

RELATIONS EXTÉRIEURES DE L'UNION EUROPÉENNE
ET IMMIGRATION

SYLVIE SAROLEA

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. Migration en droit international. – 3. Compétences de l'UE et interactions avec les pays tiers. – 4. Sauvegardes. – 5. Pour conclure.

1. *Introduction*

La gestion de l'immigration suppose naturellement la coopération avec des Etats tiers outre la coopération qui peut exister entre Etats déléguant à une organisation comme l'Union Européenne le soin de négocier avec des Etats tiers.

La présente contribution rappelle le contexte général des migrations face au droit international. Ensuite, la position particulière de l'Union européenne (UE) est présentée et ses compétences identifiées sans pour autant traiter ici de la liberté de mouvement au sens de la libre circulation des citoyens et membres de leur famille au sein de l'Union Européenne. Parmi ces compétences, certaines impliquent des pays tiers à l'Union. Tel est le cas lorsque l'Union passe des accords avec certains de ces pays, qu'ils soient les pays d'origine de migrants ou non. Tel est aussi le cas si l'Union renvoie un étranger vers un tel pays. Dans les deux cas, son action est balisée par le respect dû aux droits fondamentaux, au premier rang desquels le principe de non-refoulement. Ce dernier interdit le renvoi vers un pays où la personne risque de subir la torture ou des traitements inhumains et dégradants, ou, plus largement, une violation de ses droits fondamentaux. Ce renvoi peut être direct ou indirect, individuel ou collectif. Il s'agira dès lors de rappeler les garanties fondées sur les

* Professeur de droit des étrangers, droit international et droits fondamentaux, Université Catholique de Louvain. La présente contribution est basée sur le cours donné à l'Université de Bologne en janvier 2017. Son contenu a été actualisé dans cette matière qui évolue rapidement. Cet écrit s'apparente davantage à un cours et est informatif plus qu'analytique. Pour une analyse critique des questions abordées, l'auteur renvoie à des écrits de doctrine.

droits fondamentaux et de les confronter aux compétences de l'Union européenne en matière d'immigration lorsqu'elle les exerce vis à vis de pays tiers. La question du champ d'application *rationae loci* du droit de l'Union et des droits de l'homme est aussi posée.

2. *Migrations en droit international*

Le paradigme de départ est celui de l'affirmation de la souveraineté. Celle-ci se déduit de la conjugaison des textes de droit international.¹ La lecture de ces textes permet d'affirmer que si toute personne a le droit de quitter tout pays en ce compris le sien, ce droit étant susceptible d'exception, ainsi que le droit de rentrer dans son propre pays puisque le bannissement est interdit, il n'y a pas en droit international d'affirmation du droit d'entrée dans un pays tiers.²

Pour les demandeurs d'asile, le seul droit existant est celui de demander l'asile et de ne pas être expulsés. A cet égard, le principe du non-refoulement est davantage le droit du pied dans la porte qu'un droit d'entrée pour être secouru.

L'évolution du droit international permet de considérer que l'on passe en matière d'immigration de la faveur aux droits ou en tout cas à certains droits. La souveraineté de l'Etat est limitée – d'ailleurs dans un premier temps par lui-même – par les accords avec les pays tiers, des accords individuels. Il s'agit là de limitations à la souveraineté que l'Etat accepte et qui sont elles-mêmes une expression de sa propre souveraineté puisqu'il va soit déléguer une partie de ses pouvoirs à une organisation comme c'est le cas dans l'Union Européenne ou alors limiter son pouvoir

¹ Voir *Pacte international sur les droits civils et politiques*, *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels*, et textes plus spécifiques tels que la *Convention contre la torture*, la *Convention de Genève relative au statut des réfugiés*, ... Pour toute référence, voir la liste de documents en annexe.

² V. CHETAIL, *Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel*, in *European Journal of International Law*, 4, 2016, 901; S. SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, 2006; EAD., *From protection of the Migrant to the Rights of the Migrant Person : Free the Migrant from his Legal Exile*, in *Spheres of Global Justice*, sous la direction de J.CH. MERLE, Dordrech, 2013, 353; EAD., *Entre souveraineté nationale et droits fondamentaux : l'immigrant en droit interne*, *Journées Jean Dabin*, 13-14 novembre 2008, Louvain-la-Neuve, décembre 2008, Bruxelles, 2010.

de décision individuelle en concluant des accords facilitant la circulation avec des Etats confrontée au réel et aux passages clandestins de frontières mais aussi au développement de la jurisprudence interprétant les droits fondamentaux.

Parmi les limites à la souveraineté qui sont consenties, il y a les accords collectifs ou individuels. Sur la base de textes, de conventions internationales ou de décisions individuelles, les Etats peuvent admettre des entrées facilitées sur leur territoire au travers d'accords collectifs. Il s'agit des traités en matière de circulation (supprimant ou facilitant les visas) et/ou de séjour (par exemple la libre circulation au sein de l'Union Européenne). La notion d'accords individuels recouvre l'octroi d'un visa permettant un court ou un long séjour. En ce qui concerne les accords individuels, l'on peut également évoquer la « régularisation ». Celle-ci constate une entrée *de facto* régularisée ensuite soit parce qu'un droit est reconnu (par exemple pour un réfugié) ou alors une faveur accordée (la régularisation proprement dite).

Les limites à la souveraineté liée aux droits fondamentaux reposent sur une interprétation de droits fondamentaux qui ne traitent pas spécifiquement de questions migratoires. Il s'agit plutôt d'applications de droits généralement formulés mais déclinés au secteur de l'immigration. Le développement de cette jurisprudence nécessite que l'on s'interroge sur l'application extraterritoriale des droits humains. Ensuite, l'interprétation des droits fondamentaux est étudiée. L'impact de cette jurisprudence est énorme sur la politique de retour (proportionnalité – vie familiale et/ou vie privée, expulsion collective, droits procéduraux, détention, ...). Il y a également des incidences mais dans une moindre mesure sur l'entrée : principe de non refoulement, regroupement familial, ... Enfin, il est important de pointer, pour être complet, l'importance grandissante du principe de bonne administration.

3. *Compétences de l'UE et interactions avec les pays tiers*

Le chapitre II du Titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'intitule « Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration ».

Parmi les politiques devant être développées par l'Union, figure par exemple la politique commune des visas (TFUE, article 77.2, a)) impli-

quant la négociation avec des Etats tiers notamment lorsque leurs ressortissants sont dispensés de visa ou bénéficient de mesures de facilitation.

L'article 78 concerne le développement d' « une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire ». Cette politique implique notamment « g) le partenariat et la coopération avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'asile ou une protection subsidiaire ou temporaire ».

En matière d'immigration (article 79), l'Union agit en matière d' « immigration clandestine et [de] séjour irrégulier, y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier ». A cette fin, elle « peut conclure avec des pays tiers des accords visant la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou qui ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des États membres ».

L'implication de pays tiers prend des formes diverses allant de l'accord international de suppression de visa ou de réadmission, à des coopérations moins formelles, tel l'accord avec la Turquie en matière d'asile ou les compacts avec les pays du Sud. Retenons ici ces trois exemples en les présentant de manière plus précise.

Un quatrième exemple mérite que l'on s'y arrête : la délivrance de visas humanitaires à des demandeurs d'asile au départ d'Etats tiers. Cette problématique a posé la question de la compétence de l'Union pour se prononcer sur des demandes d'accès au territoire de l'Union pour y solliciter une protection internationale.

La cinquième illustration, comme la quatrième, ne porte pas sur des accords avec des pays tiers mais bien par la prise en compte de la situation dans ces derniers pour estimer que l'on peut y renvoyer des demandeurs de protection internationale qui n'en sont pas les nationaux mais qui y ont vécu. Il s'agit du recours à des concepts tels que celui de pays tiers sûr ou de premier pays d'asile.

a) Accords de réadmission

Ces accords facilitent le retour vers l'État concerné de ses ressortissants en situation irrégulière sur le territoire de l'Union.

Des accords de réadmission ont été signés avec les pays suivants : Albanie, ancienne République yougoslave de Macédoine, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-et-Herzégovine, Cap-Vert, Fédération de Russie, Géor-

gie, Hong Kong, Macao, Moldavie, Monténégro, Pakistan, Serbie, Sri Lanka, Turquie et Ukraine.

Ces accords contiennent l'engagement réciproque du pays tiers et de l'Union de réadmettre un de leur ressortissant dès lors qu'il ne dispose plus de titre de séjour. Ainsi, par exemple, l'accord avec la Géorgie dispose que

« 1. À la demande d'un État membre et sans autres formalités que celles précisées dans le présent accord, la Géorgie réadmet sur son territoire toute personne qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée, de présence ou de séjour applicables sur le territoire de l'État membre requérant, lorsqu'il est prouvé, ou peut être valablement présumé sur la base du commencement de preuve fourni, que cette personne est un ressortissant géorgien. »

Cet engagement implique également la reprise de non nationaux de l'Etat en question, tels que les enfants mineurs célibataires de l'intéressé, les conjoints. La réadmission signifie la délivrance d'un document de voyage nécessaire au retour de l'intéressé.

