée protégée sont régies uniquement en droit interne.

⁷⁸¹ Proposition de Règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, exposé des motifs, point 5 et article 6.

⁷⁸² *Idem*. Les refus sont en principe adressés au HCR qui les communique aux candidats éconduits.

⁷⁸³ Cf. *infra*, Partie II, Titre 2, chapitre 1.

295. Le profil sécuritaire des candidats aux voies légales d'accès est examiné à deux reprises. Le premier examen a lieu lorsque le HCR est impliqué, ce qui est le cas dans l'immense majorité des programmes. Il procède systématiquement à une évaluation de l'éligibilité à la protection internationale. Cette évaluation est menée en deux temps : évaluation de l'inclusion dans la définition conventionnelle du réfugié et évaluation d'une éventuelle exclusion de cette définition compte tenu des motifs d'exclusion prévus par la Convention de Genève et le droit de l'Union. Ces motifs d'exclusion sont obligatoires dans le sens où un État partie ne devrait pas reconnaître la protection internationale aux personnes concernées. Il peut arriver que la première phase de l'évaluation, l'inclusion, soit menée *prima facie* par le HCR⁷⁸⁴. En revanche, le HCR procède à une évaluation individuelle des clauses conventionnelles d'exclusion pour toutes les personnes dont il souhaite proposer le dossier à la réinstallation ou pour une autre opération d'admission humanitaire⁷⁸⁵. Cependant, la proposition de Règlement prévoit également que l'évaluation des clauses d'exclusion traditionnelles, issues de la Convention de Genève et de la directive « Qualification », puisse être menée *prima facie*⁷⁸⁶. L'évaluation des clauses d'exclusion doit être menée sur la base de preuves documentaires ainsi que sur les informations transmises par le HCR dans un délai qui ne devra pas excéder huit mois, voire douze mois lorsque le dossier comporte des questions de faits ou de droit complexes⁷⁸⁷.

296. Les États membres de l'Union européenne semblent considérer que ce premier examen, tout individuel qu'il soit, est insuffisant. Ils procèdent en effet systématiquement à une seconde évaluation du profil sécuritaire du candidat lors d'une mission de leurs agents sur place ou d'une procédure de sélection sur dossiers⁷⁸⁸. Cette pratique peut s'avérer redondante pour des personnes particulièrement vulnérables dont le besoin de protection internationale est manifeste⁷⁸⁹. De leur côté, les États membres de l'Union jugent cette étape

⁷⁸⁴ En principe, une évaluation individuelle de l'inclusion est nécessaire pour les dossiers de réinstallation. Toutefois, il peut arriver que l'État de destination accepte une évaluation *prima facie* notamment dans le cas des admissions humanitaires.

⁷⁸⁵ HCR, Manuel de réinstallation, *op. cit.*

⁷⁸⁶ *Ibid.*, article 6-2.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, article 10.

⁷⁸⁸ Les chapitres par pays annexés au manuel de réinstallation mettent ce second examen en exergue pour tous les États européens engagés dans des procédures de réinstallation ou d'admission humanitaire : la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, la France, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie, le Portugal, la Roumanie et la Suède.

⁷⁸⁹ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, p. 70 ; D. PERRIN (ed.), *Refugee Resettlement in the EU 2011-2013*, Know Reset Final Report, European University Institute, 2013, p. 328, en ligne

indispensable car l'évaluation du profil sécuritaire qu'ils font de chaque candidat comprend beaucoup plus de critères que les clauses d'exclusion obligatoires des protections internationales. Cette manière d'évaluer les candidatures engendre une modification de la pratique du HCR et un durcissement des critères de présélection que l'agence applique. En principe, le HCR devrait s'en tenir aux clauses d'exclusion conventionnelles et laisser les États de destination potentiels apprécier les questions d'ordre sécuritaire. Pourtant, le HCR recommande à ses agents de retirer les dossiers de candidature des personnes qui auraient fait l'objet de refus de la part de plusieurs États pour des raisons sécuritaires⁷⁹⁰. Peu à peu, l'angle de sélection choisi par les États de destination potentiels déteint sur la pratique du HCR et éloigne certains profils des chances d'accéder à des voies d'entrée sécurisées tels que les hommes célibataires alors que leur situation humanitaire est parfois désastreuse⁷⁹¹. De même, alors que le HCR veille au respect du principe de l'unité de famille en proposant des familles entières à la réinstallation ou à l'admission humanitaire, les États de destination peuvent opposer des rejets partiels des dossiers. Ils acceptent d'accueillir une partie de la famille mais en rejettent certains membres, notamment pour des raisons sécuritaires. Dans ce cas, la famille peut décider de renoncer à l'opportunité du transfert vers un nouvel État tout en considérant que ses chances d'être acceptée par un autre État sont quasi inexistantes. La famille peut, au contraire, décider de procéder au transfert des membres acceptés pour procéder dans un second temps à la réunification familiale des membres laissés de côté. Ce pari est tout à fait risqué puisque le profil sécuritaire de ces derniers aura de nouveau une incidence au moment de l'instruction de la demande de visa de réunification familiale⁷⁹². Par ailleurs, le HCR déplore cette restriction dans les méthodes de sélection. En effet, le travail de présélection des dossiers de candidats est très chronophage et les disparités d'évaluation des questions sécuritaires entre le HCR et les États d'accueil, voire entre les États d'accueil

[https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2012/05/www.know-reset.eu_files_texts_00013_20131218175519_knowresetrr-2013-03.pdf]; International Catholic Migration Commission, *Welcome to Europ ! À Comprehensive Guide to Resettlement*, 2013, p 86, en ligne [<https://www.icmc.net/2013/07/30/welcome-to-europe-a-comprehensive-guide-to-resettlement/>]

⁷⁹⁰ HCR, Manuel de réinstallation, *op. cit.*

⁷⁹¹ L. TURNER, « Qui acceptera de réinstaller des hommes syriens célibataires ? », *Forced Migration Review*, n° 2, 2017, pp. 30-31 ; T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, p. 73 ; S. HENDERSON, Senior Resettlement Officer UNHCR, European Council on Refugees and Exiles, Biannual General Meeting, 30 et 31 octobre 2008, p. 3. HCR, *Frequently Asked Questions about Resettlement*, février 2017, n° 9, en ligne [<https://www.unhcr.org/hk/wp-content/uploads/sites/13/2016/04/FAQ-about-Resettlement.pdf>].

⁷⁹² HCR, Manuel de réinstallation, *op. cit.*

les uns par rapport aux autres, entraînent un rejet de près de 30 % des dossiers présélectionnés, principalement pour des questions sécuritaires⁷⁹³.

297. Cette prédominance des questions sécuritaires se retrouve dans les méthodes pratiques de sélection des États membres de l'Union. La plupart d'entre eux préfèrent organiser des missions sur place pour y envoyer non seulement des agents en charge de l'asile mais aussi des agents sous la direction du ministère en charge de la sécurité nationale. Sur ce point particulier, l'exemple de la France est particulièrement probant⁷⁹⁴. Elle compte parmi les États membres de l'Union européenne qui procèdent systématiquement à des missions de sélection des candidats sur place⁷⁹⁵. Elle est par ailleurs présentée comme l'un des États qui opposent le plus de rejet des candidats présélectionnés par le HCR avec un taux de rejet de près de 50 % sur des motifs de risque pour la sécurité intérieure⁷⁹⁶. Au sein des missions de sélection des candidats aux opérations de réinstallation ou d'admission humanitaire, les agents de protection de l'OFPRA (Office français de protection des réfugiés et des apatrides en charge de l'évaluation des demandes d'asiles déposées sur le territoire) sont toujours accompagnés d'agents du ministère de l'Intérieur. Les candidats sont donc sélectionnés au terme d'un double entretien mené par ces deux agents. Les agents de l'OFPRA donnent un avis sur les critères d'inclusion et d'exclusion du statut de réfugié ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire tandis que les agents de l'Intérieur s'expriment sur les questions de menaces à la sécurité nationale. Il est admis que l'avis de ces derniers l'emporte sur celui des agents de l'OFPRA. Le HCR rapporte que le dossier des personnes présélectionnées passe d'abord entre les mains des services de sécurité avant d'être soumis aux agents de l'OFPRA⁷⁹⁷. Les

⁷⁹³ HCR, « Challenges in Addressing Global Refugee Resettlement Needs », Discussion Paper for the Annual Tripartite Consultations on Resettlement, 22 et 23 juin 2006, en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/resettlement/468278f52/discussion-paper-challenges-addressing-global-refugee-resettlement-needs.html>].

⁷⁹⁴ Ces informations ont été extraites d'un entretien mené par Estelle D'HALLUIN, maîtresse de conférences en sociologie à l'Université de Nantes et co-directrice de cette thèse, et Emilie LENAIN, le 9 juillet 2019, dans les locaux de l'OFPRA avec le chef de la division Europe de l'OFPRA. L'organisation en binôme OFPRA/Intérieur et la prédominance des avis des agents en charge des questions sécuritaires sur celui des agents en charge de la protection internationale dans les missions de sélection menées par la France avaient par ailleurs été mentionnées dans d'autres entretiens menés en Grèce, à Athènes et à Chios, au mois de juin 2018, par Emilie LENAIN, dans le cadre du projet ARRECO, avec notamment, l'adjointe au consul de France, un agent français déployé auprès d'EASO en Grèce et deux agents de l'OFII présents en Grèce dans le cadre des opérations de relocalisation.

⁷⁹⁵ Chapitre par pays annexé au manuel de réinstallation, *op. cit.* Sur ce point, le chef d'une des divisions protection de l'OFPRA confirmait cette chronologie dans l'évaluation des dossiers des candidats. Le HCR rapporte le même ordre chronologique dans les méthodes de la Suède.

⁷⁹⁶ D. PERRIN (ed.), *Refugee Resettlement in the EU 2011-2013*, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁹⁷ Chapitre par pays annexé au manuel de réinstallation, *op. cit.*

candidats sont donc exclus des listes de réinstallation ou d'admission humanitaire dès lors qu'ils ne passent pas le filtre des questions sécuritaires indépendamment de leur besoin de protection internationale ou de leur degré de vulnérabilité.

2. L'inversion de la logique inclusion/exclusion

298. Les clauses d'exclusion retenues par le droit de l'Union européenne en matière de voies légales d'accès sont très larges. Elles ont le potentiel d'engendrer l'élimination d'un nombre relativement important de candidats aux programmes garantissant une entrée sécurisée sur le territoire des États membres et un accès fluide aux procédures de reconnaissance des besoins de protection internationale. Il est donc primordial de s'interroger sur le moment de l'examen des clauses d'exclusion de ces programmes par rapport au moment de l'évaluation des critères positifs de sélection tels que le besoin de protection internationale et le degré de vulnérabilité ou d'intégrabilité⁷⁹⁸. Il convient de remarquer qu'il existe un débat doctrinal animé sur un sujet relativement proche. En effet, différents courants s'affrontent sur le point de savoir s'il existe, en matière de détermination du besoin de protection internationale, une obligation pour les États d'examiner d'abord les clauses d'inclusion avant les clauses d'exclusion ou bien si le cheminement inverse est possible. Pour l'essentiel, ce débat aboutit à deux conclusions relativement stables.

299. D'une part, ni le droit de l'Union européenne ni la Convention de Genève n'imposent un examen holistique des demandes d'asile. Sans imposer de chronologie particulière entre l'examen des clauses d'inclusion et celui des clauses d'exclusion, ils s'opposent simplement à l'examen des clauses d'exclusion au cours de la phase de recevabilité des demandes d'asile suivant sur ce point les recommandations du HCR. D'autre part, il n'existe pas de règle quant à la manière dont les décisions doivent être rédigées. Dans certains cas, les décisions peuvent inclure sans référence aux clauses d'exclusion. Dans d'autres, les États peuvent au contraire décider d'exclure sans référence aux clauses d'inclusion. La position médiane consistant en une décision reprenant spécifiquement l'examen des deux types de clauses est également admise et pratiquée. Le HCR, de son côté, soutient le principe d'une approche par l'inclusion

⁷⁹⁸ Cf. *infra*, chapitre suivant.

mais il admet également la possibilité d'exclure avant d'inclure au stade de la décision⁷⁹⁹. Aucun des deux courants doctrinaux n'est parvenu à s'imposer sur le point de savoir si les États membres pouvaient inclure sans exclure ou exclure sans inclure ou bien s'ils avaient l'obligation de rendre compte de l'intégralité de leur examen⁸⁰⁰. L'ordre alphabétique de la Convention de Genève ou numéraire de la directive « Qualification » ne permettent aucune déduction logique menant à une quelconque obligation quant au moment de l'exclusion⁸⁰¹. La logique juridique proposant d'envisager l'inclusion comme le principe et l'exclusion comme l'exception n'empêche pas l'adoption de décision ne portant que sur l'un des volets notamment pour des raisons d'efficacité ou d'économie des moyens⁸⁰².

300. L'application analogique des moyens de ce débat doctrinal au contexte des méthodes de sélection des candidats aux programmes de voies d'entrée protégées permet de révéler l'objectif hautement migratoire, et non seulement de protection internationale, de ces programmes. L'obligation d'un examen des candidatures sur les deux versants, inclusion et exclusion, est juridiquement sans incidence. En effet, les raisons pour lesquels ce débat présente un intérêt en matière de procédure visant la détermination du besoin de protection internationale tiennent essentiellement au respect des garanties procédurales imposées par le droit de l'Union européenne. Or, l'analyse des normes et pratiques des États membres dans le domaine des voies légales d'accès montre que ces garanties sont inexistantes. Par ailleurs, l'intégralité des candidats a déjà été incluse dans les critères de reconnaissance des protections internationales. Il n'est donc pas étonnant que les États membres n'approfondissent pas plus avant la question de l'inclusion. En outre, le caractère obligatoire des clauses d'exclusion implique que la gravité de la situation humanitaire des candidats ne puisse pas venir tempérer

⁷⁹⁹ HCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, *op. cit.*, 2019, p. 34 ; HCR, Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, HCR, Genève, 2003, pp. 39-40, §100.

⁸⁰⁰ J. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 531.

⁸⁰¹ J. -Y. CARLIER, P. D'HUART, « L'exclusion du statut de réfugié : cadre général », in V. CHETAIL, C. LALY-CHEVALIER, *Asile et Extradition – Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 21. Voir dans le même sens, Y. LI, *Exclusion from Protection as a Refugee – An Approach to a Harmonizing Interpretation in International Law*, Leyden, Brill, 2017, pp. 196-197. La logique de l'ordre alphabétique ou numéraire ne tient pas puisque les clauses de cessation de la protection interviennent avant les clauses d'exclusion, ce qui, chronologiquement, n'a pas vraiment de sens.

⁸⁰² G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 165 ; J. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, *op. cit.*, p. 531 ; D. KOSAR, « Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say », *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, 2013, p. 92.

le mécanisme d'exclusion⁸⁰³. En définitive, le besoin de protection internationale n'est pas l'élément déterminant dans la sélection des candidats aux programmes de voies d'entrée protégée. Leur profil sécuritaire occupe une place très importante. Des caractéristiques personnelles, sans rapport direct avec le besoin de protection, sont également recherchées.

§2. L'insuffisance du critère lié au besoin de protection internationale

301. Toutes les personnes candidates aux programmes d'entrée protégée sont en besoin de protection internationale. Par ailleurs, il doit être également établi qu'elles ne disposent d'aucune perspective de solution durable dans l'État dans lequel elles se trouvent. Ces deux critères sont communs et ne peuvent donc pas servir à la sélection. Les États membres doivent aller au-delà du besoin de protection pour faire leur choix. Ils s'appuient le plus souvent sur le degré de vulnérabilité des candidats (A). Cependant, pour des raisons économiques, ils peuvent également prendre en considération les capacités d'intégration rapide de certains d'entre eux (B).

A. Le degré de vulnérabilité

302. Le droit de l'Union européenne vise spécifiquement les personnes vulnérables. Cela signifie que les États membres ne peuvent bénéficier du soutien financier de l'Union que dans la mesure où ils facilitent l'arrivée de ces personnes. Le critère est donc devenu obligatoire (1). Pour autant, il souffre d'une définition instable (2).

1. Un critère devenu obligatoire

303. Symboliquement, la réinstallation pourrait être imagée comme une longue file d'attente au sein de laquelle les personnes dont le besoin de protection internationale a été reconnu et qui ne disposent d'aucune autre solution durable patienteraient dans l'espoir de trouver des conditions de vie décentes pour se reconstruire. Dans cette représentation, la vulnérabilité

⁸⁰³ Dans la même logique en ce qui concerne la procédure de détermination des besoins de protection internationale, voir CJUE, *B. et D.*, 9 nov. 2010, C-57/09 et C-101/09.

serait l'équivalent d'un coupe-file⁸⁰⁴. La protection des personnes vulnérables répond à l'objectif d'équité. Il s'agit d'offrir un régime de protection plus soutenu aux personnes vulnérables par rapport aux personnes non vulnérables afin de rétablir l'équilibre des chances telles que celle d'accéder au territoire des États membres de l'Union, aux procédures de l'asile ou au bénéfice de la protection internationale proprement dite⁸⁰⁵. Les programmes de réinstallation ont d'ailleurs été spécifiquement conçus pour les réfugiés les plus « déshérités »⁸⁰⁶. Pour le HCR, l'objectif était bien de distinguer parmi les réfugiés, ceux qui ne trouvaient aucune solution durable à l'endroit où ils se trouvaient pour les proposer à la réinstallation dans un État tiers, jugé mieux adapté à leurs besoins. Tandis que les réfugiés non vulnérables, dotés d'une capacité de travail ou d'intégration rapide, parvenaient sans mal à reconstruire leur vie sur un territoire d'accueil, le HCR a eu la mission d'éviter que les réfugiés socialement ou physiquement affaiblis ne se trouvent laissés à l'abandon, privés de solution durable. Historiquement donc, le critère de sélection des candidats aux voies légales d'accès basé sur le degré de vulnérabilité est tout fait logique.

304. L'importance du critère de la vulnérabilité a évolué. Les personnes jugées vulnérables sont passées du statut de public prioritaire à la réinstallation à celui de public exclusif des programmes subventionnés par l'Union européenne. Entre 2015 et 2017, les différents rapports sur la relocalisation et la réinstallation faisaient référence à la vulnérabilité pour permettre aux États membres de distinguer parmi les candidats et donner la priorité aux personnes vulnérables⁸⁰⁷. Les textes de cadrage actuel envisagent le degré de vulnérabilité comme un critère obligatoire pour justifier d'une entrée légale et sécurisée sur le territoire des États membres. La Commission européenne, dans sa proposition de règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, indique dès le préambule que, pour être éligibles aux programmes financièrement soutenus par l'Union, les candidats devront être déplacés hors ou au sein de leur pays d'origine, craindre des persécutions objectives ou des risques réels d'atteinte grave à leurs droits fondamentaux et appartenir à l'une, au moins, des catégories de

⁸⁰⁴ C. COSTELLO, « Refugees and Other Migrants: Will the Global Compact Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, 2018, pp. 643-649.

⁸⁰⁵ O. CASANOVAS, « La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés », *RCADI, op. cit.*, p. 77.

⁸⁰⁶ F. SCHNYDER, « Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés », *RCADI, op. cit.*, pp. 411-412.

⁸⁰⁷ S. PERRAKIS, « La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l'homme », *RCADI, op. cit.*, p. 102.

vulnérabilités listées par le règlement⁸⁰⁸. D'ailleurs, le mécanisme de renvoi prévu par la Déclaration Union européenne-Turquie de 2016 s'insérait exactement dans cette logique de la vulnérabilité comme critère obligatoire d'entrée sur le territoire européen. Seuls les demandeurs d'asile vulnérables pouvaient échapper au renvoi vers la Turquie tandis que la réinstallation des ressortissants syriens dans l'Union « en échange » des ressortissants syriens renvoyés en Turquie devait également se faire sur des critères de vulnérabilité. Les agents grecs, secondés par les agents d'EASO, intervenaient alors dans chacun des camps d'identification et d'enregistrement sur les îles grecques afin de procéder à des entretiens visant à déterminer le degré de vulnérabilité de la personne et sa capacité à être ou non renvoyée en Turquie. Cet examen, nécessaire du fait de l'interdiction des expulsions collectives sans analyse des situations individuelles⁸⁰⁹, a demandé des ressources considérables tant les entretiens étaient longs et ponctués d'avis médicaux et psychologiques. En comparaison, l'instruction des demandes d'asile proprement dites paraissait moins intense, ce qui permet de souligner le caractère hautement sensible de la question du degré de la vulnérabilité des personnes en besoin de protection internationale souhaitant accéder aux procédures de l'asile sur le territoire des États membres⁸¹⁰.

2. Une notion indéfinie

305. Malgré l'évolution du caractère obligatoire de la vulnérabilité en matière de voies légales d'accès, cette notion n'est encadrée par aucune définition stable. Le règlement (UE) n° 516/2014 portant création du fonds « asile, migration et intégration » souligne d'ailleurs, dans son préambule, que le terme de vulnérabilité emporte des sens différents selon les instruments dans lesquels il est employé et qu'il convient de lui donner la définition appropriée selon la norme qui est mise en œuvre et le contexte de son utilisation⁸¹¹. Pour

⁸⁰⁸ Commission européenne, proposition de Règlement établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, préambule.

⁸⁰⁹ Protocole 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 4.

⁸¹⁰ Conclusion tirée des entretiens menés en juin 2018 dans le camp d'identification et d'enregistrement de Vial sur l'île de Chios avec des personnes considérées comme vulnérables. Conclusion consolidée par les entretiens menés en juin 2018 avec les bénévoles de l'ONG *Advocates Abroad* présente sur le camp de Vial à Chios et Moria à Lesbos pour une action d'information et de soutien juridique aux migrants contenus sur ces îles, en provenance de Turquie. Les entretiens ont été menés dans le cadre du projet ARRECO.

⁸¹¹ Notons que le Règlement (UE) 2021/1147 prévoit dans son article 2-14 qu'une personne vulnérable est une « personne définie en tant que personne vulnérable dans le cadre du droit de l'Union applicable

illustrer ces divergences, il est possible de comparer la liste, non exhaustive, des personnes dites vulnérables contenue à l'article 21 de la directive « Accueil » à la liste, exhaustive cette fois, des personnes jugées vulnérables au regard des programmes d'admission humanitaire. La première comprend « les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle »⁸¹². La seconde est beaucoup plus courte. Les catégories sont désignées différemment. Elle énonce « les femmes et les enfants en situation de risque, les mineurs non accompagnés, les personnes ayant des besoins médicaux auxquels seule une admission humanitaire permet de répondre, les personnes nécessitant une admission humanitaire pour des raisons juridiques ou pour assurer leur protection physique y compris les victimes d'actes de violence ou de torture »⁸¹³.

306. D'un autre côté, le projet de règlement de 2016 propose une liste de personnes vulnérables intégrant les vulnérabilités socio-économiques. Ces listes présentent un caractère relativement restrictif par rapport aux vulnérabilités retenues par le HCR lors de la phase de présélection des candidats. Le HCR reprend chacune des catégories fixées par le droit de l'Union européenne tout en allant plus loin dans chaque hypothèse. Ainsi, le besoin de protection juridique ou physique doit être entendu comme comprenant la menace de refoulement par le pays d'accueil. Les victimes d'actes de violences ou de tortures sont définies comme les personnes pour lesquelles le rapatriement ou les circonstances d'accueil dans le pays tiers dans lequel elles se trouvent risqueraient d'aggraver le traumatisme ou d'augmenter le risque de traumatisme ou n'offrent pas la prise en charge médicale et psychologique adaptée. Le HCR ajoute en outre à cette liste toutes les personnes membres de la famille d'une personne protégée mais qui ne pourraient pas prétendre aux procédures de regroupement ou réunification en raison de la conception restrictive de la famille par certains États d'accueil.

au domaine d'action soutenu au titre du fonds ». Or, le fonds soutien des actions qui concernent à la fois la politique d'asile intérieure et la politique migratoire dans sa dimension extérieure alors que les instruments applicables ne définissent pas les personnes vulnérables de la même façon.

⁸¹² Directive « Accueil », article 21.

⁸¹³ Règlement (UE) 2021/1147, article 19. Une définition très similaire était proposée dans le Règlement de 516/2014 pour désigner les bénéficiaires de la réinstallation et non de l'admission humanitaire.

307. Cette absence de définition stable engendre des conséquences de trois ordres. D’abord, elle entretient l’étendue du pouvoir discrétionnaire des États membres en matière de sélection des candidats. Les critères communs posés par le droit de l’Union guident les phases de présélection. En revanche, au moment de la décision finale, l’État membre est libre de choisir parmi les dossiers sélectionnés en application de ces critères. Sa décision n’est pas contrôlée par l’Union européenne, ce qui tend vers la création d’un pouvoir arbitraire de sélection⁸¹⁴. Partant, les États membres montrent des logiques tout à fait disparates en matière de réinstallation et d’admission humanitaire. La Belgique a mis en place un programme *ad hoc* uniquement à destination des femmes à risques remplissant les critères de la convention de Genève. Le Danemark a réservé un sous-quota aux personnes handicapées. L’Allemagne, au contraire, ne fait intervenir le critère de vulnérabilité qu’en dernier ressort après la protection de l’unité de famille, l’existence de liens familiaux en Allemagne et la capacité d’intégration du candidat⁸¹⁵. La République tchèque privilégie les enfants gravement malades. L’Irlande donne la priorité aux personnes présentant des vulnérabilités physiques ou sexuelles tandis que le Portugal préfère les mineurs non accompagnés⁸¹⁶.

308. Ensuite, l’existence de ces programmes très spécialisés ne découle pas seulement de l’absence de définition uniforme et contraignante des personnes vulnérables. En effet, dès lors que des personnes sont présélectionnées par le HCR, leur vulnérabilité devrait être présumée en ce qu’il est établi que leur besoin de protection internationale est reconnu et qu’il n’existe aucune solution durable pour leur assurer une vie digne dans l’endroit où elles se trouvent. Cependant, en raison de l’absence de quotas contraignants et en phase avec le nombre de personnes en besoin de réinstallation recensées par le HCR, les États membres de l’Union européenne n’ouvrent qu’un très faible nombre de places dans les programmes de voies d’entrée protégée. En conséquence, ils doivent créer des sous-catégories de personnes vulnérables présentées alors comme « très vulnérables »⁸¹⁷.

⁸¹⁴ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, p. 58.

⁸¹⁵ Ces trois premiers exemples sont tirés de l’article de M. TISSIER-RAFFIN, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d’avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *op. cit.*

⁸¹⁶ Ces trois autres exemples sont tirés des Chapitres par pays annexés au manuel de réinstallation du HCR.

⁸¹⁷ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, 60.

309. Enfin, il serait inexact de conclure avec l'impression qu'un degré extrême de vulnérabilité est finalement nécessaire pour être sélectionné dans un programme de réinstallation ou d'admission humanitaire. Au contraire, les États membres sont également libres de poser leurs limites à l'accueil de personnes dont les besoins spécifiques ne pourraient pas être correctement pris en charge. Ainsi, la France et la Suède acceptent un nombre très limité de mineurs non accompagnés tandis que l'Italie refuse de sélectionner des mineurs non accompagnés ainsi que des personnes âgées non accompagnées. L'Irlande évalue également les dossiers de candidature de personnes malades en adéquation avec ses capacités de prise en charge sanitaire⁸¹⁸. Parmi les motifs de rejet de candidature, le HCR relève également les personnes portant le VIH⁸¹⁹. À l'autre extrémité du spectre des critères de sélection, les États membres de l'Union européenne utilisent des critères fondés sur les capacités d'intégration de la personne.

B. Les capacités d'intégration

310. Le critère de sélection fondé sur la vulnérabilité est certes le plus prégnant en droit de l'Union européenne. Toutefois, l'Union européenne, tant dans les dispositifs en vigueur que dans les projets en cours de négociation, autorise les États membres à sélectionner parmi les candidats aux voies légales d'accès en fonction de leurs préférences, au-delà des critères communs définis dans les instruments de cadrage⁸²⁰. Il est important de souligner que les États membres utilisent également des critères de sélection basés sur les capacités d'intégration des personnes. Ces derniers semblent intervenir comme un outil de rééquilibrage économique des populations accueillies par les voies légales d'accès. En effet, alors que les personnes sélectionnées du fait de leurs caractéristiques particulières de

⁸¹⁸ HCR, Manuel de réinstallation, Chapitres par pays.

⁸¹⁹ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, 76.

⁸²⁰ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, l'article 10 dispose qu'en procédure ordinaire « Les États membres peuvent notamment accorder la préférence à des ressortissants de pays tiers ou des apatrides qui ont a) des liens familiaux avec des ressortissants de pays tiers, des apatrides ou des citoyens de l'Union résidant légalement dans un État membre ; b) des liens sociaux ou culturels, ou d'autres caractéristiques, pouvant faciliter leur intégration dans l'État membre participant, à condition qu'il n'y ait aucune discrimination fondée sur un quelconque motif tel que le sexe, la race, la couleur, l'origine ethnique ou sociale, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou autres, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, sans préjudice des différences de traitement nécessaires à l'évaluation visée au premier alinéa ».

vulnérabilité sont susceptibles d'entraîner des dépenses importantes en matière de prise en charge médicale et sociale pour les États membres, les personnes sélectionnées sur leur capacité d'intégration rapide dans l'État d'accueil, elles, génèreront sans doute moins de dépenses d'accompagnement pour celui-ci. Elles seront plus rapidement autonomes. Le degré d'intégration des candidats peut être appréhendé sous deux angles différents.

311. En premier lieu, les États membres de l'Union européenne sont autorisés à sélectionner, parmi les personnes en besoin de protection internationale, les candidats qui présentent des compétences professionnelles ou un profil étudiant en adéquation avec leurs besoins. Les États membres peuvent également tenir compte des compétences linguistiques des personnes. À cet égard, l'Union européenne présente même le développement des voies légales d'accès à destination des personnes en besoin de protection internationale comme un moyen d'assurer la compétitivité de l'Union à long terme et l'avenir de son modèle social⁸²¹. Dans cette optique, le projet de Règlement établissant un cadre pour la réinstallation s'inspire des pratiques étatiques et autorise les États membres à sélectionner les candidats sur toute caractéristique pouvant faciliter leur intégration⁸²². La Commission recommande même aux États membres de recourir à l'outil européen de profilage des compétences au cours des opérations de sélection des candidats⁸²³. Il apparaît que l'Allemagne prête une attention particulière aux caractéristiques connues pour faciliter l'intégration des personnes lorsqu'elle procède à la sélection de personnes en besoin de protection internationale dans le cadre d'un programme d'entrée protégée. Ainsi, les études suivies, le jeune âge de la personne, ses compétences professionnelles sont analysés⁸²⁴. De même, la Suède prend en considération le potentiel d'intégration professionnelle des candidats⁸²⁵. Certains observateurs font état d'une crainte par rapport à ce système de sélection. Ils critiquent le fait que l'objectif de protection internationale du candidat soit complètement dépassé par l'intérêt économique de l'État d'accueil potentiel alors même que les programmes d'entrée protégée ne devraient pas être

⁸²¹ Règlement (UE) 2021/1147, préambule, point 8.

⁸²² Commission européenne, proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation, article 10.

⁸²³ Développé depuis 2017, l'outil européen de profilage des compétences des ressortissants de pays tiers a vocation à faciliter le recensement des compétences, des qualifications et des expériences professionnelles des ressortissants de pays tiers afin de les confronter aux besoins identifiés dans les États membres, voir publication de la brochure d'information « Outil de profilage des compétences des ressortissants des pays tiers de l'UE », février 2020, en ligne [<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17893&langId=fr>]

⁸²⁴ HCR, Manuel de réinstallation, Chapitre par Pays, p. 111.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 114.

des outils de sélection des réfugiés les plus attractifs au détriment des réfugiés sans diplôme ou sans expérience professionnelle au risque de perdre la dimension humanitaire des dispositifs⁸²⁶. On peut ajouter que la sélection des réfugiés les plus attractifs du point de vue professionnel ou intellectuel s'oppose en outre aux objectifs de solidarité internationale poursuivis par les programmes d'entrée protégée. Les États membres de l'Union auraient le loisir de sélectionner les réfugiés qui comblerent leurs propres besoins tout en laissant les réfugiés jugés moins intéressants dans les pays tiers de premier accueil. Certains États membres ont pour habitude non pas d'analyser les compétences professionnelles ou intellectuelles existantes du candidat mais plutôt de parier sur sa volonté d'intégration dans leur société nationale. Il existe ici un déséquilibre relatif à l'importance du critère de la volonté du candidat. D'un côté, le HCR ne prête qu'une très faible attention à la volonté des personnes en besoin de protection internationale sur leur État de destination⁸²⁷. De l'autre, certains États membres en font l'un des critères de sélection les plus importants. Ainsi, la République tchèque, la Roumanie et l'Irlande apprécient la volonté du candidat de venir s'établir spécifiquement sur leur territoire⁸²⁸. Il arrive en outre, relativement rarement cependant comme cela a été précisé plus haut, que les États décident d'assouplir les conditions d'obtention des visas destinés aux étudiants ou aux professionnels afin d'en favoriser l'obtention par des personnes en besoin de protection internationale⁸²⁹.

312. En second lieu, les États membres peuvent également fixer leur intérêt sur certains candidats en raison des relations familiales, voire sociales, qu'ils entretiennent avec d'autres personnes déjà présentes sur leur territoire. Les mécanismes de réunification familiale et de parrainage privé apparaissent comme des voies d'accès complémentaires privilégiées. En effet, leur objectif est précisément de permettre l'accès aux territoires des personnes en besoin

⁸²⁶ T. DE BOER, M. ZIECK, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *op. cit.*, p. 71. Le HCR exprime des craintes similaires dans la présentation de la Convention Plus, Multilateral Framework of Understandings on Resettlement, septembre 2004, §20, en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/convention/414aa7e54/multilateral-framework-understandings-resettlement-emforum20046em.html>].

⁸²⁷ HCR, Position relative aux voies légales d'accès sûres et légales, *op. cit.*, il est précisé que pour identifier le pays de réinstallation le plus approprié, le HCR considère les liens familiaux, la vulnérabilité, la capacité d'intervention prompte du pays visé, les critères de sélection et les quotas de ce pays, les besoins médicaux et les traitements disponibles, les compétences linguistiques de la personne, les aspects culturels, la nationalité, la configuration familiale et, si possible, la préférence de la personne pour un pays en particulier.

⁸²⁸ HCR, Manuel de réinstallation, Chapitres par pays.

⁸²⁹ Cf. *supra*, §§262-263.

de protection internationale susceptibles d'être prises en charge par un réseau familial et social favorisant leur intégration et déchargeant l'État de cette responsabilité⁸³⁰.

⁸³⁰ Sur les voies légales d'accès reposant sur un partenariat public-privé, cf. *supra*, §§ 249 et s. Sur l'impact de la réunification familiale sur les capacités d'intégration de la personne protégée et des membres de famille rejoignant voir HCR, Note on the integration of refugees in the European Union, 2007, en ligne [<https://www.unhcr.org/463b462c4.pdf>].

Conclusion du Chapitre 2

313. Quand il s'agit d'être sélectionné au sein d'un programme de voies d'entrée protégée, le besoin de protection internationale, si réel soit-il, ne suffit plus. Il faut en outre appartenir aux groupes spécifiquement ciblés par les États membres de l'Union européenne et présenter des caractéristiques individuelles tenant à un degré élevé de vulnérabilité et/ou à des capacités d'intégration rapide dans la société d'accueil. Le développement des programmes de voies d'entrée protégée tel qu'il est fortement encouragé par des acteurs comme le HCR, l'ONU dans son ensemble ou la Commission européenne pourrait entraîner une évolution dans la définition même du réfugié ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire. Si ces programmes devenaient, comme le souhaite la Commission, la voie privilégiée d'accès des personnes en besoin de protection internationale au territoire des États membres, sous-entendu au détriment de l'accès spontané, les définitions universelles fondées uniquement sur le besoin de protection internationale pourraient être parasitées par l'ajout des critères propres aux programmes de voies d'entrée protégée, dénaturant ainsi l'idée même de protection et d'asile.

Conclusion du Titre 1

314. Depuis l'origine de l'encadrement juridique international et européen du droit d'asile, les caractères individuel et collectif coexistent dans les méthodes d'évaluation du besoin de protection internationale. De prime abord, il serait possible de considérer que la création de voies légales d'accès au territoire des États membres de l'Union européenne s'insère pleinement dans cette cohabitation. En effet, en l'état actuel du droit, l'accès individuel et spontané au territoire et aux procédures de l'asile de toute personne souhaitant faire reconnaître son besoin de protection internationale subsiste aux côtés des programmes de réinstallation et autres procédures d'admission humanitaire visant certains groupes en particulier. Pourtant, l'équilibre des chances de demander l'asile doit ici être questionné. Les États membres semblent mettre plus de moyens juridiques, techniques et pratiques vers la mise en œuvre des mécanismes d'interception que dans l'ouverture et l'encadrement de voies légales d'accès. L'accès spontané au territoire et aux procédures de l'asile devient donc de plus en plus difficile sans que ces obstacles soient compensés par l'ouverture suffisante de voies légales effectives.

315. En outre, l'analyse des cadres théoriques et pratiques des voies légales d'accès au territoire des États membres de l'Union européenne amène à s'interroger sur les éventuelles atteintes que les États membres pourraient porter au principe de non-discrimination dans la mise en œuvre de ces programmes. Le droit international permet l'application simultanée de normes différentes à la protection de personnes appartenant pourtant à la même catégorie⁸³¹. Ainsi, l'application d'une règle générale de protection des personnes en besoin de protection internationale n'empêche pas l'application de normes spécifiques de protection applicables à certains groupes de personnes, particulièrement vulnérables. Toutefois, ces normes doivent être appliquées conformément au principe de non-discrimination. En vertu de ce dernier, les personnes placées dans une situation similaire devraient bénéficier d'un traitement équivalent en ce qui concerne l'exercice de leurs droits et libertés. Seules des différences objectives de situation peuvent justifier l'application d'un traitement différent. Aucune différence fondée sur leur nationalité, sexe, âge, condition de santé, statut social, religion, opinions politiques ne devrait justifier le traitement préférentiel de certaines personnes en besoin de protection

⁸³¹ O. CASANOVAS, « La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés », *op. cit.*, p. 76.

internationale par rapport à d'autres. Les différents règlements de l'Union soulignent en ce sens la nécessité du respect du principe de non-discrimination dans la création et l'utilisation de voies légales d'accès⁸³². Pourtant, l'application de critères de sélection fondés sur la nationalité, l'état de santé, l'âge, le genre, la capacité de travail, le niveau d'études ou la maîtrise d'une certaine langue peut sembler contredire le principe de non-discrimination. Cependant, ce principe ne peut être invoqué que dans le cadre de la revendication d'un droit ou d'une liberté. Or, l'accès à des modes d'entrée protégée n'est pas un droit subjectif. Par conséquent, la question des atteintes au principe de non-discrimination ne se pose qu'en termes de moralité et non de droit. Les États membres sont donc peu limités par le cadre normatif régissant les processus de sélection des personnes en besoin de protection internationale dont ils souhaitent faciliter la mobilité. Or, le contrôle juridictionnel exercé sur ces pratiques ne vient pas contrebalancer les largesses du pouvoir discrétionnaire dont les États membres disposent.

⁸³² Règlement (UE) n° 516/2014, préambule, point 59. Règlement (UE) 2021/1147, préambule, point 5 et article 6.

Titre 2. Un contrôle juridictionnel limité

316. Les conditions d'accessibilité administratives, matérielles et juridiques des visas classiques ou d'asile, de court ou de long séjour, au sein ou hors des programmes spécifiquement dédiés à l'entrée des personnes en besoin de protection internationale, sont drastiques. Elles restent impossibles à satisfaire pour l'immense majorité des demandeurs d'asile potentiels. Pourtant, certains d'entre eux tentent d'obtenir le précieux sésame. Lorsque celui-ci leur est refusé, l'étude des conditions de formation des recours, des modalités d'instruction qui leur sont appliquées ainsi que de la jurisprudence des cours européennes relative aux refus de visa souligne le niveau d'extrême difficulté rencontré par les personnes en besoin de protection internationale souhaitant contester ces refus. D'une part, le recours contre le refus de visa d'asile est incomplet (**Chapitre 1**). En effet, les voies de recours ne sont pas ouvertes pour l'intégralité des demandes rejetées. Ainsi, les demandes rejetées au stade de l'examen de la recevabilité, voire préalablement, ne permettent pas la formation d'un recours en contestation. Par ailleurs, lorsque ces voies sont prévues en droit, leur accessibilité reste théorique. D'autre part, le caractère restreint du contrôle juridictionnel sur les décisions de refus de visa est renforcé par le refus, tant des juges de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe, d'exercer leur pouvoir et leur influence sur les juridictions internes (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Un droit au recours incomplet

317. Les démarches pour obtenir le droit d'accéder aux procédures de l'asile sur le territoire des États membres de l'Union européenne doivent passer, alternativement ou successivement selon les cas, au travers des trois filtres mis en place pour déboucher sur la délivrance d'un visa d'entrée. D'un côté, les personnes en besoin de protection internationale qui candidatent aux programmes spécifiquement dédiés à la réinstallation ou à l'admission humanitaire doivent affronter l'extrême sélectivité de ces derniers. Une fois qu'elles sont admises au sein de ces programmes, l'obtention d'un visa n'est plus qu'une formalité administrative. De l'autre côté, les personnes en besoin de protection internationale qui présentent spontanément des demandes de visas aux autorités consulaires des États membres sont susceptibles de subir deux autres types de filtres. D'une part, leurs demandes peuvent d'abord être traitées de façon classique. Dans cette hypothèse, les autorités consulaires les examinent au prisme des motifs de refus énumérés par le Code des visas. Comme indiqué précédemment, il est très peu probable qu'une demande de visa d'asile puisse échapper à un refus. D'autre part, ces demandes peuvent être traitées en tant que demandes de visa à validité territoriale limitée ou de visa national de long séjour. Dans ce cas, la marge d'appréciation laissée aux États membres rend l'issue de la procédure particulièrement incertaine. Ainsi, l'obligation d'obtenir un visa d'entrée sur le territoire des États membres, imposée par le droit de l'Union aux personnes en besoin de protection internationale, constitue une véritable entrave à leur mobilité et à leur protection effective.

318. Il est possible de considérer que cette entrave porte atteinte à leurs droits fondamentaux. Dans cette logique, la légalité des refus de visas prononcés par les autorités consulaires des États membres peut être interrogée. La question de l'engagement potentiel de la responsabilité des États membres se pose alors. En théorie, cette responsabilité pourrait être engagée à deux niveaux : dans le cadre d'une procédure en responsabilité engagée entre deux États ou à la suite d'une requête individuelle. En pratique, la concrétisation de la première hypothèse semble illusoire. En effet, la caractéristique principale des personnes en besoin de protection internationale est qu'elles ne peuvent plus se réclamer de la protection de leur État de nationalité. En termes plus clairs, l'État qui persécute ou ne protège pas des

persécutions ou des risques de persécutions ses propres ressortissants n'aurait aucune légitimité à engager la responsabilité d'un État membre de l'Union européenne au motif que celui-ci aurait refusé de délivrer un visa aux fins de demander l'asile à l'un d'entre eux. En outre, on peut douter fortement du fait qu'un État tiers prenne fait et cause pour une personne en besoin de protection internationale dans le but de lui faire bénéficier de sa protection diplomatique afin de mettre en cause l'un des États membres de l'Union pour refus de visa. Les rapports entre les pays tiers de départ et de transit et les États membres de destination de ces personnes souffrent d'un trop grand déséquilibre pour envisager cette option.

319. En définitive, seules des requêtes individuelles constituent de réelles occasions d'engager la responsabilité des États membres pour refus de visa aux fins de demander l'asile. Par conséquent, la question du régime du droit au recours contre ces refus de visa est centrale. Il convient à cet égard d'envisager ce régime sous l'angle du droit au recours effectif garanti dans l'ordre européen par la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme (**Section 1**). La condition essentielle de déclenchement du droit au recours est l'existence d'un grief relatif à la violation d'un droit garanti par un acte imputable à l'un des États membres. Or, il apparaît que les refus de visa sont susceptibles de porter atteinte à au droit des personnes en besoin de protection internationale de ne pas être refoulées, de ne pas être exposées à des traitements inhumains ou dégradant, de chercher l'asile et de quitter tout pays, y compris le leur (**Section 2**).

Section 1. Les conditions procédurales du recours individuel

320. Le Code des visas prévoit le droit au recours contre les décisions de refus de visas. Cela signifie que la personne dont la demande est rejetée peut former un recours contre cette décision de rejet (§1). Toutefois, le champ d'application de ce droit au recours ne semble pas couvrir les décisions prises avant le rejet formel d'une demande de visa qui existent en pratique. Par conséquent, il faut revenir sur l'intégralité du parcours de demande de visa afin d'identifier clairement les moments où le dossier est susceptible d'être définitivement écarté avant même d'avoir fait l'objet d'un examen au fond et d'une décision de refus de visa (§2).

§1. Le droit au recours contre les décisions de refus de visa

321. Le droit au recours garanti par le Code des visas s'applique sans aucun doute aux décisions de refus de visa adoptées après examen de la recevabilité et du fond. Toutefois, les juges de Luxembourg sont venus apporter des précisions quant aux modalités possibles des recours nuanciant ainsi le principe de l'autonomie procédurale des États membres (A). Au-delà de toutes les garanties prévues par le droit pour protéger ce droit au recours, des difficultés pratiques subsistent dans sa mise en œuvre (B).

A. Les modalités du recours prévues en droit de l'Union

322. En vertu de l'article 32 § 3 du Code des visas, le recours contre une décision de refus de visa doit être formé auprès de l'État membre ayant pris la décision⁸³³. Toutefois, dans le cas où l'un des États membres n'est pas représenté dans un État tiers ou dans une partie d'un État tiers, il peut arriver que deux États membres signent un accord de représentation⁸³⁴. En application de celui-ci, les deux États membres concernés peuvent décider des modalités de représentation. Les États membres peuvent décider d'une représentation partielle. Dans cette hypothèse, l'État membre représentant ne sera chargé que de la réception des demandes et du recueil des identifiants biométriques ; il ne prendra aucune décision sur la demande de visa. La mission de représentation peut également être plus large. Dans ce cas, l'État représentant recueille et examine les demandes de visa et délivre les visas accordés pour le compte de l'État membre représenté. Lorsqu'il envisage de rejeter une demande de visa, l'État membre représentant doit la soumettre aux autorités compétentes de l'État membre représenté afin qu'elles prennent une décision définitive. Par dérogation, l'accord de représentation peut habiliter l'État représentant à refuser de délivrer un visa sans consultation de l'État représenté. En toute hypothèse, le recours doit être formé contre l'État membre qui reste responsable de la décision quand bien même la décision de refus est toujours notifiée par l'État membre représentant.

