



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit de l'Homme et Droit humanitaire**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Sébastien Touzé**  
**2021**

***La licéité de la politique migratoire  
européenne au regard du droit  
international public***

**Anouck Soubeyran**

**Sous la direction de Madame la Professeure Niki Aloupi**

*« Ils ont l'air de la même race et pourtant ils se détestent »*

Albert Camus, *L'étranger*, 1942

## **REMERCIEMENTS**

Je remercie chaleureusement Madame la Professeure Niki Aloupi pour avoir accepté de diriger ce travail de recherche en me laissant une certaine liberté d'argumentation et de réflexion, tout en me guidant de ses précieux conseils. Je remercie par la même occasion l'ensemble du corps enseignant du Master 2 Droits de l'homme et Droit humanitaire pour avoir dispensé leurs enseignements avec passion et engagement.

Je tiens également à remercier les bénévoles et les salariés de l'association La Cimade pour leur lutte quotidienne en faveur la protection et au respect des droits des personnes migrantes, avec un courage et une dévotion qu'ils n'ont eu de cesse de me transmettre.

Enfin, je remercie grandement l'ensemble de mes proches et ma famille pour leur soutien indéfectible durant cet été sous le glas de la recherche juridique. Une pensée particulière va pour Justine et Camille qui ont été présentes tout le long de ma réflexion, entre doutes et illuminations soudaines, jusque le travail précieux de relecture. Un grand merci à mes chères amies Clémentine, Eva et Marie sans qui mes rares pauses de travail durant l'été n'auraient pas été aussi joyeuses.

# SOMMAIRE

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>2</b>
<b>PRINCIPALES ABBREVIATIONS .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>PARTIE 1 : L'ÉVALUATION DE LA LICÉITÉ DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE INTÉRIEURE.....</b>	<b>16</b>
Chapitre 1 : Une réglementation d'anticipation ou le contrôle pré-frontalier - Le Code Frontières Schengen, la Politique Commune de Visa, la réglementation relative aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers	17
Chapitre 2 : Une réglementation de réaction - La répartition avec le régime Dublin et la réadmission avec la Directive « Retour ».....	50
<b>PARTIE 2 : L'ÉVALUATION DE LA LICÉITÉ DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE EXTÉRIEURE.....</b>	<b>76</b>
Chapitre 1 : Frontex ou le gendarme des frontières de l'Union européenne.....	77
Chapitre 2 : La délégation de la mission de garde-frontières aux pays tiers - Illustration par les cas de la Turquie et de la Libye .....	99
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>127</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>129</b>

## **PRINCIPALES ABBREVIATIONS**

CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme

Convention EDH : Convention européenne des droits de l'homme

CJUE : Cour de Justice de l'Union européenne

CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme

CDI : Commission de droit international

DCIM : Libyan Directorate for Combating Illegal Migration

EASO : Bureau européen d'appui en matière d'asile

HCR : Agence des Nations Unies pour les Réfugiés

OIM : Organisation internationale pour les migrations

PIDCP : Pacte international des droits civils et politiques

TUE : Traité sur l'Union européenne

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

UE : Union européenne

UNSMIL : United Nations Support Mission in Libya

# INTRODUCTION

« *Toute personne née dans la sécurité d'une chambre a l'obligation d'ouvrir lorsque quelqu'un en danger frappe à la porte*<sup>1</sup> ». Ces paroles d'une réfugiée iranienne ont une résonance particulière alors que l'Union européenne se dote d'une politique migratoire propre à la transformer en une forteresse impénétrable. Pourtant, là n'est pas l'esprit de la construction européenne. Au contraire, « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, d'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes*<sup>2</sup> ». Dans cette lignée, l'Union européenne a naturellement créé sa propre Charte de protection des droits fondamentaux, laquelle est érigée au rang de droit primaire<sup>3</sup>. L'Union européenne est bel et bien une chambre de sécurité. Cependant, forte de sa lutte contre l'immigration clandestine, la porte reste fermée, et seuls ceux parvenant non sans mal à se glisser dans les fins interstices de celle-ci pénètrent sur le sol européen, un sol qu'ils espèrent être une terre de refuge. A en croire Jean de La Bruyère, « *tous les étrangers ne sont pas des barbares, et tous nos compatriotes ne sont pas civilisés* ». Néanmoins, le phénomène de l'immigration souffre du règne de la peur, de la défiance et de l'hostilité.

## I. La migration : la complexité d'un phénomène mouvant

La migration désigne le mouvement de personnes depuis leur lieu de résidence habituelle dans un même Etat ou au travers de frontières internationales<sup>4</sup>. Ne disposant pas de définition en droit international, le migrant désigne une multitude de cas de figure : travailleur migrant, étudiant international, migrant clandestin ou encore demandeur d'asile<sup>5</sup>. S'ils sont tous « *migrants* », ils ne disposent pas tous d'un statut en droit international, leur conférant des droits à ce titre. Ainsi existe-t-il une distinction entre le migrant régulier et le migrant irrégulier,

<sup>1</sup> D. NAYERI, *Faiseurs d'histoires*, Presses de la Cité, 2020.

<sup>2</sup> Traité sur l'Union européenne, *JOUE C 326*, 26 octobre 2012, pp. 13-390, article 2.

<sup>3</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, *JOUE C 326/391*, p. 391.

<sup>4</sup> International Organisation for Migration, *Glossary on Migration*, n°34, 2019, available: <https://www.iom.int/glossary-migration-2019>, p. 137.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 132.

la différence tenant exclusivement à la détention d'une autorisation à entrer et à séjourner sur le territoire étranger en vertu de règles de droit international ou d'accords entre Etats<sup>6</sup>.

Le demandeur d'asile est un migrant régulier en vertu de règles de droit international, notamment la Convention relative au statut des réfugiés et des apatrides<sup>7</sup> (ci-après « Convention de 1951 »). Cette dernière ne dispose d'aucune conditionnalité sur le moyen entrepris par le demandeur d'asile pour migrer régulièrement vers une terre de refuge. La régularité de la migration d'un demandeur d'asile n'a pour seule condition le fait de demander l'asile. Selon le droit de l'Union européenne, un demandeur d'asile désigne « *le ressortissant de pays tiers ou l'apatride ayant présenté une demande de protection internationale sur laquelle aucune décision finale n'a encore été prise*<sup>8</sup> ». Ainsi, logiquement, le demandeur d'asile ne deviendra-t-il peut-être pas réfugié, mais tout réfugié a été un demandeur d'asile<sup>9</sup>. Selon la Convention de 1951, un réfugié désigne « *tout personne [...] qui, [...] 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*<sup>10</sup> ».

Force est de constater l'existence d'un *continuum* dans le temps à partir de la situation d'un migrant décidant de quitter son pays de résidence ou de nationalité, pour rejoindre un autre pays où il demandera l'asile et où il obtiendra le statut de réfugié. Cependant, ce *continuum* n'est pas absolu en ce sens que, si tout réfugié a d'abord été migrant, tout migrant ne devient pas demandeur d'asile et *in fine* réfugié. Autrement dit, tout migrant n'acquiert pas de statut légal permettant son entrée ou son séjour régulier sur le territoire d'un autre Etat. Le champ *ratione personae* de la présente étude s'intéresse précisément à ce *continuum*.

Dans l'appréciation de ces notions par les autorités étatiques et communautaires, il existe un paradoxe. D'un point de vue sémantique, l'immigration clandestine, c'est-à-dire celle « *qui se fait en secret*<sup>11</sup> », est une forme d'immigration irrégulière<sup>12</sup>. Or, aujourd'hui, le

---

<sup>6</sup> *Ibid*, pp. 133-134.

<sup>7</sup> Convention relative au statut des réfugiés, (Genève), 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 137.

<sup>8</sup> 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, *JOUE* 180/60, 29 juin 2013, p. 249, article 2(c), (ci-après « Directive « Procédure » »).

<sup>9</sup> International Organisation for Migration, *Glossary on Migration*, *Op. cit.*, p. 14.

<sup>10</sup> Convention relative au statut des réfugiés, *Op. cit.*, article 1(A)(2).

<sup>11</sup> Centre national des ressources lexicales, Ortholang : Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, disponible : <https://www.cnrtl.fr/portail/>.

<sup>12</sup> International Organisation for Migration, *Glossary on Migration*, *Op. cit.*, p.31.

demandeur d'asile emprunte largement la voie de la clandestinité pour migrer vers un pays où il espère trouver refuge. En effet, si les raisons de quitter son pays sont multiples, prendre la voie de la clandestinité relèverait plus d'une fatalité que d'un véritable choix éclairé. A titre d'exemple, la guerre, qu'elle soit favorisée par la pauvreté, ou que cette dernière en soit la résultante<sup>13</sup>, le civil qui en est la victime n'a certainement pas les ressources nécessaires pour se saisir des voies légales pour s'établir dans un autre pays où il pourrait demander l'asile. Le cas de la Syrie illustre parfaitement ce cas de figure. La Syrie est « *le conflit le plus important du début du XXIe siècle* » en termes de catastrophe humanitaire, de mouvement de population, de quantité de destruction et d'années, lui valant le malheureux surnom de « *conflit interminable*<sup>14</sup> ». En 2020, la part la plus importante de migrants ayant franchi irrégulièrement les frontières de l'Union européenne représente la nationalité syrienne<sup>15</sup>. Or, la nationalité syrienne est également celle représentant la plus grande part de demandeurs d'asile dans l'Union européenne<sup>16</sup>.

Par conséquent, circonscrire sémantiquement l'immigration clandestine à l'immigration irrégulière engendre de subsumer dans cette dernière les demandeurs d'asile. Compte-tenu de la conjoncture mondiale actuelle, il semble que l'immigration clandestine devrait plutôt être entendue comme cette vaste catégorie regroupant ceux qui fuient des persécutions, ceux qui cherchent du travail, les victimes de trafic ou encore les trafiquants eux-mêmes. Or, toute la logique de la politique migratoire européenne – particulièrement dans les politiques de gestion des frontières – repose sur la lutte contre l'immigration clandestine. Ainsi aussi complexe l'appréhension du phénomène de l'immigration clandestine soit-elle, il est fondamental que la politique migratoire européenne intègre cette diversité. Sur le plan sémantique au moins, à défaut de s'imprégner du caractère multiforme de l'immigration clandestine, par voie de conséquence, la politique migratoire européenne priverait des migrants d'obtenir une protection internationale à laquelle ils ont droit.

---

<sup>13</sup> Nations Unies, Secrétaire Général, *Si la guerre est le pire ennemi du développement, le développement est la meilleure forme de prévention des conflits déclare le Secrétaire général*, communiqué de presse SG/SM/7187, 19 janvier 2000, disponible : <https://www.un.org/press/fr/2000/20000119.sgsm7187.html>.

<sup>14</sup> « Syrie, l'interminable conflit – Dix ans de guerre », *Arte*, 2021, disponible : <https://www.arte.tv/fr/videos/RC-015943/syrie-l-interminable-conflit/>.

<sup>15</sup> Commission européenne, *Statistiques sur la migration vers l'Europe*, 1<sup>er</sup> janvier 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-out-european-way-life/statistics-migration-europe\\_fr#illegalbordercrossings](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-out-european-way-life/statistics-migration-europe_fr#illegalbordercrossings).

<sup>16</sup> *Idem*.

## II. La saisine du phénomène de l'immigration au niveau de l'Union européenne

A titre liminaire, la politique migratoire européenne désigne l'ensemble des normes juridiques, des propositions de normes et des décisions édictés par les institutions démocratiques de l'Union, des accords de coopération avec les pays tiers conclus par l'Union et les Etats membres, ainsi que la mise en œuvre de cette politique par les Etats membres. Le caractère européen de cette politique vise donc le corps juridique établi au niveau de l'ordre juridique de l'Union européenne, incluant nécessairement les Etats membres, mais excluant ce qui relève de leur marge nationale d'appréciation.

Afin de saisir les débuts de la politique migratoire européenne, peut-être faut-il remonter au « *projet des Douze* » délibéré à Londres le 20 octobre 1986 qui créa le groupe *ad hoc* « *immigration*<sup>17</sup> ». Ce dernier est à l'origine du plus vieil instrument de la politique migratoire européenne, la Convention de Dublin du 15 juin 1990<sup>18</sup>, dont la légitimité et la licéité sont décriées, mais la pérennité assurée par le travail de réforme des institutions européennes. Les réunions instituées par le Conseil européen ont ensuite proliféré, à commencer par le Conseil européen de Hanovre les 27 et 28 juin 1988 qui, pour la première fois, pousse à « *une réflexion commune sur les problèmes posés par l'immigration et par le droit d'asile*<sup>19</sup> ». Ainsi les orientations ont-elles été fixées pour être reprises lors du Conseil européen de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991 qui approuve la création d'une politique commune de l'immigration<sup>20</sup>. C'est également à cette occasion qu'ont été adoptées les grandes lignes du Traité sur l'Union européenne qui offre une compétence en matière d'immigration à l'Union européenne<sup>21</sup> (ci-après « TUE »). Finalement, c'est lors du Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 que la naissance d'une véritable « *politique européenne commune en matière d'asile et de migration* » doit être datée, laquelle est insérée dans le nouvel *espace de liberté, de sécurité et de justice* de l'Union européenne<sup>22</sup>. Cependant, la délégation à l'Union européenne d'une compétence en la matière n'ayant pas été une évolution continue et évidente<sup>23</sup>, il fallut attendre le Traité de Lisbonne adopté en 2009 pour qu'une véritable

<sup>17</sup> J-L ; CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2020, p. 729.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> J-L ; CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, *Op. cit.*, pp. 729-730.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 730.

<sup>21</sup> Direction générale des politiques internes, Parlement européen, « Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres en matière d'immigration », note, 2011, p. 5.

<sup>22</sup> J-L ; CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 730.

<sup>23</sup> N. ALOUPI, C. FLAESCH-MOUGIN, C. KADDOUS, C. RAPOPORT, *Les accords internationaux de l'Union européenne*, collection Commentaires J. Mégret, 3<sup>e</sup> édition, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, p. 43.

compétence partagée soit clairement définie concernant *l'espace de liberté, de sécurité et de justice* au titre de l'article 4(2)(j) et du Titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>24</sup> (ci-après « TFUE »). Désormais, dans le cadre d'une compétence plus générale dans le domaine de la Politique étrangère et de sécurité commune<sup>25</sup> (ci-après « PESC »), l'Union européenne « *développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières extérieures*<sup>26</sup> ».

L'Union européenne est l'auteure d'une œuvre législative très impressionnante. Tout d'abord, le « *pack Asile* » se compose de cinq textes traitant des procédures, des conditions d'accueil, de la qualification, de la détermination de l'Etat membre responsable de la demande et d'un système informatique de bases de données<sup>27</sup>, ainsi que d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile (ci-après « EASO ») qui a pour mandat de « *renforcer la coopération entre les Etats membres dans ce domaine et de les aider à faire face aux situations de crise*<sup>28</sup> ». Au terme de ce cycle, soit le demandeur d'asile obtient le bénéfice d'une protection internationale, soit il est dit « *débouté* », c'est-à-dire qu'il n'a pas été fait droit à sa demande. Dans ce dernier cas, peut intervenir la Directive « Retour » qui fixe plus largement le cadre légal des procédures de retour vers un pays tiers d'un ressortissant de pays tiers irrégulier sur le territoire<sup>29</sup>. Aux fins de lutter contre l'immigration clandestine, la politique relative au contrôle aux frontières se compose, entre autres, du Code Frontières Schengen, de la Politique Commune de Visa, de la réglementation relative aux transporteurs, de la création de l'Agence européenne de garde-

---

<sup>24</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), *JOUE C 326*, 26 octobre 2012, pp. 1-390.

<sup>25</sup> Traité sur l'Union européenne, *Op. cit.*, article 24(1) ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 2(4).

<sup>26</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 67(2).

<sup>27</sup> 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, *JOUE L 348/98*, 24 décembre, 2008, p. 98, (ci-après « Directive « Procédure » ») ; 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, *JOUE L 180/96*, 29 juin 2013, p.96, (ci-après « Directive « Accueil » ») ; 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 (refonte), *JOUE L 337/9*, 20 décembre 2011, p. 9, (ci-après « Directive « Qualification » ») ; 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 (refonte), *JOUE L180/31*, 29 juin 2013, p. 31, (ci-après « Règlement Dublin ») ; 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 de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dit « Eurodac », *JOUE L 180/1*, 29 juin 2013, p. 1, (ci-après « Règlement Eurodac »).

<sup>28</sup> Règlement (UE) n°439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *JOUE L 132/11*, 29 mai 2010, p. 11.

<sup>29</sup> 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, *JOUE L 348/98*, 24 décembre, 2008, p. 98.

frontières et de garde-côtes Frontex, d'accords de coopération avec des pays tiers ainsi que de la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers – laquelle est criminalisée<sup>30</sup>. Il faut d'ores et déjà comprendre que l'effet combiné de ces textes joint la lutte contre l'immigration clandestine à une logique répressive et pénale.

Ainsi l'œuvre législative en la matière a-t-elle donné naissance à un véritable arsenal juridique qui constitue la politique migratoire européenne. Cette dernière procède donc tout à la fois de politiques d'anticipation, de répartition, de protection et de réadmission.

Une particularité mérite d'être étayée : la stratégie d'*externalisation*. L'externalisation est initialement un terme de droit des affaires désignant « *une stratégie économique en forte croissance consistant, pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle des activités ordinairement intégrées dans une même entreprise afin de profiter un maximum des ressources extérieures du marché*<sup>31</sup> ». Transposée à la présente étude, cette définition permet d'identifier la stratégie politique, consistant pour l'Union européenne, à confier à des acteurs non étatiques et des pays tiers la gestion du contrôle aux frontières, tâche ordinairement propre à l'Union européenne. Le but de cette opération est de profiter de la situation géographique de ces acteurs situés en dehors du territoire de l'Union européenne. C'est ce qui est appelé la politique migratoire européenne *externalisée*. Ainsi les transporteurs et les pays tiers ont-ils un rôle stratégique d'ampleur dans le contrôle aux frontières. Si cette stratégie a pu démontrer des progrès dans l'avancement de la lutte contre l'immigration clandestine, deux principales critiques doivent être formulées à son égard. Premièrement, s'agissant des transporteurs, elle délègue une tâche relevant de prérogative de souveraineté à des acteurs non formés pour la réaliser et qui, au contraire, pour certains, ont des vocations humanitaires et non pas de contrôle. Deuxièmement, s'agissant des pays tiers, si cette coopération est licite en vertu de l'article 79(3) du TFUE, elle pour effet, non plus de contrôler les entrées sur le territoire des Etats membres, mais de contrôler les sorties des pays tiers qui sont des pays de transit de l'immigration. Pourtant, tel que le suggère le nouveau pacte sur l'asile et la migration, la coopération avec les pays tiers est la stratégie préférentielle de

---

<sup>30</sup> 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), *JOUE L 77/1*, 23 mars 2016, p.1 ; Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil 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, *JOUE L 303/39*, 28 novembre 2018, p. 39 ; Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, *JOUE L 261/24*, 6 août 2004, p. 24 ; 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, *JOUE 295/1*, 14 novembre 2019, pp. 1-131 ; Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 du Conseil définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOUE L 328*, 5 décembre 2002, p. 17.

<sup>31</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> édition, PUF, 2016, p. 442.

gestion des frontières<sup>32</sup>. A titre accessoire, il faut remarquer que la forme de ces coopérations est assez variable entre un accord relatif aux questions de développements dans lequel est incorporé une clause relative à la gestion du flux migratoire – tel que c’est le cas de l’Erythrée –, un accord de mobilité – tel que c’est le cas de l’Ethiopie –, un accord de réadmission – tel que c’est le cas de la Turquie, de l’Afghanistan et du Cap-Vert –, et une déclaration conjointe – tel que c’est le cas de la Turquie, du Niger, du Nigéria, du Maroc ou encore de l’Afghanistan<sup>33</sup>.

Ainsi une tension est-elle palpable entre un paradigme de la sécurité – procédant de la lutte contre l’immigration clandestine – et un paradigme de la protection – procédant du régime applicable à l’asile et de la Charte.

### III. L’appréhension de la licéité de la politique migratoire européenne par la méthode du syllogisme juridique

La licéité désigne le « *caractère d’un fait conforme à une obligation internationale ou, plus généralement, au droit international*<sup>34</sup> ». Elle est autrement ce que désigne la légalité au niveau de l’ordre national.

La Cour internationale de Justice (ci-après la « CIJ ») tenait alors ces mots dans la célèbre affaire de la *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires* : « *Quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l’invite à s’acquitter d’une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l’appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d’Etats au regard des obligations que le droit international leur impose*<sup>35</sup> ». L’approche de la licéité ne s’intéresse donc pas à la légitimité d’un acte, mais simplement à sa conformité à la règle pertinente. Ainsi semble-t-il que questionner la licéité n’est là que l’essence du Droit. *A contrario*, fermer les yeux sur la licéité revient à dénier le Droit tout entier. Ce caractère est peut-être encore plus fort en Droit international, considérant que celui-ci est un agrégat de conventions et d’accords que des Etats ratifient, c’est-à-dire auxquels ils consentent et pour lesquels ils s’engagent au respect et à la mise en œuvre<sup>36</sup>. Par conséquent, la politique migratoire européenne et sa mise en œuvre ne font évidemment pas exception à une telle appréciation.

<sup>32</sup> Commission européenne, *Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l’asile*, (Bruxelles), 23 septembre 2020, COM(2020) 609 final., pp. 2, 9, 16, 19.

<sup>33</sup> Généralement, plusieurs instruments sont cumulés pour une même coopération avec un même pays.

<sup>34</sup> J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, pp. 663-664.

<sup>35</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil 1996*, p. 9, § 13.

<sup>36</sup> Conseil de l’Europe, glossaire, disponible : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/glossary>.

La méthodologie employée dans la présente étude est donc celle du syllogisme juridique, c'est-à-dire le fait d'appliquer à une situation de fait la règle de droit pertinente. Par conséquent, les textes européens, les accords de coopération des Etats membres et de l'Union européenne, les conventions internationales pertinentes ainsi qu'une documentation factuelle sont les ressources principales de ce travail. La réflexion est ensuite enrichie de travaux doctrinaux issus d'ouvrages et de revues scientifiques. Le point de départ de la réflexion a été de manière systématique le texte européen pour s'intéresser à la licéité de sa lettre et de sa mise en œuvre.

#### IV. La licéité de la politique migratoire européenne : enjeux et perspectives

Si questionner la licéité d'une situation de fait ou d'un acte n'est là que l'essence du Droit, elle est une tâche particulièrement difficile s'agissant de la migration pour trois raisons principales.

Premièrement, cette question touche à celle de la gestion des frontières. Selon une définition constructiviste, la frontière « *construit la réalité, en créant des différentiels de part et d'autre* », ce qui a pour effet de renforcer la logique de « *securitizing*<sup>37</sup> ». Cette approche semble être celle de la Charte des Nations Unies qui interdit « *de recourir à la menace ou à l'emploi de la force* » contre l'intégrité territoriale d'un Etat<sup>38</sup>. Dans une perspective plus moderne, les frontières ne seraient plus une ligne définie, mais des zones, tel que le camp de Lampedusa en Italie où sont placés les migrants interceptés en mer<sup>39</sup>. Quelle que soit la définition retenue, il n'en demeure pas moins que cette ligne ou cette zone est définie selon une politique publique<sup>40</sup>, c'est-à-dire qu'elle demeure une prérogative de puissance publique.

Deuxièmement, l'immigration est en elle-même une question dite sensible. Ce caractère sensible s'entend en ce sens que la question « *est potentiellement explosive, parce qu'elle est susceptible d'entraîner des emportements incontrôlés, de susciter des mobilisations, voire de déboucher sur une crise politique*<sup>41</sup> ». Telle fût le cas, dès 2015, quand la malnommée « *crise migratoire* » emporta l'émotion, les élans humanistes et les élans sécuritaires. L'usage de cette expression n'est pas sans conséquence. Dans le vocabulaire médical, une crise désigne

<sup>37</sup> V. GUIRAUDON, « Chapitre 6 : Les politiques de gestion des frontières et de l'immigration », *Politiques publiques*, n°1, 2008, pp. 173-194, p. 178.

<sup>38</sup> Charte des Nations Unies et statut de la Cour internationale de Justice, (San Francisco), 26 juin 1945, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1.

<sup>39</sup> V. GUIRAUDON, « Chapitre 6 : Les politiques de gestion des frontières et de l'immigration », *Politiques publiques*, Op. cit., p. 174.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> D. LOCHAK, « L'immigration, une question trop sensible », *Questions sensibles*, PUF, 1998, pp. 246-261, p. 246.

l' « ensemble des phénomènes pathologiques se manifestant de façon brusque et intense, mais sur une période limitée, et laissant prévoir un changement généralement décisif, en bien ou en mal, dans l'évolution d'une maladie<sup>42</sup> ». Ainsi la crise désigne-t-elle une situation exceptionnelle, à la fois par rapport à la normalité, à l'intensité et à la durée. Or, appliqué à une logique juridique, cela signifie qu'en temps exceptionnel, sont prises des mesures exceptionnelles. Comme les temps d'Etats d'urgence nous l'apprennent en France, l'exception est une manière de déroger au droit par le droit, pour faire face à une situation temporaire, justifié par une particulière gravité<sup>43</sup>. *In fine*, appliqué au contexte migratoire, le terme crise est employé pour sa caractéristique quantitative : « le caractère « inédit » ou « historique » du nombre des arrivées enregistrées au cours de cette année 2015<sup>44</sup> ». Aussi contestable cette approche soit-elle<sup>45</sup>, ce sont ses conséquences qui intéressent la présente étude. Dans l'imaginaire collectif, non seulement une telle expression renforce « l'image de l'invasion de l'Europe », plébiscitant un renforcement sécuritaire disproportionné, ou du moins, déséquilibré, mais aussi, elle efface les motifs de la migration, dont le besoin d'une protection internationale fait partie<sup>46</sup>. Au niveau des politiques publiques, elle permet de mettre le voile sur des conditions d'accueil indignes, ainsi que de mettre en place des mesures « de réponse à la crise » : fermeture des ports, procédure accélérée<sup>47</sup>... C'est pourquoi certains commentateurs appellent plutôt à se questionner sur « une crise des politiques européennes », ou encore « une crise des politiques d'asile<sup>48</sup> ». Par conséquent, si la sensibilité du phénomène rend l'appréhension de l'étude de la licéité de la politique migratoire européenne difficile, pour les mêmes raisons, elle la justifie.

Troisièmement, la politique migratoire européenne est par nature en mouvance permanente. En effet, un des objets de la politique migratoire, le migrant clandestin, puisqu'il n'a pas de statut, peut couvrir une multitude d'individus dont la migration est régulière ou irrégulière. En outre, le fait qu'un migrant emprunte la voie clandestine dépend en partie des aléas de la conjoncture humanitaire et sécuritaire mondiale. En réalité, saisir ce que recouvre la notion de migrant clandestin nécessiterait une actualisation très régulière de l'étude. Par

<sup>42</sup> Centre national des ressources lexicales, Ortholang, *Op. cit.*

<sup>43</sup> Telles que l'ont caractérisé des attaques terroristes et une pandémie mondiale.

<sup>44</sup> E. BLANCHARD, C. RODIER, « « Crise migratoire » : ce que cachent les mots », *Plein droit*, 2016/4, n°111, pp. 3-6, p. 3.

<sup>45</sup> Notamment parce que le franchement illégal des frontières est un phénomène, par sa nature, difficilement quantifiable et parce que les chiffres fiables à disposition ne permettent pas de conclure à un afflux inédit. V. E. BLANCHARD, C. RODIER, « « Crise migratoire » : ce que cachent les mots », *Plein droit*, 2016/4, n°111, pp. 3-6, p. 3.

<sup>46</sup> C. del BIAGGIO, R. REY, « « Crise » migratoire ou crise des politiques européennes ? », *Vivre ensemble*, 2016, n°158, pp. 20-21, pp. 20-21.

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> *Idem.* ; C. WHITOL de WENDEN, « Crise des migrations ou crise des politiques d'asile et ses effets sur les territoires d'accueil », *hommes & migrations*, n°1323, 2018, pp. 23-29, p. 23.

conséquent, le phénomène que recouvre la politique migratoire européenne est une actualité inépuisable et constamment renouvelable et renouvelée. A l'image de cette mouvance, le droit applicable au niveau de l'Union européenne est également extrêmement changeant. La tentation de qualifier ce phénomène d'« *hyper légifération* » est grande. En conséquence, l'opération de saisir les effets d'une politique sur la pratique est rendue particulièrement minutieuse et précise. De plus, cette effervescence étant le fruit d'une compétence partagée, la difficulté réside également dans l'imputabilité d'une politique et ses effets à l'Union européenne.

Par conséquent, statuer sur la licéité d'une politique européenne portant sur un phénomène difficilement saisissable n'est pas tâche facile, mais devient en ce sens nécessaire. En effet, ces difficultés engendrent deux enjeux principaux dont la présente étude est empreinte : l'effacement du demandeur d'asile et la négation des droits des migrants clandestins. En effet, le paradigme de la sécurité a pour effet de renforcer la confusion sémantique entre le demandeur d'asile et le migrant clandestin. Cette confusion a récemment été réalisée dans le discours du Président de la République française, Emmanuel Macron, s'agissant de la situation en Afghanistan. Contrairement à ses homologues canadiens par exemple, le Président a immédiatement fait part de la mise en place d'une « *réponse robuste, coordonnée et unie qui passera par la lutte contre les flux irréguliers* » après avoir fait état de la transformation de l'Afghanistan en « *le sanctuaire du terrorisme islamiste* » et de la menace que cela constitue pour la sûreté, la liberté et la vie des « *défenseurs des droits, artistes, journalistes, militants*<sup>49</sup> ». En effet, la criminalisation de l'entrée et du séjour irréguliers ou illégaux sur le territoire a pour effet de dépeindre le migrant clandestin comme un criminel qu'on réprime. Or, la vulnérabilité du migrant, que ce soient les raisons qui le poussent à entreprendre un périple mortifère, le trajet en lui-même ou son accueil dans les Etats membres, est inhérente à lui-même. L'analyse de cette vulnérabilité au niveau médical met en exergue l'existence de traumatisme psychique touchant une part manifeste de migrants, ce qui serait aggravé notamment par « *la vulnérabilité juridico-politique de ce dernier en attente de statut*<sup>50</sup> ». ».

---

<sup>49</sup> « Allocution relative à la situation en Afghanistan », *Elysée*, 16 août 2021, disponible : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/08/16/allocution-relative-a-la-situation-en-afghanistan>.

<sup>50</sup> M-C. SAGLIO-YATZIMIRSKY, « *Temps du trauma, terre de l'asile* », *La lettre du Collège de France, La Lettre n°42-43, 2018, p. 16* : « *Les demandeurs d'asile sont orientés dans cette consultation sur la base d'un tableau clinique qui explique le diagnostic du traumatisme psychique. Le syndrome de stress post-traumatique, tel qu'il est consigné dans les classifications internationales des troubles mentaux, regroupe « l'ensemble de symptômes physiques et émotionnels » liés à l'anxiété provoquée par la confrontation brutale, inattendue et intense « avec un événement exceptionnellement menaçant pour l'intégrité physique et psychique ». [...] Les rapports du Comité médical pour les exilés (Comede) de 2008 à 2014 font état*

Ainsi semble-t-il fondamental de s'interroger sur la conformité de la politique migratoire européenne au droit international public. En d'autres termes, les textes fondant la politique migratoire européenne sont-ils, autant dans leur lettre que dans leur mise en œuvre, licites au regard du droit international des réfugiés, du droit international des droits de l'homme, du droit de la mer et du droit de l'Union européenne ?

Compte-tenu de la diversité et la complexité caractérisant la politique migratoire européenne, l'étude s'interrogera successivement sur la licéité de la politique migratoire européenne dite *intérieure*, en ce sens que les effets de la norme juridique se produisent sur le territoire ou à la frontière de l'Union européenne (Partie 1), et sur la licéité de la politique migratoire européenne dite *extérieure*, en ce sens que les effets de la norme juridique se produisent en dehors du territoire de l'Union européenne (Partie 2).

---

*d'un taux de prévalence du psychotraumatisme chez les exilés de 20 à 80%, avec une moyenne de 38%, le taux variant en fonction des pays d'origine. [...] Le tableau clinique est souvent aggravé par la vulnérabilité juridico-politique de ce dernier en attente de statut, par sa précarité économique et sociale, et souvent par la non-maîtrise de la langue française ».*

# **PARTIE 1 : L'ÉVALUATION DE LA LICÉITÉ DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE INTÉRIEURE**

Le champ matériel de cette partie est concentré sur les textes de la politique migratoire européenne dont les effets juridiques se produisent sur le territoire et aux frontières des Etats membres de l'Union européenne.