Ces accords prévoient parfois que ces pays acceptent de réadmettre d'anciens ressortissants déchus de leur nationalité. Ainsi, l'article 3 de l'accord avec la Turquie prévoit :

« La Turquie réadmet aussi toute personne qui, conformément à sa législation, a été déchue de la nationalité turque ou y a renoncé après son entrée sur le territoire d'un État membre, à moins que cette personne n'ait obtenu au minimum l'assurance d'obtenir sa naturalisation par cet État membre. »³

Ils prévoient aussi la réadmission d'étrangers qui n'ont pas la nationalité du pays concerné mais qui ont, notamment, « transité » par ce pays (article 4 de l'accord avec la Turquie).

b) Accord avec la Turquie

Le 18 mars 2016, les membres du Conseil européen se sont réunis

³ *Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier*, en JO, 7 mai 2014, L 134/3.

avec leur homologue turc et ont conclu un accord.⁴ Cet accord s'inscrit dans un cadre plus large de négociation quant à la prise en charge des réfugiés syriens. L'union souhaitait que la Turquie « garde » plus les réfugiés syriens sur son territoire. Cela implique, d'une part, que ces réfugiés puissent s'insérer plus facilement sur le marché du travail turc et disposent d'un traitement qui les incite à y rester et, d'autre part, que la Turquie empêche leur sortie vers l'Union. En contrepartie, l'Union européenne s'est engagée à verser à la Turquie plus de trois milliards destinés à financer des projets en faveur des réfugiés en Turquie. Elle s'est aussi engagée à libéraliser le régime des visas et à reprendre les négociations d'adhésion.

Dans le cadre des premiers accords, la Turquie s'était engagée à accepter le retour rapide de tous les migrants n'ayant pas besoin d'une protection internationale et qui ont quitté la Turquie pour gagner la Grèce et à reprendre tous les migrants en situation irrégulière interceptés dans les eaux turques.

Le 18 mars, une étape supplémentaire est franchie. Elle est présentée comme visant à s'attaquer aux passeurs, à éviter que les réfugiés continuent à risquer leur vie. L'objectif est de mettre fin à la migration irrégulière de la Turquie vers l'UE. Les points d'action convenus sont :

1) Tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie. L'accord exclut toute expulsion collective et annonce que les renvois se feront « en totale conformité avec le droit de l'UE et le droit international » et dans le respect du principe de non refoulement. Les migrants sont enregistrés et toute demande d'asile sera traitée individuellement par les autorités grecques en coopération avec le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés. Les migrants ne demandant pas l'asile ou dont la demande d'asile a été jugée infondée ou irrecevable conformément à la directive procédure sont renvoyés en Turquie.

2) Pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien doit être réinstallé de la Turquie vers l'UE en tenant compte des critères de vulnérabilité des Nations unies. La priorité est donnée aux migrants qui ne sont pas déjà entrés, ou n'ont pas tenté

⁴ Disponible à l'adresse suivant : www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/.

d'entrer, de manière irrégulière sur le territoire de l'UE. Septante places seront dédiées à cette réinstallation dans l'Union.

3) La Turquie s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'UE.

La nature juridique de cet accord a été âprement discutée dès sa conclusion.⁵

Le tribunal de l'Union européenne s'est prononcé sur ce point, saisi par trois demandeurs d'asile. Il s'est jugé non compétent, estimant que l'accord EU-Turquie est étranger à l'Union européenne.⁶

Les trois recours demandaient l'annulation de ladite déclaration au motif qu'il s'agit là d'un accord international conclu par le Conseil européen avec la Turquie sans respecter les règles de procédures contenues dans les Traités européens. En effet, si le TFUE prévoit effectivement que l'Union peut, dans certaines matières, conclure un accord avec un pays tiers, la négociation et la conclusion d'un tel accord est soumise au respect de la procédure énoncée à l'article 218 du Traité. Il importe de souligner que même si la validité du traité devait être remise en cause au regard du droit interne de l'Union, il n'en liait pas moins l'organisation en vertu de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Les ordonnances adoptées le 28 février 2017 rejettent les recours en recevant l'exception d'incompétence soulevée par le Conseil européen en tant que défendeur à la cause. En vertu de l'article 263 du TFEU, la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne porte uniquement sur le contrôle de légalité des actes adoptés par une institution, un organe ou un organisme de l'Union européenne, et non sur un accord international conclu par les États Membres. Le Tribunal considère que ce

⁵ Voir notamment O. CORTEN, M. DONY, *Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, en *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10 juin 2016.

⁶ Tribunal de l'Union européenne, 28 février 2017, *NE, NG et NM c. Conseil européen*, T-192/16, T-193/16 et T-257/16. Voir J.B. FARCY, G. RENAUDIÈRE, *L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne : Une incompétence lourde de conséquences ?*, en *Newsletter EDEM*, mars 2017 ; H. LABAYLE, *L'accord Union européenne avec la Turquie : l'heure de vérité ?* », en *gdr-elsj.eu*, 28 avril 2016 ; J.-B. FARCY, *EU-Turkey Agreement: Solving the EU Asylum Crisis or Creating a New Calais in Bodrum?*, en *EU Migration Law Blog*, 7 décembre 2015 ; M. TISSIER-RAFFIN, *Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions*, en *Revue des droits de l'homme*, 8, 2015.

n'est pas l'Union mais ses États membres qui ont mené les négociations et conclu l'accord avec la Turquie. Indépendamment de la nature de l'acte adopté le 18 mars 2016, celui-ci ne peut être considéré comme un acte adopté par le Conseil européen, ni par une autre institution européenne. En d'autres termes, les États Membres de l'Union européenne ont agi collectivement sans pour autant que l'Union elle-même ne soit engagée. La détermination des parties contractantes et de la qualité en vertu de laquelle ils se sont engagés doit se faire au regard du contenu de l'acte et de l'ensemble des circonstances entourant l'adoption de celui-ci.

En déclarant irrecevables les trois recours introduits devant lui pour cause d'incompétence, le Tribunal européen a *de facto* privé les intéressés de protection juridictionnelle au regard du droit de l'Union. Or, au fond, ils posaient des questions fondamentales quant aux conséquences de la mise en œuvre de cet accord. Les trois demandeurs d'asile (de nationalité afghane et pakistanaise) étaient arrivés sur l'île de Lesbos en 2016. L'un d'eux, NF, expliquait par exemple avoir fui la République islamique du Pakistan « par crainte de persécutions et d'atteintes graves à sa personne ». Entré en Grèce par bateau depuis la Turquie, il avait introduit une demande d'asile auprès des autorités grecques peu après la conclusion de l'accord avec la Turquie. Sa demande a été rejetée. Ils souhaitaient que le juge européen se prononce sur la compatibilité des mesures envisagées avec la Charte et la Directive « Procédures ». ⁷ Les requérants invoquaient notamment que la Turquie n'est pas un pays tiers sûr, au sens de l'article 38 de la même directive 2013/32/UE. Ils soulevaient aussi la contrariété de l'accord avec l'interdiction des expulsions collectives. Ces questions méritent des réponses européennes. Placer l'accord en dehors du champ du droit de l'Union évite qu'elles ne soient tranchées.

La Cour de justice a rejeté le recours contre la décision du Tribunal ⁸ par une ordonnance du 12 septembre 2018. ⁹ De manière laconique, la Cour de Luxembourg les déclarent irrecevables en raison d'un manque de cohérence dans l'argumentation développée. Les recours se limite-

⁷ Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013, *Directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale*, in OJ, 29 juin 2013, L 180/60.

⁸ CJEU, 12 septembre 2018, *NF, NG et NM c. European Council*, affaires jointes C-208/17 P à C-210/17 P (ordonnance).

⁹ Sur cet arrêt, voir notamment P.A. VAN MALLEGHEM, *La Cour de justice refuse de revisiter l'accord EU-Turquie*, en *Cahiers de l'EDEM*, 2018.

raient à résumer « huit moyens sans que leur argumentation ressorte avec clarté et précision des éléments évoqués de façon vague et confuse », et « se limitent [...] à des affirmations générales » de méconnaissance du droit de l'Union « sans indiquer avec la précision requise ni les éléments critiqués des ordonnances attaquées ni les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique la demande d'annulation ». ¹⁰

Au sujet de la position des deux juridictions européennes, P.A. Van Mallegheem proposait une comparaison intéressante avec la gestion de la zone euro par les institutions européennes. Il indique que les juges de Luxembourg

« semble(nt) vouloir entériner ce qu'on a appelé, dans le contexte de la crise de la zone euro, le « fédéralisme exécutif post-démocratique » ¹¹ et] la Cour donne en effet son aval à une gestion des crises de la gouvernance de l'Union qui permet quelquefois le contournement du droit de l'Union, l'utilisation des institutions européennes en dehors du cadre formel de l'Union et ce, pour le surplus, souvent aux dépens de la protection des droits fondamentaux. » ¹²

Il rappelle que la crise de la zone euro avait donné lieu à une série de mesures prises techniquement par les États membres en dehors du cadre du droit de l'Union. Ici, avec la Turquie, l'Union fait aussi le choix d'un accord international, qui plus est, dans les formes « informel ». Dans ces deux domaines, « ce fait pose question vu la reconnaissance des droits de l'homme et de l'État de droit comme valeurs fondamentales de l'Union ».