⁸³³ Code des visas, article 32 § 3 « Les demandeurs qui ont fait l'objet d'une décision de refus de visa peuvent former un recours contre cette décision. Ces recours sont intentés contre l'État membre qui a pris la décision finale sur la demande, conformément à la législation nationale de cet État membre. Les États membres fournissent aux demandeurs les informations relatives aux voies de recours, comme indiqué à l'annexe VI ».

⁸³⁴ Cf. *supra*, §§108-109. Les accords de représentation entre États membres sont régis par l'article 8 du Code des visas.

323. Au-delà de l'obligation de notifier les décisions de refus, leurs motivations ainsi que les voies et délais de recours, le Code des visas renvoie aux droits internes en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre du recours. Les États membres disposent donc d'une autonomie procédurale en ce qui concerne le traitement des recours contre les refus de visa. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne a eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer sur l'interprétation du Code en matière de recours. Les juges de Luxembourg proposent une interprétation stricte du Code qui limite finalement le principe de l'autonomie procédurale. Les précisions apportées par la jurisprudence sont de trois ordres.

324. En premier lieu, le recours doit être présenté par le demandeur uniquement. En-dehors de l'hypothèse de l'obligation de représentation légale d'un mineur, le recours ne peut pas être formé par un proche ou une personne ayant intérêt au séjour du demandeur⁸³⁵. Cette règle doit s'appliquer quand bien même le droit national autoriserait le dépôt de recours par des tierces personnes en matière de refus de visas, autres que ceux dont la délivrance est réglementée par le Code⁸³⁶. Cela signifie que les refus de visa de long séjour relevant uniquement du droit national peuvent, dans les États membres qui l'autorisent, faire l'objet de recours formés par une tierce personne.

325. En deuxième lieu, le recours doit pouvoir être formé devant un tribunal. Bien que la nature juridictionnelle du recours ne soit pas mentionnée dans le Code des visas, la Cour a considéré qu'en application des principes d'équivalence et d'effectivité, et conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux garantissant le droit au recours effectif, les recours contre des refus de visa pris en application du Code des visas devaient pouvoir subir le contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel⁸³⁷. En conséquence, les États membres doivent garantir la possibilité de porter une affaire relative à une décision définitive de refus de visa devant une juridiction. Au sens du droit de l'Union, la notion de juridiction s'applique à un organe impartial et indépendant « qui doit, notamment, avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions pertinentes »⁸³⁸. « La notion d'indépendance, qui est inhérente à la mission de juger, implique avant tout que l'instance concernée ait la qualité de

⁸³⁵ CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, *Vethanayagam et autres*, C-680/17, §§42-57.

⁸³⁶ Dans l'affaire ci-dessus, l'avocate générale Eleanor SHARPSTON considérait que le Code des visas n'interdisant pas explicitement l'introduction d'un recours par une tierce personne alors il fallait s'en remettre au principe d'autonomie procédurale des États membres et se référer au droit national. En l'espèce, le droit des Pays-Bas l'autorisait. Conclusions de l'avocate générale présentées le 28 mars 2019 dans l'affaire C-680/17, §§52-53.

⁸³⁷ CJUE, arrêt du 13 décembre 2017, *Al Hassani*, C-403/16, §39.

⁸³⁸ CJUE, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund SA*, C-682/15, §55.

tiers par rapport à l'autorité qui a adopté la décision frappée d'un recours »⁸³⁹. Toutefois, cette obligation n'est pas tenue d'être réalisée immédiatement après le refus émis par les autorités consulaires. Elle doit intervenir « à un certain stade de la procédure »⁸⁴⁰. Cette flexibilité permet à certains États membres, dont la France, de conditionner la recevabilité d'un recours juridictionnel à l'introduction d'un recours administratif préalable obligatoire⁸⁴¹.

326. En troisième lieu, suivant ce courant jurisprudentiel d'interprétation stricte du Code des visas, les juges de l'Union ont également estimé que la liste des motifs de refus figurant à l'article 32 § 1 du Code devait être considérée comme une liste exhaustive⁸⁴². Il s'en suit que les États membres ne peuvent refuser la délivrance d'un visa qu'à la condition de faire entrer ce refus dans le cadre de l'article 32⁸⁴³. Dans le cas contraire, le visa doit être délivré. L'annexe VI du Code des visas renforce ce caractère exhaustif en imposant l'utilisation d'un formulaire type pour notifier et motiver les refus de visa. Ce formulaire contient une liste de motifs de refus sous la forme d'une succession de cases à cocher au choix des autorités consulaires. Les États membres disposent toutefois d'une certaine marge d'appréciation à deux égards. D'une part, s'ils ne peuvent refuser un visa que pour l'un des motifs mentionnés par le Code, ils disposent lors de l'examen de la demande de visa d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les conditions d'application du Code et l'évaluation des faits et des documents présentés par le demandeur. D'autre part, lorsque la demande de visa porte expressément sur un visa à validité territoriale limitée (ou lorsque les autorités consulaires décident de traiter une demande de visa uniforme comme telle), les États

⁸³⁹ CJUE, arrêt du 19 septembre 2016, *Wilson*, C-506/04, §49.

⁸⁴⁰ CJUE, arrêt du 13 décembre 2017, *Al Hassani*, préc., §42.

⁸⁴¹ CESEDA, article D. 312-3.

⁸⁴² Code des visas, article 32-1 « Sans préjudice de l'article 25, paragraphe 1, le visa est refusé : a) si le demandeur : i) présente un document de voyage faux ou falsifié, ii) ne fournit pas de justification quant à l'objet et aux conditions du séjour envisagé, iii) ne fournit pas la preuve qu'il dispose de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans son pays d'origine ou de résidence, ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou n'est pas en mesure d'acquiescer légalement ces moyens, iv) a déjà séjourné sur le territoire des États membres pendant trois mois au cours de la période de six mois en cours, sur la base d'un visa uniforme ou d'un visa à validité territoriale limitée, v) fait l'objet d'un signalement diffusé dans le SIS aux fins d'un refus d'admission, vi) est considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou la santé publique, au sens de l'article 2, point 19, du code frontières Schengen, ou pour les relations internationales de l'un des États membres, et, en particulier, qu'il a fait l'objet, pour ces mêmes motifs, d'un signalement dans les bases de données nationales des États membres aux fins de non-admission, ou vii) s'il y a lieu, n'apporte pas la preuve qu'il dispose d'une assurance maladie en voyage adéquate et valide, ou b) s'il existe des doutes raisonnables sur l'authenticité des documents justificatifs présentés par le demandeur ou sur la véracité de leur contenu, sur la fiabilité des déclarations effectuées par le demandeur ou sur sa volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé ».

⁸⁴³ CJUE, arrêt du 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki*, préc., §63.

membres ne sont plus soumis à l'application des motifs énumérés à l'article 32. Dans cette hypothèse, les motivations de refus d'un visa dit humanitaire restent confuses. D'ailleurs, le caractère strict de la mise en œuvre du Code des visas en matière de recours complique parfois l'accès à ce droit pour les demandeurs éconduits.

B. Les difficultés pratiques de mise en œuvre

327. Dès lors que les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, ils sont soumis au respect de la Charte des droits fondamentaux⁸⁴⁴. Ainsi, les États membres sont soumis au respect de la Charte dès lors qu'ils appliquent le Code des visas. L'article 47 de la Charte consacre le droit au recours effectif⁸⁴⁵. Pour être concrètement appliqué en matière de refus de visa, le Code impose plusieurs obligations aux autorités des États membres⁸⁴⁶. Les décisions de refus doivent être rendues par écrit. Elles doivent être motivées et clairement notifiées aux demandeurs. Elles doivent indiquer les voies et délais de recours. Malgré ces précautions, la mise en œuvre du droit au recours effectif contre les refus de visa présente des difficultés pratiques. Celles-ci sont de trois ordres et concernent toutes les étapes de la procédure de recours contre les refus de visa.

328. D'abord, la méthode de communication des motifs des décisions de refus de visa est confuse à deux égards. D'une part, l'utilisation imposée du formulaire type présenté en annexe VI du Code ne permet pas l'adaptation des motifs à la situation individuelle du demandeur. Ainsi, les autorités consulaires sont tenues de cocher des cases dont les intitulés sont déjà rédigés⁸⁴⁷. Cela permet un respect strict des motifs de refus énumérés par le Code

⁸⁴⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 51-1 « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ».

⁸⁴⁵ *Ibid.*, article 47 « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

⁸⁴⁶ Code des visas, article 32.

⁸⁴⁷ Les motivations proposées par l'annexe VI sont les suivantes : « 1. Le document de voyage présenté est faux/falsifié » ; 2. L'objet et les conditions du séjour envisagé n'ont pas été justifiés ; 3. Vous n'avez pas fourni la preuve que vous disposez de moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour

et vise à l'harmonisation des pratiques consulaires des États membres. En revanche, cela ne permet pas de prendre en compte les circonstances spécifiques de la situation des demandeurs. En particulier, les personnes en demande de protection internationale, qui n'ont pas eu l'opportunité de présenter les raisons de leur demande d'accès au territoire des États membres au cours de la phase d'introduction et de traitement de leur dossier, n'ont aucune garantie de voir les motivations d'un éventuel refus adaptées à leur situation. Or, il est plus difficile de former un recours pertinent contre un refus dont les motifs ne sont pas compréhensibles par le demandeur faute d'individualisation. D'ailleurs, le manuel des visas Schengen souligne le caractère approximatif de la motivation des décisions de refus de visas uniforme. En effet, le manuel précise que seuls les refus de visa de transit aéroportuaires doivent faire l'objet d'une personnalisation des motifs. Les autorités consulaires des États membres sont invitées à inscrire le motif exact de refus dans la case « remarques » du formulaire type⁸⁴⁸. Interprétée *a contrario*, cette précision signifie qu'en matière de refus de visa uniforme, les autorités doivent se contenter de cocher des cases sans autre indication. D'autre part, la précision liminaire de l'article 32 « Sans préjudice de l'article 25, paragraphe 1, le visa est refusé [...] », semble signifier que les motifs énumérés par la suite n'ont pas vocation à s'appliquer aux demandes formulées ou traitées au titre du régime des visas à validité territoriale limitée⁸⁴⁹. D'un côté, cette dispense permet aux États membres une plus grande

envisagé ou de moyens pour le retour dans le pays d'origine ou de résidence, ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel votre admission est garantie, ou vous n'êtes pas en mesure d'acquiescer légalement ces moyens ; 4. Vous avez déjà séjourné sur le territoire des États membres pendant plus de trois mois au cours de la période de six mois en cours, sur la base de la délivrance d'un visa uniforme ou d'un visa à validité territoriale limitée ; 5. Vous avez fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen (SIS) par... (mentionner l'État membre) ; 6. Un ou plusieurs États membres estiment que vous représentez une menace pour l'ordre public, la sécurité nationale ou la santé publique, au sens de l'article 2, point 19 du Règlement (CE) n° 562/2006 (code frontières Schengen), ou pour les relations internationales d'un ou plusieurs États membres ; 7. Vous n'avez pas présenté d'éléments attestant que vous êtes titulaire d'une assurance maladie en voyage adéquate et valable ; 8. Les informations communiquées pour justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé ne sont pas fiables, 9. Votre volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa n'a pas pu être établie ».

⁸⁴⁸ Manuel des visas, p. 95.

⁸⁴⁹ Cf. *supra*, §59. Code des visas, article 25-1 « 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 : 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, ii) de délivrer un visa bien que l'État membre consulté conformément à l'article 22 ait émis des objections contre la délivrance d'un visa uniforme, ou iii) de délivrer un visa en raison de l'urgence, sans avoir procédé à la consultation préalable au titre de l'article 22 ; ou b) lorsque, pour des raisons considérées comme valables par le consulat, un nouveau visa est délivré pour un séjour à effectuer pendant la même période de six mois à un demandeur qui, au cours de ladite période, a déjà utilisé un visa uniforme ou un visa à validité territoriale limitée autorisant un séjour de trois mois ».

liberté dans l'appréciation des demandes de visas humanitaires, qui, par nature, ne peuvent répondre aux conditions de délivrance classiques. De l'autre, ajoutée à l'absence de certitude quant aux critères de délivrance des visas à validité territoriale limitée (c'est-à-dire les incertitudes planant sur la définition et le champ des raisons humanitaires et des obligations internationales visées), cette dispense rend l'issue des demandes de visas à validité territoriale limitée particulièrement imprévisible. Il n'est pas possible de connaître les motifs qui pourraient justifier un éventuel refus puisqu'il est impossible de déterminer clairement les raisons qui pourraient justifier une délivrance. Pourtant, le Code ne dispense pas les États membres d'utiliser le formulaire type de refus de visa pour rejeter une demande de visa à validité territoriale limitée. Par conséquent, il existe une tension antinomique au sein de l'article 32 qui, tout à la fois, dispense les autorités consulaires de leur appliquer la liste des motifs de refus et leur demande, pourtant, de cocher l'un d'entre eux. Dans ces conditions de confusion, la formulation d'un recours pertinent est compliquée.

329. Ensuite, les modalités de présentation de ce recours peuvent apparaître inadaptées à la réalité quotidienne d'une personne en besoin de protection internationale en danger dans son pays d'origine ou en situation de grande précarité dans un pays tiers. Le Code laisse ses modalités au principe d'autonomie procédurale des États membres tandis que la jurisprudence de la Cour est venue apporter quelques précisions. Ces dernières n'ont pas toutes contribué à rendre l'exercice du recours plus accessible aux personnes en besoin de protection internationale. En premier lieu, l'obligation de présentation personnelle du recours constitue un obstacle. Fort logiquement, les demandeurs éconduits n'ont pas pu avoir accès au territoire des États membres. Ils demeurent par conséquent dans un pays tiers, éloignés des services proposés par les États membres pour garantir un accès effectif à la justice, dont les mécanismes d'aide juridictionnelle pour bénéficier du conseil d'un avocat. Plus particulièrement, les personnes en besoin de protection internationale proviennent, le plus souvent, de pays dans lesquels la culture administrative et judiciaire n'est pas la même qu'en Europe. Bien que le code prévoie la mention des voies et délais de recours sur la décision de refus, il n'est pas certain qu'un demandeur étranger qui s'est vu notifier un refus soit en capacité d'appréhender le fait qu'il ait la possibilité de le contester et les modalités pour le faire. L'obligation de présentation personnelle du recours prive, par ailleurs, les demandeurs bénéficiant d'une personne de référence sur le territoire des États membres d'une assistance potentielle. En deuxième lieu, les délais de recours sont parfois relativement courts et donc difficiles à respecter du fait de la distance existant entre l'autorité compétente pour connaître

du recours et la localisation du requérant. Par ailleurs, la précision jurisprudentielle consacrant le droit à un recours devant un tribunal, n'empêche pas les États membres d'imposer un filtrage administratif préalable. Cette division en deux étapes de la procédure induit une confusion et une difficulté supplémentaire. D'autant plus que, si les États membres ont l'obligation de notifier et motiver par écrit les décisions de refus, ils ne sont pas contraints au même formalisme pour les décisions suivantes confirmant ce refus. Par conséquent, le requérant peut se voir contraint de respecter un délai démarrant éventuellement par une décision implicite donc beaucoup plus difficile à cerner. En pratique, lorsque le demandeur voit son dossier rejeté par un consulat de France, ce dernier doit lui notifier les motivations du refus ainsi que les voies et délais de recours. À la suite de cette notification, le demandeur a deux mois pour former un recours administratif préalable obligatoire devant la Commission de recours contre les refus de visa d'entrée en France (pour les longs séjours) ou la sous-direction des visas (pour les courts séjours)⁸⁵⁰. Cette Commission a elle-même deux mois pour statuer. Cependant, dans de nombreux cas, le recours administratif envoyé ne donne lieu à aucun retour, pas même un enregistrement de la part de la Commission. Or, le demandeur devrait considérer que le fait que la Commission garde le silence au-delà des deux mois suivant la date de réception du recours doit être interprété comme un refus implicite. Ce n'est qu'à compter du refus, implicite ou explicite de la Commission, que le demandeur peut former un recours devant le tribunal administratif. En outre, si le demandeur peut demander l'assistance d'un avocat dès l'introduction de la demande de visa, il ne pourra bénéficier d'une aide juridictionnelle qu'à partir de la phase contentieuse c'est-à-dire devant le tribunal administratif⁸⁵¹.

330. Enfin, quand bien même un recours aurait été déposé selon les modalités et dans les délais prescrits par le droit interne de l'État membre concerné, une décision du juge favorable au requérant n'emporte pas nécessairement la délivrance d'un visa. En effet, le juge peut enjoindre le consulat soit à la délivrance du visa, soit simplement au réexamen de la demande. À nouveau, l'absence de définition claire des critères de délivrance et des motifs de refus d'un visa à validité territoriale limitée ainsi que le manque d'opportunité pour le demandeur d'exposer ses craintes en cas de refus au cours de la procédure, restreignent le champ de

⁸⁵⁰ Ce délai sera réduit à 30 jours à compter du 1^{er} janvier 2023. Décret n° 2022-963 du 29 juin 2022 relatif aux modalités de contestation des refus d'autorisations de voyage et des refus de visas d'entrée et de séjour en France.

⁸⁵¹ CESEDA, article D.312-3 et suivants.

contrôle du juge national sur les décisions consulaires de refus et renforcent le pouvoir discrétionnaire des États membres en la matière.

§2. L'absence de droit au recours contre les décisions d'irrecevabilité

331. L'article 32 du Code des visas n'ouvre le droit au recours qu'à partir du moment où une décision finale a été prise. Ainsi, le manuel des visas rappelle que les décisions de refus de visa traitées par l'article 32 ne peuvent intervenir qu'à propos des demandes déclarées recevables et examinées au fond au regard des critères de délivrance listés par le Code⁸⁵². Toutefois, en pratique, tous les dossiers de demande n'atteignent pas ce stade. Cela signifie que certains demandeurs sont écartés de la procédure d'obtention de visa en dehors de toute notification de décision de refus de visa au sens de l'article 32. Or, le Code des visas ne garantit aucun droit de recours contre les décisions, actes ou comportements des administrations consulaires qui entraîneraient *de facto* l'impossibilité d'obtenir un visa (A). Cette absence de voie de recours peut être justifiée par le caractère prétendument non décisive des décisions prises en dehors du champ d'application de l'article 32. Pourtant, cette interprétation est discutable. En effet, les différentes décisions préalables aux décisions de refus de visa ne présentent pas non plus les caractères d'actes préparatoires qui ne seraient pas susceptibles de recours. Partant, l'absence de voie de recours contre les décisions prises lors des stades préliminaires de la procédure de demande de visa doit être interrogée à la lumière du droit au recours effectif garanti à la fois par la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme (B).

A. L'identification des décisions préalables aux décisions de refus de visas

332. Le Code des visas identifie clairement la phase de recevabilité. À l'issue de cette phase, certains dossiers sont définitivement écartés de la procédure (1). Il arrive, en outre, que certains dossiers subissent le même sort en amont de cette phase de recevabilité avant même l'enregistrement officiel de la demande (2). Dans les deux hypothèses, aucun droit au recours n'est garanti.

⁸⁵² Manuel des visas, p. 94. Cf. *supra*, §§120 et s.

1. Les décisions d'irrecevabilité prévues par le Code

333. La phase de recevabilité de la procédure de demande de visa est encadrée par les articles 19 et 20. Aux termes de ces derniers, le consulat doit vérifier que la demande a bien été introduite dans le délai de trois mois au plus tôt et quinze jours au plus tard avant le début du voyage prévu, que le dossier contient toutes les pièces requises, que les données biométriques ont été relevées et les droits de visa perçus. Dès lors que ces conditions sont remplies, le consulat doit poursuivre l'examen de la demande⁸⁵³. Dans ce cas, un cachet doit être apposé sur le document de voyage du demandeur pour indiquer la recevabilité de sa demande⁸⁵⁴. Cette action n'est pas nécessairement remarquable pour le demandeur. Le Code ne prescrit pas la notification d'une décision de recevabilité au demandeur. Celui-ci n'est pas témoin de l'apposition du cachet dans son document de voyage puisque ce dernier se trouve déjà aux mains des autorités consulaires en qualité de pièce justificative requise pour l'examen du dossier. Dans le cas contraire, lorsque les conditions posées à l'article 19 ne sont pas réunies, le consulat doit déclarer la demande irrecevable. Dans cette hypothèse, la décision d'irrecevabilité n'est pas notifiée. Cependant, le demandeur est à même de constater son existence puisque le consulat est tenu de lui renvoyer le formulaire ainsi toutes les pièces justificatives jointes au dossier et de lui rembourser les droits de visa perçus⁸⁵⁵. La décision d'irrecevabilité est donc matérialisée. En revanche, sans obligation du code, elle n'est pas motivée. Ceux dont la demande a été déclarée irrecevable n'ont donc aucune décision négative contre laquelle former un recours. D'ailleurs, aucune voie, aucun délai de recours ne leur est notifié puisqu'aucun droit au recours n'est ouvert à ce stade contre les décisions d'irrecevabilité.

334. L'absence de notification des décisions de recevabilité ou d'irrecevabilité emporte un autre inconvénient. Outre l'absence d'ouverture d'une voie de recours, elle ne permet pas aux personnes en besoin de protection internationale de savoir si les autorités consulaires ont prêté une quelconque attention aux circonstances humanitaires dans lesquelles elles se trouvent. Pourtant, le dernier paragraphe de l'article 19 ouvre la possibilité, et non l'obligation, aux États membres de déclarer une demande recevable pour des motifs

⁸⁵³ Code des visas, article 19-1 et 2.

⁸⁵⁴ Code des visas, article 20. L'annexe III du Code donne le modèle de timbre à apposer.

⁸⁵⁵ Code des visas, article 19-3. Il est précisé que le consulat doit également détruire les données biométriques et ne pas poursuivre l'examen en cas d'irrecevabilité mais ces actions ne sont pas visibles par le demandeur.

humanitaires quand bien même elle ne répondrait pas aux critères de recevabilité posés⁸⁵⁶. Ce mécanisme renforce l'interprétation selon laquelle le visa à validité territoriale limitée constitue une possibilité pour les États membres et non un droit pour les personnes en besoin de protection internationale. Au stade de la recevabilité, à tout le moins, aucune obligation de déclarer une demande humanitaire recevable n'est indiquée. Il existe une autre situation dans laquelle le demandeur, de façon similaire, ne peut acquérir la certitude que les motifs humanitaires qu'il apporte au soutien de sa demande de visa ont été pris en considération par les autorités consulaires. Il s'agit des actes préalables à l'enregistrement qui écartent définitivement le candidat de la procédure d'obtention d'un visa.

2. Les décisions défavorables préalables à l'enregistrement d'une demande

335. Comme indiqué précédemment dans cette étude, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la personne en demande de protection internationale est écartée, plus ou moins définitivement, de la procédure de demande de visa avant même qu'une demande officielle ait été enregistrée par les autorités consulaires⁸⁵⁷. Ces situations sont multiples. Toutefois, il est possible de les classer en deux grandes catégories selon que le demandeur tente (a) ou non (b) d'accéder à un programme spécifiquement dédié à l'accès des personnes en besoin de protection internationale au territoire européen.

a. Les décisions de non-sélection aux programmes spécifiques

336. Certaines personnes en besoin de protection internationale sont amenées à solliciter la délivrance d'un visa dans le cadre de programmes spécifiquement dédiés à faciliter leur accès au territoire des États membres⁸⁵⁸. Ces programmes peuvent être destinés à la réinstallation de personnes dont le besoin de protection internationale a déjà été reconnu ou à leur admission humanitaire ou encore à leur entrée parrainée sur le territoire des États membres. Dans tous les cas, ces programmes s'organisent autour de deux procédures. Dans un premier temps, les États membres sélectionnent des personnes éligibles parmi les nombreux

⁸⁵⁶ Code des visas, article 19-4 « À titre dérogatoire, une demande qui ne remplit pas les conditions visées au paragraphe 1 peut être jugée recevable pour des motifs humanitaires ou des raisons d'intérêt national ».

⁸⁵⁷ Cf. *supra*, §123.

⁸⁵⁸ Ces programmes ont été identifiés et leur fonctionnement détaillé *supra*, Partie II, Titre 1.

candidats. Dans un second temps, les personnes sélectionnées s'adressent aux autorités consulaires de l'État membre concerné pour obtenir un visa d'entrée. Ce visa peut être un visa de court ou long séjour. Lorsqu'il s'agit d'un visa de court séjour, celui-ci peut être un visa à validité territoriale limitée. La seconde étape constitue une formalité dont les démarches sont facilitées car les personnes sélectionnées sont accompagnées dans celles-ci soit par des organismes internationaux tels que le HCR ou l'OIIM, soit par des autorités européennes telles que les agents de l'EASO, soit directement par les autorités des États membres concernés. Ainsi, le risque de se voir opposer une décision d'irrecevabilité ou de refus de visa lors de cette seconde phase est très faible. En revanche, il est décuplé lors de la première phase. En effet, les contingents de places ouvertes dans le cadre de ces programmes spécifiques sont largement en dessous des besoins identifiés par le HCR. Par conséquent, la sélection pratiquée par les États membres est nécessairement drastique⁸⁵⁹. C'est donc lors de cette première phase que les risques d'être écarté de la procédure de demande de visa sont les plus forts.

337. Or, aucun texte contraignant n'encadre les programmes spécifiques facilitant l'entrée des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États membres⁸⁶⁰. Les procédures sont ainsi laissées à l'appréciation des autorités des États membres. Les garanties procédurales pour les personnes en besoin de protection internationale candidates à ces programmes sont donc assez faibles. Le projet de réglementation de l'Union visant à encadrer et harmoniser les pratiques disparates de réinstallation⁸⁶¹ ne prévoit rien en dehors de l'obligation de recueillir le consentement de la personne sélectionnée⁸⁶² et l'application du principe de non-discrimination au cours de la sélection⁸⁶³. Selon cette proposition, l'issue de la procédure de sélection peut être de deux sortes. Les personnes sélectionnées se voient notifier une décision d'octroi de protection internationale ainsi qu'une proposition d'accompagnement pour effectuer les formalités liées à la sortie du territoire⁸⁶⁴. Au contraire, les personnes dont la candidature n'est pas retenue ne se voient notifier aucune décision. Le projet dispose simplement qu'en cas de décision négative de la part de l'État membre, il n'est

⁸⁵⁹ Cf. *supra*, Partie II, Titre 1, chapitre 2.

⁸⁶⁰ D. BURRIEZ, « La nature équivoque des engagements internationaux des États en matière de réinstallation des réfugiés : l'exemple français », *RGDIP*, n° 3, 2020, pp. 91-106.

⁸⁶¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2016, COM (2016) 468 final.

⁸⁶² *Ibid.*, article 9.

⁸⁶³ *Ibid.*, article 10-1 b).

⁸⁶⁴ *Ibid.*, article 10-7 a) et b)

procédé à aucune opération de réinstallation pour la personne visée⁸⁶⁵. Il n'est pas prévu que la décision lui soit notifiée. Il n'est pas question d'ouvrir la possibilité de contester la décision de ne pas retenir cette personne aux fins de sa réinstallation. Pourtant, le projet de règlement prévoit des critères de sélection relevant principalement des besoins de protection internationale, de la vulnérabilité de la personne ainsi que des préférences des États membres⁸⁶⁶. Par ailleurs, il délimite clairement les motifs qui doivent conduire les États membres à exclure certaines personnes des programmes de réinstallation. Ceux-ci tiennent aux motifs d'exclusion du statut de réfugié et de la protection subsidiaire ainsi qu'aux hypothèses de menace à l'ordre public ou à la sécurité nationale des États membres. En outre, les personnes ayant tenté d'entrer ou étant entrées irrégulièrement sur le territoire des États membres au cours des cinq années précédant leur demande de réinstallation ne peuvent en bénéficier⁸⁶⁷. Par conséquent, les personnes non sélectionnées pourraient vouloir démontrer qu'elles satisfont aux critères de sélection ou, au contraire, qu'elles n'entrent pas dans le champ des motifs d'exclusion. La décision des États membres de ne pas retenir leur candidature dans le cadre d'un programme spécifique ouvrant une voie légale d'accès aux personnes en besoin de protection internationale, si elle ne les prive pas définitivement de la possibilité d'obtenir un visa, diminue grandement leurs chances de pouvoir entrer régulièrement sur leur territoire. Ces décisions pourraient être considérées comme des décisions préalables à l'enregistrement d'une demande de visa. Elles sont insusceptibles de recours.

b. L'absence de réponse aux sollicitations par emails

338. De la même façon, les personnes qui présentent spontanément, hors de tout programme spécifique, une demande de visa peuvent également être écartées de la procédure sans être en mesure de contester cette décision. Afin de contrebalancer les difficultés d'accès aux consulats ou les éventuels barrages formés par les prestataires de services extérieurs, il arrive que les personnes en besoin de protection internationale initient leur demande de visa par l'envoi d'un email aux services consulaires. Parfois, cette formalité constitue même un

⁸⁶⁵ *Ibid.*, article 10-6.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, article 5.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, article 6. Les motifs d'exclusion obligatoire des programmes d'entrée protégée sont détaillés *supra*, §§296 et s.

prérequis obligatoire pour accéder à la procédure de demande. L'envoi d'un simple email ne saurait répondre aux conditions de recevabilité posées par l'article 19 du Code des visas. En effet, pour être recevable, un dossier doit avoir donné lieu au recueil des données biométriques, et au paiement des droits de visa, ce qui ne peut pas être effectué par email. Par conséquent, il n'équivaut pas à l'introduction officielle d'une demande. De ce fait, la demande est juridiquement inexistante. Les suites données aux emails envoyés sont de deux ordres. Lorsqu'elles jugent les motifs invoqués par email pertinents, les autorités consulaires peuvent décider de convoquer la personne afin d'enregistrer officiellement sa demande. Le demandeur sera alors mis en possession d'une quittance de frais de visa attestant de l'existence juridique de la demande. La recevabilité puis le fond de celle-ci seront alors évalués par le consulat. En revanche, lorsque ces motifs ne semblent pas entrer dans le cadre qu'elles se fixent en matière de visas humanitaires, les autorités consulaires peuvent ne pas répondre aux emails qui leur sont adressés ou bien signifier vaguement que la procédure ne pourra pas être entamée sur la base de leurs déclarations écrites⁸⁶⁸. La demande n'ayant pas de consistance juridique à l'origine, elle ne suscite pas de décision au sens juridique du terme. En l'absence de décision, aucun droit de recours n'est ouvert. Cette impossibilité de contester des actes ou des comportements des administrations consulaires ayant pour effet d'écarter définitivement les candidats à l'entrée et à l'asile sur le territoire des États membres peut être interrogée au regard du droit au recours effectif garanti par la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme.

B. Discussion autour de la nature de ces décisions

339. Les décisions d'irrecevabilité *lato sensu* prises sur les dossiers des personnes en besoin de protection internationale souhaitant accéder au territoire des États membres ne sont donc pas susceptibles de recours. Pourtant, les articles 47 de la Charte des droits fondamentaux⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ Des instructions internes aux services consulaires français (non publiées) recommandent aux autorités de garder le silence au sujet des demandes introduites par email qui ne satisferaient pas aux critères que la France s'est fixée en matière de visas aux fins de demander l'asile, cf. entretiens menés avec un ancien agent du service des visas du consulat de France de Beyrouth en juillet 2020.

⁸⁶⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 47 « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une

et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁷⁰ garantissent le droit à un recours effectif. Il convient d'examiner les conditions de déclenchement de ce droit (1) afin de comprendre dans quelle mesure les décisions d'irrecevabilité pourraient échapper au contrôle du juge (2).

1. Le cadre du droit au recours effectif

340. Pour être invoqué, le droit au recours effectif suppose la réunion de plusieurs conditions. En premier lieu, la garantie du droit à un recours effectif n'impose pas l'existence d'un recours au plan national pour toute doléance injustifiée. Le requérant doit démontrer que le comportement de l'État défendeur lui fait grief et que ce grief est défendable⁸⁷¹. Par ailleurs, le droit à un recours effectif n'a pas d'existence autonome. Il doit toujours être combiné à l'allégation de la violation d'un autre droit protégé par la Charte ou la Convention. La notion de défendabilité du grief n'a pas été définie⁸⁷². Souvent la Cour européenne évalue la défendabilité du grief *prima facie*, notamment en ce qui concerne les articles 2 et 3 quand bien même elle ne conclurait à la violation de ces articles⁸⁷³. La notion de défendabilité se rapproche de celle de plainte manifestement fondée qui implique que le grief revendiqué ait l'apparence d'un grief justifié contre l'État⁸⁷⁴. *A contrario*, un grief non défendable serait une allégation qui n'a aucune apparence de violation ou encore une non-violation constatée. Ce

aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

⁸⁷⁰ Convention EDH, article 13 « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Il convient de noter ici que l'article 6 de la Convention garantissant le droit à un procès équitable ne s'applique pas au contentieux migratoire. La Cour considère que ce dernier ne porte pas sur des droits ou obligations de caractère civil, CEDH, Grande chambre, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia contre France*, n° 39652/98, §§33-41. Pour une analyse détaillée de la jurisprudence sur ce point, voir Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mis à jour au 31 août 2020, pp. 7-20, en ligne [https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf]. Voir également, H. LAMBERT, « La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », dossier sur les droits de l'homme n°8, Conseil de l'Europe, 2007, p. 65, en ligne [[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-08\(2007\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-08(2007).pdf)].

⁸⁷¹ CEDH, Cour plénière, arrêt du 27 avril 1988, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, n° 9659/82 et 9658/82, §52. CEDH, Grande Chambre, arrêt du 6 octobre 2005, *Maurice contre France*, n° 11810/03, §106.

⁸⁷² Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, mis à jour au 31 décembre 2020, p. 7-11, en ligne [https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_FRA.pdf].

⁸⁷³ CEDH, arrêt du 21 août 2015, *Yengo contre France*, n° 50494/12, §64.

⁸⁷⁴ CEDH, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, préc., §54. CEDH, décision du 11 juillet 2006, *Walter contre Italie*, n° 18059/06.

genre d'allégation ne permet pas de revendiquer un droit au recours effectif⁸⁷⁵. En deuxième lieu, le requérant doit être qualifié de victime au sens de l'article 34 de la Convention. Bien que cette notion soit relativement évolutive, la victime est la personne qui a été directement affectée par la mesure ou le comportement incriminé⁸⁷⁶. En troisième lieu, le droit au recours effectif doit s'exercer en priorité devant les juridictions nationales. Il prescrit aux États membres de veiller à ce que leurs administrés puissent porter leurs affaires en justice de façon à obtenir le redressement approprié de leur situation. En matière de visas, les recours, pour être effectifs, doivent être juridictionnels⁸⁷⁷. Conformément aux droits européens, l'effectivité des recours se mesure à la réunion de trois critères⁸⁷⁸. Premièrement, le recours doit exister au plan institutionnel. L'autorité saisie doit être en capacité d'examiner un recours en droit et en faits. Deuxièmement, le recours doit être adéquat, c'est-à-dire organisé de façon à permettre à l'instance nationale compétente de traiter de la substance de la plainte, du contenu du grief, et d'accorder une réparation appropriée⁸⁷⁹. Troisièmement, le recours doit être accessible à l'intéressé. Pour cela, il doit être disponible et suffisamment certain en théorie et en pratique⁸⁸⁰. Ce qui ne signifie nullement que le requérant doit avoir la certitude de voir les juges faire droit à sa demande⁸⁸¹.

2. Les décisions d'irrecevabilité et le droit au recours effectif

341. En droit de l'Union européenne, les décisions d'irrecevabilité ne sont pas susceptibles de recours. Pourtant, ces décisions semblent faire grief aux candidats éconduits en ce qu'elles produisent des effets juridiques obligatoires sur une situation déterminée et portent atteinte aux intérêts des demandeurs : impossibilité d'accès régulier au territoire, voire atteinte à leurs droits fondamentaux⁸⁸². Il est vrai, cependant, que tous les actes de l'administration ne sont

⁸⁷⁵ Conseil de l'Europe, *Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes*, adopté par le Comité des ministres le 18 septembre 2013, p. 13.

⁸⁷⁶ CEDH, Grande chambre, arrêt du 5 juin 2015, *Lambert et autres contre France*, n° 46043/14, §89.

⁸⁷⁷ La Charte des droits fondamentaux garantit le droit d'accéder à un tribunal (article 47) tandis que la Convention EDH n'impose pas que le recours soit juridictionnel (article 13). La CJUE a confirmé que le recours contre un refus de visa devait pouvoir être porté devant un tribunal, CJUE, arrêt du 13 décembre 2017, *Al Hassani*, préc., §42.

⁸⁷⁸ CEDH, arrêt du 25 mars 1983, *Silver et autres contre Royaume-Uni*, n° 5947/72 ; 6205/73 ; 7052/75 ; 7061/75 ; 7107/75 ; 7113/75 ; 7136/75, §113.

⁸⁷⁹ CEDH, arrêt du 21 janvier 2011, *M. S. S. contre Belgique*, n° 30696/09, §288.

⁸⁸⁰ CEDH, arrêt du 10 septembre 2010, *McFarlane contre Irlande*, n° 31333/06, §114.

⁸⁸¹ CEDH, arrêt du 26 octobre 2000, *Kudla contre Pologne*, n° 30210/96, §152.

⁸⁸² CJUE, répertoire de jurisprudence, actes susceptibles d'un recours en annulation.

pas susceptibles de recours. Ainsi, les actes non décisifs ou les actes préparatoires n'ouvrent pas droit au recours. Cette absence de recours s'explique par le fait que ce genre d'actes n'emporte pas de conséquences définitives en droit et en fait pour le requérant⁸⁸³. Or, les décisions d'irrecevabilité prises par les consulats ou les décisions préalables prises par les autorités étatiques ou les agents des organismes internationaux dans le cadre des programmes spécifiques, ou encore les pratiques des prestataires de services extérieurs plaçant certains dossiers dans la catégorie des irrecevables emportent des conséquences graves et définitives. Ces actes ne sauraient être considérés comme préparatoires dans la mesure où ils ne préparent aucune décision ultérieure qui, elle, ouvrirait un droit au recours effectif⁸⁸⁴. La licéité de l'absence de voie de recours contre les décisions d'irrecevabilité ou les décisions d'une autre nature qui empêchent les personnes en besoin de protection internationale d'accéder à la procédure de demande de visa doit donc être interrogée.

342. Dans le cadre des demandes de visas uniformes classiques, le droit au recours effectif contre les décisions de refus de visa s'ouvre dans l'objectif de contester l'interprétation faite par les autorités consulaires des pièces et déclarations du demandeur eu égard aux conditions de délivrance des visas. Dans le cadre des demandes de visas déposées par les personnes en besoin de protection internationale, ces recours, bien qu'ils ne soient pas ouverts et accessibles à tous les stades de la procédure, ne sauraient reposer sur les mêmes motifs. En effet, ces personnes, si elles sont tenues d'obtenir un visa d'entrée sur le territoire des États membres, sont intrinsèquement dans l'impossibilité de satisfaire aux conditions classiques. Par conséquent, les recours formés sont motivés par d'autres griefs : les atteintes aux droits fondamentaux des demandeurs.

Section 2. Les conditions de fond du recours individuel

343. L'objectif d'un recours contre un refus de visa est d'obtenir du juge, à tout le moins l'annulation de la décision de refus de visa voire, dans le meilleur des cas, l'injonction aux

⁸⁸³ CJCE, arrêt du 25 février 1988, *Les Verts contre Parlement*, 190/84 ou CJCE, arrêt du 17 septembre 1992, *NBV et NVB contre Commission*, T-138/89.

⁸⁸⁴ Le droit de l'Union européenne précise que dans l'hypothèse où certaines mesures préparatoires sont susceptibles de faire grief dès lors qu'elles peuvent influencer le contenu d'un acte attaqué ultérieur alors ces mesures sont contestées à l'occasion d'un recours dirigé contre cet acte. Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, ordonnance du 29 février 2012 en référence à l'arrêt de la CJCE du 11 juillet 1968, *Van Eick contre Commission*, C-35/37.

autorités consulaires à délivrer le visa. Pour ce faire, le requérant devra, d'une part, démontrer, tant devant le juge national que devant le juge européen, qu'en prenant la décision de refus, l'État concerné n'a pas respecté ses obligations, autrement dit que le refus de visa porte atteinte à ses droits. À ce titre, et dans le cadre de cette étude, les obligations de l'État seront entendues des obligations internationales mises à la charge des États membres par les traités de protection des droits fondamentaux et par le droit de l'Union afin d'en délimiter leur portée en matière de refus de visa (§1). D'autre part, le requérant devra également démontrer que le refus de visa est imputable à l'État dont il entend engager la responsabilité et qu'il existe un lien de causalité suffisant entre la décision de refus de visa attaquée et l'atteinte identifiée à ses droits fondamentaux (§2).

§1. Les droits atteints

344. Le droit international ne consacre pas de droit général individuel au visa d'entrée sur le territoire des États membres. Cependant, comme cela a déjà été plusieurs fois évoqué, dans certaines situations, les refus de visa opposés aux personnes en besoin de protection internationale sont susceptibles de violer leurs droits fondamentaux. En premier lieu, les refus de visa peuvent, en toute logique, porter atteinte aux droits fondamentaux tenant à la mobilité des demandeurs (A). En second lieu, ils peuvent également porter atteinte aux droits tenant à la dignité de ces derniers (B).

A. La portée des droits tenant à la mobilité du demandeur

345. Le risque de faire l'objet d'un refus d'autorisation d'entrée sur le territoire des États membres doit être analysé à la lumière de deux droits fondamentaux protégés par le droit international et le droit européen. D'un côté, ce refus peut porter atteinte au droit des personnes en besoin de protection internationale de quitter tout pays, y compris le leur (1). De l'autre, ce même refus interroge du point de vue du principe de non-refoulement (2).

1. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien

346. L'histoire, le sens, la valeur et les contours du droit de quitter tout pays, y compris le sien ont été présentés en introduction de cette étude⁸⁸⁵. Il s'agit à présent d'analyser le fonctionnement de ce droit en relation avec celui des États membres de refuser l'autorisation d'entrée sur le territoire à des ressortissants de pays tiers. Dans l'ordre juridique des États membres, la force contraignante du droit de quitter tout pays, y compris le sien est issue de l'article 12-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme. Jusqu'à présent, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont interprété ce droit qu'au regard de la pratique qu'en avaient les pays d'émigration. Aucun de ces deux organes de contrôle de l'application des droits fondamentaux par les États membres de l'Union européenne ne s'est encore prononcé sur l'étendue de l'obligation de protection de ce droit par les États de destination. L'état du droit positif actuel garantit donc un droit fondamental de quitter le pays dont on a la nationalité ainsi que les pays dans lesquels on peut se trouver sans en être ressortissant, considérant qu'il s'agit d'une condition parfois nécessaire à la jouissance de plusieurs autres droits et libertés⁸⁸⁶. Ce droit n'est cependant pas absolu. Comme de nombreux autres droits fondamentaux, il est susceptible de faire l'objet de restrictions. Il convient donc de se demander dans quelle mesure l'obligation de détenir un visa d'entrée pour les personnes en besoin de protection internationale répond aux caractéristiques des restrictions licites au droit de quitter tout pays, y compris le sien (a). La doctrine anticipe également des oppositions à l'application de ce droit aux pays de destination (b).

a. Les refus de visas, restrictions licites au droit de quitter tout pays, y compris le sien ?

347. En vertu des traités qui protègent le droit de quitter tout pays, y compris le sien, la licéité des restrictions doit être appréciée par l'application d'un test de proportionnalité. Ce

⁸⁸⁵ Cf. *supra*, §§31 et s.

⁸⁸⁶ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, E. GUILD, *Le droit de quitter un pays*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2013, p. 5, en ligne [<https://rm.coe.int/le-droit-de-quitter-un-pays-document-thematique-publie-par-le-commissa/16806da902>].

test comporte deux entrées⁸⁸⁷. Premièrement, la restriction doit être légale. Deuxièmement, la restriction doit être nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. La question de la nécessité de la restriction est encadrée strictement par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que cette notion n'a pas la flexibilité éventuelle de restrictions qui seraient simplement utiles, raisonnables ou désirables⁸⁸⁸. La nécessité de la restriction doit être légitime. Elle doit répondre à un véritable besoin social⁸⁸⁹. La proportionnalité de la restriction doit être examinée précisément dans le cas d'espèce en cause. L'application de ce test de proportionnalité à l'obligation de détenir un visa n'a jamais été effectuée par les juges. Il n'est pas possible de soumettre l'obligation de détenir un visa *in abstracto* à ce test de proportionnalité. En revanche, il est possible de se demander si un refus de visa opposé à une personne dont le besoin de protection internationale est manifeste est compatible avec le droit de quitter tout pays dans le but de chercher à bénéficier d'une protection internationale⁸⁹⁰. Dans ces conditions, il est possible d'affirmer que la restriction au droit en cause constituée par l'obligation de détenir un visa d'entrée sur le territoire des États membres imposable aux personnes en besoin de protection internationale répond à la première condition. Elle est prévue par la loi. En revanche, sa nécessité est plus discutable. D'un côté, cette obligation est envisagée dans le but de protéger la sécurité nationale et l'ordre public. Elle est également régulièrement présentée comme un moyen de lutter contre le trafic illicite de migrants et la traite des êtres humains. De ce point de vue, elle constituerait un moyen de prévention des infractions ainsi que de préservation des droits et libertés d'autrui. De l'autre, l'efficacité de cette mesure pourrait être mise en doute en ce que de nombreuses personnes en besoin de protection internationale dans l'incapacité de se soumettre à l'obligation de détenir un visa d'entrée fuient de façon irrégulière, ce qui les expose à des traitements prohibés par le droit international et européen des droits de l'homme. Par

⁸⁸⁷ Article 2 (3) Protocole n° 4 de la Convention EDH.