Cette partie de la politique migratoire européenne procède de deux logiques. D'une part, il s'agit de définir des règles propres à la gestion de l'arrivée du flux migratoire sur le sol européen des frontières. Ce volet de la politique migratoire européenne est donc dans une logique d'anticipation – ou de contrôle pré-frontalier – avec pour instruments principaux le Code Frontières Schengen, la Politique Commune de Visa, la réglementation relative aux transporteurs ainsi que la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier (Chapitre 1). D'autre part, il s'agit de définir des règles propres à la répartition ou la réadmission du flux migratoire une fois qu'il a pénétré le sol européen. Ce volet de la politique migratoire européenne est donc dans une logique de réaction avec pour principaux instruments le Règlement Dublin et la Directive « Retour » (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : Une réglementation d'anticipation ou le contrôle pré-frontalier - Le Code Frontières Schengen, la Politique Commune de Visa, la réglementation relative aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers**

Afin de poursuivre l'objectif de lutte contre l'immigration clandestine, la politique migratoire européenne interne procède d'abord à une véritable anticipation de l'arrivée du flux migratoire sur le territoire de l'Union européenne. D'une part, l'anticipation passe par la mise en place d'un arsenal normatif de conditions d'éligibilité aux frontières via le Code Frontières Schengen et la Politique Commune de Visa (Section 1) et, d'autre part, par la délégation de la responsabilité du contrôle de l'admissibilité sur le territoire aux transporteurs, via la réglementation relative aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier (Section 2).

### Section 1 : L'anticipation par un arsenal normatif de conditions d'éligibilité aux frontières de l'Union européenne : le Code Frontières Schengen et la Politique Commune de Visa

Le Code Frontières Schengen met en place des frontières quasi-impénétrables (I), logique que la Politique Commune des Visas renforce par un resserrement de la liste des « admissibles » à l'entrée, au transit et au séjour sur le territoire de l'Union européenne (II).

#### I. Le Code Frontières Schengen : la création de frontières quasi-impénétrables

Gouverné par une logique de sécurisation, le Code Frontières Schengen procède d'une part à la détermination d'une liste des « *admissibles* » à entrer sur le territoire, empreinte du paradigme de la sécurité (A), et d'autre part à l'institution renouvelée d'un double filtre à la pénétration de la forteresse européenne (B).

##### A) La détermination d'une liste des « *admissibles* » à entrer sur le territoire à travers le paradigme de la sécurité

Le paradigme de la sécurité se matérialise en l'espèce par la lutte contre l'immigration irrégulière. Celle-ci, fondant l'esprit de la lettre de la réglementation européenne relative à

l'immigration, oriente la qualification des « *admissibles* » (1) en même temps qu'elle impose un haut degré de contrôle aux frontières (2).

### 1. L'orientation de la qualification des « *admissibles* » par la lutte contre l'immigration irrégulière

Alors que la liberté est une valeur fondamentale au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>51</sup>, l'esprit de la lettre du Code Frontières Schengen fait de la sécurité la condition *sine qua none* de la liberté<sup>52</sup>. Par conséquent, l'immigration devient un enjeu sécuritaire de la gestion des frontières. Se faisant, le premier volet de cette sécurisation est l'adoption de critères d'admission restrictifs afin d'aider la lutte contre l'immigration irrégulière, étant entendue comme une menace contre laquelle se protéger<sup>53</sup>. De ce fait, les ressortissants de pays tiers sont autorisés à entrer sur le territoire de l'Union européenne pour un séjour inférieur à 90 jours à condition d'être en possession d'un document de voyage valide, d'un visa si nécessaire, de justifier l'objet et les conditions de leur séjour et de démontrer qu'ils ont les moyens de subsistance nécessaires pour subvenir au coût de leur séjour et de leur retour<sup>54</sup>. Nul besoin de démonstration supplémentaire pour apprécier que ces conditions sont intrinsèquement incompatibles avec la situation de la majorité des demandeurs d'asile de nos jours. C'est pourquoi des cas dérogatoires prévoient que l'autorisation d'entrée sur le territoire doit (ou devrait) être accordée à certaines catégories de personnes. C'est notamment le cas des demandeurs d'asile – sans qu'ils soient pour autant dûment mentionnés par la lettre du texte – à qui l'autorisation d'entrée doit être accordée, en raison de motifs humanitaires, d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales<sup>55</sup>. En tout état de cause, à cet égard, la lettre du Code Schengen semble en totale adéquation avec le droit international public, avec la Convention de 1951 et, plus précisément, avec le droit de demander l'asile.

### 2. Un haut degré de contrôle aux frontières

Le second volet de la sécurisation des frontières –le complément du premier volet – est le haut degré de contrôle aux frontières. L'esprit de la réglementation en vigueur a été réaffirmé lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 durant lequel les institutions européennes et les Etats membres ont rappelé la « *nécessité d'exercer aux frontières*

<sup>51</sup> Traité sur l'Union européenne, *Op. cit.*, article 2.

<sup>52</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1<sup>ère</sup> éd., 2017, p. 60.

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, article 6(1).

<sup>55</sup> *Ibid.*, article 6(5)(c).

*extérieures un contrôle cohérent afin de stopper l'immigration clandestine*<sup>56</sup> » ainsi que la détermination à « *combattre à sa source l'immigration clandestine*<sup>57</sup> ».

Dans le fond, le contrôle aux frontières se matérialise par des procédures de vérification, de surveillance et d'analyse des risques<sup>58</sup> au service de la lutte contre « *l'immigration illégale* », le trafic d'êtres humains et la prévention de toute menace à l'encontre de l'ordre public<sup>59</sup> d'un État<sup>60</sup>, conduites en adéquation avec le respect de la dignité humaine, de manière proportionnelle et non-discriminatoire<sup>61</sup>. Ainsi, conformément à l'article 5(1) du Code, les frontières extérieures du territoire de l'Union européenne ne peuvent être traversées qu'aux postes de douane pendant les heures d'ouverture<sup>62</sup>. De ce fait, toute tentative de franchissement irrégulier des frontières sera empêchée<sup>63</sup>, et le cas échéant, sont prévues des « *mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontières* » par la Directive « Retour ». Tout comme la lutte contre l'immigration irrégulière le suggère, cette logique de surveillance est instituée dans le but de « *dissuader les personnes de se soustraire aux vérifications aux points de passage frontaliers*<sup>64</sup> ». Deux réserves quant à la licéité de ce régime doivent être formulées.

D'une part, si la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour EDH ») ne conclut pas en l'espèce à la violation d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention EDH<sup>65</sup> ») dans l'affaire *N.D. et N.T. contre Espagne*<sup>66</sup> s'agissant de migrants maliens étant entrés irrégulièrement sur le territoire espagnol en transitant par le Maroc, elle reconnaît néanmoins le potentiel attentatoire à l'effectivité des dispositions de la Convention relativement à l'article 5(1) du Code Frontières Schengen susvisé. A cet effet, elle a exercé un examen minutieux des voies de recours ouvertes aux requérants<sup>67</sup>. Au surplus, tout en établissant en l'espèce que l'Espagne exerçait sa juridiction sur les requérants, elle prit le soin de rappeler que « *la spécificité du contexte migratoire ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne*

---

<sup>56</sup> Conseil européen de Tampere du 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, disponible : [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm#c](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm#c).

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, préambule § 6, article 2(10).

<sup>59</sup> La notion d'ordre public est ici employée aux fins de signifier la sécurité intérieure, la politique publique et l'ordre sanitaire dans une société.

<sup>60</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, préambule § 6.

<sup>61</sup> *Ibid.*, préambule § 7, article 7.

<sup>62</sup> *Ibid.*, article 5(1).

<sup>63</sup> *Ibid.*, article 13(1).

<sup>64</sup> *Ibid.*, article 13(2).

<sup>65</sup> Conseil de l'Europe, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, (Rome), 4 novembre 1950, *Série des Traités européens* – n°5.

<sup>66</sup> CEDH [GC], *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020, req. n°s 8675/15 et 8697/15.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 209.

relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention et que les Etats se sont engagés à reconnaître aux personnes placées sous leur juridiction<sup>68</sup> ».

D'autre part, si le contrôle aux frontières appartient aux prérogatives de tout Etat au visa de sa souveraineté et de son intégrité territoriale, le champ lexical de l'infraction pénale utilisé aux fins de décrire l'immigration clandestine<sup>69</sup> incite déjà à s'interroger sur la parfaite conformité du Code Frontières Schengen à l'article 31(1) de la Convention de 1951 interdisant la pénalisation de l'entrée et séjour irréguliers d'un réfugié ou demandeur d'asile. En effet, si la réglementation européenne ne prévoit pas – ou n'invite pas les États membres à – une qualification pénale de l'immigration clandestine en elle-même dans les textes, les textes en vigueur laissent planer une incertitude sur leur véritable statut. En effet, alors que la Directive définissant l'aide à l'entrée, le transit et le séjour irréguliers, dont l'objet est « *la lutte contre l'immigration clandestine* », dispose que l'aide au passage irrégulier des frontières peut être réprimée pénalement par les États membres – cadre légal ensuite renforcé par la Décision-cadre du 28 novembre 2002<sup>70</sup> – il apparaît que la législation européenne réprime pénalement l'aide apportée à un phénomène qui n'est pas une infraction pénale mais contre lequel il faut lutter.

Cette incertitude est palpable dans l'affaire *Qurbani*<sup>71</sup> devant la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après « Cour de Justice »). Le requérant afghan avait été poursuivi pénalement par les autorités allemandes alors qu'il prit l'avion avec un faux passeport de la Grèce vers l'Allemagne<sup>72</sup>. Les questions préjudicielles posées à la Cour concernaient le champ d'application de l'article 31 de la Convention de 1951<sup>73</sup>. La Cour s'est prudemment déclarée incompétente pour interpréter le champ d'application de l'article 31 puisque, c'est seulement si l'Union européenne elle-même n'assume pas les compétences exercées par les États membres dans le domaine d'application d'une convention internationale, que la Cour serait compétente pour répondre d'une question préjudicielle d'interprétation de ladite convention<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, § 104, 108, 110-111.

<sup>69</sup> Le champ lexical de l'infraction pénale s'apprécie notamment au regard du vocabulaire suivant : « immigration illégale », « lutte », « dissuader », « irrégulière », « illégale », « empêcher ».

<sup>70</sup> Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOUE L 328*, 5 décembre 2002, p.1.

<sup>71</sup> CJUE, *Qurbani*, arrêt du 17 juillet 2014, aff. C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101.

<sup>72</sup> *Ibid.*, §§ 1-12.

<sup>73</sup> Plus précisément, il était demandé à la Cour si la production de faux par un demandeur d'asile est aussi exempté de poursuites pénales au visa de l'article 31, si l'article 31 doit s'appliquer à un demandeur d'asile venant directement du pays de persécution ou non et si ce même article est invocable suite au recours aux services de passeurs (§ 16).

<sup>74</sup> CJUE, *Qurbani*, *Op. cit.*, §§ 18-23, 30.

Par conséquent, si à l'égard de ces deux volets de dispositions, la lettre du Code Frontières Schengen n'est pas foncièrement incompatible avec le droit international public, celui-ci ouvre la voie légale à certaines pratiques qui, elles, auraient un potentiel illicite.

#### B) L'institution renouvelée d'un double filtre à la pénétration de la forteresse européenne

Alors que la liberté de circulation constitue une des pierres angulaires de la construction européenne, le développement de la sécurisation et de la nécessité de lutte contre l'immigration clandestine engendre le déploiement d'un double filtre, à la fois aux frontières externes (1) mais aussi aux frontières internes (2) de l'Union européenne.

##### 1. Le filtre des frontières externes de l'Union européenne

Aux frontières extérieures de l'Union européenne, un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas les conditions énumérées *supra*, se voit opposer un refus d'entrée sur le territoire via une décision motivée<sup>75</sup> qui peut faire l'objet d'un recours non suspensif<sup>76</sup>. Les garanties attachées à cette disposition sont restrictives, considérant le caractère non suspensif du recours, l'effet immédiat de la décision de refus d'entrée sur le territoire<sup>77</sup> ainsi que l'obligation faite aux garde-frontières de veiller à ce que le ressortissant visé par la décision ne pénètre pas sur le territoire<sup>78</sup>. Toutefois, *a priori*, étant donné qu'un cas dérogatoire à la liste de critères d'admissibilité requis peut être la demande d'asile, la lettre du Code Frontières Schengen est en conformité avec la Convention de 1951.

Dans la mise en œuvre de cette disposition, en revanche, la conformité au droit international public est bien plus questionnable. Dans l'affaire *Zakaria*<sup>79</sup>, alors que la requérante alléguait que les garde-frontières avaient mené le contrôle des documents de voyage « *de manière grossière, provocante et offensante pour la dignité humaine*<sup>80</sup> », la Cour de justice estima que le champ d'application de l'article 14 du Code Frontières Schengen<sup>81</sup>, prévoyant un droit de recours à l'encontre de la décision de refus d'entrée sur le territoire, se limitait à s'opposer au refus d'entrée uniquement, et non pas à la manière dont le contrôle a été opéré<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, article 14(1).

<sup>76</sup> *Ibid.*, article 14(3).

<sup>77</sup> *Ibid.*, article 14(2).

<sup>78</sup> *Ibid.*, article 14(4).

<sup>79</sup> CJUE, *Zakaria*, arrêt du 17 janvier 2013, aff. C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24.

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 11.

<sup>81</sup> L'affaire met en cause l'article 13 du Règlement 562/2006 qui est remplacé par l'article 14 du Règlement 2016/399.

<sup>82</sup> CJUE, *Zakaria*, *Op. cit.*, § 34-35.

Cependant, la Cour n'explique pas pourquoi n'entre pas dans le champ d'application de l'article 14 tout le processus de la prise de décision. Elle fait simplement mention du fait que les garde-frontières sont tenus de respecter la dignité humaine et que cela n'entre pas dans le droit de l'Union européenne<sup>83</sup>. Cependant, *de facto*, par ce raisonnement, la Charte des droits fondamentaux est également exclue du contrôle. Ainsi la Cour de Justice aurait dangereusement tenté d'opérer un équilibre entre la sécurité aux frontières et les droits fondamentaux<sup>84</sup>. Cependant, la proportionnalité ici opérée peut-être contestable, puisqu'alors que la requérante allègue une violation de ses droits fondamentaux, son recours est rejeté en ce que le droit au recours prévu dans la directive n'est pas applicable au type de violations de l'espèce. Or, le droit au recours effectif, protégé aux articles 47 de la Charte et 13 de la Convention EDH, tendant même à grandir au rang constitutionnel<sup>85</sup>, signifie entre autres le droit à obtenir un redressement adéquat suite à une violation d'un droit fondamental<sup>86</sup>. Or, dans ces affaires de contrôle aux frontières, la tendance majoritaire est la marge de manœuvre laissée à l'État membre selon sa réglementation interne pour les derniers détails procéduraux<sup>87</sup>. Cependant, le refus d'entrée sur le territoire ne devrait pas s'assortir d'un effet immédiat puisque cela a pour effet de porter atteinte à l'effectivité du droit à demander une protection internationale<sup>88</sup>.

Par conséquent, la compatibilité de ces dispositions du Code Frontières Schengen peut être questionnée en vertu du droit à un recours effectif.

## 2. Le filtre des frontières internes de l'Union européenne

Alors que l'article 22 du Code Frontières Schengen dispose du principe de l'absence de contrôle aux frontières intérieures de l'Union européenne sur les personnes, quelle que soit leur nationalité, l'article 23 vient immédiatement tempérer le principe en autorisant les mesures qui « *n'ont pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières*<sup>89</sup> ». Malgré les limites posées par cette réglementation, certains domaines, tel que celui de l'immigration, demeurent

---

<sup>83</sup> En vertu de l'ancien article 6 du Règlement 562/2006 remplacé par l'article 7 du Règlement 2016/399.

<sup>84</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 66.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 437 ; CJUE, *Audiolux SA e.a.c. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a., Bertelsmann AG e.a.*, arrêt du 15 octobre 2009, aff. C-101/08, ECLI:EU:C:2009:626, § 63.

<sup>86</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 438.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 446.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>89</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, article 23 (a).

largement gouvernés par la marge d'appréciation des États membres<sup>90</sup>, ce qui suppose la nécessité d'une analyse de la mise en œuvre au cas par cas.

Lors du printemps arabe en 2011, un conflit diplomatique éclata entre la France et l'Italie : la France accusait l'Italie de délivrer des permis de séjour temporaires en masse aux migrants venus de Tunisie<sup>91</sup>, prétendument en ayant la connaissance du fait que ceux-ci essaieraient ensuite de rejoindre la France<sup>92</sup>. Elle a donc réintroduit des contrôles aux frontières internes et plusieurs centaines de migrants auraient été repoussés (*pushing back*) à la frontière franco-italienne et contraints de rester en Italie – le même sort ayant été accordé aux ONG<sup>93</sup>. De ce fait, l'Italie a été confrontée à une situation disproportionnée<sup>94</sup>.

Si cette pratique de la France n'est pas nouvelle<sup>95</sup>, elle n'est pas moins questionnable du point de vue de sa conformité au droit international public, particulièrement au principe de non-discrimination protégé par le droit primaire de l'Union<sup>96</sup>, la Convention de 1951<sup>97</sup> et le Code Frontières Schengen lui-même<sup>98</sup>. En effet, cette politique de réintroduction des contrôles aux frontières internes visait spécifiquement les migrants clandestins venus de Tunisie ayant bénéficié d'un permis de séjour temporaire italien, en présupposant qu'ils ne remplissaient pas les conditions de recevabilité pour un séjour régulier en France<sup>99</sup>.

Au surplus, il n'est pas certain que cette pratique de *push-back* systématique et discriminante à la frontière franco-italienne ait été réalisée en parfaite adéquation avec les obligations en vertu de l'article 8 du Code Frontières Schengen, notamment l'obligation de vérifier individuellement que la personne ne représente pas une « *menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité intérieure, l'ordre public ou les relations internationales des États membres, ou une menace pour la santé publique*<sup>100</sup> ». Si tant est qu'un tel examen

---

<sup>90</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 67.

<sup>91</sup> En effet, un décret du Président du Conseil des ministres du 5 avril 2011 prévoyait la délivrance de permis de séjour temporaire pour des raisons humanitaires à destination des ressortissants des pays du Nord de l'Afrique arrivant sur le territoire italien entre le 1er janvier 2011 et le 5 avril 2011.

<sup>92</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, pp. 67-68.

<sup>93</sup> S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO, J. PARKIN, « A race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair », *CEPS Working Papers*, 2011, p. 11.

<sup>94</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>95</sup> S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO, J. PARKIN, « A race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair », *Op. cit.*, p. 12: « *It is evident that the French practices in the Franco-Italian border affair go beyond sporadic police controls within the French territory or 'spot-checks' at the border with Italy. They rather constitute a systematic reintroduction of internal border checks with Italy [...].* »

<sup>96</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 19 et Charte des droits fondamentaux, article 21.

<sup>97</sup> Convention relative au statut des réfugiés, *Op. cit.*, article 3.

<sup>98</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, article 7(2).

<sup>99</sup> S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO, J. PARKIN, « A race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair », *Op. cit.*, p. 17.

<sup>100</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, article 8(2).

individuel ait été réalisé, il paraît néanmoins relativement difficile de démontrer que le flux en question représentait une telle menace à l'époque, notamment étant donné que même la justification principale alléguée par les autorités françaises pour repousser ce flux migratoire reposait sur les critères de détention de documents d'identité et de ressources pour pouvoir circuler dans l'espace Schengen, et non sur des considérations d'ordre public<sup>101</sup>. Ce motif n'était pas plus valable juridiquement puisque, comme les autorités italiennes l'ont reconnu, ces ressortissants tunisiens appartenaient à la dérogation prévue à l'article 6(5)(c) du Code Frontières Schengen, permettant l'autorisation d'entrée sur le territoire pour des motifs humanitaires en vertu des obligations internationales des États, et notamment la Convention de 1951, emportant la nécessité de respect du principe de non-refoulement à leur égard<sup>102</sup>.

Par conséquent, le contrôle aux frontières internes est licite compte-tenu des principes de souveraineté et d'intégrité territoriale et de sa conformité en principe avec la Convention de 1951 et la dignité humaine. Cependant, c'est au niveau sa mise en œuvre que des actes illicites au regard du droit international peuvent survenir.

En complément de la logique de définition de frontières impénétrables par le Code Frontières Schengen, la Politique Commune de Visa intervient précise les règles d'entrée sur le territoire, lesquelles resserrent encore la liste des « *admissibles* » (II).

## II. La Politique Commune de Visa : le resserrement de la liste des « *admissibles* » à entrer, transiter et séjourner sur le territoire de l'Union européenne

D'une part, est mise en place une liste noire de pays tiers qui est substantiellement en défaveur des demandeurs d'asile (A). D'autre part, la dérogation quant à un « visa humanitaire » questionne sur son réel potentiel pour l'inclusion des demandeurs d'asile dans les procédures de visa entre espoir et désillusion (B).

### A) L'établissement d'une liste noire en défaveur des demandeurs d'asile

La Politique Commune de Visa est une logique d'anticipation des contrôles à l'entrée sur le territoire au stade du « *pré-départ* ». Elle s'inscrit dans le cadre général « *d'un système*

<sup>101</sup> « Italie : Des permis de séjour pour les migrants tunisiens », *Libération*, 7 avril 2011, disponible : [https://www.liberation.fr/planete/2011/04/07/italie-des-permis-de-sejour-pour-les-migrants-tunisiens\\_727491/](https://www.liberation.fr/planete/2011/04/07/italie-des-permis-de-sejour-pour-les-migrants-tunisiens_727491/).

<sup>102</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, article 3(b).

à multiples composantes destiné à faciliter les voyages effectués de façon légitime et à lutter contre l'immigration clandestine<sup>103</sup> ».

Selon l'article premier du Règlement 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<sup>104</sup> (ci-après « Règlement Visa »), la liste des ressortissants devant ou ne devant pas obtenir un visa se fait en considération de critères relatifs à l'immigration clandestine ou encore l'ordre public et la sécurité.

Cette réglementation européenne a été hautement dénoncée par les commentateurs internationaux, allant même jusqu'à la qualifier de politique d'apartheid<sup>105</sup>. La distinction faite par la nationalité, cumulée au fait que chaque État a la capacité de déterminer qui peut entrer sur son territoire et que le Conseil dispose d'une large marge de manœuvre dans le processus de « *blacklist* » ou « *whitelist* » d'un pays-tiers, démontrerait l'existence d'une politique européenne intrinsèquement discriminatoire<sup>106</sup>. Si la jurisprudence *Abdulaziz*<sup>107</sup> est fréquemment utilisée pour démontrer que la différenciation dans la politique migratoire par la nationalité n'est pas discriminante, déjà à l'époque, une minorité de la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après « la Commission ») reconnaissait le concept de discrimination indirecte<sup>108</sup>, prenant en considération les effets<sup>109</sup> et le but<sup>110</sup> de la politique. Même si en l'espèce, la Cour n'a pas statué du côté de la position de cette minorité, cette position fût avant-gardiste. En effet, 20 ans plus tard, la Cour reconnaîtra pleinement le concept de discrimination indirecte en alignement avec la législation de l'Union européenne. En effet, dans la jurisprudence *D.H.*<sup>111</sup>, la Cour se réfère à la réglementation de l'Union qui définit la discrimination indirecte par une appréciation quantitative<sup>112</sup>, et non qualitative contrairement à l'argumentation de la Commission, préférant une évaluation à partir d'une « *proportion*

---

<sup>103</sup> Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), *JOUE L 243/1*, 15 septembre 2009, p.1, préambule § 3.

<sup>104</sup> Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil 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, *JOUE L 303/39*, 28 novembre 2018, p.39.

<sup>105</sup> H. VAN HOUTUM, « Human Blacklisting: The Global Apartheid of the EU's External Border Regime », *Environment and Planning D: Society and Space*, 2010, pp. 957–976.

<sup>106</sup> M. DEN HEIJER, « Visa and non-discrimination », *European Journal of Migration and Law*, vol. 20, issue 4, 2018, pp. 470-489, p. 472.

<sup>107</sup> CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req n°(s) 9214/80, 9473/81 et 9474/81.

<sup>108</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>109</sup> « the main effect of the rules was to prevent immigration from the New Commonwealth and Pakistan »

<sup>110</sup> « the legislative history showed that the intention was to « lower the number of coloured immigrants »

<sup>111</sup> CEDH, [GC], *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007, req. n°57325/00.

<sup>112</sup> *Ibid.*, §§ 82-83.

*nettement plus élevée de personnes d'un sexe*<sup>113</sup> » ou « *sur la base de données statistiques*<sup>114</sup> ». Au surplus, la Cour insiste que cette forme de discrimination fondée notamment sur l'origine ethnique nécessite une attention spécifique en raison du fait qu'elle est particulièrement condamnable et des effets très dangereux qu'elle engendre<sup>115</sup>. Les différentes ethnies doivent être perçues comme une richesse et non comme une menace<sup>116</sup>. De ce fait, une politique discriminatoire peut être entendue comme toute mesure ayant des « *effets préjudiciables sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe* » ou peut « *résulter d'une situation de fait*<sup>117</sup> », sauf si elle est commandée par une justification objective et raisonnable<sup>118</sup>. Cette logique de la discrimination indirecte a été appliquée par la Cour au contexte des lois sur l'immigration dans l'affaire *Biao*<sup>119</sup>.

Le Règlement Visa établit une liste des pays tiers dont les ressortissants ont l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres, dont font partie l'Afghanistan, la Syrie, la Turquie, l'Iran, l'Iraq, le Pakistan, la Libye, le Yémen, la Biélorussie, la Somalie et la République démocratique du Congo. Or, au sein de l'Union européenne, la nationalité syrienne représente environ 80 000 demandes d'asile et la nationalité afghane environ 61 000 en 2019<sup>120</sup>, tandis que la Libye est loin d'être un havre de paix pour les migrants et demandeurs d'asile. Du reste, la Turquie, l'Iran, l'Iraq, le Pakistan, la Biélorussie, la Somalie et la République démocratique du Congo font partie des 20 principaux pays d'origine des demandeurs de protection internationale dans l'Union européenne en 2019<sup>121</sup>. Par ailleurs, tous les pays africains figurent sur cette liste, de même qu'une vaste majorité des pays asiatiques. Ce faisant, il paraît raisonnable de considérer que ce que le législateur de l'Union appelle l'immigration clandestine contient, en pratique et pour partie, les cas de demandes de protection internationale<sup>122</sup>.

---

<sup>113</sup> Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOUE L 014*, 20 janvier 1998, p. 6, article 2(2).

<sup>114</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOUE L 180*, 19 août 2000, p. 22 ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE L 303*, 2 décembre 2000, p. 16.

<sup>115</sup> CEDH, [GC], *D.H. et autres c. République Tchèque*, *Op. cit.*, § 176.

<sup>116</sup> *Ibid.*, § 176.

<sup>117</sup> *Ibid.*, § 175.

<sup>118</sup> *Ibid.*, § 196.

<sup>119</sup> CEDH, [GC], *Biao c. Denmark*, 24 mai 2016, req. n°38590/10.

<sup>120</sup> Bureau européen d'appui en matière d'asile, *Rapport de l'EASO sur la situation de l'asile en 2020*, 2020, p. 14. La nationalité syrienne demeure en première position dans les statistiques relatives à l'année 2020.

<sup>121</sup> *Idem*.

<sup>122</sup> V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, pp. 91, 100.

Parallèlement, le Règlement Visa fait uniquement mention des réfugiés statutaires parmi la catégorie de la protection internationale<sup>123</sup>, lesquels pourraient être exemptés de l'obligation de visa même s'ils sont ressortissants d'un pays tiers faisant partie de la liste noire<sup>124</sup>. Par conséquent, en application de la jurisprudence de la Cour européenne susvisée, il faudrait que l'Union européenne soit en mesure de définir précisément des motifs objectifs et raisonnables à l'inclusion dans la liste noire ou la liste blanche des pays. Or, jusque-là, aucune véritable explication des critères sur lesquels l'Union européenne et les États membres se basent pour placer tel pays-tiers sur liste noire n'a été donnée<sup>125</sup>. De plus, comme l'ont relevé plusieurs auteurs, puisque l'immigration irrégulière est de nature difficilement quantifiable, les justifications reposant sur de telles statistiques sont erronées<sup>126</sup>, disent-ils, ou au moins très peu fiables. Si l'obligation de visa doit être différenciée de la délivrance d'un refus d'entrée<sup>127</sup>, ces mêmes auteurs considèrent que l'appréciation du risque pour la sécurité nationale entre autres devrait se faire sur une base individuelle et non au regard d'une nationalité<sup>128</sup>.

#### B) Le visa humanitaire : espoir ou désillusion ?

Alors qu'aucune condition particulière permettant la facilitation d'obtention d'un visa aux demandeurs de protection internationale n'existe, le Code des visas prévoit une exception s'agissant de la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée lorsque les États membres considèrent celle-ci nécessaire en considération de l'intérêt national, de motifs humanitaires ou en raison de leurs obligations internationales<sup>129</sup>. Les motifs humanitaires sont définis dans le *Handbook Visa* avec l'unique exemple d'une maladie grave ou la mort d'un proche vivant sur le territoire d'un État membre<sup>130</sup>. Comme le relève V. Moreno-Lax, il est surprenant que les demandeurs de protection internationale n'y soient pas mentionnés considérant le fait que les visas sont le prérequis nécessaire pour entrer légalement sur le territoire de l'Union

---

<sup>123</sup> Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil 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, *Op. cit.*, préambule § 8.

<sup>124</sup> Conseil de l'Europe, Accord européen pour la suppression des visas pour les réfugiés, (Strasbourg), 20 avril 1959, *Série des traités européens – n°31*.

<sup>125</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, pp. 90-92.

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> Puisque le refus d'entrée est déterminé sur la base d'une appréciation individuelle.

<sup>128</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, pp. 90-92.

<sup>129</sup> Code des visas, *Op. cit.*, article 25(1).

<sup>130</sup> European Commission, Annex to the Commission Implementing Decision amending Commission Decision C(2010) 1620 final as regards the replacement of the Handbook for the processing of visa applications and the modification of issued visas (Visa Code Handbook I), (Brussels), 28 January 2020, C(2020) 395 final, Part V, § 1.1.

européenne<sup>131</sup>. De plus, la dérogation prévue par le Code des visas pour des motifs humanitaires n'est pas une obligation qui incombe aux États, mais une faculté<sup>132</sup>, leur laissant donc une large marge d'appréciation.

Un cas de figure récent illustre bien ce que cette disposition offre véritablement comme possibilité à un demandeur de protection internationale. Un couple marié et leurs trois enfants de nationalité syrienne, vivant à Alep, ont introduit des demandes de visas à validité territoriale limitée, en vertu de l'article 25(1) du Code des visas, au sein de l'ambassade belge de Beyrouth, aux fins d'introduire une demande d'asile en Belgique en raison des persécutions qu'ils ont subi, et qu'ils continueront de subir, en Syrie<sup>133</sup>. Les institutions belges ne sont pas parvenues à se mettre d'accord : Dans un premier temps, l'Office des étrangers belge a rejeté ces demandes, considérant que l'article 3 de la Convention EDH n'oblige pas les États à délivrer un visa aux personnes se présentant dans leur ambassade à l'étranger résultant de la « *situation catastrophique* » dans laquelle elles résident<sup>134</sup>, tandis que certaines autorités administratives et judiciaires avaient accepté la délivrance du « *visa humanitaire* » aux requérants<sup>135</sup>.

C'est pourquoi le Conseil du contentieux des étrangers belge a saisi la Cour de Justice d'une demande de question préjudicielle en demandant : si les « *obligations internationales* » mentionnées dans la lettre de l'article 25(1) concernent les articles 4 et 18 de la Charte, l'article 33 de la Convention de 1951 et les articles de la Convention EDH ; si oui, si un État membre est dès lors obligé de délivrer un visa à validité territoriale limitée lorsqu'il y a un risque de violation de ces dispositions<sup>136</sup>. La Cour de Justice a répondu que de telles demandes de protection internationale aux représentations des États membres à l'étranger n'entre pas dans le champ d'application, ni l'objectif, du Code des visas<sup>137</sup> puisque la disposition en cause lie seulement les États membres s'agissant des demandes de protection internationale introduites sur leur territoire<sup>138</sup>. De ce fait, la situation des requérants ne relèverait pas du droit de l'Union, engendrant que les dispositions de la Charte ne sont pas applicables au Code des Visas, une telle question relevant exclusivement du droit national<sup>139</sup>. En cette solution de la Cour, certains y voient une occasion manquée d'imposer à l'application de la disposition en question le respect de la Charte, ce qui aurait pu constituer une « *bouée de secours* » aux « *damnés de la*

---

<sup>131</sup> V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 107.

<sup>132</sup> En effet, les rédacteurs de la lettre de l'article 25(1) ont choisi le verbe « pouvoir », et non pas « devoir ».

<sup>133</sup> CJUE, *X et X c. État belge*, arrêt du 7 mars 2017, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, §§ 19-20.

<sup>134</sup> *Ibid.*, §§ 21.

<sup>135</sup> CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, 5 mai 2020, req. n°3599/18, §§ 30-33.

<sup>136</sup> CJUE, *X et X c. État belge*, arrêt du 7 mars 2017, *Op. cit.*, § 28.

<sup>137</sup> *Ibid.*, §§ 43, 49, 51.