L'accord avec la Turquie a contribué à faire baisser le nombre d'arrivées de demandeurs d'asile dans l'Union de manière significative. Les arrivées dans les îles grecques ont baissé de 98% au cours de l'année qui a suivi l'accord avec la Turquie. Une autre diminution est attendue suite aux collaborations engagées avec les pays sub-sahariens. La jurisprudence sur les refus de visas humanitaires vient asseoir l'impossibilité de demander une protection internationale au départ d'un pays tiers sur la base du droit de l'Union.

Cette réduction des arrivées sera compensée à très faible proportion

¹⁰ CJEU, *NF, NG et NM c. European Council*, *supra*, point 16.

¹¹ Citant J. HABERMAS, *Die Europäische Union vor der Entscheidung zwischen transnationaler Demokratie und postdemokratischem Exekutivföderalismus*, in *Id.*, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin, 2011.

¹² P.A. VAN MALLEGHEM, *supra*.

par le programme de réinstallation que l'Union entend mettre en œuvre. Le 20 juillet 2015, l'Union européenne a signé un accord portant sur la réinstallation de 22 504 personnes ayant manifestement besoin d'une protection internationale. Le 13 juillet 2016, la Commission a proposé un cadre de l'Union européenne en matière de réinstallation afin d'établir un ensemble commun de procédures types pour sélectionner les candidats à une réinstallation et un statut de protection commun pour les personnes réinstallées dans l'Union. Le 4 juillet 2017, les États ont été invités à faire de nouvelles propositions. Les États membres ont pris des engagements se chiffrant à 14 000 places de réinstallation. Un nouveau programme a été proposé par la Commission dans le but de réinstaller 50 000 réfugiés sur les deux prochaines années, c'est-à-dire d'ici au mois d'octobre 2019. La Commission finance par 500 millions d'euros, soit 10 000 euros par personne installée pour l'État membre d'accueil. La Commission de liberté civiles, justice et affaires intérieures (LIBE) du Parlement Européen a adopté le 2 octobre 2017 à une large majorité le rapport de Malin Bjork sur le projet de règlement concernant la mise en place d'un cadre commun à l'ensemble de l'Union européenne en matière de réinstallation.

c) Les compacts

Les termes compacts désignent le nouveau cadre pour le partenariat avec les pays tiers en matière de gestion des migrations proposé par la Commission européenne et adopté par le Conseil européen en juin 2016.¹³ La Communication de la Commission du 7 juin 2016 indique que ces accords sont destinés « à donner un nouvel élan à la politique de réinstallation, mais amélioreraient aussi les capacités d'accueil des pays tiers en vue de la mise en œuvre d'opérations de « retour ».¹⁴

¹³ A propos de ces compacts, voir notamment les adresses suivantes https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/factsheet_ec_format_migration_partnership_framework_update_2.pdf ; <http://refugeesmigrants.un.org/migration-compact> ; www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/2018-global-compacts-refugees-and-migration ; <http://carnegieeurope.eu/2016/11/21/upgrading-eu-s-migration-partnerships-pub-66209> ; <http://eumigrationlawblog.eu/the-eu-migration-partnership-framework-an-external-solution-to-the-crisis/>. Pour une présentation détaillée et une analyse critique et contextualisée de ces compacts, voir notamment www.aedh.eu/Partenariats-migration-compacts.html.

¹⁴ Commission européenne, *La Commission annonce un nouveau cadre pour les*

Sans que ces actes ne prennent la forme de traités en bonne et due forme, ces accords doivent être conclus avec des pays ciblés comme étant des pays d'origine ou de transit de la migration, ou encore des pays accueillant un très grand nombre de migrants. Les pays visés sont les suivants : Niger, Nigeria, Sénégal, Mali, Éthiopie, Jordanie, Liban, Afghanistan, Pakistan, Bangladesh, Iran, Égypte, Libye, ainsi que, plus largement, trois régions : l'Afrique de l'Ouest, la Corne de l'Afrique et le Maghreb. Cinq pays sont prioritaires : le Niger, le Nigeria, le Mali, l'Éthiopie, le Sénégal.

Les bilans des négociations sont publiés par la Commission.¹⁵ Il n'est pas possible d'entrer dans tous les détails des processus en cours. Le premier pacte signé le fut avec le Liban en novembre 2016 ; les suivants sont centrés sur la réadmission, avec la Jordanie ou le Nigeria. Un accord a même été conclu avec l'Afghanistan, incluant la réadmission d'Afghans en séjour illégal.¹⁶

d) Les visas humanitaires

Comme mentionné brièvement ci-avant, obtenir une protection internationale comme demandeur d'asile suppose d'avoir mis le pied dans la porte, soit en étant entré irrégulièrement sur le territoire d'un Etat tiers où demander une protection, soit être arrivé au moins à sa frontière ce qui garantit l'asile provisoire. Cette réalité conduit de nombreux migrants à tenter le tout pour le tout pour atteindre les frontières d'un Etat tiers. Le droit international ne garantit pas le droit pour un demandeur

partenariats de migration : une coopération renforcée avec les pays tiers pour mieux gérer les migrations, 7 juin 2016.

¹⁵ Premier bilan : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-700-FR-F1-1.PDF> ; Deuxième bilan : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-960-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF> ; Troisième bilan : https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/com_2017_205_f1_report_from_commission_en_v8_p1_880005_0.pdf ; Quatrième bilan : https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/4th_progress_report_partnership_framework_with_third_countries_under_european_agenda_on_migration.pdf ; Cinquième bilan : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0471> ; et dernière bilan de l'agenda pour la migration publié en 2019 : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20191016_com-2019-481-report_en.pdf.

¹⁶ *Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU*, 2 octobre 2016, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf.

d'asile d'accéder à un pays tiers afin d'y demander d'asile. Paradoxalement, le droit international garantit le droit à toute personne de quitter son pays mais pas celui d'entrer dans un pays tiers, quand bien même elle fuit la persécution.

On ne peut demander l'asile qu'une fois que l'on a déjà mis le pied soit à la frontière, c'est-à-dire à l'intérieur du pays où l'on entend obtenir une protection (la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'interdiction du refoulement s'impose hors des frontières si des migrants sont interceptés par les autorités d'un pays du Conseil de l'Europe, tel dans l'arrêt *Hirsi* pour des navires des garde-côtes battant pavillon italien).

Une fois que le réfugié a accédé au territoire de l'État tiers, il bénéficie alors et seulement à ce moment du principe de non refoulement. Ce dernier impose la prise en compte de sa demande et l'analyse de celle-ci, qui peut alors aboutir à une décision soit positive, soit négative. Mais en attendant, l'État d'accueil ne peut en principe le refouler.

Faut-il dès lors que le réfugié soit parvenu à cette frontière ou alors ait réussi à entrer dans le pays tiers... L'accès au territoire européen est extrêmement difficile ; les frontières sont solidement fermées et les États européens multiplient les opérations dissuadant les arrivées. Ceci explique que la toute grande majorité des entrées de réfugiés soient des entrées illégales, seule solution pour pouvoir introduire une demande de protection fondée sur la Convention de Genève sur les réfugiés. Cette réalité du droit international et la réponse de l'Union européenne contraignent les réfugiés à entreprendre un voyage extrêmement périlleux pour passer illégalement les frontières par voie terrestre ou les atteindre par la voie maritime avec les résultats que l'on connaît, soit 6000 morts en Méditerranée au cours de la seule année 2016.¹⁷

Confrontée à cette disposition, des réfugiés tentent d'obtenir un visa dit « humanitaire » pour accéder légalement au territoire de l'Union. L'article 25.1 a) du Code communautaire des visas (Règlement CE, n° 810/2009) prévoit la possibilité de délivrer un visa à validité territoriale limitée à titre exceptionnel, notamment pour des raisons humanitaires. L'obligation des États face à une telle demande a fait l'objet d'une ques-

¹⁷ Voir www.unhcr.org/fr/news/briefing/2018/7/5b3f8059a/baisse-arrivees-taux-accru-mortalite-mediterranee-hcr-appelle-intensifier.html.

tion préjudicielle adressée à la Cour de justice par une juridiction belge, le Conseil du contentieux des étrangers.

La Cour de justice s'est prononcée par un arrêt du 7 mars 2017.¹⁸ Comme dans l'affaire turque, elle a statué sur sa compétence. Elle juge que délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union.