⁸⁸⁸ Cette indication n'est valable qu'au regard des États de destination et non, en général, des États de départ ou de transit tiers à l'Union européenne (sauf à ce qu'ils soient également membres du Conseil de l'Europe ce qui reste une position marginale).

⁸⁸⁹ CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, n° 7525/76, §51.

⁸⁹⁰ V. MORENO-LAX, « Must EU Borders have Doors for Refugees? Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees », *op. cit.*, p. 355.

conséquent, la mesure censée les protéger en vient précisément à les mettre en danger⁸⁹¹. Par ailleurs, d'autres mesures, sans doute moins intrusives, telles que le renforcement du service public de recherche et de sauvetage ou bien l'élargissement des voies légales d'accès, pourraient contribuer à lutter contre les noyades en Méditerranée ou les réseaux de passeurs. La conformité d'un refus de visa au test de proportionnalité sous l'angle d'une restriction au droit de quitter tout pays, y compris le sien n'est donc pas complètement certaine, d'autant que ni la CEDH ni le Comité des droits de l'homme ne se sont prononcés sur cette question.

b. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien, applicable aux pays de destination

348. Les organes de protection des droits fondamentaux ont délimité l'étendue des obligations impliquées par le droit de quitter tout pays, y compris le sien, seulement au regard des pays de départ. Or, le refus de visa, quand il est opposé à une personne en besoin de protection internationale, est, le plus souvent, un acte imputable à l'État de destination⁸⁹². Par conséquent, de nouvelles interprétations jurisprudentielles seront nécessaires. En leur absence, la doctrine propose plusieurs solutions⁸⁹³. Deux arguments s'opposent principalement à la détermination d'obligations tirées du droit de quitter tout pays, y compris le sien, à l'encontre des pays de destination : l'existence de destinations alternatives (i) et l'absence d'obligation opposable aux États de destination d'admettre des ressortissants étrangers sur leur territoire (ii). Ces deux arguments peuvent être réfutés.

i. L'existence de destinations alternatives

349. L'existence de destinations alternatives au pays visé par la personne en besoin de protection internationale empêcherait la caractérisation d'une violation du droit de quitter

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 355 ; V. STOYANONA, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Right Law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 32, 2020, p. 28.

⁸⁹² Cf. *infra*, §§362 et s.

⁸⁹³ V. STOYANONA, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Right Law », *op. cit.*, pp. 1-37 ; N. MARKARD, « The right to Leave by Sea: Legal Limits on the EU Migration Control by Third Countries », *European Journal of International Law*, vol. 27, 2016, pp. 591-616 ; E. GUILD, V. STOYANOVA, « The Human Right to Leave Any Country : a Right to Be Delivered », *European Yearbook on human rights*, 2018, pp. 373-394.

tout pays, y compris le sien, en ce qu'elle permettrait de considérer que la personne n'en est pas absolument privée. En effet, la plupart des personnes en besoin de protection internationale peuvent matériellement retourner dans leur pays d'origine ou bien migrer vers un État voisin. Cependant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme autant que celle du Comité onusien ne laisse pas penser que cet argument pourrait emporter la conviction des juges. D'une part, la plupart des destinations vers lesquelles les personnes en besoin de protection internationale sont susceptibles de se rendre, c'est-à-dire les États voisins des zones de crise ou bien leur État d'origine, ne leur permettraient pas d'atteindre la protection qu'elles recherchent. Il est impossible, par exemple, de considérer que la Libye, le Niger, le Soudan ou même la Tunisie comme des destinations adéquates. Bien entendu, le retour vers l'État d'origine ne peut être envisagé comme une option viable en l'espèce. Les États membres de l'Union européenne ne sauraient éviter la violation d'un droit, celui de fuir, par la violation d'autres, notamment l'exposition au risque de traitements inhumains ou dégradants. Ce raisonnement a déjà été soulevé par les États parties devant la CEDH à l'occasion de contentieux relatifs au droit à la liberté. Ainsi, dans l'affaire *Amuur contre France* qui impliquait la détention pendant 20 jours de ressortissants somaliens dans la zone de transit d'un aéroport international, l'État défendeur a plaidé que le droit à la liberté des requérants n'avait pas été atteint puisque la zone de transit ne leur était fermée que du côté français et restait ouverte vers l'extérieur de façon à ce qu'ils puissent en sortir vers un autre pays⁸⁹⁴. Plus récemment, la même logique a été soutenue par les États défendeurs dans les affaires *Ilias et Ahmed contre Hongrie* et *Z.A. contre Russie* qui considéraient que la privation de liberté ne pouvait être caractérisée puisque les requérants étaient libres de quitter les zones de transit pour retourner vers leur pays d'origine ou vers d'autres pays tiers⁸⁹⁵. L'hypothèse selon laquelle l'existence de destinations alternatives ne suffirait pas à préserver le droit des personnes de quitter tout pays, y compris le leur, est tirée d'une analogie avec le raisonnement que la Cour européenne a tenu dans les affaires citées. En effet, les arguments des États défendeurs ont été réfutés par les juges. En particulier, la Cour a précisé que l'existence de la violation devait être appréciée en partant de la situation concrète de l'individu et prendre en compte un ensemble de critères tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Il est donc probable que la Cour européenne des droits de l'homme

⁸⁹⁴ CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur contre France*, n° 19776/92, §46.

⁸⁹⁵ CEDH, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed contre Hongrie*, n° 47287/15, §212 et CEDH, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2019, *Z. A. contre Russie*, n° 61411/15, §134.

choisisse d'évaluer le degré d'atteinte au droit de quitter tout pays, y compris le sien, en fonction des circonstances particulières de l'espèce qui lui sera soumise, notamment la réalité pratique des possibilités de mobilité vers un autre État (moyens de transport et autres moyens matériels et consentement des autres États à admettre les requérants) ainsi que des risques de mauvais traitements, ou, de façon plus positive, du degré de protection disponible dans les États accessibles⁸⁹⁶. Ainsi, l'obligation de détenir un visa ou le refus de visa ne sauraient constituer des violations *in abstracto*. En revanche, dans l'hypothèse de refus de visa opposés à des personnes en besoin de protection internationale, les juges seraient sans doute amenés à examiner la viabilité des solutions alternatives au regard de la situation concrète des requérants. D'autre part, le Comité des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser que le droit de quitter tout pays, y compris le sien, devait s'apprécier en tenant compte du choix de l'individu quant à son pays de destination⁸⁹⁷. Par ailleurs, dans les affaires relatives au droit de quitter tout pays, le Comité des droits de l'homme n'a jamais exigé que le requérant souffre d'une incapacité matérielle complète à quitter son pays de nationalité ou de résidence pour constater une violation⁸⁹⁸. Il n'y a donc aucune raison pour que l'existence abstraite de destinations alternatives entrave la caractérisation d'une violation du droit de quitter tout pays, y compris le sien⁸⁹⁹.

ii. L'inexistence d'une obligation pour les États de destination à admettre des ressortissants étrangers sur leur territoire

350. Le droit de quitter tout pays ne concerne que le mouvement de la personne vers la sortie de l'État dans lequel elle se trouve. Pourtant, il est impossible de considérer que l'effectivité de ce droit serait complètement indifférente aux États de destination qui agissent, eux, sur le mouvement d'entrer. Aucune obligation d'admettre un ressortissant étranger ne

⁸⁹⁶ En effet, dans l'arrêt *Ilias et Ahmed contre Hongrie*, les juges ont finalement considéré que les requérants n'avaient pas été privés de leur liberté dans la mesure où ils avaient eu la possibilité pratique de quitter la zone de transit à pieds pour se rendre dans un État voisin, la Serbie, tenue de les réadmettre en vertu d'un accord de réadmission et dans lequel leur intégrité n'était pas menacée.

⁸⁹⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, 2 novembre 1999, UN doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, §8.

⁸⁹⁸ Comité des droits de l'homme, *Loubna El Ghar contre Libye*, 15 novembre 2004, UN doc CCPR/C/82/D/1107/2002. Comité des droits de l'homme, *Peltonen contre Finlande*, 29 juillet 1994, UN doc CCPR/C/51/D/492/1192.

⁸⁹⁹ V. STOYANONA, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Right Law », *op. cit.*, p. 11.

peut être déduite du droit de quitter tout pays à la charge de l'État de destination⁹⁰⁰. Dans le même ordre d'idée, un refus d'admission à la frontière d'un État opposé par cet État à un individu ayant exercé son droit de quitter un pays ne peut pas être considéré comme une violation de ce dernier⁹⁰¹. Bien que le Comité des droits de l'homme ait déjà évoqué des inquiétudes sur les risques d'atteinte au droit de quitter tout pays par les différentes mesures d'interception mises en œuvre par les États de destination, il n'a jamais été jusqu'à les condamner ouvertement⁹⁰². De prime abord, l'impression que le droit de quitter tout pays n'a pas d'existence autonome à l'encontre des États de destination est tangible.

351. Cependant, certains auteurs proposent une vision alternative de ce rapport⁹⁰³. Il est indéniable que le droit de quitter tout pays, y compris le sien, à l'instar de tous les autres droits fondamentaux, engage une relation entre l'individu qui s'en prévaut et l'État qui peut lui porter atteinte. Toutefois, le droit de quitter tout pays, y compris le sien, convoque inévitablement, en sus, une relation interétatique. Ainsi, le droit de quitter tout pays, y compris le sien, ne serait pas un droit que les États de destination devraient compléter par une obligation d'admettre mais plutôt un droit que tous les États parties aux conventions qui le protègent devraient garantir. Les États de destination, en particulier, ne devraient pas se retrancher derrière une lecture individualiste de la protection de ce droit en considérant que son effectivité ne repose que sur le comportement des États de départ tout en renforçant leurs mécanismes d'interception et politiques de non-entrée⁹⁰⁴. Les États membres de l'Union qui exercent leur pouvoir de façon extraterritoriale dans le cadre de la dimension extérieure de la politique migratoire européenne restent liés par les obligations tirées des conventions dans lesquelles ils se sont librement engagés. Il s'agit d'appliquer les traités de bonne foi conformément à ce que requiert l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui dispose « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi⁹⁰⁵ ». L'article désigne bien toutes les parties de façon individuelle. De la même façon, le préambule de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés commande aux États

⁹⁰⁰ CEDH, arrêt du 10 février 2011, *Dzhakysbergenov contre Ukraine*, n° 12343/10, §55, CEDH, arrêt du 13 décembre 2018, *Mursalıyev contre Azerbaïdjan*, n° 66650/13, §29. Voir aussi, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, préc., §8.

⁹⁰¹ M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, *op. cit.*, p. 159.

⁹⁰² Comité des droits de l'homme, Observation Générale n° 27, préc., §10. V. MORENO-LAX, « Must EU Borders have Doors for Refugees? Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees », *op. cit.*, p. 352.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 353 ; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 382

⁹⁰⁴ S. HOFFMANN, *Duties Beyond Borders*, Syracuse, Syracuse University Press, 1981, pp. 224-225.

⁹⁰⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, article 26.

parties de faire tout ce qui est en leur pouvoir et de coopérer ensemble « pour éviter que ce problème ne devienne une cause de tension entre États ⁹⁰⁶ ». Cette interprétation visant à établir la nécessité d'une coopération multilatérale pour permettre l'effectivité du droit semble entrer en résonance avec la jurisprudence même de la CEDH qui, sans condamner l'État défendeur directement sur cette base, considère que le droit de quitter tout pays deviendrait théorique pour les personnes en besoin de protection internationale si aucun pays offrant une protection suffisante ne se montrait enclin à les accueillir⁹⁰⁷. Ainsi, l'absence d'obligation générale pour les États membres de l'Union européenne de délivrer des visas aux personnes en besoin de protection internationale ne saurait entraîner un anéantissement de l'effectivité du droit de celles-ci de quitter tout pays. Par conséquent, cette absence ne peut justifier un comportement équivalent à faire obstruction à toute voie légale d'accès aux personnes en besoin de protection internationale. D'ailleurs, dans certaines circonstances, le principe de non-refoulement pourrait également être atteint par un refus de visa.

2. Le droit de ne pas être refoulé

352. Le principe de non-refoulement a déjà été abordé dans l'introduction de cette étude en qualité de pierre angulaire du droit de la protection internationale. Il faut à présent étudier son influence dans le contentieux relatif aux refus de visas opposés aux personnes en besoin de protection internationale. L'applicabilité du principe de non-refoulement à ce type spécifique de contentieux n'est pas évidente. Ainsi, il ne saurait être invocable et efficace dans toutes les situations de refus de visas. Dans une acception très large, « l'acte de refouler peut consister en une expulsion, une extradition, une déportation, un éloignement, un transfert officieux, une restitution, un rejet, un refus d'admission ou toute autre mesure ayant pour résultat d'obliger la personne concernée à rester dans son pays d'origine⁹⁰⁸ ». Cette interprétation est permise notamment par la résolution (97) 14 du Comité des ministres du

⁹⁰⁶ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, préambule, points 4 et 5.

⁹⁰⁷ CEDH, *Amuur contre France*, préc., §48 « La simple possibilité pour des demandeurs d'asile de quitter volontairement le pays où ils entendent se réfugier ne saurait exclure une atteinte à la liberté, le droit de quitter tout pays, y compris le sien, étant du reste garanti par le Protocole n° 4 à la Convention (P4); en outre, elle revêt un caractère théorique si aucun autre pays offrant une protection comparable à celle escomptée dans le pays où l'asile est sollicité, n'est disposé ou prêt à les accueillir ».

⁹⁰⁸ P. ALBUQUERQUE, opinion concordante, CEDH, Grande Chambre, arrêt du 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, p. 66.

Conseil de l'Europe⁹⁰⁹ ainsi que les affirmations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*⁹¹⁰. Cependant, cette interprétation très large qui engloberait sans difficulté les refus de visa au titre des mesures de refoulement n'a pas encore été confirmée en tant que telle par les juridictions⁹¹¹. Ainsi, si dans sa forme la plus minimale le principe de non-refoulement implique une forme de droit d'entrée temporaire sur le territoire des États membres, au moins pendant le temps nécessaire à un examen des craintes alléguées par les personnes en besoin de protection internationale, il ne semble pas s'appliquer de façon certaine aux décisions prises par les consulats⁹¹².

353. Par ailleurs, toutes les personnes en besoin de protection internationale ne peuvent pas se prévaloir du principe de non-refoulement. Ainsi, les personnes qui revendiquent la délivrance d'un visa aux fins de demander l'asile, alors qu'elles sont encore dans leur pays d'origine, sont susceptibles de ne pas pouvoir bénéficier de la protection du principe. En effet, la notion de refoulement implique un mouvement en arrière. Par conséquent, il ne peut être déclenché qu'en faveur d'une personne ayant franchi une frontière internationale. Or, sauf à considérer que les frontières administratives et juridiques sont excessivement mouvantes et complètement dématérialisées, il est impossible de dire que les personnes en besoin de protection internationale restées dans leur pays d'origine pourraient souffrir d'un refoulement engendré par un refus de visa. D'ailleurs, le principe ne serait pas automatiquement protecteur des personnes en besoin de protection internationale qui auraient fui leur pays d'origine vers un pays tiers. En effet, si la personne qui sollicite la délivrance d'un visa demeure sur le territoire d'un État tiers qui n'envisage pas de la refouler vers son État d'origine alors le principe de non-refoulement est inopérant à l'encontre de l'État dont le visa est sollicité, quand bien même il refuserait. Le refus ne l'expose à aucun

⁹⁰⁹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (67) 14 sur l'asile aux personnes en danger de persécutions, 29 septembre 1967, §2. Le Comité affirme que les personnes en besoin de protection internationale ne devraient pas faire l'objet de refus d'admission à la frontière, d'un refoulement, d'une expulsion ou de toute autre mesure qui aurait pour effet de l'obliger à retourner ou à demeurer dans un territoire où elle serait menacée de persécutions du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

⁹¹⁰ CEDH, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, préc., §180. La Cour considère que les refoulements peuvent être constitués par des mesures ayant pour objet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières d'un État.

⁹¹¹ V. MORENO-LAX, « Must EU Borders have Doors for Refugees? Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees », *op. cit.*, p. 339.

⁹¹² G. NOLL, « Seeking Asylum at Embassies: A right to Entry under International Law? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, 2005, p. 548.

risque de refoulement. L'État dont le visa est sollicité ne peut être tenu responsable d'un refoulement que s'il est de notoriété publique que l'État tiers pratique des refoulements systématiques, directs ou indirects⁹¹³. Le principe de non-refoulement ne constitue pas le moyen de droit le plus incontestable dans le contentieux des refus de visa. En revanche, son extension corrélative, le droit de ne pas être soumis à des mauvais traitements pourrait être plus efficace.

B. La portée des droits tenant à la dignité du demandeur

354. Comme cela a été démontré précédemment, il n'est pas certain, sauf interprétation particulièrement extensive, que les décisions de refus de visa entrent dans le champ d'application du principe de non-refoulement en l'absence de tout mouvement en arrière. En revanche, ces décisions peuvent venir heurter l'interdiction plus large dont le principe de non-refoulement est directement issu : l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1). Par ailleurs, parce qu'elles entravent la mobilité des personnes en besoin de protection internationale, les décisions de refus de visa pourraient porter atteinte au droit de chercher l'asile (2).

1. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

355. Comme indiqué en ouverture de cette étude, cette interdiction peut être mise en relation avec le droit à la dignité placé en ouverture de la Charte des droits fondamentaux et le droit à la vie également protégé par toutes les conventions de droit international ou européen des droits de l'homme⁹¹⁴. Cependant, seule l'interdiction de la torture et des mauvais traitements revêt un caractère absolu. Par conséquent, tous les actes imputables aux États membres de l'Union européenne doivent être pris dans le respect de cette interdiction. Or, il est possible de considérer qu'un refus de visa peut exposer le demandeur à des traitements prohibés. En effet, le refus de visa opposé à une personne en besoin de protection internationale lui laisse trois options principales : le retour au pays d'origine, la résidence dans

⁹¹³ *Ibid.*, p. 556.

⁹¹⁴ En relation avec le principe de non-refoulement, cf. *supra*, §§35 et s.

un pays tiers ou la poursuite du parcours migratoire en situation irrégulière. Chacune de ces hypothèses comporte un risque plus ou moins élevé d'exposition à des mauvais traitements⁹¹⁵. Plusieurs précisions sont nécessaires pour que cette protection vienne remettre en question une décision de refus de visa. Le degré de gravité et de certitude du risque d'exposition à des traitements prohibés doit être élevé et certain. Par conséquent, pour les personnes en besoin de protection internationale qui sollicitent la délivrance d'un visa d'asile depuis leur pays d'origine, le traitement du recours contre le refus de visa d'asile sera inmanquablement lié à celui de la demande de protection internationale. Il sera question d'établir *prima facie* la crédibilité du récit de persécutions ou de la menace des persécutions que la personne dit vouloir fuir. Dès lors que les personnes auront franchi une frontière internationale, l'attention du juge saisi d'un recours contre un refus de visa sera plutôt portée sur les risques directs de mauvais traitements dans leur nouveau pays de résidence ainsi que sur les risques indirects de refoulement vers leur pays d'origine. En d'autres termes, l'analyse portera sur la question de savoir si le pays tiers concerné peut être considéré comme sûr ou non. Dès lors l'obligation de protection contre les traitements inhumains, cruels ou dégradants implique pour les États membres des obligations négatives mais aussi des décisions positives dont il serait possible d'argumenter que la délivrance d'un visa d'asile en soit l'une des manifestations.

2. Le droit d'asile

356. Comme cela a été expliqué en introduction de cette étude, le droit d'asile demeure un droit procédural et non un droit matériel. Il consacre le droit de demander l'asile une fois le territoire de protection atteint sans pour autant garantir à la personne de l'obtenir. Le droit de demander l'asile tire sa valeur contraignante directement du principe de non-refoulement. Cependant, il n'équivaut pas pour le demandeur au droit d'accéder à la procédure de détermination des besoins de protection internationale de son choix. En effet, le droit d'asile est compatible avec la pratique de renvoi vers des pays sûrs dans la mesure où ceux-ci offrent une protection équivalente⁹¹⁶. Cette limitation diminue les risques de violations du droit de demander l'asile par les décisions de refus de visa. Dans l'absolu, celles-ci n'entravent pas le droit du demandeur d'accéder à des procédures de protection internationale. Simplement,

⁹¹⁵ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOZZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, préc., §157.

⁹¹⁶ Directive « Procédure », article 38. CJUE, arrêt du 19 mars 2020, *Tompa*, C-564/18, §§36-41.

elles ne lui permettent pas d'accéder à celles de son choix. Cependant, deux séries de remarques nuancent cette interprétation.

357. En premier lieu, en droit de l'Union, le droit de demander l'asile, pour être effectif, suppose l'existence de certaines garanties procédurales. *A minima*, les demandeurs doivent pouvoir bénéficier d'une assistance juridique, des services d'un interprète professionnel afin que leurs propos soient fidèlement retranscrits dans le respect du principe de confidentialité inhérent à l'assermentation, et d'un droit de recours contre les décisions de rejet de leur demande de protection internationale. Or, ces garanties ne sauraient être respectées au sein des consulats. Ces derniers n'ont ni les capacités ni les compétences nécessaires à l'examen, sur place, des besoins des demandeurs de visa en matière de protection internationale conformément aux exigences générées par le droit de demander l'asile. Par conséquent, l'une des conséquences probables d'un refus de visa est que la personne ne puisse pas bénéficier d'un examen efficace de ses craintes dans son pays d'origine. À ce titre, il serait envisageable de considérer que les États membres puissent être tenus de délivrer un visa d'entrée sur leur territoire afin que la personne puisse exposer ses craintes et besoins en matière de protection internationale afin d'obtenir cette protection ou d'être éloignée le cas échéant.

358. En second lieu, un doute peut être émis lorsque la demande de visa est déposée par une personne qui demeure encore dans son pays d'origine. Celle-ci ne peut encore satisfaire aux critères du réfugié ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire dans la mesure où elle n'a pas encore franchi de frontière internationale. Ainsi, le consulat ne serait pas tenu, dans ces circonstances, de délivrer un visa aux fins de permettre au demandeur d'accéder à des procédures de détermination du statut⁹¹⁷.

⁹¹⁷ Pourtant, une analogie avec le droit à l'asile diplomatique pourrait permettre de lever ce doute. En effet, il est parfois suggéré qu'il existe exceptionnellement une obligation d'accorder l'asile diplomatique lorsque des raisons urgentes et impératives d'humanité le commandent. L'objectif est alors de protéger la vie du réfugié d'actions imminentes et irréversibles. La transposition de ce raisonnement au domaine des visas consisterait à dire que, lorsqu'il est évident qu'un refus de visa exposerait la personne à un danger vital et imminent, la délivrance d'un visa pour lui permettre d'accéder aux procédures de protection internationale serait obligatoire. V. MORENO-LAX, « Must EU Borders have Doors for Refugees? Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees », *op. cit.*, p. 343.

§2. Les problèmes d'imputabilité et de causalité

359. Comme le soulignait Roberto AGO, « Définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre »⁹¹⁸. Par conséquent, l'identification des droits fondamentaux qui pourraient être violés du fait des refus de délivrance de visas par les États membres de l'Union européenne ne suffit pas à envisager d'engager leur responsabilité. Il faut encore s'assurer que le refus de visa contesté est bien imputable à l'État défendeur (A). Par ailleurs, il convient également de vérifier l'existence d'un lien de causalité entre le refus de visa opposé au requérant et l'exposition à la violation qu'il allègue (B).

A. L'imputabilité difficile du refus de visa à l'État défendeur

360. En droit international, « le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État »⁹¹⁹. Ce comportement peut consister en une action ou une omission⁹²⁰. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme analyse la question de l'imputabilité de diverses manières. Parfois, elle peut être envisagée dans l'évaluation de la compatibilité *rationa personae* de la requête avec la Convention⁹²¹. D'autres fois, la Cour considère que les notions d'imputabilité et de responsabilité vont de pair⁹²². Dans tous les cas, la Cour insiste sur le fait que la responsabilité d'un État partie ne peut être engagée que lorsque l'acte ou l'omission contestée lui est imputable⁹²³. Il existe des situations dans lesquelles l'imputabilité du refus de visa à l'État mis en cause ne pose aucune difficulté. En effet, dans l'hypothèse, la plus courante, où l'État défendeur statue et notifie directement sa décision de refus de visa au demandeur, la condition d'attribution ne fait aucun doute. En revanche, deux éléments peuvent venir perturber le rapport d'imputation : les accords de représentation (1) et l'intervention de certains prestataires de service extérieurs (2).

⁹¹⁸ R. AGO, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, p. 327.

⁹¹⁹ Article 4. Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 87.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁹²¹ CEDH, Grande chambre, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou contre Turquie*, n° 15318/89, §52.

⁹²² CEDH, arrêt du 14 septembre 2009, *Stephens contre Malte*, n° 11956/07, §45.

⁹²³ Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 1 de la CEDH – Obligation de respecter les droits de l'homme – notions de juridiction et d'imputabilité, mis à jour le 31 décembre 2020, p. 5, en ligne [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_FRA.pdf]

1. L'application des règles d'imputation en cas d'accord de représentation

361. L'imputation du refus de visa peut être compliquée par la conclusion d'un accord de représentation entre deux États membres. Ces accords sont encouragés par le Code des visas afin de maximiser la présence consulaire européenne sur le territoire des pays tiers⁹²⁴. Le régime de la responsabilité des États prévoit que « le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme le fait du premier État »⁹²⁵. Cette règle d'imputation s'applique à la condition que l'organe de l'État agisse exclusivement aux fins et au nom d'un autre État. Dans ce cas, seulement, le comportement du premier est attribué au second. Le Code des visas organise plusieurs types d'accords de représentation. Aussi, la règle d'imputation s'applique de diverses manières.

362. Dans un premier cas, l'accord de représentation peut être limité à la réception des demandes et au recueil des données biométriques ; l'instruction de la demande reste à la charge de l'État membre représenté. Dans cette hypothèse, le refus de visa est imputable à l'État qui exerce le pouvoir décisionnel, c'est-à-dire l'État représenté dans les fonctions d'enregistrement des demandes (quand bien même la décision serait notifiée au demandeur par l'État membre représentant)⁹²⁶. Dans un deuxième cas, un État membre peut accepter d'en représenter un autre en vue d'examiner les demandes et de délivrer les visas pour le compte de celui-ci. Le Code prévoit alors que l'État membre représentant consulte l'État membre représenté lorsqu'il envisage de refuser la délivrance du visa⁹²⁷. Lorsque l'État membre représenté confirme le projet de refus de visa, celui-ci est notifié au demandeur par l'État représentant⁹²⁸. Dans cette hypothèse, le refus de visa est également imputable à l'État membre représenté puisque l'État membre représentant agit exclusivement en son nom et sous son contrôle. En revanche, dans un troisième cas, les États peuvent décider d'aller plus loin. Ainsi, l'accord de représentation peut autoriser le consulat de l'État membre agissant en représentation à refuser de délivrer des visas après avoir examiné la demande sans passer par

⁹²⁴ Code des visas, articles 6 et 8.

⁹²⁵ Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 100.

⁹²⁶ Code des visas, article 8-1.

⁹²⁷ *Ibid.*, article 8-2.

⁹²⁸ *Ibid.*, article 32-4.

la consultation de l'État membre représenté⁹²⁹. Dans ce cas, la règle selon laquelle le refus de visa est imputable à l'État représenté ne peut pas s'appliquer. Conformément à l'article 32 du Code qui traite des refus de visa, les recours contre les refus de visa doivent être intentés contre l'État membre qui a pris la décision finale sur la demande. Par conséquent, « 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 »⁹³⁰. Dans toutes ces hypothèses, malgré quelques subtilités, le refus de visa est toujours imputable à l'un des États membres. L'intervention de prestataires de services extérieurs ou de partenaires privés dans, respectivement, les procédures de demande de visa et la sélection des candidats aux programmes spécifiquement dédiés à l'entrée des personnes en besoin de protection internationale peut venir bousculer cette imputabilité des refus aux États membres.

2. L'application des règles d'imputation en cas d'intervention de personnes privées

363. Il existe deux situations dans lesquelles les États membres dépendent de l'assistance de personnes privées pour statuer sur le droit d'accès des personnes en besoin de protection internationale à leur territoire. En premier lieu, le Code des visas autorise les États membres à déléguer une partie des tâches administratives non décisionnelles à des prestataires de services extérieurs⁹³¹. Comme cela a été démontré plus haut⁹³², bien que ces prestataires ne soient pas officiellement autorisés à participer à l'instruction du dossier et à la prise de décision de délivrance ou de refus *stricto sensu*, leur comportement peut influencer la phase décisionnelle voire entraîner une mise à l'écart définitive du demandeur. Ainsi, observés sous un angle large, certains comportements des prestataires de services extérieurs pourraient être considérés comme des décisions d'irrecevabilité *de facto* ; c'est notamment le cas lorsqu'ils décident de ne pas transmettre un dossier aux autorités consulaires au motif que celui-ci n'est pas complet, sans considération du fait qu'il pourrait être traité comme une demande

⁹²⁹ *Ibid.*, article 8-4, d).

⁹³⁰ CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, *Vathanayagam*, préc., §77.

⁹³¹ Code des visas, article 43.

⁹³² Cf. *supra*, §§110-111.

dérogatoire de visa à validité territoriale limitée. En second lieu, les autorités des États membres doivent parfois s'en remettre au personnel des ONG, à défaut ou en complément de l'implication du HCR, pour les activités de présélection des candidats aux programmes spécifiques. En effet, le nombre très important de personnes en besoin de protection internationale susceptibles d'être éligibles aux programmes de réinstallation ou d'admission humanitaire ne permet pas aux États membres de procéder à l'examen de chacun des dossiers. Par conséquent, le plus souvent, ils font parvenir une liste de critères ainsi qu'un nombre de places à pourvoir pour chacun de leurs programmes afin qu'une présélection soit effectuée. Certains dossiers sont donc écartés par des personnes privées sans avoir été examinés par les autorités étatiques. Ces décisions peuvent également s'apparenter à des décisions de refus ou d'irrecevabilité *de facto*.

364. En droit de la responsabilité internationale des États, le comportement des personnes privées ne leur est, en principe, pas attribuable⁹³³. Deux exceptions sont cependant prévues. D'une part, « le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État »⁹³⁴. Le cas de la délégation de certaines tâches purement administratives ou accessoires aux prestataires de services extérieurs ou aux personnels des ONG ne semble pas entrer dans le champ de cette première exception puisque les entités privées sollicitées ne sont pas chargées d'exercer des prérogatives de puissances publiques. D'autre part, « le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives, ou sous le contrôle de cet État »⁹³⁵. Les interventions des prestataires de services extérieurs ou des personnels d'ONG pourraient entrer dans le cadre de cette exception. En effet, ils agissent sur demande de l'État membre. Celle-ci peut être matérialisée par la conclusion d'un accord. Dans les deux cas, l'État membre transmet, en amont, des directives et des instructions visant à encadrer les interventions des personnes privées. En outre, l'État membre exerce un contrôle de ces activités en aval. Ainsi, le Code

⁹³³ Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, article 5, p. 84.

⁹³⁴ *Ibid.*, article 5, p. 96.

⁹³⁵ *Ibid.*, article 8, p. 109.

des visas invite les États membres à visiter régulièrement et de façon inopinée les locaux des prestataires choisis⁹³⁶. Ils doivent également veiller à ce que le prestataire de services respecte les conditions et modalités des missions qui lui sont dévolues⁹³⁷. L'État membre exerce également un certain contrôle sur les présélections opérées par des ONG dans le cadre de programmes spécifiques, en ce qu'il doit valider, dans un second temps, les profils des candidats retenus. En revanche, il ne semble pas que les États membres soient mis en capacité de contrôler le profil des personnes qui ont été écartées de la procédure lors de la phase de présélection.

365. En tout état de cause, l'identification des droits potentiellement atteints par un refus de visa et l'imputabilité de ces refus aux États membres ne suffisent pas à permettre l'engagement de la responsabilité de ces derniers. Encore faut-il qu'un lien de causalité entre le refus de visa et l'exposition au risque de violation ou la violation effective des droits fondamentaux du demandeur puisse être caractérisé.

B. Le lien de causalité fragile entre le refus de visa et l'atteinte aux droits fondamentaux

366. Un simple refus de visa ne saurait constituer, à lui seul, un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Dans le cadre d'un recours individuel, le requérant doit s'employer à démontrer que le refus de visa porte atteinte à l'un ou l'autre des droits fondamentaux identifiés précédemment. Il convient donc de démontrer que le refus de visa constitue la cause de la violation ou de l'exposition au risque de violation des droits fondamentaux du requérant. La caractérisation de ce lien de causalité requiert un examen approfondi. Il s'agit en fait de vérifier la nature et la portée des conséquences prévisibles d'un refus de visa pour le demandeur. Ces conséquences s'apprécient au regard de la situation générale dans le pays d'origine du demandeur et du pays dans lequel le demandeur serait amené à rester si le visa lui était refusé, ainsi que de la situation personnelle du demandeur. Par ailleurs, le lien de causalité doit être suffisamment direct⁹³⁸. Cela signifie par exemple qu'un État membre ayant refusé un visa ne saurait être tenu responsable d'une exposition à

⁹³⁶ Code des visas, article 43-11.

⁹³⁷ *Ibid.*, article 43-8.

⁹³⁸ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOLZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, n° 638/16, préc., §140. Voir également CEDH, arrêt du 13 décembre 2012, *El-Masri contre L'ex-République Yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09, §213.

des traitements inhumains ou dégradants qui n'aurait pas directement été causée par ce refus mais qui serait liée à d'autres circonstances.

367. La caractérisation du lien de causalité suppose donc l'évaluation des options ouvertes au demandeur en cas de refus de visa. Celles-ci sont au nombre de trois⁹³⁹. Premièrement, le demandeur pourrait envisager de retourner ou rester volontairement dans son pays d'origine. Deuxièmement, le demandeur pourrait, le cas échéant, tenter de s'établir et d'obtenir une protection suffisante dans le pays tiers dans lequel il réside et dépose sa demande. Troisièmement, le demandeur pourrait tenter d'accéder au territoire des États membres par d'autres voies. La première option semble pouvoir être écartée d'emblée considérant que la motivation des personnes en besoin de protection internationale est nécessairement l'impossibilité de demeurer en sécurité dans leur pays d'origine. La deuxième option sous-entend que l'État membre refusant le visa aurait la charge d'évaluer le degré et la qualité de la protection qui pourrait être accordée par le pays tiers de résidence au demandeur. La troisième option présente un caractère assez cynique. Cela reviendrait à considérer le parcours migratoire irrégulier comme une option viable pour les personnes en besoin de protection internationale dont la demande de visa est rejetée. Or, les États membres de l'Union européenne mettent en œuvre tout un ensemble de mécanismes visant précisément à entraver la mobilité des migrants non autorisés à l'entrée sur leur territoire. En définitive, la caractérisation du lien de causalité dépend de la prévisibilité des conséquences du refus de visa autant que de la situation en cours dans le pays de résidence du demandeur.

⁹³⁹ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOZZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, préc., §157.

Conclusion du Chapitre 1

368. Le caractère hautement inaccessible des visas est renforcé par l'ineffectivité des recours envisageables devant le juge. La saisine de ce dernier n'est pas nécessairement directe. Elle est enfermée dans des délais et un formalisme parfois inadaptés aux réalités du demandeur éconduit. En outre, juridiquement, de nombreuses décisions écartant définitivement le demandeur de la procédure ne donnent pas accès au recours. Il en est ainsi pour toutes les décisions, formelles ou informelles, d'irrecevabilité des demandes. Pourtant, les décisions de refus de visa d'asile sont susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale. Les droits tenant à la mobilité et à la dignité du demandeur sont particulièrement exposés. La question de l'imputabilité des décisions de refus aux États membres ne semble pas poser de problèmes même en présence de l'intervention d'autres États membres ou d'acteurs privés. En revanche, celle de l'établissement du lien de causalité entre la violation des droits fondamentaux du demandeur et la décision de refus de visa semble plus délicate à traiter. Ce lien n'est ni automatique ni évident. À plusieurs reprises, les juges européens ont été saisis de questions ou de recours relatifs à des décisions de refus de visa d'asile. À aucun moment ils n'ont profité de ces opportunités pour clarifier le régime de ces visas ou adapter la procédure aux personnes en besoin de protection internationale.

Chapitre 2. L'irrecevabilité des recours devant les cours européennes

369. Dans certaines hypothèses, finalement assez restreintes, les personnes en besoin de protection internationale ayant fait l'objet d'un refus ont accès aux tribunaux pour contester ce refus. Toutefois, lorsque les requérants souhaitent soulever des moyens de droit tirés de la violation de leurs droits fondamentaux tels que le droit de quitter tout pays, y compris le sien, le principe de non-refoulement, le droit de chercher l'asile ou le principe de non-discrimination tels qu'ils sont garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des critères additionnels doivent être satisfaits. D'un côté, le contrôle du refus au regard de la Charte des droits fondamentaux ne pourra être mené qu'à la condition que le refus de visa puisse être considéré comme une mise en œuvre du droit de l'Union européenne (**Section 1**). De l'autre, ce même contrôle de conformité à la Convention européenne des droits de l'homme, cette fois, nécessite l'établissement de l'exercice de la juridiction de l'État membre défendeur sur le demandeur (**Section 2**). Bien que formulées de façon différente, ces deux conditions de déclenchement des protections juridiques des droits des personnes ne trouvent pas, en l'état actuel de la jurisprudence, à s'appliquer aux demandeurs de visa aux fins de demander l'asile éconduits.

Section 1. L'irrecevabilité pour absence de mise en œuvre du droit de l'Union européenne

370. Dans le cadre des recours formés par des personnes en besoin de protection internationale, les requérants cherchent à établir que le refus de visa qui leur est opposé par les autorités consulaires nationales porte une atteinte non justifiée à certains de leurs droits fondamentaux. Dans ce cas, les requérants peuvent invoquer des moyens tirés de la violation de la Charte des droits fondamentaux. Or, pour que celle-ci s'applique, son article 51 exige que l'affaire soit en relation avec la mise en œuvre du droit de l'Union. Il convient donc de se demander si ces refus de visa peuvent être considérés comme une mise en œuvre du droit

de l'Union. Dans son arrêt *X. X contre Belgique*⁹⁴⁰, la CJUE a refusé d'examiner les refus de visas d'asile à la lumière de la Charte des droits fondamentaux en estimant que le Code des visas de l'Union ne devait pas s'appliquer. Cette interprétation est discutable (§1). Par ailleurs, en acceptant que le Code des visas ne trouve pas à s'appliquer dans ces circonstances particulières, la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne pourrait trouver son fondement ailleurs. Il serait possible de considérer que le régime spécifique des visas aux fins de demander l'asile traduit la mise en œuvre d'autres dispositions du droit de l'Union européenne et donc justifie le respect de la Charte des droits fondamentaux par les décisions de refus (§2).

§1. Discussion autour de l'applicabilité du code des visas aux refus de visas d'asile

371. Dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, la CJUE a considéré que la durée du séjour impliquée par une demande d'asile sur le territoire de l'UE excédait nécessairement les 90 jours autorisés par un visa de court séjour délivré sur la base du Code des visas de l'Union. De là, découlent, selon elle, l'inapplicabilité du Code et son incompétence. Ce raisonnement est critiquable à plusieurs égards (A). Par ailleurs, la Cour aurait pu trouver, dans sa propre jurisprudence, des justifications de sa compétence à statuer sur les décisions de refus de visa aux fins de demander l'asile (B).

A. La critique du raisonnement de la CJUE

372. Dans l'arrêt *X. X. contre Belgique*, la CJUE a été saisie de questions préjudicielles qui visaient, en substance, à savoir si les États membres avaient, en application de leurs obligations au titre de la Charte des droits fondamentaux, de la Convention de Genève et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une obligation de délivrer des visas aux personnes en besoin de protection internationale. La Cour s'est fondée sur l'intention des demandeurs de s'établir sur le territoire de la Belgique pour conclure à l'inapplicabilité du Code des visas au motif que celui-ci n'a vocation qu'à régir la délivrance de visa permettant le court séjour. Partant, la Cour a affirmé que le régime des visas d'asile ne relevait que du droit national des États membres et, qu'à ce

⁹⁴⁰ CJUE, *X. X. contre Belgique*, préc.

titre, elle n'était pas compétente pour répondre aux questions préjudicielles qui lui étaient posées. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a eu, tout au long de la procédure, un positionnement ambigu (1). Elle a, par ailleurs, étayé sa décision de divers arguments confus (2).

1. Le positionnement ambigu de la cour

373. La Cour de justice de l'Union européenne a montré un comportement instable tout au long de la procédure (a). Elle a tout d'abord concédé une importance élevée à l'affaire avant de balayer tous les arguments juridiques pour se déclarer incompétente, prenant ainsi une posture hautement politique (b).

a. Une attitude instable

374. Les questions préjudicielles ayant donné l'occasion à la Cour de justice de l'Union européenne de s'exprimer sur l'utilisation du Code des visas pour la délivrance de visas dits humanitaires à des personnes en besoin de protection internationale sont apparues au terme d'une procédure interne relativement rapide témoignant de l'urgence de la situation. Les requérants au fond, un couple de ressortissants syriens et leurs trois enfants mineurs, avaient introduit une demande de visas à validité territoriale limitée auprès des autorités consulaires belges à Beyrouth le 12 octobre 2016. Ils étaient rentrés en Syrie le jour suivant. Les autorités centrales belges en charge des questions migratoires auxquelles cette demande avait été transmise avaient rapidement rejeté la demande par une décision du 18 octobre 2016, notifiée aux requérants le 25 octobre. Les requérants avaient contesté ce refus devant le Conseil du contentieux des étrangers belge. C'est ce dernier qui, le 12 décembre 2016, a saisi la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle relative à l'interprétation du Code des visas. Le 30 janvier 2017, les juges ont reçu les observations de quatorze représentants d'États membres de l'Union ainsi que de la Commission européenne⁹⁴¹. Publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 6 février 2017⁹⁴², cette question a reçu les conclusions de l'avocat

⁹⁴¹ Les États membres ayant présenté des conclusions au soutien de la Belgique sont : la République tchèque, le Danemark, l'Allemagne, l'Estonie, la France, la Hongrie, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, la Pologne, la Slovaquie, la Slovaquie, la Finlande.

⁹⁴² Journal officiel de l'Union européenne, 6 février 2017, 2017/C 038/24.

général Paolo MENGOZZI dès le lendemain. Dans celles-ci, l'avocat général a plaidé pour la découverte d'une obligation d'examen des demandes de visas à validité territoriale limitée par les États membres, au regard des risques d'exposition à des mauvais traitements qui seraient directement causés par un refus⁹⁴³. La Cour s'est prononcée, en Grande chambre⁹⁴⁴, le 7 mars 2017, soit 5 mois après l'introduction de la demande de visas initiale. La réunion de la Grande chambre ainsi que l'enclenchement de la procédure d'urgence requise par la juridiction de renvoi⁹⁴⁵ ont été considérés comme des indicateurs de la haute considération de la Cour pour les questions traitées dans cette affaire ainsi que de l'extrême urgence de la situation humanitaire des requérants⁹⁴⁶. Rien ne laissait présager l'attitude finalement adoptée par les juges qui se sont déclarés incompétents⁹⁴⁷.

375. Les questions posées par la juridiction belge consistaient, en substance, à déterminer si et dans quelle mesure l'article 25 du Code des visas devait être interprété comme obligeant les États membres à délivrer un visa à validité territoriale limitée dès lors que le refus exposerait les requérants à un risque de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Alors que toutes les précautions avaient été prises par la Cour pour statuer rapidement en grande formation, les juges ont esquivé la question en déclarant le Code des visas inapplicable au cas d'espèce. Partant, ils n'étaient donc pas compétents pour apporter les réponses sollicitées. Pourtant, étonnamment, cette déclaration ne les a pas empêchés de proposer une réflexion sur le fond de l'affaire⁹⁴⁸. Alors que le principe de la fonction préjudicielle est de permettre à la Cour de donner une signification au droit de l'Union sans toutefois se prononcer sur le fond du litige, la Cour a proposé une interprétation tellement précise et circonstanciée du Code des visas pour le déclarer finalement inapplicable que la juridiction de renvoi a été privée de sa fonction de trancher le litige au fond. En effet, la CJUE a déclaré que les demandes de visas aux fins de demander l'asile relèvent « en l'état actuel du droit de l'Union européenne, du seul droit national »⁹⁴⁹. Cette conclusion laisse le juge national libre d'interpréter son

⁹⁴³ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOZZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, préc.

⁹⁴⁴ Conformément à l'article 113, §2 du règlement de procédure de la Cour.

⁹⁴⁵ Conformément à l'article 108, §1 du règlement de procédure de la Cour.

⁹⁴⁶ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOZZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, préc., §167.

⁹⁴⁷ K. PARROT, « Le Code communautaire des visas contre le droit d'asile », *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2018, p. 64.