<sup>138</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>139</sup> *Ibid.*, §§ 44-45, 51.

mer », lesquels ne peuvent avoir d'espoir qu'en le pouvoir juridictionnel dans une démocratie<sup>140</sup>. Par ailleurs, cette conclusion de la Cour va à l'encontre des conclusions de l'avocat général<sup>141</sup> qui considère que la délivrance d'un tel visa doit être faite en vertu de l'article 25(1) dès lors qu'il existe des « *motifs sérieux et avérés de croire que le refus de procéder à la délivrance de ce document conduira à la conséquence directe d'exposer ce ressortissant à subir des traitements prohibés par l'article 4 de la Charte, en le privant d'une voie légale pour exercer son droit de solliciter une protection internationale dans cet État membre*<sup>142</sup> ». Selon lui, cette solution serait la seule digne des valeurs universelles des droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, que promeuvent l'Union européenne et les États membres depuis la construction européenne<sup>143</sup>. Ainsi cette décision a-t-elle été dénoncée de « *facétie juridique* » ou de constituer un déni de justice en ce que l'application du droit de l'Union, en particulier de la Charte, ne devrait jamais être écartée<sup>144</sup>. Par conséquent, les espoirs quant au respect des droits fondamentaux des migrants reposent désormais sur la Cour EDH.

La Cour de Strasbourg eut à se prononcer en Grande Chambre sur cette affaire dans son arrêt *M.N. et autres c. Belgique*. Les requérants invoquent la violation de l'article 3 de la Convention, interdisant la torture, les peines ou les traitements inhumains ou dégradants<sup>145</sup>, obligation indérogable en vertu de l'article 15 de la Convention. Toute l'analyse en jeu portait sur l'interprétation de l'article premier de la Convention disposant de l'obligation des États contractants de remplir leurs obligations comprises dans la Convention à l'égard de toute personne sous leur juridiction. Or, la Cour a considéré qu'entamer une procédure devant le juge national ne suffit pas établir la juridiction de l'État<sup>146</sup>. Certes, la Cour reconnaît l'exercice de prérogatives de puissance publique de la part des autorités belges sur les requérants, en statuant sur les conditions d'entrée sur le territoire belge<sup>147</sup>. Cependant, seul un lien juridictionnel – juridique, factuel ou physique – entre les requérants et l'État défendeur pourrait être à même de reconnaître l'exercice de la juridiction sur les requérants, ce que la Cour ne reconnaît pas en l'espèce<sup>148</sup>. Donc la Belgique n'est pas tenue du respect de ses obligations conventionnelles à

---

<sup>140</sup> 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, disponible : <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-c-638-16-ppu-arret-du-7-mars-2017-x-et-x-ecli-eu-c-2017-173.html>.

<sup>141</sup> CJUE, *X et X c. État belge*, Conclusions de l'avocat général P. MENGOZZI du 7 février 2017, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

<sup>142</sup> *Ibid.*, § 163.

<sup>143</sup> *Ibid.*, § 165.

<sup>144</sup> K. PARROT, « Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale », *Plein droit*, 2018/1, n°116, pp. 45-48, p. 46.

<sup>145</sup> CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, *Op. cit.*, § 75.

<sup>146</sup> *Ibid.*, § 108.

<sup>147</sup> *Ibid.*, § 112.

<sup>148</sup> *Ibid.*, §§ 113, 115-124.

l'égard des requérants. Ce raisonnement de la Cour de Strasbourg est loin d'avoir fait l'unanimité. Certains le rattache à l'adage « *la juridiction suit la compétence* », en considérant que la territorialité d'une ambassade à l'étranger n'est pas reconnue, et la considère donc parfaitement conforme au droit international<sup>149</sup>, d'autres dénoncent une erreur d'appréciation. Notamment, Me Frédéric Krenc, lors de sa tierce-intervention durant l'audience<sup>150</sup>, considère que la question juridique ne se pose pas en termes de juridiction<sup>151</sup>, mais en termes de subsidiarité<sup>152</sup>. Considérant que le juge national avait finalement délivré le visa humanitaire aux requérants, même si cette interprétation a été jugée « *trop généreuse*<sup>153</sup> », elle n'en demeure pas moins celle qui aurait dû prévaloir en dernier recours en vertu de l'article 53 de la Convention, autrement appelé la « *clause de la protection la plus étendue* ». En principe, aucune limitation à une interprétation et législation nationales plus protectrices n'est permise. Me Krenc souligne le caractère singulier de l'affaire en ce que c'est l'État défendeur, lui-même, qui conteste devant l'office du juge de la Convention EDH, l'interprétation faite par son juge national.

Par conséquent, les espoirs attendus quant à l'article 25(1) du Code des Visas et la prise en compte de la situation particulière des demandeurs de protection internationale dans cette réglementation se trouvent finalement déçus par cette récente jurisprudence des deux Cours européennes. Toutefois, si la Charte n'est pas applicable, l'interdiction de la torture, elle, étant une norme de *jus cogens*, l'emporte en principe sur n'importe quel traité<sup>154</sup> et s'impose donc uniformément à la communauté internationale toute entière. Ceci ne saurait avoir une vertu compensatoire à la dangereuse jurisprudence la Cour de Justice écartant la Charte.

---

<sup>149</sup> Voir S. TOUZÉ, « Si la compétence l'emportait sur le territoire ? Réflexions sur l'obsolescence de l'approche territoriale de la notion de juridiction », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série - Décembre 2020, pp. 189-200. Il considère notamment que, si la solution a été en l'espèce négative pour les requérants, elle demeure une ouverture heureuse de l'interprétation de la notion de juridiction, qu'elle devra encore définir dans sa jurisprudence à venir ; CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, audience de grande chambre, tierce intervention du gouvernement français, 24 avril 2019, req. n°3599/18 : le gouvernement français considère que reconnaître la juridiction en l'espèce aurait engendrer de faire peser sur les services consulaires un « fardeau insupportable », ce qui est de nature à constituer une limitation des obligations à la charge de l'État qui exerce sa juridiction selon une jurisprudence constante de la Cour EDH.

<sup>150</sup> CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, audience de grande chambre, tierce intervention de Me F. KRENC, 24 avril 2019, req. n°3599/18.

<sup>151</sup> Me Krenc - devenu le juge belge à la Cour - considère que contester la juridiction belge en l'espèce est « audacieux » en ce que la décision de refus de délivrer le visa aux requérants rendue par l'État belge est ce qui fait que la Belgique a exercé sa juridiction.

<sup>152</sup> La subsidiarité, un principe prétorien déjà hautement symbolique en ce qu'il gouverne la mise en œuvre de la Convention, prend une autorité encore plus importante depuis l'entrée en vigueur le 1er août 2021 du Protocole n°15 à la Convention. Le Protocole n°15 ajoute un nouveau considérant au préambule de la Convention faisant référence directe à la subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation dont dispose les États.

<sup>153</sup> CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, audience de grande chambre, tierce intervention de Me F. KRENC, *Op. cit.*

<sup>154</sup> Le Comité des Nations Unies contre la Torture, le Sous-Comité des Nations Unies pour la Prévention de la Torture, Le Fonds de Contributions Volontaires des Nations Unies pour les Victimes de la Torture, le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la Torture, conjointement avec le Comité pour la Prévention de la Torture en Afrique, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Comité Européen pour la Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Inhumains ou Dégadants, *Déclaration conjointe*, « 70 ans après, la torture est toujours répandue : il faut agir davantage pour que nous puissions tous vivre dans un monde totalement libéré de la torture », 26 juin 2018.

Ainsi, lus conjointement, il semblerait que le Code Frontières Schengen et la Politique Commune de Visa n'accordent pas de véritable traitement différencié aux demandeurs de protection internationale. Ceux-ci se retrouveraient finalement subsumés au sein de ces régimes généraux<sup>155</sup>. Ainsi une tendance à traiter pareillement l'immigration irrégulière – contre laquelle l'Union européenne lutte avec les États membres – avec les demandeurs de protection internationale peut être relevée dans les politiques de contrôle aux frontières<sup>156</sup>. Cette tendance se maintient parfaitement dans la continuité de l'anticipation par la délégation du contrôle des conditions d'admissibilité à entrer sur le territoire de l'Union européenne aux transporteurs.

---

<sup>155</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>156</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 106.

Section 2 : L'anticipation par la délégation du contrôle des conditions d'admissibilité : La réglementation relative aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, le transit et le séjour irréguliers

Le second volet de l'anticipation se matérialise par la délégation du contrôle des conditions d'admissibilité à entrer sur le territoire à des acteurs privés, les transporteurs. Cependant, à ce titre, les obligations des transporteurs interviennent en totale contradiction avec leurs obligations en vertu du droit international public (I). En outre, cette incompatibilité a vocation à perdurer dans la mesure où, en pratique au moins, le conflit de normes est majoritairement résolu au détriment des droits des migrants et demandeurs d'asile (II).

I. L'incompatibilité textuelle entre les obligations découlant de la réglementation des transporteurs avec le droit international public

Que ce soit d'un point de vue purement textuel ou pratique, les contours de cette délégation sont non seulement incompatibles avec le Droit de la mer (A), mais aussi avec le Droit international des réfugiés (B).

A) L'incompatibilité textuelle et pratique avec le Droit de la mer

L'incompatibilité vise d'une part l'obligation de sauvetage en mer d'une embarcation en détresse et l'obligation de contrôle de la validité des documents de voyage (1), et d'autre part, l'obligation de débarquement dans un lieu sûr et la sanction pénale pour favoriser l'entrée irrégulière de migrants sur le territoire de l'Union européenne (2).

1. L'obligation de sauvetage en mer d'une embarcation en détresse contre l'obligation de contrôle de la validité des documents de voyage

L'obligation de sauvetage en mer d'une embarcation en détresse à la charge du capitaine de navire est l'une des obligations coutumières les plus anciennes du droit international public. Elle a été reprise par de multiples conventions internationales depuis 1910<sup>157</sup>. En vertu de la Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage

---

<sup>157</sup> Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, (Bruxelles), 23 septembre 1910, article 10 ; Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, (Londres), 1er novembre 1974, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1185, p. 4, article 37 ; Convention internationale de 1989 sur l'assistance, (Londres), 28 avril 1989, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1953, article 10 ; Convention des

maritime (ci-après « Convention SAR »), les États signataires sont tenus de transposer l'obligation de sauvetage en mer des embarcations en détresse dans leur droit interne et d'en assurer le respect. En vertu de l'article 98 de la Convention de Montego Bay, cette obligation étatique bénéficie à toute personne en danger ou perdue en mer. Par conséquent, la protection est également due aux migrants clandestins<sup>158</sup>. La phase de détresse est définie comme la « *situation dans laquelle il y a lieu de penser qu'un navire ou une personne est menacé d'un danger grave et imminent et qu'il a besoin d'un secours immédiat*<sup>159</sup> ». À cet effet, les États parties sont tenus de tout mettre en œuvre pour que soient fournis l'assistance et le sauvetage en mer aux personnes en détresse au large de leurs côtes<sup>160</sup>. En vertu de cette obligation, l'assistance et le secours en mer sont dus à « *toute personne* », sans considération quant à la nationalité ou le statut, ni même quant aux circonstances dans lesquelles la personne a été trouvée<sup>161</sup>. C'est certainement le seul statut juridique dont le migrant clandestin bénéficie en droit international<sup>162</sup>.

Parallèlement à ce régime, la Convention d'application de l'Accord de Schengen dispose de l'obligation du transporteur<sup>163</sup> de s'assurer que l'étranger transporté est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée sur le territoire de l'Union européenne<sup>164</sup>. D'ores et déjà l'incompatibilité entre l'obligation de sauvetage et l'obligation de vérification des documents de voyage valides est manifeste.

Considérant que la Mer Méditerranée est largement décriée comme la « *route [migratoire] la plus mortelle du monde*<sup>165</sup> » avec un nombre de morts croissant d'année en année<sup>166</sup>, sans compter les dénommés « *bateaux fantômes* » ou « *boat people* » qui ont disparu

---

Nations Unies sur le droit de la mer, (Montego Bay), 10 décembre 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 42, article 98.

<sup>158</sup> E. PAPASTAVRIDIS, « Rescuing migrants at sea and the law of international responsibility », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), Routledge, 2017, pp. 161-190, p. 163.

<sup>159</sup> Convention Internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes, *Op. cit.*, § 1.3.11.

<sup>160</sup> *Ibid.*, § 2.1.1.

<sup>161</sup> *Ibid.*, § 2.1.10 ; Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, *Op. cit.*, article 10.

<sup>162</sup> M. K. KAMGA, « Les aspects juridiques de la migration par voie maritime », *Journal de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI)*, n°1, 2020, p. 188-212, p. 190.

<sup>163</sup> Étant défini comme « *toute personne physique ou morale qui assure, à titre professionnel, le transport de personnes par voie aérienne, maritime ou terrestre* » par l'article premier de la Convention d'application de l'Accord de Schengen.

<sup>164</sup> 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, *JOUE L 239*, 22 septembre 2000, p. 19, article 26(1)(b).

<sup>165</sup> « La traversée de la Méditerranée, « route la plus mortelle du monde » », *Le Monde*, 10 décembre 2014, (mis à jour le 11 décembre 2014), disponible : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/12/10/un-nombre-record-de-migrants-ont-peri-en-mediterranee-en-2014\\_4537645\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/12/10/un-nombre-record-de-migrants-ont-peri-en-mediterranee-en-2014_4537645_3224.html).

<sup>166</sup> « La barre des 20.000 migrants morts en Méditerranée franchie après un naufrage au large de la Libye », *ONU Info*, 6 mars 2020, disponible : <https://news.un.org/fr/story/2020/03/1063431>.

en mer lors de cette traversée forçant une estimation à la hausse du nombre de morts<sup>167</sup>, considérant les conditions insalubres et dangereuses d'embarcation en mer des migrants tentant de rejoindre les côtes européennes<sup>168</sup>, force est de constater que l'obligation d'assistance et de secours vise essentiellement des embarcations de migrants tentant de rejoindre les côtes européennes en quête d'obtention d'une protection internationale. Or, comme il a été démontré *supra*, les voies légales d'entrée sur le territoire de l'Union n'offrent pas de dérogation effective quant aux demandeurs de protection internationale. De ce fait, ces embarcations sont nécessairement remplies de personnes n'ayant pas les documents de voyage requis pour entrer sur le territoire des États membres de l'Union. Donc, sauver une embarcation de migrants clandestins en mer n'est pas compatible avec l'obligation de vérification des titres de voyage, justement parce qu'ils ont emprunté la voie de la Méditerranée n'ayant pas la possibilité de recourir aux voies légales.

2. L'obligation de débarquer dans un lieu sûr contre la sanction pénale au transporteur pour favoriser l'entrée irrégulière de migrants sur le territoire de l'Union européenne

La continuité de l'obligation de sauvetage est l'obligation de débarquer les personnes secourues dans un lieu sûr<sup>169</sup>. Le régime international est à cet égard encore flou. C'est pourquoi le Comité sur la Sécurité Maritime, conjointement aux amendements faits aux Conventions SAR et SOLAS, a adopté la Directive sur le traitement des personnes secourues en mer<sup>170</sup>. Elle dispose que la responsabilité de fournir un lieu sûr incombe à l'État « responsable de la région de recherche et de sauvetage dans laquelle les survivants ont été récupérés ». Un lieu sûr est notamment défini comme « un emplacement où les opérations de sauvetage sont censées prendre fin. [...] un endroit où la vie des survivants n'est plus menacée et où l'on peut subvenir à leurs besoins fondamentaux [...] un endroit à partir duquel peut s'organiser le transport des survivants vers leur prochaine destination ou leur destination finale.<sup>171</sup> ». Cette notion de lieu sûr n'est malheureusement pas aussi exigeante que celle de

<sup>167</sup> A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], n°15, 2019, pp. 1-15, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/5941>, § 2.

<sup>168</sup> *Ibid.* § 11 : surchargement du navire, l'absence d'équipage compétent, de personnes vulnérables (femmes, enfants, personnes âgées), voire décédées.

<sup>169</sup> « Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (Convention SAR) », *Organisation Maritime Internationale*, disponible : [https://www.imo.org/fr/about/Conventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-\(SAR\).aspx](https://www.imo.org/fr/about/Conventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-(SAR).aspx).

<sup>170</sup> Organisation maritime internationale, Résolution MSC.167(78) adoptée le 20 mai 2004, MSC 78/26/Add.2.

<sup>171</sup> *Ibid.*, § 6.12. Cependant, il est à noter qu'il n'existe aucune définition consensuelle en droit international de ce qui constitue un « lieu sûr ».

pays tiers sûr qui impose l'adhésion du pays à la Convention de 1951 et la mise en place d'un système de demande d'asile<sup>172</sup>. Elle n'est pas non plus assimilable au seuil de protection qu'offre l'article 3 de la Convention EDH sur l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants<sup>173</sup>.

Alors que les États de l'Union européenne, compte-tenu du fait qu'ils sont liés à la Convention de 1951, à la Charte et à la Convention EDH notamment, reconnaissant le droit à demander l'asile et l'interdiction du refoulement, apparaissent *a fortiori* être un lieu sûr pour le débarquement des personnes secourues en mer, les transporteurs sont exposés à des sanctions pénales s'ils font entrer irrégulièrement des migrants sur le territoire de l'Union<sup>174</sup>. Ainsi auraient-ils tout intérêt à débarquer ces personnes vers d'autres pays au seuil de protection des droits fondamentaux et du droit d'asile moins élevé, voire inexistant. Ainsi cette réglementation européenne incite le transporteur à ne pas venir en aide aux migrants en mer, ce qui constitue une violation de l'inconditionnalité du sauvetage d'une embarcation en détresse. C'est pourquoi le Secrétaire général des Nations rappelait en 2006 la nécessité de préserver le caractère absolu du régime de recherche et de sauvetage, au risque de porter ensuite atteinte aux droits des demandeurs d'asile et des réfugiés issus de la Convention de 1951<sup>175</sup>. Cependant, le régime de pénalisation est doublement renforcé par l'Union européenne avec un premier texte faisant peser l'obligation supplémentaire aux États membres de s'assurer que les sanctions sont « *dissuasives, effectives et proportionnelles*<sup>176</sup> », et un second imposant l'adoption de sanctions appropriées dans la législation nationale contre quiconque portant sciemment assistance à une personne ressortissante d'un État tiers à entrer ou transiter irrégulièrement sur le territoire d'un État membre<sup>177</sup>, et de l'exception qui peut être faite selon la marge d'appréciation des États en vertu d'une aide humanitaire à apporter à la personne concernée<sup>178</sup>. Or, selon l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après le « HCR »), les capitaines de navire ne devraient pas être pénalisés du fait du débarquement des personnes secourues en mer ; au contraire, ils seraient en droit d'attendre de la part des États une assistance

---

<sup>172</sup> A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme*, *Op. cit.*, § 17.

<sup>173</sup> *Idem*.

<sup>174</sup> 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, *Op. cit.*, article 26(2).

<sup>175</sup> Assemblée générale, 2006, Nations Unies, *Les océans et le droit de la mer*, Rapport du Secrétaire Général, Additif, A/61/63/Add.1, 17 août, § 90.

<sup>176</sup> 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, *JOUE L 187/45*, 10 juillet 2001, p. 46, article 4(1), (2).

<sup>177</sup> Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, *Op. cit.*, article 1(1)(a).

<sup>178</sup> *Ibid.*, article 1(2).

au débarquement<sup>179</sup>. Par conséquent, le régime applicable est très incertain et semble mettre en évidence deux obligations concurrentes potentiellement inconciliables dans la lettre des textes.

En addition, cette incompatibilité se matérialise nécessairement dans la mise en œuvre du texte. En effet, considérant le fait que les sanctions pécuniaires sont plus coûteuses que ce que le navire fait comme potentiel profit<sup>180</sup>, soit les transporteurs se détachent de leurs obligations en vertu du Droit de la mer<sup>181</sup> – et plus généralement du droit international public –, soit ils appliquent de manière préférentielle le Droit de la mer, et leurs droits d’amarrage sont annulés et ils ne peuvent plus exercer leur activité<sup>182</sup>. Préférer le droit de la mer, c’est aussi s’exposer au risque de devenir un « *centre de détention de facto*<sup>183</sup> », risque accentué avec la pratique des ports fermés par les Etats membres tels que l’Italie ou Malte<sup>184</sup>. Quelle que soit l’hypothèse, la finalité demeure que les migrants sont laissés pour compte dans une situation hautement dangereuse pour leur vie<sup>185</sup> – la détresse en mer ou la persécution dans le pays qu’ils fuyaient.

## B) L’incompatibilité textuelle et pratique avec le Droit international des réfugiés

La réglementation européenne applicable aux transporteurs est également porteuse d’incompatibilité, d’ores et déjà au niveau du texte, et donc nécessairement au niveau de la mise en œuvre, s’agissant du droit à demander l’asile (1) et du principe de non-refoulement (2).

---

<sup>179</sup> UNHCR, 2008, Nations Unies, *Le traitement des personnes sauvées en mer : conclusions et recommandations issues de réunions et de tables rondes d’experts convoqués récemment par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, A/AC.259/17, 11 avril, §§ 28-29.

<sup>180</sup> T. BAIRD, T. SPIJKERBOER, « Carrier sanctions and the conflicting legal obligations of carriers: Addressing human rights leakage », *Amsterdam Law Forum*, 2019, pp. 4-19, p. 11.

<sup>181</sup> T. BAIRD, T. SPIJKERBOER, « Carrier sanctions and the conflicting legal obligations of carriers: Addressing human rights leakage », *Amsterdam Law Forum*, *Op. cit.*, p. 11 ; M. K. KAMGA, « Les aspects juridiques de la migration par voie maritime », *Journal de la Commission de l’Union africaine sur le droit international (CUADI)*, *Op. cit.*, p. 194.

<sup>182</sup> T. BAIRD, T. SPIJKERBOER, « Carrier sanctions and the conflicting legal obligations of carriers: Addressing human rights leakage », *Amsterdam Law Forum*, *Op. cit.*, p. 11.

<sup>183</sup> UNHCR, 2008, Nations Unies, *Le traitement des personnes sauvées en mer : conclusions et recommandations issues de réunions et de tables rondes d’experts convoqués récemment par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, *Op. cit.*, § 31.

<sup>184</sup> A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l’Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l’homme*, *Op. cit.*, §4 ; V. « Coronavirus : à son tour, Malte annonce la fermeture de ses ports aux migrants », *Info Migrants*, 10 avril 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/24018/coronavirus-a-son-tour-malte-annonce-la-fermeture-de-ses-ports-aux-migrants> ; « Italie : La fermeture des ports réaffirmée par Matteo Salvini », *France Terre d’Asile*, 31 mars 2019, disponible : <https://www.france-terre-asile.org/veille-europe-articles-archives/veille-europe-2019/veille-europe-du-16-au-31-mars-2019/italie-la-fermeture-des-ports-reaffirmee-par-matteo-salvini> ; « Migrants : les ONG critiquent la fermeture des ports en Italie », *Le Figaro*, 9 avril 2020, disponible : <https://www.lefigaro.fr/international/migrants-les-ong-critiquent-la-fermeture-des-ports-en-italie-20200409>.

<sup>185</sup> T. BAIRD, T. SPIJKERBOER, « Carrier sanctions and the conflicting legal obligations of carriers: Addressing human rights leakage », *Amsterdam Law Forum*, *Op. cit.*, p. 11.

## 1. Les obligations de vérification des documents de voyage et de collecte des données contre le droit à demander l'asile

A titre liminaire, il convient de relever que le régime de sanctions aux transporteurs combiné à la pénalisation de l'aide humanitaire apportée aux migrants contrevient au droit de quitter tout pays, y compris le sien<sup>186</sup>, mais aussi au droit de demander l'asile, puisque le premier est une condition *sine qua non* du second<sup>187</sup>.

Comme démontré *supra*, l'effet combiné du Code Frontières Schengen, de la Politique Commune de Visa et de la réglementation de sanction aux transporteurs, engendre l'augmentation de l'emprunt des voies clandestines pour tenter de rejoindre les potentielles terres de refuge. Or, l'obligation de vérification des documents de voyage engendre non seulement une délégation du contrôle à l'entrée sur le territoire aux transporteurs<sup>188</sup>, mais aussi la délégation de la charge de la détermination du besoin de protection internationale, tâche qui incombe normalement aux États<sup>189</sup>, contrairement aux recommandations du HCR<sup>190</sup>. Une telle délégation porte atteinte aux droits des demandeurs de protection internationale puisque la Convention de 1951 lie les Etats et non pas les acteurs privés. A cet égard, la seule mention de la prise en compte des droits fondamentaux et de la Convention de 1951 dans les textes applicables aux transporteurs<sup>191</sup> – quand celle-ci est faite<sup>192</sup> – ne peut se vanter d'être une compensation palliative. En outre, même à considérer que les transporteurs sont liés par la Convention de 1951, il n'en demeure pas moins qu'ils ne disposent pas des compétences requises pour faire une telle appréciation de recevabilité.

---

<sup>186</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A/RES/217 (III) A, Paris, 1948., article 13(2) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (New York), 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, article 12(2) ; Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, Conseil de l'Europe, (Strasbourg), 16.IX.1963, *Série des Traités européens*, n°46, article 2(2).

<sup>187</sup> D. D'ALLIVY KELLY, « Disparus en mer : le naufrage des droits », *Plein droit*, mars 2014, n°100, pp. 35-38, pp. 37-38.

<sup>188</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 124. L'auteure considère que les transporteurs exercent *de facto* des prérogatives de contrôle aux frontières alors qu'ils ne sont pas soumis *de jure* aux contraintes imposées aux garde-côtes.

<sup>189</sup> *Idem*.

<sup>190</sup> UNHCR, 2008, Nations Unies, *Le traitement des personnes sauvées en mer : conclusions et recommandations issues de réunions et de tables rondes d'experts convoqués récemment par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, *Op. cit.*, § 31 : « un navire non étatique n'est pas un endroit indiqué pour trier et classer les personnes ainsi secourues, pour savoir s'il s'agit de réfugiés ou de personnes ayant besoin d'une protection autre, ni pour concevoir des solutions à leur égard ».

<sup>191</sup> 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, *Op. cit.*, article 26 concernant les obligations des transporteurs ; 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, *Op. cit.*, préambule § 3.

<sup>192</sup> La Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers ne mentionne ni les droits fondamentaux, ni la Convention de 1951, ni, plus généralement, les obligations internationales des États.

En outre, l'obligation faite aux transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers en vertu de la Directive du 29 avril 2004<sup>193</sup> est également incompatible avec la Convention de 1951 puisque cette tâche incombe également aux autorités étatiques, comme l'avait relevé la Fédération internationale des ouvriers du transport lors d'une assemblée de l'Organisation de l'Aviation civile internationale en 1998<sup>194</sup>. Le refus d'exécution de cette obligation par les transporteurs engendre des sanctions que les États doivent également mettre en œuvre, de sorte à ce qu'elles soient, une nouvelle fois, « *dissuasives, effectives et proportionnées*<sup>195</sup> ». Or, tout comme l'ont relevé le HCR et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à l'époque, de telles sanctions pour la non application de l'obligation de collecte des données des passagers met à la charge d'acteurs non compétents la détermination du bénéfice d'une protection internationale, ayant pour conséquence d'écarter la responsabilité du personnel compétent, que sont les agents de l'immigration<sup>196</sup>. Tel que démontré s'agissant de l'obligation de contrôle des documents de voyage à bord, cette obligation n'est vraisemblablement pas satisfaisante quant aux exigences de la Convention de 1951, étant entendu qu'une telle obligation de collecte ne rentre normalement pas dans le champ de compétence des navires privés.

## 2. L'obligation de réacheminement vers un pays-tiers contre le principe de non-refoulement

L'obligation d'assurer le retour d'une personne refusée sur le territoire de l'Union incombant aux transporteurs est issue de plusieurs sources textuelles. Premièrement, conformément à l'article 26(1)(a) de la Convention d'application de l'Accord Schengen, le retour d'un étranger refusé à l'entrée du territoire incombe au transporteur, que ce soit vers l'État tiers à partir duquel il a été transporté, dans l'État tiers qui lui a délivré le document de voyage ou « *dans tout autre État tiers où son admission est garantie* ». Deuxièmement, le Code Frontières Schengen, en annexe V, dispose que lorsque le transporteur a débarqué à la frontière d'un État membre un ressortissant d'un pays tiers à qui est opposée une décision de refus d'entrée sur le territoire, il lui incombe de le prendre à sa charge pour le réacheminer « *sans tarder* » ou de trouver un moyen de réacheminement vers les hypothèses d'États tiers

---

<sup>193</sup> Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, *Op. cit.*, article 3(1).

<sup>194</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 150.

<sup>195</sup> Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, *Op. cit.*, article 4(1).

<sup>196</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 150.

susmentionnées<sup>197</sup>. Troisièmement, la Directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de 2001 ajoute d'imposer aux transporteurs qui ne seraient pas en mesure d'assurer un tel retour du tout ou dans l'immédiat, de trouver le moyen de procéder au réacheminement en assurant la charge financière, ou de prendre en charge les frais de séjour du ressortissant en attendant le réacheminement<sup>198</sup>. Une telle obligation est directement contestée par certains transporteurs eux-mêmes, telles que les compagnies aériennes, qui considèrent que le réacheminement ne rentre pas dans le champ de leurs activités<sup>199</sup>.

Alors que le contrôle des frontières et du droit d'entrée relève exclusivement de la souveraineté des États<sup>200</sup>, de telles obligations transforment les transporteurs en de véritables « *contrôleurs d'immigration*<sup>201</sup> » ou « *auxiliaires de police*<sup>202</sup> », alors même que dans un rapport datant de 1991, Xavier De Villepin alertait déjà sur le fait que les transporteurs ne devaient pas en devenir<sup>203</sup>. Certains auteurs, tel qu'Antonio Cruz, considèrent qu'une telle délégation a été mise en place avec l'intention de limiter les « *abus* » que le droit d'asile engendrerait. Si une telle intention pouvait être démontrée dans l'esprit de la réglementation européenne, il ne ferait nul doute que celle-ci serait illicite au regard de la Convention de 1951.

Quoi qu'il en soit dans l'esprit, en pratique, cette réglementation oblige les transporteurs à retourner les migrants et potentiels demandeurs d'asile vers un pays où ils risquent des persécutions. Or, cette pratique est une violation manifeste du principe de non-refoulement de l'article 33 de la Convention de Genève. Ce risque de refoulement est d'autant plus probable que, quand bien même la notion elle-même est contestable, les textes s'abstiennent de conditionner le réacheminement du ressortissant à qui est opposé un refus d'entrée sur le territoire à un pays tiers sûr. Tout ce que la réglementation de l'Union exige c'est qu'un réacheminement soit opéré vers un pays de renvoi qui garantit l'admission de la personne visée.

Par conséquent, le régime de sanction aux transporteurs est extrêmement problématique vis-à-vis des garanties de la Convention de 1951. D'une part, ceci est accentué par le fait que les sanctions aux transporteurs sont assimilées à des obstacles à la migration internationale,

---

<sup>197</sup> Code Frontières Schengen, *Op. cit.*, Annexe V, Partie A, § 2(a).

<sup>198</sup> 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 Schengen du 14 juin 1985, *Op. cit.*, article 3.

<sup>199</sup> C. LANTERO, « La politique de sanction des transporteurs », in *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, P. ICARD (dir.), Bruylant, 2017, pp. 265-279, p. 271 ; V. GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'État délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance. Partie 1 », *Cultures & Conflits*, n°45, Printemps 2002, § 25.

<sup>200</sup> V. GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'État délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance. Partie 1 », *Cultures & Conflits*, *Op. cit.*, § 23.

<sup>201</sup> A. CRUZ, *Nouveaux contrôleurs d'immigration : transporteurs menacés de sanctions*, L'Harmattan, Paris, 1995, vol.1.

<sup>202</sup> V. GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'État délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance. Partie 1 », *Cultures & Conflits*, *Op. cit.*, § 27.

<sup>203</sup> X. de VILLEPIN, Rapport n°406, seconde session ordinaire 1990-1991, Sénat français, 1991, p. 44.

engendrant le phénomène de « *réfugiés en orbite* » qui désigne le cas des demandeurs de protection internationale qui n'ont pas accès au système d'asile, le contraignant à transiter d'un potentiel pays d'accueil à un autre<sup>204</sup>. D'autre part, le régime des sanctions pousse également les transporteurs à exercer un contrôle discriminatoire en ce sens que les ressortissants de pays tiers considérés principaux pays de départ de l'immigration vont être sujets à un contrôle plus poussé<sup>205</sup>.

Par conséquent, alors que la réglementation européenne transforme les transporteurs en garde-frontières par une délégation imparfaite de compétences<sup>206</sup>, l'incompatibilité textuelle et pratique de leurs obligations conventionnelles les oblige à opérer un arbitrage entre deux obligations concurrentes. Malgré la force normative de la Convention de 1951 et de l'obligation de sauvetage d'une embarcation en détresse, il apparaît que ce conflit de normes est tranché au détriment des droits des migrants et demandeurs d'asile (II).

## II. Un conflit de normes au détriment des droits des migrants et demandeurs d'asile

L'incompatibilité textuelle ci-dessus exposée se matérialise nécessairement dans un conflit de normes qui ne bénéficie pas effectivement aux droits des migrants. En effet, puisque l'absorption du droit international par l'Union européenne n'existe pas en tant que telle (A), un véritable renforcement du régime de secours des embarcations en détresse en mer est absolument nécessaire (B).