Cette affaire est consécutive au dépôt d'une demande de visa à validité territoriale limitée introduite par une famille syrienne auprès de l'ambassade de Belgique à Beyrouth sur le fondement de l'article 25.1 a) du Code communautaire des visas. Les requérants ont invoqué à l'appui de leur demande de visa qu'ils veulent quitter la ville assiégée d'Alep afin d'introduire une demande d'asile en Belgique. Ils invoquent la situation sécuritaire précaire en Syrie en général et à Alep en particulier, le fait qu'ils sont de confession chrétienne orthodoxe et des persécutions subies par l'un des requérants. Ils précisent qu'il leur est impossible de se faire enregistrer comme réfugiés dans les pays limitrophes eu égard à la fermeture de la frontière entre le Liban et la Syrie. L'Office des étrangers a rejeté cette demande de visa. Saisi par une requête en suspension d'extrême urgence, le juge administratif belge interroge la Cour de justice quant à la portée des obligations internationales visées à l'article 25 du Code des visas. Ces obligations visent-elles l'ensemble des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ? Parmi ces droits figurent l'article 4 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et l'article 18 relatif au droit d'asile ; ainsi que les obligations auxquelles sont tenus les États membres sur la base de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de

¹⁸ CJUE, 7 mars 2017, *X. et X.*, C-638/16 PPU ; Conclusions de l'Avocat général P. Mengozzi dans l'affaire *X. et X.*, 7 février 2017 ; C.C.E. (assemblée générale), 8 décembre 2016, n° 179.108. Sur cet arrêt, voir notamment 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*, en *Newsletter EDEM*, mars 2017 ; J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X.*, en *Omnia*, 27 février 2017 ; V. MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge*, en *Omnia*, 16 et 21 février 2017, part I et part II ; L. LEBOEUF, *Visa humanitaire et recours en suspension d'extrême urgence. Le Conseil du contentieux des étrangers interroge la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, en *Newsletter EDEM*, décembre 2016 ; E. BROUWER, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs Political Opportunism?*, in *CEPS Commentary*, 16 mars 2017.

l'article 33 de la Convention de Genève. Plus précisément, l'article 25 du Code communautaire des visas doit-il être interprété en ce sens que l'État membre, saisi d'une telle demande, doit délivrer le visa s'il y a un risque de violation de l'article 4 ou de l'article 18 de la Charte, ou d'une autre obligation internationale, sous réserve de sa marge d'appréciation liée aux circonstances de l'espèce ? Une seconde question interroge la portée de l'existence d'attaches entre le demandeur et la Belgique.

La Cour de justice traite la demande selon la procédure d'urgence. Elle estime que le Code des visas adopté sur le fondement de l'article 62 TFUE vise les visas relatifs à des séjours d'une durée maximale de 90 jours. Or, en l'occurrence, les demandes de visa ont été formées aux fins de demander l'asile et donc de se voir délivrer un titre de séjour dont la durée de validité n'est pas limitée à 90 jours. La Cour en déduit que ces visas ne relèvent pas du champ d'application du Code des visas. Il s'en suit que ces demandes relèvent du seul droit national.

La situation qui fait l'objet de la question préjudicielle n'est pas régie par le droit de l'Union de sorte que les dispositions de la Charte ne sont pas applicables. Le fait que l'article 32.1 b) du Code des visas érige en motif de refus de visa l'existence d'un doute raisonnable sur la volonté du demandeur de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé ne modifie pas la conclusion de la Cour. En effet, dans le cas d'espèce, il n'y a pas de doute quant à l'intention des requérants d'ensuite solliciter un droit de séjour au titre de l'asile, qu'ils assument clairement. Il en résulte, selon la Cour, que leur demande a un objet différent de la demande d'un visa de courte durée.

La Cour précise enfin qu'une conclusion contraire impliquerait que le Code des visas impose aux États de permettre à des ressortissants de pays tiers d'introduire une demande de protection internationale auprès des représentations des États membres situées sur le territoire des États tiers. Tel n'est pas l'objectif de ce Code qui n'a pas pour objet d'harmoniser les législations des États membres quant à la protection internationale. À ce sujet, la Cour précise que les textes de droit dérivé relatifs au droit européen de l'asile n'ont pas un champ d'application extraterritorial. L'article 3.1, alinéa 2, de la Directive relative aux procédures d'asile¹⁹, est applicable aux demandes de protection internationale présentées sur le territoire des États membres en ce compris à la frontière, dans les eaux

¹⁹ Parlement européen et Conseil, *Directive 2013/32/UE, supra*.

territoriales ou dans une zone de transit, mais pas aux demandes d'asile diplomatique ou territorial introduites auprès des représentations des États membres. Les articles 1^{er} et 3 du règlement 604/2013 (Dublin)²⁰ obligent uniquement les États à examiner les demandes de protection internationale présentées sur leur territoire, en ce compris à la frontière ou dans une zone de transit. La Cour conclut à l'inapplicabilité du droit de l'Union.

La Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi. Au terme d'un examen long de vingt-et-une pages, celui-ci considérait que le Code des visas s'appliquait et que son article 25, relatif au visa à validité territoriale limitée, devait être interprété

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

L'essentiel des considérations de l'Avocat général portaient, d'une part, sur l'application de la Charte à l'article 25 du Code des visas qui permet aux États, dans l'exercice de leur souveraineté, de délivrer un visa à territorialité limitée et, d'autre part, sur les obligations positives des États dans le respect des droits fondamentaux protégés par la Charte, lorsqu'ils exercent cette souveraineté. La Cour, en décidant que la question ne relève pas du champ du droit de l'Union, n'a pas eu à examiner la question du champ d'application de la Charte.

Cet arrêt a été largement commenté.²¹ L'on renvoie pour l'essentiel à ces auteurs. Un point retient ici l'attention et fait le lien avec la dé-

²⁰ Parlement européen et Conseil, 26 juin 2013, *Règlement (UE) no 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'état membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des états membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, en JO, 29 juin 2013, L 180/31.

²¹ Voir notamment V. MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law : Case PPU C-638/16 X, X v État belge*, en *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 16 février 2017.

cision relative à l'accord avec la Turquie. L'arrêt « visas » accorde une importance décisive au critère de l'intention, quelle que soit la forme de la demande déposée. Le fond – intention de rester – prime sur la forme – visa de court séjour. La décision du tribunal quant à la Turquie procède à l'inverse. Quel que soit le fond – un véritable accord international produisant des effets juridiques –, la forme n'est pas celle d'un traité liant l'Union puisqu'il s'agit d'un simple texte repris dans un communiqué de presse. « Des motivations très distinctes, sinon opposées, conduisent au même résultat : éviter de trancher les débats de fond. »²²

e) Pays tiers sûrs et premiers pays d'asile

Bien que le risque de la persécution dans le pays d'origine soit établi, la directive procédure²³ permet aux États membres d'estimer qu'une protection peut être obtenue dans un pays tiers, c'est-à-dire autre que les États membres de l'Union européenne et, par hypothèse, autre que le pays d'origine.

La notion de « pays tiers sûr » connaît diverses variantes. Le « premier pays d'asile » est un pays tiers dans lequel le demandeur bénéficie d'un statut de réfugié ou d'un autre statut de protection.²⁴ Si la personne a déjà été reconnue réfugiée dans un autre pays, ce pays constituant, *a priori*, un pays tiers sûr, la crainte de persécution ne doit plus être examinée au regard du pays de nationalité, mais de ce pays de refuge. Il convient d'examiner si ce premier pays d'asile ne donne plus de protection réelle ou ne donne plus accès à son territoire. Le « pays tiers européen sûr » est un pays tiers partie à la CEDH.²⁵ Les autres pays tiers sûrs sont simplement qualifiés de « pays tiers sûrs ».²⁶

Le respect du principe de non refoulement impose toujours un examen *in concreto* du niveau de risque au regard de la situation de chaque personne, la notion de pays sûr pouvant, au mieux, constituer une présomption réfragable. En outre, il doit toujours exister un lien de connexi-

²² 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*, en *Justice en ligne*, mars 2017.

²³ Parlement européen et Conseil, *Directive 2013/32/UE*, *supra*.

²⁴ *Ibid.*, Art. 35.

²⁵ *Ibid.*, Art. 39.

²⁶ *Ibid.*, Art. 38.

té suffisamment intense entre le demandeur et le pays tiers sûr, de sorte qu'il est raisonnable d'exiger du demandeur qu'il s'y rende. Ce lien de connexité doit faire l'objet d'une évaluation au cas par cas.²⁷

4. *Sauvegardes*

Lorsque l'Union européenne interagit avec des pays tiers directement en signant des accords, de formes diverses, ou indirectement en prévoyant d'y renvoyer des demandeurs de protection internationale, elle se doit de respecter certaines normes. Celles-ci se fondent sur le droit international ou régional des droits de l'homme, ainsi que sur la Charte, voire sur le droit secondaire qui y renvoie. Les plus fondamentales d'entre elles sont présentées ci-après. La contribution se concentre sur celles qui touchent au fond (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants ; principe de non-refoulement ; interdiction des expulsions collectives).

Pour que ces sauvegardes s'appliquent, il faut que l'acte posé relève du champ d'application territorial et matériel des sauvegardes en question. Ainsi, pour la Convention européenne des droits de l'homme, il faut que la personne concernée se trouve « sous la juridiction d'un Etat membre ». Pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il faut que l'acte posé tombe dans le champ de compétence de l'Union. En témoignent les débats et la jurisprudence relatifs à l'accord avec la Turquie et aux visas humanitaires.²⁸ Quant au principe de non-refoulement, il pose la question de son champ d'application territorial ; opère-t-il uniquement si la personne concernée se trouve à la frontière ou sur le territoire du pays auquel elle demande une protection ou dès qu'il la demande, même à distance.

a) Champ d'application

Par hypothèse, le migrant est une personne qui bouge. L'application des droits de l'homme à cette personne peut varier selon le lieu où elle se trouve dans son parcours migratoire : encore dans son pays d'origine, en

²⁷ *Ibid.*, Art. 38.2.