⁹⁴⁸ C. PEYRONNET, T. RACHO, « « Ceci n'est pas un visa humanitaire » : La Cour de justice neutralise l'article 25 §1 a) du code des visas », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2017, en ligne [<http://journals.openedition.org/revdh/3047>]

⁹⁴⁹ CJUE, *X. X. contre Belgique*, préc., §51.

propre droit afin de déterminer si et dans quelle mesure les consulats belges seraient tenus de délivrer des visas aux personnes en besoin de protection internationale lorsqu'un refus les exposerait à des traitements inhumains et dégradants. Cependant, les observateurs relèvent que lorsque le juge national interroge celui de l'Union c'est pour que celui-ci l'accompagne dans la validation d'une interprétation jurisprudentielle sensible dans son contexte national⁹⁵⁰. De façon prévisible, le Conseil du contentieux des étrangers belge a estimé que les « enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne [lui imposaient] de constater qu'aucune suite favorable ne pourra être réservée à la demande des parties requérantes de se voir délivrer des visas à validité territoriale limitée, sur la base de l'article 25 du Code des visas »⁹⁵¹. Le Conseil a par ailleurs observé « qu'aucune disposition du droit belge n'impose à [l'État] de requalifier une demande de visa qui lui est présentée. [...] [L'État] n'était et ne sera pas tenu de considérer une telle demande comme une demande de visa de long séjour sur la base [du droit national] »⁹⁵². Les juges de renvoi ont, suivant l'exemple de la CJUE, refusé de considérer que le droit belge comportait une obligation de délivrer des visas aux fins de demander l'asile dès lors que le refus exposait les demandeurs à traitements inhumains ou dégradants⁹⁵³.

b. Une position politique

376. En esquivant les questions dont elle était saisie, la Cour semble avoir choisi une position plus politique que juridique⁹⁵⁴. Elle aurait pu conclure à l'applicabilité du Code des visas sans toutefois conclure à sa violation ou imposer une obligation de délivrance de visas dits humanitaires aux États membres. La Cour suit les arguments présentés par quatorze des vingt-sept États membres soutenus par la Commission. Elle va même jusqu'à préférer

⁹⁵⁰ S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : X. et X., ou quand le silence est signe de faiblesse », *Newsletter EDEM*, mars 2017, en ligne [<http://www.europeanmigrationlaw.eu/documents/EDEM-Newsletter%20mars%202017.pdf>]. B. DELZANGLES, A. LOUVRAIS, « Visas humanitaires et Charte des droits fondamentaux : la confrontation n'a pas eu lieu », *Journal de droit européen*, n° 239, 2017, p. 173.

⁹⁵¹ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt 184913 du 30 mars 2017, *X. X. contre État belge*, §3,4.

⁹⁵² *Idem*.

⁹⁵³ Dans la section 2 de ce chapitre, nous verrons dans une deuxième affaire portée cette fois devant la Cour européenne des droits de l'homme, les juges belges ont une nouvelle fois cherché le soutien des juges supra nationaux afin de découvrir cette obligation.

⁹⁵⁴ E. BROUWER, « The European Court of Justice on Humanitarian Visas: A Legal integrity vs. political opportunism? », *CEPS*, 16 mars 2017, en ligne [<https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-court-justice-humanitarian-visas-legal-integrity-vs-political-opportunism/>].

sacrifier la portée du Code des visas pour protéger le système Dublin. Elle prétend que la découverte d'une obligation pour les États membres de délivrer des visas humanitaires aux personnes en besoin de protection internationale « porterait atteinte à l'économie générale du système institué par le Règlement n° 604/2013 »⁹⁵⁵. Cette affirmation est contestable pour au moins deux raisons. D'une part, la Cour explique que l'obligation de délivrance de visas d'asile permettrait aux personnes en besoin de protection internationale de choisir l'État responsable du traitement de leur demande d'asile considérant que le Règlement Dublin III prévoit que l'État ayant délivré un visa est responsable⁹⁵⁶. Or, si cette affirmation est exacte, il convient tout de même d'apporter des précisions. D'abord, les critères de détermination de l'État responsable du traitement d'une demande d'asile fonctionnent de façon hiérarchisée. Le critère de délivrance d'un visa n'apparaît qu'en troisième position derrière la minorité ou les liens familiaux⁹⁵⁷. En outre, le droit de l'Union prévoit explicitement l'extinction de ce critère 6 mois après l'expiration du visa. Par conséquent, le lien de causalité entre délivrance d'un visa et responsabilité du traitement d'une demande d'asile subséquente ne serait pas systématique. D'autre part, quand bien même ce lien de causalité existerait, le Règlement Dublin ne s'y oppose pas. L'objectif de ce système de répartition n'est pas d'interdire aux personnes en besoin de protection internationale de choisir leur État d'accueil, d'asile et de protection mais plutôt de leur garantir l'accès à une procédure de détermination du statut⁹⁵⁸. La délivrance de visas aux fins de demander l'asile ne ferait que venir renforcer la réalisation de l'objectif du système et non le menacer.

⁹⁵⁵ CJUE, *X. X. contre Belgique*, préc., §48.

⁹⁵⁶ Règlement (UE) n° 604/2013, article 12.

⁹⁵⁷ Le Règlement « Dublin III » hiérarchise les critères de détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile. Le premier critère est la minorité du demandeur d'asile. Dès lors que celui-ci n'est pas majeur, qu'il n'est pas accompagné d'un adulte susceptible d'assurer sa prise en charge et qu'il n'est pas envisageable de procéder à sa réunification avec un adulte présent régulièrement sur le territoire d'un autre État membre et en capacité d'assurer sa prise en charge, l'État responsable du traitement de sa demande d'asile est l'État membre dans lequel il se trouve au moment du dépôt de cette demande. À défaut, c'est-à-dire lorsque le demandeur est majeur, l'État membre responsable du traitement de sa demande est l'État membre sur le territoire duquel se trouve, régulièrement, son conjoint ou son enfant mineur. À défaut, c'est-à-dire lorsque le demandeur est majeur et qu'il n'a aucun lien familial avec une personne en situation régulière dans l'un des États membres, l'État responsable est celui qui lui a délivré un visa ou un titre de séjour ou bien dans lequel le demandeur a déjà déposé une demande d'asile. À défaut, l'État membre responsable est l'État dans lequel la présence du demandeur s'est manifestée pour la première fois. À défaut de toute trace dans un autre État membre, l'État responsable est l'État dans lequel le demandeur forme sa demande d'asile. Règlement (UE) n° 604/2013 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, articles 7 à 15.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, préambule, point 5 et article 3.

377. L'interprétation de l'article 25 du Code des visas, à la lumière des droits fondamentaux garantis au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, n'aurait pas forcément créé une obligation de délivrer ces visas. Elle aurait pu simplement imposer aux États membres une obligation de motiver les refus de visas à validité territoriale limitée en prenant en considération les risques graves, réels et directement causés par le refus de violations des droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union relatifs à la dignité humaine, au droit à la vie, à l'intégrité de la personne et à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Dans cette hypothèse, les États membres conserveraient une marge d'appréciation dans l'évaluation des risques encourus et directement liés à un refus de visa⁹⁵⁹. Il convient tout de même de noter que les juges de Luxembourg ont considéré que les risques en l'espèce étaient établis⁹⁶⁰. La décision de déclarer le Code des visas inapplicable prive les personnes en besoin de protection internationale de l'utiliser comme une voie légale d'accès au territoire des États membres de l'Union. Or, le droit de l'Union européenne ne comporte pas d'autres dispositions contraignantes à l'égard des États membres susceptibles d'ouvrir de réelles voies d'accès à ces personnes. En effet, le mécanisme de réinstallation est basé sur le volontariat. Il suppose, par ailleurs, que le besoin de protection internationale des personnes candidates ait déjà été évalué. La fragilité des arguments juridiques retenus confirme l'aspect politique de cette décision.

378. Par peur d'une « invasion » des consulats des États membres et d'une déstabilisation du système Dublin, la Cour a choisi de ne pas donner de réponse aux questions qui lui étaient posées. Pourtant, si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, il est impossible d'infléchir l'objectivité du droit en raison des répercussions prévisibles d'une telle décision⁹⁶¹.

⁹⁵⁹, Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOZZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, préc., §128.

⁹⁶⁰ CJUE, *X. X. contre Belgique*, préc., §33.

⁹⁶¹ S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir la protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : XX ou quand le silence est signe de faiblesse », *Newsletter EDEM*, mars 2017, p. 3. CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman contre Belgique*, C-415/93, §77.

2. La confusion des arguments retenus

379. Le raisonnement de la Cour pour déclarer l'inapplicabilité du Code des visas aux demandes de visas aux fins de déposer une demande d'asile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne repose sur trois arguments principaux. Ces trois arguments sont à la fois confus et critiquables.

380. En premier lieu, la Cour, reprenant le raisonnement de la Commission, estime que le Code des visas ne peut être appliqué aux demandes de visas d'asile car la durée du séjour prévisible du demandeur serait incompatible avec la durée maximum de 90 jours inhérente aux visas de courts séjours régis par le Code. Dans le cas d'espèce présenté à la Cour, il est vrai que le séjour de la famille syrienne en Belgique aurait probablement excédé 90 jours. L'issue probable de leur entrée en Belgique aurait été la formation d'une demande d'asile, la reconnaissance de leur besoin de protection internationale menant à leur installation durable, pour autant que ce besoin persiste, sur le territoire. Pourtant, trois observations peuvent être faites. D'abord, compte tenu de l'évidence des besoins de protection internationale des demandeurs et du fait que ceux-ci auraient déjà été préalablement observés par les autorités consulaires belges et par l'administration centrale, appelée à intervenir dans la procédure de délivrance de visa humanitaire, il n'est pas impossible que le temps entre l'arrivée sur le territoire et la reconnaissance du statut de réfugié ou du bénéfice de la protection subsidiaire soit entré dans le délai de 90 jours. Ensuite, dans le cas où cette procédure aurait excédé les 90 jours, les demandeurs auraient pu demander à bénéficier d'une prorogation de leur visa à validité territoriale limitée telle qu'elle est explicitement prévue à l'article 33 du Code des visas⁹⁶². À cet égard, le manuel des visas précise que la prorogation est obligatoire lorsque des raisons de force majeure empêchent le bénéficiaire de quitter le territoire et qu'elle est simplement possible lorsque ces raisons sont humanitaires⁹⁶³. L'exemple donné pour illustrer ces dernières est le cas d'une maladie grave et soudaine du bénéficiaire ou de l'un de ses proches vivant sur le territoire d'un État membre. Or, le même manuel indique que les visas à validité territoriale limitée peuvent être délivrés à des personnes afin qu'elles puissent bénéficier de soins urgents et vitaux dans un État membre, ou bien qu'elles puissent se rendre au chevet de l'un de leurs proches dans un état médical critique⁹⁶⁴. Ainsi, dans ce cas de figure

⁹⁶² Code des visas, article 33.

⁹⁶³ Manuel des visas, p. 133

⁹⁶⁴ Cf. *supra*, §102.

particulier, les bénéficiaires présentent également un risque de demander une prorogation de la durée de leur visa au-delà de 90 jours. On peut rationnellement imaginer que ces mêmes personnes puissent, une fois sur le territoire de l'un des États membres, déposer une demande de titre de séjour en qualité d'étranger malade arguant du fait qu'elles souffrent d'une maladie grave, nécessitant une prise en charge particulière et que cette prise en charge n'est pas accessible dans leur État d'origine. À cet égard, le droit de l'Union non seulement s'applique mais prévoit la délivrance du visa uniforme ou à validité territoriale limitée. Il est donc étonnant que la Cour conclue à l'inapplicabilité du Code des visas aux personnes en besoin de protection internationale sollicitant la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée. En effet, elles semblent présenter un risque similaire aux personnes malades ou proches d'une personne malade de dépasser la période de 90 jours et de former une demande de titre de séjour leur permettant de s'installer sur le territoire d'un État membre⁹⁶⁵. Enfin, la prise en compte de l'intention des demandeurs en elle-même est critiquable. L'article 32 du Code des visas prévoit explicitement les cas de refus de visa uniforme fondés sur l'intention du demandeur de ne pas respecter la période de validité de son visa⁹⁶⁶. Toutefois, l'article 32 ne doit pas s'appliquer aux demandes de visas à validité territoriale limitée⁹⁶⁷. Par conséquent, l'intention des demandeurs sur la volonté de retour ne devrait pas pouvoir être prise en considération.

381. En deuxième lieu, il semble que la Cour mélange demande d'asile et demande de visa aux fins de déposer une demande d'asile. En effet, la Cour invoque l'article 78 TFUE, l'article 3 paragraphes 1 et 2 de la directive « Procédure » et les articles 1 et 3 du règlement Dublin, qui circonscrivent l'application du droit de l'Union européenne aux demandes d'asile présentées sur le territoire des États membres, et non auprès des représentations diplomatiques et consulaires des États membres, pour justifier l'inapplicabilité du Code des visas à la demande de visa en cause⁹⁶⁸. Or, une demande de visa n'implique pas le déclenchement du régime d'asile européen commun. La procédure de visa est avant tout une évaluation des risques, notamment migratoires, économiques ou sécuritaires, que le demandeur présente pour les États membres de l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'une procédure de détermination du statut. Bien au contraire, le droit de l'Union prévoit des

⁹⁶⁵ K. PARROT, « Le Code communautaire des visas contre le droit d'asile », *op. cit.*, p. 71.

⁹⁶⁶ Code des visas, article 32-1, a), iii et 32-1, b).

⁹⁶⁷ L'article 32 débute par la mention « Sans préjudice de l'article 25, paragraphe 1, le visa est refusé :... »

⁹⁶⁸ CJUE, XX *contre Belgique*, préc., §49.

dispositifs spécifiques d'accueil, de procédure et de critères d'évaluation pour prendre le relai du traitement des personnes en besoin de protection internationale une fois qu'elles atteignent le territoire, peu importe les conditions de leur entrée sur celui-ci. Tout au plus, les consulats sollicités pour la délivrance des visas aux fins de déposer une demande d'asile n'auraient qu'à évaluer *prima facie* l'absence de caractère manifestement mal-fondé d'une future demande d'asile comme cela est pratiqué dans les zones d'attente ou autres centres d'enregistrement et de tri des primo-arrivants. Alors que la Cour semble vouloir marquer la distinction entre le régime des visas et celui de l'asile, l'analyse de son raisonnement fait apparaître la conséquence contraire. En effet, fonder l'inapplication du Code sur le fait que le séjour des demandeurs serait forcément de plus de 90 jours au titre de l'asile équivaut finalement à nier la distinction entre les deux régimes pourtant indépendants en droit de l'Union⁹⁶⁹.

382. En troisième lieu, la Cour laisse apparaître une confusion entre la notion d'applicabilité du Code à la demande et celle de motif de refus de la demande. Le demande de visa et le refus qui lui a été opposé ont tous deux été fondés sur le Code des visas de l'Union et rédigés à partir des modèles et formulaires contenus en annexe de ce Code. La Cour aurait donc pu confirmer le refus de visa sans en arriver à déclarer le Code inapplicable à l'affaire⁹⁷⁰.

383. En tout état de cause, l'arrêt *X. X contre Belgique* rendu par la CJUE en 2017 est allé à l'encontre de la pratique de certains États membres qui estimaient jusqu'alors que le Code des visas fondait la délivrance de visas humanitaires, délivrés notamment dans le cadre d'opérations d'évacuation ou de réinstallation, à des personnes dont la volonté de former une demande d'asile une fois arrivées sur le territoire des États membres était parfaitement claire⁹⁷¹. Au-delà de la fragilité des arguments juridiques retenus par la Cour pour s'extraire de la question de l'obligation pour les États membres de délivrer des visas aux personnes fuyant des persécutions et des mauvais traitements dans leur pays d'origine ou de résidence, l'arrêt permet, à tout le moins, d'établir la certitude que les requérants sont exposés à des

⁹⁶⁹ B. DELZANGLES, A. LOUVAIS, « Visas humanitaires et Charte des droits fondamentaux : la confrontation n'a pas eu lieu », *op. cit.*, p. 172.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 176. K. PARROT, « Le Code communautaire des visas contre le droit d'asile », *op. cit.*, p. 71. S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir la protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : XX ou quand le silence est signe de faiblesse », *op. cit.*

⁹⁷¹ C. PEYRONNET, T. RACHO, « « Ceci n'est pas un visa humanitaire » : La Cour de justice neutralise l'article 25 §1 a) du code des visas », *op. cit.*

traitements contraires à leurs droits fondamentaux du fait du refus de visa⁹⁷². Certains observateurs affirment que la Cour aurait pu statuer, non pas en opportunité politique afin d'échapper à une question excessivement sensible, mais en cohérence juridique avec sa jurisprudence antérieure.

B. Les autres options jurisprudentielles

384. L'interprétation systématique et téléologique du Code des visas aurait pu donner lieu à une décision différente. Ainsi, la combinaison de l'article 25 §1 prévoyant la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée pour des raisons humanitaires ou pour honorer des obligations internationales avec l'article 32 § 1 indiquant que la volonté des demandeurs quant à leur retour dans leur pays d'origine ne devait pas être un motif de refus de visa à validité territoriale limitée aurait pu constituer le fondement de délivrance d'un visa humanitaire. Les juges auraient alors dû trancher sur la véritable question qui leur était posée, à savoir si cette délivrance pouvait être ou non considérée comme une obligation pour les États membres. Sans prospecter sur ce qu'aurait pu être la réponse des juges de Luxembourg, il est possible de présenter divers arguments jurisprudentiels en faveur de l'établissement de la compétence de la Cour pour statuer sur les demandes de visas d'asile.

385. Premièrement, quelques mois après cette affaire, la Cour a reconnu sa compétence du fait que les formulaires de demande et de refus utilisés dans la procédure de demande de visa concernée étaient ceux présentés en annexe du Code des visas⁹⁷³. Dans le même ordre d'idée, la Cour déclare que les décisions de refus de visa opposées par les États doivent être conformes aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux dès lors qu'elles sont prises en application de l'article 32 du Code des visas⁹⁷⁴. Par ailleurs, la Cour aurait pu adopter une position similaire à celle déjà adoptée, en 2013, dans l'arrêt *Koushkaki contre Allemagne*⁹⁷⁵. La CJUE devait réagir au refus des autorités consulaires allemandes de délivrer un visa à un ressortissant iranien au motif que sa volonté de retour à l'expiration de son visa pouvait être mise en doute. Les juges ont rappelé que, quand bien même une marge d'appréciation était laissée aux États membres pour évaluer la volonté du demandeur de respecter les dates de

⁹⁷² CJUE, *XX contre Belgique*, préc., §33.

⁹⁷³ CJUE, 13 décembre 2017, *Al Hassani contre Pologne*, C-403/16, §34.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, §37.

⁹⁷⁵ CJUE, *Koushkaki*, préc., §73.

validité de son visa, cette question était soumise à sa compétence d'interprétation dans l'objectif nécessaire d'harmonisation des conditions de délivrance des visas Schengen. En toute cohérence jurisprudentielle, la Cour aurait pu estimer que la question préjudicielle posée par la juridiction belge dans l'affaire *X.X* relevait de sa compétence, considérant que le refus de visa était basé sur le même doute quant à la volonté de retour⁹⁷⁶.

386. Deuxièmement, la question préjudicielle impliquait de savoir si la Charte des droits fondamentaux devait trouver à s'appliquer dans l'affaire. En d'autres termes, il convenait de savoir si la décision de refus de visa constituait une mise en œuvre du droit de l'Union déclenchant un examen de conformité de la décision de refus de visa au regard des dispositions de la Charte des droits fondamentaux. La Cour de justice a déjà jugé que ce lien de rattachement est aisément satisfait dès lors qu'une mesure ayant un impact sur les libertés fondamentales est en cause⁹⁷⁷. En outre, les juges ont déjà considéré que l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union était nécessaire afin d'éviter que les variations de protection des droits fondamentaux entre les droits internes portent atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union, quand bien même l'affaire au principal n'était pas directement régie par le droit de l'Union⁹⁷⁸. Par conséquent, même à considérer que le régime des visas aux fins de déposer une demande d'asile sur le territoire de l'un des États membres relève du droit national de cet État, les juges de Luxembourg auraient pu déclencher un examen de conformité du refus de visa au regard des dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

⁹⁷⁶ B. DELZANGLES, A. LOUVAIS, « Visas humanitaires et Charte des droits fondamentaux : la confrontation n'a pas eu lieu », *op. cit.*, p. 174. S. PEERS, « Do potential asylum-seekers have a right to a Schengen visa? », 20 janvier 2014, en ligne [<http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/01/do-potential-asylum-seekers-have-right.html>].

⁹⁷⁷ CJUE, Grande chambre, arrêt du 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10 et C-493/10, §68. Dans cette affaire, la Cour statue en matière d'asile considérant que lorsque les États membres appliquent un règlement de l'Union européenne (en l'espèce, le Règlement Dublin), la Charte des droits fondamentaux s'applique quand bien même l'une des dispositions (en l'espèce, la clause de souveraineté permettant à un État membre de se déclarer responsable du traitement d'une demande d'asile alors même que les critères de détermination du système Dublin désignent un autre État membre) prévoit explicitement la possibilité pour l'État concerné de faire usage d'un très large pouvoir d'appréciation dès lors que ce pouvoir ne peut être exercé que dans le respect des autres dispositions du Règlement. Voir également, CJUE, arrêt du 30 avril 2014, *Robert Pflieger*, C-390/12, §36 « il s'avère qu'une réglementation nationale est de nature à entraver l'exercice de l'une ou de plusieurs libertés fondamentales garanties par le traité, elle ne peut bénéficier des exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier cette entrave que dans la mesure où cela est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Cette obligation de conformité aux droits fondamentaux relève à l'évidence du champ d'application du droit de l'Union et, en conséquence, de celui de la Charte ».

⁹⁷⁸ CJUE, arrêt du 6 mars 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13, §12.

387. Troisièmement, la Cour a déjà exercé sa compétence dans des affaires qui ne relevaient pas *stricto sensu* des compétences de l'Union européenne⁹⁷⁹. Ainsi, en 2003, dans l'arrêt *Garcia Avello*, les juges ont imposé le respect du droit de l'Union européenne pour résoudre une question de changement de nom régie en principe entièrement par le droit national⁹⁸⁰. De même, en 2011, dans l'affaire *Zambrano*, les juges ont admis qu'une situation purement interne puisse finalement être contrôlée au regard du droit de l'Union dans la mesure où un citoyen de l'Union se voit obligé en fait de quitter le territoire de l'Union et se trouve conséquemment privé de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut aux citoyens de l'Union européenne⁹⁸¹. La Cour de Justice aurait donc pu conclure à l'exercice de sa

⁹⁷⁹ J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, « Chroniques. Droit européen des migrations », *Journal de droit européen*, 2017, p. 112 ; K. PARROT, « Le Code communautaire des visas contre le droit d'asile », *op. cit.*, p. 72.

⁹⁸⁰ CJUE, arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, §§25-29. Dans cette affaire, un couple dont le mari était espagnol et la femme belge, demandait le changement de nom de famille de leurs deux enfants nés et résidant en Belgique dans le but de faire figurer le premier nom de famille du père suivi du nom de famille de la mère conformément à la tradition espagnole. La demande avait été rejetée par les autorités belges au motif qu'en Belgique les enfants portaient en principe le nom de leur père. Le père avait formé un recours invoquant le droit de l'Union. Les juridictions internes avaient écarté le droit de l'Union au motif que les questions de changement de nom de famille relevaient exclusivement du droit interne et que les enfants étaient belges, nés en Belgique et résidant en Belgique et qu'ils n'avaient pas fait usage de leur liberté de circulation en tant que citoyens de l'Union. La CJUE a considéré que la situation relevait du droit de l'Union, §25 « Si, en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire (voir, par analogie, arrêt du 2 décembre 1997, *Dafeki*, C-336/94, Rec. p. I -6761, points 16 à 20) et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres (voir, notamment, arrêt du 23 novembre 2000, *Elsen*, C-135/99, Rec. p. I -10409, point 33) ».

⁹⁸¹ CJUE, Grande chambre, arrêt du 8 mars 2011, *Zambrano*, C-34/09, §§41-42. Dans cette affaire, monsieur Zambrano, ressortissant colombien résidant en Belgique était opposé à l'Office national de l'emploi à propos du refus de ce dernier de l'admettre au bénéfice des allocations de chômage en raison de l'irrégularité de son séjour en Belgique. Monsieur et madame Zambrano, également colombienne, résidaient irrégulièrement en Belgique. Trois enfants sont nés de leur union, en Belgique. La loi colombienne ne reconnaissant pas la nationalité colombienne aux enfants nés hors de la Colombie, ceux-ci ont acquis la nationalité belge. Monsieur Zambrano n'a pas été en mesure de faire régulariser son droit au séjour en qualité de parent d'enfants belges. Il a formé un recours invoquant le droit de l'Union pour obtenir un droit au séjour en qualité de membre de la famille d'un ressortissant de l'Union. La Belgique a refusé d'appliquer le droit de l'Union considérant que les enfants de monsieur Zambrano étaient nés en Belgique, résidaient en Belgique et n'avaient jamais fait usage de leur droit à la libre circulation dans un autre État membre. La Cour admet que le droit au séjour relève du droit interne. Elle précise cependant que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres et que « dans ces conditions, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union (voir, en ce sens, arrêt *Rottmann*, précité, point 42). Or, le refus de séjour opposé à une personne, ressortissant d'un État tiers, dans l'État membre où résident ses enfants en bas âge, ressortissants dudit État membre, dont elle assume la charge ainsi que le refus d'octroyer à cette personne un permis de travail auront un tel effet. Il doit, en effet, être considéré qu'un tel refus de séjour aura pour conséquence que lesdits enfants, citoyens de l'Union, se verront obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents. De la même manière, si un permis de travail n'est pas octroyé à une telle personne, celle-ci risque de ne pas disposer de ressources nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille, ce qui aurait également pour conséquence que ses enfants, citoyens

compétence et interpréter le Code des visas relativement à la question des visas humanitaires, en acceptant l'applicabilité du Code lui-même ou bien celle de la Charte des droits fondamentaux. Au-delà de ces deux possibilités, il ressort que le régime des visas aux fins de déposer une demande d'asile sur le territoire d'un des États membres de l'Union européenne relèverait de l'application d'autres dispositions primaires et dérivés du droit de l'Union, quand bien même l'Union n'aurait pas encore exercé sa compétence en matière de visa de long séjour.

§2. Discussion autour de l'applicabilité du reste du droit de l'Union

388. Si, dans un premier temps, la conclusion d'inapplicabilité du Code des visas à la situation en cause a été discutée, il convient maintenant de remarquer que la Cour de Justice n'a pas cherché plus avant à savoir si la décision des autorités belges pouvait être considérée comme une mise en œuvre du reste du droit de l'Union. À ce titre, la décision de refus de visa aurait dû subir un contrôle de conformité au respect des droits fondamentaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, il est possible, en prenant un peu de distance avec l'affaire spécifiquement en cause dans l'arrêt *X.X. contre Belgique*, de s'interroger, d'une part, sur le point de savoir si un refus de visa d'asile qu'il soit de court ou de long séjour ne devrait pas être considéré comme une application directe du droit primaire de l'Union européenne (A) voire d'une mise en œuvre du droit dérivé autre que le Code des visas de l'Union (B).

A. La mise en œuvre du droit primaire de l'Union européenne

389. Dès lors que la réflexion atteint le point de savoir si une décision individuelle prise par l'un des États membres relève ou non du droit de l'Union, il convient d'examiner la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres dans le domaine concerné. Il appert qu'en matière de visa de long séjour, la compétence est partagée (1). Toutefois, le silence du législateur européen en la matière contribue à renforcer la confusion. Par conséquent, il faut en outre s'intéresser plus amplement aux buts et objectifs de l'Union

de l'Union, se verraient obligés de quitter le territoire de celle-ci. Dans de telles conditions, lesdits citoyens de l'Union seront, de fait, dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ».

européenne dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice afin de déterminer le degré de rattachement d'une décision de refus de visa humanitaire ou aux fins de demander l'asile (2).

1. Les visas long séjour, une compétence partagée

390. Au terme de l'article 4-2 j) TFUE, l'Union européenne dispose d'une compétence partagée avec les États membres dans le domaine relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cela signifie, conformément à l'article 2 du même traité, que l'Union et les États membres peuvent chacun légiférer et adopter des actes contraignants dans ce domaine. Toutefois, les États membres ne peuvent exercer leur compétence que dans la mesure où l'Union n'a pas encore exercé la sienne ou bien a décidé de cesser de le faire. En application du principe d'attribution, l'Union européenne ne peut exercer ses compétences que dans les domaines identifiés. Le protocole n° 8 annexé au traité fondateur souligne même que « lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine ». En revanche, lorsque les États membres se saisissent de la possibilité de légiférer dans un domaine relevant de la compétence partagée, dans l'hypothèse où l'Union ne l'a pas encore exercé ou a cessé de le faire, ils doivent respecter le cadre global du droit de l'Union, notamment les droits garantis par la Charte des droits de l'Union européenne.

391. Le titre V dédié à l'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein du TFUE précise que l'Union européenne développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures⁹⁸². Le chapitre 2 détaille précisément toutes les compétences attribuées à l'Union pour réaliser ces objectifs. En matière de visa, plus spécifiquement, il est prévu d'une part que le Parlement européen et le Conseil statuent selon la procédure législative ordinaire pour adopter des mesures tant sur la politique commune des visas et d'autres titres de séjour de courte durée tels que les visas à validité territoriale limitée dits visas humanitaires ou les autorisations provisoires de séjour au titre de l'asile par exemple⁹⁸³. D'autre part, il est prévu que l'Union européenne puisse adopter des mesures

⁹⁸² Article 67-2 TFUE.

⁹⁸³ Article 77-2, a)

dans les mêmes conditions concernant « les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que les normes concernant la délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial »⁹⁸⁴. Ainsi, la compétence de l'Union européenne en matière de visas de long séjour est établie.

392. Dans l'arrêt *X. X. contre Belgique*, la Cour a considéré que l'Union n'était pas encore intervenue relativement à cet élément du domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁹⁸⁵. Elle en a déduit que cette question relevait donc uniquement du droit interne des États membres. Deux séries de remarques doivent être apportées pour nuancer ces affirmations. Premièrement, les États membres sont habilités à adopter des normes pour régir la délivrance des visas de long séjour. Cependant, les actes et décisions prises par les États membres en application de ces normes nationales ne doivent pas porter atteinte aux normes prises par l'Union européenne relativement aux autres éléments relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁹⁸⁶. Or, il serait possible de considérer que la multiplication voire la systématisation des refus de visa aux fins de demander l'asile, cumulée à la densification des mécanismes d'interception des personnes en besoin de protection internationale non ou mal documentées, entre en contradiction non avec la lettre mais avec l'esprit du RAEC qui vise, lui, à assurer l'accueil de ces personnes ainsi qu'à organiser le traitement de leur demande ainsi que leur protection. Deuxièmement, l'Union européenne a déjà légiféré en matière de visa de long séjour dans trois domaines : le regroupement familial ou la réunification familiale⁹⁸⁷, le visa de long séjour en qualité de membre de la famille d'un ressortissant de l'Union qu'il ait

⁹⁸⁴ Article 79-2, a)

⁹⁸⁵ CJUE, *XX contre Belgique*, préc., §44.

⁹⁸⁶ Article 4 TUE, « 1. Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. 2. L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. 3. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les 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 ».

⁹⁸⁷ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

ou non exercé sa liberté de circulation au sein de l'Union⁹⁸⁸ et en matière de réinstallation⁹⁸⁹. En effet, l'Union européenne a fixé des critères communs de délivrance des autorisations de regroupement familial tout en prévoyant des dispositions plus favorables pour la réunification des personnes protégées. À ce titre, les États membres sont tenus de délivrer des visas de long séjour dès lors que la demande de regroupement est acceptée⁹⁹⁰. En ce qui concerne les membres de la famille des citoyens de l'Union européenne qui ont la nationalité d'un État tiers, les autorités consulaires des États membres sont tenues de délivrer des visas d'installation sans frais, dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée⁹⁹¹. Les textes adoptés ou proposés par l'Union européenne pour encadrer la réinstallation n'abordent pas la question spécifique des visas délivrés aux fins de déposer une demande d'asile sur le territoire de l'un des États membres. Pourtant, les mesures prises par l'Union européenne dans ce domaine ont nécessairement des incidences sur la pratique voire sur la législation des États membres en matière de visas de court ou long séjour d'asile. En tout état de cause, les décisions nationales des États membres en la matière ne sauraient porter atteinte aux objectifs plus généraux du droit primaire régissant la politique migratoire.

2. Les refus de visa de long séjour au regard des objectifs du droit primaire

393. Quand bien même la Cour de justice persisterait à considérer que le Code des visas de l'Union n'est pas applicable aux demandes de visas formulées dans l'objectif de déposer une demande d'asile sur le territoire des États membres, il est important de noter que, dans certaines circonstances, la délivrance ou le refus de ce visa constitue la condition de déclenchement de la réalisation des objectifs du droit primaire en matière migratoire (a). Par ailleurs, la décision prise par les autorités consulaires nationales sur la demande déposée a nécessairement des incidences sur la réalisation de ces objectifs (b).

⁹⁸⁸ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁹⁸⁹ Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration ». Voir aussi la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation du 13 juillet 2016, COM (2016) 468 final.

⁹⁹⁰ Directive 2003/86, article 13.

⁹⁹¹ Directive 2004/38, article 5.

a. Le visa d'asile comme moyen de déclenchement du système d'asile européen commun

394. La CJUE a déjà admis qu'une matière ne relevant pas du droit dérivé de l'Union puisse relever directement du droit primaire⁹⁹². Par ailleurs, les juges de Luxembourg ont également admis qu'une situation purement interne puisse finalement être contrôlée au regard du droit de l'Union.⁹⁹³ Certains commentateurs ont avancé que la Cour de justice pourrait procéder par analogie en ce qui concerne les refus de visas demandés dans le but de déposer une demande d'asile sur le territoire de l'un des États membres. Ainsi, la Cour pourrait intégrer dans le droit de l'Union une situation qui pourrait être qualifiée de purement externe si un ressortissant d'État tiers se voit obligé en fait d'entrer sur le territoire de l'Union pour bénéficier de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut aux personnes en besoin de protection internationale⁹⁹⁴. Les auteurs de cette proposition arguent du fait que cette interprétation aurait le mérite d'offrir une réponse effective au droit de quitter tout pays, y compris le leur, de ces personnes sans impliquer ni suppression du pouvoir souverain de contrôler les entrées sur le territoire ni obligation de délivrer des visas. Elle créerait simplement une obligation de motiver les refus de visa d'asile au regard de l'essentiel des droits garantis aux personnes en besoin de protection internationale. Dans les situations dans lesquelles il n'existe aucune solution alternative qui permettrait aux personnes en besoin de protection internationale d'atteindre le territoire de l'Union, le visa constitue donc la seule modalité de déclenchement de l'ensemble de la politique commune de l'asile. En effet, l'article 78 TFUE prévoit que l'Union développe une politique commune en matière d'asile. Le Parlement et le Conseil doivent, par la procédure législative ordinaire, adopter des mesures relatives au statut de réfugié, au statut de protection subsidiaire, à un système commun de protection temporaire en cas d'afflux massif, à une procédure commune de détermination du statut, à des critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile, aux conditions matérielles d'accueil ainsi qu'à la coopération avec les États tiers pour gérer les flux de personnes en besoin de protection internationale. À ce titre, il est donc délicat d'affirmer que les visas d'asile ne relèvent que du droit national tant

⁹⁹² CJUE, Grande Chambre, arrêt du 15 novembre 2011, *Dereci et autres contre Autriche*, C-256/11, §§64, 66 et 67.

⁹⁹³ CJUE, *Zambrano*, préc., §§42-45.

⁹⁹⁴ J.-Y. CARLIER, L. LÉBOEUF, « Chroniques. Droit européen des migrations », *op. cit.*, p. 113.

L'importance quant à leur délivrance ou à leur refus est importante sur le déclenchement, l'entretien et la pratique du régime d'asile européen commun.

b. Le visa d'asile comme modalité de réalisation des autres objectifs de la politique migratoire

395. L'article 79 TFUE dispose que l'Union européenne « développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci ». Or, il semble que la délivrance ou le refus des visas d'asile par les autorités consulaires nationales aient un impact très important sur les trois objectifs fixés par cet article. Premièrement, conformément aux dispositions du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières⁹⁹⁵, la délivrance de visa est l'une des modalités efficaces pour parvenir à une gestion des flux migratoires. Deuxièmement, la délivrance des visas d'asile semble également aller dans le sens d'un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur le territoire des États membres. Certes, les demandeurs de visa d'asile n'entrent pas dans cette catégorie. Toutefois, ils ont vocation à y entrer dès qu'ils ont atteint le territoire ou la juridiction des États membres. Par conséquent, il est inéquitable de traiter différemment des personnes concernées par un besoin similaire de protection internationale. D'un côté, les personnes ayant atteint le territoire de façon irrégulière bénéficient de l'intégralité des droits garantis aux demandeurs d'asile tandis que de l'autre les personnes présentant le même besoin se voient refuser l'accès au territoire, alors même qu'elles se plient aux modalités de contrôles des frontières extérieures prévues par le droit de l'Union. Troisièmement, la délivrance ou le refus de visas d'asile concernent des personnes particulièrement vulnérables du fait de leur besoin de protection internationale. Le refus de délivrance de visas d'asile par les autorités nationales peut précisément mettre en péril la politique commune de lutte contre le trafic illicite de migrants et la traite des êtres humains. En effet, les personnes en besoin de protection internationale n'ont, bien souvent, d'autres choix que de poursuivre leur exil de façon nécessairement irrégulière lorsque le visa

⁹⁹⁵ Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, préc.

d'entrée leur est refusé. Leur degré particulier de vulnérabilité fait d'elles des victimes privilégiées pour les réseaux de trafic et de traite.

396. En outre, l'article 37 TFUE prévoit que la politique migratoire de l'Union soit équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers⁹⁹⁶. Or, seule une harmonisation des conditions de délivrance et de refus des visas d'asile permettrait d'optimiser le traitement équitable entre les ressortissants tiers en besoin de protection internationale et demandeurs de ce type de visa⁹⁹⁷. Ainsi, vue sous cet angle, la question des visas d'asile pourrait être considérée comme relevant directement du droit primaire de l'Union. D'autant plus que, si le Code des visas de l'Union est considéré comme inapplicable à cette question, de nombreuses normes de droit dérivé de l'Union en sont touchées.

B. La mise en œuvre du droit dérivé de l'Union européenne

La décision de délivrer ou de refuser un visa de court ou long séjour aux fins de demander l'asile sur le territoire ne peut pas être totalement détachée du droit de l'Union en ce que sa teneur aura un impact sur toute la mise en œuvre du droit dérivé bien au-delà de la simple application du Code des visas de l'Union. Cette décision déclenchera la mise en œuvre de certains actes de droit dérivé relatif à la politique migratoire de l'Union (1) et déterminera le sens de l'application d'autres mesures relatives au régime d'asile européen commun (2).

1. Le refus de visa comme déclencheur ou modulateur de l'application de normes dérivées de la politique migratoire

397. Au-delà de l'application du Code des visas de l'Union, l'entrée de tous les ressortissants d'États tiers, y compris ceux qui seraient dispensés de l'obligation de visas court séjour et également ceux qui seraient concernés par une obligation de détenir un visa de long séjour, est régie par le Code frontières Schengen⁹⁹⁸. Or, les contrôles sur les personnes franchissant les frontières extérieures par ce code sont directement impactés par la présentation ou l'absence d'un visa d'entrée court ou long séjour. L'article 6 prévoit la présentation d'un visa

⁹⁹⁶ Article 67-2 TFUE.

⁹⁹⁷ Le risque d'une telle harmonisation est sans doute une harmonisation du moins-disant, selon le plus petit dénominateur commun.

⁹⁹⁸ Code frontières Schengen.

d'entrée pour les personnes qui n'en sont pas dispensées⁹⁹⁹. La satisfaction de cette condition d'entrée entraîne l'admission au séjour sur le territoire de l'Union. À l'inverse, les personnes non ou mal documentées doivent faire l'objet d'un refus d'entrée¹⁰⁰⁰. Toutefois, le Code frontières prévoit des dérogations pour les personnes en besoin de protection internationale. Celles-ci peuvent échapper au refus d'entrée en application de dispositions particulières relatives au droit d'asile et à la protection internationale ou à la délivrance de visas de long séjour. Ainsi, l'entrée sur le territoire des personnes en besoin de protection internationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union. Cette entrée se fera en application des règles de principe ou des règles dérogatoires selon que les autorités nationales consulaires auront délivré ou non un visa d'asile. Par conséquent, la décision prise selon le régime national des visas de long séjour aura un impact juridique sur la mise en œuvre du Code frontières Schengen ainsi qu'un impact pratique sur la charge de travail des agents dédiés aux contrôles des personnes franchissant les frontières extérieures. Le Code frontières charge ces derniers d'évaluer la possibilité de déroger aux règles d'entrée dans les mêmes circonstances que les autorités consulaires en matière de visa à validité territoriale limitée. Ainsi, les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas une ou plusieurs des conditions d'entrée peuvent être autorisés à entrer sur le territoire d'un État membre pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales¹⁰⁰¹. Il est important de noter que cette dérogation peut être appliquée indépendamment de la durée du séjour envisagé sur le territoire de l'État membre.

398. En outre, le refus de visa d'asile pourra être le déclencheur de l'application du système de sanctions des transporteurs¹⁰⁰². En effet, celui-ci doit s'appliquer dès lors qu'un transporteur international de passagers débarque un ressortissant de pays tiers non ou mal documenté au regard des obligations en matière de visa tant en droit de l'Union qu'en droit national. Du point de vue du demandeur de visa, le refus qui lui sera opposé, quand bien même il serait fondé sur le droit interne, aura des conséquences pratiques engendrées par le droit de l'Union européenne : difficultés à pouvoir acheter un billet d'avion ou de bateau et difficultés à pouvoir y embarquer. Eu égard à ces deux séries de considérations, il apparaît

⁹⁹⁹ *Ibid.*, article 6-1, b).

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, article 14.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, article 6-5, c).

¹⁰⁰² Cf. *supra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1. 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.

que la question des visas d'asile entretient des liens particulièrement étroits avec les dispositions du droit dérivé de l'Union en matière de politique commune de surveillance des frontières extérieures.

2. Le refus de visa comme déclencheur ou modulateur de l'application de normes dérivées en matière d'asile

399. En déclarant le Code des visas inapplicable aux demandes de visas d'asile, la décision de la Cour de justice crée un paradoxe en droit de l'Union européenne. Celui-ci régit l'entière du système de l'asile sur le territoire des États membres mais ne prévoit aucune voie légale pour y accéder. Le système d'asile européen commun exclut son application aux demandes d'asile déposées à l'extérieur du territoire. Pour autant, les demandes de visas d'asile ne sauraient être considérées comme des demandes d'asile, elles relèvent de la politique du contrôle des frontières extérieures et non de celle de l'asile. L'existence des personnes en besoin de protection internationale ayant atteint le territoire de l'Union est largement régie par le droit de l'Union. Il est donc difficile de soutenir que ce même droit pourrait ne rien avoir à voir avec les conditions pour atteindre ce territoire. Ce raisonnement consiste en fait à considérer que le déclenchement d'un système communautaire particulièrement complexe et global puisqu'il régit les conditions d'accueil, les conditions de procédure et la définition des statuts de protection, repose uniquement sur le droit national des États membres qui seraient seuls habilités à créer des voies légales d'accès au territoire pour les personnes en besoin de protection internationale.

400. D'ailleurs, le régime d'asile européen commun lui-même envisage la délivrance des visas sans exclure les visas aux fins de demander l'asile. Le Règlement Dublin III définit d'une part la notion de visa au sens d'autorisation d'un État membre prise en application du droit de l'Union ou de son droit national¹⁰⁰³. En ce sens, le Règlement Dublin III établissant le mécanisme de détermination de l'État responsable du traitement d'une demande internationale présentée sur le territoire européen envisage de réagir tant à la délivrance des visas de court séjour qu'à celle des visas de long séjour. Si petite soit-elle, une place est faite en droit de l'Union aux visas de long séjour aux fins de demander l'asile. Le Règlement prévoit en effet que la délivrance d'un visa de court ou long séjour constitue l'un des critères de

¹⁰⁰³ Règlement (UE) n° 604/2013, article 2.

détermination de l'État membre responsable¹⁰⁰⁴. Or, la portée de ce critère est importante. L'État responsable du traitement de la demande d'asile est également l'État en charge de la protection au titre de l'asile. Les transferts de protection d'un État membre à l'autre sont particulièrement délicats et rares. Ainsi, l'État désigné en début de procédure est celui qui prendra en charge la personne en besoin de protection internationale dans de nombreux aspects de son existence : droits sociaux, reconstitution de l'état civil, délivrance des documents de voyage, délivrance des visas et protection des membres de la famille de la personne protégée, accès à la nationalité. Les juges de Luxembourg avaient pleinement conscience de ce lien puisqu'ils ont statué en opportunité considérant qu'une obligation de délivrer des visas d'asile imposée aux États membres porterait atteinte au mécanisme Dublin III, en permettant à des personnes en besoin de protection internationale de choisir leur État membre de demande et de protection le cas échéant¹⁰⁰⁵.

401. En définitive, la décision prise par les autorités consulaires de refuser un visa à une personne faisant état de son besoin de protection internationale peut être considérée comme la mise en œuvre du droit de l'Union. À ce titre, elle devrait être conforme aux exigences de l'Union européenne en matière de respect des droits fondamentaux. Par ailleurs, si toutefois il n'était pas possible de contrôler sa conformité à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, il faut étudier la possibilité de confronter sa conformité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Section 2. L'irrecevabilité pour absence de juridiction des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme

402. Au regard des potentielles atteintes à leurs droits fondamentaux, des demandeurs d'asile en devenir ont également saisi la Cour européenne des droits de l'homme sur la conformité des refus aux articles de la Convention. Devant la Cour, la question de savoir si le refus de visa est une application du droit de l'Union ou du droit national est sans incidence. En revanche, l'attention doit être portée sur le point de savoir si l'État auteur de la décision de refus de visa exerçait sa juridiction sur le demandeur. En 2020, au terme d'une procédure

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, article 12.

¹⁰⁰⁵ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Paolo MENGOLZI dans l'affaire *X. X. contre Belgique*, préc., §48.

ayant fait l'objet de nombreuses conjectures¹⁰⁰⁶, la Cour a finalement conclu à l'irrecevabilité de la requête dans l'affaire *M.N. contre Belgique*¹⁰⁰⁷. Les juges ont considéré que l'État défendeur n'était pas tenu par ses obligations au titre de la Convention au motif qu'il n'exerçait pas sa juridiction sur les demandeurs de visa aux fins de demander l'asile. Tout comme celui de la CJUE, le raisonnement de la Cour EDH est discutable (§1). En droit, la jurisprudence de la Cour laissait entrevoir d'autres solutions possibles. En opportunité enfin, la décision de la Cour, mise en relation avec d'autres arrêts récents, semble créer une impasse dangereuse pour les personnes en besoin de protection internationale (§2).