### A) L'inexistence d'une véritable absorption du droit international par l'Union européenne

L'Union européenne, se décrivant elle-même comme une organisation internationale *sui generis*, c'est-à-dire d'un genre propre, affirme de ce fait la quasi-imperméabilité de son ordre juridique (1). Cependant, cette nature particulière et cet ordre juridique propre n'exemptent pas l'Union européenne du respect du droit international (2).

---

<sup>204</sup> Conseil des droits de l'homme, 2015, *Situation des migrants en transit*, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, soumis en application de la Résolution 29/2 du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/31/35, § 12.

<sup>205</sup> V. BAUDET-CAILLE, « Les « contrôleurs de l'immigration » », *Plein Droit*, 2002/4, n°55, pp. 26-28, § 15.

<sup>206</sup> V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 117.

## 1. L'affirmation permanente d'un ordre juridique européen quasi-imperméable

La protection des droits de l'homme étant une des valeurs fondamentales de l'Union européenne<sup>207</sup> et la Charte faisant partie du droit dérivé<sup>208</sup>, accepter le contrôle international et assurer une cohérence normative entre les droits consacrés dans la Charte et ceux de la sphère internationale semble tout naturel<sup>209</sup>.

Si l'Union européenne a d'abord procédé à une « *importation* » des normes internationales<sup>210</sup>, elle a toujours entretenu sa spécificité et, de ce fait, un rejet d'une absorption totale des normes internationales. En effet, sur une approche statistique, la Cour de Justice ne se sert que très rarement des sources internationales aux fins de son interprétation des normes européennes<sup>211</sup>. A titre d'exemple, elle est même allée jusqu'à « *minimise[r] la portée de la « doctrine » du Comité des droits de l'Homme* », considérant que ses constatations n'ont pas de valeur juridique contraignante<sup>212</sup>. La Cour fonctionne donc selon le référentiel de son propre ordre juridique<sup>213</sup>.

La réticence d'une pleine perméabilité de l'Union européenne à l'ordre juridique international et la volonté de maintenir une spécificité communautaire sont particulièrement palpables concernant le processus d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH initié en 2006 avec le Traité de Lisbonne, et aujourd'hui toujours en négociation<sup>214</sup>. La célèbre jurisprudence *Kadi* en est également symptomatique. En effet, le Tribunal a interprété « *le cadre constitutionnel du traité [...] comme étant celui d'un ordre juridique purement autonome, non subordonné aux normes supérieures du droit international*<sup>215</sup> ». Si la Cour de Justice a en partie rejeté l'argumentaire du Tribunal, elle partage au moins l'avis selon lequel « *le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une*

<sup>207</sup> Traité sur l'Union européenne, *Op. cit.*, article 2.

<sup>208</sup> *Ibid.*, article 6.

<sup>209</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », in *Les interactions normatives : Droit de l'Union européenne et Droit international*, L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ, Cahier européens, n°2, Pedone, (Paris), 2012, pp. 359-377, p. 359.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>212</sup> *Idem.* ; CJCE, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, arrêt du 17 février 1998, aff. C-249/93, ECLI: ECLI:EU:C:1998:63, § 46.

<sup>213</sup> CJCE, *van Gend & Loos*, arrêt du 5 février 1963, aff. 26/52, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1, §. 26 ; U. BUX, « Sources et portée du droit de l'Union européenne », Parlement européen, *Fiches techniques sur l'Union européenne*, mai 2021, disponible : <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/6/sources-et-portee-du-droit-de-l-union-europeenne>.

<sup>214</sup> CJUE, *Adhésion de l'Union à la CEDH, Avis 2/13*, avis du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454 ; V. CJCE, *Accord EEE, Avis 1/91*, avis du 14 décembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490, § 35 : la Cour de Justice refuse de faire dépendre l'interprétation des normes européennes de l'appréciation d'une autre juridiction afin de préserver « *l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour de Justice assure le respect* ».

<sup>215</sup> TPICE, *Y. A. Kadi c/ Commission*, arrêt du 30 septembre 2010, aff. T-85/09, § 119.

*garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte*<sup>216</sup>. ».

Ainsi semble-t-il que, depuis les années 1960, la Cour de Justice réaffirme la quasi-imperméabilité du droit de l'Union par rapport au droit international public, dont la coutume<sup>217</sup>. Des emprunts sont uniquement possibles au droit international public s'ils ne résultent pas en la perte de l'Union de son identité propre<sup>218</sup>.

## 2. La spécificité de l'Union européenne : une non-exception au respect du droit international public

Certes, la personnalité juridique conférée à l'Union européenne et les compétences qui en découlent attestent de l'existence d'un véritable ordre juridique communautaire. Cependant, c'est aussi cette personnalité juridique qui impose à l'Union de respecter le droit international public<sup>219</sup>. En effet, la Cour Internationale de Justice (ci-après « CIJ ») le rappelait déjà en 1980 : en tant que sujet de droit international, une organisation internationale est liée en tant que telle « à toutes les obligations que lui imposent les règles générales du droit international<sup>220</sup> ». Ainsi la Cour de Justice a-t-elle assoupli sa position en reconnaissant l'obligation de respect des règles du droit coutumier international dès lors qu'il lie les institutions et « font partie de l'ordre juridique communautaire<sup>221</sup> ». À cet effet, une norme coutumière peut être supérieure au droit de l'Union, sans pour autant écarter son autonomie<sup>222</sup> et sauf si elle est de nature à remettre en question les valeurs et droits fondamentaux protégés par l'Union européenne<sup>223</sup>.

Le présent raisonnement ne s'attardera pas sur la question de la conformité de la réglementation européenne avec la Convention de 1951. Puisque celle-ci est directement intégrée dans le droit dérivé de l'Union européenne, la question du conflit de norme est inopérante.

En revanche, s'agissant de l'obligation de secours aux embarcations en détresse, l'analyse du conflit de normes est intéressante puisque cette obligation découle tout à la fois

<sup>216</sup> CJCE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, arrêt du 3 septembre 2008, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI: ECLI:EU:C:2008:461, § 316.

<sup>217</sup> CJCE, *Costa contre Enel*, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI: ECLI:EU:C:1964:66, § 1160.

<sup>218</sup> D. SIMON, *L'interprétation juridictionnelle des traités d'organisations internationales - Morphologies des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, p. 518.

<sup>219</sup> J-F. DELILE, « Les effets de la coutume internationale dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Cahier de droit européen*, (2017), pp. 149-192, p. 160.

<sup>220</sup> CIJ, *Avis consultatif relatif à l'interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis du 20 décembre 1980, *Recueil 1980*, pp. 89-90, § 37.

<sup>221</sup> CJCE *Racke*, arrêt du 6 juin 1998, aff. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293, § 45-46.

<sup>222</sup> J-F. DELILE, « Les effets de la coutume internationale dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Cahier de droit européen, Op. cit.*, pp. 164-165.

<sup>223</sup> Tel a été le raisonnement de la Cour de Justice dans la célèbre jurisprudence *Kadi* précitée (n ?) § 304.

du droit de la mer et de la coutume internationale. Le fait qu'il n'existerait pas d'ordre juridique de la mer, entraînant l'inexistence d'un système d'appréciation de compatibilité de ses normes<sup>224</sup>, ne porte donc pas atteinte à la présente analyse.

Les juridictions italiennes se sont déjà prononcées sur ce conflit de norme, notamment dans la très célèbre affaire du *Cap Anamur*. D'abord condamnés aux motifs de l'aide à l'entrée irrégulière de migrants clandestins en vertu de la loi italienne<sup>225</sup>, les membres de l'équipage ont ensuite été acquittés puisque leurs actes ne constituaient pas un crime, mais une application de leur obligation conventionnelle de secours aux personnes en détresse en mer<sup>226</sup>. Cette jurisprudence a malheureusement eu que très peu de retentissement sur la pratique de pénalisation de l'assistance humanitaire aux migrants en détresse en mer<sup>227</sup>. Nombreux sont les exemples de capitaines de navires qui encourent des années de prison pour avoir secouru en mer des embarcations de migrants clandestins en détresse : *See Watch 3*<sup>228</sup>, *Juventa*, *Open Arms*, *Golfo Azzuro*, *Vos Hestia* ou encore *Médecins sans frontières*<sup>229</sup> ne sont que quelques exemples de navires et organisations touchés par ce phénomène largement perpétué par les pays en première ligne de l'immigration<sup>230</sup>. De telles pratiques sont accusées d'être de « véritables stratégies d'harcèlement judiciaire contre les ONG et les marins » qui ont pour finalité de les dissuader de porter secours aux embarcations précaires et dangereuses de migrants en mer<sup>231</sup>, alors même qu'ils répondent de leurs obligations en vertu du Droit de la mer.

---

<sup>224</sup> Comme plusieurs universitaires le défendent telle que la Pr. Niki Aloupi.

<sup>225</sup> Conformément à la Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, *Op. cit.*, article 1(1)(a).

<sup>226</sup> M-L. BASILIEN-GAINCHE, « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 2016, n°9, pp. 1-39, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/1838>, § 53. Plus précisément, il s'agissait du responsable de l'organisation *Cap Anamur*, du capitaine de navire et de son second qui avaient fait l'objet de cette condamnation pour avoir débarqué en Italie des migrants secourus dans le détroit de Sicile.

<sup>227</sup> Cette jurisprudence fût portée par une forte mobilisation de la société civile au soutien de sept pêcheurs tunisiens qui avaient également été condamnés par le Tribunal d'Agrigente pour avoir débarqué sur l'île de Lampedusa des migrants secourus dans le détroit de Sicile. Cela avait été initialement été qualifié d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire. Finalement, l'influence de la jurisprudence *Cap Anamur* a permis de lever les charges le 18 novembre 2009. Voir M. K. KAMGA, « Les aspects juridiques de la migration par voie maritime », *Journal de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI)*, n°1, 2020, p. 188-212, pp. 193-194.

<sup>228</sup> L'Allemande Pia Klemp, capitaine du navire « *See Watch 3* » est depuis 2019 en procédure judiciaire en Italie pour « aide et complicité à l'immigration illégale » au large de l'île de Lampedusa entre 2016 et 2017. Elle encourt jusqu'à 20 ans de prison. V C. SIMON, « Sauvetage de migrants en Méditerranée : une capitaine risque jusqu'à 20 ans de prison », *Le Parisien*, 20 juin 2019, disponible : <https://www.leparisien.fr/faits-divers/sauvetage-de-migrants-en-mediterranee-une-capitaine-risque-jusqu-a-20-ans-de-prison-10-06-2019-8090403.php>.

<sup>229</sup> A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme*, *Op. cit.*, § 38.

<sup>230</sup> *Ibid.*, § 37 : les auteurs citent notamment l'Italie, la Grèce et Malte qui auraient multiplié les procédures judiciaires contre les personnes portant secours en mer aux migrants clandestins.

<sup>231</sup> *Ibid.*, § 41.

Dans un autre ordre d'idée, cette pénalisation assimile les « *sauveurs des damnés de la mer* » à des passeurs<sup>232</sup>, ce qui contrevient à l'esprit et à la lettre du Protocole de Palerme contre le trafic de migrants. En effet, tout à la fois, il exclut du champ *ratione personae* du trafiquant de migrants l'assistance humanitaire apportée aux embarcations en situation de détresse en mer<sup>233</sup>, et il s'applique sans incidence sur les droits et obligations issus de la Convention de 1951<sup>234</sup>. Comme l'a démontré le célèbre contentieux à l'égard de Cédric Herrou en France, une telle appréciation ne prend pas en considération les motifs humanitaires, non condamnables, qui motivent des personnes privées ou des ONG et associations<sup>235</sup>. Comme le défend le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Mary Lawlor, l'aide humanitaire apportée aux migrants en mer devrait plutôt être applaudie<sup>236</sup>.

Si la Cour de Justice de l'Union européenne n'a encore jamais eu à se prononcer sur un tel contentieux, son interprétation sera décisive pour le sort des migrants en détresse en mer. Aucune prospection raisonnable ne peut être avancée puisque la pénalisation est une parfaite application de la réglementation européenne, tandis que l'obligation de porter secours aux embarcations en détresse en mer, en tant que coutume internationale, lie incontestablement les institutions européennes et ses États membres. Si la seule exception à la supériorité de la coutume résulte du fait qu'elle contrevient aux valeurs de l'Union européenne, elle ne semble pas s'appliquer en l'espèce. En effet, porter secours aux migrants en détresse en mer semble, au contraire, s'inscrire dans le champ des valeurs communautaires que sont notamment la dignité humaine, le respect des droits fondamentaux et la protection des minorités. Donc, si tant est qu'une telle obligation est réputée faire partie de l'ordre juridique communautaire, la valeur coutumière de l'obligation de secours est supérieure au droit dérivé de l'Union

---

<sup>232</sup> V. « Migrants en Méditerranée : les ONG « complices des passeurs », accuse Castaner », *Le Parisien*, 5 avril 2019, disponible : <https://www.leparisien.fr/politique/migrants-en-mediterranee-les-ong-complices-des-passeurs-accuse-castaner-05-04-2019-8047137.php>.

<sup>233</sup> Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants, 2015, Nations Unies, *Trafic illicite de migrants par mer*, Note du Secrétariat, Additif, CTOC/COP/WG.7/2015/2/Add.1, 27 août, § 59 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, (New-York), 15 novembre 2000, *Recueil des Traités*, vol. 2241, p. 519, dit « Protocole de Palerme », article 3(a). Le trafic illicite de migrants est défini comme « *le fait d'assurer, avant d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou 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* ».

<sup>234</sup> Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre le trafic de migrants par terre, air et mer, New-York, 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2241, p. 519, dit « Protocole de Palerme », article 19 ; V. UNHCR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea*, 18 mars 2002.

<sup>235</sup> Le Conseil constitutionnel français avait considéré dans une décision du 6 juillet 2018 que par la combinaison de l'ancien article L. 622-1, disposant de l'infraction pénale de l'aide à l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger, avec l'ancien article 622-4, prévoyant les exemptions pénales à la précédente infraction, du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), le législateur n'avait pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité - duquel découle « la liberté d'aide autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national » et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public - au moyen de la lutte contre l'immigration irrégulière. Voir la Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, §§ 8-9, 13.

<sup>236</sup> « Italie : une experte de l'ONU condamne la criminalisation du secours aux migrants en Méditerranée », *ONU Info*, 8 octobre 2020, disponible : <https://news.un.org/fr/story/2020/10/1079372>.

européenne. Dans l'attente de l'appréciation de la Cour de justice, l'état de la pratique oblige au renforcement du régime de secours des embarcations en détresse en mer.

B) La nécessité du renforcement du régime de secours des embarcations en détresse en mer

Malgré la valeur coutumière de l'obligation de porter secours, il n'en demeure pas moins que le régime du Droit de la mer est insuffisant et lacunaire quant à la situation dramatique des migrants clandestins en mer (1). Ainsi est-il pertinent de réfléchir à l'opportunité de développer un droit individuel à être secouru en mer (2).

1. Les insuffisances et lacunes du Droit de la mer face au « *cimetière méditerranéen* »

Le Droit de la mer n'a jamais été pensé en anticipation du phénomène particulièrement patent depuis 2015 de l'immigration clandestine par mer, quand bien même l'usage de l'espace maritime aux fins de la migration est ancien<sup>237</sup>. Le principe de la sécurité de la vie en mer n'avait pas été affirmé dans le but de protéger des migrants et demandeurs d'asile des risques qu'ils encourent en mer sur des embarcations plus que précaires pour un périple de plusieurs jours sous vents et marées. Or, aujourd'hui, la mer Méditerranée est désignée comme la route migratoire la plus dangereuse du monde<sup>238</sup>. Ainsi, ce principe ancien est sans conteste en crise<sup>239</sup>, mais, en pratique, il n'en demeure pas moins intrinsèquement lié à la notion de détresse de la vie humaine en mer.

Ce principe est en crise pour deux raisons principales. D'une part, la réglementation européenne va à son encontre comme démontré *supra*. D'autre part, l'accroissement incessant des pertes en vie humaine en mer est un problème d'ordre structurel<sup>240</sup>. En effet, malgré une prise de conscience de la communauté internationale de la gravité du phénomène et l'activité de la société civile, les pratiques des États aggravent la situation humanitaire déjà désastreuse « *grâce* » à des règles de droit international insuffisantes<sup>241</sup>.

<sup>237</sup> K. NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, 2013, n°26-1, pp. 123-153, pp. 125-126.

<sup>238</sup> « La traversée de la Méditerranée, « route la plus mortelle du monde » », *Le Monde*, *Op. cit.*

<sup>239</sup> S. TREVISANUT, « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », *Les droits de l'homme et la mer - Actes du colloque du Mans, 24 et 25 mai 2018*, H. RASPAIL (dir.), Publications de l'Institut international des droits de l'homme n°45 (2020), pp. 149-153, p. 149.

<sup>240</sup> *Idem.*

<sup>241</sup> K. NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 123.

D'une part, la Convention de Montego Bay appréhende de manière lacunaire le phénomène de l'immigration clandestine. En témoigne le fait que le terme « *immigration* » n'est mentionné que cinq fois<sup>242</sup>. D'autre part, le régime quant aux capacités des États d'octroi et de retrait du pavillon aux navires est instrumentalisé aux fins de lutter contre l'immigration clandestine, au détriment des migrants et demandeurs d'asile<sup>243</sup>. Les conditions requises d'attribution du pavillon d'un État à un navire relèvent exclusivement du droit national<sup>244</sup>. Une telle attribution engendre non seulement que le navire est sous la juridiction de l'État du pavillon, mais surtout que le navire dispose du droit de navigation<sup>245</sup>. Ce pavillon peut être retiré par les autorités de l'État du pavillon en cas d'abordage ou d'incident maritime<sup>246</sup>. Ainsi les navires humanitaires ou de commerce ont-ils pu être empêchés de porter assistance aux migrants clandestins en détresse en mer, comme en témoigne la célèbre affaire de l'*Aquarius*<sup>247</sup>. Or, un navire sans pavillon – autrement dit sans nationalité – se voit exposer au droit d'intervention de tout État<sup>248</sup> engendrant le droit de chaque État d'arraisonner, visiter et, en présence de preuves d'une activité illicite, de prendre toutes mesures appropriées<sup>249</sup>.

Enfin, une dernière faille pouvant être relevée est celle concernant la capacité des États côtiers à empêcher le débarquement de navires transportant des migrants clandestins. Dès lors que le navire se livre à des activités portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier – telles que des activités d'embarquement ou de débarquement contraires aux lois

---

<sup>242</sup> K. NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 127 ; V. Convention internationale de 1989 sur l'assistance, (Londres), 28 avril 1989, article 10 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Op. cit.*, articles 19(2)(g), 21(1)(h), 33(1)(a), 42(1)(d), 60(2).

<sup>243</sup> A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'*Aquarius*. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme*, *Op. cit.*, § 19.

<sup>244</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Op. cit.*, article 91(1).

<sup>245</sup> *Ibid.*, articles 92(1) et 90.

<sup>246</sup> *Ibid.*, article 97(3).

<sup>247</sup> V « Pourquoi le Panama veut retirer son pavillon à l'*Aquarius* ? », *Le Monde*, 22 septembre 2018 (mis à jour le 23 septembre 2018), disponible : [https://www.lemonde.fr/a-bord-de-l-aquarius/article/2018/09/22/le-panama-veut-retirer-son-pavillon-a-l-aquarius\\_5358834\\_4961323.html](https://www.lemonde.fr/a-bord-de-l-aquarius/article/2018/09/22/le-panama-veut-retirer-son-pavillon-a-l-aquarius_5358834_4961323.html) ; A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'*Aquarius*. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme*, *Op. cit.*, § 19 L. HEMMERLÉ,

« L'*Aquarius* », un bateau pirate ? Quatre questions sur l'imbroglie juridique qui menace le navire humanitaire », *France Info*, 24 septembre 2018, disponible : [https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/migrants/aquarius/l-aquarius-un-bateau-pirate-quatre-questions-sur-l-imbroglie-juridique-qui-menace-le-navire-humanitaire\\_2954663.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/migrants/aquarius/l-aquarius-un-bateau-pirate-quatre-questions-sur-l-imbroglie-juridique-qui-menace-le-navire-humanitaire_2954663.html). L'*Aquarius* – navire humanitaire de SOS Méditerranée et Médecins Sans Frontières – subit en 2018 deux retraits successifs de la part de Gibraltar et du Panama, le premier en raison de l'absence de délivrance de l'autorisation de Gibraltar à ce que le navire opère des opérations de sauvetage. Le second étant intervenu à la suite d'un signalement italien dénonçant des infractions de la part du navire aux lois relatives à l'immigration et à l'asile, le capitaine du navire ayant refusé de retourner les migrants vers le pays duquel ils étaient arrivés en mer. Un tel débarquement en Libye aurait contrevenu à l'obligation du capitaine de navire de débarquer les personnes secourues en lieu sûr, la Libye ne pouvant pas être reconnue comme un lieu sûr.

<sup>248</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Op. cit.*, article 110(1)(d) ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre le trafic de migrants par terre, air et mer, *Op. cit.*, article 8(7).

<sup>249</sup> A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'*Aquarius*. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme*, *Op. cit.*, § 19.

de l'immigration<sup>250</sup> – son passage en mer territoriale n'est plus considéré comme inoffensif<sup>251</sup>. Partant, l'État côtier dispose du droit de procéder à des arrestations à bord<sup>252</sup>. Cependant, comme plusieurs auteurs le dénoncent, un navire transportant des migrants clandestins qui se contentent seulement de traverser les eaux territoriales sans l'intention d'y rester ne peut être considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier<sup>253</sup>.

Toutes ces mesures et possibilités offertes par le Droit de la mer aux États engendrent, en pratique, l'impossibilité pour tout navire de porter assistance aux embarcations en détresse de migrants alors même qu'ils en reçoivent les appels de détresse. Certes, l'immigration clandestine recouvre une variété de phénomènes rendant son appréhension par les autorités parfois complexe et, certes, lutter contre l'immigration clandestine relève de la souveraineté d'Etat<sup>254</sup>. Cependant, cela ne peut en aucun cas aboutir à porter atteinte au droit de toute personne persécutée dans son pays de fuir pour demander une protection internationale là où le droit d'asile est garanti<sup>255</sup>.

## 2. L'obligation de secours en mer : un droit individuel en devenir ?

Si le migrant clandestin ne dispose pas de statut juridique propre, lui conférant une protection en raison de cette nature propre, il n'est pas pour autant dénué de tout droit. En effet, le principe de non-discrimination défini par les instruments internationaux de protection des droits humains<sup>256</sup> implique que toute personne, quels que soient sa nationalité<sup>257</sup> ou son statut, a droit à la protection de ses droits fondamentaux. Même si, en principe, les individus ne sont pas sujets du Droit de la mer, la hausse de la présence humaine en mer engendre la question de l'applicabilité des droits de l'homme en mer<sup>258</sup>.

La jurisprudence *Hirsi Jamaa* de la Cour EDH<sup>259</sup> est très intéressante s'agissant de l'interconnexion entre l'obligation de secours et l'interdiction de traitements inhumains ou

---

<sup>250</sup> K. NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 128.

<sup>251</sup> Convention internationale de 1989 sur l'assistance, *Op. cit.*, article 10 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Op. cit.*, article 19.

<sup>252</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Op. cit.*, article 27(2).

<sup>253</sup> K. NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, pp. 128-129. L'auteure cite notamment G. BASTID-BURDEAU et R. CASADO RAIGON.

<sup>254</sup> *Ibid.*, pp. 125, 127.

<sup>255</sup> V. Assemblée générale, 2006, Nations Unies, *Résumé du Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement*, Note de la Présidente de l'Assemblée générale, A/61/515, 13 octobre, § 17.

<sup>256</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, *Op. cit.*, article 7 ; Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, *Op. cit.*, article 26.

<sup>257</sup> V. Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, (New-York), 7 mars 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195, article 1(3).

<sup>258</sup> S. TREVISANUT, « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », *Les droits de l'homme et la mer - Actes du colloque du Mans, 24 et 25 mai 2018*, H. RASPAIL (dir.), *Op. cit.*, p. 162.

<sup>259</sup> CEDH [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09.

dégradants et l'interdiction de l'expulsion collective. Les faits de l'affaire concernent l'interception au large de l'île de Lampedusa de onze ressortissants somaliens et treize ressortissants érythréens ayant embarqué depuis la Libye pour rejoindre les côtes italiennes, et ayant donc été renvoyés en Libye<sup>260</sup>. Après avoir reconnu les requérants relevaient de la juridiction de l'Italie lors des faits<sup>261</sup>, la Cour conclut notamment à la violation de l'article 3 de la Convention<sup>262</sup> – pour traitements inhumains et dégradants – et à l'article 4 du Protocole 4 additionnel à la Convention<sup>263</sup> – pour expulsion collective. Dans son appréciation, la Cour considère que l'obligation de secours en mer doit être réalisée en toute conformité avec le droit international et notamment le principe de non-refoulement<sup>264</sup>.

Par ailleurs, le droit à la vie est largement en jeu dans le contexte du sauvetage en mer<sup>265</sup>. En tant qu'obligation étatique en vertu de l'article 2 de la Convention EDH et l'article 6 du Pacte international pour les droits civils et politiques (ci-après « PIDCP »), cette interconnexion permet d'entrevoir plus précisément ce qui est attendu dans le sauvetage en mer. En effet, la Cour de Strasbourg considère que le droit à la vie résulte à la fois d'une obligation négative – de ne pas causer directement la mort – mais aussi d'une obligation positive – de prendre toutes mesures pour protéger la vie des personnes placées sous la juridiction de l'État<sup>266</sup>. Donc, l'Union européenne, en criminalisant les capitaines de navires pour le fait de porter secours aux embarcations de migrants clandestins et pour le fait de débarquer les personnes secourues dans leurs ports, les forçant matériellement à les débarquer dans des ports à la qualification de lieu sûr douteuse, et *in fine* en les dissuadant de remplir leurs obligations en vertu du Droit de la mer, contrevient à l'article 2 de la Convention EDH.

Par conséquent, en pratique et en droit, il existe une véritable interconnexion entre les droits de l'Homme et l'obligation de porter secours. C'est pourquoi le Comité des droits de l'Homme s'est déjà saisi de ces catastrophes humanitaires en alléguant la violation du respect du droit à la vie et de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants<sup>267</sup>. Si la compétence d'un tel organe est juridiquement contestable, elle n'en demeure pas moins la seule réponse juridique apportée à cette situation de fait humainement catastrophique. Son caractère

---

<sup>260</sup> CEDH [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, *Op. cit.*, §§ 9-12.

<sup>261</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>262</sup> *Ibid.*, § 158.

<sup>263</sup> *Ibid.*, § 186.

<sup>264</sup> *Ibid.*, § 134. Ainsi la violation de l'article 3 a notamment été démontrée.

<sup>265</sup> E. PASTAVRIDIS, « Rescuing migrants at sea and the law of international responsibility », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), Routledge, 2017, pp. 161-190, p. 166.

<sup>266</sup> CEDH [GC], *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, req. n°23452/94, § 115.

<sup>267</sup> V. Comité des droits de l'homme., décision *The authors and S.A et al. v. Malta*, 19 mai 2017, communication n°3043/2017, CCPR/C/128/D/3043/2017 ; Comité des droits de l'homme., constatations *The authors and S.A et al. v. Italia*, 19 mai 2017, communication n°3042/2017, CCPR/C/130/D/3042/2017.

palliatif est imparfait et légitime donc la recherche d'une alternative juridique que pourrait incarner la reconnaissance d'un droit à être secouru, afin qu'un recours fondé sur le droit à la vie aux personnes concernées en cas de défaillance puisse être ouvert<sup>268</sup>. Encore faut-il qu'un tel droit soit reconnu par des textes qui lient l'Union ou, à tout le moins, une partie substantielle non négligeable – pour ne pas dire la totalité – des États membres de l'Union. En tout état de cause, sans cette reconnaissance, les vies humaines perdues en mer demeureront sous le glas de l'impunité.

Par conséquent, le régime de contrôle pré-frontalier principalement organisé par le Code Frontières Schengen, la Politique Commune de Visa, la réglementation de sanctions aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, représente le « *système de blocage du flux migratoire le plus explicite*<sup>269</sup> » par son esprit – lutter contre l'immigration irrégulière – et ses effets. Ainsi la présente étude soulève-t-elle des pistes d'illicéité de ce régime au droit international public, et particulièrement quant au Droit de la Mer et au Droit international des Réfugiés.

Pour pallier aux potentielles failles de cette réglementation d'anticipation, vient au surplus une réglementation de réaction lorsque les migrants clandestins et demandeurs de protection internationale sont parvenus à entrer sur le territoire de l'Union européenne. Également, certains de aspects de cette partie de la politique migratoire européenne questionnent fortement sa compatibilité au droit international public.

---

<sup>268</sup> S. TREVISANUT, « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », in *Les droits de l'homme et la mer - Actes du colloque du Mans, 24 et 25 mai 2018*, H. RASPAIL (dir.), *Op. cit.*, p. 163.

<sup>269</sup> [Traduit de l'anglais] : « *the most explicit blocking mechanism for asylum flows* » ; V. V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 117.

## **Chapitre 2 : Une réglementation de réaction - La répartition avec le régime Dublin et la réadmission avec la Directive « Retour »**

La réaction suggère la prise en charge des demandeurs d'asile et des migrants clandestins arrivés sur le territoire. Pour se faire, la politique migratoire européenne se compose d'une part d'un système de répartition avec le Règlement Dublin III qui n'est que l'œuvre d'un renouvellement perpétuel d'un régime attentatoire aux droits fondamentaux en pratique (Section 1). D'autre part, elle se compose d'un système de réadmission avec la Directive « Retour » qui met en place un régime lacunaire, de sorte qu'il est instrumentalisé par les Etats, et que sa mise en œuvre porte atteinte aux droits fondamentaux (Section 2).

### Section 1 : La répartition selon le Règlement Dublin III ou l'œuvre d'un renouvellement perpétuel d'un régime attentatoire aux droits fondamentaux en pratique

Le Règlement Dublin III, en tant que troisième version du système de répartition des responsabilités entre les Etats membres de la charge des demandes d'asile, n'est pas parvenu à être à la hauteur des espoirs d'une réglementation enfin respectueuse des droits des demandeurs d'asile en pratique (I). Les regards se tournent donc désormais vers la quatrième version de ce régime qui offre comme perspective une rationalisation du système au travers du prisme de la lutte contre l'immigration clandestine (II).

#### I. La refonte avec Dublin III : l'espoir déchu d'une réglementation enfin respectueuse des droits des demandeurs d'asile

Alors que le Règlement Dublin III était supposé être le troisième prototype palliatif d'un système en crise (A), il semble que sa mise en œuvre engendre la pérennité des lacunes de la « *logique Dublin* » même et des violations subséquentes des droits des demandeurs d'asile (B).

##### A) Dublin III : le troisième prototype palliatif à un système en crise

Le Règlement Dublin III est donc la troisième version d'un système défaillant (1) duquel il a essayé d'apprendre pour améliorer la lettre du texte (2).

## 1. Les principes d'un système défaillant

Successivement à la Convention Dublin et au Règlement Dublin II, le Règlement Dublin III<sup>270</sup> reprend la logique de détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile en fonction d'une série de critères.

Afin de rendre le système de détermination de l'État responsable plus efficace, a été mise en place la base de données Eurodac<sup>271</sup> qui collecte le relevé des empreintes et du genre des demandeurs d'asile arrivés sur le territoire de l'Union européenne. Ces données sont classifiées selon si les ressortissants de pays tiers demandent une protection internationale<sup>272</sup>, ont été interpellés lors du franchissement irrégulier des frontières extérieures<sup>273</sup> ou séjournent illégalement sur le territoire d'un État membre<sup>274</sup>. A partir de cette classification, plusieurs critères, énumérés au Chapitre III du Règlement, sont propres à déterminer qui est l'État responsable. En pratique, il s'avère que le critère le plus souvent utilisé est celui de l'article 13 disposant qu'est responsable l'État membre par les frontières duquel le ressortissant d'un État tiers est entré (sur la base de preuves et d'indices). Ce système repose donc sur le principe de la confiance mutuelle entre tous les Etats membres. Ce principe suppose qu'ils partagent tous les valeurs énoncées à l'article 2 du TUE. Deux problèmes de mise en œuvre découlent directement de ce fonctionnement.

Le premier est que, depuis plusieurs années, l'Union européenne fait face à une « *crise des valeurs*<sup>275</sup> ». Dès lors, la présomption selon laquelle une demande d'asile peut aussi bien être traitée par un Etat membre de l'Union comme par un autre et ce, de manière équivalente en termes de protection des droits fondamentaux, d'Etat de droit et de dignité humaine, est complètement renversée. La Cour de Justice a effectivement été contrainte de le reconnaître :

---

<sup>270</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*

<sup>271</sup> 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 de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dit « Eurodac », *Op. cit.*

<sup>272</sup> *Ibid.*, article 9.

<sup>273</sup> *Ibid.*, article 14.

<sup>274</sup> *Ibid.*, article 17.

<sup>275</sup> C. RIZACALLAH, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°118, 2019, pp. 297-322, p. 298.