²⁸ Voir *supra*.

route vers le pays d'accueil, dans un autre pays, en zone internationale, à la frontière, ou déjà dans le pays d'accueil.

Quant à l'application personnelle, la jurisprudence a souligné à plusieurs reprises que le large champ d'application des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme a pour conséquence qu'à quelques rares exceptions, tels les droits politiques, les droits de l'homme bénéficient à toute personne, sans autre exigence. Les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) s'appliquent à « tous les individus se trouvant » sur le territoire.²⁹ La Convention contre la torture s'applique à « toute personne ». Selon l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle s'applique à « toute personne relevant de la juridiction » d'un État partie. Dans une affaire *D. c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme examine la situation d'un étranger en séjour irrégulier à l'égard duquel a été prise une décision d'éloignement. Répondant à l'argument tiré de l'irrégularité du séjour de l'intéressé, la Cour juge que le critère est la présence physique sur le territoire de l'État contractant, indépendamment de la qualification juridique de ce séjour. Il suffit que l'étranger se trouve physiquement sur le territoire de l'État partie pour qu'il bénéficie de la protection de la Convention.

« Qu'il soit ou non entré sur le territoire britannique au sens technique du terme [...], le fait est qu'il s'y trouve physiquement, et relève donc de la juridiction de l'État défendeur, au sens de l'article 1 de la Convention. »³⁰

²⁹ Art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. La jouissance des droits reconnus par le Pacte appartient à tous les individus sans distinction d'aucun ordre. » L'observation générale n° 15 sur la position des étrangers au regard du Pacte dispose qu'en général les droits garantis par le Pacte s'appliquent à chacun, indépendamment de la nationalité ou de l'apatridie : « Ainsi, la règle générale est que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers. Les étrangers bénéficient de l'obligation générale de non-discrimination à l'égard des droits garantis par le Pacte, ainsi que prévu à l'article 2. Cette garantie s'applique de la même manière aux étrangers et aux citoyens. Exceptionnellement, certains des droits reconnus dans le Pacte ne sont expressément applicables qu'aux citoyens (art. 25), tandis que l'article 13 ne vise que les étrangers. »

³⁰ Cour EDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, n° 30240/96, para. 48.

L'applicabilité territoriale est parfois plus complexe à définir. La référence à la « juridiction » figurant à l'article 1^{er} de la CEDH ou à la « compétence » par l'article 1^{er} du PIDCP induit non seulement un champ d'application personnel large des textes de protection des droits de l'homme, mais également un champ territorial large qui peut engager la responsabilité des États parties au-delà de leur territoire. L'option de principe est celle de la responsabilité de l'État partie. Il suffit que l'atteinte subie par la personne concernée trouve son origine dans l'action ou dans l'abstention de l'État partie, pour que la responsabilité de celui-ci puisse être engagée.³¹

Une fois ce principe connu, le contentieux migratoire pose trois questions intéressantes quant à l'étendue de la juridiction. Couvre-t-elle les espaces frontaliers ? Vise-t-elle des actes imputables aux autorités d'un État contractant, mais posés en dehors de son territoire ? Permet-elle de prendre en compte l'effet extraterritorial d'un acte posé sur le territoire d'un État lié ? La jurisprudence apporte une réponse positive à chacune de ces trois questions. La troisième qui concerne l'effet extraterritorial et la violation par ricochet des droits de l'homme sera examinée ci-après sous la section dédiée à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et à la violation par ricochet des droits fondamentaux.

En ce qui concerne les espaces frontaliers, l'arrêt *Amuur c. France* précise que la zone internationale d'un aéroport entre dans le champ d'application territorial de la CEDH. Les requérants, un groupe de demandeurs d'asile somaliens sont retenus en zone de transit à Paris. La Cour souligne que

« même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans [cette zone] les faisait relever du droit français. En dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité. »³²

Les actes posés à l'étranger ou dans les eaux internationales donnent

³¹ Cour EDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, para. 128 : « Les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes ».

³² Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, para. 52 ; voir aussi Cour EDH, 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et 45357/99 ; 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 29787/03 et 29810/03.

lieu à une vaste jurisprudence. En matière d'immigration, l'arrêt de principe a été rendu par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Hirsi c. Italie*.³³ La Cour analyse le refoulement par l'Italie d'embarcations provenant de Libye. Se trouvant en Méditerranée, en zone maltaise, ces embarcations ont été interceptées par les autorités italiennes. Les occupants ont été transférés sur des navires militaires italiens et immédiatement reconduits à Tripoli. Ils n'ont ni été informés de leurs droits, ni eu accès à la procédure d'asile. La Cour conclut à l'applicabilité de la Convention. Certes, il faut des circonstances exceptionnelles pour que des actes commis ou ayant des effets au-delà de leur territoire relèvent de la juridiction d'un État membre.³⁴ Mais, si un État, au travers de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur une personne, celle-ci bénéficie de droits découlant de la Convention, et ce même si ces agents opèrent hors du territoire de leur État. En l'espèce, outre le fait que les bateaux battaient pavillon italien, les requérants ont été soumis au « contrôle continu et exclusif, en droit et en fait, des autorités italiennes ».³⁵

L'effet extraterritorial d'un acte de l'État commis sur son propre territoire est traité par la jurisprudence au travers du principe de la violation par ricochet. La jurisprudence relative à l'article 3 CEDH, l'article 7 PIDCP ou l'article 3 de la Convention contre la torture suppose la prise en compte du risque de violation de droits de l'homme en tout lieu, en ce compris dans un pays tiers. Cela ne signifie pas que ces textes lient des pays qui n'y sont pas parties. Par contre, la responsabilité de l'État partie extradant ou expulsant est engagée en raison de cet acte qui a pour résultat d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés dans un autre État qui n'est pas partie. C'est l'effet par ricochet de ces dispositions.

³³ Cour EDH, Grande Chambre, 23 février 2012, *Hirsi c. Italie*, n° 27765/09. Voir V. MORENO-LAX, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control*, en *Human Rights Law Review*, 2012, 574-598 ; M. DEN MEIJER, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi case*, en *International Journal of Refugee Law*, 2013, 285.

³⁴ Cour EDH, Grande Chambre, *Hirsi c. Italie*, *supra*, para. 72.

³⁵ *Ibid*, para. 81.

b) L'incidence de la signature d'un accord

Le fait que l'Union européenne puisse conclure un accord avec un Etat tiers ne dispense pas l'organisation du respect des droits fondamentaux. Les droits protégés par la Charte sont applicables à tous les actes posés par l'Union dans le champ de ses compétences.³⁶

Au regard de la CEDH, la jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises aux Etats de l'Union européenne qu'ils ne pouvaient exonérer leur responsabilité en se prévalant du respect de leurs « autres » obligations internationales. Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique*³⁷, la Cour souligne que la Belgique ne peut invoquer le droit de l'Union européenne et, en son sein, le règlement Dublin II qui désigne l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile au sein de l'Union, pour se dispenser du respect dû à la CEDH. Même si le droit de l'Union bénéficie de la présomption dite *Bosphorus*³⁸ du nom de l'arrêt de la Cour de droits de l'Homme mentionnant que

« la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire [étant] “équivalente” à celle assurée par le mécanisme de la Convention [européenne des droits de l'homme, ... l'État membre] ne s'est pas écarté des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'[il] a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne. »

Ce principe que réaffirme *M.S.S.* au sujet du droit de l'Union vaut également en ce qui concerne d'autres obligations internationales. De jurisprudence constante³⁹, la Cour de Strasbourg juge que

« lorsque des Etats établissent des organisations internationales ou, mu-

³⁶ L'art. 51 dispose : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes 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 et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. »

³⁷ Cour EDH, Grande Chambre, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, para. 326.

³⁸ Cour EDH, Grande Chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° 45036/98, paras. 150 et 165.

³⁹ Cour EDH, 7 mars 2000, *T.I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98 (déc.), ou Grand Chambre, 19 février 1999, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, n° 26083/94, para. 67.

tatis mutandis, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné. »

c) L'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants

- La violation par ricochet

La violation par ricochet est une violation indirecte des droits de l'homme, par contrecoup. Un État n'est pas directement l'auteur de la violation du droit concerné mais, indirectement, il participe à cette violation. En droit de l'immigration, la violation par ricochet prend en compte les effets sur les droits de l'homme d'une décision de refus d'accès au territoire ou d'éloignement de celui-ci. Les atteintes directes se produisent à l'étranger, mais la violation en cause peut être imputée à l'État qui expulse ou refoule l'intéressé. L'obligation négative de l'État de ne pas violer les droits de l'homme rejoint ici l'obligation positive de protéger. Un État est susceptible d'être jugé responsable d'une atteinte aux droits de l'homme dès lors qu'il est un maillon dans une chaîne de causalité menant à celle-ci.

La violation par ricochet a essentiellement été retenue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que par celle du Comité des droits de l'homme des Nations unies et du Comité contre la torture des Nations unies, s'agissant de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants.

Le premier arrêt est l'arrêt *Soering*, devenu un cas de référence.⁴⁰ Prononcé en matière d'extradition, son raisonnement a été étendu aux cas d'expulsion ou de refus d'accès au territoire.⁴¹ Les États-Unis demandaient au Royaume-Uni d'extrader M. Soering, ressortissant alle-

⁴⁰ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.