§1. Discussion autour de la notion de juridiction extraterritoriale

403. Les arguments juridiques retenus par la Cour pour écarter l'exercice de la juridiction de la Belgique sur les demandeurs de visa d'asile ont fait l'objet de nombreuses critiques. La déclaration d'irrecevabilité de la requête semble avoir été influencée par le contexte migratoire et la charge politique de l'affaire (A). En effet, la Cour aurait pu faire ressortir d'autres précédents et modifier l'orientation de sa décision en reconnaissant l'exercice par les États parties d'un contrôle effectif sur les demandeurs de visas d'asile, ouvrant ainsi le contrôle sur les décisions de refus au regard des droits garantis par la Convention (B).

A. Le raisonnement de la Cour

404. Dans l'affaire *M.N. contre Belgique*, l'urgence humanitaire de la situation des requérants ne faisait aucun doute (1). Pour autant, la Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête en démontrant que la Belgique ne pouvait pas être tenue responsable du risque de traitements contraires à l'article 3 au motif qu'elle n'exerçait pas sa juridiction sur les requérants (2).

¹⁰⁰⁶ Certains commentateurs espéraient une issue plus favorable pour les requérants, voir notamment D. SCHMALZ, « Will the ECtHR shake up the European Asylum System? », 30 novembre 2018, en ligne [<https://verfassungsblog.de/will-the-ecthr-shake-up-the-european-asylum-system/>] ; M. DESPAUX, « The ECtHR confronted to a question on 'humanitarian visas'. An analysis of the pending case M.N. and Others v. Belgium (n° 3599/18) », 31 juillet 2019, en ligne [<https://internationallaw.blog/2019/07/31/the-ecthr-confronted-to-a-question-on-humanitarian-visas-an-analysis-of-the-pending-case-m-n-and-others-v-belgium-n-3599-18/>].

¹⁰⁰⁷ CEDH, Grande Chambre, décision du 5 mai 2020, *M.N. et autres contre Belgique*, n° 3599/18.

1. Rappel des faits

405. À l'origine de cette affaire se trouvaient des faits très similaires à ceux ayant généré l'arrêt *X.X. contre Belgique* rendu trois ans auparavant par la CJUE. Un couple syrien et leurs trois enfants en bas âge avaient quitté Alep pour déposer une demande de visa de court séjour à validité territoriale limitée auprès du consulat de Belgique à Beyrouth. La famille alléguait se trouver, en Syrie, dans une situation sécuritaire, sanitaire et humanitaire d'urgence absolue et souhaitait accéder à la Belgique pour y former leur demande d'asile. Les requérants visaient particulièrement la Belgique en raison du fort taux de reconnaissance du statut de réfugié aux ressortissants syriens ainsi que de la proposition d'accueil et d'hébergement faite par une famille belge avec laquelle ils étaient en contact. Le consulat de Belgique, conformément à la jurisprudence *X. X contre Belgique*, refusa cette demande au motif que les visas à validité territoriale limitée n'avaient pas vocation à permettre une entrée aux fins d'établissement sur le territoire de l'un des États membres. À la suite de ce refus, la famille syrienne déposa une demande de visa de long séjour auprès du même consulat en réitérant sa volonté de pouvoir bénéficier de la protection internationale sur le territoire belge. Le consulat de Belgique refusa à nouveau les demandes au motif cette fois qu'il n'existait aucune obligation à la charge de l'administration de délivrer des visas aux personnes en besoin de protection internationale et qu'une décision contraire consisterait à exiger des États membres de l'Union européenne qu'ils admettent toutes les personnes menacées par des situations catastrophiques. Les tribunaux internes belges suspendirent à plusieurs reprises les refus de visas, enjoignirent au consulat de réviser son raisonnement, en vain. La décision de refus de visa de court séjour à validité territoriale limitée fut confirmée en cassation en application de la jurisprudence de la CJUE. La décision de refus de visa de long séjour, elle, devint définitive faute de recours introduit dans les délais. Les requérants se tournèrent alors vers la Cour européenne des droits de l'homme. Ils se plaignaient que le refus des autorités belges de leur délivrer des visas court ou long séjour les exposait à des traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3, tant en Syrie qu'au Liban, sans possibilité effective d'y remédier conformément à l'article 13 garantissant le droit au recours effectif.

406. Après avoir entendu, outre les requérants et l'État défendeur, les observations de onze États parties au soutien de la thèse selon laquelle la Belgique ne saurait être tenue de délivrer

les visas demandés¹⁰⁰⁸, ainsi que les tierces interventions de six organisations non gouvernementales de protection des droits fondamentaux ou des droits des personnes en besoin de protection internationale soutenant la thèse contraire¹⁰⁰⁹, la Cour a finalement conclu à l'irrecevabilité de la requête. Cette acception restrictive du champ d'application et de la portée extraterritoriale des obligations des États parties a été donnée au terme d'un raisonnement qui semble motivé par la frilosité à l'égard de la création d'une obligation positive pour les États parties de délivrer des visas aux demandeurs d'asile¹⁰¹⁰ dans un contexte de crise migratoire¹⁰¹¹. La Cour s'est toutefois attachée à démontrer l'absence de juridiction de l'État défendeur.

2. Les fondements de la décision

407. Dans un premier temps, les juges ont fixé le cadre jurisprudentiel existant autour de la question de la juridiction extraterritoriale des États parties. Ils ont d'abord rappelé que la Convention européenne des droits de l'homme avait vocation à s'appliquer à toutes les personnes placées sous la juridiction des États parties en application de son article 1¹⁰¹². Ce critère d'exercice de juridiction est une condition *sine qua non* de l'engagement de la responsabilité des États parties¹⁰¹³. Ensuite, les juges ont réitéré l'affirmation selon laquelle la juridiction des États parties est, par principe, territoriale et, par exception, extraterritoriale¹⁰¹⁴. À ce titre, la Cour explique que, dans les cas où la question de la juridiction extraterritoriale d'un État partie est soulevée, celle-ci ne peut être caractérisée que par l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant cette conclusion¹⁰¹⁵. La Cour liste enfin les trois types de situations dans lesquelles elle a déjà reconnu l'exercice de la juridiction extraterritoriale

¹⁰⁰⁸ Allemagne, Croatie, Danemark, France, Hongrie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, République Tchèque, Royaume-Uni et Slovaquie.

¹⁰⁰⁹ Centre de conseil sur les droits de l'individu en Europe, Dutch Council for Refugees, Conseil européen sur les réfugiés et les exilés, Commission internationale de juristes, Ligue des droits de l'homme et Fédération internationale des ligues des droits de l'homme.

¹⁰¹⁰ C. COLLIN, « L'inapplicabilité de la Convention EDH aux demandes d'asile formées dans les ambassades et consulats : un dommage collatéral du visa humanitaire », *Dalloz*, 2020, p. 1348.

¹⁰¹¹ T. MAHESHE, « Expulsions collectives et crises migratoires », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017, en ligne [<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cour-eur-d-h-n-d-et-n-t-c-espagne-3-octobre-2017-req-n-8675-15-et-8697-15.html>].

¹⁰¹² Convention EDH, article 1 « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

¹⁰¹³ CEDH, *M.N contre Belgique*, préc., §97.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, §101.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, §102.

d'un État partie. Il s'agit, en premier lieu, des cas dans lesquels un des États parties exerçait un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire par l'intermédiaire de ses forces armées ou par le biais d'une administration locale qui lui était subordonnée¹⁰¹⁶. En deuxième lieu, la juridiction extraterritoriale d'un État partie peut découler de son usage de prérogatives de puissance publique dans une zone située au-delà de ses frontières¹⁰¹⁷. En troisième et dernier lieu, l'État partie peut exercer sa juridiction extraterritoriale lorsqu'il exerce un contrôle physique sur le requérant situé hors du territoire national¹⁰¹⁸. En revanche, la Cour exclut d'emblée l'hypothèse selon laquelle la juridiction extraterritoriale pourrait découler seulement de l'engagement de procédures contentieuses par le requérant contre un État partie¹⁰¹⁹.

408. Dans un second temps, ces principes ont été appliqués au cas d'espèce. La Cour reconnaît que les décisions de refus de visa ont été prises par l'administration centrale belge. De plus, elle admet que le fait de statuer sur des demandes de visas constitue l'exercice d'une prérogative de puissance publique mais que ces deux éléments ne suffisent pas à attirer les requérants sous la juridiction territoriale de la Belgique et qu'il faut, par conséquent, étudier la question de l'existence d'une juridiction extraterritoriale¹⁰²⁰. Pour cela, les juges recherchent « des circonstances exceptionnelles propres à conclure à un exercice extraterritorial par la Belgique de sa juridiction à l'égard des requérants ». L'objectif est de déterminer si, en fait, il existe un lien suffisamment étroit entre les requérants et la Belgique. Les juges relèvent d'abord qu'il n'existe aucun lien préexistant entre les requérants et l'État défendeur : les requérants n'y ont jamais séjourné et n'y entretiennent aucun lien de famille¹⁰²¹. Ensuite, la Cour élimine l'hypothèse d'un contrôle de la Belgique sur une zone du territoire libanais ou syrien. Le simple contrôle administratif que l'État belge exerce sur ses locaux consulaires n'est pas de nature à faire relever de la Belgique toutes les personnes qui y pénètrent¹⁰²². En outre, la juridiction extraterritoriale du fait des actions ou des omissions des agents consulaires est également déclarée inapplicable au motif qu'aucun lien supplémentaire de rattachement entre l'État défendeur et les requérants n'est caractérisé : les requérants ne sont pas ressortissants

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, §103.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, §104.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, §105.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, §108.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, §§110-112.

¹⁰²¹ *Ibid.*, §115.

¹⁰²² *Ibid.*, §116.

belges, ils n'ont pas été détenus au sein du consulat de Belgique¹⁰²³. Enfin, l'introduction d'une procédure contentieuse administrative à l'initiative des requérants ne suffit pas à les attirer sous la juridiction de l'État défendeur avec lequel ils n'entretiennent aucune autre relation. Ainsi, le lien de juridiction ne peut pas être autogénéré par le requérant¹⁰²⁴.

409. La Cour conclut donc à l'absence de juridiction de la Belgique tout en soulignant que toute décision contraire « 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 juridiction »¹⁰²⁵. La Cour préfère au contraire protéger le principe bien établi en droit international selon lequel les États parties ont le droit de contrôler l'entrée sur leur territoire. Cette dernière remarque des juges a généré de nombreuses observations. Plusieurs auteurs ont estimé que la Cour avait interprété sa propre jurisprudence en opportunité politique alors que d'autres solutions auraient pu être proposées sans pour autant impliquer de bouleversements majeurs.

B. Les autres options jurisprudentielles

410. La notion de juridiction est relativement complexe. Elle mérite donc quelques rappels (1) dans le but ensuite de démontrer que la Cour aurait pu opter pour d'autres solutions jurisprudentielles. En particulier, les juges auraient pu considérer que l'État défendeur exerçait une juridiction au titre des compétences diplomatiques et consulaires (2) ou encore au titre de prérogatives de puissance publique (3).

1. Rappel du droit

411. L'exercice de juridiction est, en principe, territorial. Il suit l'exercice des compétences de l'État qui a vocation à agir souverainement à l'intérieur de ses propres frontières en priorité et de façon plus exceptionnelle, au-delà. Ainsi, en conférant un caractère exceptionnel à

¹⁰²³ *Ibid.*, §118.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, §§122-123.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, §123.

L'exercice de la juridiction extraterritoriale, la Cour ne fait que tirer les conséquences de l'égalité souveraine des États en rappelant que chacun d'entre eux doit pouvoir exercer son pouvoir sur son territoire. La notion de juridiction et l'attribution d'un certain seuil de contrôle effectif pour que son exercice soit déclenché visent, avant tout, à éviter les situations de juridictions concurrentes entre l'État agissant territorialement et l'État agissant extraterritorialement¹⁰²⁶. Ainsi, sur un territoire donné, il existe une présomption d'exercice de juridiction par l'État territorial. Le degré de contrôle sur la situation en cause doit atteindre un certain seuil pour renverser cette présomption et conclure à l'exercice d'une juridiction extraterritoriale par un autre État. Cette limitation n'entrave pas cependant l'engagement de responsabilité concurrente de plusieurs États sur des fondements différents pour une même situation. La Cour rappelle tout de même dans la décision *M.N. contre Belgique* que « Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un État, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon -notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres États concernés¹⁰²⁷ ».

412. Le terme juridiction doit être distingué de celui de compétence quand bien même des liens existent entre les deux notions¹⁰²⁸. L'État dispose de compétences pour agir à l'intérieur ou à l'extérieur de ses frontières. Ces compétences s'exercent sur le fondement de titres reconnus par le droit international. Plus particulièrement, l'État peut exercer certaines de ses compétences en dehors de son territoire national en vertu de titres parmi lesquels figurent la nationalité, le pavillon ainsi que les relations diplomatiques et consulaires¹⁰²⁹. Dans ces situations spécifiquement prévues par le droit international d'exercice licite de compétences étatiques, la Cour estime que l'exercice extraterritorial de la juridiction est reconnu¹⁰³⁰. Cela

¹⁰²⁶ V. STOYANOVA, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Rights Law », *op. cit.*, pp. 21-22 ; T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Adjudicating Old Questions in Refugee Law: *MN and Others v Belgium* and the Limits of Extraterritorial Refoulement », 26 mai 2020, en ligne [www.eumigrationlawblog.eu].

¹⁰²⁷ CEDH, *M.N. contre Belgique*, préc., §99. La Cour cite ici pour la première fois un passage rarement relevé de la jurisprudence *Bankovic*. CEDH, Grande Chambre, décision du 24 octobre 2001, *Bankovic et autres contre Belgique*, n° 52207/99, §§56-59.

¹⁰²⁸ La confusion entre les deux termes peut naître de l'expression anglophone « *jurisdiction* » qui renvoie à la notion française de « compétence ». Pourtant, en français, dans la jurisprudence de la CIJ et dans celle de la CEDH, les deux notions sont distinctes.

¹⁰²⁹ CEDH, *Bankovic et autres contre Belgique*, préc., §59.

¹⁰³⁰ T. FLEURY-GRAFF, « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme « Jurisdiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : Adieu prudence ! » », *op. cit.*, p. 226 ; CEDH, arrêt du 29 mars 2010, *Medvedyev et autres contre France*, n° 3394/03, §65. CEDH, décision du 11 janvier 2001, *Xhavara et autres contre Italie et Albanie*, n° 39473/98.

ne signifie pas que l'État n'exercerait pas sa juridiction extraterritoriale dans les situations dans lesquelles il agit de façon illicite, sans titre¹⁰³¹. C'est l'autorité effective et non la souveraineté ou la légitimité du titre qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État¹⁰³². L'État peut donc être reconnu responsable de violations des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme alors qu'il agissait de façon illicite du point de vue du droit international en-dehors de ses frontières au motif qu'il exerçait un certain degré de contrôle sur la situation en cause. Ce contrôle doit être prouvé en faits dans chaque cas.

413. L'étude de la jurisprudence de la Cour sur la notion de juridiction fait ressortir plusieurs lignes stables dans un contexte relativement confus et casuistique¹⁰³³. La juridiction extraterritoriale peut être analysée sous l'angle du contrôle de l'État défendeur exercé sur le territoire de l'État tiers ou de la zone sur laquelle se sont déroulés les événements qui font l'objet d'une affaire ou sous l'angle du contrôle exercé par l'État sur la personne des requérants. À cet égard, l'arrêt *Al-Skeini* semblait avoir catégorisé trois sources de déclenchement de la juridiction extraterritoriale personnelle : les actes adoptés par les agents diplomatiques et consulaires, le pouvoir et le contrôle physique sur les personnes et l'exercice de prérogatives de puissance publique¹⁰³⁴. Dans l'arrêt *M.N. contre Belgique*, la Cour réduit cette catégorisation à deux branches dépendantes de la troisième : les actes adoptés par les agents diplomatiques et consulaires et l'exercice de prérogatives de puissance publique ne peuvent déclencher l'exercice de la juridiction extraterritoriale de l'État défendeur qu'à la condition qu'ils soient associés à un pouvoir ou un contrôle effectif sur les requérants.

¹⁰³¹ CEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou contre Turquie*, n° 15318/89, §52. CEDH, Grande chambre, arrêt du 29 janvier 2019, *Guzelhyurtlu et autres contre Chypre et Turquie*, n° 36925/07, §179.

¹⁰³² CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain)*, §118.

¹⁰³³ I. PANOUSSIS, « L'évolution de la « juridiction (*juris dictio*) » des cours supranationales », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGOGUE-LARSEN et S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015*, Pedone, Paris, 2016, pp. 31-54 ; M. BOSSUYT, « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg », in *L'homme et le droit : En hommage au Professeur Jean-françois Flauss*, Pedone, Paris, 2014, pp. 117-127. T. FLEURY-GRAFF, « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme « Juridiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : Adieu prudence » ! » », *op. cit.*, pp. 211-232.

¹⁰³⁴ CEDH, Grande chambre, arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres contre Royaume-Uni*, n° 55721/07, §§134-136. V. STOYANOVA, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Rights Law », *op. cit.*, p. 15 ; V. MORENO-LAX, « The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On public Powers, *SS and Others v. Italy* and the operational model », *German Law Journal*, vol. 21, 2020, p. 400.

2. L'exercice de juridiction au titre des compétences diplomatiques et consulaires

414. Il ressortait d'une jurisprudence constante de la Commission européenne des droits de l'homme que les actes effectués par les agents diplomatiques et consulaires attiraient les personnes sous la juridiction de l'État¹⁰³⁵. Ainsi, certains observateurs avaient imaginé que la Cour inscrirait l'affaire *M.N. contre Belgique* dans cette tradition jurisprudentielle¹⁰³⁶. Néanmoins, la Cour a marqué les distinctions entre les affaires anciennes et celle qui lui était soumise autour de la question du refus des visas d'asile. Elle a mis en valeur le fait que le comportement des agents consulaires n'était jamais, à lui seul, la clé de déclenchement de l'exercice de la juridiction de l'État défendeur. D'abord, l'argument tiré du contrôle administratif que l'État défendeur exerce sur ses locaux consulaires et diplomatiques n'a jamais été considéré comme suffisant pour déclencher la clause de juridiction dans le cadre d'actes extraterritoriaux¹⁰³⁷. Ensuite, la Cour considère que l'exercice de la juridiction de l'État défendeur dépendait d'un critère additionnel : le pouvoir ou le contrôle physique exercés par les agents de l'État sur les requérants¹⁰³⁸ ou un élément de rattachement tiré de la nationalité du requérant¹⁰³⁹. Or, comme cela a été dit précédemment, dans l'affaire *M.N. contre Belgique*, les requérants n'avaient aucun lien de rattachement préalable à la Belgique dont ils n'avaient pas la nationalité et sur le territoire de laquelle ils n'avaient jamais séjourné et n'entretenaient aucun lien familial. La Cour a par ailleurs refusé de considérer que les agents consulaires aient pu exercer un quelconque pouvoir ou contrôle sur les requérants. Les juges ont souligné que les requérants avaient librement choisi d'entrer dans les locaux consulaires belges pour y

¹⁰³⁵ Commission européenne des droits de l'homme, décision du 14 octobre 1992, *M. contre Danemark*, n° 17 392/90 ; décision du 25 septembre 1965, *X. contre Allemagne*, n° 1611/62 ; décision du 15 décembre 1977, *X. contre Royaume-Uni*, n° 7457/76. Analyse de cette jurisprudence par le service juridique de la Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme – Obligation de respecter les droits de l'homme – Notions de « juridiction » et d'imputabilité, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³⁶ D. SCHMALZ, « Will the ECtHR shake up the European Asylum System? », *op. cit.*; M. DESPAUX, « The ECtHR confronted to a Question on 'humanitarian visas'. An analysis of the pending case *M.N. and Others v. Belgium* (n° 3599/18) », *op. cit.*

¹⁰³⁷ CEDH, *M.N. contre Belgique*, préc.

¹⁰³⁸ CEDH, arrêt du 16 novembre 2004, *Issa et autres contre Turquie*, n° 31821/96, §§72-82 ; CEDH, décision du 30 juin 2009, *Al-Saadoon et Mufdhi contre Royaume-Uni*, n° 61498/08, §§86-89 ; CEDH, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, préc., §§76-82 ; CEDH, Grande chambre, arrêt du 16 septembre 2014, *Hassan contre Royaume-Uni*, n° 29750/09, §§75-80. Plus spécifiquement, pour des événements remettant en cause le comportement des agents consulaires ou diplomatiques, Commission européenne des droits de l'homme, *M. contre Danemark*, préc.

¹⁰³⁹ Commission européenne des droits de l'homme, *X. contre Allemagne*, préc. et *X. contre Royaume-Uni*, préc.

effectuer des démarches administratives à leur initiative et qu'ils avaient pu quitter ces locaux tout aussi librement¹⁰⁴⁰.

415. Ces deux circonstances restrictives auraient pu, ou pourraient à l'avenir, faire l'objet d'une tout autre interprétation. D'une part, les requérants faisaient état de liens personnels relativement forts en Belgique dans la mesure où un groupe de leurs amis résidant sur le territoire belge s'étaient engagés à les accueillir et à les prendre en charge à leur arrivée. Cet engagement privé ressemble, sans être nommé de la sorte, au mécanisme sous-tendant les programmes de parrainage privé couramment pratiqués au Canada et émergents dans certains États européens¹⁰⁴¹. Ces programmes de parrainage privé supposent l'établissement d'un lien préexistant avec l'État dans le sens où la candidature du parrain doit être examinée et validée par les autorités de l'État de destination pour être suivie du dépôt d'une demande de visa par les personnes en besoin de protection internationale auprès des autorités consulaires. Ainsi, l'éventuel essor de tels mécanismes en Europe pourrait conduire la Cour à revoir son analyse du point de vue de l'exercice de la juridiction extraterritoriale sur les demandeurs de visa. D'autre part, le raisonnement de la Cour autour de la liberté de mouvement des requérants à l'entrée et à la sortie des bâtiments consulaires laisse penser que si ceux-ci avaient refusé de quitter les lieux après le dépôt de leur demande de visa, la solution retenue aurait pu être différente. Cette hypothèse mérite un détour dans la mesure où, compte tenu de la situation de détresse humanitaire dans laquelle se trouvent le plus souvent les demandeurs de visa aux fins de demander l'asile, sa réalisation est probable. En effet, en pareille situation, deux options s'ouvrent aux autorités consulaires. Elles peuvent décider de faire sortir les demandeurs par la force ou la contrainte ou accepter au contraire qu'ils demeurent dans leurs locaux reconnaissant ainsi le risque d'exposition à des traitements contraires à la convention à l'extérieur. Dans les deux cas, les critères d'exercice d'un pouvoir ou d'un contrôle physique sur les requérants seraient satisfaits¹⁰⁴². Toutefois, la Cour a déjà posé une limite à l'engagement de la responsabilité des États parties dans un cas où des personnes cherchant à

¹⁰⁴⁰ CEDH, *M.N. contre Belgique*, préc., §118.

¹⁰⁴¹ Cf. *supra*, §§259 et s.

¹⁰⁴² M. DESPAUX, « Application extraterritoriale de la CEDH et migrations forcées – Comprendre la portée de la protection face aux politiques de non-entrée des États européens », *Revue générale du droit, Chronique de droit des libertés*, n° 54293, 2021, en ligne [<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2021/03/30/migrations-forcees/>].

accéder au territoire européen « forçaient le système »¹⁰⁴³. La souplesse aurait également pu imprégner la solution retenue concernant l'exercice de la juridiction extraterritoriale du fait de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

3. L'exercice de la juridiction extraterritoriale au titre des prérogatives de puissance publique

416. La Cour a déjà conclu à l'exercice extraterritorial de sa juridiction par un État partie qui, en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assume certaines prérogatives de puissance publique sur le territoire d'un État tiers¹⁰⁴⁴. Par conséquent, dès lors que, conformément à une règle de droit international, un État partie assume des fonctions exécutives ou judiciaires sur le territoire d'un autre État, il peut être tenu pour responsable des violations de la Convention commises dans l'exercice de ces fonctions à condition que les faits en question lui soient imputables à lui et non à l'État territorial¹⁰⁴⁵. Dans l'affaire *M.N. contre Belgique*, la Cour a reconnu que les administrations centrales et consulaires belges avaient concouru à l'exercice de prérogatives de puissance publique tant sur le plan exécutif par l'adoption d'une décision de refus de visa que sur le plan judiciaire par le traitement des multiples recours engagés à la suite de ce refus, et que ces actes avaient eu des effets territoriaux et extraterritoriaux¹⁰⁴⁶. Pourtant, d'un côté, la Cour refuse de considérer l'exercice de ces prérogatives comme un critère autonome de déclenchement de la juridiction extraterritoriale en l'absence d'éléments de rattachement personnels (contrôle effectif sur le requérant) ou territoriaux (contrôle effectif du territoire)¹⁰⁴⁷. D'un autre côté, la Cour refuse également le déclenchement de la juridiction territoriale et extraterritoriale par l'exercice de prérogative de compétences judiciaires au motif que les procédures engagées ne résultent que de l'initiative des requérants¹⁰⁴⁸. La Cour précise qu'une conclusion contraire

¹⁰⁴³ CEDH, *N. D. et N.T. contre Espagne*, préc. ; J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, F. GATTA, S. SAROLEA, « Humanitarian Visa: Does the Suspended Step of the Stork Become a Hunting Permit? », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017, juin 2020, pp. 4–12.

¹⁰⁴⁴ CEDH, *Bankovic et autres contre Belgique*, préc., §71.

¹⁰⁴⁵ CEDH, *Al-Skeini et autres contre Royaume-Uni*, préc., §135.

¹⁰⁴⁶ CEDH, *M. N. contre Belgique*, préc., §112.

¹⁰⁴⁷ T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Adjudicating Old Questions in Refugee Law: *MN and Others v Belgium* and the Limits of Extraterritorial Refoulement », *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ CEDH, *Güzelyurtlu et autres contre Chypre et Turquie*, préc., §§196-197. Dans cette affaire, la Cour a accepté de reconnaître la juridiction de la Turquie du fait d'une procédure pénale initiée par les autorités turques à l'encontre du requérant.

reviendrait à accepter que tout individu résidant hors du territoire d'un État partie puisse engager la responsabilité de ce dernier unilatéralement par simple introduction d'une requête ou initiation d'une procédure¹⁰⁴⁹.

417. Violeta MORENO-LAX propose une vision alternative¹⁰⁵⁰. Cette dernière reposant sur le concept de juridiction fonctionnelle ou causale permettrait d'éviter « *the all-or-nothing approach* »¹⁰⁵¹. Cette nouvelle interprétation permet également d'adapter la notion de contrôle effectif aux circonstances actuelles et au contexte global d'externalisation et de délégation du contrôle des flux migratoires au cœur de la politique de l'Union européenne. La juridiction fonctionnelle ou causale part du constat selon lequel les États parties à une convention ne devraient avoir d'obligations qu'à l'égard des personnes avec lesquelles ils entretiennent une relation d'une certaine intensité. Tout l'enjeu du déclenchement de cette juridiction réside donc dans la définition du degré d'intensité que la relation doit atteindre. Le critère serait ici l'exercice de la souveraineté de l'État comme élément déterminant sur le déroulement matériel des événements ayant causé la violation du droit fondamental du requérant, quand bien même ces événements auraient eu lieu à distance du territoire ou des lieux d'exercice du pouvoir de l'État. Ainsi, dès lors que l'État, dans l'exercice de son pouvoir souverain de contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur son territoire, adopte un acte contre le requérant et que cet acte a un impact déterminant et direct sur les droits fondamentaux de celui-ci, il faudrait considérer la clause de juridiction satisfaite. Cette interprétation permet d'éviter l'écueil d'une portée universelle des obligations des États parties tant redoutée par la Cour. Il s'agirait de reconnaître que les agents consulaires et l'administration centrale impliqués dans l'examen des visas d'asile sont en capacité, en acceptant ou en refusant le visa sollicité, d'exercer un pouvoir de protection ou, au contraire, de prolonger l'exposition déjà existante des demandeurs à des violations graves de leurs droits fondamentaux dans leur pays d'origine en cas de retour (ou de non-départ) ou dans le cadre du trafic illicite ou de la traite des êtres humains. Par conséquent, le nombre de requérants potentiellement à même d'engager la responsabilité des États parties serait relativement restreint puisqu'il faudrait cumulativement que ceux-ci soient parvenus au dépôt d'une demande de visa d'asile auprès d'un consulat européen et que le refus de ce visa les expose directement à une violation grave

¹⁰⁴⁹ CEDH, décision du 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan contre Royaume-Uni*, n° 11987/11, §§24-29.

¹⁰⁵⁰ V. MORENO-LAX, « The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On public Powers, SS and Others v. Italy and the operational model », *op. cit.*, pp. 385-416.

¹⁰⁵¹ T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Adjudicating Old Questions in Refugee Law: *MN and Others v Belgium* and the Limits of Extraterritorial Refoulement », *op. cit.*

des articles 2 et 3. En définitive, cette interprétation engendrerait, d'une part, la garantie que les refus de visas aux fins de demander l'asile soient spécifiquement motivés au regard de ces droits fondamentaux. D'autre part, cela permettrait de reconnaître que le refus de visa d'asile ne doit pas être appréhendé de façon isolée mais plutôt comme élément potentiellement déclencheur des nombreux autres mécanismes d'interception et, qu'à ce titre, il équivaut à l'exercice d'un pouvoir effectif, sans contrôle physique direct, sur les demandeurs. Toutefois, l'articulation des jurisprudences récentes rendues par la Cour en matière migratoire semble plutôt aboutir au renforcement d'une impasse.

§2. Un élargissement nécessaire des actions

418. Les dernières décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, ajoutées à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, renforcent l'impression d'une impasse en ce qui concerne l'entrée des personnes en demande de protection internationale sur le territoire de l'Union européenne. D'un côté, comme nous l'avons précédemment démontré, les personnes en besoin de protection internationale qui tentent d'entrer régulièrement sur le territoire des États en sollicitant la délivrance d'une autorisation auprès des autorités consulaires se trouvent privées de la protection des juges européens. Ceux-ci refusent de contrôler la conformité des refus de visa de court ou long séjour au regard des obligations internationales des États membres en application des conventions de protection des droits fondamentaux. De l'autre côté, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée particulièrement restrictive dans la protection des personnes en besoin de protection internationale qui, au contraire, tentent d'entrer irrégulièrement sur le territoire européen (A). En conséquence, il est probable que le paradoxe résultant de l'obligation de détenir un visa et l'impossibilité d'en remplir les conditions ne se résolve pas devant les juges européens dans le cadre de recours individuels contre des refus de visa aux fins de déposer une demande d'asile dans l'un des États membres. Sans doute, faut-il dépasser les blocages préalablement identifiés pour se concentrer sur des actions visant un contrôle plus large. L'objectif ne serait pas l'examen juridictionnel de conformité du refus de visa de façon isolée mais plutôt l'évaluation de la licéité des pratiques articulées d'obligation générale de visa avec l'application indistincte des mécanismes d'interception et la probabilité excessivement faible de bénéficier des programmes dédiés à l'entrée régulière des personnes en besoin de protection internationale au regard de l'ensemble des normes de droit international (B).

A. La création d'une impasse jurisprudentielle

419. Les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'avènement de la crise migratoire prétendument subie par les États membres de l'Union européenne présentent un caractère réactif à ces bouleversements migratoires. La Cour, par différents aspects, statue en prenant en considération les efforts et les difficultés des États parties à contrôler les flux migratoires. Ces décisions entraînent un amoindrissement de la protection des droits des personnes en besoin de protection internationale. Celles-ci sont encouragées à emprunter des voies légales d'accès au territoire européen dont l'effectivité n'est pas contrôlée par la Cour. Les migrants qui ne respecteraient pas ce principe peuvent se trouver privés de protection contre les expulsions collectives, les garanties encadrant les mécanismes de privation de liberté et le refoulement. Ce faisant, la Cour semble condamner, d'une certaine façon, la pratique des entrées irrégulières (1) et valider la politique migratoire européenne connue sous l'appellation « d'approche *hotspot* » (2).

1. La condamnation des entrées irrégulières

420. Analysé rétrospectivement, l'arrêt *N.D et N.T contre Espagne* rendu en février 2020 laissait présager l'interprétation restrictive de la notion d'exercice de juridiction retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence *M.N. contre Belgique*¹⁰⁵². Dans cette affaire, deux ressortissants du Mali et de la Côte d'Ivoire ont tenté, avec d'autres, en août 2014, de franchir les barrières érigées par l'Espagne pour protéger l'enclave de Melilla des entrées irrégulières de migrants transitant par le Maroc¹⁰⁵³. Les requérants, dépourvus de visa d'entrée, ont tenté de profiter d'un effet de masse pour escalader les trois barrières successives et échapper aux contrôles pratiqués aux frontières extérieures de l'Union européenne afin d'éviter un refus d'admission. Après avoir passé plusieurs heures au sommet de la dernière clôture, les requérants ont accepté de descendre, ont été appréhendés par les autorités espagnoles qui les ont remis immédiatement, sans aucune évaluation de leur situation ni même procédure d'identification, aux autorités marocaines. Dans un premier

¹⁰⁵² CEDH, *N. D. et N.T. contre Espagne*, préc.

¹⁰⁵³ La frontière entre le Maroc et l'enclave espagnole est composée de trois barrières successives. Les deux premières, hautes de 26m se trouvent sur le territoire marocain. La dernière d'une hauteur de 3m est située à l'intérieur de l'enclave.

temps, la Cour européenne, dans un arrêt de chambre¹⁰⁵⁴, a retenu la responsabilité de l'Espagne pour violation de l'interdiction des expulsions collectives garantie par l'article 4 du 4^e Protocole additionnel¹⁰⁵⁵ et absence de droit à un recours effectif du fait de l'absence d'évaluation des situations individuelles des requérants¹⁰⁵⁶. Dans un second temps, sur appel de l'Espagne, la Grande chambre a infirmé ce premier jugement, estimant que les requérants ne pouvaient pas bénéficier de la protection contre les expulsions collectives du fait de leur comportement et de l'existence de voies légales d'accès au territoire mises en place par les autorités espagnoles.

421. De nombreux commentateurs ont reconnu que cette décision n'emportait pas une validation des *push-backs* par les autorités des États membres, considérant que la Cour a procédé à quelques rappels théoriques importants tels que le caractère absolu du principe de non-refoulement, l'application de l'interdiction des expulsions collectives à tous les étrangers indépendamment de leur statut et l'interprétation autonome de l'exercice de la juridiction par l'État défendeur indépendamment des obligations des États parties en application du droit de l'Union européenne¹⁰⁵⁷. Pour autant, cette décision participe bien à la création de l'impasse dans laquelle les personnes en besoin de protection internationale se trouvent enfermées pour trois raisons principales. Dans un premier temps, il serait erroné de croire que cette affaire puisse être isolée du fait de la particularité des faits qui la composent. S'il est vrai que la Cour pose le principe de l'interdiction des expulsions collectives et n'admet cette possibilité que

¹⁰⁵⁴ CEDH, *N. D. et N.T. contre Espagne*, préc. ; L. IMBERT, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontières des droits » à Melilla », *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 16 janvier 2018, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/3740>] ; T. MAHESHE, « Expulsions collectives et crises migratoires », *op.cit.*

¹⁰⁵⁵ Protocole 4, article 4 « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

¹⁰⁵⁶ Convention EDH, article 13 « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

¹⁰⁵⁷ S. CARRERA, « The Strasbourg Court judgement *N.D. and N.T. v. Spain*: a Carte Blanche to Push-Backs at EU External Borders? », *EUI Working paper*, mars 2020, en ligne [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66629/RSCAS%202020_21.pdf?sequence=1&isAllowed=y] ; L. LEBOEUF, « Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques : Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2020, en ligne [<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cour-eur-d-h-13-fevrier-2020-n-d-et-n-t-c-espagne-req-nos-8675-15-et-8697-15.html>] ; H. HAKIKI, « *N.D. and N.T. v. Spain*: defining Strasbourg's position on push backs at land borders? », *Strasbourg observers*, 26 mars 2020, en ligne [<https://strasbourgobservers.com/2020/03/26/n-d-and-n-t-v-spain-defining-strasbourgs-position-on-push-backs-at-land-borders/>] ; A. LUBBE, « The Elephant in the Room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR *N.D. and N.T.*? », *Verfassungsblog*, 19 février 2020, en ligne [<https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/>].

par exception à la double condition que les requérants aient utilisé la force pour franchir irrégulièrement une frontière alors que des voies légales d'accès auraient pu être empruntées, il est indéniable que cette situation a vocation à se multiplier. La création de barrières, murs et clôtures aux frontières extérieures de l'Union européenne augmente les probabilités de passages irréguliers et en force. Par conséquent, le raisonnement de la Cour pourrait être appelé à se répéter. Dans un deuxième temps, l'utilisation du comportement non coopératif, voire violent, des requérants pour les priver de la protection contre les expulsions collectives est abusive¹⁰⁵⁸. La Cour invoque deux anciennes décisions pour justifier son raisonnement. Or, il apparaît que les faits soumis à la Cour dans cette affaire étaient sensiblement différents de ceux constituant la jurisprudence antérieure. Dans les précédents cités par la Cour, les autorités des États défendeurs avaient démontré leur bonne foi à statuer sur la situation individuelle des personnes éloignées, mais en avaient été empêchées par le comportement des personnes elles-mêmes refusant de coopérer. Dans l'une des affaires, les requérants se plaignaient du traitement joint de leur demande d'asile alors même qu'ils les avaient présentées de façon jointe¹⁰⁵⁹ tandis que dans le second cas les requérants avaient refusé de donner leur identité¹⁰⁶⁰. Au contraire, dans l'affaire *N.D. et N.T.*, les autorités espagnoles n'ont jamais eu l'intention d'identifier les requérants ou de se prononcer sur les risques directs ou indirects en cas de renvoi vers le Maroc. Ainsi, l'application d'une jurisprudence que la Cour présente comme bien établie au cas d'espèce est contestable. La Cour reproche clairement l'utilisation de la force aux requérants et les sanctionne en leur refusant la protection contre les expulsions collectives, quand bien même ils n'ont pas eu l'opportunité de coopérer avec les autorités espagnoles. Les juges focalisent leur attention sur un usage de la force par les requérants, qu'ils jugent abusif sans chercher à confronter l'usage de la force par les autorités espagnoles alors même que celui-ci était décrit comme abusif et systématique par les institutions tierces intervenantes. Dans un troisième temps, les juges acceptent d'appliquer cette exception de non-protection contre les expulsions collectives dans la mesure où les requérants ne risquaient pas de traitements contraires à l'article 3 Convention EDH et au principe de non-refoulement¹⁰⁶¹. La Cour précise même que les requérants ont finalement réussi à accéder au territoire espagnol et que la demande d'asile a été soit rejetée soit non

¹⁰⁵⁸ CEDH, *N. D. et N.T. contre Espagne*, préc., §§200-201.

¹⁰⁵⁹ CEDH, décision du 1^{er} février 2011, *Berisha et Haljiti contre l'ex-République yougoslave de Madédoine*, n° 18670/03.

¹⁰⁶⁰ CEDH, décision du 1^{er} février 2011, *Dristas et autres contre Italie*, n° 2344/02.

¹⁰⁶¹ CEDH, *N. D. et N.T. contre Espagne*, préc., §206.

déposée¹⁰⁶². Ce raisonnement présente une incohérence relativement dangereuse pour les personnes en besoin de protection internationale. En effet, la Cour introduit une certaine souplesse dans l'examen du respect de l'interdiction des expulsions collectives au motif qu'elle s'applique à des migrants ne relevant pas du champ d'application de l'article 3. Pourtant, au moment précis auquel les autorités espagnoles ont procédé au renvoi immédiat des requérants, elles n'avaient aucune indication sur leur identité ou leur situation. Elles ne pouvaient donc pas savoir qu'ils n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 3. Cette passerelle créée entre l'interdiction des expulsions collectives et le principe de non-refoulement semble amoindrir le caractère absolu de l'article 3. L'examen individuel de la situation des migrants interceptés est nécessaire pour évaluer l'absence de risque d'exposition à des traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi. Fort logiquement donc, l'absence d'examen individuel induit un risque de violation, sauf à considérer *prima facie* que les personnes forçant le passage de la frontière n'ont pas besoin de protection internationale ou ne risquent rien en cas de renvoi. Cette option demeure très inconfortable eu égard au droit individuel de chercher l'asile et au principe de non-discrimination sur l'ethnie ou la nationalité.

422. Finalement, le raisonnement de la Cour pourrait se maintenir grâce à l'affirmation selon laquelle les requérants disposaient de voies légales d'accès au territoire et de la possibilité, *via* ces dispositifs, de présenter d'éventuelles craintes au regard de l'article 3. Néanmoins, la protection des personnes en besoin de protection internationale, qui pourraient, dans des circonstances similaires, se voir privées d'accès au territoire européen et aux procédures d'asile, est illusoire tant l'effectivité des voies légales d'accès est discutable.

2. La validation partielle de « l'approche hotspots »

423. Par l'arrêt *N.D. et N.T.*, la Cour valide la dynamique de la politique migratoire européenne selon laquelle les migrants, peu importe leurs besoins en matière de protection internationale, devraient entrer régulièrement sur le territoire européen sous peine de sanctions. Sans pouvoir conclure à la violation de l'article 31 de la Convention de Genève relatif à l'immunité pénale des réfugiés entrés irrégulièrement sur le territoire des États parties, qui n'interdit pas les sanctions administratives, dont la rétention, il est possible de souligner que le traitement infligé, ou prôné, aux personnes entrées irrégulièrement sur le territoire des

¹⁰⁶² *Ibid.*, §§29-30.

États membres, présente un caractère indéniablement punitif. Ce traitement n'est juridiquement pas une sanction ; toutefois, il reste la conséquence de l'entrée irrégulière et le degré d'inhumanité parfois atteint est dissuasif¹⁰⁶³. Le cadre de l'accord UE-Turquie est particulièrement probant dans ce domaine¹⁰⁶⁴. D'une part, l'accord prévoit que les personnes, non vulnérables, entrées irrégulièrement sur les îles grecques soient renvoyées vers la Turquie, qualifiée à cette fin de pays tiers sûr, sans avoir pu bénéficier d'un examen approfondi de leur demande d'asile¹⁰⁶⁵. D'autre part, ces mêmes personnes perdent, du fait de leur entrée ou tentative d'entrée irrégulière, l'opportunité de bénéficier du programme de réinstallation mis en place entre la Turquie et les États membres¹⁰⁶⁶. De leur côté, les personnes vulnérables entrées irrégulièrement sont contraintes à une forme d'enfermement ou de rétention dans les centres d'identification et d'enregistrement appelés *hotspots*¹⁰⁶⁷. L'arrêt de la Cour, replacé dans ce contexte plus global, en ce qu'il refuse la protection contre les expulsions collectives à des personnes ayant forcé le passage de la frontière extérieure de l'Union européenne alors qu'il existait des voies légales d'accès au territoire européen peut être considéré comme un soutien à la politique migratoire de l'Union.

424. Cette lecture critique de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg comme directement influencée par les difficultés des États parties à contrôler les flux migratoires et non par la protection des droits fondamentaux des migrants est en outre soutenue par deux autres tendances. D'un côté, la Cour européenne a déjà considéré que les personnes migrantes bloquées, indépendamment de leurs besoins en matière de protection internationale, dans des

¹⁰⁶³ De nombreux rapports d'ONG ou d'institutions de protection des droits de l'homme dénoncent ces conditions. Voir par exemple, Comité anti-torture du Conseil de l'Europe, Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 26 septembre 2017, CPT/Inf (2017) 25 ; Médecins sans frontières, Constructing crisis at Europe's border, juin 2021, en ligne [<https://www.msf.org/constructing-crisis-europe-border-migration-report>] ; Voir aussi, GISTI, « Pendant ce temps, dans les *hotspots* grecs », *Plein droit*, n° 117, 2018, pp.1-2 et GISTI, Accord UE-Turquie : la grande imposture, rapport de mission dans les *hotspots* grecs de Lesbos et Chios, juillet 2016 ; Migreurop, « Tri, confinement et expulsion : l'approche *hotspots* au service de l'UE », 2019, en ligne [http://migreurop.org/IMG/pdf/notes_plaidoyer_fr.pdf].

¹⁰⁶⁴ Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016, communiqué de presse du Conseil européen.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, point 1.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, point 2.

¹⁰⁶⁷ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates au titre de l'Agenda européen en matière de migration », 23 septembre 2015, COM (2015) 490 final. Cour des comptes européenne, Réponse de l'UE à la crise des réfugiés : l'approche dite des « points d'accès », rapport spécial n° 06/2017, 25 avril 2017. Voir par exemple sur la mise en œuvre de cette politique, C. RODIER, « Le faux semblant des *hotspots* », *La Revue des droits de l'homme*, n° 13, 2018, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/3375>].

camps aux frontières extérieures de l'Union européenne ne pouvaient pas systématiquement être considérées comme privées de leur liberté et bénéficier des garanties prévues dans le cadre de l'article 5 de la Convention. À cet égard, les juges ont également fondé leur raisonnement sur la volonté des requérants concernés estimant que ceux-ci avaient choisi d'entrer dans ces camps et étaient libres de repartir dans le sens contraire¹⁰⁶⁸. De l'autre, les juges ont refusé de considérer que les conditions de vie imposées aux personnes retenues dans ces camps étaient contraires à l'article 3¹⁰⁶⁹.

425. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme décourage les entrées irrégulières sur le territoire des États membres et semble vouloir inciter les requérants à l'utilisation des voies légales d'accès. Deux obstacles majeurs demeurent et rendent la jurisprudence de la Cour inadaptée à la réalité des personnes en besoin de protection internationale. En premier lieu, dans l'arrêt *N.D. et N.T. contre Espagne*, la Cour accepte de considérer que les efforts faits par l'État défendeur pour créer des points d'accès à la frontière susceptibles de recevoir les demandes de protection internationale ainsi que la possibilité, en droit, de solliciter la délivrance de visas de diverses natures dont humanitaire, permettent de conclure à l'existence de voies légales d'accès¹⁰⁷⁰. La Cour ne donne aucun crédit aux témoignages des requérants et des tiers intervenants, alors même que ceux-ci établissent l'impossibilité pour les personnes d'Afrique subsaharienne d'accéder à ces dispositifs du fait de discriminations raciales pratiquées par les autorités marocaines. Plus généralement, la Cour ne cherche pas à savoir si le nombre de voies légales ainsi que les modalités d'accès à ces dispositifs sont réellement adaptés et effectifs notamment pour les personnes en besoin de protection internationale. Elle ne se prononce pas plus sur la multiplication des mécanismes d'interception dans les pays de transit ou de contention dans les pays d'origine empêchant les personnes d'accéder à toute voie légale d'accès. En second lieu, dans l'arrêt *M.N. contre Belgique*, la Cour déclare son incapacité à contrôler les refus de visas aux fins de demander l'asile sur le territoire des États membres compte tenu du fait que les États parties n'exercent pas leur juridiction sur les demandeurs. Ainsi, après avoir poussé, de diverses façons, les personnes en besoin de protection internationale à solliciter la délivrance de visa notamment humanitaire, la Cour refuse d'en contrôler les refus au regard des droits fondamentaux. L'impasse est complète : quoiqu'elles entreprennent les personnes en besoin de protection

¹⁰⁶⁸ CEDH, *Ilias et Ahmed contre Hongrie*, préc.

¹⁰⁶⁹ CEDH, arrêt du 3 octobre 2019, *Kaak et autres contre Grèce*, n° 34215/16.

¹⁰⁷⁰ CEDH, *N. D. et N.T. contre Espagne*, préc., §§212-214.

internationale semblent livrées à elles-mêmes jusqu'à ce qu'elles puissent atteindre le territoire des États membres.

B. Les perspectives de contrôle de la politique migratoire de l'Union européenne

426. Ainsi qu'il a été démontré, les recours contre les refus de visa de court ou long séjour aux fins de déposer des demandes d'asile sur le territoire des États membres de l'Union se sont révélés infructueux. Sans préjuger des résultats qui pourraient être obtenus d'autres procédures, il semble toutefois intéressant de présenter une liste analytique des diverses possibilités de solliciter un contrôle de la politique migratoire de l'Union européenne en matière d'accès au territoire des États membres des personnes en besoin de protection internationale au regard du droit international. Il existe deux façons d'imaginer ce contrôle. En premier lieu, plusieurs instances internationales sont habilitées à se prononcer de façon consultative sur la question de la licéité de cette politique au regard du principe de non-refoulement et du droit de quitter tout pays, y compris le sien (1). En second lieu, des tentatives de recours contentieux interrogeant le respect par l'Union européenne et ses États membres des obligations internationales en matière de sauvetage en mer pourraient être tentées (2).

1. Les actions consultatives en matière de protection des droits fondamentaux

427. Jusqu'à présent, seule l'exposition à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, en prolongation du principe de non-refoulement, a été soulevée devant les juges européens et les comités onusiens saisis de recours contre des refus de visa¹⁰⁷¹. Or, il semble que le droit de quitter tout pays, y compris le sien mériterait également d'être interprété dans le contexte des migrations contemporaines. À cette fin, il peut sembler pertinent de générer des observations générales (a) ou des communications individuelles (b) de certains comités onusiens d'une part, voire d'obtenir l'avis consultatif de la Cour internationale de justice (c) d'autre part.

¹⁰⁷¹ B. CALI, C. COSTELLO, S. CUNNINGHAM, « Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies », *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 355-384.

a. La sollicitation d'observations générales

428. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien est protégé, comme démontré précédemment, par de nombreuses conventions, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention internationale des droits de l'enfant et la Convention de protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Les Comités en charge de l'application de ces trois conventions publient plus ou moins régulièrement des observations générales. Premièrement, le Comité des droits de l'homme semble parfaitement autonome dans le choix des thèmes de ses observations générales qui peuvent survenir dans deux situations : à la suite de l'examen de rapport d'un État partie ou sur initiative du Comité¹⁰⁷². La dernière fois que le Comité a traité du droit de quitter tout pays remonte à une observation générale n° 27 relative à la liberté de circulation, en date du 2 novembre 1999, soit très antérieurement à la complexification et à l'intensification des flux migratoires récents. Une rédaction réactualisée de cette observation serait sans nul doute très utile. L'intérêt croissant des chercheurs pour cette question aura peut-être une incidence inspirante¹⁰⁷³. Deuxièmement, ces publications récentes pourraient être prises en considération par le Comité des droits de l'enfant et celui dédié aux droits des travailleurs migrants dans la mesure où ces deux entités prévoient explicitement de prendre en considération les aspirations de la société civile. Ainsi, les observations générales du comité des droits de l'enfant peuvent être proposées par les membres du Comité, les agences des Nations Unies et les ONG membres du groupe de travail *Child Rights Connect*¹⁰⁷⁴. Au sein de cette dernière entité, certaines ONG ont pour objet de réflexion « Les enfants et les conflits armés »¹⁰⁷⁵. Cette instance pourrait donc être le lieu de déclenchement d'une nouvelle observation générale relative au droit des enfants de fuir, de quitter leur pays de nationalité

¹⁰⁷² Pacte international relative aux droits civils et politiques, article 40-4.

¹⁰⁷³ V. STOYANOVA, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Rights Law », *op. cit.* ; E. MCDONNELL, « The Right to Leave and Australia's Asylum Seeker Policies », *Asylum Insight*, 2019, en ligne [<https://www.asyluminsight.com/c-emilie-mcdonnell>] ; voir aussi E. MCDONNELL « Realising the Right to Leave during Externalised Migration Control », 27 septembre 2021, en ligne [<https://www.ejiltalk.org/realising-the-right-to-leave-during-externalised-migration-control/>]. Emilie MCDONNELL a soutenu sa thèse sur l'externalisation et le droit de quitter tout pays en octobre 2021 à l'université d'Oxford.

¹⁰⁷⁴ Ce groupe d'ONG a été créé en 1983 en tant que groupe *ad hoc* habilité à intervenir dans le processus de rédaction de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il dispose d'un statut consultatif auprès de l'ECOSOC.

¹⁰⁷⁵ Arigatou international, Réseau international des droits de l'enfant, Défense des enfants international, ECPAT International, Save the Children, Fondation Sommet mondial des femmes, Vision mondiale internationale.

ou de résidence¹⁰⁷⁶. Troisièmement, le résultat des recherches académiques ou les préoccupations des acteurs de la société civile pourraient être soumis au Comité des travailleurs migrants dans la mesure où ce dernier a pour habitude d'inviter toutes les parties intéressées à lui soumettre des commentaires préalablement à toute publication d'observation générale¹⁰⁷⁷.

b. Les communications individuelles

429. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention internationale des droits de l'enfant sont annexés de Protocoles facultatifs visant à la mise en place de procédures de communication¹⁰⁷⁸. La voie des communications individuelles permet à toutes personnes placées sous la juridiction des États parties de déposer une plainte concernant les violations des droits spécifiquement garantis par chacun des traités. D'un côté, le Comité des droits de l'enfant s'est prononcé une seule fois sur le droit de quitter tout pays, y compris le sien, dans le contexte d'un refus de visa de réunification familiale¹⁰⁷⁹. L'affaire concernait un refus de visa de réunification pour un enfant marocain faisant l'objet d'une kafala. Le Comité a précisé que la Convention n'emportait pas d'obligation pour les États parties de procéder à la réunification des enfants faisant l'objet d'une décision de kafala mais qu'en l'espèce la Belgique avait commis une erreur en ne prenant pas en considération

¹⁰⁷⁶ Lors des journées de débat général, ayant eu lieu les 16 et 17 septembre 2021, auxquelles a participé le groupe Child Rights Connect, il a été décidé que la prochaine observation générale du Comité porterait sur L'environnement et le changement climatique.

¹⁰⁷⁷ Un projet d'observation générale relative aux droits des travailleurs migrants à la liberté et à la protection contre la détention arbitraire est en cours de rédaction. Le 6 avril 2021, lors de sa trente-deuxième session de travail, le Comité a dévoilé le thème de l'observation générale suivante. Celle-ci portera sur la convergence de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille avec le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Notons que ni le Canada, l'Australie, les États-Unis ou les pays membres de l'Union européenne, principaux États de destination susceptibles de mettre en œuvre des mécanismes d'interception extraterritoriaux de grande envergure, ne sont encore parties à la Convention.

¹⁰⁷⁸ Le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté et ouvert à la signature le 16 décembre 1966. Il est entré en vigueur le 23 mars 1976 après la ratification de dix États parties. Le troisième Protocole facultatif de la Convention internationale des droits de l'enfant a, lui, été adopté et ouvert à la signature le 19 décembre 2011. Il est entré en vigueur le 14 avril 2014 après la ratification de dix États parties. En revanche, l'article 77 de la Convention internationale de protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille donnant compétence au Comité des travailleurs migrants pour recevoir et examiner les plaintes individuelles n'est pas encore entré en vigueur. Le mécanisme pourra entrer en vigueur après la déclaration de dix États parties. Or, au jour de la rédaction de cette étude, seuls quatre États parties ont procédé à cette déclaration.

¹⁰⁷⁹ Comité des droits de l'enfant, constatations adoptées par le Comité le 27 septembre 2018, *Y. B. et N. S. contre Belgique*, communication n° 12/2017, CRC/C/79/D/12/2017.

l'ancienneté et l'intensité des liens familiaux de fait que l'enfant avait développés avec son tuteur. De l'autre, le Comité des droits de l'homme a été amené à examiner le droit de quitter tout pays, y compris le sien dans plusieurs affaires portant sur des problèmes de non-délivrance de passeport ou de document autorisant la sortie de territoire¹⁰⁸⁰. L'approfondissement du moyen tiré de la violation du droit de quitter tout pays y compris le sien, du fait d'un refus de visa aux fins de demander l'asile ou d'un refus de visa de réunification familiale semble opportun. L'objectif serait alors de souligner l'articulation entre le refus de visa et ses conséquences sur le déclenchement des mécanismes d'interception mis en place par l'Union européenne et ses États membres afin de mettre en évidence l'entrave à toute possibilité de départ de l'individu concerné. Dans cette hypothèse, les Comités seraient amenés à interpréter le droit de quitter tout pays, y compris le sien, au regard du contexte migratoire actuel.

c. L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice

430. Il est également possible, de manière très théorique, d'envisager la saisine de la Cour internationale de Justice qui a compétence pour se prononcer sur toute question juridique entrant dans le champ de compétences des Nations Unies¹⁰⁸¹. La licéité des mécanismes d'interception issue de la politique migratoire de l'Union européenne pourrait donc faire l'objet d'un avis consultatif. La difficulté vient, en pratique, des modalités de saisine de la Cour dans ses fonctions consultatives. En effet, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations sont tous deux compétents pour solliciter cet avis¹⁰⁸². L'idée d'une telle saisine semble pertinente dans le sens où l'ONU montre actuellement un intérêt important pour les problématiques migratoires. En effet, deux pactes mondiaux sur les réfugiés et les migrations ont été adoptés en 2018 et l'OIM est devenue une organisation spécialisée du système onusien en 2016. Concrètement, en premier lieu, la troisième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies dédiée aux questions sociales, humanitaires et culturelles pourrait

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra*, §§31 et s. et cf. §§349 et s.

¹⁰⁸¹ Statut de la Cour internationale de Justice, article 65-1. La Cour internationale de justice s'est déjà prononcée sur l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et avis du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

¹⁰⁸² Charte des Nations Unies, article 96, a).

recommander la transmission d'une demande d'avis consultatif¹⁰⁸³. Cependant, il n'y serait donné suite qu'à la condition d'obtenir la majorité simple de l'Assemblée, voire la majorité des deux tiers dans le cas où la question serait considérée comme importante. En second lieu, le Conseil de sécurité n'a sollicité qu'un seul avis de la Cour internationale de Justice¹⁰⁸⁴. La résolution adoptée à ce moment avait obtenu l'assentiment de neuf membres et l'abstention de deux membres permanents. La Charte n'est pas explicite sur le sujet mais il est probable qu'une telle résolution puisse faire l'objet d'un veto des membres permanents parmi lesquels la France et le Royaume-Uni seraient directement impliqués par la politique migratoire de l'Union européenne. Une solution alternative existe dans la possibilité pour d'autres institutions onusiennes de solliciter l'avis consultatif¹⁰⁸⁵. Toutefois, l'institution devra être autorisée par l'Assemblée générale à procéder ainsi à la condition que la question entre dans leur objet statutaire. L'Organisation internationale pour les migrations présente un intérêt à obtenir l'avis consultatif de la Cour sur les pratiques de l'Union européenne en matière migratoire¹⁰⁸⁶.

2. Les actions contentieuses

431. Ces actions restent très théoriques mais méritent toutefois d'être abordées. Il est possible en premier lieu d'envisager l'introduction d'un recours devant la CIJ pour violation de la Convention de Genève par les États membres de l'Union européenne (a). En second lieu, l'obligation coutumière de porter secours à toute personne en détresse en mer peut être analysée comme une source de fondement pour des contentieux en responsabilité extracontractuelle devant la cour de justice de l'Union (b) voire devant le tribunal international du droit de la mer (c).

¹⁰⁸³ *Ibid.*, article 1, a) et Annexe II a) du Règlement intérieur de l'Assemblée générale des Nations-Unies, p. 57.

¹⁰⁸⁴ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*.

¹⁰⁸⁵ Charte des Nations Unies, article 96, b).

¹⁰⁸⁶ L'ECOSOC, le Conseil de tutelle détiennent une telle autorisation tandis que l'Assemblée générale a déjà autorisé la saisine de la CIJ de façon consultative par l'OIT, la FAO, l'UNESCO, l'OMS, la BIRD, la Société financière internationale, l'Association internationale de développement agricole, l'Organisation météorologique mondiale, l'Organisation maritime mondiale, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel et l'Agence internationale de l'énergie atomique.

a. Devant la Cour internationale de Justice

432. La CIJ est l'organe de règlement des différends relatifs à l'exécution de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés. Par conséquent, il serait légitime de penser à l'élaboration d'un recours contentieux interétatique pour violation par l'un des États membres de l'Union de la Convention. Plusieurs obstacles rendent la conception de ce recours hypothétique. Premièrement, il est fort peu probable qu'un État tiers se risque à un tel recours. Le coût diplomatique, politique, voire économique, d'une telle action paraît dissuasif. Par ailleurs, de nombreux États tiers n'ont pas un réel intérêt à ce que la CIJ se prononce sur la conformité des pratiques européennes au regard de la Convention soit qu'ils soient eux-mêmes des États auteurs de persécutions ou défaillants dans la protection de leurs ressortissants, soient qu'ils exercent eux-mêmes des pratiques similaires pour protéger leurs frontières extérieures soit qu'ils soient trop dépendants de la volonté politique de l'Union européenne en matière de mobilité de leurs propres ressortissants ou de l'impact économique en termes d'accords commerciaux ou d'aide au développement. Toutefois, si par l'impossible, l'un des États tiers tentait un recours, il pourrait fonder son recours sur des violations des articles 3¹⁰⁸⁷, 6¹⁰⁸⁸, 31 (immunité pénale en cas d'entrée irrégulière) et 33 (principe de non-refoulement) de la Convention par l'articulation de l'obligation de détenir un visa pour les personnes en besoin de protection internationale et des mécanismes d'interception. À tout le moins, l'argumentation pourrait viser à établir que les États membres n'exécutent pas la Convention de bonne foi et la privent de son effet utile.

¹⁰⁸⁷ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 3 « Les États Contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine ».

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, article 6 « Aux fins de cette Convention, les termes « dans les mêmes circonstances » impliquent que toutes les conditions (et notamment celles qui ont trait à la durée et aux conditions de séjour ou de résidence) que l'intéressé devrait remplir, pour pouvoir exercer le droit en question, s'il n'était pas un réfugié, doivent être remplies par lui à l'exception des conditions qui, en raison de leur nature, ne peuvent être remplies par un réfugié ».

b. Le recours en responsabilité extracontractuelle devant la Cour de justice de l'Union européenne

433. Deux recours en responsabilité extracontractuelle de Frontex ont été déposés devant la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁸⁹. Dans les deux cas, l'allégation de violation porte sur des faits de refoulement alors que les requérants avaient déjà atteint le territoire européen. Le premier a été introduit le 21 mai 2021 par l'ONG Front-lex, le Progress Lawyers Network et le Greek Helsinki Monitor au nom d'un mineur congolais et d'une femme burundaise qui avaient atteint Lesbos mais qui auraient ensuite été repoussés en mer en 2020¹⁰⁹⁰. Les requérants prennent appui sur l'article 46 du Règlement 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes qui dispose que le directeur exécutif de Frontex est tenu de suspendre ou de mettre un terme à toute activité ou financement d'activité qui engendrerait des violations prévisibles, graves ou persistantes des droits fondamentaux des personnes. Les requérants demandent le constat de violations graves ou persistantes de leur droit à la vie, de l'interdiction des expulsions collectives, du principe de non-refoulement et du droit d'asile du fait des activités de Frontex en mer Égée et la réparation des préjudices subis du fait de ces violations¹⁰⁹¹. Le second recours a été introduit le 20 octobre 2021 par deux avocats néerlandais en défense d'une famille syrienne avec trois enfants en bas âge. Les requérants auraient atteint les côtes grecques en octobre 2016. Ils auraient déposé une demande d'asile en Grèce à la suite de laquelle les autorités grecques les auraient informés d'un transfert vers le continent grec du fait de leur particulière vulnérabilité. Cependant, les requérants arguent du fait qu'ils ont, en lieu et place du transfert vers le continent, été renvoyés vers la Turquie. Là-bas, les requérants disent avoir été détenus pendant deux semaines avant d'être renvoyés dans le nord de l'Irak sans considération pour les risques de refoulement vers la Syrie. Leurs avocats ont déposé une plainte contre Frontex en janvier 2017. L'Agence aurait accepté de reconnaître que le traitement des enfants, séparés de leurs parents durant le vol vers la Turquie, ne serait pas respectueux de leurs droits. En revanche, Frontex renvoie la

¹⁰⁸⁹ TFUE, article 340. TUE, article 13. Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, article 98.

¹⁰⁹⁰ Communiqué de l'Agence France Presse repris par le site d'information Euractiv, 26 mai 2021, en ligne.

¹⁰⁹¹ Recours introduit le 21 mai 2021 – *S.S et S. T. contre Frontex*, T-282/21, journal officiel du 19 juillet 2021, p. 40.

responsabilité vers la Grèce pour l'ensemble des autres griefs arguant du fait que l'Agence, en 2016, ne fournissait qu'un appui technique pour organiser les renvois vers la Turquie¹⁰⁹².

434. Les juges de Luxembourg ne se sont pas encore prononcés sur ces affaires. Toutefois, deux remarques méritent d'être relevées à ce sujet. L'introduction de ces recours intervient dans un contexte général de vives critiques à l'égard des activités de Frontex en mer Égée. En effet, à la suite de la publication d'un article du journal d'investigation *Der Spiegel International* faisant état de plusieurs incidents documentés de non-assistance à des embarcations de migrants manifestement en détresse, d'absence de réaction face à des actes de refoulements caractérisés commis par les autorités grecques, de blocages ou de reconduites vers les eaux turques par Frontex, les institutions européennes ont ouvert diverses enquêtes, investigations ou informations à l'encontre de Frontex¹⁰⁹³. L'Office européen de lutte antifraude a ouvert une enquête (OLAF)¹⁰⁹⁴. La médiatrice de l'Union européenne a lancé une évaluation de l'efficacité du mécanisme de plaintes créé en 2016¹⁰⁹⁵. La Commissaire européenne chargée des migrations a convoqué une réunion extraordinaire du Conseil d'administration de Frontex pour générer la mise en place d'un groupe de travail dédié à l'étude des incidents identifiés¹⁰⁹⁶. Enfin, le Parlement européen a procédé à l'audition du

¹⁰⁹² Communiqué de presse de EUObserver, 21 octobre 2021, avec l'interview des deux avocats néerlandais impliqués Flip Schuller et Lisa-Marie Komp, en ligne [<https://euobserver.com/migration/153294>]. Requête non encore publiée au Journal officiel de l'UE.

¹⁰⁹³ *Der Spiegel International*, « EU Border Agency Frontex Complicit in Greek Refugee pushback Campaign », 23 octobre 2020, en ligne [<https://www.spiegel.de/international/europe/eu-border-agency-frontex-complicit-in-greek-refugee-pushback-campaign-a-4b6cba29-35a3-4d8c-a49f-a12daad450d7>]. Les incidents identifiés dans cet article s'additionnent à d'autres incidents relevés préalablement. Voir le rapport d'un agent de l'armée allemande opérant sur un navire militaire dans le cadre d'une mission de soutien de l'OTAN aux forces européennes en mer Égée, en ligne [<https://dserver.bundestag.de/btd/19/215/1921517.pdf>] ; l'article de P. KINGSLEY, K. SHOUMALI, « Taking hard line, Greece turns back migrants by abandoning them at Sea », *The New York Times*, 14 août 2020 ; rapport du HCR, « UNHCR concerned by pushbacks reports calls for protection of refugees and asylum-seekers », 21 août 2020, en ligne [<https://www.unhcr.org/gr/en/16207-unhcr-concerned-by-pushback-reports-calls-for-protection-of-refugees-and-asylum-seekers.html>].

¹⁰⁹⁴ N. NIELSEN, « EU anti-fraud office launches probe into Frontex », *EU Observer*, 11 janvier 2021, en ligne [<https://euobserver.com/migration/150574>]. Depuis le déclenchement des démarches d'enquête sur Frontex, le directeur de l'agence a démissionné.

¹⁰⁹⁵ Communiqué de presse du médiateur européen, « Ombudsman opens inquiry to assess European Border and Coast Guard Agency (Frontex) Complaints Mechanism », 12 novembre 2020, en ligne [<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/news-document/en/134739>].

¹⁰⁹⁶ Voir les conclusions du Conseil d'administration de Frontex, *Conclusions of the Chairperson of the Frontex Management Board*, 12 novembre 2020, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/conclusions-of-the-chairperson-of-the-frontex-management-board-cpQord>] et « Frontex welcomes establishment of Management Board Working Group », 26 novembre 2020, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-welcomes-establishment-of-management-board-working-group-z1aFSC>].

directeur exécutif de l'Agence¹⁰⁹⁷. Le 13 octobre 2022, le journal d'investigation allemand *Der Spiegel* a publié le rapport confidentiel de l'OLAF. Il apparaît que des fautes graves ont été commises par des agents cadres de Frontex qui n'ont pas signalé des actes de refoulement commis par les garde-côtes grecs¹⁰⁹⁸. Le contexte politique semble donc relativement propice à l'introduction de telles requêtes. Cependant, plusieurs difficultés techniques et juridiques devront être surmontées afin de pouvoir engager la responsabilité de l'Agence européenne. En premier lieu, la responsabilité juridique de Frontex à l'égard des individus a été consacrée en 2016. Toutefois, il s'agit d'une responsabilité partagée avec les États membres. Or, ce partage est source de confusion. La responsabilité de Frontex semble subsidiaire à celle des États membres¹⁰⁹⁹. En second lieu, la responsabilité de Frontex ne pourrait être engagée qu'à la condition qu'elle concerne une situation particulière dans lesquels les requérants sont en capacité de présenter des preuves d'une violation suffisamment caractérisée d'une obligation de l'Agence. Dans l'objectif de distinguer la responsabilité de Frontex de celle des États membres, il est sans doute pertinent d'examiner le respect des obligations de Frontex en matière de surveillance du respect des droits fondamentaux. Il est également possible d'invoquer un non-respect de l'obligation de sauvetage mais la question du partage de responsabilité se posera. Les requérants devront par ailleurs établir un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi. Or, en la matière, tant les preuves que les requérants sont difficiles à identifier. Le recours en responsabilité devant le Tribunal international du droit de la mer semble, sur ce point, plus accessible.

¹⁰⁹⁷ Communiqué de presse du Parlement européen, Respect of Fundamental Rights in Frontex operations: MEPs demand guarantees, 1^{er} décembre 2020, en ligne [<https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20201127IPR92637/respect-of-fundamental-rights-in-frontex-operations-meps-demand-guarantees>].

¹⁰⁹⁸ Le rapport a été publié sur la plateforme allemande FragDenStaat le 13 octobre 2022, cf. en ligne [<https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex/>]. Pour un résumé du rapport de 123 pages, voir en ligne [<https://fragdenstaat.de/en/blog/2022/10/13/frontex-olaf-report-leaked/>].

¹⁰⁹⁹ Règlement (UE) 2019/1896, article 7. Sur cette question, voir C. BILLET, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », Chapitre 18 in P. CHAUMETTE, *Wealth and Miseries of the Oceans : Conservation, Ressources and Borders. Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières*, GOMILEX, 2018, en ligne [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01984841/document>].

c. Le recours en responsabilité de l'Union européenne et de ses États membres devant le Tribunal international du droit de la mer

435. L'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer codifie l'obligation coutumière de porter secours à des personnes en détresse en mer. L'Union européenne et ses États membres sont parties à la Convention. Par conséquent, ils sont tenus au respect de cette obligation et peuvent faire l'objet d'un recours en responsabilité en cas de non-respect. Un tel recours supposerait également la question de la répartition des compétences et des responsabilités entre l'Union et ses États membres. En effet, l'article 4 de l'Annexe IX à la Convention précise que l'Union ne peut être responsable que des violations intervenant dans le champ de ses compétences exclusives. Or, la recherche et le sauvetage en mer relèvent des compétences partagées. Ainsi, le recours devrait probablement être dirigé contre l'Union européenne et les États membres concernés. Le tribunal pourrait se prononcer de façon générale sur les pratiques de l'Union européenne et ses États membres en mer Méditerranée centrale ou orientale sur la base d'incidents identifiés sans que des victimes doivent être clairement nommées et parties au recours. Ainsi, l'État requérant pourrait se contenter de présenter des preuves d'incidents de non-sauvetage ou de manquements à l'obligation de sauvetage dans la zone située en Italie, la Tunisie, Malte et la Libye par exemple ou encore en mer Égée. Le principal obstacle est ici diplomatique. Si tout État partie à la Convention est en capacité de déférer l'Union européenne et ses États membres devant le tribunal pour non-respect des obligations en matière de recherche et de sauvetage, il est délicat d'imaginer qu'un État puisse faire preuve d'une telle audace.

Conclusion du Chapitre 2

436. Les personnes en besoin de protection internationale qui sont parvenues à surmonter les obstacles administratifs pour exercer leur droit de recours contre les décisions de refus de demandes de visa formées dans l'objectif de fuir de façon sécurisée pour atteindre les procédures européennes de l'asile n'ont pas eu gain de cause auprès des juges de Luxembourg et de Strasbourg. Ceux-ci se sont retirés du débat en prétendant, d'un côté, être incompetents au motif que les décisions des États membres relatives aux visas d'asile n'étaient pas une mise en œuvre du droit de l'Union et, de l'autre, qu'en refusant ces visas, les États membres n'attiraient pas les personnes en besoin de protection internationale sous leur juridiction. Pour autant, les atteintes portées aux droits fondamentaux de ces personnes sont bien réelles. Elles ne résultent sans doute pas strictement des refus de visa mais d'une combinaison de ces refus avec l'ensemble des mécanismes d'interception décrits dans la première partie de cette étude. Les personnes en besoin de protection internationale se trouvent entravées dans leur fuite en raison de l'application de la politique migratoire de l'Union européenne. Elles subissent, sans distinction, les effets de cette politique alors même que les motifs de leur mobilité sont différents et que cette mobilité est vitale.

Conclusion Titre 2

437. De la constatation de l'obligation pour les personnes en besoin de protection internationale de présenter un visa à celle du caractère pratiquement insurmontable de son obtention, peu de garde-fous juridiques se dressent entre le pouvoir discrétionnaire des États membres et la vulnérabilité des personnes en besoin de protection internationale. L'exercice du contrôle des juges nationaux sur le comportement, les actes et les décisions des administrations consulaires est trop aléatoire et limité pour permettre une mise en balance réellement effective du pouvoir discrétionnaire des États membres dans la mise en œuvre de l'obligation de détenir un visa, appliquée aux personnes en besoin de protection internationale. L'intervention des juges européens est jusqu'à présent restée sans effet, compte tenu des déclarations d'inapplicabilité du droit de l'Union et d'irrecevabilité des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Pourtant, les atteintes aux droits fondamentaux des migrants par l'application de la politique migratoire européenne sont sans cesse dénoncées. Sans doute, faut-il frapper à la porte des juridictions internationales, quitte à solliciter les juges dans leurs fonctions consultatives si des considérations diplomatiques, politiques et économiques entravent la formation de requêtes contentieuses par des États tiers.

Conclusion de la Partie 2

438. Tant l'obligation de visa que les mécanismes d'interception qui en renforcent les effets sont appliqués, dans les zones de départ et de transit, sans aucune distinction parmi les migrants quant aux motivations de leur migration. Au sein de cette dynamique de politique migratoire, deux éléments seraient susceptibles d'en atténuer les effets d'atteinte aux droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale et de permettre finalement cette distinction. Il s'agit de la création de voies légales d'accès d'un côté, et du contrôle juridictionnel des décisions de refus de demandes de visa d'asile de l'autre. Pourtant, aucun de ces deux éléments n'est suffisamment investi pour être réellement efficace. La pratique des voies légales d'accès est très limitée en termes quantitatifs. Elle repose uniquement sur le volontariat des États membres. En conséquence, l'accès à ces voies légales est excessivement sélectif.

439. En définitive, l'obtention de visa de long séjour aux fins de demander l'asile ou de visa de court séjour à validité territoriale limitée, dans le cadre d'un programme d'entrée protégée ou au terme d'une demande spontanée, reste totalement soumise au pouvoir discrétionnaire des États membres. Ces derniers sont libres de déterminer le nombre de personnes qu'ils souhaitent accueillir régulièrement au titre de l'asile ainsi que les critères de délivrance qui leur sont appliqués. Ce pouvoir discrétionnaire est encore accentué non seulement par la complexité voire l'impossibilité de former des recours contre les refus de visa mais aussi, et surtout, par l'absence de volonté des juges européens de contrôler ces refus au regard du respect des droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

440. Dans quelle mesure la politique migratoire mise en œuvre par l'Union européenne peut-elle être qualifiée de politique d'obstruction aux départs des personnes en besoin de protection internationale ? Cette question posée dès l'introduction a guidé l'ensemble de la démonstration. Il convient pour conclure d'y apporter une réponse.

441. Les personnes en besoin de protection internationale sont soumises à l'obligation de détenir un visa pour entrer sur le territoire des États membres. Leur vulnérabilité particulière n'est pas prise en considération : les critères de délivrance sont intrinsèquement inaccessibles, la procédure est inadaptée et les régimes dérogatoires ne leur sont pas destinés. Elles se retrouvent donc soumises à une obligation qu'elles ne peuvent pas, en pratique, honorer. L'irrespect de cette obligation n'engendre certes pas de conséquence sur leur capacité à formuler une demande d'asile auprès de l'État membre sur le territoire duquel elles pourraient parvenir à entrer. Cependant, l'absence de visa les expose à un ensemble de mécanismes d'interception au fil de leur parcours migratoire. Sans cesse, elles risquent d'être ralenties ou repoussées vers leur État d'origine. L'inexistence d'une catégorie juridique propre aux personnes en besoin de protection internationale implique que ces dernières sont traitées selon les modalités de droit commun appliquées à l'ensemble des migrants, sans distinction. L'apparition des programmes d'entrée protégée dans certains États membres de l'Union européenne ne parvient pas à atténuer les effets d'entrave à la progression des personnes en besoin de protection internationale. Les quotas pratiqués sont bien trop loin des besoins de voies légales d'accès recensés par le HCR. L'extrême sous-dimensionnement des programmes de réinstallation ou d'admission humanitaire se traduit par une extrême sélectivité parmi les candidats dont le besoin de protection et l'absence de solution durable là où ils se trouvent ne font pourtant aucun doute. Par ailleurs, le développement des voies légales d'accès, encouragé par la Commission européenne, l'ONU et de nombreuses ONG, comporte un risque, sans doute mal identifié, de porter atteinte à l'universalité, critère fondamental du droit d'asile contemporain. En dernier ressort, lorsque certaines personnes en besoin de protection internationale ont eu la chance de pouvoir compter sur un entourage social et juridique pointu, disponible et insensible aux multiples obstacles juridiques qu'il faut surmonter pour

mettre en œuvre un droit de recours incomplet contre les décisions de refus de visa, les juges européens ont fait le choix de ne pas se prononcer. Il ne s'agissait pourtant pas de découvrir, de façon plus militante que rigoureuse, une obligation pour les États membres de délivrer des visas aux fins de demander l'asile aux personnes qui en feraient la demande mais plutôt de contraindre ces États à affermir le régime juridique flou qui encadre actuellement les voies légales d'accès. Ainsi, les personnes en besoin de protection internationale ne bénéficient d'aucun secours pour assurer leur survie jusqu'à un territoire de refuge.

442. James HATHAWAY et Thomas GAMMELTOFT-HANSEN ont utilisé l'expression « politiques de non-entrée » pour qualifier les politiques migratoires des États occidentaux. L'objectif était alors de désigner l'ensemble des mécanismes mis en œuvre par les États puissants pour empêcher les personnes en besoin de protection internationale de passer sous leur juridiction afin qu'ils ne puissent pas se prévaloir du principe de non-refoulement à leur rencontre¹¹⁰⁰. En ce sens, la politique de l'Union européenne s'inscrit dans ces politiques mais elle va encore plus loin. L'ensemble des mécanismes qui la composent s'articulent les uns aux autres dans l'objectif que les personnes en besoin de protection internationale ne puissent même plus quitter les pays d'origine et de transit dans lesquelles elles se retrouvent piégées. À cet égard, on pourrait considérer, dans une perspective fonctionnelle ou causale, que les efforts multiples et incessants déployés par les États membres et l'Union européenne pour contenir ces personnes en-dehors de leur juridiction constituent, au contraire, des actes de souveraineté dont les conséquences sur la vie des personnes en besoin de protection internationale sont tellement puissantes qu'elles finissent par les attirer sous leur juridiction. La protection qui pourrait être tirée du droit de quitter tout pays, y compris le sien, semblerait alors mieux à même (que le principe de non-refoulement) d'assurer le rééquilibrage des rapports entre droit souverain des États membres de contrôler les entrées sur leur territoire et droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale.

443. Certains ont pu être tentés d'arguer de la violation du principe de bonne foi dans l'exécution des engagements internationaux, en l'occurrence de la Convention de Genève de 1951¹¹⁰¹. Cependant, l'espoir d'engager la responsabilité de l'Union ou de ses États membres

¹¹⁰⁰ J. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence », *op. cit.*, p. 244.

¹¹⁰¹ G. GOODWILL-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 387-390. T. , *Access to asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, *op. cit.*, pp. 97-99. V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *op. cit.*, pp. 8-10.

est mince lorsque seule la bonne foi d'un État peut être remise en cause¹¹⁰². Au-delà de cet aspect et de façon plus fondamentale encore, l'identification de potentiels États susceptibles d'ester en justice pour engager la responsabilité de l'Union ou de l'un ou plusieurs de ses États membres devant les juridictions internationales se révèle ardue.

444. Au terme de cette étude, on pourrait sans doute être tenté de plaider en faveur de la création d'une nouvelle catégorie juridique visant très spécifiquement les personnes en besoin de protection internationale. L'objectif serait alors de parvenir à imposer la pratique de leur distinction, parmi la catégorie générique des migrants, tout au long du parcours migratoire, et sans attendre que seules les plus chanceuses d'entre elles atteignent enfin le territoire d'asile. Toutefois, la création d'une catégorie juridique n'est utile que lorsqu'elle est accompagnée de la création d'un régime juridique propre. Pour être revêtu d'une existence effective, ce régime devrait être appliqué par un ou des États. Or, le propre des personnes en besoin de protection internationale est précisément de n'avoir plus aucun ou pas encore de lien avec un État, d'origine, de transit ou de destination, susceptible d'assurer leur protection¹¹⁰³.

445. Finalement, il semble que les normes relatives à l'obligation de visa, aux mécanismes d'interception ou aux programmes d'entrée protégée contiennent déjà, en leur sein, les éléments qui permettraient de réajuster les relations entre le pouvoir souverain des États membres de contrôler les entrées et les droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale. Aussi, sur le plan européen, le respect de ces droits fondamentaux en particulier, et de l'intégrité du droit d'asile en général, ne trouvera pas son salut dans une nouvelle complexification de la catégorisation des migrants mais bien dans une volonté des États membres de mener une politique migratoire au sein de laquelle l'asile ne disparaît pas.

¹¹⁰² J. VERHOEVEN, « Le droit, le juge et la violence », *RGDIP*, 1987, p. 1124. H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Oxford, Oxford university press, 2013, p. 178. G. RESS, « Interpretation of the Charter », in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford university press, 1995, p. 31. D'autres auteurs considèrent au contraire que la bonne foi reste un argument suffisant pour engager la responsabilité internationale d'un État, R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris/Genève, Presses universitaires de France, 2000, version en ligne 2015, [<https://books.openedition.org/iheid/2271?lang=fr>].

¹¹⁰³ N. ALOUPI, S. GAKIS, « Catégories de migrants et droit international. Origines et enjeux actuels », *op. cit.*, pp. 57-76.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- CJCE, arrêt du 25 février 1988, *Les Verts contre Parlement*, 190/84.
- CJCE, arrêt du 17 septembre 1992, *NBV et NVB contre Commission*, T-138/89.
- CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman contre Belgique*, C-415/93.
- CJUE, arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02.
- CJCE, Grande chambre, arrêt du 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07.
- CJUE, arrêt du 9 novembre 2010, *B. et D.*, C-57/09 et C-101/09.
- CJUE, Grande chambre, arrêt du 8 mars 2011, *Zambrano*, C-34/09.
- CJUE, Grande Chambre, arrêt du 15 novembre 2011, *Dereci et autres contre Autriche*, C-256/11.
- CJUE, Grande chambre, arrêt du 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10 et C-493/10.
- CJUE, Grande Chambre, arrêt du 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki contre Allemagne*, C-84/12.
- CJUE, arrêt du 6 mars 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13.
- CJUE, arrêt du 30 avril 2014, *Robert Pfleger*, C-390/12.
- CJUE, arrêt du 19 septembre 2016, *Wilson*, C-506/04.
- CJUE, Grande chambre, arrêt du 7 mars 2017, *X.X. contre État belge*, C-638/16. + Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi présentées le 7 février 2017 dans l'affaire *X. X. contre Belgique*
- CJUE, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund SA*, C-682/15.
- CJUE, Grande chambre, arrêt du 26 juillet 2017, *Jafari*, C-646/16.
- CJUE, arrêt du 13 décembre 2017, *Al Hassani*, C-403/16.
- CJUE, Grande chambre, arrêt du 14 mai 2019, *M. contre République tchèque*, C-391/16 et *X. et X. contre Belgique*, C-77/17 et C-78/17.
- CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, *Vethanayagam et autres*, C-680/17.
- CJUE, arrêt du 19 mars 2020, *L.H. contre Hongrie*, C-6564/18.
- CJUE, arrêt du 16 juillet 2020, *B. M. M., B. S., B. M. et B. M. O. contre Belgique*, C-133/19, C-136/19, C-137/19.

- CJUE, arrêt du 1^{er} août 2022, *Bundesrepublik Deutschland contre S.W.*, C-273/20.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- Commission européenne des droits de l'homme, décision du 25 septembre 1965, *X. contre Allemagne*, n° 1611/62.

- Commission européenne des droits de l'homme, décision du 15 décembre 1977, *X. contre Royaume-Uni*, n° 7457/76.

- CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, n° 7525/76.

- CEDH, arrêt du 25 mars 1983, *Silver et autres contre Royaume-Uni*, n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75.

- CEDH, Cour plénière, arrêts du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81.

- CEDH, Cour plénière, arrêt du 27 avril 1988, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, n° 9659/82 et 9658/82.

- CEDH, Cour plénière, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, n° 14038/88.

- CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Vilvarajah contre Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87 ; 13447/87, 13448/87.

- Commission européenne des droits de l'homme, décision du 14 octobre 1992, *M. contre Danemark*, n° 17392/90.

- CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur contre France*, n° 19776/92.

- CEDH, Grande chambre, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou contre Turquie*, n° 15318/89.

- CEDH, Grande chambre, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia contre France*, n° 39652/98.

- CEDH, arrêt du 26 octobre 2000, *Kudla contre Pologne*, n° 30210/96.

- CEDH, décision du 11 janvier 2001, *Xhavara et autres contre Italie et Albanie*, n° 39473/98.

- CEDH, Grande Chambre, décision du 24 octobre 2001, *Bankovic et autres contre Belgique*, n° 52207/99.

- CEDH, arrêt du 16 novembre 2004, *Issa et autres contre Turquie*, n° 31821/96.

- CEDH, Grande Chambre, arrêt du 6 octobre 2005, *Maurice contre France*, n° 11810/03.

- CEDH, décision du 11 juillet 2006, *Walter contre Italie*, n° 18059/06.

- CEDH, arrêt du mai 2007, *Salah Sheekh contre Pays-Bas*, n° 1948/04.

- CEDH, décision du 30 juin 2009, *Al-Saadoon et Mufdhi contre Royaume-Uni*, n° 61498/08.

- CEDH, arrêt du 14 septembre 2009, *Stephens contre Malte*, n° 11956/07.

- CEDH, arrêt du 29 mars 2010, *Medvedyev et autres contre France*, n° 3394/03.
- CEDH, arrêt du 10 septembre 2010, *McFarlane contre Irlande*, n° 31333/06.
- CEDH, arrêt du 21 janvier 2011, *M. S. S. contre Belgique*, n° 30696/09.
- CEDH, décision du 1^{er} février 2011, *Dristsas et autres contre Italie*, n° 2344/02.
- CEDH, arrêt du 10 février 2011, *Dzhaksybergenov contre Ukraine*, n° 12343/10.
- CEDH, décision du 1^{er} février 2011, *Berisha et Haljiti contre l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 18670/03.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres contre Royaume-Uni*, n° 55721/07.
- CEDH, arrêt du 11 octobre 2011, *Auad contre Bulgarie*, n° 46390/10.
- CEDH, arrêt du 28 novembre 2011, *Sufi and Elmi contre Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, n° 27765/09.
- CEDH, arrêt du 27 novembre 2012, *Stamose contre Bulgarie*, n° 29713/05.
- CEDH, arrêt du 13 décembre 2012, *El-Masri contre L'ex-République Yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09.
- CEDH, décision du 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan contre Royaume-Uni*, n° 11987/11.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 16 septembre 2014, *Hassan contre Royaume-Uni*, n° 29750/09.
- CEDH, arrêt du 21 octobre 2014, *Sharifi et autres contre Italie et Grèce*, n° 16643/09.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 5 juin 2015, *Lambert et autres contre France*, n° 46043/14.
- CEDH, arrêt du 21 août 2015, *Yengo contre France*, n° 50494/12.
- CEDH, arrêt du 13 décembre 2018, *Mursaliyev contre Azerbaïdjan*, n° 66650/13.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 29 janvier 2019, *Guzelyurtlu et autres contre Chypre et Turquie*, n° 36925/07.
- CEDH, arrêt du 3 octobre 2019, *Kaak et autres contre Grèce*, n° 34215/16.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed contre Hongrie*, n° 47287/15.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2019, *Z.A. contre Russie*, n° 61411/15.
- CEDH, Grande chambre, arrêt du 13 février 2020, *N. D. et N. T. contre Espagne*, n° 8675/15 et 8697/75.

- CEDH, Grande chambre, décision du 5 mai 2020, *M.N. et autres contre Belgique*, n° 3599/18.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain)*, Rec. 1971, p. 16.

- CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, Rec. 1986, p. 14.

- CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 226.

- CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 136.

JURIDICTIONS NATIONALES

- Conseil constitutionnel français, décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

- Cour Suprême des États-Unis, *Sale, Acting commissioner Immigration and naturalization Service v. Haitian Centers Council*, 21 June 1993, 509 U.S. 155; 113 S. Ct. 2549.

- Conseil d'État français, arrêt du 14 juin 2002, *ministre de l'Intérieur contre Compagnie nationale Air France*, n° 228549.

- Chambre des Lords du Royaume-Uni, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others*, 9 December 2004, [2004] UKHL 55.

- Conseil du contentieux des étrangers de Belgique, 30 mars 2017, *X. X. contre État belge*, n° 184913.

- Conseil d'État français, décision du 8 septembre 2021, n° 455751.

- Conseil constitutionnel français, décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France (obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée)*.

BIBLIOGRAPHIE

1. DICTIONNAIRES

- **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, 1091 pages.
- **J. SALMON**, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 pages.

2. MANUELS GENERAUX

- **D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY**, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, 696 pages.
- **J. COMBACAU, S. SUR**, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2019, 13^{ème} édition, 896 pages.
- **T. FLEURY-GRAFF, A. MARIE**, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2021, 404 pages.
- **M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET**, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2022, 9^{ème} édition, 2047 pages.
- **L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA**, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, 1706 pages.
- **V. TCHEN**, *Droit des étrangers*, Paris, LexisNexis, 2020, 1652 pages.

3. MONOGRAPHIES

- **K. AKOKA**, *L'asile et l'exil. Une histoire de la distinction réfugiés/migrants*, Paris, La Découverte, 2020, 360 pages.
- **B. BOUDOU**, *Politique de l'hospitalité*, Paris, CNRS, 2017, 248 pages.
- **J.-Y. CARLIER**, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2020, 608 pages.
- **M. CHEMILLIER-GENDREAU**, *L'injustifiable. Les politiques françaises d'immigration*, Paris, Bayard, 1998, 284 pages.
- **V. CHETAIL**, *International Migration Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 512 pages.
- **F. CREPEAU**, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*. Bruxelles, Bruylant, 1995, 424 pages.
- **A. CRUZ**, *Shifting Responsibilities: Carriers' Liability in the Member States of the European Union and North America*, London, Trentham Books, 1995, 122 pages.