« la présomption [...], sous-tendant les réglementations en la matière, que des demandeurs d'asile seront traités de manière conforme aux droits de l'homme doit être considérée comme réfragable<sup>276</sup>».

Le second est que, considérant que le critère de l'article 13 est le plus utilisé, s'agissant des migrants arrivant par voie maritime, l'essentiel des demandes d'asile relève des premiers États méditerranéens, notamment l'Italie et la Grèce. Encore faut-il avoir les moyens matériels de prendre en charge toutes ces demandes tout en respectant les droits fondamentaux et les droits procéduraux des demandeurs d'asile.

En effet, la Cour de Strasbourg a été amenée à condamner conjointement la Belgique, pour le renvoi de demandeurs d'asile dits « dublinés » en Grèce, et la Grèce à cause de « défaillances structurelles » qui ont engendré l'incapacité de celle-ci à respecter ses obligations au titre de la Convention, dans sa célèbre jurisprudence *M.S.S. c. Belgique*. De telles défaillances avaient pour effet de priver les demandeurs d'asile de bénéficier d'une procédure d'examen en bonne et due forme et d'exercer un recours propre à être protégés d'une décision de renvoi dans leur pays d'origine<sup>277</sup>. En connaissance de ces défaillances, la Belgique n'aurait pas dû renvoyer les requérants vers la Grèce en application du Règlement Dublin II. Elle aurait dû considérer qu'un tel renvoi ne serait pas conforme aux obligations contenues dans la Convention EDH<sup>278</sup>. En effet, partant d'une jurisprudence constante, il appartient à l'État qui applique le système Dublin de vérifier au préalable que l'État intermédiaire offre des garanties suffisantes dans le cadre de la procédure d'asile, afin que le demandeur d'asile ne soit pas expulsé directement ou indirectement vers son pays d'origine où il craint des persécutions<sup>279</sup>. C'est ici une application de l'interdiction du principe de non-refoulement au Règlement Dublin<sup>280</sup>. La Cour EDH impose donc aux États contractants de contrevenir au principe de la confiance mutuelle dans le cadre de l'application du Règlement Dublin<sup>281</sup>. Ainsi la Cour a-t-elle révélé que la mise en œuvre Règlement Dublin II entraînait potentiellement le risque de porter atteinte au droit à un recours effectif<sup>282</sup> et à l'interdiction de traitements inhumains et

---

<sup>276</sup> CJUE [GC], *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, arrêt du 21 décembre 2011, C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, § 104.

<sup>277</sup> CEDH [GC], *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, §§ 300-304.

<sup>278</sup> *Ibid.*, § 340.

<sup>279</sup> *Ibid.*, § 342.

<sup>280</sup> G. VICINI. « The Dublin Regulation between Strasbourg and Bruxelles: Reshaping non-refoulement in the name of mutual trust? », *The Journal of Legal Studies*, vol. 8, n°2, January 2015, pp. 50-72, p. 59.

<sup>281</sup> CEDH [GC], *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *Op. cit.*, § 359.

<sup>282</sup> *Ibid.*, §§ 321, 396.

dégradants<sup>283</sup>. Par conséquent, les défaillances structurelles et systémiques rencontrées par les Etats sont un enjeu devant être pris en compte dans la lettre du Règlement Dublin III.

## 2. La prise en compte des défaillances dans la lettre de Dublin III

Ainsi semble-t-il que s'il y avait besoin de deux réformes de ce système Dublin – sans compter celle actuellement en discussion – ce n'est pas parce que la lettre du texte posait problème, mais plutôt parce que sa mise en œuvre engendrait la violation de droits fondamentaux. De ce fait, en principe, Dublin III a été repensé pour prendre en considération dans sa lettre des défauts de Dublin II.

Ce célèbre arrêt de la Cour EDH a initié la jurisprudence suivante de la Cour de Justice. Dans un célèbre arrêt *N.S.*, elle a reconnu, pour des faits similaires, en présence d'une défaillance systémique, que le Règlement Dublin II ne devait pas être appliqué dès lors qu'il engendre une incompatibilité avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union<sup>284</sup>, notamment l'article 4 de la Charte interdisant les traitements inhumains ou dégradants. Cependant, la Cour de Justice ne consacre pas une telle dérogation à l'application du système Dublin aussi ouverte que la Cour européenne. Elle tente, au contraire, tout en reconnaissant la nécessité de condamner une telle situation, de faire perdurer la logique du système Dublin<sup>285</sup>. Ceci constituait déjà un indice probant de l'échec que la réforme Dublin III allait être.

Désormais, l'article 3(2) du Règlement Dublin III prévoit l'exception de renvoi du demandeur d'asile dans l'État membre par les frontières duquel il est entré sur le territoire de l'Union, en présence de « *sérieuses raisons de croire qu'il existe dans cet État membre des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entraînent un risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la Charte* ». D'autres modifications du texte ont été opérées, tels que la prise en compte renforcée de l'intérêt de l'enfant et le respect de la vie familiale<sup>286</sup>, ou encore l'introduction des personnes à charge parmi les clauses discrétionnaires<sup>287</sup>. Encore faut-il que ces changements textuels soient suffisants pour pallier au potentiel illicite de la mise en œuvre de ce système.

---

<sup>283</sup> *Ibid.*, §§ 234, 264, 360, 368

<sup>284</sup> CJUE [GC], *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, *Op. cit.*, § 86.

<sup>285</sup> G. VICINI. « The Dublin Regulation between Strasbourg and Bruxelles: Reshaping non-refoulement in the name of mutual trust? », *The Journal of Legal Studies*, *Op. cit.*, p. 60.

<sup>286</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 6.

<sup>287</sup> *Ibid.*, article 16 ; S. PROGIN-THEUERKAUF, T. PHAN, *Droit européen de l'asile*, Stämpfli Editions, 2020, p. 140, § 187.

Sans suspens, ce potentiel illicite demeure avec Dublin III. Contrairement à ce qui avait été attendu, en 2014, 72% des demandes d’asile dans l’Union européenne ont été traitées par cinq États membres<sup>288</sup>. Quand bien même le Règlement en vigueur met fin à la présomption irréfragable du seuil de protection des droits fondamentaux suffisant et d’une procédure d’asile adéquate, il maintient la clause permettant le renvoi des demandeurs d’asile dans l’État par les frontières duquel ceux-ci sont entrés sur le territoire de l’Union. Par conséquent, compte-tenu du fait que le flux migratoire n’a pas tendance à diminuer – du moins suffisamment pour pallier aux difficultés des pays en première ligne – en particulier depuis la malnommée « *crise migratoire* » de 2015, des violations par la mise en œuvre du Règlement Dublin III demeurent. Par conséquent, le partage des responsabilités ne pourra pas être proportionné<sup>289</sup>.

## B) La pérennité des lacunes et des violations des droits des demandeurs d’asile par le Règlement Dublin III

Non seulement le Règlement Dublin III ne parvient pas à mettre fin aux défaillances de son prédécesseur en ce que la procédure de transfert demeure entachée de violations des droits fondamentaux et du droit d’asile (1), mais aussi parce qu’il renforce un cas d’irrecevabilité des demandeurs d’asile, le pays tiers sûr (2).

### 1. La pérennisation d’une procédure de transfert entachée de violations des droits fondamentaux et du droit d’asile

Si la prise en compte de la jurisprudence *N.S.* laissait présager un renouveau et un espoir quant aux droits des demandeurs d’asile, cette modification s’avère en pratique largement insuffisante. En effet, le seuil imposé par les « *défaillances systémiques* » n’empêche pas la remise d’un demandeur d’asile à un État désigné responsable qui connaît des conditions de prises en charge du demandeur d’asile (retards de procédure, conditions d’accueil) inférieures à celles d’autres États membres<sup>290</sup>. En effet, postérieurement à sa jurisprudence *M.S.S.*, la Cour EDH a déjà reconnu que le transfert d’un demandeur d’asile vers l’Italie n’emportait pas violation de l’article 3 de la Convention, en ce que, malgré des doutes raisonnables quant aux

---

<sup>288</sup> Commission européenne, *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*, (Bruxelles), 13 mai 2015, COM(2015) 240 final, p. 16.

<sup>289</sup> C. PETERSSON, « Recasting the Dublin Regulation - An analysis of the impact of the M.S.S. and N.S./M.E. judgments on the recast of the Dublin Regulation », *LUP Students Papers*, 4 April 2014 (mis à jour le 4 September 2014), available: <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/4353834>, p. 46.

<sup>290</sup> A. VENANT, « La réforme du RAEC et la protection des droits fondamentaux des demandeurs d’asile », in *Les réformes du droit de l’asile dans l’Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), Presses universitaires de Strasbourg, 2019, pp. 21-45, pp. 26-27.

capacités d'accueil en Italie, la condition de santé du demandeur d'asile n'est pas suffisamment grave pour que les conditions exigent de mettre fin au transfert<sup>291</sup>. Ainsi les transferts peuvent-ils être autorisés malgré des conditions d'accueil insatisfaisantes. Dès lors, tous les demandeurs d'asile, au sein de l'Union européenne, ne sont pas sur un pied d'égalité<sup>292</sup>.

Par ailleurs, la licéité de la mise en œuvre du Règlement Dublin III a également été contestée dans un contentieux concernant les pratiques de rétention. En vertu de l'article 28(2) du Règlement Dublin III, les États sont habilités à placer les « *dublinés* » en rétention dès lors qu'il existe un risque non négligeable de fuite – apprécié sur une base individuelle – et dès lors que le placement en rétention est proportionnel et qu'il n'existe aucune autre mesure moins coercitive pouvant être appliquée. La mise en œuvre de cette disposition a ouvert plusieurs contentieux.

D'une part, la Cour de Justice a déclaré que les indices propres à caractériser un risque de fuite doivent être définis par la législation nationale, et non par une jurisprudence constante d'un État membre, tel que c'était le cas dans l'affaire dont elle connaissait les faits<sup>293</sup>, et chose que le Règlement Dublin III ne précisait pas dans sa lettre. En l'espèce, les requérants avaient été placés en rétention après caractérisation d'un risque de fuite fondé sur le fait qu'ils ne disposaient pas d'hébergement ni de titre de séjour dans l'État accueillant en attendant leur transfert vers l'État responsable, et qu'ils auraient tenté de se rejoindre en Allemagne (pays européen tiers à la procédure) alors qu'ils avaient été placés dans un camp de réfugiés<sup>294</sup>.

D'autre part, le placement en rétention est également largement contesté quand il concerne des enfants. Les conditions de rétention sont prévues par la Directive « Accueil » par renvoi à l'article 28(4) du Règlement Dublin III. Ainsi, le placement en rétention des mineurs doit-il être une mesure de dernier ressort la plus courte possible<sup>295</sup>. Récemment, la Cour EDH a condamné la France pour les conditions de rétention d'une femme et son enfant, en application du Règlement Dublin III. La Cour a pris en considération l'âge du mineur (en l'espèce quatre mois), la durée de la rétention (en l'espèce jugée excessive) et le caractère adapté des locaux (en l'espèce inadaptés à l'accueil d'un nourrisson)<sup>296</sup>. Ainsi les conditions

---

<sup>291</sup> CEDH, *A.S. v. Switzerland*, 30 juin 2015, req. n° 39350/13, §§ 36-38. Même si cette affaire concerne encore le Règlement Dublin II, puisqu'elle fait application de la jurisprudence *M.S.S.*, elle demeure pertinente pour la démonstration parce qu'elle est l'application juridique du principe nouvellement acquis dans le Règlement Dublin III.

<sup>292</sup> A. VENANT, « La réforme du RAEC et la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, p. 27.

<sup>293</sup> CJUE, *Polície ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie c. Salah Al Chodor, Ajlin Al Chodor, Ajvar Al Chodor*, arrêt du 15 mars 2017, aff. C- 528/15, ECLI:EU:C:2017:213, §§ 45-46.

<sup>294</sup> *Ibid.*, § 16.

<sup>295</sup> 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, dit « Directive Accueil », *Op. cit.*, article 11(2).

<sup>296</sup> CEDH, *M.D. et A.D. c. France*, 22 juillet 2021, req. n°57035/18, §§ 63-70.

de rétention des requérants emportent violation de l'article 3 de la Convention<sup>297</sup>. De plus, la Cour conclut également à la violation de l'article 5(1) – exigeant la régularité de toute privation de liberté – en ce que le placement en détention en l'espèce n'était pas une mesure de dernier ressort à laquelle « aucune autre moins restrictive ne pouvait être substituée<sup>298</sup> ».

En outre, la possibilité même de placer des mineurs, accompagnés ou non accompagnés, en rétention administrative, est largement contestée par les organes internationaux de protection des droits de l'Homme. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies et le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ont notamment déclaré une position réfractaire au placement de mineurs étrangers en rétention<sup>299</sup>. Le Conseil de l'Europe et le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'Homme des migrants révèlent notamment les « sévères effets néfastes à court et long terme sur la santé physique et mentales des enfants » et qu'une telle pratique serait toujours contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>300</sup> reconnu par le droit européen<sup>301</sup> et le droit international<sup>302</sup>. Ainsi, en rappelant le caractère particulièrement vulnérable du fait d'être un mineur – d'autant plus étranger – la Commission nationale consultative des droits de l'homme en France (ci-après « CNCDH ») appelle les autorités françaises à ne pas recourir à la rétention des mineurs étrangers en privilégiant des alternatives conformes à la liberté de circulation<sup>303</sup>.

Ainsi la mise en œuvre du Règlement Dublin III a-t-elle, une nouvelle fois, entraîné la violation de droits fondamentaux des demandeurs d'asile.

---

<sup>297</sup> *Ibid.*, § 71.

<sup>298</sup> *Ibid.*, § 89.

<sup>299</sup> V. Comité des droits de l'enfant, observation générale n°6 (2005), traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/2005/6) ; Observation générale conjointe n°4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, et n°23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 16 novembre 2017, (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22), § 10 : « la détention en tant que mesure de dernier ressort n'est pas applicable dans les procédures relatives à l'immigration parce qu'elle entrerait en conflit avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et avec le droit au développement »

<sup>300</sup> Conseil de l'Europe, « Étude sur les pratiques de rétention des migrants et des alternatives à la rétention d'enfants migrants », (2017), p. 9 ; Human Rights Council, 2020, United Nations, *Ending immigration detention of children and providing adequate care and reception for them*, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, M. Felipe GONZALES MORALES, submitted in accordance with Assembly resolution 74/148 and Human Rights Council resolution 43/6, A/75/183, 20 July, § 13.

<sup>301</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 24(2) ; 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, préambule §§ 16, 24 et article 6(1) ; 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, dit « Directive Accueil », *Op. cit.*, article 23(1).

<sup>302</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, (New-York), 20 novembre 1989, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3, article 3(1).

<sup>303</sup> CNCDH, Avis relatif à la proposition de loi visant à encadrer strictement la rétention des familles avec mineurs : une occasion manquée, 24 septembre 2020, (A-2020-12), p. 10.

## 2. Le renforcement d'une clause d'irrecevabilité : le pays tiers sûrs

Non seulement l'incorporation à la lettre du Règlement de la jurisprudence *N.S* de la Cour de Justice n'est manifestement pas satisfaisante en pratique, mais aussi le Règlement réduit les chances des demandeurs d'asile en renforçant l'usage légitime de la clause d'irrecevabilité du pays tiers sûr. Celle-ci est invocable avant même que l'État membre cherche à appliquer les critères de détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile.

Le principe repose sur l'idée qu'un demandeur d'asile est renvoyé en dehors du territoire de l'Union européenne par un État membre dès lors qu'il provient d'un pays tiers réputé sûr<sup>304</sup>. En effet, conformément à la Directive « Procédure », une demande d'asile peut être déclarée irrecevable dès lors que le pays d'origine du demandeur est réputé « sûr<sup>305</sup> ». L'article 38(1) de la Directive poursuit sur la définition d'un pays tiers sûr comme celui pour lequel les États membres ont la certitude que le demandeur ne verra pas sa vie ou sa liberté mises à mal pour un des motifs de persécution prévus dans la Convention de 1951, ni exposé à de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants ou des atteintes graves, ni refoulé, et où il pourra solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et en bénéficier<sup>306</sup>.

Ainsi existerait-il des « vrais » et des « faux » demandeurs d'asile<sup>307</sup>. Certains s'acquitteraient d'un voyage au péril de leur vie pour demander une protection internationale dans l'Union européenne, alors que le pays de transit pourrait en lieu et place de l'Union les protéger. Si cette approche est éminemment douteuse dans l'esprit, elle a surtout en pratique une conséquence non négligeable qui est que l'État membre serait alors dispensé d'étudier la demande d'asile en question<sup>308</sup>. Reste encore à savoir quels pays sont réputés sûrs. Le problème est qu'il n'existe pas de liste harmonisée et commune à l'ensemble des États membres ; cette appréciation de pays tiers sûr relève à ce jour exclusivement des États membres. Ainsi la Turquie par exemple ferait partie de la liste de la Bulgarie et de la Grèce, mais d'aucune autre liste nationale, et figure pourtant sur la proposition de liste de la Commission européenne<sup>309</sup>.

<sup>304</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 3(3).

<sup>305</sup> 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, *Op. cit.*, article 33(2)(c).

<sup>306</sup> *Ibid.*, article 38(1)(a), (b), (c), (d), (e).

<sup>307</sup> A. VENANT, « La réforme du RAEC et la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, p. 27.

<sup>308</sup> 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, *Op. cit.*, préambule § 44.

<sup>309</sup> Commission européenne, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE*, (Bruxelles), 9 septembre 2015, COM(2015) 452 final ; « La Grèce déclare la Turquie « pays tiers sûr » pour les demandeurs d'asile de 5 pays dont la Syrie et l'Afghanistan », *Info Migrants*, 7 juin 2021 (mis à jour le 8 juin 2021), disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/32777/la-grece-declare-la-turquie-pays-tiers-sur-pour-les-demandeurs-d-asile-de-5->

Le projet suggère l'insertion des pays suivants à la liste : l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Macédoine, le Kosovo, le Monténégro, la Serbie.

La notion de pays tiers sûr est largement décrite sur la scène internationale. La CNCDH relève le paradoxe de l'incertitude du concept de sûreté<sup>310</sup>. En effet, la définition donnée par la Directive « Procédure » demeure suffisamment évasive pour laisser une marge de manœuvre aux États propres à entraîner un fort déséquilibre entre les demandeurs d'asile des différents États membres<sup>311</sup>. Elle relève également le caractère illusoire d'un recours contre cette décision d'irrecevabilité étant entendu que celle-ci fait peser la charge de la preuve sur le demandeur d'asile – déjà, par son statut familial à la vulnérabilité –, que le recours doit être introduit dans de très courts délais et que la preuve que le pays tiers en question n'est pas sûr semble très difficile à apporter, considérant le caractère vague de sa définition et l'appréciation nationale<sup>312</sup>. Ainsi invite-t-elle la France à ne pas recourir à ce concept et à faire abandonner son usage au niveau de l'Union européenne tant il a pour effet de vider de sa substance le droit d'asile<sup>313</sup>.

Ainsi l'usage de la notion de « *pays tiers sûr* » pourrait être instrumentalisée aux fins de « *gérer* » le flux migratoire, ce qui, encore une fois, aurait pour effet de vider de sa substance le droit de demander l'asile<sup>314</sup>. A cet effet, la lettre et la mise en œuvre du Règlement Dublin III à cet égard ne sont pas satisfaisantes au regard des exigences du droit international public.

Ainsi le Règlement Dublin III ne semble-t-il pas avoir échappé au sort fatidique de ses prédécesseurs : déception et refonte. Depuis 2016, les perspectives vers un « Dublin IV » nourrissent les espoirs d'une abolition du régime Dublin ou d'une amélioration redonnant à cet instrument unique de politique migratoire sa superbe, comme le laisse croire le discours sur l'état de l'Union de septembre 2020 d'Ursula Von der Leyen<sup>315</sup>. Entre pérennisation et changements brutaux, l'analyse de la licéité de ces dernières nouveautés en formation est indispensable.

---

[pays-dont-la-syrie-et-l-afghanistan](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_fr.pdf) ; Commission européenne, *Une liste UE des pays d'origine sûrs*, 2015, [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2\\_eu\\_safe\\_countries\\_of\\_origin\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_fr.pdf).

<sup>310</sup> CNCDH, Avis sur le concept de « pays tiers sûr », (Paris), 19 décembre 2017, p. 6.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>314</sup> FIDH, Communiqué de presse, « Les listes de « pays sûrs » de l'Union européenne : un déni du droit d'asile », le 25 mai 2016, disponible : <https://www.fidh.org/fr/themes/droits-des-migrants/les-listes-de-pays-surs-de-l-union-europeenne-un-deni-du-droit-d> ; EuroMed Rights, AEDH, FIDH, Rapport conjoint, « « Pays sûrs » : Un déni du droit d'asile », Mai 2016.

<sup>315</sup> « Immigration : la Commission européenne veut « abolir le règlement de Dublin », annonce sa présidente », *Le Monde*, 16 septembre 2020, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/16/sante-environnement-minorites-ursula-von-der-leyen-devoile-son-plan-de-bataille-pour-l-union-europeenne\\_6052412\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/16/sante-environnement-minorites-ursula-von-der-leyen-devoile-son-plan-de-bataille-pour-l-union-europeenne_6052412_3210.html) ; v. European Commission, « State of the Union Address by President von der Leyen at the European Parliament Plenary », [Online], discourse, 16 September 2020, available: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH\\_20\\_1655](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655).

## II. Les perspectives offertes par la proposition d'un « Dublin IV » : le renforcement du régime au moyen de la lutte contre l'immigration clandestine

Les perspectives offertes par le nouveau pacte européen sur la migration et l'asile et la nouvelle proposition de règlement de la Commission<sup>316</sup> ne sont pas une abolition mais une transformation du régime<sup>317</sup>. Celle-ci s'apprécie, d'une part, par une dynamique de rationalisation potentiellement au détriment du demandeur d'asile (A) et d'autre part, par l'inclusion de cet instrument de gestion migratoire unique dans un cadre commun pour la gestion de l'asile et de la migration (B).

### A) La rationalisation du système au péril des demandeurs d'asile ?

Rationaliser le système Dublin sous-tend la recherche d'une plus grande effectivité. Celle-ci apparaît être au profit d'une « *gestion efficace des flux migratoires* », d'un « *traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres* », ainsi que d'une « *prévention de la migration illégale et du trafic de migrants et une lutte renforcée contre ces phénomènes*<sup>318</sup> ». Dès lors, la prise en compte des droits fondamentaux des demandeurs d'asile au titre de la Convention de 1951 et, entre autres, de la Charte, ne fonde pas l'objectif de la refonte du système.

D'une part, cette nouvelle proposition met en évidence un raccourcissement drastique et quasi-systématique des délais : l'absence du demandeur d'asile sur le territoire n'est plus conditionné à une certaine durée pour être une cause de cessation de la responsabilité de l'État membre<sup>319</sup> ; lorsqu'un « *dubliné* » est placé en rétention, il ne dispose plus que de deux semaines, au lieu d'un mois, pour présenter une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge<sup>320</sup> ; le délai au-delà duquel la rétention ne peut pas aller dans l'attente du transfert est

<sup>316</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], (Bruxelles), 23 septembre 2020, COM(2020) 610 final.

<sup>317</sup> Même si leur appellation, contrairement à la proposition de refonte de 2016, n'est pas un changement sémantique à négliger.

<sup>318</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, préambule § 4.

<sup>319</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 19(2) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 27(1).

<sup>320</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 28(3) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 34(3).

réduit à quatre semaines, au lieu de six<sup>321</sup>. De la même manière, quand la proposition ne raccourcit pas les délais, elle les précise afin de définir un cadre strict : le recours contre une décision de transfert ne se fait plus dans un « *délai raisonnable* », mais dans un délai de deux semaines<sup>322</sup>.

D'autre part, accompagne cette rationalisation des délais la restriction de certains droits procéduraux des demandeurs d'asile : le recours contre la décision de transfert est désormais limité en substance à deux motifs, dont le risque de traitements inhumains et dégradants<sup>323</sup> –ce que la refonte de 2016 introduisait déjà<sup>324</sup> –, ce même recours n'est plus que suspensif si le « *dubliné* » a effectivement exercé son droit de le demander, alors qu'il était auparavant automatiquement enclenché par le recours contre la décision de transfert et que cela engendrait un droit à rester sur le territoire de l'État membre<sup>325</sup> ; dans le cadre d'échange d'informations entre les États membres, le droit du demandeur d'avoir accès aux informations traitées a été supprimé, de même que la précision d'un délai de conservation des données<sup>326</sup>.

Enfin, cette proposition maintient paradoxalement des dispositions qui font déjà l'objet de lourdes remises en question, telles que la disposition sur les défaillances systémiques propres à ne pas renvoyer le demandeur d'asile « *dubliné* » vers l'État membre désigné

---

<sup>321</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 28(3) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 34(3).

<sup>322</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 27(2) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 33(2).

<sup>323</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 33(1). Le seuil de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est particulièrement élevé. De ce fait, en réduisant à ce motif la substance du recours qui peut être introduit à l'encontre de la décision de transfert, la proposition de 2020 réduit les chances de voir ce recours aboutir favorablement quant à la demande.

<sup>324</sup> *Ibid.*, article 27(4).

<sup>325</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 27(3)(b) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 33(3). Cependant, la proposition de 2020 a réintroduit l'information du droit à demander un recours suspensif lors de la notification de la décision de transfert, chose que la refonte de 2016 avait supprimée à son article 27(4).

<sup>326</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 34(9), (11) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 40..

responsable<sup>327</sup>, ainsi que celle sur la pleine capacité des États membres à renvoyer le demandeur d’asile vers un pays tiers sûr<sup>328</sup>.

Ainsi semble-t-il que cette rationalisation du système entraîne la réduction des droits dont les demandeurs d’asile « *dublinés* » disposent avec le Règlement Dublin III en vigueur. Et pourtant, du même coup, telle que la proposition de 2016 l’amenait déjà<sup>329</sup>, la proposition de 2020 ajoute une disposition sur les obligations du demandeur d’asile et une autre sur les conséquences du non-respect de celles-ci. À ce titre, sous peine d’être privé des conditions matérielles d’accueil<sup>330</sup>, le demandeur a l’obligation, entre autres, de coopérer avec les autorités dans le processus de détermination de l’État responsable et de se conformer à la décision de transfert<sup>331</sup>.

#### B) L’inclusion de cet instrument de gestion migratoire unique dans un cadre commun pour la gestion de l’asile et de la migration

Rationaliser le système Dublin sous-tend également de pleinement l’introduire dans un cadre commun pour la gestion de l’asile et de la migration. Ainsi cet instrument si spécifique à la gestion migratoire de l’Union européenne se verra-t-il fondu dans un ensemble pour plus de cohérence, pour accroître son efficacité et pour (enfin) mettre en œuvre un véritable système de solidarité. Dans cette logique, puisque la proposition de 2020 reprend certaines des avancées de la proposition de 2016, cette dernière est retirée<sup>332</sup>. Toutefois, puisque celle-ci aura été une base de travail pour l’élaboration de la proposition de 2020, il convient de revenir sur le

---

<sup>327</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 3(2) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l’asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 8(3).

<sup>328</sup> 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 3(3) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l’asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 8(5).

<sup>329</sup> Commission européenne, 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 ressortissants de pays tiers (refonte), (Bruxelles), 4 mai 2016, COM(2016) 270 final, articles 4, 5.

<sup>330</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l’asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 10(1).

<sup>331</sup> *Ibid.*, article 9(3), (5).

<sup>332</sup> *Ibid.*, § 1.2.

mécanisme de clé de référence qu'elle avait élaboré en tant que solution à l'engorgement des pays en première ligne du flux migratoire.

Ce mécanisme fonctionnait sur le principe de la prise en compte des capacités de chaque État membre grâce à une clé de référence (établie à partir de la taille de la population et du PIB total<sup>333</sup>). À cet effet, dès lors qu'un État membre a atteint son seuil de capacité, les demandeurs d'asile « *en trop* » seront transférés vers un ou des États membres étant en capacité de les accueillir – capacité déterminée par la clé de référence –, lesquels engageront ensuite la procédure de détermination de l'État responsable, et à leur transfert dans ces États responsables le cas échéant<sup>334</sup>. La recherche de rationalisation avec le développement de cet instrument correctif, dès lors qu'un État membre fait face à un nombre disproportionné de demandes d'asile à sa charge, laisse dubitatif. En effet, non seulement il semble que les démarches administratives sont multipliées, mais surtout il se peut toujours qu'en vertu des critères de détermination de l'État responsable, ce soit l'État d'entrée qui soit l'État vers lequel le demandeur d'asile est *in fine* renvoyé après ces divers transferts<sup>335</sup>. Or, ce sont les États d'entrée qui sont les plus exposés à une charge importante de demandes d'asile à traiter devant leurs autorités nationales. De plus, comme la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour de Justice en témoigne, l'exception due aux défaillances systémiques pose un seuil de gravité suffisamment haut pour ne pas englober la totalité des difficultés plus ou moins importantes rencontrées par les États membres dans la gestion interne des demandeurs d'asile sous leur responsabilité.

C'est sans doute pourquoi la proposition de 2020 ne conserve pas à la lettre ce système. Celle-ci se vante de la mise en place de mécanismes de solidarité dans une Partie VI consacrée exclusivement à cet effet<sup>336</sup>. Le système de clé de référence est maintenu sous la nouvelle appellation de « *clé de répartition* » calculée à partir des mêmes facteurs<sup>337</sup>. Cette solidarité est cependant élargie. Elle s'intéresse aux débarquements faisant suite aux opérations de recherche

---

<sup>333</sup> Commission européenne, 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 (refonte), *Op. cit.*, article 35(2)(a), (b).

<sup>334</sup> *Ibid.*, article 36.

<sup>335</sup> *Ibid.*, article 15 ; 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 (refonte), dit « Dublin III », *Op. cit.*, article 13(1) ; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 21.

<sup>336</sup> Dans le Règlement Dublin III, le terme « solidarité » apparaît quatre fois dans le préambule et une fois seulement dans le corps des dispositions applicables à l'article 33(4) s'agissant du « Mécanisme d'alerte rapide, de préparation et de gestion de crise ».

<sup>337</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »], *Op. cit.*, article 54.

et de sauvetage<sup>338</sup>, aux situations de pression migratoire<sup>339</sup> et à la prise en charge des retours<sup>340</sup>. Un forum sur la solidarité chapeaute ce système pour son bon fonctionnement<sup>341</sup>. Même si cette réflexion ne peut être que prospective, il semble que l'approche solidaire soit enfin au goût du jour de la politique migratoire européenne. En revanche, il semble raisonnable de douter sur l'amélioration de la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile dans ce nouveau système, considérant le fait que l'expression « *droits fondamentaux* » n'apparaît qu'une seule fois dans ce long chapitre pour désigner le nom de l'Agence produisant les rapports sur la base desquels l'évaluation de la pression migratoire est en partie faite<sup>342</sup>.

Par conséquent, les perspectives offertes par un « Dublin IV » paraissent décevantes quand il s'agit de la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, quand bien même la solidarité entre les États membres y semblerait renforcée. Celle-ci servirait plutôt la lutte contre l'immigration clandestine. A cet effet, une très grande place est également allouée aux procédures de retour encadrées par la Directive « Retour » dès lors que la demande d'asile est jugée irrecevable sur le territoire.

---

<sup>338</sup> *Ibid.*, article 47.

<sup>339</sup> *Ibid.*, article 51(3)(b) lu conjointement avec articles 45(1), 52(1), (3), (5).

<sup>340</sup> *Ibid.*, article 55.

<sup>341</sup> *Ibid.*, article 46.

<sup>342</sup> *Ibid.*, article 50(4)(i).

Section 2 : La réadmission par la Directive « Retour » : l'instrumentalisation d'un régime lacunaire de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux

Le texte même de la Directive « Retour » n'est pas en lui-même intrinsèquement illicite au regard du droit international public. En revanche, partant d'un texte sans conteste équivoque et insuffisant, sa mise en œuvre a nécessairement un fort potentiel illicite. En effet, les contours de certaines dispositions sont tellement incertains que cela ouvre la voie de l'instrumentalisation du régime au service de la lutte contre l'immigration clandestine (I). Par voie de conséquence, les juridictions européennes tentent d'opérer un redressement afin que soient respectés les droits fondamentaux des migrants (II).

I. La Directive « Retour » : un régime équivoque et insuffisant permettant son instrumentalisation au service de la lutte contre l'immigration clandestine

L'instrumentalisation de la Directive « Retour » se faisant au service de la lutte contre l'immigration clandestine est permise par la souplesse du champ *ratione personae* de la Directive (A) ainsi que par un régime de placement en rétention lacunaire (B).

A) La souplesse du champ *ratione personae* de la Directive

Comme le premier paragraphe du préambule de la Directive « Retour » le stipule, celle-ci s'inscrit dans la dynamique générale du Conseil européen de Tampere qui identifie dans l'approche globale migratoire européenne la lutte contre l'immigration clandestine. Cet objectif général de la politique migratoire européenne sert de base d'interprétation raisonnable de la directive alors que les contours de certaines de ses dispositions sont flous. La pratique révèle que les lacunes textuelles du texte sont instrumentalisées par les États membres afin de réaliser cet objectif de lutter contre l'immigration irrégulière<sup>343</sup>.