⁴¹ En matière d'expulsion, voir entre de nombreux autres Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, paras. 124-126. Cette jurisprudence s'applique principalement à l'interdiction de la torture (art. 3) mais il existe de plus rares cas d'application à l'art. 2 CEDH (Cour EDH, 8 novembre 2005, *Bader et Kanbor c. Suède*, n° 13284/04, para. 42) et à l'article 6 CEDH (Cour EDH, 27 octobre 2011, *Ahorugeze c. Suède*, n° 37075/09, para. 120).

mand, vers l'État de Virginie afin d'y être jugé pour un crime qu'il y avait commis. M. Soering y risquait la peine de mort, précédée d'une longue attente dans le couloir de la mort. Cette souffrance du syndrome du couloir de la mort pourrait être qualifiée de traitement inhumain ou dégradant, voire de torture, en violation de l'article 3 CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme ne peut toutefois condamner les États-Unis qui ne sont pas partie à la CEDH. De son côté, le Royaume-Uni invoquait ne pas être l'auteur de ce traitement qui se tiendrait aux États-Unis. En effet, les autorités du Royaume-Uni se contentaient d'extrader l'intéressé sans le maltraiter, en manière telle qu'elles considéraient qu'une violation virtuelle des droits de l'homme ne pouvait leur être reprochée. La Cour dit pour droit qu'

« il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci. Une dérogation à la règle générale s'impose pourtant si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 [CEDH] au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination ; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée. »⁴²

Il s'en suit que

« pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3 [CEDH], donc engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 [CEDH]. Il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays [États-Unis] en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade [Royaume-Uni], à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés. »⁴³

L'application par ricochet de l'interdiction de la torture et des trai-

⁴² Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, *supra*, para. 90.

⁴³ *Ibid.*, para. 91.

tements inhumains et dégradants s'est étendue à toute forme d'éloignement des étrangers et s'est réalisée sur la base de différents textes.

Dans *Cruz Varas c. Suède*, la Cour juge que le principe de violation par ricochet appliqué en matière d'extradition dans l'affaire *Soering* « s'applique également aux décisions d'expulsion et, a fortiori, aux expulsions effectives ».⁴⁴ Le Comité des droits de l'homme se fonde sur les mêmes principes ; dans une affaire *Kaba c. Canada*, il juge que l'expulsion de la requérante vers la Guinée violerait l'article 7 PIDCP en raison du risque pour celle-ci d'être soumise à l'excision par son père et par des membres de sa famille. L'interdiction légale des mutilations génitales en Guinée n'est pas suffisante pour la protéger, dès lors que ces pratiques subsistent dans une société fortement patriarcale.⁴⁵ Le Comité contre la torture a prononcé plusieurs décisions sur la base de l'article 3. Ainsi, dans *Njamba*,

« le Comité [...] note [qu'un] rapport [...] des Nations unies [...] fait état de violences d'une ampleur alarmante contre les femmes [...]. En conséquence, le Comité considère, après avoir pesé tous les facteurs de ce cas d'espèce et évalué les conséquences juridiques liées à ces facteurs, qu'il y a de sérieux motifs de croire que les requérantes risquent d'être soumises à la torture si elles sont renvoyées en République démocratique du Congo. »⁴⁶

D'un instrument à l'autre, le champ d'application de la protection peut différer. Ainsi, l'article 3 de la Convention contre la torture prohibe les mauvais traitements dont l'auteur est un agent de la fonction publique agissant dans le cadre de ses fonctions officielles. Le Comité contre la torture fera toutefois une interprétation extensive de ce critère relatif aux auteurs du traitement.

Le même raisonnement peut s'appuyer sur la Convention contre la torture qui fait une mention expresse de ce raisonnement ciblant les violations indirectes par expulsion. L'article 3.1 se lit : « Aucun État n'expul-

⁴⁴ Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas c. Suède*, n° 15576/89, para. 70.

⁴⁵ Comité de Droits de l'Homme, 21 mai 2010, *Kaba c. Canada*, doc. CCPR/C/98/D/1465/2006, paras. 10.1 et 10.2.

⁴⁶ Comité contre la Torture, 3 juin 2010, *Eveline Njamba and Kathy Balikosa v. Sweden*, doc. CAT/C/44/D/322/2007, paras. 9.5 et 9.6.

sera, ne refoulera ou 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. »

La prise en compte des violations indirectes des droits de l'homme fondée sur le fait qu'un Etat peut être un maillon dans une chaîne de causalité implique que la responsabilité peut être engagée même lorsque cette chaîne comporte plusieurs maillons. Il advient parfois que l'étranger soit renvoyé, non vers son pays d'origine ou vers un pays où il subirait directement un traitement inhumain ou dégradant, mais vers un autre pays qui, lui-même, le renverrait vers un pays où il risquerait tel traitement. Il y a alors une sorte de refoulement en chaîne qui peut impliquer trois États ou même davantage. Le premier État peut-il s'exonérer de toute responsabilité en avançant qu'il ne pouvait savoir que le pays vers lequel il envoyait enverrait lui-même vers un autre pays à risque ? La jurisprudence estime au contraire que le premier État doit « s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes ». ⁴⁷ Le risque de violation en cascade ou par double ricochet est ainsi pris en compte.

Il s'agit d'un point commun aux jurisprudences du Comité contre la torture, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice.

Le premier a notamment examiné le cas d'un Irakien que la Suède comptait renvoyer vers la Jordanie, sans avoir évalué le risque que comportait cette mesure. ⁴⁸ Le Comité se fonde sur diverses sources, notamment des informations émanant du Haut-Commissariat pour les réfugiés des Nations unies, pour conclure qu'en Jordanie, l'intéressé ne sera pas à l'abri d'une expulsion vers l'Irak. Le principe de non-refoulement contenu à l'article 3 de la Convention contre la torture désigne « l'État vers lequel la personne concernée va être expulsée, refoulée ou extradée aussi bien que tout État vers lequel l'auteur peut être expulsé, refoulé ou extradé ultérieurement ». De plus, la Jordanie n'a pas accepté le droit de recours individuel visé à l'article 22 de la Convention. Il s'ensuit que la Suède a l'obligation de ne renvoyer l'intéressé ni vers l'Irak ni vers la Jordanie.

Dans plusieurs affaires, dont *M.S.S. c. Belgique*, *Singh c. Belgique* ou *Hirsi c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme condamne un éloignement vers un pays qui lui-même n'offre pas de garantie suffisante

⁴⁷ Cour EDH, 2 octobre 2012, *Singh c. Belgique*, n° 3210/11.

⁴⁸ Comité contre la Torture, 16 novembre 1998, *Avedes Hamayak Korban v. Sweden*, CAT/C/21/D/088/1997, paras. 6.6 et 6.7.

face au risque de renvoi vers le pays d'origine. Ainsi, dans l'affaire *Hirsi c. Italie*, la Cour condamne l'Italie au regard de l'article 3 CEDH du fait du refoulement de ressortissants somaliens et érythréens vers la Libye, où aucune protection effective n'est accessible.

« Le refoulement indirect d'un étranger laisse intacte la responsabilité de l'État contractant [...]. Il appartient à l'État qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt. La Cour observe que cette obligation est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, le pays intermédiaire n'est pas un État partie à la Convention. »⁴⁹

Après avoir analysé la situation en Libye, la Cour conclut qu'

« au moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de réfugié octroyé par le H.C.R. »⁵⁰

Il est à remarquer que cette obligation est forte ; elle opère même lorsque le pays intermédiaire est un pays membre du Conseil de l'Europe, voire de l'Union européenne. Cette question se pose avec acuité dans le contexte européen, l'Union se dotant d'un système européen d'asile commun qui rapproche les conditions d'accueil, les procédures et la définition des personnes protégées. Le règlement de Dublin met en place un système de répartition de la charge des demandeurs d'asile qui implique le transfert de demandeurs d'asile entre États censés offrir une protection de même qualité. Certains demandeurs d'asile transférés contestent la mesure prise soit parce qu'ils estiment que le pays devant traiter leur demande d'asile ne leur accordera pas une protection effective, soit parce que les conditions d'accueil y violent l'article 3 CEDH, soit pour ces deux motifs. Ces renvois posent la question de l'existence d'une présomption de respect par ces États des normes de droit international et européen de l'asile et des droits de l'homme. Les Cours de

⁴⁹ Cour EDH, Grande Chambre, *Hirsi c. Italie*, *supra*, para. 156.

⁵⁰ *Ibid.*

Strasbourg et de Luxembourg optent pour une présomption simple.⁵¹ Il y a lieu de vérifier, au vu des informations disponibles, si la protection est effective. La confiance mutuelle de principe entre États membres de l'Union, censés à la fois respecter les instruments qu'ils se sont donnés et, à défaut, prévoir en leur sein des remèdes à leurs éventuelles défaillances, n'est pas suffisante pour présumer de manière certaine qu'il y aura une garantie effective des droits fondamentaux.

- Violation par ricochet et présomptions de sécurité en droit européen de l'asile

Les présomptions de sécurité utilisées par le régime européen d'asile commun permettent aux États de considérer que le renvoi vers certains pays tiers n'entraîne a priori pas de risque de persécution au sens de la Convention de Genève ou d'atteintes graves au regard de la protection subsidiaire. Le droit secondaire encadre le recours à présomptions pour endiguer le risque de refoulement en cascade.