- **O. DELAS**, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : de la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 462 pages.
- **M. DEN HEIJER**, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Bloomsbury Publishing, Leiden, 2012, 342 pages.
- **P. DUMAS**, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 944 pages.
- **D.S. FITZGERALD**, *Refugee Beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, New York, Oxford University Press, 2019, 376 pages.
- **T. GAMMELTOFT-HANSEN**, *Access to Asylum, International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University, 2013, 309 pages.
- **M. GODELIER**, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Paris, Albin Michel, 2007, 300 pages.
- **G. GOODWILL-GILL, J. MCADAM**, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford university press, 2009, 3^{ème} édition, 848 pages.
- **A. GRAHL-MADSEN**, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, publié par la division Protection du HCR en 1997, en ligne [<https://www.unhcr.org/3d4ab5fb9.pdf>].
- **E. GUILD**, *Le droit de quitter un pays*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2013, 72 pages, en ligne [<https://rm.coe.int/le-droit-de-quitter-un-pays-document-thematique-publie-par-le-commissa/16806da902>].
- **C. HAMIDI, N. FISCHER**, *Les politiques migratoires*, Paris, La Découverte, 2016, 128 pages.
- **J. HATHAWAY**, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 1236 pages.
- **J. HATHAWAY, M. FOSTER**, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 773 pages.
- **S. HOFFMANN**, *Duties Beyond Borders*, Syracuse, Syracuse University Press, 1981, 268 pages.
- **R. KOLB**, *La bonne foi en droit international public*, Paris/Genève, Presses universitaires de France, Graduate Institute Publications, 2000, 758 pages.
- **C. LANTERO**, *Le droit des réfugiés : entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 613 pages.
- **Y. LI**, *Exclusion from Protection as a Refugee – An Approach to a Harmonizing Interpretation in International Law*, Leyden, Brill, 2017, 396 pages.
- **G. LOESCHER**, *Beyond Charity: International Co-operation and the Global Refugee Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 1993, 272 pages.

- **M. MARRUS**, *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 1985, (traduction française *Les exclus : les réfugiés européens au XXème siècle*, Paris, Calmann-Lévy, 1986, 418 pages).
- **V. MORENO-LAX**, *Accessing Asylum in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 568 pages.
- **G. NOIRIEL**, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe (1793-1993)*, Paris, Calmann-Lévy, 1991, 355 pages.
- **G. NOIRIEL**, *Réfugiés et sans-papiers, La République face au droit d'asile, XIXè, XXè siècle*, Paris, Hachette, 1999, 355 pages.
- **N. ROBINSON**, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation – A Commentary*, New York, Institute for Jewish Affairs, 1953, 89 pages.
- **S. ROSIERE**, *Frontières de fer. Le cloisonnement du monde*, Paris, Syllepse, 2020, 184 pages.
- **T. SJOBERG**, *The Powers and the Persecuted*, Malmo, Lund University Press, 1991, 260 pages.
- **L. SOHN, T. BUERGENTHAL**, *The Movement of Persons Across Borders*, Washington, The American Society of International Law, 1992, 196 pages.
- **A. TAKKENBERG, C. TAHBAZ**, *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*, Amsterdam, Vluchtelingenwerk, European Legal Network on Asylum, 1990, 436 pages.
- **H. THIRLWAY**, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Oxford, Oxford university press, 2013, 2000 pages.
- **J. TORPEY**, *L'invention du passeport. États, citoyenneté et surveillance*, Paris, Belin, 2005, 255 pages.

4. OUVRAGES COLLECTIFS

- **M. BENLOLO-CARABOT**, *Union européenne et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 354 pages.
- **C. BILLET, E. d'HALLUIN, B. TAXIL** (dir.), *La catégorisation des acteurs du droit d'asile*, Paris, Mare & Martin, 2021, 228 pages.
- **C. BILLET, E. d'HALLUIN, B. TAXIL** (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, Paris, Mare & Martin, 2021, 287 pages.
- **D. BOUTEILLET-PAQUET** (dir.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?/La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 884 pages.
- **V. CHETAİL** (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 728 pages.

- **F. CREPEAU, D. NAKACHE, I. ATAK** (dir.), *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presse de l'Université de Montréal, 2009, 411 pages.
- **B. DAVID** (dir.), *Manifeste du Museum d'Histoire naturelle. Migrations*, Paris, Relief, 2018, 84 pages.
- **J.-L. DESHAYES et D. FRANCFORT** (dir.), *Du barbelé au pointillé : les frontières au regard des sciences humaines et sociales*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2010, 298 pages.
- **D. FASSIN, A. MORICE, C. QUIMINAL** (dir.), *Les lois de l'inhospitalité : Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, Paris, La Découverte, 1997, 288 pages.
- **E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON** (dir.), *Refugee Protection in International law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 717 pages.
- **E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON** (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 836 pages.
- **T. FLEURY-GRAFF** (dir.), *Migrations et droit international*, Actes du colloque de la SDFI de 2021, Paris, Pedone, 2022, 588 pages.
- **GISTI**, *Le droit d'asile à l'épreuve de l'externalisation des politiques migratoires*, GISTI – Penser l'immigration autrement, 2020, 200 pages.
- **P. ICARD** (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2017, 306 pages.
- **S. JUSS** (dir.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, 480 pages.
- **A. MIRON, B. TAXIL** (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Actes du Colloque de la SDFI de 2019, Paris, Pedone, 2020, 360 pages.
- **B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD, J. REDPATH-CROSS** (dir.), *Le droit international de la migration*, Comansville, éditions Yvon Blais, 2014, 575 pages.
- **B. SIMMA** (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, New York, Oxford University Press, 1995, 2606 pages.

5. COURS

- **J.-Y. CARLIER**, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *RCADI*, vol. 332, 2007, pp. 9-354.
- **O. CASANOVAS**, « La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés », *RCADI*, vol. 306, 2003, pp. 9-176.

- **S. PERRAKIS**, « La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 420, 2021, pp. 9-497.
- **E. REALE**, « Le problème des passeports », *RCADI*, vol. 50, 1934, pp. 85-188.
- **E. REALE**, « Le droit d'asile », *RCADI*, vol. 63, 1936, pp. 469-601.
- **F. SCHNYDER**, « Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés », *RCADI*, vol. 114, 1965, pp. 335-450.

6. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS

- **K. AKOKA**, « Crise des réfugiés ou des politiques d'asile ? », *La vie des idées*, 31 mai 2016, en ligne [<https://laviedesidees.fr/Crise-des-refugies-ou-des-politiques-d-asile.html>]
- **K. AKOKA, A. SPIRE**, « Pour une histoire sociale de l'asile politique en France », *Pouvoirs*, n° 144, 2013/1, pp. 67-77.
- **N. ALOUPI, S. GAKIS**, « Catégories de migrants et droit international. Origines et enjeux actuels », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international*, Actes du colloque de la SDFI de 2021, Paris, Pedone, 2022, pp. 57-76.
- **C. S. ANDERFUHREN-WAYNE**, « Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches », *International Journal of Refugee Law*, vol. 8, 1996, pp. 347-354.
- **S.-T. BAMBARA**, « L'avènement du visa humanitaire dans le système d'asile européen », *RTDeur*, n° 4, 2019, pp. 817-821.
- **S. BARBOU DES PLACES**, « Le Code des visas, nouveau « levier » de la politique d'éloignement des étrangers en situation irrégulière », *RTDeur*, n° 1, 2020, pp. 127-131.
- **E. BASARAN**, « Evaluation of the 'Carriers' Liability' Regime as Part of the EU Asylum Policy under Public International Law », *USAK Yearbook of International Politics and Law*, 2009, pp. 101-115.
- **M.-L. BASILIEN-GAINCHE**, « The European Union Edges. Borders as Ways or Walls? », *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, n° 2, janvier 2015, pp. 97-117.
- **M.-L. BASILIEN-GAINCHE**, « Les *boat people* de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/1838>].
- **M.-L. BASILIEN-GAINCHE**, « Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite », *Revue de l'Union européenne*, n° 609, juin 2017, pp. 61-84.
- **M.-L. BASILIEN-GAINCHE**, « Les personnes particulièrement vulnérables – Les migrants et les réfugiés », in A. AILINCAI (dir.), « La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux », *RTDH*, 1^{er} avril 2018, pp. 401-445.

- **M.-L. BASILIEN-GAINCHE**, « L'emprise de la *soft law* dans la gestion des migrations en Europe », in M. BENLOLO-CARABOT (dir.), *Union européenne et migrations*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 155-178.
- **V. BAUDET-CAILLE**, « Les contrôleurs d'immigration », *Plein droit*, n° 55, 2002/4, pp. 26-28.
- **G. BEAUDU**, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 68, 2007/4, en ligne, [<http://journals.openedition.org/conflits/5793>].
- **H. BEIRENS, S. FRATZKE**, *Taking stock of Refugee Resettlement – Policy Objectives, Practical Tradeoffs, and the Evidence Base*, Migration Policy Institute, mai 2017, en ligne [<https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/EU-Frank-FINALWEB.pdf>].
- **C. BELLEFLEUR**, « La place du parrainage privé dans les mécanismes de réinstallation au Canada : un modèle à suivre pour l'UE ? », in C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, Paris, Mare & Martin, 2021, pp. 141-166.
- **A. BETTS**, « Towards a Mediterranean Solution? Implications for the Region of Origin », *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, pp. 652-676.
- **M. BEULAY**, « L'action des acteurs privés à la frontière : quel État de droit en matière de migration ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. 49, 12 novembre 2019, en ligne [<http://www.revuedlf.com/droit-ue/laction-des-acteurs-privés-a-la-frontiere-quel-etat-de-droit-en-matiere-de-migrations/>]
- **C. BILLET**, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », in P. CHAUMETTE (dir.), *Wealth and Miseries of the Oceans: Conservation, Ressources and Borders. Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières*, GOMILEX, 2018, en ligne [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01984841/document>].
- **C. BILLET**, « La « boîte à outils » de la coopération entre l'Union européenne et les États tiers en matière d'asile », in C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, Paris, Mare & Martin, 2021, pp. 167-198.
- **E. BLANCHARD, C. RODIER**, « Crise migratoire : ce que cachent les mots », *Plein droit*, n° 111, 2016/4, pp. 3-6.
- **T. BLOOM, V. RISSE**, « Examining Hidden Coercion at State Borders: Why Carrier Sanctions Cannot Be Justified », *Ethics & Global Politics*, vol. 7, n° 2, 2014, pp. 65-82.
- **M. BOSSUYT**, « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg », in *L'homme et le droit : En hommage au Professeur Jean-françois Flauss*, Pedone, Paris, 2014, pp. 117-127.
- **J. BOURRINET**, « L'Union européenne confrontée à la « démocratie illibérale », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019/1, pp. 239-252.

- **E. BROUWER**, « The European Court of Justice on Humanitarian Visas: A Legal integrity vs. political opportunism? », *CEPS*, 16 mars 2017, en ligne [<https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-court-justice-humanitarian-visas-legal-integrity-vs-political-opportunism/>].
- **D. BURRIEZ**, « La nature équivoque des engagements internationaux des États en matière de réinstallation des réfugiés : l'exemple français », *RGDIP*, n° 3, 2020, pp. 91-106.
- **B. CALI, C. COSTELLO, S. CUNNINGHAM**, « Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies », *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 355-384.
- **J.-Y. CARLIER**, « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales », in *Liber Amicorum Jacques Putzeys*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 15-35.
- **J.-Y. CARLIER**, « Existe-t-il un droit à la migration ? » La cigogne et la maison », in F. CREPEAU, D. NAKACHE, I. ATAK (dir.), *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presse de l'Université de Montréal, 2009, pp. 389-407.
- **J.-Y. CARLIER, P. D'HUART**, « L'exclusion du statut de réfugié : cadre général », in V. CHETAIL, C. LALY-CHEVALIER (dir.), *Asile et Extradition – Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1-32.
- **J.-Y. CARLIER, F. CREPEAU**, de la crise migratoire européenne au pacte mondial sur les migrations : exemple d'un mouvement sans droit ?, *Annuaire français de droit international*, CNRS, Paris, 2017, pp. 461-499.
- **J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, F. GATTA, S. SAROLÉA**, « Humanitarian Visa: Does the Suspended Step of the Stork Become a Hunting Permit? », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017, juin 2020, pp. 4-12.
- **J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF**, « Chroniques. Droit européen des migrations », *Journal de droit européen*, 2017, pp. 110-119.
- **S. CARRERA, N. EL QADIM, M. FULLERTON, B. GARCÉS-MASCARENAS, S. YORK KNEEBONE, A. LOPEZ SALA, N. CHUN LUK, L. VOSYLIUTE**, *Offshoring Asylum and Migration in Australia, Spain, Tunisia and the US: Lessons Learned and Feasibility for the EU*, Rapport du Centre for European Policy Studies, Bruxelles, 2018, en ligne [<https://digital.csic.es/bitstream/10261/176073/1/OSI%20009-18%20Offshoring%20asylum%20and%20migration.pdf>]
- **S. CARRERA**, « The Strasbourg Court judgement *N.D. and N.T. v. Spain*: a Carte Blanche to Push-Backs at EU External Borders? », *EUI Working paper*, mars 2020, en ligne [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66629/RSCAS%202020_21.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

- **J.-P. CASSARINO**, « Informalising readmission agreements in the EU Neighborhood », *The International Spectator*, vol. 42, 2007, pp. 179-196.
- **A. CELLINI**, « La réinstallation des réfugiés hongrois en 1956 », *Forced Migration Review*, n° 2, 2017, pp. 6-8.
- **C.-A. CHASSIN**, « Le critère de l'individualisation des craintes dans le droit contemporain de l'asile », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, n° 13, 2015, en ligne [<https://journals.openedition.org/crdf/1182?lang=fr>].
- **V. CHETAİL**, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in V. CHETAİL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 13-133.
- **C. COLLIN**, « L'inapplicabilité de la Convention EDH aux demandes d'asile formées dans les ambassades et consulats : un dommage collatéral du visa humanitaire », *Dalloz*, 2020, pp. 1348-1352.
- **S. COLLINSON**, « Visas Requirements, Carrier Sanctions, 'Safe Third Countries' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 21, 1996, pp. 76-90.
- **O. CORTEN**, « Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du « machin » conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile? », 10 juin 2016, en ligne [<https://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/>].
- **C. COSTELLO**, « Refugees and Other Migrants: Will the Global Compact Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, 2018, pp. 643-649.
- **F. CREPEAU**, « « Accroche ta charrue à une étoile » : une perspective à long terme sur la mobilité humaine », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international*, Actes du colloque de la SDFI de 2021, Paris, Pedone, 2022, pp. 573-584.
- **P. CUTTITTA**, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », vol. 68, *Cultures & Conflits*, 2007, en ligne [<https://journals.openedition.org/conflits/5593>].
- **T. DE BOER, M. ZIECK**, « From Internment to Resettlement of Refugees: On US Obligation Towards MeK Defectors in Irak », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 15, 2014, pp. 21-108.
- **T. DE BOER, M. ZIECK**, « The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees – Cherry Picking and the Lack of Due Process in the EU », *International Journal of Refugee Law*, vol. 32, 2020, pp. 54-85.
- **B. DELZANGLES, A. LOUVAIS**, « Visas humanitaires et Charte des droits fondamentaux : la confrontation n'a pas eu lieu », *Journal de droit européen*, n° 239, 2017, pp. 169-181.

- **M. DESPAUX**, « The ECtHR Confronted to a Question on ‘Humanitarian Visas’. An Analysis of the Pending Case *M.N. and Others v. Belgium* (n° 3599/18) », 31 juillet 2019, en ligne [<https://internationallaw.blog/2019/07/31/the-ecthr-confronted-to-a-question-on-humanitarian-visas-an-analysis-of-the-pending-case-m-n-and-others-v-belgium-n-3599-18/>].
- **M. DESPAUX**, « Application extraterritoriale de la CEDH et migrations forcées – Comprendre la portée de la protection face aux politiques de non-entrée des États européens », *Revue générale du droit, Chronique de droit des libertés*, n° 54293, 2021, en ligne [<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2021/03/30/migrations-forcees/>].
- **J.-F. DOBELLE**, « Le droit dérivé de l’OACI et le contrôle du respect de son application », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 453-491.
- **M.-W. DOYLE**, « Responsibility Sharing: From Principle to Policy », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, 2018, pp. 618-622.
- **J.-P. DUBOIS**, « Le Passeport Nansen, première protection des réfugiés dans l’histoire du droit international », *Revue Après-Demain*, n° 19, 2016/3, p. 48.
- **F. DUCAROUGE**, « Le transport international de voyageurs : le cas des amendes administratives infligées aux transporteurs », *AJDA*, hors-série du 10 octobre 2001, pp. 65-72.
- **G. ESPINAS**, « Une histoire juridique du droit d’asile », *Annales d’histoire sociale*, tome 4, 1941, pp. 168-170.
- **E. EKHOLM, S. MAGENNIS, L. SALMELIN**, *Shaping our future – A Practical Guide to the Selection, Reception and Integration of Resettled Refugees*, Helsinki, 2005, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/437475fec.html>].
- **R. FAINI**, « Migrations et transferts de fonds. Impact sur les pays d’origine », *Revue d’économie du développement*, vol. 15, 2007/2, pp. 153-182.
- **E. FELLER**, « Carrier Sanctions and International Law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, n° 1, 1989, pp. 48-66.
- **N. FISCHER, C. HAMIDI**, « Les politiques migratoires en Europe – Perspective historique et modèles d’analyse », *Idées économiques et sociales*, n° 189, 2017/3, pp. 28-37.
- **T. FLEURY-GRAFF**, « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l’homme « juridiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : « adieu prudence ! » », in A. MIRON, B. TAXIL (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Actes du Colloque de la SFDI de 2019, Paris, Pedone, 2020, pp. 211-232.
- **T. FLEURY-GRAFF**, « L’appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », in T. FLEURY-GRAFF (dir.), *Migrations et droit international*, Actes du colloque de la SDFI de 2021, Paris, Pedone, 2022, pp. 13-56.

- **S. FRATZKE**, « Engaging Communities in Refugee Protection – The Potential of Private Sponsorship in Europe », septembre 2017, Migration Policy Institute, en ligne [https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/PrivateSponsorshipEurope-Fratzke_FINALWEB.pdf].
 - **M. FULLERTON**, « Restricting the Flow of Asylum-Seekers in Belgium, Denmark, the Federal Republic of Germany and the Netherlands: New Challenges to the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights », *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, 1988, pp. 35-113.
 - **T. GAMMELTOFT-HANSEN**, « Adjudicating Old Questions in Refugee Law: *MN and Others v Belgium* and the Limits of Extraterritorial Refoulement », 26 mai 2020, en ligne [www.eumigrationlawblog.eu].
 - **M. GARLICK**, « The EU Discussion on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, pp. 601-629.
 - **C. GAUTHIER, M. TISSIER-RAFFIN**, « La réinstallation : vers une remise en cause du système institutionnel et normatif du droit international des réfugiés ? », in C. BILLET, E. D'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *L'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés aux portes de l'Europe*, Paris, Mare & Martin, 2021, 109-140.
 - **F. GEMENNE**, « Ouvrir les frontières, une question de souveraineté », *Cités*, n° 38, 2016/4, pp. 49-60.
 - **J. GILBOY**, « Implications of 'Third-Party' Involvement in Enforcement: The INS, Illegal Travelers, and International Airlines », *Law & Society Review*, vol. 31, 1997, pp. 505-530.
 - **J.D. GIULIANI**, « L'Europe et les migrations », *RDUE*, vol. 3, 2015, pp. 343-345.
- Global Policy Initiative, Columbia University, « International Convention on the Rights and Duties of All Persons Moving from One State to Another and of the States They Leave, Transit or Enter – Model International Mobility Convention », *Columbia Journal of Transnational Law*, janvier 2018, édition spéciale, 327 pages.
- **E. GUILD, V. STOYANOVA**, « The Human Right to Leave any Country: A Right to be Delivered », *European Yearbook on human rights*, 2018, pp. 373-394.
 - **E. GUILD, D. BIGO**, « Schengen et la politique des visas », *Cultures & Conflits*, n° 49, 2003, en ligne [<http://journals.openedition.org/conflits/921> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/conflits.921>].
 - **M. GUINCHARD**, « L'international Air Transport Association », *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 666-672.
 - **V. GUIRAUDON**, « Enlisting Third Parties in Border Control: A Comparative Study of its Causes and Consequences », in M. CAPARINI, O. MARENIN (dir.), *Border and Security Governance. Managing Borders in a Globalised World*, Munster, LIT Verlag, 2006, pp. 68-86.

- **K. HAILBRONNER, C. CARLITZ**, « European Synthesis Report on the Implementation of Directive 2001/51/EC on Carriers Liability », Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, 2007, en ligne [<https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/03/2001-51-Carriers-Liability-Synthesis.pdf>].
- **K. HAILBRONNER, J. GOGOLIN**, « Asylum, territorial », *Max Planck Encyclopedias of International Law* (en ligne), septembre 2013.
- **H. HAKIKI**, « *N.D. and N.T. v. Spain*: Defining Strasbourg's Position on Push Backs at Land Borders? », *Strasbourg observers*, 26 mars 2020, en ligne [<https://strasbourgobservers.com/2020/03/26/n-d-and-n-t-v-spain-defining-strasbourgs-position-on-push-backs-at-land-borders/>].
- **C. HARVEY, R. BARNIDGE**, « Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, 2007, pp. 1-21.
- **J. HATHAWAY**, « Réfugiés et asile », in B. OPESKIN, R. PERRUCHOU, J. REDPATH-CROSS (dir.), *Le droit international de la migration*, Comansville, éditions Yvon Blais, 2014, pp. 210-242.
- **J. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN**, « Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 235-284.
- **C. HILLION**, « Cohérence et action extérieure de l'Union européenne », *European University Institute working paper*, 2012, en ligne [Microsoft Word - WP 2012-14 Hillion FINAL.doc - LAW_2012_14_Hillion_FINAL.pdf].
- **L. IMBERT**, « La coopération sans le(s) droit(s) : le foisonnement des accords « injusticiables » avec les pays tiers », *Plein droit*, n° 114, 2017/3, pp. 45-48.
- **L. IMBERT**, « Refoulements sommaires : la CEDH trace la « frontières des droits » à Melilla », *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 16 janvier 2018, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/3740>].
- **A. JACQUEMIN**, « Droit d'asile et droit d'extradition en Grèce antique : le fugitif, le dieu, la cité et le tyran. Le territoire. Étude sur l'espace humain », *Cah. CRLH-CIRAOI*, vol. 3, 1986, pp. 7-12.
- **K. JASTRAM, K. NEWLAND**, « L'unité de la famille et la protection des réfugiés », in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 623-674.
- **Y. JOHANSSON**, « Un nouveau pacte sur la migration et l'asile pour l'Europe », *RDUE*, vol.1, 2021, pp. 5-8.
- **E. KLEIN**, « Movement, Freedom of, International protection », *Max Planck Encyclopedias of International Law* (en ligne), 2007.

- **P. KLÖTGEN**, « La frontière et le droit. Esquisse d'une problématique », in J.-L. DESHAYES, D. FRANCFORT (dir.), *Du barbelé au pointillé : les frontières au regard des sciences humaines et sociales*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2010, pp. 131-158.
- **S. KNEEBONE, C. MCDOWELL, G. MORRELL**, « A Mediterranean Solution? Chances of Success », *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, 2006, pp. 492-508.
- **D. KOSAR**, « Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say », *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, 2013, pp. 87-119.
- **A. KRASNIQI, B. SUTER**, « Refugee resettlement to Europe 1950-2014 – An overview of Humanitarian Politics and Practices », *Working Paper Series 15*, Malmö University, en ligne [www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1409894/FULLTEXT01.pdf].
- **D. KUGELMANN**, « Migration », *Max Planck Encyclopedias of International Law* (en ligne), mars 2009.
- **E. KUISMIN**, *Promoting Independence in Resettlement*, Helsinki, 2008, en ligne [https://icmc.cmbox.be/sites/icmc/files/MOST%20Project_0.pdf].
- **J. KUMIN**, « Welcoming Engagement – How Private Sponsorship Can Strengthen Refugee Resettlement in the European Union », Migration Policy Institute, décembre 2015, en ligne [<https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/Asylum-PrivateSponsorship-Kumin-FINAL.pdf>].
- **H. LAMBERT**, « The European Court of Human Rights and the Right of Refugee and Other Persons in need of Protection to Family Reunion », *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, 1999, pp. 428-431.
- **H. LAMBERT**, « La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, 2007, p. 65, en ligne [[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-08\(2007\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-08(2007).pdf)].
- **H. LAMBERT**, « « Safe Third Country » in the European Union: An Evolving Concept in International Law and Implications for the UK », *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 26, 2012, pp. 318-336.
- **C. LANTERO**, « De la validation du VTA par le Conseil d'État à la condamnation du refus de visa par le TA de Nantes », *Actualités Droits-Libertés Revue des droits de l'homme*, octobre 2014, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/886?lang=es>].
- **C. LANTERO**, « La politique de sanction des transporteurs », in P. ICARD, *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 265-279.
- **E. LAUTERPARCHT, D. BETHLEHEM**, « The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion » in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds), *Refugee Protection in*

International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 99-177.

- **L. LEBOEUF**, « Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques : Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2020, en ligne [<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cour-eur-d-h-13-fevrier-2020-n-d-et-n-t-c-espagne-req-nos-8675-15-et-8697-15.html>].

- **C. LECADET**, « Accords de réadmission : tensions et ripostes », *Plein droit*, n° 114, 2017/3, pp. 15-18.

- **F. LEDUC**, « L'asile territorial et la Conférence des Nations Unies de 1977 », *AFDI*, vol. 23, 1977, pp. 221-267.

- **S. LEGOMSKY**, « Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum-Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection », *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, 2003, pp. 567-613.

- **E. LENAIN**, « L'émergence de programmes de parrainage privé en Europe », Billet des chercheurs, ARRECO – Accueil et relocalisation des réfugiés en Europe : Catégorisation et Opérationnalisation, 8 mai 2020, en ligne, [<https://arrec.hypotheses.org/2318>].

- **D. LOCHAK**, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, n° 144, 2013/1, pp. 33-47.

- **D. LOCHAK**, « 1938 : le monde ferme ses portes aux réfugiés », *Plein droit*, n° 111, 2016/4, pp. 39-43.

- **A. LUBBE**, « The Elephant in the Room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR *N.D. and N.T.?* », *Verfassungsblog*, 19 février 2020, en ligne [<https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/>].

- **T. MAHESHE**, « Expulsions collectives et crises migratoires », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017, en ligne [<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cour-eur-d-h-n-d-et-n-t-c-espagne-3-octobre-2017-req-n-8675-15-et-8697-15.html>].

- **L. MARIN, S. PENASA, G. ROMEO**, « Migration Crises and the Principle of Solidarity in Times of Sovereignism: Challenges for EU Law and Polity », *European Journal Migration Law*, vol. 47, 2020, pp. 1-10.

- **N. MARKARD**, « The Right to Leave by Sea: Legal Limits on the EU Migration Control by Third Countries », *European Journal of International Law*, vol. 27, 2016, pp. 591-616.

- **J. MCADAM**, « The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime », *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, 2005, pp. 461-516.

- **E. MCDONNELL**, « The Right to Leave and Australia's Asylum Seeker Policies », *Asylum Insight*, 2019, en ligne [<https://www.asyluminsight.com/c-emilie-mcdonnell>].

- **E. McDONNELL**, « Realising the Right to Leave during Externalised Migration Control », *EJILTalk!*, 27 septembre 2021, en ligne [<https://www.ejiltalk.org/realising-the-right-to-leave-during-externalised-migration-control/>].
- **G. MELANDER**, « Refugee Policy Options – Protection or Assistance » in G. RYSTAD (ed.) *The Uprooted: Forced Migration as an International Problem in the Post-War Era*, Malmo, Lund University Press, 1990, pp. 137-157.
- **A. MIRON, B. TAXIL**, « Requiem pour l’Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La Revue des droits de l’homme*, n° 15, 2019, en ligne, [<http://journals.openedition.org/revdh/5941>].
- **V. MORENO-LAX**, « Must EU Border have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member’ States Obligations to Provide International Protection to Refugees », *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, 2008, pp. 315-364.
- **V. MORENO-LAX**, « The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, *SS and Others v. Italy* and the Operational Model », *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 385-416.
- **V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÉ**, « The Rise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contractless Responsibility’ for Forced Migration Flows », in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 82-108.
- **F. NAMARA**, « Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited », *European Journal of Migration and Law*, vol.15, 2013, pp. 319-335.
- **F. NICHOLSON**, « Implementation of the Immigration (Carriers’s Liability) Act 1987: Privatising Immigration Functions at the Expenses of International Obligations? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, n° 3, juillet 1997, pp. 586-634.
- **G. NOIRIEL**, « Représentation nationale et catégories sociales. L’exemple des réfugiés politiques », *Genèse Sciences sociales*, 1997, pp. 25-54.
- **G. NOLL, J. FAGERLUND, F. LIEBAUT**, (Danish Centre for Human Rights), « Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background of the Common European Asylum System and the goal of a common asylum procedure », final report, 2002, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/58ac44504.html>].
- **G. NOLL**, « Visions of Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones », *European Journal of Migration and Law*, vol.5, 2003, pp. 303-341.
- **G. NOLL**, « Seeking Asylum at Embassies: A right to Entry under International Law? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, 2005, pp. 542-573.

- **C. OLIVIERI**, « La contagion populiste », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019/1, pp. 253-256.
- **I. PANOUSSIS**, « L'évolution de la « juridiction (*juris dictio*) » des cours supranationales », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGOGUE-LARSEN et S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015*, Pedone, Paris, 2016, pp. 31-54.
- **C. PARISI**, « La nécessaire harmonisation du visa humanitaire dans le droit de l'Union européenne au prisme de l'asile », *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, pp. 140-160.
- **K. PARROT**, « Le Code communautaire des visas contre le droit d'asile », *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2018, pp. 59-79.
- **S. PEERS**, « Do Potential Asylum-Seekers Have a Right to a Schengen Visa ? », 20 janvier 2014, en ligne [<http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/01/do-potential-asylum-seekers-have-right.html>].
- **R. PERRUCHOU**, « Souveraineté des États et liberté de circulation », in B. OPESKIN, R. PERRUCHOU, J. REDPATH-CROSS (eds), *Le droit international de la migration*, Comansville, éditions Yvon Blais, 2014, pp. 143-176.
- **C. PEYRONNET, T. RACHO**, « « Ceci n'est pas un visa humanitaire » : La Cour de justice neutralise l'article 25 §1 a) du code des visas », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, avril 2017, en ligne [<http://journals.openedition.org/revdh/3047>].
- **A. PIJNENBURG, T. GAMMELTOFT-HANSEN, C. RIJKEN**, « Controlling Migration Through International Cooperation », *European Journal of Migration and Law*, vol 20, 2018, pp. 365-371.
- **H. RASPAIL**, « Nationalité et droit d'asile », *RGDIP*, vol. 3, 2015, pp. 513- 569.
- **T. RODENHAUSER**, « Another Brick in the Wall: Carrier Sanction and the Privatization of Immigration Control », *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, 2014, pp. 223-247.
- **C. RODIER**, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'Union européenne – Synthèse et recommandations pour le Parlement européen », étude pour la direction générale pour les politiques externes de l'Union, publiée le 8 juin 2006, en ligne [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2006/374366/EXP_O-DROI_ET\(2006\)374366_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2006/374366/EXP_O-DROI_ET(2006)374366_FR.pdf)].
- **C. RODIER**, « Le faux semblant des hotspots », *La Revue des droits de l'homme*, n° 13, 2018, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/3375>].
- **H. ROLIN**, « La portée juridique des annexes à la Convention de Chicago, un désaccord entre les jurisprudences françaises et belges », *RBDI*, vol. 19, 1973, pp. 403-410.

- **B. RYAN**, « Extraterritorial Immigration Control : What Role for Legal Guarantees? », in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds), *Extraterritorial Immigration Control*, Brill, 2013, pp. 3-37.
- **S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF**, « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : X. et X., ou quand le silence est signe de faiblesse », *Newsletter EDEM*, mars 2017, en ligne [<http://www.europeanmigrationlaw.eu/documents/EDEM-Newsletter%20mars%202017.pdf>].
- **D. SCHMALZ**, « Will the ECtHR Shake Up the European Asylum System? », 30 novembre 2018, en ligne [<https://verfassungsblog.de/will-the-ecthr-shake-up-the-european-asylum-system/>].
- **S. SCHOLTEN, P. MINDERHOOD**, « Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands », *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, 2008, pp. 123-147.
- **A. SHACKNOVE**, « Who is a Refugee? », *Ethics*, vol. 95, 1985, pp. 274-284.
- **B. STEIN**, « The Refugee Experience: Defining the Parameters of a Field of Study », *The International Migration Review*, vol. 15, 1981, pp. 320-330.
- **V. STOYANONA**, « The Right to Leave Any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Right Law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 32, 2020, pp. 1-37.
- **B. TAXIL**, « La catégorisation du réfugié par la Convention de Genève de 1951 : Sésame, ouvre-toi ! », in C. BILLET, E. d'HALLUIN, B. TAXIL (dir.), *La catégorisation des acteurs du droit d'asile*, Paris, Mare & Martin, 2021, pp. 15-41.
- **M. TISSIER-RAFFIN**, « La réinstallation des réfugiés, aspects historiques et contemporains », in GISTI, *Le droit d'asile à l'épreuve de l'externalisation des politiques migratoires*, GISTI – Penser l'immigration autrement, 2020, pp. 35-44.
- **M. TISSIER-RAFFIN**, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/1519?lang=en>].
- **M. TISSIER-RAFFIN**, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°13, 2018, en ligne [<https://journals.openedition.org/revdh/3405#ftn15>].
- **A.-M. TOURNEPICHE**, « Le régime européen : entre faiblesses structurelles et difficile renouveau », in T. FLEURY-GRAFF (dir.) *Migrations et droit international*, Actes du colloque de la SDFI de 2021, Paris, Pedone, 2022, pp. 305-320.
- **L. TURNER**, « Qui acceptera de réinstaller des hommes syriens célibataires ? », *Forced Migration Review*, n° 2, 2017, pp. 30-31.

- **G. TUSSEAU**, « Droit constitutionnel et externalisation de l'accueil des migrants », *RFDA*, n° 1, 2017, pp. 194-198.
- **J. VALLUY**, « Genèse du « faux réfugié » », *Plein droit*, n° 69, 2006/2, pp. 19-22.
- **J. VERHOEVEN**, « Le droit, le juge et la violence », *RGDIP*, 1987, pp. 1201-1223.
- **S. WAHNICH**, « L'hospitalité et la Révolution française », in D. FASSIN, A. MORICE, C. QUIMINAL (dir.), *Les lois de l'inhospitalité*, Paris, La Découverte, 1997, pp. 9-27.
- **D. WEISSBRODT**, « Immigration », in *Max Planck Encyclopedias of International Law* (en ligne), mars 2014.
- **D. WEISSBRODT, M. DIVINE**, « Droits de l'homme internationaux des migrants », in B. OPESKIN, R. PERRUCHOU, J. REDPATH-CROSS (dir.), *Le droit international de la migration*, Comansville, éditions Yvon Blais, 2014, pp. 177-207.
- **M. ZIECK**, « The 1956 Hungarian Refugee Emergency, an Early and Instructive Case of Resettlement », *Amsterdam Law Forum*, n° 5, 2013, pp. 45-63.

DOCUMENTS OFFICIELS PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

1. UNION EUROPEENNE

REGLEMENTS EUROPEENS

- Règlement (CE) n° 2317/95 du Conseil du 25 septembre 1995 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres.
- Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.
- Règlement (CE) n° 15813/03 du Conseil du 7 janvier 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration ».
- 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).
- Règlement (CE), n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.

- Règlement (UE) n° 493/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 modifiant le règlement (VE) n° 377/2004 du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration ».
- Règlement (UE) n° 977/2011 de la Commission du 3 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas.
- Règlement (UE) n° 1168/2011 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.
- Règlement (UE) n° 154/2012 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2012 modifiant le règlement (CE) n° 810/2009 établissant un code communautaire des visas.
- Règlement (UE) n° 604/2013 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.
- Règlement (UE) n° 610/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) n° 1683/95 et (CE) n° 539/2001 du Conseil et les règlements (CE) n° 767/2008 et (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil.
- Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur).
- Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration ».
- 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 et la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.
- 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).
- 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.

- Règlement (UE) 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et modifiant les règlements (UE) n° 1077/2011 (UE), (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 et (UE) 2017/2226.

- Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.

- Règlement (UE) 2019/592 du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 2019 modifiant le règlement (UE) 2018/1806 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, en ce qui concerne le retrait du Royaume-Uni de l'Union.

- 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).

- Règlement (UE) 2019/1240 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à la création d'un réseau européen d'officiers de liaison « immigration ».

- Règlement (UE) 2019/1986 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624.

- Règlement (UE) 2021/1134 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (CE) n° 810/2009, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861, (UE) 2019/817 et (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les décisions 2004/512/CE et 2008/633/JAI du Conseil, aux fins de réformer le système d'information sur les visas.

- Règlement (UE) 2021/1147 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le Fonds « Asile, migration et intégration ».

- Règlement (UE) 2021/1152 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861 et (UE) 2019/817 en ce qui concerne l'établissement des conditions d'accès aux autres systèmes d'information de l'UE aux fins du système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages.

DIRECTIVES EUROPEENNES

- Directive 98/41/CE du Conseil du 18 juin 1998 relative à l'enregistrement des personnes voyageant à bord des navires de passagers opérant à destination ou au départ de ports d'États membres de la Communauté.
- 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.
- Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil
- Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.
- Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.
- Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.
- Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Directive (UE) 2015/637 du Conseil du 20 avril 2015 établissant les mesures de coordination et de coopération nécessaire pour faciliter la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés dans les pays tiers.

- Directive (UE) 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne.

DOCUMENTS DE LA COMMISSION EUROPEENNE

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile », 22 novembre 2000, COM (2000) 755 final.

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés », 3 juin 2003, COM (2003) 0315 final.

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine, « Améliorer l'accès à des solutions durables », 4 juin 2004, COM (2004) 410 final.

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux, 1^{er} septembre 2005, COM (2005) 388 final.

- Recommandation de la Commission du 6 novembre 2006 établissant un « Manuel pratique à l'intention des garde-frontières (Manuel Schengen) » commun à utiliser par les autorités compétentes des États membres lors du contrôle des personnes aux frontières, C (2006) 5186 final.

- « Livre vert – La protection diplomatique et consulaire du citoyen de l'Union européenne dans les pays tiers », 10 février 2007, (2007/C 30/04).

- « Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun », 6 juin 2007, COM (2007) 301 final.

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, 2 septembre 2009, COM (2009) 456 final.

- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), COM (2010) 554 final du 13 octobre 2010.

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n° 539/2001, du 5 juillet 2010, COM (2010) 358 final.

- Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, « La protection consulaire des citoyens de l'Union dans les pays tiers : Bilan et perspectives », 23 mars 2011, COM (2011) 149 final.

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, 24 mai 2011, COM (2011) 290 final.
- Communication au Parlement européen et au Conseil, « Frontières intelligentes : options et pistes envisageables », 25 octobre 2011, COM (2011) 680 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions, « Approche globale de la question des migrations et de la mobilité », 18 novembre 2011, COM (2011) 743 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les travaux de la task-force pour la Méditerranée, 4 décembre 2013, COM (2013) 869 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité », 11 mars 2014, COM (2014) 154 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM (2015) 240 final.
- Recommandation (UE) n° 2015/914 du 8 juin 2015 concernant un programme européen de réinstallation.
- Communication au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates au titre de l'Agenda européen en matière de migration », 23 septembre 2015, COM (2015) 490 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Premier rapport sur la relocalisation et la réinstallation », 16 mars 2016, COM (2016) 165 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », 6 avril 2016, COM (2016) 197 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil 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), 4 mai 2016, COM (2016) 270 final
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, 4 mai 2016, COM (2016) 271 final.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), 13 juillet 2016, COM (2016) 465 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil 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 cette protection, et modifiant la directive 2011/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, 13 juillet 2016, COM (2016) 466 final.
- 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 ,13 juillet 2016, COM (2016) 467 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2016, COM (2016) 468 final.
- « Aide humanitaire et protection civile », Fiche-info ECHO, crise syrienne, septembre 2016, en ligne [http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/syria_fr.pdf#view=fit].
- Rapport de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Quinzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », 6 septembre 2017, COM (2017) 465 final.
- Recommandation (UE) n° 2017/1803 du 3 octobre 2017 relative à l'amélioration des voies d'entrée légales pour les personnes ayant besoin d'une protection internationale.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », 7 décembre 2017, COM (2017) 820 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend – Le cadre financier pluriannuel 2021 – 2027 », 2 mai 2018, COM (2018) 321 final.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la création d'un réseau européen d'officiers de liaison immigration, 16 mai 2018, COM (2018) 303 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant, dans le cadre du Fonds pour la gestion intégrée des frontières, l'instrument de soutien financier dans le domaine de la gestion des frontières et des visas, 12 juin 2018, COM (2018) 473 final.

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant le Fonds « Asile et migration », 12 juin 2018, COM (2018) 471 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant l'instrument de voisinage, de coopération au développement et de coopération internationale, 14 juin 2018, COM (2018) 460 final.
- Communiqué de presse, « Gestion des migrations : la Commission développe les concepts de “débarquement” et “centres contrôlés” », 24 juillet 2018.
- « Study on the Feasibility and Added Value of Sponsorship Schemes as a Possible Pathway to Safe Channels for Admission to the EU, Including Resettlement », Final Report, 4 octobre 2018, en ligne [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1dbb0873-d349-11e8-9424-01aa75ed71a1>].
- Annexe de la décision d'exécution de la Commission modifiant la décision de la Commission C(2010) 1620 établissant le manuel relatif au traitement des demandes de visa et à la modification des visas délivrés, 14 mai 2019, C(2019) 3464 final
- Recommandation de la Commission établissant un manuel pratique à l'intention des gardes-frontières commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lors du contrôle des personnes aux frontières et remplaçant la recommandation C(2006) 5186 de la Commission du 6 novembre 2006, 8 octobre 2019, C(2019) 7131 final
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Programme de travail de la commission pour 2020. Une Union plus ambitieuse », 29 janvier 2020, COM (2020) 37 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, 23 septembre 2020, COM (2020) 612 final.
- Recommandation (UE) 2020/1364 sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires.
- Communiqué de presse, « Une nouvelle approche en matière de migration : instaurer un climat de confiance et un nouvel équilibre entre responsabilité et solidarité », 23 septembre 2020, en ligne [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1706].
- Communiqué de presse de la Commission européenne, « Conclusion des négociations post-Cotonou sur un nouvel accord de partenariat UE- Afrique – Caraïbes – Pacifique », 15 avril 2021, en ligne [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2291].
- Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Quatrième rapport dans le cadre du mécanisme de suspension de l'exemption de visa, 4 août 2021, COM (2021) 602 final.

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (UE) 2018/1806, 29 juin 2022, 10851/22.
- Commission européenne, « Migration and Home Affairs, Glossary », en ligne [https://home-affairs.ec.europa.eu/pages/glossary/forced-migrant_en].

DOCUMENTS DU PARLEMENT EUROPEEN

- E. NEFRAMI, *Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration*, Note pour la Commission Libertés civiles, Justice et Affaires intérieures du Parlement européen, Bruxelles, 2011, en ligne [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453178/IPOL-LIBE_NT%282011%29453178_FR.pdf].
- Décision n° 1105/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative à la liste des documents de voyage permettant à leur titulaire le franchissement des frontières extérieures et susceptibles d'être revêtus d'un visa, et relative à l'instauration d'un dispositif pour établir cette liste, article 1-2.
- U. IBEN JENSEN, *Humanitarian Visas: Option or Obligation?*, étude pour le Parlement européen, Bruxelles, 2014, en ligne [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/226741/Session_2_-_Study_Humanitarian_visas.pdf].
- Document de travail du Parlement européen sur les visas humanitaires publié par la Commission LIBE le 5 avril 2018, en ligne [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-DT-619272_FR.pdf].
- V. MORENO-LAX, « The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects », *Study on The European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's Legislative Own-Initiative Report*, European Parliamentary Research Service, juillet 2018, en ligne [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621823/EPRS_STU\(2018\)621823_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621823/EPRS_STU(2018)621823_EN.pdf)].
- Résolution du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires, 2018/2271(INL).
- Communiqué de presse du Parlement européen, « Respect of Fundamental Rights in Frontex Operations: MEPs Demand Guarantees », 1^{er} décembre 2020, en ligne [<https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20201127IPR92637/respect-of-fundamental-rights-in-frontex-operations-meps-demand-guarantees>].
- « The EU Approach on Migration in the Mediterranean », juin 2021, en ligne [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU\(2021\)694413_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU(2021)694413_EN.pdf)].
- « Answer Given by High Representative/Vice-President Borrell on Behalf of the European Commission, 13 mai 2022, en ligne, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001077-ASW_EN.html].

DOCUMENT DU CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE

- Position commune du 25 octobre 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point a) du traité sur l'Union européenne, relative aux missions d'assistance et d'information effectuées en amont de la frontière, 96/622/JAI.
- Décision du Conseil de l'Union européenne du 25 novembre 1999, Conséquences de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam sur les clauses de réadmission dans les accords communautaires et dans les accords entre la Communauté européenne, ses États membres et des pays tiers (accords mixtes), n° 13409/99.
- Rapport du 9 octobre 2003 sur l'initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration » (9870/2003 -C5-0260/2003 – 2003/0817 (CNS)).
- Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), (2004/512/CE).
- Décision 2005/267/CE du Conseil du 16 mars 2005 établissant un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des États membres chargés de la gestion des flux migratoires.
- Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, (2005/C 326/01), JOUE, 22 décembre 2005.
- Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires ».
- Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière.
- « Déclaration Union européenne-Turquie du 18 mars 2016 », Communiqué de presse du conseil européen, 18 mars 2016, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>].
- « Facilité en faveur des réfugiés en Turquie : les États membres conviennent des modalités d'un financement additionnel », Communiqué de presse du 29 juin 2018, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/06/29/facility-for-refugees-in-turkey-member-states-agree-details-of-additional-funding/>].
- Décision (UE) n° 2018/1031 du Conseil du 13 juillet 2018 relative à la signature, au nom de l'Union, de l'accord sur le statut entre l'Union européenne et la République d'Albanie relatif aux actions menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire de la République d'Albanie.