Compte-tenu de cet objectif, la précision du champ d'application *ratione materiae* est impérative pour que les demandeurs d'asile ne fassent pas l'objet de procédure de retour vers un pays tiers. En effet, l'immigration contemporaine est principalement le fait de mouvements clandestins. Ainsi la lutte contre l'immigration clandestine est-elle dangereuse puisqu'elle inclut nécessairement les demandeurs d'asile.

---

<sup>343</sup> M-L BASILIEN-GAINCHE, « Rétention des migrants et mesures d'éloignement. Lumières et ombres portées par la CJUE sur la directive « Retour » », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, [En ligne], n°13, 2015, pp. 89-102, <https://journals.openedition.org/crdf/1218#ftn29>, § 38.

Sans surprise, le préambule précise que le demandeur d'asile ne doit pas être considéré comme un ressortissant de pays tiers en situation irrégulière<sup>344</sup>. Par conséquent, la Directive est sensée s'appliquer sans préjudice de la réglementation communautaire en matière d'immigration et d'asile plus favorable<sup>345</sup>. Ce sont les uniques mentions au demandeur d'asile. En termes de protection des demandeurs d'asile, la quasi-absence du demandeur d'asile dans la lettre du texte est hautement problématique considérant le but et les implications de la Directive « Retour » : la lutte contre l'immigration clandestine et le renvoi vers un pays tiers.

Il apparaît immédiatement que la définition du champ d'application *ratione personae* est insuffisante. Aucune disposition de la directive n'exclut *stricto sensu* le demandeur d'asile du champ d'application *ratione personae*. Cette souplesse du texte a ainsi mené à la situation où un ressortissant turc, placé en rétention en République Tchèque dans l'attente de son éloignement administratif en application de la présente directive, soit maintenu en rétention alors qu'il a introduit une demande d'asile<sup>346</sup>. La Cour de Justice, saisie d'une question préjudicielle, a dû préciser que la Directive « Retour » n'est pas applicable aux demandeurs de protection internationale depuis l'introduction de la demande jusqu'à son rejet définitif<sup>347</sup>.

L'exemple brûlant de la prise de pouvoir par les Talibans en Afghanistan est d'ores et déjà pertinent pour apprécier cette lacune. Alors que la situation humanitaire et sécuritaire s'aggravait de jour en jour depuis le retrait définitif des Etats-Unis<sup>348</sup>, plusieurs Etats membres ont suspendu la procédure de retour vers l'Afghanistan<sup>349</sup>, tandis que d'autres ont demandé à l'exécutif de l'Union de maintenir la procédure de retour des afghans<sup>350</sup>. Considérant que l'Allemagne et les Pays-Bas ont dû à cet effet conclure un moratoire<sup>351</sup>, et que cette position

<sup>344</sup> 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, *Op. cit.*, préambule § 9.

<sup>345</sup> *Ibid.*, article 4(2).

<sup>346</sup> CJUE, *Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, arrêt du 30 mai 2013, aff. C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343, §§ 23-29.

<sup>347</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>348</sup> V. « Afghanistan : face à la progression fulgurante des talibans, Etats-Unis et Royaume-Uni envoient des soldats évacuer leurs ambassades », *Libération*, 13 août 2021, disponible : [https://www.liberation.fr/international/moyen-orient/afghanistan-face-a-la-progression-fulgurante-des-talibans-etats-unis-et-royaume-uni-envoient-des-soldats-evacuer-leurs-ambassades-20210813\\_PPTGYUTCUNENTFE2PPAWBCYHWI/](https://www.liberation.fr/international/moyen-orient/afghanistan-face-a-la-progression-fulgurante-des-talibans-etats-unis-et-royaume-uni-envoient-des-soldats-evacuer-leurs-ambassades-20210813_PPTGYUTCUNENTFE2PPAWBCYHWI/).

<sup>349</sup> « L'Allemagne et les Pays-Bas suspendent les expulsions de migrants vers l'Afghanistan », *Le Monde*, 11 août 2021, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/11/l-allemande-et-les-pays-bas-suspendent-les-expulsions-de-migrants-vers-l-afghanistan\\_6091197\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/11/l-allemande-et-les-pays-bas-suspendent-les-expulsions-de-migrants-vers-l-afghanistan_6091197_3210.html).

<sup>350</sup> « Union européenne : six Etats demandent à Bruxelles de maintenir les expulsions de migrants afghans, malgré l'avancée des talibans », *Franceinfo*, 10 août 2021, disponible : [https://www.francetvinfo.fr/monde/afghanistan/union-europeenne-six-etats-demandent-a-bruxelles-de-maintenir-les-expulsions-de-migrants-afghans-malgre-l-avancee-des-talibans\\_4733681.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/afghanistan/union-europeenne-six-etats-demandent-a-bruxelles-de-maintenir-les-expulsions-de-migrants-afghans-malgre-l-avancee-des-talibans_4733681.html).

<sup>351</sup> « L'Allemagne et les Pays-Bas suspendent les expulsions de migrants vers l'Afghanistan », *Le Monde*, 11 août 2021, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/11/l-allemande-et-les-pays-bas-suspendent-les-expulsions-de-migrants-vers-l-afghanistan\\_6091197\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/11/l-allemande-et-les-pays-bas-suspendent-les-expulsions-de-migrants-vers-l-afghanistan_6091197_3210.html).

ne fait pas l'unanimité parmi les Etats membres<sup>352</sup>, force est de constater que l'arrêt des retours n'a pas pour base légale la Directive « Retour ». Celle-ci prévoit uniquement un « *report de l'éloignement* », soit au visa du principe de non-refoulement, soit au visa des moyens de l'Etat ou de l'état de santé du ressortissant de pays tiers faisant l'objet de la décision de retour<sup>353</sup>. Aucune indication n'est donnée sur la durée du report. Il n'existe aucune dérogation permettant l'annulation de la décision de retour. Force est de constater que cette disposition est, à elle-même, largement insuffisante quant à la situation actuelle des afghans qui risquent certainement des persécutions s'ils retournent en Afghanistan. Ceci est d'autant plus inquiétant compte-tenu de la récente déclaration conjointe entre l'Union européenne et l'Afghanistan visant la facilitation du retour des nationaux afghans vers l'Afghanistan<sup>354</sup>.

Malheureusement, pour l'heure, cette défaillance textuelle n'a pas suscité de réactions des institutions européennes, alors que le HCR appelle impérativement à l'arrêt des retours vers l'Afghanistan en application de la réglementation européenne<sup>355</sup>. Seuls deux communiqués de presse du Conseil font expressément état de la détérioration des conditions humanitaires et des violations graves des droits de l'homme, mais tout en laissant planer un silence dérangeant sur la politique de retour<sup>356</sup>. La responsabilité de respecter les droits de l'homme et le droit international public est au contraire reléguée aux Talibans. En revanche, un communiqué de presse conjoint à la communauté internationale, dont le représentant des affaires étrangères de l'Union européenne, fait état de l'engagement de la communauté à supporter, respecter et faciliter le départ des Afghans du pays en assurant l'ouverture des frontières<sup>357</sup>.

---

<sup>352</sup> « L'expulsion de migrants afghans divise l'Europe », *Les Echos*, 12 août 2021, disponible : <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/la-france-annonce-avoir-suspendu-les-expulsions-de-migrants-vers-lafghanistan-1338471>

<sup>353</sup> 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, *Op. cit.*, article 10(1), (2).

<sup>354</sup> Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, 26 April 2021, available: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:en:PDF>.

<sup>355</sup> UNHCR, *UNHCR position on returns to Afghanistan*, August 2021, §§ 7-9.

<sup>356</sup> Conseil de l'Union européenne, « Afghanistan: déclaration du haut représentant au nom de l'Union européenne », communiqué de presse n° 645/21, 17 août 2021, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/08/17/afghanistan-declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union/> ; Conseil de l'Union européenne, « Afghanistan: déclaration conjointe sur la situation des femmes et des filles », communiqué de presse n° 647/21, 18 août 2021, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/08/18/afghanistan-joint-statement-on-the-situation-of-women-and-girls/>.

<sup>357</sup> European Union External Service, « Afghanistan : Joint statement of the international community on the latest developments », joint statement, Brussels, Washington, 16 August 2021, 210816\_1, available : [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage\\_en/103053/Afghanistan:%20Joint%20statement%20of%20the%20international%20community%20on%20the%20latest%20developments](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/103053/Afghanistan:%20Joint%20statement%20of%20the%20international%20community%20on%20the%20latest%20developments).

## B) Un régime de placement en rétention lacunaire

Alors que l'article 15(1) de la directive circonscrit le recours à la rétention à un usage subsidiaire quant à l'existence de toute autre mesure suffisante et moins coercitive, semble-t-il que la Directive a, là aussi, échoué à encadrer strictement la pratique<sup>358</sup>. Une nouvelle fois, encore eut-il fallu, définir clairement les motifs permettant le placement en rétention. Or, à la lecture de la Directive, il est difficile de considérer que les deux motifs de placement en rétention – à savoir le risque de fuite et la non soumission du ressortissant de pays tiers à la préparation de l'éloignement<sup>359</sup> – disposent d'un encadrement clair.

Tout d'abord, ce qu'il faut relever du comportement du ressortissant de pays tiers pour considérer qu'il évite ou empêche la procédure n'est pas défini, et la définition du risque de fuite faite par la directive est tautologique<sup>360</sup>. Cette imprécision souffre en addition que la disposition ne mentionne ni le critère de la nécessité, ni celui de la proportionnalité, lors de la prise de décision. Seul le préambule mentionne à trois reprises le principe de proportionnalité<sup>361</sup>. Or, quand bien même le préambule définit l'esprit du texte et en est donc une référence interprétative importante, il n'en demeure pas moins qu'elle ne dispose d'aucune force obligatoire. Or, selon le HCR, la privation de liberté dans le contexte migratoire est considérée arbitraire dès lors qu'elle n'est pas justifiée par les principes de nécessité et de proportionnalité<sup>362</sup>.

Considérant que la directive ne définit pas clairement les motifs de placement en rétention, et qu'elle n'enjoint pas non plus les États membres à le faire, sans cette clarté nécessaire à la sécurité juridique, il est difficile de croire que le recours à la rétention n'est pas la règle, au lieu d'être l'exception<sup>363</sup>. Or, une interprétation aussi large est propre à porter atteinte à l'exigence d'une appréciation individuelle<sup>364</sup>. Il faut alors emprunter à la jurisprudence relative au Règlement Dublin III ses apports pour comprendre un peu mieux les contours du risque de fuite. Même si la Cour de Justice semble se ranger derrière la marge

<sup>358</sup> I. MAJCHER, « The European Union Returns Directive: Does it Prevent Arbitrary Detention ? », *Oxford Monitor of Forced Migration*, vol. 3, n° 2, 2013, pp. 23-31, p. 24.

<sup>359</sup> 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, *Op. cit.*, article 15(1)(a), (b) : « le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement. ».

<sup>360</sup> *Ibid.*, article 3(7) : « « risque de fuite » : le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite ».

<sup>361</sup> *Ibid.*, préambule §§ 13, 16, 20.

<sup>362</sup> Comité des droits de l'homme, *A. v. Australia*, 30 April 1997, communication n°560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, § 9(2).

<sup>363</sup> I. MAJCHER, « The European Union Returns Directive: Does it Prevent Arbitrary Detention ? », *Oxford Monitor of Forced Migration*, *Op. cit.*, p. 24 ; Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre de la directive sur le retour (2019/2208(INI)), Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, 2 décembre 2020, A9-0238/2020, p. 7.

<sup>364</sup> Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre de la directive sur le retour (2019/2208(INI)), *Op. cit.*, p. 9.

nationale d'appréciation des États quant à la définition du risque de fuite<sup>365</sup>, elle précisera quand même que le fait de se soustraire délibérément aux autorités nationales opérant le transfert est propre à caractériser ce risque<sup>366</sup>. Parallèlement, le second motif de placement en rétention de la directive – à savoir éviter ou empêcher la réalisation de la procédure – souffre d'encore plus d'obscurité. Ainsi une très large marge d'appréciation est-elle laissée aux États quant au bien-fondé du placement en rétention.

S'agissant du premier motif, la France prévoit alors dans sa législation onze cas autonomes propres à caractériser un « *risque non négligeable de fuite* », dont le fait d'avoir été débouté<sup>367</sup>. Ainsi la rétention peut-elle être décidée dès lors qu'un demandeur d'asile n'obtient pas la protection internationale devant les instances administratives et judiciaires françaises, ce qui est loin de caractériser une circonstance exceptionnelle ou une appréciation individuelle. S'agissant du second motif, l'effort de définition semble encore plus rare considérant la législation grecque notamment<sup>368</sup>. A cet égard, la proposition de refonte de la Directive de 2018<sup>369</sup> ne semble pas, à première vue, entraîner une amélioration du régime favorable aux droits des migrants irréguliers. En effet, si le nouvel article 6(1) énonce seize motifs propres à établir le risque de fuite – ce qui serait de nature à faire tomber l'argument de défaut de sécurité juridique – certains de ces motifs semblent extrêmement permissifs. Par exemple, est compté parmi ces motifs l'« *entrée irrégulière sur le territoire des États membres*<sup>370</sup> ».

Enfin, la pratique des États quant au placement en rétention ne respecte pas l'esprit de la Directive « Retour », non seulement parce qu'elle tend à être systématique mais également parce qu'elle ne permet pas d'améliorer l'effectivité de la procédure de retour<sup>371</sup>. Or, l'objectif de la Directive est l'établissement d'une politique de retour effective<sup>372</sup>.

Les perspectives offertes par la proposition de refonte serviront peut-être l'effectivité du retour, mais certainement pas la protection des droits fondamentaux. En effet, s'agissant des

---

<sup>365</sup> CJUE, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie c. Salah Al Chodor, Ajlin Al Chodor, Ajvar Al Chodor*, arrêt du 15 mars 2017, aff. C- 528/15, ECLI:EU:C:2017:213, §§ 40-44.

<sup>366</sup> CJUE, *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, arrêt du 19 mars 2019, aff. C- 163/17, ECLI:EU:C:2019:218, §. 70.

<sup>367</sup> Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, article L 551-1(II), *spéc.* (2).

<sup>368</sup> Law No. 3907 on the Establishment of an Asylum Service and a First Reception Service, transposition into Greek Legislation of the Provisions of Directive 2008/115/EC « on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals » and other provisions, Efimeris tis Kivernisseos, 2011-01-26, Part A, No. 7, p. 31, article 30.

<sup>369</sup> Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte)*, (Bruxelles), 12 septembre 2018, COM(2018) 634 final.

<sup>370</sup> *Ibid.*, article 6(1)(d).

<sup>371</sup> Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre de la directive sur le retour (2019/2208(INI)), *Op. cit.*, § 31.

<sup>372</sup> CJUE, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, arrêt du 28 avril 2011, C- 61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268, § 31 ; CJUE, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Conclusion de l'avocat général Mazak du 1 avril 2011, aff. C- 61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:205, § 9.

voies de recours contre une décision de retour subséquente au rejet d'une demande de protection internationale, le ressortissant de pays tiers en faisant l'objet ne pourra former de recours qu'à un seul degré de juridiction<sup>373</sup>. De plus, un nouveau motif de placement en rétention a été ajouté par la proposition de refonte, à savoir « *le ressortissant de pays tiers concerné constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale* », sans compter qu'il est également ajouté que ces motifs sont définis par les législations nationales<sup>374</sup>. Non seulement un nouveau motif peut permettre le placement en rétention en vue du retour, mais surtout celui-ci se fonde sur des notions indéfinies tel que l'ordre public, ce qui laisse une marge d'appréciation particulièrement large aux Etats membres.

Par conséquent, alors que la rétention dans le contexte migratoire devrait être un outil exceptionnel, son recours systématique au sein des États membres de l'Union européenne, sans véritables garanties procédurales, devient la normalité<sup>375</sup>.

De ce fait, dans sa lettre, non seulement la Directive « Retour » porte atteinte au principe de sécurité juridique qui exige clarté, accessibilité et prévisibilité des règles de droit mais aussi ses lacunes textuelles ont pour effet de violer les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, tout en participant à accentuer le nombre de personnes sans documents valides sur le territoire<sup>376</sup>. C'est pourquoi l'intervention des Cours européennes est absolument nécessaire pour opérer un redressement des lacunes textuelles de la Directive.

## II. Les tentatives juridictionnelles d'un redressement d'une protection lacunaire des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière

Les lacunes textuelles mènent nécessairement à une mise en œuvre de la Directive parfois attentatoire aux droits des migrants, ce qui nécessite particulièrement l'intervention juridictionnelle. La Cour de Justice tente ainsi d'adopter une interprétation aussi favorable que

---

<sup>373</sup> Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte)*, *Op. cit.*, article 16(1).

<sup>374</sup> *Ibid.*, article 18(1)(c).

<sup>375</sup> I. MAJCHER, « The European Union Returns Directive: Does it Prevent Arbitrary Detention ? », *Oxford Monitor of Forced Migration*, *Op. cit.*, p. 23 ; Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre de la directive sur le retour (2019/2208(INI)), *Op. cit.*, p. 20, § 29 ; M-L BASILIEU-GAINCHE, « Rétention des migrants et mesures d'éloignement. Lumières et ombres portées par la CJUE sur la directive « Retour » », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, [En ligne], n°13, 2015, pp. 89-102, disponible : <https://journals.openedition.org/crdf/1218#ftn29>, § 5.

<sup>376</sup> M-L BASILIEU-GAINCHE, « Rétention des migrants et mesures d'éloignement. Lumières et ombres portées par la CJUE sur la directive « Retour » », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, *Op. cit.*, § 38.

possible aux droits fondamentaux contre l'instrumentalisation des lacunes du texte en matière de rétention (A), tandis que la Cour EDH peine à prendre le relais (B).

A) Les tentatives d'interprétation favorable aux droits fondamentaux par la Cour de Justice contre l'instrumentalisation des lacunes textuelles en matière de rétention

La jurisprudence de la Cour de Justice a permis de rétablir des pratiques étatiques quant à la privation de liberté qui résultait de l'instrumentalisation des lacunes textuelles de la Directive. De manière générale, la jurisprudence vient préciser l'interprétation des dispositions relatives aux motifs de placement en rétention, ainsi qu'aux motifs permettant la prolongation de la rétention.

Dans l'affaire *El Dridi*, la Cour de Justice a eu à se prononcer sur la licéité du prononcé d'une sanction pénale (en l'espèce une peine d'emprisonnement) à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers ne s'étant pas conformé à la décision d'expulsion dont il faisait l'objet à un stade intermédiaire de la procédure<sup>377</sup>. La Cour de Justice considère que la Directive doit être interprétée « *en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un Etat membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet Etat dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié*<sup>378</sup> ». De ce fait, alors que la Directive elle-même laisse une certaine marge d'appréciation aux Etats pour décider du bien-fondé des mesures prises à l'encontre des ressortissants de pays tiers qui ne se conforment pas à la décision de retour<sup>379</sup>, la Cour de justice opère un rétrécissement au profit des droits des migrants irréguliers. Cette jurisprudence est très importante car elle est la première s'agissant de la politique migratoire européenne qui limite la marge d'appréciation des Etats membres à criminaliser en la matière<sup>380</sup>. Cet arrêt serait une boîte de Pandore permettant d'introduire dans une Directive initialement jugée indifférente aux droits fondamentaux un équilibre dans les intérêts nationaux et la protection des migrants irréguliers<sup>381</sup>.

<sup>377</sup> CJUE, *Hassan El Dridi, alias Soufi Karim*, arrêt du 28 avril 2011, aff. C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268, §§ 18-22, 25.

<sup>378</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>379</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *Op. cit.*, article 15(1).

<sup>380</sup> N. VAVOULA, « The interplay between EU immigration law and national criminal law: the case of the Return Directive », in *Research Handbook on EU criminal law*, V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (dirs.), Elgar, 2016, pp. 294-314, p. 302.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 303.

Une seconde occasion d'opérer un tel équilibre s'est présentée à la Cour dans l'affaire *Achughbabian*. En l'espèce, l'instrumentalisation de la lettre a servi au placement en garde à vue en amont d'une décision de retour. La Cour de Justice doit se prononcer sur la licéité du placement en garde à vue du requérant sur le motif de son entrée irrégulière sur le territoire en 2008 et de son séjour irrégulier depuis lors (précisément depuis le rendu d'une obligation de quitter le territoire à son encontre) en application de la Directive « Retour »<sup>382</sup>. La Cour de Justice est allée un peu plus loin que la jurisprudence *El Dridi*, en considérant que classer tous les migrants séjournant de manière irrégulière comme des criminels, ce qui aurait pour effet d'écarter l'application de la Directive, est interdit<sup>383</sup>. Elle prend soin de rappeler la marge de manœuvre des Etats membres quant à la criminalisation des règles relatives à l'immigration en la circonscrivant néanmoins « *au plein respect des droits fondamentaux, et notamment de ceux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>384</sup> ». Ouvrant la voie à l'office du juge de Strasbourg, ce dernier a déjà eu à se prononcer sur le caractère illicite du placement en rétention en vertu des articles 3 et 5 de la Convention EDH<sup>385</sup>.

Malheureusement, cette heureuse lancée de la Cour de Justice n'est pas illimitée. Il arrive des cas où même la Cour se trouve « *coincée* » par les insuffisances du texte. Cette situation s'apprécie dans l'affaire *Sagor*. En l'espèce, le requérant a été condamné à payer une amende pour le délit d'entrée et séjour irréguliers sur le territoire en substitution d'une assignation à résidence, sans qu'il n'y ait encore eu de « *non-respect d'un ordre d'éloignement pris par l'autorité administrative*<sup>386</sup> ». La Cour se contente de rappeler qu'une mesure nationale à l'encontre d'un migrant irrégulier sera conforme à la Directive « Retour » à partir du moment où cette mesure n'entrave pas l'application de la Directive ou ne porte pas atteinte à son effectivité<sup>387</sup>. En l'espèce, l'imposition d'une amende ne porte pas atteinte à une décision de retour subséquente<sup>388</sup>. Le fait que la condamnation au paiement d'une amende puisse devenir une expulsion n'a pas non plus été jugé contraire à la Directive compte tenu de la souplesse de la définition de la décision de retour, à savoir « *Les Etats membres prennent une décision de*

---

<sup>382</sup> CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, arrêt du 6 décembre 2011, aff. C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807, § 25.

<sup>383</sup> N. VAVOULA, « The interplay between EU immigration law and national criminal law: the case of the Return Directive », in *Research Handbook on EU criminal law*, V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (dirs.), *Op. cit.*, p. 307 ; CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, arrêt du 6 décembre 2011, *Op. cit.*, § 50.

<sup>384</sup> CJUE [GC], *Alexandre Achughbabian*, arrêt du 6 décembre 2011, *Op. cit.*, §§ 48-49.

<sup>385</sup> CEDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n°8687/08, § 95 ; CEDH [GC], *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, req. n°16483/12, § 108, 122, 136.

<sup>386</sup> CJUE, *Md Sagor*, arrêt du 6 décembre 2012, aff. C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777, §§ 20-26.

<sup>387</sup> *Ibid.*, §§ 31-32.

<sup>388</sup> *Ibid.*, § 36.

*retour à l'encontre de tout ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire*<sup>389</sup> », ni même quand cette expulsion est assortie d'une interdiction d'entrée sur le territoire d'au moins cinq ans<sup>390</sup>. Cependant, une telle conformité est douteuse au regard du délai de départ volontaire normalement prévu par la Directive précédant la privation de liberté – si celle-ci est jugée nécessaire<sup>391</sup>. Par conséquent, dans cette affaire, le principe d'effectivité de la Directive n'a pas servi à l'équilibre entre les intérêts nationaux et les droits des migrants irréguliers parce qu'il n'était pas possible pour la Cour d'opter pour une autre solution, même en partant d'un raisonnement sur les droits fondamentaux et sur la proportionnalité<sup>392</sup>.

Une dernière affaire mérite d'être étayée en ce qu'elle témoigne une nouvelle fois des limites de la Cour à interpréter la Directive de manière plus favorable aux droits des migrants irréguliers. Dans l'affaire *Celaj*, la Cour de Justice doit analyser la licéité de l'emprisonnement d'un ressortissant d'un Etat tiers suite à son entrée et séjour irréguliers sur le territoire national après une expulsion menée à son terme et une interdiction légale d'entrée, sans que des mesures envisagées dans la Directive n'aient été prises<sup>393</sup>. La Cour conclut que la Directive ne s'oppose pas en ce qu'une telle condamnation soit prise à l'égard du requérant, dès lors qu'une « *telle sanction pénale est également soumise au plein respect des droits fondamentaux* » notamment garantis dans la Convention EDH ainsi qu'au plein respect de l'article 31 de la Convention de 1951<sup>394</sup>. Si la solution peut être considérée comme insuffisante au regard de la protection des droits des migrants irréguliers, la Cour de Justice a quand même tenté de faire respecter les droits des migrants en faisant mention de cet article 31 qui interdit la pénalisation de l'entrée et le séjour irréguliers d'un réfugié.

Ainsi la protection des droits fondamentaux des migrants irréguliers entrant dans le champ *ratione personae* de la Directive « Retour » par la Cour de Justice est parfois limitée à cause des lacunes du textes en matière de droits fondamentaux. C'est pourquoi, comme la Cour de Justice y procède elle-même, quand elle ne peut pas assurer une protection pleine des droits des migrants irréguliers dans son interprétation, les attentes sont déplacées du côté de la Cour EDH.

---

<sup>389</sup> Directive « Retour », article 6(1).

<sup>390</sup> CJUE, *Md Sagor*, arrêt du 6 décembre 2012, aff. C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777, §§ 37-38, 47.

<sup>391</sup> 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, *Op. cit.*, article 7(1).

<sup>392</sup> N. VAVOULA, « The interplay between EU immigration law and national criminal law: the case of the Return Directive », in *Research Handbook on EU criminal law*, V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (dirs.), *Op. Cit.*, pp. 312-313.

<sup>393</sup> CJUE, *Skerdjan Celaj*, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2015, aff. C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640, § 18.

<sup>394</sup> *Op. cit.*, §§ 32-33.

## B) La difficile prise de relai par la Cour EDH

A titre liminaire, il convient de préciser d'emblée que le fait même pour la Cour EDH de « *prendre le relai* » derrière la Cour de Justice, alors que cette dernière est le juge du droit de l'Union, n'est pas une situation juridiquement juste. Il faut entendre la prise en relai en ce sens que les deux Cours ont une action complémentaire en termes de protection des droits fondamentaux, et que chacune œuvre dans la mesure du possible pour faire respecter le droit duquel elles sont les juges.

C'est donc désormais à la Cour EDH d'assurer la protection des droits fondamentaux des migrants irréguliers. Sur l'appréciation du respect des traitements inhumains et dégradants et de la légalité de la privation de liberté, la Cour maintient un niveau de protection satisfaisant. En effet, la mise en œuvre de la Directive « Retour » à partir de ses lacunes textuelles est de nature à aboutir aux éléments suivants : absence d'appréciation individuelle, recours quasi-systématique à la privation de la liberté d'aller et venir ou encore fondement des décisions de rétention sur des textes vagues et imprécis.

En revanche, son raisonnement quant au respect de l'interdiction des expulsions collectives semble bien moins rigoureux, ce qui s'apprécie particulièrement dans l'affaire *Khlaifia*. La position de la Cour y est effectivement décevante pour ceux qui attendaient une réponse strasbourgeoise aux implications pratiques de la Directive « Retour » sur la caractérisation de l'expulsion collective<sup>395</sup>.

Tout d'abord, la Cour développe un argument assez troublant : Après de longs développements sur les circonstances de l'affaire résultant de la mise en œuvre de la Directive « Retour », et de leur conformité avec les obligations au titre de la Convention, la Cour conclut qu'elle n'aurait pas à se prononcer sur l'incidence d'un accord de réadmission sur la qualification de l'article 4 du Protocole additionnel n°4 à la Convention<sup>396</sup>.

Par ailleurs, alors que la Cour relève qu'aucune appréciation individuelle n'a été réalisée dans le cadre de l'appréciation de la décision d'expulsion en l'espèce<sup>397</sup>, elle se contente de l'argument selon lequel les requérants auraient pu invoquer une demande de protection internationale afin de faire échec à leur expulsion pour conclure à ce qu'une expulsion collective n'est pas caractérisée en l'espèce<sup>398</sup>. Les requérants auraient eu la possibilité « *réelle et effective* » d'invoquer des motifs légitimes à faire échec à leur expulsion

<sup>395</sup> Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, *Op. cit.*, article 4.

<sup>396</sup> CEDH [GC], *Khlaifia et autres c. Italie*, *Op. cit.*, § 255.

<sup>397</sup> *Ibid.*, §§ 18, 246.

<sup>398</sup> *Ibid.*, §§ 247, 252, 254.

malgré les conditions de détention qui, selon la Cour elle-même, dépassent le seuil des traitements inhumains et dégradants et emportent donc la violation de l'article 3<sup>399</sup>. Dans son opinion en partie dissidente, le juge Serghides considère que l'expulsion a été réalisée sur la base de la nationalité et de la non régularité sur le territoire, sans entretien individuel ni autre formalité de fond<sup>400</sup>. En se référant à l'affaire *Hirsi Jamaa*, le juge relève la position connue de la Cour selon laquelle les États parties ne peuvent « éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente<sup>401</sup> ». Force est de constater que dans les conditions de violence, d'insécurité et d'insalubrité dans lesquelles les requérants ont été placés, leur capacité à solliciter les autorités pour exposer leurs arguments propres à contester leur expulsion est maigre. En outre, le juge relève que la tolérance de la Cour quant à la bonne volonté de l'Etat contractant de réaliser des entretiens individuels aurait dû s'aligner sur son argumentation quant aux allégations des requérants dans la présente affaire : puisque les allégations ne se fondent sur « aucun élément objectif autre que les dires des intéressés », elles ne pouvaient être raisonnablement admises<sup>402</sup>. Finalement, la présente analyse s'aligne également sur un autre argument du juge Serghides selon lequel l'Etat contractant aurait dû agir dans la présente affaire sur la base de ses obligations conventionnelles au titre de la Convention et de ses protocoles additionnels ratifiés<sup>403</sup>.

Par ailleurs, peut-être aurait-il été souhaitable que la Cour revienne sur le principe de subsidiarité. Alors que le juge national annulait les décisions d'éloignement ayant fait l'objet d'un recours par deux des requérants, considérant que la situation devant son office « équivalait à permettre une rétention de facto du migrant en l'absence d'une décision motivée<sup>404</sup> », les autorités italiennes ont maintenu et exécuté la décision d'expulsion<sup>405</sup>. Au surplus, une prise en compte de cet élément de fait aurait été respectueuse de l'article 19(3)(a) du Projet d'articles de la Commission de droit international sur l'expulsion des étrangers qui dispose que la détention en vue de l'expulsion doit faire l'objet d'un examen à échéance régulière<sup>406</sup>. Même si la Cour a constaté l'irrégularité des décrets de refoulement s'agissant de l'article 5 de la

---

<sup>399</sup> *Ibid.*, §§ 13-14, 136, 247-248, 250. Les conditions de détention se caractérisaient par les éléments suivants : surveillance au point d'empêcher tout contact avec l'extérieur, « sales », « surpeuplés », sans literie, obligeant ses résidents à dormir à même le sol et ayant été ravagés par un incendie suite à une « violente révolte ».

<sup>400</sup> CEDH [GC], *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, req. n°16483/12, Opinion en partie dissidente du juge Serghides, § 7.

<sup>401</sup> *Ibid.*, § 20.

<sup>402</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>403</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>404</sup> CEDH [GC], *Khlaifia et autres c. Italie*, *Op. cit.*, §§ 30-31.

<sup>405</sup> *Ibid.*, § 17.

<sup>406</sup> Commission de droit international, *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs*, 2014, Assemblée générale, (A/69/10), *Annuaire de la Commission de droit international*, 2014, vol. II(2).

Convention<sup>407</sup>, étant donné que la séparation des pouvoirs est le corollaire de l'État de droit, valeur fondamentale de l'Union européenne, une piqure de rappel à cet égard aurait été souhaitable en l'espèce.

Par conséquent, si cette affaire n'a pas été à la hauteur des espérances de ceux qui voient en la mise en œuvre de la Directive « Retour » un fort potentiel illicite quant aux droits fondamentaux et notamment la Convention EDH, les faits de l'affaire demeurent un témoignage poignant des circonstances dans lesquelles les retours se passent de l'Union européenne vers les pays tiers. Paradoxalement, si la Cour n'a pas en l'espèce conclu à la violation de l'article 4 du Protocole additionnel n°4 de la Convention EDH, il ne peut pas être raisonnablement conclu qu'*a contrario* les circonstances de l'affaire sont parfaitement conformes au droit international public.

Le nouveau pacte sur la migration et l'asile ne manque pas souligner les lacunes et les insuffisances de la Directive « Retour ». Cependant, cette lacune n'est pas soulignée au regard du respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers irréguliers sur le territoire, mais au regard de l'effectivité des retours (le taux de décisions de retour prises par rapport au taux des individus en faisant l'objet qui partent réellement<sup>408</sup>). Ainsi comme les éléments rapportés *supra* sur les nouveautés de cette proposition le suggéraient, l'effectivité est sans nul doute le maître mot de la refonte, au détriment des droits fondamentaux des migrants. L'objectif est clair : « *décourage[r] la migration irrégulière*<sup>409</sup> ».