Ainsi, la directive « procédures »⁵² recourt aux concepts de premier pays d'asile⁵³, de pays tiers sûr⁵⁴, voire de pays tiers européen sûr.⁵⁵ Il ne peut toutefois y être recouru qu'en respectant certaines conditions.

Un pays peut être considéré comme le premier pays d'asile d'un demandeur déterminé, si le demandeur soit s'est vu reconnaître la qualité de réfugié dans ce pays et peut encore se prévaloir de cette protection, soit jouit, à un autre titre, d'une protection suffisante dans ce pays, y compris du bénéfice du principe de non-refoulement, à condition qu'il soit réadmis dans ce pays. La présomption est réfragable et doit donner lieu à un examen individuel du dossier.

L'utilisation du concept de pays tiers sûr, européen ou non, est également encadrée. Les États peuvent y recourir mais ils doivent avoir « acquis la certitude que dans le pays tiers concerné », le demandeur de protection internationale ne risque ni une persécution au sens de la Convention de Genève, ni une atteinte grave. De surcroît, le principe de non-refoulement, l'interdiction de la torture et autres mauvais trai-

⁵¹ Cour EDH, Grande Chambre, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *supra*; CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. and Others*, C-411/10.

⁵² Directive 2013/32/UE, *supra*.

⁵³ *Ibid.*, Art. 35.

⁵⁴ *Ibid.*, Art. 38.

⁵⁵ *Ibid.*, Art. 39.

tements, doivent être respectés. La possibilité de solliciter la qualité de réfugié doit être garantie. Enfin, il ne suffit pas que ces garanties existent ; il faut aussi qu'un lien étroit existe entre le demandeur et le pays en question, lien sur la base duquel il serait raisonnable que le demandeur s'y rende. La directive exige encore une procédure qui prévoit un examen individuel de la demande et de la situation de l'étranger vis à vis de ce pays.

La transposition de telles exigences à la négociation d'accords permettant le renvoi d'étranger vers des pays tiers ou le maintien dans de tels pays doit conduire à la vigilance. Il est évident qu'un renvoi vers de tels pays doit être entouré des sauvegardes énoncées ci-avant. Il est plus difficile de contrôler les politiques visant à créer des refus d'accès ou se fondant sur des entraves à l'accès. La jurisprudence *Hirsi* engage en tout cas l'Union et ses Etats dès lors que leurs agents y opéreraient. Par contre, la Cour de justice exclut du droit de l'Union l'obligation de délivrer des visas humanitaires. La pratique et la jurisprudence des prochaines années devra naviguer entre ces deux messages, pour partie contradictoires puisque le refus de visa émane bien du pays convoité et est notifié dans un pays tiers ou de transit.

- Le contenu et la portée de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants

L'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants figure dans la plupart des textes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme. Elle est notamment inscrite aux articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention contre la torture, et à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle se retrouve aussi dans les textes constitutionnels de nombreux États. Via le principe de la violation par ricochet, il a permis une protection des étrangers face aux mesures d'éloignement.

Le principe de non-refoulement qui bénéficie aux demandeurs d'asile et aux réfugiés se fonde sur le même principe. L'article 33 de la Convention de Genève stipule que

« aucun des Etats 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. »

Toutefois, il précise aussitôt en l'alinéa 2 que

« le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. »

Le non-refoulement n'est donc pas un principe absolu puisqu'il est susceptible d'exceptions liées au comportement de l'intéressé. Tel n'est pas le cas de l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants reposant sur les textes internationaux de sauvegarde des droits fondamentaux. Ils ont érigé cette interdiction en un principe absolu. La protection ne peut être limitée par des mesures conformes au principe de proportionnalité en raison, par exemple, des risques que l'étranger concerné représenterait pour la société. La protection opère quel que soit le comportement de la personne concernée, si dangereuse soit-elle. La jurisprudence des organes de contrôles internationaux confirme cette lecture, qui, par contre, n'est pas unanime dans les ordres juridiques nationaux.

La grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé cette absoluité dans l'affaire *Saadi c. Italie*. La prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction. Même si la Cour se dit consciente des difficultés des États à lutter contre le terrorisme, il n'y a pas lieu de procéder à une analyse de proportionnalité.

« La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée. C'est pourquoi il serait incorrect d'exiger, comme le préconise le tiers intervenant [le Royaume-Uni], un critère de preuve plus strict lorsque la personne est jugée représenter un grave danger pour la collectivité, puisque l'évaluation du niveau de risque est indépendante d'une telle appréciation. »⁵⁶

⁵⁶ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *supra*, paras. 138 et 139. *Contra* : Cour suprême du Canada, 11 janvier 2002, *Suresh*. Le requérant est un Tamoul, citoyen du Sri Lanka, reconnu réfugié au Canada. Les autorités canadiennes estiment qu'il est membre d'une organisation réputée se livrer au terrorisme dans le sous-continent indien. Il est considéré comme un danger pour la sécurité du Canada et fait l'objet d'une mesure d'expulsion. À l'inverse de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême procède

d) L'interdiction des expulsions collectives

L'interdiction des expulsions collectives revêt aussi un caractère absolu. L'article 4 du Protocole 4 additionnel à la CEDH dispose que « les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ». La disposition ne comporte nulle mention de la possibilité d'y apporter des restrictions, moyennant le respect du principe de proportionnalité. Le droit international et européen des droits de l'homme interdit fermement les expulsions collectives. L'objectif consiste à éviter que tout éloignement ait lieu sans que l'étranger concerné ait eu l'occasion de faire valoir sa situation personnelle et de bénéficier d'un examen individuel de celle-ci. C'est dès lors la notion même d'expulsion collective qui sera sujette à interprétation, dans les deux mots qui la composent : « expulsion » et « collective ».

L'expulsion est entendue au sens large, visant tant le refus d'accès au territoire sous la forme d'un refoulement, par exemple à la suite d'une interception en mer, que l'éloignement d'étrangers présents, quel que soit leur statut. Dans l'affaire *Hirsi*, un groupe de migrants en provenance de Libye est intercepté en mer Méditerranée. Ils sont reconduits en Libye par les autorités italiennes. L'Italie fait valoir qu'il n'y a pas violation de l'article 4, Protocole 4, CEDH, en l'absence d'expulsion depuis le territoire italien. La Cour note :

« Si donc l'article 4 du Protocole n° 4 devait s'appliquer seulement aux expulsions collectives effectuées à partir du territoire national des États parties à la Convention, c'est une partie importante des phénomènes migratoires contemporains qui se trouverait soustraite à l'empire de cette disposition, nonobstant le fait que les agissements qu'elle entend interdire peuvent se produire en dehors du territoire national et notamment, comme en l'espèce, en haute mer. L'article 4 se verrait ainsi

à une analyse de la proportionnalité. « Pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part. Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à lutter contre le terrorisme. Mais notre pays adhère également aux principes de justice fondamentale. La notion de proportionnalité est un aspect fondamental de notre régime constitutionnel. Par conséquent, nous devons nous demander si la mesure projetée par le gouvernement est raisonnable par rapport à la menace » (para. 47).

privé d'effet utile à l'égard de ces phénomènes, qui tendent pourtant à se multiplier. »⁵⁷

En conséquence, le refoulement collectif est interdit, comme l'expulsion collective.

À partir de quand l'expulsion revêt-elle un caractère collectif ? La question est plus qualitative que quantitative. Les textes et la jurisprudence ne fixent pas un seuil quantitatif à partir duquel il y aurait lieu de parler d'expulsion collective. Il y faut néanmoins un certain nombre de personnes. Plus délicate est l'appréciation qualitative. Le caractère collectif doit-il porter sur les deux temps de la mesure d'expulsion, c'est-à-dire sur la décision et sur son exécution ? Selon l'approche classique de la Cour européenne des droits de l'homme, si l'État a procédé à une analyse sérieuse et objective de chacun des dossiers, fussent-ils nombreux, la seule mise en œuvre collective des décisions individuelles n'est pas condamnée. En d'autres termes, des décisions individuelles couvriraient une exécution collective des expulsions. S'agissant de l'expulsion par la Suède de plusieurs Croates, venant de Bosnie-Herzégovine, vers la Croatie, la Cour rendu une décision d'irrecevabilité car

« il faut entendre par expulsion collective toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. »⁵⁸

Dans *Sultani c. France*, la Cour précise qu'il faut entendre par expulsion collective

« toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Ainsi, le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé a pu individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion. »⁵⁹

⁵⁷ Cour EDH, Grande Chambre, *Hirsi c. Italie*, *supra*, para. 177. Dans le même sens, Cour EDH, 21 octobre 2014, *Sharifi c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, para. 210.

⁵⁸ Cour EDH, 23 février 1999, *Andric c. Suède*, n° 45917/99 (déc.).

⁵⁹ Cour EDH, 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, n° 45223/05, paras. 81-83.