- Décision (UE) n° 2018/1535 du Conseil du 28 septembre 2018 relative à la signature au nom de l'Union, de l'accord sur le statut entre l'Union européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine en ce qui concerne les actions menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire de l'ancienne République yougoslave de Macédoine.
- Décision (UE) n° 6846/19 du 12 mars 2019, Accord sur le statut entre l'Union européenne et le Monténégro en ce qui concerne les actions menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire du Monténégro.
- « Sauver des vies en mer et s'attaquer aux réseaux criminels », note mise à jour le 31 août 2022, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-migration-policy/saving-lives-at-sea/>].
- « Politique des visas : l'UE met à jour la réglementation en vue d'améliorer les conditions pour les voyageurs en règle et de lutter contre les migrations clandestines », communiqué de presse du 6 juin 2019, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/06/visa-policy-eu-updates-rules-to-facilitate-legitimate-travel-and-fight-illegal-migration/>].
- Rapport de la présidence sur le Conseil de l'Union du 22 novembre 2019, « La voie à suivre pour la politique de l'Union européenne en matière d'asile et de migration ».
- « Biélorussie : le Conseil suspend des dispositions visant à faciliter la délivrance de visas pour ce qui est des fonctionnaires du régime biélorusse », communiqué de presse du 9 novembre 2021, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/11/09/belarus-council-suspends-visa-facilitation-provisions-for-officials-of-the-belarus-regime/>].
- « Biélorussie : l'UE élargit le champ des sanctions pour lutter contre les attaques hybrides et l'instrumentalisation des migrants », communiqué de presse du 15 novembre 2021, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/11/15/belarus-eu-broadens-scope-for-sanctions-to-tackle-hybrid-attacks-and-instrumentalisation-of-migrants/>].
- Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire.
- Décision (UE) 2022/1500 du Conseil du 9 septembre 2022 relative à la suspension intégrale de l'application de l'accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance des visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie.
- Conseil de l'Union européenne / conseil européen, « Historique – Politique migratoire de l'UE », en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-migration-policy/migration-timeline/>].

- Conseil de l'Union européenne / conseil européen, *Infographie – Migration flows: Eastern, Central and Western routes*, en ligne [<https://www.consilium.europa.eu/fr/infographics/migration-flows/>].

DOCUMENTS DU CONSEIL EUROPEEN

- Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, « Conclusions de la Présidence », en ligne [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm].

- Conseil européen, « Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », 4 mai 2010, 2010/C 115/01.

EUROPOL

- Rapport conjoint Europol/Interpol, « Migrant Smuggling Networks », mai 2016, en ligne [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/ep-ip_report_executive_summary.pdf].

- « Migrant Smuggling – The Profits of Smugglers », infographie, 2019, en ligne [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/emsc_the_profits_of_smugglers_-_infographic.pdf].

AGENCE EUROPEENNE POUR L'ASILE

- « Asylum Report 2022 », en ligne [https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-06/2022_Asylum_Report_EN.pdf]

RESEAU EUROPEEN DES MIGRATIONS

- « Visa Policy as Migration Channel », octobre 2012, en ligne [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e097dcb8-d3cf-49f3-b776-85c57c20f109>].

- « Programmes de réinstallation et d'admission humanitaire en Europe – Qu'est-ce qui fonctionne ? », 9 novembre 2016, en ligne [https://www.immigration.interieur.gouv.fr/content/download/102770/810993/file/REM_Rapport-de-synthese_Reinstallation.pdf].

- European Resettlement Network and Other Legal Pathways, « Private Sponsorship in Europe – Expanding Complementary Pathways for Refugee Resettlement », septembre 2017, p. 36, en ligne, [<https://www.resettlement.eu/sites/icmc/files/ERN%2B%20Private%20Sponsorship%20in%20Europe%20-%20Expanding%20complementary%20pathways%20for%20refugee%20resettlement.pdf>].

- « Encourager les parrainages communautaires à travers l'Europe », 2019, en ligne [<http://icmc.net/wp-content/uploads/2019/10/Share-publication-2019-FR.pdf>].

FRONTEX

- Frontex, « Longest Frontex-Coordinated Operation – HERA, The Canary Islands », communiqué de presse, 19 décembre 2006, en ligne, [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/longest-frontex-coordinated-operation-hera-the-canary-islands-WpQlsc>].
- « Irregular Migration Into EU at Lowest Level Since 2013 », communiqué de presse, 8 janvier 2020, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/flash-report-irregular-migration-into-eu-at-lowest-level-since-2013-n5pHiA>].
- « Conclusions of the Chairperson of the Frontex Management Board, 12 novembre 2020, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/conclusions-of-the-chairperson-of-the-frontex-management-board-cpQord>].
- « Frontex Welcomes Establishment of Management Board Working Group », communiqué de presse, 26 novembre 2020, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-welcomes-establishment-of-management-board-working-group-z1aFSC>].
- « Frontex Signs Working Arrangement with EUCAP Sahel Niger », communiqué de presse de du 15 juillet 2022, en ligne [<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-signs-working-arrangement-with-eucap-sahel-niger-R8bj2Z>].

COUR DES COMPTES EUROPEENNE

- « Réponse de l'UE à la crise des réfugiés : l'approche dite des « points d'accès » », rapport spécial n° 06/2017, 25 avril 2017.
- « Coopération de l'UE avec les pays tiers en matière de réadmission : des actions pertinentes, mais peu de résultats », rapport spécial, 2021, en ligne [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_17/SR_Readmission-cooperation_FR.pdf].

2. ORGANES ET ORGANISATIONS DE LA FAMILLE DES NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE

- Résolution n° 428 (V) du 14 décembre 1950, *Statut du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés*.
- Résolution 2312 (XXII) du 14 décembre 1967, *Projet de Convention sur l'asile territorial*.
- Résolution 47/144 du 13 décembre 1985, *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, UN doc A/RES/40/144.
- Résolution 55/74 du 4 décembre 2000, *Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, UN doc A/RES/55/74.

- Comité exécutif du programme du haut-commissaire, « Agenda pour la Protection », 26 juin 2002, UN doc A/AC.96/965/Add.1.
- Résolution 71/1 du 19 septembre 2016, *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, UN doc A/RES/71/1.
- Résolution 73/151 du 17 décembre 2018, *Pacte mondial sur les réfugiés*, UN doc A/RES/73/151.
- Résolution 73/195 de l'Assemblée générale du 19 décembre 2018, *Pacte mondial sur les migrations sûres, ordonnées et régulières*, UN doc A/RES/73/195.

CONSEIL DE SECURITE

- Résolution 2328 (2016) du 19 décembre 2016, *La situation au Moyen-Orient (Syrie)*.
- Résolution 2332 (2016) du 21 décembre 2016, *La situation au Moyen-Orient (Syrie)*.

COMITE DES DROITS DE L'HOMME

- Observation générale n° 19 sur l'article 23 §5 (protection de la famille), 27 juillet 1990, HRI/GEN/1Rev.9 (vol. I).
- *Peltonen contre Finlande*, constatations du 21 juillet 1994, communication n° 492/1992, CCPR/C/51/D/492/1992.
- Observation générale n° 27, *Liberté de circulation (article 12)*, 2 novembre 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.
- *Loubna El Ghar contre Libye*, 2 novembre 2004, communication n° 1107/2002, CCPR/C/82/D/1107/2002.
- *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, 29 novembre 2021, A/HRC/48/83.

COMITE CONTRE LA TORTURE

- *J. H. A. v. Spain*, décision du 21 novembre 2008, communication n° 323/2007, CAT/C/41/D/323/2007.

COMITE DES DROITS DE L'ENFANT

- *Y. B. et N. S. contre Belgique*, constatations du 27 septembre 2018, communication n° 12/2017, CRC/C/79/D/12/2017.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

- Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, UN doc A/56/10.
- Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs, 2014, UN doc A/69/10.

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES

- Comité exécutif, Conclusion n° 24 (XXXII) 1981.
- Comité exécutif, Conclusion n° 47 (XXXXVIII), 1987.
- « The Refugee Convention, 1951 : The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis », 1990, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>].
- « Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status », Genève, 1992, en ligne [<https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>].
- Comité exécutif, Conclusion n° 85 (XLIX), 1998.
- Comité exécutif, Conclusion n° 88 (L), 1999.
- « Global Report 1999 », en ligne [<https://www.unhcr.org/3e2d4d5f7.pdf>].
- « Note sur la protection internationale », 4 juin 1999, EC/49/SC/CRP.12.
- « Les réfugiés dans le monde : cinquante ans d'action humanitaire », 1^{er} janvier 2000, 338 pages, en ligne [<https://www.unhcr.org/fr/publications/sowr/4ad2f957e/refugies-monde-cinquante-ans-daction-humanitaire-chapitre-4-fuite-lindochine.html>].
- « Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach », 9 juin 2000, EC/50/SC/CPR.17.
- « Rapport annuel du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/SR.548, 11 octobre 2000.
- « Background Note: Family reunification in the Context of Resettlement and Integration », Annual Tripartite Consultation on Resettlement between UNHCR, resettlement countries and non-governmental organizations, Genève, 20-21 juin 2001.
- G. NOLL, J. FAGERLUND, *Safe Avenues to Asylum? The Actual and Potential Role of EU Diplomatic Representations in Processing Asylum Requests*, étude pour le HCR et le Danish Center for Human Rights, avril 2002, en ligne [<https://www.unhcr.org/3cd000a52.pdf>].
- UNHCR Global Consultation 2001, « Summary Conclusions on the Concept of “Effective Protection” in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers », février 2003, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/3fe9981e4.html>].

- « Lubbers Offers New Approaches on Asylum-Migration Issue », communiqué de presse du 28 mars 2003, en ligne [<https://www.unhcr.org/news/latest/2003/3/3e84842f4/lubbers-proposes-new-approaches-asylum-migration-issues-eu.html>].
- UNHCR Working Paper, « UNHCR's Three-Pronged Proposal », 26 juin 2003, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/3efc4b834.html>].
- D. TURTON, « Refugees, Forced Resettlers and 'Other Forced Migrants': Towards a Unitary Study of Forced Migration », *Working paper n° 94*, UNHCR Evaluation and Policy Analysis Unit, septembre 2003, en ligne [<https://www.unhcr.org/research/working/3f818a4d4/refugees-forced-resettlers-other-forced-migrants-towards-unitary-study.html>].
- Executive Committee, Report on Pre-Excom Consultations with Non-Governmental Organisations, Annex IX, 2 octobre 2003.
- UNHCR Working Paper, « A Revised 'EU Prong', Proposal », 22 décembre 2003, en ligne [<https://www.refworld.org/pdfid/400e85b84.pdf>].
- « Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », UNHCR, Genève, 2003, pp. 39-40, § 100.
- « Note on International Protection », UN doc. A/AC.96/989, 7 juillet 2004.
- Convention Plus, « Multilateral Framework of Understandings on Resettlement », septembre 2004, en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/convention/414aa7e54/multilateral-framework-understandings-resettlement-emforum20046em.html>].
- G. GOODWIN-GILL, UNHCR intervention before the House of Lords in the case of *European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague Airport, Secretary of State for the Home Department*, 28 septembre 2004, en ligne [<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=41c1aa654>].
- « Challenges in Addressing Global Refugee Resettlement Needs », Discussion Paper for the Annual Tripartite Consultations on Resettlement, 22 et 23 juin 2006, en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/resettlement/468278f52/discussion-paper-challenges-addressing-global-refugee-resettlement-needs.html>].
- « Note on the Integration of Refugees in the European Union », 2007, en ligne [<https://www.unhcr.org/463b462c4.pdf>].
- « Le traitement des personnes sauvées en mer », Rapport à l'Assemblée générale de l'ONU, doc. A/AC.259.17, 11 avril 2008.
- S. HENDERSON, Senior Resettlement Officer UNHCR, « European Council on Refugees and Exiles », Biannual General Meeting, 30 et 31 octobre 2008, p. 3. UNHCR, Frequently Asked Questions about Resettlement, février 2017, n° 9, en ligne [<https://www.unhcr.org/hk/wp-content/uploads/sites/13/2016/04/FAQ-about-Resettlement.pdf>].

- *Manuel de la réinstallation*, 2011, en ligne [<https://www.unhcr.org/fr/protection/resettlement/5162da949/manuel-reinstallation-hcr-manuel-complet.html>].
- « Guidance Note on Bilateral and/or Multilateral Transfer Arrangements of Asylum-Seekers », mai 2013, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/51af82794.html>].
- HCR, OMI et International Chamber of Shipping, *Sauvetage en mer, guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux réfugiés et aux migrants*, janvier 2015, en ligne [<https://www.unhcr.org/fr/publications/brochures/4ad2f0b75/sauvetage-mer-guide-principes-mesures-sappliquent-migrants-refugies.html>].
- « Observations on the proposed amendments to the Danish Aliens legislation L87 », 6 janvier 2016, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/5694ed3a4.html>].
- *The 10-point Plan in Action, 2016 – Glossary* « Mixed Movements (mixed migration or flows) », décembre 2016, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/59e99eb94.html>].
- « Legal Considerations Regarding Access to Protection and a Connection Between the Refugee and the Third Country in the Context of Transfer to Safe Third Country », avril 2018, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/5acb33ad4.html>].
- « Persons in Need of International Protection », *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, 2018, pp. 134-139.
- « Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié et Principes directeurs sur la protection internationale », février 2019, points 26 et 27, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/60ca08ca4.html>].
- « Position relative aux voies légales d'accès sûres et légales », 8 février 2019, en ligne [<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5ce4f7c84>].
- « Projected Global Resettlement Needs 2020 », en ligne [<https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5d1384047/projected-global-resettlement-needs-2020.html>].
- « UNHCR Concerned by Pushbacks Reports Calls for Protection of Refugees and Asylum-Seekers », 21 août 2020, en ligne [<https://www.unhcr.org/gr/en/16207-unhcr-concerned-by-pushback-reports-calls-for-protection-of-refugees-and-asylum-seekers.html>].
- « Global Report 2021 », 2021, en ligne [https://reporting.unhcr.org/globalreport2021/pdf#_ga=2.188812905.398336081.1657178777-1595527824.1599119075].
- « Key Legal Considerations on Access to Territory for Persons in Need of International Protection in the context of the COVID-19 Response », *International Journal of Refugee Law*, vol. 33, 2021, pp. 146-150.
- « Le HCR appelle les États à accélérer les procédures de réunification familiale pour les réfugiés afghans », déclarations du porte-parole du HCR Shabia MANTOO lors de la Conférence de presse du 15 octobre 2021, en ligne [<https://www.unhcr.org/fr-fr/news/>].

briefing/2021/10/61695d9da/hcr-appelle-etats-accelerer-procedures-reunification-familiale-refugies.html1.%20Redaction%20V1_jm.docx].

- « UNHCR's Recommendations for the French and Czech Presidencies of the Council of the European Union », janvier 2022, p. 12, en ligne [<https://www.refworld.org/docid/61d71e864.html>].

- « Tool Boxes on EU Asylum Matters, Tool Box II : The instruments », en ligne [<https://www.refworld.org/docid/466946c72.html>].

ORGANISATION INTERNATIONALE DES MIGRATIONS

- R. Perruchoud (dir.) « Glossaire de la migration », 2007, en ligne [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_9_fr.pdf].

- « L'OIM au Niger ouvre un centre d'information pour les migrants à Agadez », communiqué de presse du 7 avril 2016 en ligne [<https://www.iom.int/fr/news/loim-au-niger-ouvre-un-centre-dinformation-pour-migrants-agadez>].

- « World Migration Report 2022 », en ligne [https://publications.iom.int/system/files/pdf/WMR-2022_0.pdf].

- « Termes Clés de la Migration » (OIM's website), en ligne [<https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>].

AUTRES DOCUMENTS DES NATIONS UNIES

- United States of America, « Memorandum on the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees (and Stateless Persons) », 18 janvier 1950, UN doc E/AC.32L/4.

- UN *Ad Hoc* Committee on Refugees and Stateless Persons, « First Session: Summary Record of the Seventh Meeting Held at Lake Success », 23 janvier 1950 et 2 février 1950, UN doc E/AC.32/SR.7.

- Report of the *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Persons, « Comment on the Draft Convention », 17 février 1950, UN doc E/1618, annexe II.

- J. INGLES, « Études des mesures discriminatoires dans le domaine du droit qu'a toute personne de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays », 1963, UN doc E/CN.4/Sub.2/229Rev.1.

- C. MUBANGA-CHIPOYA, « Analysis of the Current Trend and Developments Regarding the Right to Leave any Country Including One's Own, and to Return to One's Own Country, and Some Other Rights or Considerations Arising Therefrom: Final Report », 1988, UN doc E/CN.4.Sub.2/1988/35.

- V. BOUTKEVITCH, « Document de travail sur le droit à la liberté de circulation et les questions connexes », 1997, UN doc E/CN.4/Sub.2/1997/22.
- F. CREPEAU, Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Rapport de 2013 « Droits de l'homme des migrants », 7 août 2013, UN doc A/68/283.

3. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

- « L'accès au marché du travail des réfugiés et autres personnes déplacées de force », 2016, TMARLM/2016.

4. CONSEIL DE L'EUROPE

- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Rapport sur l'application du droit d'asile aux réfugiés européens », 29 septembre 1965.
- Comité des ministres, Résolution (67) 14 sur l'asile aux personnes en danger de persécutions, 29 septembre 1967.
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1686 (2004) sur la mobilité humaine et le droit au regroupement familial, 17 juin 2005
- Comité des ministres, « Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes », 18 septembre 2013, p. 13.
- Y. KTISTAKIS, « La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, 148 pages, en ligne [<https://rm.coe.int/16806f140a>]
- Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Réaliser le regroupement familial des réfugiés en Europe », juin 2017, en ligne [<https://rm.coe.int/commdh-issuepaper-2017-1-familyreunification-fr/1680727043>].
- Comité anti-torture du Conseil de l'Europe, « Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment », 26 septembre 2017, CPT/Inf (2017) 25.
- Comité des ministres, recommandation n° R(99) 23 sur le regroupement familial pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale, 15 mars 2019.
- « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », mis à jour au 31 août 2020, en ligne [https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf].
- « Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », mis à jour au 31 décembre 2020, en ligne [https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_FRA.pdf].

- « Guide sur l'article 1 de la CEDH – Obligation de respecter les droits de l'homme – notions de juridiction et d'imputabilité », mis à jour le 31 décembre 2020, en ligne [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_FRA.pdf]

- « Guide on Article 2 of Protocol n° 4 to the European Convention on Human Rights », 30 avril 2022, en ligne [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_4_ENG.pdf].

5. DOCUMENTS OFFICIELS BELGES

- Myria (Centre fédéral migration), « Les visas humanitaires, Frontières et droits fondamentaux », mai 2017 en ligne [https://www.myria.be/files/Myriadocs4_Visas_humanitaires.pdf]

- Myria (Centre fédéral migration), Belgique, note pour la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, audition du 29 janvier 2019, « Visas humanitaires : vers une politique encadrée et transparente », en ligne [<https://www.myria.be/files/Myria-Note-pour-la-Commission-parlementaire-290119.pdf>]

6. DOCUMENTS OFFICIELS FRANÇAIS

- Commission française des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat français, D. DE VILLEPIN, rapport n° 406, seconde session ordinaire 1990-1991, Sénat français, 1991.

- Arrêté du ministère de l'Intérieur du 21 février 2017 modifiant l'arrêté du 26 juillet 2011 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion et de la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon.

- E. DOLIGE, R. YUNG, Commission des finances du Sénat, Rapport d'information n° 127 (2015-2016), « Faire de la délivrance des visas un outil d'attractivité pour la France », déposé le 29 octobre 2015.

- Question au gouvernement français (ministère de l'Intérieur) par Jean-Yves LECONTE, question n° 12382 publiée au JO du 26 septembre 2019, p. 4867 (réponse publiée au JO du 19 décembre 2019, p. 6279).

- Question au gouvernement français (ministère des affaires étrangères) par Ugo BERNALICIS, question n° 12523 publiée au JO du 2 octobre 2018, p. 8671 (réponse publiée au JO du 6 novembre 2018, p. 9990).

7. DOCUMENTS OFFICIELS ETATS-UNIENS

- *Immigration Act*, 3 août 1882, Pub.L. 47-376.

- *Passenger Act*, 22 février 1847, Pub.L. 33-213.

8. DOCUMENTS OFFICIELS BRITANNIQUES

- R. ZETTER, « An assessment of the Impact of Asylum Policies in Europe 1990-2000 », Home Office, Royaume-Uni, 2003, en ligne [<https://www.temaasyl.se/Documents/Artiklar/hors259.pdf>].

- House of Lords, European Union Committee, « Handling EU Asylum Claims: New Approaches Examined », HL Paper 74, 11th Report of Session 2003-2004.

- House of Lords, European Union Committee, « Written evidence by Border Control Heathrow / Airline Liaison Officer's Network », Home Office, 4 December 2007, en ligne [<https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/60/60we04.htm>].

ORGANISATIONS NON-GOUVERNEMENTALES

- Institut de droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », session de Genève, résolution du 9 septembre 1892, en ligne [https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1892_gen_01_fr.pdf].

- Amnesty International, « No Flights to Safety », novembre 1997, en ligne [<https://www.amnesty.org/en/documents/act34/021/1997/en/>]

- ECRE, « Carriers' Liability », février 1999, en ligne [<https://www.refworld.org/pdfid/3c02740b4.pdf>].

- Amnesty International, « Unlawful and Unworkable. Amnesty International's Views on Proposals for Extra Territorial Processing of Asylum Applications », 17 juin 2003, en ligne [<https://www.amnesty.org/en/documents/ior61/004/2003/en/>].

- ECRE, « Defending Refugees' Access to Protection in Europe », décembre 2007, en ligne [https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Defending-Refugees-Access-to-Protection-in-Europe_December-2007.pdf].

- International Catholic Migration Commission, « Welcome to Europe! A Comprehensive Guide to Resettlement », 2013, p 86, en ligne [<https://www.icmc.net/2013/07/30/welcome-to-europe-a-comprehensive-guide-to-resettlement/>].

- A. PAPADOPOULOU, ECRE et le Danish Refugee Council, « Regional Protection Programmes: an effective policy tool? », janvier 2015, en ligne [<https://ecre.org/wp-content/uploads/2017/05/DOMAID-Regional-Protection-Programmes-an-effective-policy-tool.pdf>].

- Amnesty International, « Alep : de nouvelles preuves de crimes de guerre », publié le 20 octobre 2016, en ligne [<https://www.amnesty.fr/conflits-armes-et-populations/actualites/alep--de-nouvelles-preuves-de-crimes-de-guerre>].
- Migreurop, la Cimade, Rapport d'observation « Coopération UE-Afrique sur les migrations, Chroniques d'un chantage, Décryptage des instruments financiers et politiques de l'UE », décembre 2017, p. 11, en ligne [https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2017/12/Cimade_Cooperation_UE_Afrique.pdf].
- Migreurop, « Tri, confinement et expulsion : l'approche *hotspot* au service de l'UE », 2019, en ligne [http://migreurop.org/IMG/pdf/notes_plaidoyer_fr.pdf].
- Border Violence Monitoring Network, *The Black Book of Pushbacks*, 18 décembre 2020, en deux tomes, en ligne [<https://www.borderviolence.eu/launch-event-the-black-book-of-pushbacks/>].
- Amnesty International, « UE. L'anniversaire de l'accord avec la Turquie est une mise en garde contre de futurs accords migratoires délétères », communiqué de presse du 12 mars 2021, en ligne [<https://www.amnesty.org/fr/latest/press-release/2021/03/eu-anniversary-of-turkey-deal-offers-warning-against-further-dangerous-migration-deals/>].
- Médecins sans frontières, « Constructing Crisis at Europe's Border », juin 2021, en ligne [<https://www.msf.org/constructing-crisis-europe-border-migration-report>].
- Lighthouse Reports, « Unmasking Europe's shadow armies », 6 octobre 2021, en ligne [<https://www.lighthousereports.nl/investigation/unmasking-europes-shadow-armies/>].
- Amnesty International, « Comme une course d'obstacles », rapport sur les issues de secours pour les Afghans, décembre 2021, en ligne [<https://www.amnesty.org/fr/wp-content/uploads/sites/8/2021/12/ASA1148322021FRENCH.pdf>].
- Human Rights Watch, Rapport, « France : les personnes évacuées d'Afghanistan ont besoin de soutien psychologique », 24 mars 2022, en ligne [<https://reliefweb.int/report/france/france-les-personnes-vacu-es-d-afghanistan-ont-besoin-de-soutien-psychologique>].

ENTRETIENS DANS LE CADRE DU PROJET ARRECO

L'identité des personnes rencontrées apparaît selon leurs directives.

- 24 mai 2018, Montréal, Louise TRUDEL – Coordinatrice du Centre social d'aide aux immigrants de Wellington Street à Montréal.
- 24 mai 2018, Montréal, Mitchell GOLDBERG – Avocat spécialisé en droit des migrations au Québec.

- 25 mai 2018, Montréal, Sylvain THIBAUT – Chargé du volet parrainage privé au sein de la Table de concertation des organismes de service aux personnes réfugiées et immigrantes.
- 3 juin 2018, Athènes, Petros MASTAKAS – Officier de protection du HCR à Athènes.
- 4 juin 2018, Athènes, Lola GIRARD et Arthur BOURGEOIS – Officiers de liaison immigration pour le compte de l’OFII dans le cadre du programme de relocalisation en Grèce.
- 6 juin 2018, Athènes, Sylvie BRISSET-HAUTCHAMP – Adjointe au consul de France à Athènes (la rencontre avait été précédée d’un entretien téléphonique le 22 mars 2018).
- 6 juin 2018, Athènes, Magnus ADAMS – Officier de liaison immigration allemand dans le cadre du programme de relocalisation en Grèce.
- 7 juin 2018, Athènes, Arnaud MARIN – Agent de l’OFII déployé auprès d’EASO en soutien des agents du service grec d’enregistrement et d’identification.
- 15 juin 2018, Chios, Coline BELLEFLEUR – avocate volontaire de l’ONG *Advocates Abroad*.
- 15 juin 2018, Chios, Carolina DI LUCIANO – juriste volontaire de l’ONG *Advocates Abroad*.
- 16 juin 2018, Chios, Moustapha – réfugié irakien arrivé au camp de Vial, interprète bénévole pour *Advocates Abroad*.
- 19 juin 2018, Chios – visite du camp d’identification et d’enregistrement de Vial, rencontres brèves et spontanées avec les demandeurs d’asile et les volontaires de l’ONG *Metadras*.
- 20 juin 2018, Lesbos, Ariel RICKER– directrice de l’ONG *Advocates Abroad*.
- 25 juin 2018, Chios, Alain – demandeur d’asile camerounais arrivé au camp de Vial.
- 9 juillet 2019, Paris – Chef de la division Europe OFPRA (entretien mené en binôme avec Estelle d’Halluin).
- juillet 2020, Angers – Ancien agent du service des visas du consulat de France de Beyrouth (5 entretiens informels).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
§1. Identification du sujet	1
A. Le contexte : l'évolution de la politique migratoire de l'Union européenne	2
1. L'apparition des contrôles migratoires	3
2. La communautarisation et l'externalisation des contrôles migratoires	6
3. Le régime des visas comme outil principal des contrôles migratoires	9
4. Le champ géographique et statistique des contrôles migratoires	12
B. L'objet du sujet.....	16
1. L'obligation de visa : nature et conséquences	18
2. Les personnes en besoin de protection internationale : une catégorie juridique inexistante	21
§2. Enjeux du sujet	26
A. Les causes et critiques des contrôles migratoires	26
B. L'articulation de la souveraineté étatique et des droits subjectifs des personnes en besoin de protection internationale.....	29
1. Le droit souverain des États de contrôler le franchissement de leurs frontières	30
2. Les droits fondamentaux des personnes en besoin de protection internationale	32
a. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien : un droit de fuir à adapter aux migrations internationales contemporaines	33
b. Le principe de non-refoulement : un garde-fou solide	36
c. Le droit de chercher asile : un droit procédural	39
§3. Problématique et démonstration.....	41

PARTIE I - L'OBLIGATION DE DÉTENIR UN VISA POUR LES PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE 45

TITRE 1. UNE OBLIGATION GENERALE INADAPTEE AUX PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE 49

CHAPITRE 1. L'OPPOSABILITE DE L'OBLIGATION DE VISA AUX PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE51

SECTION 1. L'ABSENCE DE DISTINCTION DES PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE PARMI LES RESSORTISSANTS DES ÉTATS TIERS 51

§1. L'inclusion des personnes en besoin de protection internationale dans le champ de l'obligation de visa 52

A. Le champ d'application ratione personae de l'obligation de visa : les ressortissants d'États tiers 52

B. Typologie des visas régis par le droit de l'Union européenne en droit de l'Union européenne 54

1. Les visas uniformes 55

2. Les visas spéciaux 56

a. Les visas de transit aéroportuaires 56

b. Les visas à validité territoriale limitée 57

§2. L'absence d'exemption explicite de l'obligation de visa au bénéfice des personnes en besoin de protection internationale 58

A. Le faible impact de la division « liste noire »/« liste blanche » 59

1. Le fonctionnement de la liste noire 59

2. Le fonctionnement de la liste blanche 62

B. L'absence des personnes en besoin de protection internationale dans la liste des exemptions générales 65

SECTION 2. LES PRECAUTIONS D'ARTICULATION ENTRE OBLIGATION DE VISAS, CONTROLES AUX FRONTIERES ET DROIT D'ASILE 67

§1. Les limites des précautions incluses dans le Code frontières Schengen 69

A. Des clauses de sauvegarde du droit d'asile réitérées 69

B. Des clauses inopérantes 70

1. L'absence de régime alternatif de contrôles aux frontières 71

2. La signification des termes relatifs aux personnes en besoin de protection internationale 73

§2. L'inadéquation du régime dérogatoire prévu par le Code des visas 75

A. Nature du régime des visas à validité territoriale limitée 76

B. Inaccessibilité du régime dérogatoire aux personnes en besoin de protection internationale.....	78
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	81
CHAPITRE 2. LE BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE COMME OBSTACLE A L'EXECUTION DE L'OBLIGATION DE VISA.....	83
SECTION 1. L'INACCESSIBILITE DES CRITERES DE DELIVRANCE.....	84
§1. L'inadaptation des critères de droit commun.....	85
A. La satisfaction improbable des conditions tenant aux modalités de voyage et de séjour	85
B. L'impossibilité absolue de satisfaire à la condition de non-établissement sur le territoire	87
§2. L'imprécision des critères dérogatoires	88
A. Le cas du respect par les États membres de leurs obligations internationales	89
1. L'identification des obligations internationales concernées	89
2. L'absence d'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne	90
B. L'invocation des raisons humanitaires.....	93
1. Les éléments théoriques de définition.....	93
2. Les pratiques hétérogènes des États membres.....	94
SECTION 2. L'INDIFFERENCE DE LA PROCEDURE AU BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE	95
§1. Les obstacles au dépôt de la demande.....	96
A. Les difficultés d'accès aux consulats.....	96
1. Les accords de représentation entre États membres.....	97
2. Le recours aux prestataires de services extérieurs.....	98
3. L'absence de représentation dans les zones en crise	102
B. Les obstacles propres aux demandeurs	103
1. Les difficultés d'obtention d'un document de voyage	103
2. La précarité sécuritaire et financière	105
§2. Le traitement aléatoire de la demande.....	107
A. La phase de recevabilité en partie privatisée et informelle	107
1. L'examen classique de recevabilité.....	108
2. Le pouvoir décisionnel de facto des prestataires de services extérieurs	109
3. L'inexistence juridique des demandes adressées par email.....	110
B. L'examen strict de la demande et la décision au fond.....	111

1. Les fondements de la décision.....	112
2. L'absence d'obligation de délivrer des visas humanitaires.....	113
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	117
CONCLUSION DU TITRE 1	119
TITRE 2. UNE OBLIGATION RENFORCEE PAR UN MAILLAGE DENSE DE MECANISMES D'INTERCEPTION MIS EN ŒUVRE SANS DISTINCTION	121
CHAPITRE 1. L'EXTENSION DES CONTROLES MIGRATOIRES PAR LA PRIVATISATION : LE CAS DES SANCTIONS AUX TRANSPORTEURS.....	123
SECTION 1. UN MECANISME DE LUTTE CONTRE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE FONDÉ SUR UNE RELATION DE DOUBLE CONTRAINTE.....	125
§1. D'une relation horizontale à une relation verticale entre les États de destination et les transporteurs internationaux de passagers	125
A. D'une obligation d'information à l'imposition de sanctions	126
B. Les fondements juridiques du mécanisme et les objectifs poursuivis	128
1. Des fondements restreints en droit international	128
a. L'absence de sanction dans la Convention de Chicago.....	128
b. Le mécanisme de sanction non contraignant de l'annexe IX.....	130
c. Le fondement contraignant du mécanisme dans les Protocoles de Palerme	131
2. Des fondements plus larges en droit de l'Union européenne	132
§2. Le transfert contraint de l'exercice de prérogatives de puissance publique aux transporteurs internationaux de passagers	134
A. Le niveau important de contrainte exercée sur les transporteurs	136
B. La dilution de la responsabilité de l'État de destination par rapport aux passagers éconduits	138
1. L'imputabilité du refus d'embarquement à l'État de destination.....	138
2. L'exercice de la juridiction des États membres de destination sur les passagers éconduits	141
SECTION 2. L'INTENSITÉ DES CONTROLES MIGRATOIRES PRIVATISÉS.....	142
§1. Des agents de transport devenus officiers d'immigration	143
A. Le contrôle des documents d'entrée, de séjour et de transit	143
B. Le niveau de diligence fonction d'un système des circonstances atténuantes.....	145
§2. Des agents de transport devenus officiers de l'asile	146
A. La possibilité théorique de distinguer les personnes en besoin de protection internationale	147

B. L'impossibilité pratique d'éviter les refus d'embarquement à l'encontre des personnes en besoin de protection internationale	150
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	153
CHAPITRE 2. L'EXTENSION DES CONTROLES MIGRATOIRES PAR L'IMPLICATION DES ÉTATS TIERS	155
SECTION 1. LA COOPERATION DES ÉTATS MEMBRES ET DES ÉTATS TIERS SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS TIERS	159
§1. Le déploiement d'officiers de liaison immigration sur le territoire des États tiers.	159
A. Les fondements juridiques et finalités du déploiement.....	159
1. En droit international	160
2. En droit de l'Union européenne	162
B. Les missions des officiers de liaison immigration.....	165
1. Des missions variées et peu encadrées	166
2. L'impact de ces missions sur la mobilité des personnes en besoin de protection internationale.....	169
§2. La coopération des États tiers aux opérations d'interception menées par les États membres en haute mer	171
A. La faiblesse des fondements juridiques des opérations d'interception menées en haute mer	171
B. Le débarquement des personnes interceptées ou secourues sur le territoire des États tiers	176
SECTION 2. LA PRISE EN CHARGE DES PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE PAR LES ÉTATS TIERS	180
§1. L'accueil, l'examen et la protection sur le territoire des États tiers	180
A. La récurrence des projets d'extraterritorialisation de l'asile.....	181
B. Les obstacles juridiques aux projets d'extraterritorialisation de l'asile	185
§2. Le transfert des personnes en besoin de protection internationale sur le territoire des États tiers	187
A. La possibilité de renvoyer des personnes en besoin de protection internationale vers un pays tiers sûr	187
1. L'absence d'interdiction de transférer des personnes en besoin de protection internationale.....	187
2. Les modalités du transfert.....	189
B. Les critères déterminant les pays tiers sûrs	190
1. La sûreté	190

2. La protection effective.....	190
3. La connexion.....	192
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	195
CONCLUSION TITRE 2.....	197
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	199
PARTIE II - L'ABSENCE D'OBLIGATION POUR LES ÉTATS MEMBRES DE DÉLIVRER UN VISA AUX PERSONNES EN BESOIN DE PROTECTION INTERNATIONALE.....	201
TITRE 1. LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE SELECTION DES CANDIDATS AUX VOIES LEGALES D'ACCES	203
CHAPITRE 1. LES LIMITES DES PROGRAMMES EUROPEENS	205
SECTION 1. LE CARACTERE INFORMEL DES PROGRAMMES DE REINSTALLATION ET D'ADMISSION HUMANITAIRE.....	207
§1. La transformation des programmes ad hoc en mécanismes permanents.....	209
A. La réinstallation et l'admission humanitaires comme réactions ponctuelles en cas de crise au XXe siècle.....	210
B. La réinstallation et l'admission humanitaire comme solutions permanentes mais non contraignantes	211
§2. Des pratiques étatiques disparates.....	214
A. La multitude d'acteurs et de programmes	215
B. Une procédure de sélection non encadrée	217
1. La phase de présélection menée par le HCR.....	218
2. La phase de sélection menée par les États de destination	220
SECTION 2. DES VOIES LEGALES D'ACCES COMPLEMENTAIRES RESTRICTIVES	222
§1. La réunification familiale, un mécanisme solidement ancré en droit mais inadapté en pratique.....	223
A. Des critères étroits d'admission à la réunification	224
B. Une procédure insuffisamment allégée par rapport à celle du regroupement familial	227
§2. Le caractère embryonnaire des nouvelles voies légales d'accès complémentaires développées en-dehors du cadre juridique de l'Union	229
A. L'émergence de mécanismes partiels de parrainage privé.....	230
B. Les programmes spécifiquement dédiés aux travailleurs et aux étudiants : le risque d'oublier le besoin de protection internationale.....	232
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	235

CHAPITRE 2. L'EXTREME SELECTIVITE DES PROGRAMMES EUROPEENS
.....237

SECTION 1. LE CRITERE COLLECTIF DE LA SELECTION : LA REMISE EN CAUSE DU
CARACTERE UNIVERSEL DE L'ASILE..... 237

§1. L'abandon de l'approche collective du réfugié dans la construction du droit d'asile
contemporain 238

A. La protection par groupes nationaux, l'approche collective du droit d'asile
antérieure à 1951 239

B. Les limites de la protection par groupes, l'adoption de l'approche universelle ... 242

§2. Les résurgences de l'approche collective dans l'évolution récente du droit d'asile 247

A. Les éléments de définition collectifs des protections complémentaires 247

B. Le caractère résolument collectif des programmes de voies d'entrée protégée ... 250

Section 2. Des critères individuels de sélection : vers une immigration choisie 254

§1. La prédominance des critères d'exclusion 255

A. L'élargissement des critères d'exclusion traditionnels 255

1. L'ajout de critères d'exclusion liés à la sécurité de l'État de destination 255

2. L'ajout d'un critère lié à la politique migratoire 257

B. Le caractère obligatoire des critères d'exclusion 260

1. Un double examen des questions sécuritaires 260

2. L'inversion de la logique inclusion/exclusion 264

§2. L'insuffisance du critère lié au besoin de protection internationale 266

A. Le degré de vulnérabilité 266

1. Un critère devenu obligatoire 266

2. Une notion indéfinie 268

B. Les capacités d'intégration..... 271

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 275

CONCLUSION DU TITRE 1 277

TITRE 2. UN CONTROLE JURIDICTIONNEL LIMITE.....279

CHAPITRE 1. UN DROIT AU RECOURS INCOMPLET281

SECTION 1. LES CONDITIONS PROCEDURALES DU RECOURS INDIVIDUEL 282

§1. Le droit au recours contre les décisions de refus de visa..... 283

A. Les modalités du recours prévues en droit de l'Union 283

B. Les difficultés pratiques de mise en œuvre 286

§2. L'absence de droit au recours contre les décisions d'irrecevabilité	290
A. L'identification des décisions préalables aux décisions de refus de visas	290
1. Les décisions d'irrecevabilité prévues par le Code.....	291
2. Les décisions défavorables préalables à l'enregistrement d'une demande.....	292
a. Les décisions de non-sélection aux programmes spécifiques.....	292
b. L'absence de réponse aux sollicitations par emails.....	294
B. Discussion autour de la nature de ces décisions.....	295
1. Le cadre du droit au recours effectif.....	296
2. Les décisions d'irrecevabilité et le droit au recours effectif.....	297
SECTION 2. LES CONDITIONS DE FOND DU RECOURS INDIVIDUEL.....	298
§1. Les droits atteints.....	299
A. La portée des droits tenant à la mobilité du demandeur.....	299
1. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien	300
a. Les refus de visas, restrictions licites au droit de quitter tout pays, y compris le sien ?	300
b. Le droit de quitter tout pays, y compris le sien, applicable aux pays de destination.....	302
i. L'existence de destinations alternatives	302
ii. L'inexistence d'une obligation pour les États de destination à admettre des ressortissants étrangers sur leur territoire.....	304
2. Le droit de ne pas être refoulé.....	306
B. La portée des droits tenant à la dignité du demandeur.....	308
1. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	308
2. Le droit d'asile.....	309
§2. Les problèmes d'imputabilité et de causalité	311
A. L'imputabilité difficile du refus de visa à l'État défendeur	311
1. L'application des règles d'imputation en cas d'accord de représentation.....	312
2. L'application des règles d'imputation en cas d'intervention de personnes privées	313
B. Le lien de causalité fragile entre le refus de visa et l'atteinte aux droits fondamentaux	315
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	317

CHAPITRE 2. L'IRRECEVABILITE DES RECOURS DEVANT LES COURS EUROPEENNES.....319

SECTION 1. L'IRRECEVABILITE POUR ABSENCE DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE..... 319

§1. Discussion autour de l'applicabilité du code des visas aux refus de visas d'asile ... 320

A. La critique du raisonnement de la CJUE 320

1. Le positionnement ambigu de la cour 321

a. Une attitude instable..... 321

b. Une position politique..... 323

2. La confusion des arguments retenus 326

B. Les autres options jurisprudentielles 329

§2. Discussion autour de l'applicabilité du reste du droit de l'Union..... 332

A. La mise en œuvre du droit primaire de l'Union européenne 332

1. Les visas long séjour, une compétence partagée..... 333

2. Les refus de visa de long séjour au regard des objectifs du droit primaire 335

a. Le visa d'asile comme moyen de déclenchement du système d'asile européen commun 336

b. Le visa d'asile comme modalité de réalisation des autres objectifs de la politique migratoire..... 337

B. La mise en œuvre du droit dérivé de l'Union européenne..... 338

1. Le refus de visa comme déclencheur ou modulateur de l'application de normes dérivées de la politique migratoire..... 338

2. Le refus de visa comme déclencheur ou modulateur de l'application de normes dérivées en matière d'asile 340

SECTION 2. L'IRRECEVABILITE POUR ABSENCE DE JURIDICTION DES ÉTATS PARTIES A LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME..... 341

§1. Discussion autour de la notion de juridiction extraterritoriale 342

A. Le raisonnement de la Cour..... 342

1. Rappel des faits 343

2. Les fondements de la décision..... 344

B. Les autres options jurisprudentielles 346

1. Rappel du droit 346

2. L'exercice de juridiction au titre des compétences diplomatiques et consulaires 349

3. L'exercice de la juridiction extraterritoriale au titre des prérogatives de puissance publique.....	351
§2. Un élargissement nécessaire des actions	353
A. La création d'une impasse jurisprudentielle	354
1. La condamnation des entrées irrégulières	354
2. La validation partielle de « l'approche hotspots »	357
B. Les perspectives de contrôle de la politique migratoire de l'Union européenne	360
1. Les actions consultatives en matière de protection des droits fondamentaux	360
a. La sollicitation d'observations générales	361
b. Les communications individuelles	362
c. L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice	363
2. Les actions contentieuses	364
a. Devant la Cour internationale de Justice	365
b. Le recours en responsabilité extracontractuelle devant la Cour de justice de l'Union européenne	366
c. Le recours en responsabilité de l'Union européenne et de ses États membres devant le Tribunal international du droit de la mer	369
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	371
CONCLUSION TITRE 2.....	373
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	375
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	377
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	381
BIBLIOGRAPHIE.....	385
TABLE DES MATIERES	425

Titre : Obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale en droit de l'Union européenne

Mots clés : droit de l'Union européenne ; asile ; visa ; interception ; protection internationale ; voies légales d'accès

Résumé : Le droit de l'Union européenne soumet les personnes en besoin de protection internationale à l'obligation de détenir un visa d'entrée sur le territoire des États membres. Toutefois, le régime des visas ne prend pas en considération leur vulnérabilité particulière. Il en résulte un paradoxe : les personnes en besoin de protection internationale sont tenues au respect d'une obligation qu'elles sont dans l'incapacité d'honorer. Si l'absence de visa d'entrée n'empêche pas celles qui ont atteint irrégulièrement le territoire des États membres de déposer leur demande d'asile, elle engendre des difficultés considérables en termes de progression sur le parcours migratoire. En effet, il n'existe pas de catégorie juridique propre aux

personnes en besoin de protection internationale en mouvement. En conséquence, les mécanismes d'interception mis en œuvre par l'Union et ses États membres ne permettent pas leur distinction au sein de la catégorie générique des migrants non ou mal documentés. Ralenties, repoussées voire refoulées, elles sont entravées dans l'exercice de leur droit de quitter tout pays, y compris le leur, aux fins de chercher l'asile. Pour autant, les allégations de violation de leurs droits fondamentaux par des décisions de refus de visa d'asile n'ont, jusqu'alors, trouvé aucun écho auprès des juges européens.

Title : Visa Requirement and Persons in Need of International Protection In European Union Law

Keywords : European Union Law; Asylum; Visa; Interception; International Protection; Protected Entry Procedures

Abstract : European Union law requires persons in need of international protection to hold a visa to enter the territory of Member States. However, the visa regime does not take into account their particular vulnerability. This results in a paradox: persons in need of international protection are required to comply with an obligation that they are unable to fulfill. While the absence of an entry visa does not prevent those who have irregularly reached the territory of the Member States from applying for asylum, it creates considerable difficulties in terms of progress on the migration path. In fact, there is no specific legal category for people in

need of international protection on the move. Therefore, the interception mechanisms implemented by the Union and its Member States do not allow them to be distinguished within the generic category of undocumented or poorly documented migrants. Slowed down, pushed back or even turned back, they are hindered in the exercise of their right to leave any country, including their own, in order to seek asylum. However, the allegations of violation of their fundamental rights by decisions to refuse them asylum visas have not, until now, found any echo before European judges.