Par conséquent, autant dans les textes en vigueur que dans les projets de réforme, il semble que la politique migratoire européenne intérieure perpétue un véritable déséquilibre entre la lutte contre l'immigration clandestine et la protection des droits des migrants et des demandeurs d'asile. Malheureusement, ce déséquilibre se renforce dès lors qu'est développée la politique migratoire européenne extérieure qui procède de la recherche continue d'une efficacité plus grande dans la lutte contre l'immigration clandestine.

---

<sup>407</sup> CEDH [GC], *Khlaifia et autres c. Italie*, *Op. cit.*, §§ 108, 122.

<sup>408</sup> Commission européenne, Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, *Op. cit.*, § 2.5.

<sup>409</sup> Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte)*, *Op. cit.*, préambule § 4.

## **PARTIE 2 : L'ÉVALUATION DE LA LICÉITÉ DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE EXTÉRIEURE**

Le champ matériel de cette partie est concentré sur les textes de la politique migratoire européenne dont les effets juridiques se produisent en dehors du territoire des Etats membres de l'Union européenne.

Cette partie de la politique migratoire européenne entre également dans une logique d'anticipation, mais cette fois-ci bien plus poussée que celle du Code Frontières Schengen et de la Politique Commune de Visa. Il ne s'agit plus seulement de contrôler les entrées sur le territoire, mais de contrôler les sorties des pays par lesquels transitent l'immigration irrégulière. Cette anticipation développe deux stratégies : d'une part, créer une Agence européenne dont le mandat est initialement l'assistance des Etats membres dans leurs opérations de gestion des frontières, et d'autre part, la coopération avec des pays tiers.

Ainsi est créé Frontex, l'Agence européenne de garde-côtes et de garde-frontières qui, au fil des années, s'affirme en un véritable gendarme des frontières de l'Union européenne (Chapitre 1). De même, c'est ainsi que l'Union européenne coopère étroitement avec la Turquie et la Libye notamment, une coopération qui prend la forme d'une délégation de la mission de garde-frontières (Chapitre 2).

## Chapitre 1 : Frontex ou le gendarme des frontières de l'Union européenne

Initialement créé comme une simple Agence d'appui aux États membres pour la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne, Frontex a rapidement acquis une crédibilité auprès des institutions de l'Union européenne et des États membres. De ce fait, les réformes successives de Frontex l'ont rendu de plus en plus puissante (Section 1). Cependant, l'accroissement des pouvoirs ne s'est pas nécessairement accompagné d'un plus grand respect du droit international public, de sorte que les pratiques de Frontex sont de plus en plus contestées. Il est donc intéressant d'étudier la licéité d'une opération emblématique et majeure de Frontex, l'Opération *Hera* (Section 2).

### Section 1 : Frontex, l'agence de surveillance des frontières de l'Union européenne de plus en plus puissante

Les pouvoirs de Frontex ont été continuellement augmentés sans parvenir à un équilibre en mettant en place un régime de responsabilité effectif (I). En revanche, la prise en compte des droits fondamentaux des migrants et demandeurs d'asile a été améliorée, mais toujours dans une dynamique à double vitesse compte-tenu de l'impératif de lutte contre l'immigration clandestine (II).

#### I. Plus de pouvoirs pour une responsabilité difficile à engager

La dynamique des textes européens instituant Frontex est problématique quant au contrôle effectif du respect du droit international public puisque ceux-ci mettent en place une responsabilité autonome quasi insaisissable (A), tandis que les pouvoirs de l'Agence sont augmentés (B).

##### A) Une responsabilité autonome de Frontex quasi insaisissable

À titre liminaire, il convient de rappeler que s'interroger sur la possibilité d'engager la responsabilité de Frontex revête plusieurs enjeux fondamentaux : la justiciabilité des actes de Frontex pour les victimes, la fonction rétributive et dissuasive de la responsabilité de Frontex et *in fine* l'encouragement au respect du droit international public par toutes les parties engagées dans les opérations de Frontex<sup>410</sup>. Ainsi semble-t-il que, si le régime de responsabilité

<sup>410</sup> G. RAIMONDO, « Responsabilité internationale et gestion intégrée des frontières européennes », *Études internationales*, vol. 49, n°3, 2018, pp. 217-629, p. 624.

applicable aux opérations de Frontex est flou, le droit à un recours effectif pour les individus subissant un dommage dans le cadre de ces opérations se voit vider de sa substance. Par voie de conséquence, une protection effective des droits fondamentaux est également en jeu.

Conformément à l'article 2(a) du Projet d'articles de la Commission de droit international (ci-après « CDI ») sur la responsabilité des organisations internationales, Frontex peut voir sa responsabilité engagée pour un fait internationalement illicite puisqu'il dispose de la personnalité juridique<sup>411</sup>.

Le principe est celui de la responsabilité partagée entre l'Agence et les États membres, tout comme dans l'ancien régime de 2016<sup>412</sup>. La responsabilité de l'Agence peut être engagée pour « *les dommages causés par ses services ou par son personnel dans l'exercice de leurs fonctions, y compris ceux liés à l'usage de pouvoirs d'exécution* » devant la Cour de Justice<sup>413</sup>. Quant aux États membres, leur responsabilité peut également être engagée pour « *tout dommage causé par eux au cours de leurs opérations*<sup>414</sup> ». À la simple lecture des deux dispositions, il semble déjà que la responsabilité des États membres est plus aisée à engager que celle de Frontex.

D'après l'article 7 du Projet de la CDI, le comportement d'un organe d'un État peut être attribuable à l'organisation internationale dès lors que cette dernière exerce un contrôle effectif sur le comportement illicite de l'organe. Or, dans le cadre des opérations de Frontex, ce sont les autorités nationales et les garde-côtes nationaux qui composent le Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, lequel effectue les tâches de contrôle aux frontières<sup>415</sup>. Aucun membre du personnel de Frontex ne fait partie du Corps européen<sup>416</sup>. Ainsi semble-t-il que, afin que la responsabilité de Frontex soit engagée dans le cadre de ses opérations, l'Agence doit exercer un contrôle effectif sur le Corps européen. La notion de contrôle effectif a d'abord été définie par la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* comme la condition *sine qua non* de l'attribution d'un comportement d'un tiers à l'entité qui exerce le contrôle sur ses activités<sup>417</sup>. D'après la célèbre affaire *Behrami* et

<sup>411</sup> 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, *Op. cit.*, article 93(1).

<sup>412</sup> *Ibid.*, article 7 ; 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, *JOUE L 251/I*, 16 septembre 2016, pp. 1-76, article 9(1).

<sup>413</sup> 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, *Op. cit.*, article 97(4), (5).

<sup>414</sup> *Ibid.*, article 84(1).

<sup>415</sup> *Ibid.*, article 4.

<sup>416</sup> R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement - The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2016, p. 44.

<sup>417</sup> CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil 1986*, p. 14, § 115.

*Saramati* de la Cour EDH, il convient de définir le contrôle effectif comme le fait de détenir l'autorité et le contrôle ultimes sur le comportement en question<sup>418</sup>.

Appliqués à Frontex, ces principes rendent l'engagement de la responsabilité de Frontex marginal. En effet, si le Directeur exécutif de Frontex est à l'origine d'un plan technique et opérationnel pour la gestion européenne intégrée des frontières, lequel sera mis en œuvre lors des opérations, ce plan est d'abord le fruit d'une politique stratégique pluriannuelle pour la gestion européenne intégrée des frontières, laquelle est élaborée par la Commission et le Corps européens de garde-frontières et de garde-côtes – les États membres<sup>419</sup>. De plus, lors de l'opération même, l'État membre dit hôte de l'opération donne également des instructions<sup>420</sup>. Dans ce cadre, Frontex transmet à l'officier de liaison de l'opération – un membre du personnel de Frontex – ses observations quant au suivi du plan opérationnel, mais celles-ci ne s'imposent pas à l'État hôte, elles doivent simplement être prises en considération<sup>421</sup>. Ainsi, comme le libellé de l'article 31 l'indique, l'implication de Frontex en l'espèce est un suivi, et non pas un contrôle effectif. Quant à l'obligation du Directeur exécutif de retirer le financement d'une activité de l'Agence, de la suspendre ou d'y mettre un terme, en tout ou partie, en raison de « *violations graves ou susceptibles de persister des droits fondamentaux ou des obligations en matière de protection internationale liées à l'activité concernée*<sup>422</sup> », celle-ci se rapproche plus du cadre d'un contrôle de l'Agence certes, mais ne suffit pas à conclure à son contrôle effectif<sup>423</sup>. Si l'opération conjointe est menée avec des États membres de l'Union, au moins, le justiciable pourra se fonder sur un corps législatif et conventionnel de protection des droits fondamentaux assez étendu. En revanche, si l'opération conjointe est menée avec un pays tiers, comme les articles 3(1)(g) et 71(1) du Règlement de Frontex l'autorisent, les possibilités offertes aux justiciables sont éminemment réduites, spécialement quand il s'agit des « *pays d'origine ou de transit pour l'immigration illégale* », lesquels ne disposent pas d'un système de protection des droits de l'homme aussi étendu, effectif et accessible que dans l'Union européenne.

---

<sup>418</sup> CEDH [GC], *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, 2 mai 2007, req. n<sup>os</sup> 71412/01 et 78166/01, § 133.

<sup>419</sup> 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<sup>o</sup> 1052/2013 et (UE) 2016/1624, *Op. cit.*, article 8.

<sup>420</sup> R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement - The International Responsibility of the EU*, *Op. cit.*, p. 69.

<sup>421</sup> 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<sup>o</sup> 1052/2013 et (UE) 2016/1624, *Op. cit.*, articles 31(1), (3) ; R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement - The International Responsibility of the EU*, *Op. cit.*, p. 69.

<sup>422</sup> 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<sup>o</sup> 1052/2013 et (UE) 2016/1624, *Op. cit.*, article 46(4).

<sup>423</sup> R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement - The International Responsibility of the EU*, *Op. cit.*, p. 70.

Seule une mince hypothèse de justiciabilité des opérations de Frontex existe dès lors que le contingent permanent<sup>424</sup> est déployé dans une opération puisqu'il est essentiellement composé de membres du personnel de Frontex. En conséquence, si tant est que la preuve est rapportée que la violation des droits de l'homme en l'espèce a été le fait d'un membre du personnel de Frontex, l'Officier des droits fondamentaux recommandera au Directeur exécutif de prendre des « *mesures appropriées* » et le cas échéant de saisir la justice<sup>425</sup>.

Par conséquent, le régime juridique mis en place par la législation de l'Union européenne a été pensé d'une telle manière que la responsabilité de Frontex semble quasi impossible à engager. Certes, celle des États membres peut l'être à la place, mais il serait difficile d'y voir une option compensatrice en ce que le régime applicable à Frontex prive les migrants et demandeurs d'asile d'un recours auquel ils devraient avoir droit, et ce d'autant plus que Frontex, à mesure des réformes, devient une Agence de plus en plus puissante.

## B) Des pouvoirs augmentés

L'augmentation des pouvoirs de l'Agence Frontex n'est pas inédite. À titre comparatif, le premier règlement instituant Frontex<sup>426</sup> était composé de 33 articles, tandis que le Règlement de 2019 en est composé de 124. À chaque réforme, l'Agence a bénéficié de nouvelles prérogatives, jusqu'à ce qu'en 2016 certains décrivent une telle augmentation comme « *le plus grand transfert de souveraineté dans l'Union depuis la création de la monnaie unique*<sup>427</sup> ». Si en 2016, les commentateurs parlaient déjà d'une « *super police aux frontières*<sup>428</sup> », l'intention de renforcement de l'Agence est clairement réaffirmée par le Conseil en 2019 au moment de l'élaboration du Règlement actuellement en vigueur<sup>429</sup>. À titre indicatif, l'Agence a désormais 24 tâches - anciennement appelées « *missions* » - au lieu de 21 sans compter que l'augmentation

---

<sup>424</sup> Le contingent permanent est mis en place par le Règlement de 2019, ce qui fait l'objet d'une analyse dans la partie suivante.

<sup>425</sup> Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement 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, *Op. cit.*, article 111(6).

<sup>426</sup> Règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE L 349/1*, 25 novembre 2004, pp. 1-11.

<sup>427</sup> N. FABRIZI-RACINE, « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : Des données et des hommes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 mars 2017, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/3037>, p. 1 ; D. ROBINSON, A. BARKER, « EU plans border force to police external frontiers », *Financial Times*, 15 décembre 2016, available : <https://www.ft.com/content/463ca298-9f5c-11e5-beba-5e33e2b79e46> ;

I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, hors-série, 2020, pp. 369-393, p. 378.

<sup>429</sup> Conseil de l'Union européenne, *Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes : le Conseil confirme l'accord sur un mandat renforcé*, communiqué de presse n°254/19, 1er mars 2019, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/04/01/european-border-and-coast-guard-council-confirms-agreement-on-stronger-mandate/>.

a également concerné presque chacune des 21 autres tâches. Les aspects les plus saillants de cette augmentation de pouvoir concernent les opérations de retour, l'élargissement de la coopération avec les pays tiers et l'accroissement des moyens humains et financiers.

En matière de retour, alors que cette compétence avait déjà fait l'objet d'une extension en 2016, l'accroissement de « *l'efficacité de la politique de l'Union en matière de retour* » fait désormais pleinement partie de l'objet de Frontex<sup>430</sup>. L'assistance technique et opérationnelle fournie dans les opérations de retour due à tout État membre se décline désormais notamment en la collecte d'informations nécessaires aux politiques de retour, à l'identification des ressortissants de pays tiers en faisant l'objet ou à toute autre activité liée au retour, ainsi qu'en l'acquisition de documents de voyage via une coopération consulaire<sup>431</sup>. De plus, Frontex a désormais la tâche de « *constituer une réserve de contrôleurs de retours forcés*<sup>432</sup> ». À en croire le nouveau pacte sur la migration et l'asile, ce renforcement continuera de croître afin que Frontex devienne effectivement « *le bras opérationnel de la politique de l'UE en matière de retour*<sup>433</sup> ».

En matière de coopération avec les pays tiers, là aussi, Frontex dispose désormais de plus grands pouvoirs. Alors que le 1<sup>er</sup> mai 2019 Frontex concluait déjà son premier accord de gestion des frontières avec un pays tiers, l'Albanie<sup>434</sup>, le Règlement assoit cette nouvelle pratique en proposant une extension des pouvoirs en la matière. Par exemple, la coopération directe de Frontex avec les États membres et les États tiers – et non plus seulement l'aide dans le cadre d'une telle coopération – fait désormais partie intégrante des tâches de Frontex<sup>435</sup>. Au surplus, Frontex peut déployer sur le territoire des pays tiers des équipes affectées à la gestion des frontières, en plus d'assister les États membres et les pays tiers dans leur coopération<sup>436</sup>. Ces nouvelles prérogatives allouées à Frontex sont symptomatiques du phénomène de

---

<sup>430</sup> 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, *Op. cit.*, article 1.

<sup>431</sup> *Ibid.*, article 48(1)(a)(i), (ii).

<sup>432</sup> *Ibid.*, article 10(1)(o).

<sup>433</sup> Commission européenne, *Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, (Bruxelles), 23 septembre 2020, COM(2020) 609 final, p. 10.

<sup>434</sup> « AYS Weekend Digest 04-05/05/19: Border agreement with Albania now operational », *Medium*, 6 May 2019, available: <https://medium.com/are-you-syrious/ay-weekend-digest-04-05-5-2019-border-agreement-with-albania-now-operational-cef3237366b5> ; European Commission, « European Border and Coast Guard: First Agreement with a non-EU country on border cooperation becomes operational », Daily News 30/04/2019 [Online], 30 April 2019, available: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEX\\_19\\_2336](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEX_19_2336).

<sup>435</sup> 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, *Op. cit.*, article 10(1)(u) ; 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, *Op. cit.*, article 8(1)(u).

<sup>436</sup> 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, *Op. cit.*, article 10(1)(u), (v).

l'externalisation des frontières : il ne s'agit plus de contrôler les entrées aux frontières extérieures de l'Union, mais de contrôler les sorties des pays tiers<sup>437</sup>. Enfin, la coopération avec les pays tiers s'étend au transfert des données personnelles dès lors qu'il est essentiel à l'accomplissement des tâches de l'Agence<sup>438</sup>, alors même qu'un tel transfert était interdit par l'article 45(4) du Règlement de 2016. De plus, au vu de l'extension du nombre de tâches, ce qui revêt un caractère essentiel dans l'accomplissement de ces tâches semble pouvoir être interprété largement.

En matière de moyens humains et financiers, Frontex dispose depuis 2019 d'un contingent permanent composé en partie de membres du personnel statutaire de l'Agence, qui peut être déployé dans le cadre de la gestion des frontières, la gestion des flux migratoires et des opérations de retour, dans le cadre d'opérations conjointes, d'interventions rapides aux frontières, d'interventions en matière de retour ou de « *toute autre activité opérationnelle pertinente dans les États membres ou dans des pays tiers*<sup>439</sup> ». Selon l'annexe 1 du Règlement, le contingent permanent devrait disposer de 10 000 membres de personnel à partir de 2027, propre à faire de l'Agence un véritable corps de police<sup>440</sup>. Au surplus, l'Agence a la tâche de constituer et de gérer ses propres capacités humaines et techniques pour le contingent permanent, ce qui passe notamment par le recrutement et la formation de son personnel<sup>441</sup>.

Ainsi semble-t-il que cette énième refonte du régime de Frontex, amorcée deux ans seulement après la précédente réforme en 2016, témoigne de la claire intention du Conseil et du Parlement de créer une « *police aux frontières disposant de ses propres moyens dans l'exécution de ses multiples tâches contre la migration irrégulière*<sup>442</sup> ».

Par conséquent, à défaut d'un régime de responsabilité clair et effectif, Frontex dispose de prérogatives plus étendues qu'elles ne l'ont jamais été, alors qu'en parallèle, le nombre de décès en mer Méditerranée ne cesse de croître<sup>443</sup>. Ainsi est-il fondamental que le Règlement en

<sup>437</sup> M. FINK, *Frontex and Human Rights - Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford University Press, 2018, p. 44.

<sup>438</sup> 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, *Op. cit.*, article 86(3).

<sup>439</sup> *Ibid.*, articles 54(2), 55(1).

<sup>440</sup> « Frontex, l'agence de surveillance des frontières de l'UE, dans la tourmente », *RFI*, 6 février 2021, disponible : <https://www.rfi.fr/europe/20210206-frontex-l-agence-de-surveillance-des-frontieres-ue-dans-la-tourmente>.

<sup>441</sup> 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, *Op. cit.*, article 10(1)(l).

<sup>442</sup> I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 380.

<sup>443</sup> UNHCR, *Il est urgent d'agir face au nombre croissant de décès en Méditerranée centrale*, communiqué de presse conjoint HCR/OIM, 23 avril 2021, disponible : <https://www.unhcr.org/fr/news/press/2021/4/6083c495a/urgent-dagir-face-nombre-croissant-deces-mediterranee-centrale.html>.

vigueur ait introduit de manière concomitante un véritable système de protection des droits fondamentaux, afin que cette augmentation des pouvoirs ne se traduise pas en une négation des droits des migrants et demandeurs d'asile.

## II. La prise en compte des droits fondamentaux : une évolution à deux vitesses

Quand bien même l'intention première du Conseil et du Parlement est de renforcer un organe de contrôle des frontières, les vives critiques de la communauté internationale quant aux violations des droits fondamentaux dans le cadre des activités de Frontex ont engendré la nécessité d'une extension subséquente de la protection des droits fondamentaux dans le régime de Frontex (A). Cependant, malgré cette amélioration, des doutes subsistent sur un réel équilibre entre la protection des droits fondamentaux et l'objectif impérieux de lutte contre l'immigration illégale (B).

### A) L'extension subséquente de la protection des droits fondamentaux

La prise en compte des droits fondamentaux dans le régime de Frontex avait déjà été amorcée avec la réforme de 2016 qui avait notamment introduit un Code de conduite, maintenu dans le régime de 2019<sup>444</sup>. Cependant, les critiques ont persisté.

Il a notamment été reproché à Frontex le manque de prise en compte des personnes vulnérables, tels que les femmes et les enfants, ce qui se serait donc accompagné d'un échec à protéger une proportion de migrants ayant besoin d'une protection internationale<sup>445</sup>. Ainsi la prise en compte de la vulnérabilité a été en substance largement augmentée : lors du contrôle aux frontières, une identification des personnes vulnérables et des mineurs isolés doit être mise en place<sup>446</sup>, Frontex a pour tâche de contrôler le respect des droits fondamentaux dans l'ensemble des activités aux frontières et dans les opérations de retour<sup>447</sup>, après leur identification, les groupes vulnérables dans les zones d'urgence migratoire doivent être informés de leurs droits dans le cadre des équipes d'appui à la gestion des flux migratoires<sup>448</sup>,

---

<sup>444</sup> 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, *Op. cit.*, article 81 ; 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, *Op. cit.*, article 35.

<sup>445</sup> I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 380.

<sup>446</sup> 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, *Op. cit.*, article 3(1)(a).

<sup>447</sup> *Ibid.*, article 10(1)(e).

<sup>448</sup> *Ibid.*, article 10(1)(m)(ii).

des programmes de formation communs en matière de droits fondamentaux doivent être définis pour le personnel des États membres et des pays tiers<sup>449</sup>, le risque de violations graves aux droits fondamentaux est ajouté dans les motifs permettant de renoncer au lancement d'une activité par l'Agence<sup>450</sup>, et Frontex procède désormais à une coopération accrue avec l'EASO.

S'agissant des mécanismes de contrôle du respect des droits fondamentaux, le Règlement de 2019 crée un contrôleur des droits fondamentaux<sup>451</sup>, améliore le mécanisme des plaintes en introduisant la possibilité de fournir de nouvelles preuves permettant le réexamen de la demande<sup>452</sup>, ainsi qu'en prévoyant la possibilité de saisine de la justice civile ou pénale quand la plainte vise un membre du personnel de l'Agence par le Directeur exécutif sur recommandation de l'Officier aux droits fondamentaux<sup>453</sup>.

Par conséquent, en substance, la protection des droits fondamentaux semble avoir fait l'objet d'une amélioration manifeste. Cependant, ceci doit être immédiatement nuancé puisque le régime antérieur était déjà jugé insuffisant tandis que Frontex était assimilé à un « *monstre juridique*<sup>454</sup> ». De ce fait, cette amélioration du régime ne compensera sûrement pas l'augmentation des prérogatives de Frontex. En effet, les pouvoirs alloués à l'Officier aux droits fondamentaux et au Contrôleur des droits fondamentaux demeurent limités. De plus, s'agissant du mécanisme de plainte, les avancées doivent être également nuancées par le manque de transparence encore patent dans le fonctionnement de l'Agence. En effet, si l'article 114 dispose que l'Agence communiquera un nombre beaucoup plus important de documents relatifs aux activités<sup>455</sup>, elle limite immédiatement cette communication aux « *informations opérationnelles qui pourraient nuire à la réalisation des objectifs des opérations si elles étaient rendues publiques* », une limitation légitime certes, mais qui ne définit pas ce que pourrait être la nuisance, laissant donc une large marge d'appréciation à l'Agence. Cette « *culture du*

---

<sup>449</sup> *Ibid.*, article 10(1)(w).

<sup>450</sup> *Ibid.*, article 46(5).

<sup>451</sup> *Ibid.*, article 110.

<sup>452</sup> *Ibid.*, article 111(5).

<sup>453</sup> *Ibid.*, article 111(6).

<sup>454</sup> J. MATRINGE, « A New Mandate for Frontex: Beyond the Security Obsession, a Human Rights Perspective ? », audition organisée par le groupe Verts-ALE au Parlement européen le 15 septembre 2010.

<sup>455</sup> 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, *Op. cit.*, article 114(2) : « [...] Elle publie les informations utiles, y compris le rapport d'activité annuel, le programme de travail annuel, le code de conduite, les analyses des risques stratégiques et des informations complètes sur les opérations conjointes passées et en cours, les interventions rapides aux frontières, les projets pilotes, les projets d'assistance technique avec des pays tiers, les déploiements des équipes d'appui à la gestion des flux migratoires, les opérations de retour ou les interventions en matière de retour, y compris dans des pays tiers, ainsi que les arrangements de travail et veille notamment, sans préjudice de l'article 92, à ce que le public et toute partie intéressée reçoivent rapidement une information objective, détaillée, complète, fiable et aisément compréhensible concernant ses travaux.[...] ».

*secret* », au lieu d'une « *culture de la transparence* » éloigne encore plus Frontex de la perspective juridictionnelle<sup>456</sup>, au détriment de la protection des droits fondamentaux.

Par conséquent, en dépit de cette amélioration du régime des droits fondamentaux, se questionner quant à la réelle existence d'un équilibre entre leur protection et la lutte contre l'immigration illégale demeure pertinente.

#### B) Protéger les droits fondamentaux et lutter contre l'immigration illégale : un équilibre impossible ?

Le préambule du Règlement de 2019 fait un lien de cause à effet entre la protection des droits fondamentaux (« *sauver la vie des migrants et [assurer] leur protection* ») et la lutte contre l'immigration irrégulière<sup>457</sup>. Combattre l'un permettrait de protéger l'autre. À cet effet, Frontex apporte une assistance technique aux États membres et aux pays tiers pour soutenir les missions de recherche et de sauvetage des personnes en détresse en mer<sup>458</sup>. Cependant, une telle relation doit être nuancée.

Premièrement, sur le principe même, lutter contre l'immigration irrégulière consiste en l'interception des migrants irréguliers en mer pour les retourner vers un pays tiers sûr ou le pays d'origine ou de résidence. Or, la mise en œuvre de cette pratique est susceptible d'entrer en sérieuse contradiction avec le droit de demander l'asile et le droit de quitter tout pays.

Deuxièmement, en pratique, le système européen de gestion des frontières extérieures fonctionne de sorte à ce que le système devienne dissuasif. De ce fait, c'est directement le droit à la vie des migrants qui entre en jeu. En effet, les interceptions ont pour effet de pousser les migrants et les demandeurs d'asile à emprunter des routes plus dangereuses encore, ce qui accroît leur vulnérabilité et le risque de mort<sup>459</sup>.

Troisièmement, l'usage important des nouvelles technologies exacerbe cette tendance. Le Règlement de 2019 met d'ailleurs un point d'honneur au développement des nouvelles technologies en ajoutant aux tâches de l'Agence la participation à l'évolution et à la gestion « *des activités de recherche et d'innovation présentant de l'intérêt pour le contrôle des*

---

<sup>456</sup> L. CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, n°3, 2017, pp. 511-524, p. 512.

<sup>457</sup> 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, *Op. cit.*, préambule § 28.

<sup>458</sup> *Ibid.*, article 10(1)(i).

<sup>459</sup> I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 382.

frontières extérieures, y compris l'utilisation d'une technologie de surveillance avancée, et d'élaborer des projets pilotes propres lorsque cela est nécessaire à la mise en œuvre des activités prévue par le présent règlement<sup>460</sup> », en permettant l'utilisation de la technologie de pointe pour la gestion des frontières extérieures<sup>461</sup> et en suivant, « de façon proactive » la recherche et l'innovation s'agissant de l'utilisation d'une « technologie de contrôle des frontières avancée<sup>462</sup> ». À la simple lecture de ces éléments, il est patent que les nouvelles technologies servent la lutte contre l'immigration clandestine et non pas la protection des migrants. En effet, à titre d'exemple, Frontex ferait usage de drones permettant de patrouiller au-dessus de la mer Méditerranée, afin d'identifier les navires clandestins, mais certainement pas de porter secours aux embarcations en détresse<sup>463</sup>. En effet, un rapport du Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants révèle les graves allégations à l'encontre de Frontex, l'accusant d'user des nouvelles technologies, notamment la surveillance maritime et aérienne, de manière abusive dans le but de « faciliter les renvois vers la Turquie et la Libye<sup>464</sup> ». Ceci est sans compter les récents soupçons de relation étroite de l'Agence avec l'industrie de l'armement<sup>465</sup>. Cette tendance semble également confirmée dans le rapport annuel 2020 publié par l'Agence qui, dans sa catégorie « *Looking forward* », identifie comme perspective unique la nécessité de transformer l'Agence « *in a way it works* » en faisant référence au système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (souvent sous l'acronyme « ETIAS ») qu'elle dirige et qui permettra d'augmenter la sécurité aux frontières Schengen « *en procédant à un dépistage précoce des personnes pouvant se rendre dans l'UE sans visa<sup>466</sup>* ».

Quatrièmement, les opérations conjointes coordonnées par Frontex, notamment dans les pays tiers, serviraient d'appui pour empêcher tout migrant d'arriver sur le territoire de l'Union européenne en les renvoyant systématiquement sur le territoire du pays qu'ils viennent de quitter<sup>467</sup>. À titre d'exemple, les allégations de refoulement en mer Égée ne cessent de

<sup>460</sup> 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, *Op. cit.*, article 10(1)(x).

<sup>461</sup> *Ibid.*, article 3(1)(j).

<sup>462</sup> *Ibid.*, article 66(1).

<sup>463</sup> « Once migrants on Mediterranean were saved by naval patrols. Now they have to watch as drones fly over », *The Guardian*, 4 August 2019, available: <https://www.theguardian.com/world/2019/aug/04/drones-replace-patrol-ships-mediterranean-fears-more-migrant-deaths-eu>

<sup>464</sup> Conseil des droits de l'homme, 2021, Nations Unies, *Rapport sur les moyens de répondre aux conséquences pour les droits de l'homme des mesures de renvoi de migrants sur terre et en mer*, Rapport du Rapporteur Spécial pour les droits humains des migrants, M. Felipe GONZALES MORALES, soumis en application de la Résolution 46/6 du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/47/30, 12 mai, § 76.

<sup>465</sup> « Frontex, l'agence de surveillance des frontières de l'UE, dans la tourmente », *RFI*, 6 février 2021, disponible : <https://www.rfi.fr/fr/europe/20210206-frontex-l-agence-de-surveillance-des-fronti%C3%A8res-de-l-ue-dans-la-tourmente>

<sup>466</sup> Frontex, 2020 *in brief*, 2 February 2021, available: <https://frontex.europa.eu/publications/2020-in-brief-IrbE0G>, pp. 40-41.

<sup>467</sup> I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 384.

croître, notamment avec l'épisode dramatique récemment médiatisé concernant des migrants d'abord déshabillés et privés de leurs biens avant d'être refoulés de la Grèce vers la Turquie, ce qui ne serait pas un cas isolé<sup>468</sup>. Or, de tels actes sont constitutifs de refoulement.

À cet égard, des réflexions la possibilité d'engager la responsabilité de Frontex murissent d'années en années. Les auteurs Ioannis Kalpouzos et Itamar Mann considèrent que le traitement des demandeurs d'asile en Grèce constitue un crime contre l'humanité duquel Frontex est complice<sup>469</sup>. Plus tard, Me Omer Schatz et Me Iftach Cohen ont déposé plainte le 21 mai 2021 devant la Cour de Justice contre Frontex<sup>470</sup>. Ils accusent Frontex d'être complice de la violation des droits fondamentaux sur le terrain. Cette complicité résulterait d'une part en l'incapacité de l'Agence à surveiller, rapporter et enquêter sur de telles violations, et d'autre part en le fait de perpétuer l'impunité par l'allégation qu'il existe des difficultés à déterminer le droit applicable<sup>471</sup>. L'Agence aurait facilité et légitimé une politique illégale d'attaque systématique et généralisée contre une population civile lancée par les autorités grecques<sup>472</sup>. Les actions et inactions de Frontex – en complicité de la Grèce – auraient abouti à porter atteinte au droit de demander l'asile, au principe de non-refoulement et à l'interdiction des expulsions collectives<sup>473</sup>. Une telle plainte a deux conséquences. La première témoigne du fait que le régime relatif aux droits fondamentaux de Frontex est insuffisant puisqu'il n'a pas été en mesure d'imposer à l'Agence leur respect. En revanche, la seconde témoigne du fait qu'en le régime de 2019 repose de grands espoirs de justiciabilité parce que jamais une plainte n'avait été déposée contre Frontex auparavant. Reste à savoir quelles seront les *tant attendues* conclusions de la Cour de Justice.

---

<sup>468</sup> « Des migrants refoulés de Grèce retrouvés nus en Turquie », *Info Migrants*, 1er juillet 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/33311/des-migrants-refoules-de-grece-retrouves-nus-en-turquie> ; « Ils nous ont crié de rentrer chez nous » : les refoulements illégaux de migrants continuent en mer Égée », *Info Migrants*, 13 juillet 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/33579/ils-nous-ont-crie-de-rentre-chez-nous-les-refoulements-illegaux-de-migrants-continuent-en-mer-egee>.

<sup>469</sup> I. KALPOUZOS, I. MANN, « Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 16, n°1, 2015, available: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2601844](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601844), p. 23.

<sup>470</sup> FRONT-Lex, *Action for failure to act (as referred to in article 265 TFEU)*, non-confidential version of the application, 21 May 2021, available: <https://www.front-lex.eu/2021/05/25/legal-action-against-frontex-submitted-2/>.