En l'espèce, le requérant a introduit deux demandes d'asile qui ont été examinées. « La Cour constate dès lors que l'examen individuel de la situation du requérant a bien été effectué et fournissait une justification suffisante à l'expulsion litigieuse. »⁶⁰ La Cour a toutefois nuancé cette approche, considérant que, même s'il y a eu des décisions individuelles, il y a eu une expulsion collective si les circonstances qui entourent l'exécution de la mesure d'expulsion accusent un caractère collectif manifeste. Il ne s'agit pas tant de voir si, formellement, chaque personne a reçu une décision individuelle, mais de voir si, sur le fond, il y a eu une « prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées ».

La jurisprudence est attentive aux apparences. Dans *Conka c. Belgique*, la Belgique avait procédé à des arrestations concomitantes de plusieurs familles de Roms de Slovaquie, expulsées ensuite via un vol collectif. La Cour conclut à la violation de l'article 4, Protocole 4, CEDH relevant qu'en dépit de l'examen individuel des demandes d'asile, les ordres de quitter le territoire étaient tous libellés de manière identique. La Cour souligne

« Dans ces conditions, et au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée. »

Elle précise ensuite que ces doutes sont renforcés par les circonstances entourant l'opération mise en œuvre : instructions politiques préalables, convocations simultanées, motivation stéréotypée, difficultés à prendre contact avec un avocat. Elle conclut en ces termes

« à aucun stade de la période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion, la procédure suivie n'offrait des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées. »⁶¹

L'affaire *Hirsi* mène la Cour à une analyse similaire.

« Le transfert des requérants vers la Libye a été exécuté en l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Cour EDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, n° 51564/99, paras. 61-63.

Il est incontesté que les requérants n'ont fait l'objet d'aucune procédure d'identification de la part des autorités italiennes, lesquelles se sont bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes. De plus, la Cour relève que le personnel à bord des navires militaires n'était pas formé pour mener des entretiens individuels et n'était pas assisté d'interprètes et de conseils juridiques. Cela suffit à la Cour pour exclure l'existence de garanties suffisantes attestant une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées. »⁶²

Enfin, le caractère collectif peut se déduire du fait que les étrangers d'une certaine nationalité, d'une certaine ethnie ou d'une certaine communauté sont particulièrement visés. Ainsi, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples précise que « l'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux ». ⁶³ L'interdiction d'expulsion collective est alors lue à la lumière du principe de non-discrimination. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux ont déjà retenu une approche similaire. Dans *Sharifi c. Italie et Grèce*, la première juge que « aucune forme d'éloignement collectif et indiscriminé ne saurait être justifiée ». ⁶⁴ La Cour estime que les mesures de refoulement immédiat d'Afghans, Jordaniens et Érythréens dans le port d'Ancône en Italie s'analysent « en des expulsions collectives indiscriminées ». ⁶⁵

S'agissant d'une plainte contre l'expulsion par la France des Roms d'origine bulgare et roumaine, le Comité européen des droits sociaux a conclu à la violation par la France des articles E, interdisant les discriminations, et 19, paragraphe 8, de la Charte sociale européenne. L'article 19 de la Charte concerne les travailleurs migrants et les membres de leur famille. Le paragraphe 8 précise qu'ils ne pourront être expulsés que s'ils menacent la sécurité de l'État ou contreviennent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le Comité ⁶⁶ a estimé que

« les décisions administratives ordonnant, pendant la période considérée, à des Roms d'origine roumaine et bulgare de quitter le territoire

⁶² Cour EDH, Grande Chambre, *Hirsi c. Italie*, *supra*, para. 185.

⁶³ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, Art. 12.5.

⁶⁴ Cour EDH, *Sharifi c. Italie et Grèce*, *supra*, paras. 223-225.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Comité européen des droits sociaux, 24 janvier 2012, *Forum européen des Roms et des Gens du voyage*, n° 64/2011, para. 66.

français sur lequel ils résidaient, sont contraires à la Charte en tant qu'elles n'ont pas été fondées sur un examen individuel de situation, n'ont pas respecté le principe de proportionnalité, et ont présenté un caractère discriminatoire dès lors qu'elles ciblaient la communauté rom. »⁶⁷

5. *Pour conclure*

Les liens entre l'immigration et les pays tiers sont naturels. L'immigration est par définition un mouvement d'un lieu à l'autre, d'un pays à l'autre en passant très souvent par des pays de transit. Les trajectoires migratoires gérées par le droit sont essentiellement des déplacements impliquant le passage d'une frontière. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de migrations intra étatiques ; quantitativement, elles sont au contraire très nombreuses. Les personnes déplacées étaient plus de 40 millions selon les statistiques de juin 2019, pour 26 millions de réfugiés dans un autre Etat.⁶⁸

La notion de souveraineté en matière d'immigration est une illusion si elle signifie le droit de décider de manière unilatérale. Bien évidem-

⁶⁷ *Ibid.* La Cour interaméricaine de Droits de l'Homme (Cour IDH) adopte, dans le même sens, des mesures provisoires contre l'expulsion massive des Haïtiens par la République Dominicaine : voir Cour IDH, 14 septembre 2000, *Haitian and Haitian-Origin Dominican Persons in the Dominican Republic*. Il en va de même de la Commission africaine. Les plaignants ont dénoncé l'appel à la violence de la part du président guinéen à l'égard des réfugiés sierra-léonais. S'en sont suivis des actes de violence massifs à leur rencontre, avant des expulsions forcées. La Commission africaine des droits de l'homme a relevé que les rédacteurs de la Charte africaine estimaient que : « l'expulsion massive constitu[e] une menace particulière aux droits humains. En conséquence, l'action d'un État visant des groupes spécifiques nationaux, raciaux, ethniques ou religieux est généralement qualifiée de discriminatoire [...]. La Commission africaine reconnaît les préoccupations légitimes du gouvernement guinéen eu égard aux menaces à la sécurité nationale que constituent les attaques à partir de la Sierra Leone et du Libéria avec un flux de mouvement de rebelles et d'armes entre les frontières. En conséquence, le gouvernement guinéen a le droit d'intenter une action en justice contre toutes les personnes qui menacent l'ordre public de l'État. Cependant, les violations massives des droits humains des réfugiés, telles que présentées dans cette communication, constituent une violation flagrante des dispositions de la Charte africaine » (voir Commission Américaine de Droits de l'Homme, 7 décembre 2004, *Affaire des réfugiés sierra-léonais en Guinée*, n° 249/02, paras. 67-69).

⁶⁸ Voir www.unhcr.org/fr/news/stories/2017/6/5943f3eca/nombre-personnes-deplacees-atteint-haut-niveau-decennies.html.

ment, un Etat peut revendiquer de décider seul de l'entrée du séjour d'étrangers sur son territoire mais sa décision aura forcément une implication sur un ou plusieurs Etats tiers, celui d'origine du migrant, celui où ce dernier se trouve, par exemple en transit. Si la souveraineté signifie le pouvoir de commander seul, s'y référer dans le domaine de l'immigration semble dès lors incongru. Le phénomène migratoire est naturellement, inexorablement international. La migration oppose toujours une souveraineté à une autre. Un Etat ne peut décider seul dans ce domaine puisque toute décision qu'il prend affecte, outre la personne concernée, un ou plusieurs autres Etats. Les organisations internationales ou régionales sont aussi concernées par les mouvements migratoires ; il en va de même des sujets privés que sont les proches du migrant ou les personnes morales avec lesquelles il entretient des relations. Si l'on se limite aux acteurs publics, la confrontation des souverainetés et partant les limites à chacune d'elles peuvent être aisément illustrées.

Les sauvegardes présentées par cette contribution encadrent la gestion par les Etats du phénomène migratoire, notamment lorsqu'ils entendent le gérer conjointement. Ils ne peuvent le faire en omettant le respect dû aux droits individuels des personnes concernées, fussent-elles migrantes. Cet impératif est de plus en plus fondamental dès lors que les défaillances manifestes des solutions internes conduisent l'Union européenne à orienter son action vers l'extérieur et la prévention des flux. Si l'objectif était d'éviter des voyages et des traversées périlleuses en se dotant d'une politique de réinstallation solide, avec des objectifs chiffrés à la hauteur de la crise, il faudrait sans doute s'en réjouir. La réinstallation deviendrait un mécanisme de gestion et non d'entrave aux mouvements migratoires. Il faut pour cela que les chiffres soient à la hauteur de la crise et des demandes. Il faut aussi de la transparence et des procédures respectueuses de l'état de droit européen. Cela signifie, d'une part, un contrôle par la Cour de justice, notamment sous l'angle de la Charte, des instruments adoptés. D'autre part, cela implique un examen individualisé, de qualité, accompagné de recours effectifs, même au-delà des frontières européennes. Ces conditions ne sont pas réunies à ce jour. De la même manière que le Règlement Dublin a opéré des transferts en se fondant sur une présomption d'équivalence de protection sans avoir assuré celle-ci, ces nouveaux mécanismes vont opérer sur la base d'une présomption plus faible encore de respect des droits, hors de tout contrôle.

Ces nouvelles formes de gouvernance des migrations soulèvent des questions cruciales en termes de respect de certaines des valeurs fondatrices de l'UE, puisque cette « zone grise » échappe également au contrôle démocratique et au contrôle judiciaire en vue d'accroître l'efficacité de la coopération avec les pays tiers.