<sup>471</sup> *Ibid.*, § 283.

<sup>472</sup> *Ibid.*, § 281.

<sup>473</sup> *Ibid.*, § 45.

Par conséquent, les diverses réformes de Frontex auraient finalement permis d'ouvrir un peu plus le régime de responsabilité de l'Agence. Il s'agit néanmoins de garder toute réserve quant à l'allégation selon laquelle le régime actuel de responsabilité ouvre la voie du contrôle du juge et donc de la protection effective des droits fondamentaux. En effet, malgré les espoirs que la récente plainte porte, seules les conclusions de la Cour de Justice pourront féliciter une telle évolution. En revanche, l'extension des pouvoirs de l'Agence est, elle, bien plus certaine, et c'est ici même que réside une tendance forte d'illicéité quant aux conventions internationales de protection des droits fondamentaux.

Afin de saisir pleinement les implications de telles réformes propres à créer une Agence éminemment puissante, il s'agit d'analyser le cas de l'Opération *Hera*.

## Section 2 : Étude de cas sur la licéité de l'Opération Hera

A titre liminaire, il convient de souligner la nécessité d'un *focus* sur l'Opération Hera en raison de son caractère illustratif de l'illicéité du régime antérieur, des implications majeures que les opérations conjointes de Frontex ont sur le respect des droits fondamentaux et sur les insuffisances que le régime de 2019 connaît encore, une fois appliqué à la présente opération. De plus, puisqu'elle a été une opération majeure de Frontex – pour ne pas dire presque historique – le cadre de cette Opération illustre de manière symptomatique le mandat de l'Agence : contrôler les entrées dans l'Union européenne dès la sortie des pays tiers. En outre, le grand retour de Frontex dans les îles Canaries en 2020 pour « *aider la police locale à identifier et enregistrer les migrants* <sup>474</sup> » rappelle étrangement le premier module de l'Opération Hera, Hera I.

Si le cadre légal de l'Opération Hera était propre à perpétuer l'impunité (I), il faut étudier cette Opération sous le prisme du droit en vigueur pour savoir si aujourd'hui une opération semblable emporterait la même impunité (II).

### I. Le cadre légal de l'opération Hera propre à perpétuer l'impunité

Bien que l'Opération Hera a eu lieu il y a plusieurs années sous un régime qui n'est plus applicable, les objectifs poursuivis et son cadre légal demeurent familiers (A). Or, en l'espèce, cette opération a mené à la violation de droits humains (B).

#### A) Des objectifs et un cadre légal familiers

Au début des années 2000, les îles Canaries en Espagne étaient sujettes à une certaine pression migratoire. En 2002, près de 10 000 migrants clandestins auraient débarqué sur les îles Canaries venant principalement de l'Afrique de l'Ouest<sup>475</sup>. Ce chiffre est monté à 31 700 en 2006<sup>476</sup>. Ainsi l'Espagne a-t-elle conclu un accord en matière d'immigration en 2003 avec la Mauritanie : en échange de la présence espagnole sur le territoire mauritanien pour endiguer les flux migratoires y partant et lutter efficacement contre l'immigration irrégulière à destination de l'Espagne, cette dernière s'engage à fournir une assistance technique à la

<sup>474</sup> « Espagne : Frontex de retour aux Canaries pour aider la police espagnole à identifier les migrants », *Info Migrants*, 5 novembre 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/28316/espagne-frontex-de-retour-aux-canaries-pour-aider-la-police-espagnole-a-identifier-les-migrants>.

<sup>475</sup> J. PRIETO, « Espagne. Aux Canaries, les clandestins ne font que passer », *Courrier international*, 24 mai 2006, disponible : <https://www.courrierinternational.com/article/2006/05/24/aux-canaries-les-clandestins-ne-font-que-passer>.

<sup>476</sup> Frontex, « Beyond the Frontiers - Frontex: The first five years », (Varsovie), 2010, p. 34.

Mauritanie, en plus d'une clause de réadmission des migrants clandestins<sup>477</sup>. En 2006, l'Espagne et la Mauritanie signent également un accord de coopération dans le cadre d'opérations conjointes de surveillance des côtes mauritaniennes<sup>478</sup>. Un autre accord bilatéral sera signé en 2006 entre l'Espagne et le Sénégal.

Parallèlement à toutes ces mesures, l'Espagne a fait appel à l'Union européenne et à Frontex notamment, tout juste créée en 2004, pour bénéficier de son assistance dans le cadre juridique de ces accords bilatéraux : ainsi l'Opération *Hera* a-t-elle débuté sous la coordination de Frontex<sup>479</sup>. L'opération *Hera* a ainsi débuté en 2006, alors que l'Agence Frontex avait tout juste deux ans d'existence, afin de contenir le flux migratoire provenant de l'Afrique de l'Ouest vers les îles Canaries. Elle est la première opération conjointe majeure de l'Agence, mais aussi la première opération menée en coopération avec des pays tiers<sup>480</sup>. Dans un premier temps, Frontex et l'Espagne ont mené le premier module de l'Opération, *Hera I*, à partir du 17 juillet 2006, qui consistait en l'identification des pays d'origine des migrants clandestins arrivés en Espagne pour ensuite procéder à leur retour<sup>481</sup>. Le second module dit *Hera II*, ayant débuté le 11 août 2006, consistait en la détection des migrants clandestins tentant de rejoindre les îles Canaries pour les reconduire à leur port de départ<sup>482</sup>. Ce dernier module a été prolongé avec un troisième, *Hera III*<sup>483</sup>.

Dans un rapport du Ministère de l'intérieur espagnol de 2007, Frontex est clairement cité parmi les héros de cette lutte contre l'immigration clandestine en dénombrant 12 864 migrants clandestins et 155 embarcations interceptés par Frontex<sup>484</sup>. Dès lors, il ne fait nul doute que l'Agence a activement participé aux interceptions et aux retours dans le cadre de l'Opération *Hera*. Cependant, le cadre juridique ainsi détaillé, il est d'ores et déjà patent que l'engagement de la responsabilité de Frontex sera dans ce cadre quasi impossible. D'ailleurs, après entretien avec l'ambassadeur d'Espagne au Sénégal en 2011, le collectif inter-associatif

---

<sup>477</sup> Amnesty International, « Mauritanie : « personne ne veut de nous » - Arrestations et expulsions collectives de migrants interdits en Europe », 1 juillet 2008, AFR 38/001/2008, p. 29.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>479</sup> N. W. FRENZEN, « The legality of Frontex operation Hera-type migration control practices in light of the *Hirsi* Judgment », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), Routledge, (Oxon, New-York), 2017, pp. 294-313, pp. 295-296.

<sup>480</sup> Frontex, « Beyond the Frontiers – Frontex: The first Five years », *Op. cit.*, p. 31.

<sup>481</sup> Frontex, « Longest Frontex coordinated operation- HERA, The Canary Island », press release, 19 December 2006, available: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/longest-frontex-coordinated-operation-hera-the-canary-islands-WpQlsc>.

<sup>482</sup> *Idem.*

<sup>483</sup> Ministerio del interior, Gobierno de España, « Balance de la lucha contra la inmigración ilegal », 2007, disponible : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FyhtLWKihDUJ:www.interior.gob.es/documents/10180/1209647/Balance%2Bde%2Bla%2Blucha%2Bcontra%2Bla%2Binmigraci%25C3%25B3n%2Bilegal.pdf/ebd49ee1-155d-4807-b505-5e0696eae4a+&cd=2&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>, p. 13.

<sup>484</sup> *Ibid.*, p. 11.

et international Frontexit rapporte que cette coopération avait créé une « zone grise en matière de détermination des responsabilités en cas de violation des droits » en ce que, en l'état du droit, seuls le Sénégal et la Mauritanie peuvent en être tenus responsables, Frontex et l'Espagne échappant alors entièrement à leur responsabilité<sup>485</sup>. Ainsi l'appellation de « *monstre juridique* » prend tout son sens<sup>486</sup>. Si les possibilités offertes quant à l'engagement de la responsabilité de Frontex ont évidemment évolué depuis 2006, il n'en demeure pas moins que le contexte, le cadre et les objectifs de cette Opération sont tout à fait familiers par rapport aux opérations actuelles, si ce n'est que les capacités de Frontex ont été considérablement augmentées.

Comme toutes les opérations coordonnées par Frontex qui ont suivi, l'Agence allègue comme objectif le sauvetage en mer pour réduire le nombre de vies perdues en mer, alors que les allégations de violation des droits fondamentaux ne cessent de croître.

## B) Les violations des droits humains en l'espèce

L'Opération *Hera* a fonctionné grâce à la mise en place de quatre stratégies principales : les arrestations avant embarquement, les patrouilles maritimes dans les eaux territoriales du Sénégal et de la Mauritanie pour intercepter les migrants clandestins, notamment par la méthode des *pushback* des bateaux de migrants en mer, la détention des migrants et l'expulsion<sup>487</sup>. Toutes ces pratiques n'ont pas été immédiatement réalisées par Frontex.

S'agissant des arrestations avant embarquement, la contribution de Frontex a été un soutien financier et matériel, en plus d'activités de surveillance permettant de récolter des informations sensibles, lesquelles ont ensuite été transmises à la Mauritanie et au Sénégal afin de mener à bien les interceptions<sup>488</sup>. En coopération avec l'Agence européenne de l'aviation, Frontex a pu mener des patrouilles aériennes permettant non seulement de prévenir les autorités des embarcations en train de quitter la terre, mais aussi des embarcations en cours de préparation pour prendre la mer<sup>489</sup>. Après transfert de ces informations à la Mauritanie et au

<sup>485</sup> Frontexit, « La coopération extérieure de Frontex hors de tout contrôle démocratique », note à l'attention des parlementaires européens, novembre 2014, disponible : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aUyva-rz0CkJ:www.frontexit.org/fr/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-controle-democratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>, p. 3.

<sup>486</sup> J. MATRINGE, « A New Mandate for Frontex: Beyond the Security Obsession, a Human Rights Perspective ? », audition organisée par le groupe Verts-ALE au Parlement européen le 15 septembre 2010.

<sup>487</sup> N. W. FRENZEN, « The legality of Frontex operation Hera-type migration control practices in light of the *Hirsi* Judgment », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), *Op. cit.*, pp. 299-300.

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 300.

<sup>489</sup> *Idem.*

Sénégal, ce sont les autorités nationales africaines qui ont procédé aux arrestations. Cette pratique paraît manifestement illicite au regard du droit de quitter tout pays, consacré à l'article 2(2) du protocole additionnel n°4 à la Convention EDH. Le paragraphe 3 de cet article précise bien que seule la loi peut apporter des restrictions à ce droit via une liste énumérative de motifs devant dûment les justifier, laquelle doit être établie au préalable. Or, il semble qu'en l'espèce aucune base légale ne permettait d'entraver ce droit. D'après ce qu'a été communiqué du plan opérationnel *Hera 2012*, est effectivement prévue la transmission d'informations aux autorités sénégalaises et mauritaniennes pour « empêcher les départs illégaux vers les îles Canaries », mais il n'est fait aucune mention d'une base légale permettant de mettre en place des mesures d'arrestations avant embarquement<sup>490</sup>. Pourtant, cette pratique fait pleinement partie de l'Opération puisque le Rapport d'évaluation de 2014 félicite les parties prenantes des résultats obtenus en termes de sécurité en empêchant les embarquements non autorisés, irréguliers et non signalés, exactement comme dans celui de 2015<sup>491</sup>.

Lorsqu'une embarcation parvenait malgré tout à partir en mer, c'était au tour de la patrouille maritime de l'opération *Hera* de l'intercepter<sup>492</sup>. Frontex allègue que son implication se faisait via une aide matérielle et un soutien dans leurs activités qui ne portait pas atteinte au fait que les autorités mauritaniennes et sénégalaises gardaient l'autorité pour intercepter et restituer les bateaux<sup>493</sup>. Cependant, des patrouilles aussi bien mauritaniennes, sénégalaises qu'espagnoles étaient mises en place. L'Espagne aurait fourni aux garde-côtes mauritaniens et sénégalais des navires pour mener les interceptions, sur lesquels des officiers de la Guardia Civil espagnole étaient présents pour conseiller les opérations et donner une formation sur l'entretien des navires. De même, sur chaque navire espagnol, au moins un officier mauritanien ou sénégalais était présent en tant que capitaine. Mais l'autorité réelle que cet officier avait sur le bateau reste indéfinie<sup>494</sup>. C'est dans ce cadre que la méthode des *pushback* aurait été utilisée ainsi que d'autres mesures coercitives. À titre d'exemple, les patrouilles de Frontex auraient saisi le carburant et la nourriture des embarcations des migrants pour les forcer à revenir au

---

<sup>490</sup> Frontex, *Operational Plan EPN HERA 2012*, (Varsovie), p. 16.

<sup>491</sup> Frontex, *Frontex Evaluation Report 2014 JO EPN Hera 2014*, (Varsovie), 13 janvier 2015 p. 16 ; Frontex, *Frontex Evaluation Report 2015, JO EPN Hera 2015*, (Varsovie), 2016, pp. 15-16.

<sup>492</sup> N. W. FRENZEN, « The legality of Frontex operation Hera-type migration control practices in light of the *Hirsi Judgment* », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), *Op. cit.*, p. 299 ; Frontex, *Operational Plan, EPN HERA 2012*, *Op. cit.*, p. 14.

<sup>493</sup> Frontex, « Beyond the Frontiers – Frontex: The first Five years », *Op. cit.*, p. 34.

<sup>494</sup> W. FRENZEN, « The legality of Frontex operation Hera-type migration control practices in light of the *Hirsi Judgment* », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), *Op. cit.*, p. 307.

port d'embarcation, ce que le Directeur exécutif de Frontex de l'époque n'aurait pas nié<sup>495</sup>. Tout ce que la documentation de Frontex révèle c'est que les migrants clandestins seraient « convaincus » de repartir en arrière<sup>496</sup>. En tout état de cause, cette pratique de l'interception frôle le refoulement. Or le refoulement est interdit par l'article 33 de la Convention de Genève.

En somme, ces deux pratiques sont également de nature à priver les migrants de leur droit de demander l'asile garanti à l'article 18 de la Charte.

Or, comme le Plan opérationnel de 2013 l'indique, Frontex était déjà à l'époque tenu du respect des obligations en vertu de la Charte, donc tenu du respect des droits fondamentaux des migrants et des demandeurs d'asile<sup>497</sup>. Le manuel des opérations conjointes de Frontex précise également que la procédure relative aux activités de surveillance des frontières et de retour des embarcations de migrants clandestins ne doit pas s'appliquer si une demande d'asile est présentée, si une violation des droits fondamentaux peut porter sur le droit d'asile, sur le principe de non-refoulement et sur toute autre obligation internationale<sup>498</sup>. Cependant, aucun des rapports de 2014 et 2015 ne fait mention de cette obligation, ni ne fait état des activités de Frontex à cet égard.

Par conséquent, l'Opération *Hera* a certainement été au niveau de sa mise en œuvre illicite au regard du droit international public. Cependant, la réglementation en vigueur à l'époque des faits contenait un déficit structurel quant à la responsabilité et la transparence<sup>499</sup>, faisant tomber les violations des droits fondamentaux dans l'oubli et l'impunité.

Une coopération entre Frontex, l'Espagne, la Mauritanie et le Sénégal au service de la lutte contre l'immigration irrégulière aux îles Canaries est toujours d'actualité<sup>500</sup>. Frontex est même accusé d'expulser des Maliens vers la Mauritanie sans qu'ils aient eu l'opportunité de demander l'asile dans le cadre de cette coopération<sup>501</sup>. Ainsi est-il pertinent d'analyser la licéité de l'Opération *Hera* à la lumière des évolutions juridiques jusqu'à aujourd'hui.

---

<sup>495</sup> M. VELLA, « Frontex: Out of Control? », *Malta Today*, 20 July 2008, available: <http://archive.maltatoday.com.mt/2008/07/20/n6.html>.

<sup>496</sup> Frontex, « HERA 2008 and NAUTILUS 2008 Statistics », press release, 17 February 2009, available: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/hera-2008-and-nautilus-2008-statistics-op7kLN>.

<sup>497</sup> Frontex, *Operational Plan Joint Operation EPN Hera 2013*, (2013/SBS/01), (Varsovie), 26 juillet 2013, p. 5.

<sup>498</sup> Frontex, *Handbook to the Operational Plan, Joint Maritime Operations*, 13 février 2014, pp. 12, 62.

<sup>499</sup> Statewatch, « Analysis - Opaque and Unaccountable: Frontex Operation Hera », February 2017, p. 2.

<sup>500</sup> S. MORO, « Aux îles Canaries, la pression migratoire est « insoutenable » selon Bruxelles », *Euractiv*, 6 octobre 2020, disponible : <https://www.euractiv.fr/section/migrations/news/aux-iles-canaries-la-pression-migratoire-est-insoutenable-selon-bruxelles/> ; « L'Espagne et le Sénégal s'affichent unis dans la lutte contre l'immigration illégale », *Info Migrants*, 12 avril 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/31463/l-espagne-et-le-senegal-s-affichent-unis-dans-la-lutte-contre-l-immigration-illegale>.

<sup>501</sup> « Plus de 100 Maliens expulsés en Mauritanie par Frontex et l'Espagne malgré leur droit d'asile », *Info Migrants*, 2 novembre 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/28245/plus-de-100-maliens-expulses-en-mauritanie-par-frontex-et-l-espagne-malgre-leur-droit-a-l-asile>.

## II. L'opération *Hera* aujourd'hui : la continuité de l'impunité ?

Comme démontré *supra*, le régime applicable à Frontex a considérablement évolué, que ce soit quant à ses prérogatives ou la protection des droits fondamentaux. Il s'agit de se demander si aujourd'hui une telle opération pourrait avoir lieu et si elle serait licite. Ainsi est-il pertinent d'analyser d'une part, la licéité de l'opération *Hera* à la lumière de la jurisprudence *Hirsi Jamaa* et du Règlement Frontex de 2019 (A) et d'autre part, la possibilité d'imputer les violations à Frontex via la responsabilité dérivée (B).

### A) L'opération *Hera* au visa de la jurisprudence *Hirsi Jamaa* et du Règlement Frontex de 2019

D'une part, la mise en place de l'opération *Hera* dans le cadre de Frontex semble aujourd'hui peu crédible au regard de l'extension de la prise en compte des droits fondamentaux dans le Règlement de 2019. Certes, comme expliqué *supra*, cette extension contient encore beaucoup de limites pour espérer une protection effective des droits fondamentaux dans le cadre des opérations de Frontex. Cependant, même si cela est purement hypothétique car les plans opérationnels des opérations actuelles n'ont pas pu être consulté pour la présente étude, il semble raisonnable de croire que ceux-ci contiendraient un nombre de provisions suffisant quant aux droits fondamentaux, et notamment le droit de demander l'asile, à en croire le Règlement de 2019. Par conséquent, fort heureusement, une Opération *Hera* en 2021 ne semble pas plausible. De ce fait, la licéité des opérations de Frontex semblerait nettement augmentée – pour ne pas dire totalement acquise<sup>502</sup>.

D'autre part, une opération semblable à l'opération *Hera* ne semble pas plausible sans rencontrer l'obstacle de la jurisprudence *Hirsi Jamaa* de la Cour EDH<sup>503</sup>. À titre liminaire, étudier la compatibilité de l'opération *Hera* au jugement rendu dans l'affaire *Hirsi Jamaa* n'a pas pour objet de démontrer que l'Espagne est responsable, mais de démontrer que la mission a conduit à des violations des droits fondamentaux, afin d'étudier l'imputabilité de ces violations à Frontex ensuite.

Aux fins de l'analyse de la compatibilité des pratiques de contrôle migratoire à cet arrêt rendu en Grande Chambre, encore faut-il résoudre la question de l'exercice de la juridiction, sans quoi la Convention EDH ne peut pas s'appliquer. Conformément à la jurisprudence

<sup>502</sup> En effet, entre autres, il existe aujourd'hui encore des allégations de violation de droits fondamentaux par Frontex, notamment en mer Égée aux fins de l'application de la Déclaration UE-Turquie.

<sup>503</sup> CEDH [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, *Op. cit.* ; W. FRENZEN, « The legality of Frontex operation Hera-type migration control practices in light of the *Hirsi* Judgment », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), *Op. cit.*, p. 304.

*Bankovic*, la juridiction est essentiellement territoriale<sup>504</sup>. Cependant, celle-ci peut être extraterritoriale dès lors que l'État, par le biais de ses agents en dehors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu<sup>505</sup>. Dans l'affaire *Hirsi Jamaa*, la Cour a relevé que les navires ayant procédé aux interceptions battaient le pavillon italien, que les faits se sont déroulés sur ces navires dont l'équipage était des forces armées italiennes, pour conclure que, dès lors que les requérants sont montés sur les navires italiens jusque leur remise aux autorités libyennes, ils ont été « *sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes*<sup>506</sup> ». Ainsi l'Italie a-t-elle exercé sa juridiction lors des « *éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un État dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'État, voire de les refouler vers un autre État*<sup>507</sup> ».

Une fois cette jurisprudence appliquée à l'Opération *Hera*, la détermination de la juridiction de l'Espagne lors des interceptions dans le cadre de l'opération dépendra des diverses hypothèses de conduite de ces missions. En tout état de cause, au vu des développements précédents, il est clair que l'Opération *Hera* menée par Frontex et l'Espagne avait sans aucun doute pour objet d'empêcher les migrants d'atteindre le territoire des îles Canaries. Reste-t-il encore à déterminer si les interceptions ont été réalisées en procédant à un examen de la situation individuelle de chaque requérant, que chacun d'entre eux a eu raisonnablement l'opportunité de demander l'asile ou une protection internationale, et que l'Espagne a vérifié qu'il existait des garanties suffisantes en matière d'asile en Mauritanie et au Sénégal<sup>508</sup>. Or, les précédents développements ont mis en exergue que le respect du droit d'asile était loin d'être une préoccupation de l'Opération *Hera*. Une identification préalable était effectivement mise en place, mais dans les seuls buts d'empêcher en amont et à temps les embarcations de fortune des migrants de partir et d'identifier la nationalité du migrant pour le retourner dans son pays d'origine<sup>509</sup>. Au surplus, aucun des documents diffusés par Frontex (plans opérationnels, rapports, manuel) ne fait mention d'une étude sur les garanties offertes quant à la procédure d'asile dans un État tiers. Seul le plan opérationnel de 2018 mentionne l'étude de « *la situation générale au Sénégal* » et la qualification subséquente de lieu sûr<sup>510</sup>.

<sup>504</sup> CEDH [GC], *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, req. n°52207/99, § 59.

<sup>505</sup> CEDH [GC], *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, req. n°55721/07, § 137.

<sup>506</sup> CEDH [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, *Op. cit.*, §§ 76, 81, 82.

<sup>507</sup> *Ibid.*, § 180.

<sup>508</sup> *Ibid.*, §§ 156, 185.

<sup>509</sup> V. Frontex, *Handbook to the Operational Plan, Joint Maritime Operations*, *Op. cit.*, p. 22.

<sup>510</sup> Frontex, *Frontex Evaluation Report, JO HERA 2018*, (Varsovie), 5 juin 2019, p. 6.

Enfin, en vertu de l'article 10(1)(d) du Règlement 2019, Frontex aurait dû vérifier le respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'Opération.

Ainsi semble-t-il que les violations dans le cadre de l'Opération *Hera* devant l'office du juge de Strasbourg auraient été établies au regard de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de l'interdiction des expulsions collectives. Il reste à déterminer si la responsabilité de Frontex pourrait être engagée dans ce cadre. L'analyse précédente a démontré que, malgré les évolutions récentes, les chances d'engagement de la responsabilité autonome de Frontex semblent quasi nulles. En revanche, des espoirs peuvent reposer sur le régime de la responsabilité dérivée.

#### B) L'imputabilité des violations à Frontex via la responsabilité dérivée

De manière tout à fait prospective quant à la nouveauté du Règlement en vigueur et quant à la récente plainte à la Cour de Justice contre Frontex, il semble que le régime lui étant applicable permettrait aujourd'hui d'engager sa responsabilité dérivée pour une opération telle qu'*Hera*.

La responsabilité dérivée découle de l'article 14 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale d'une organisation internationale. Cet article dispose que l'aide ou l'assistance d'une organisation internationale à un État dans la commission d'un fait internationalement illicite peut engager sa propre responsabilité, dès lors que l'aide et l'assistance ont été « *significatives* » pour la commission de l'acte, que l'Organisation avait connaissance du fait internationalement illicite et que ce dernier aurait également été internationalement illicite si l'organisation l'avait elle-même commis.

Sur cette dernière exigence, il ne fait aucun doute que les pratiques de *pushback* et d'arrestations anticipées auraient été constitutives de refoulement et de privation du droit de demander l'asile si l'Agence les avait perpétrées elle-même. En effet, Frontex est tenu du respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que, évidemment, de son propre Règlement qui dispose, notamment, que les tâches de Frontex doivent être réalisées dans le respect des droits fondamentaux et que l'assistance technique et opérationnelle apportée à un État doit se faire en conformité avec le principe de non-refoulement<sup>511</sup>.

La seconde exigence de l'article 14, c'est-à-dire la connaissance du fait internationalement illicite, est la plus compliquée à établir en l'espèce. Selon les commentaires

---

<sup>511</sup> 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, *Op. cit.*, articles 1, 36(2).

attachés au projet d'articles, le critère de la connaissance engendre que la responsabilité ne peut pas être engagée si l'Organisation n'avait pas connaissance de ce à quoi l'aide allait servir. Comme expliqué *supra*, le Directeur exécutif de l'époque en 2008, Ilkka Laitenen, n'avait pas nié le fait que lors des opérations d'interception, le personnel des navires s'emparait de l'eau et du carburant des bateaux des migrants pour les forcer à retourner sur le territoire d'où ils venaient. Au contraire, il a spécifié que chaque État interprète le droit applicable à sa manière quand il s'agit de la surveillance des frontières<sup>512</sup>. Dans une autre interview, Ilkka Laitenen reconnaît que le droit de demander l'asile des migrants sur les bateaux clandestins n'est pas encore reconnu à l'échelle européenne<sup>513</sup>. Ainsi, au regard des informations à disposition de la présente étude, il est plausible que la connaissance de Frontex du fait internationalement illicite soit retenue.

Enfin, la première exigence suppose, selon les commentaires, que l'aide doit avoir « *significativement* » contribué à la commission du fait. Il faut ainsi relever que, dans le cadre de l'Opération *Hera*, Frontex a mobilisé des experts nationaux venant entre autres des Pays-Bas, d'Italie, de France, de Norvège et du Portugal<sup>514</sup>. De plus, au total des deux premiers modules de l'Opération, un budget total de 6,3 millions d'euros aurait été co-financé par Frontex<sup>515</sup>. Comme relevé *supra*, l'assistance de Frontex a également été opérationnelle, en mettant en place des opérations de surveillance aérienne permettant de récolter les informations nécessaires aux arrestations des embarcations sur le point de partir, ainsi que matérielle. De plus, le Directeur exécutif avait déjà le pouvoir de « *préparer et exécuter les décisions, les programmes et les activités* » de l'Agence<sup>516</sup> – ses pouvoirs sont encore plus grands dans le Règlement de 2019. Or, le plan opérationnel de 2012 fait mention du fait qu'après caractérisation de violation des droits fondamentaux, Frontex a l'obligation de suspendre ou mettre un terme à l'opération<sup>517</sup>. Ainsi semble-t-il raisonnable de considérer que ne pas respecter cette obligation facilite significativement la commission du fait internationalement illicite.

---

<sup>512</sup> M. VELLA, « Frontex: Out of Control? », *Malta Today*, 20 July 2008, available: <http://archive.maltatoday.com.mt/2008/07/20/n6.html>.

<sup>513</sup> M. TONDINI, « Transcript of interview with Mr Ilkka Laitenen, FRONTEX Executive director », interview, (Varsovie), 12 mai 2010, pp. 3, available: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Bd2Q0pzrpgoj:https://migrantsatsea.files.wordpress.com/2010/11/inex-laitinen-interview-12may2010.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>, p. 2.

<sup>514</sup> Frontex, « HERA II Operation to be prolonged », press release, 13 October 2006, available: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/hera-ii-operation-to-be-prolonged-iWMEF9>.

<sup>515</sup> Frontex, « Longest Frontex coordinated operation- HERA, The Canary Island », *Op. cit.*

<sup>516</sup> Règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 25(3)(a).

<sup>517</sup> Frontex, Operational Plan EPN HERA 2012, *Op. cit.*, p. 5.

À la lumière des précédents développements, il semble que la responsabilité dérivée de Frontex aurait pu être retenue pour les faits internationalement illicites commis par les États à l'occasion de l'Opération *Hera*.

Par conséquent, si Frontex est sans conteste un acteur majeur de la politique migratoire européenne opérant à l'extérieur des frontières, Frontex est aussi de plus en plus décrié comme une véritable armée qui met à mal les droits fondamentaux des migrants et demandeurs d'asile. Et pourtant, les attentes qui pèsent sur l'Agence ne cessent de s'élever : en 2021, le bilan porté par la Cour des Comptes de l'Union européenne déplore une lutte contre l'immigration illégale insuffisante<sup>518</sup>. Cependant, les espérances de ceux qui veulent combattre à tout prix l'immigration clandestine seront toujours déçues puisque le phénomène de l'immigration ne diminuera certainement pas avec une politique répressive. Et pourtant, le nouveau pacte sur la migration et l'asile perpétue cette idée selon laquelle les flux de migrants – et de demandeurs d'asile *a fortiori* – relèvent d'un problème de sécurité<sup>519</sup>, ce qui alimente encore la légitimité d'une politique de combat, de lutte et d'interdit. Dans ce cadre, Frontex devient évidemment une véritable « *police aux frontières toute puissante et active* », autant aux frontières extérieures de l'Union que dans les pays-tiers<sup>520</sup>. Cette évolution est aujourd'hui symbolisée par l'annonce récente du port d'un uniforme immatriculé Frontex par ses agents qui fait de Frontex une véritable force déployée pour le compte de l'Union européenne<sup>521</sup>. Or, si cela est jugé légitime, la licéité de tels développements laisse à désirer dès lors qu'une conséquence directe est le recul des droits fondamentaux des migrants et demandeurs d'asile – déjà assez peu nombreux – dès la sortie des pays de transit ou des pays d'immigration.

Malgré ce constat, le recul des frontières de l'Union européenne ne s'arrête pas au déploiement de Frontex dans les pays -tiers, mais procède parallèlement d'une coopération accrue avec certains pays-tiers. A cet égard, la Turquie et la Libye semblent des acteurs majeurs de la politique migratoire européenne, de sorte à se transformer en des garde-côtes agissant pour le compte de l'Union européenne.

---

<sup>518</sup> Cour des comptes européenne, *Soutien de Frontex à la gestion des frontières extérieures : pas assez efficace jusqu'ici*, Rapport spécial 08/2021, 7 juin 2021, disponible : <https://www.eca.europa.eu/fr/Pages/DocItem.aspx?did=58564>, p. 46, § 85.

<sup>519</sup> I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, *Op. cit.*, p. 392.

<sup>520</sup> *Ibid.*, pp. 392-393.

<sup>521</sup> Frontex, *2020 in brief*, 2 February 2021, available: <https://frontex.europa.eu/publications/2020-in-brief-IrbE0G>, p. 40 ; « Uniforme Frontex : Avancée symbolique vers la souveraineté européenne », *L'Opinion*, 13 janvier 2021, disponible : <https://www.lopinion.fr/edition/international/uniforme-frontex-avancee-symbolique-vers-souverainete-europeenne-233649>.

## **Chapitre 2 : La délégation de la mission de garde-frontières aux pays tiers - Illustration par les cas de la Turquie et de la Libye**

A titre liminaire, il convient de préciser que la présente étude a choisi de présenter la stratégie de coopération avec des pays tiers à l'aide des exemples de la Turquie et de la Libye parce que ces deux pays sont sans conteste des acteurs privilégiés et majeurs de la politique migratoire européenne. Or, ces deux coopérations sont aussi foncièrement illicites quant au droit international public, que ce soit au niveau de leur forme que de leur mise en œuvre. Par conséquent, que ce soit sur un plan quantitatif ou qualitatif, il apparaît que la Turquie et la Libye sont topiques de la coopération avec les pays tiers dans la politique migratoire européenne.

La Turquie et la Libye endossent le rôle de véritables garde-côtes agissant pour le compte de la politique de gestion des frontières extérieures de l'Union européenne. Or, la licéité de la Déclaration UE-Turquie est entièrement contestée, sur sa lettre et sa mise en œuvre, (Section 1), tandis que la coopération avec la Libye s'apparente à une coopération liberticide (Section 2).

### Section 1 : La Déclaration UE-Turquie : une coopération entièrement illicite ?

Alors que la Déclaration UE-Turquie s'inscrit dans un cadre plus large de coopération de l'Union avec la Turquie, celle-ci s'avère être l'instrument de référence dans la mise en œuvre d'une telle coopération. Sous les feux des projecteurs, la licéité de la situation inédite selon laquelle un texte, *a priori*, de nature politique produise des effets juridiques (I) qui portent atteinte aux droits fondamentaux des demandeurs d'asile et des migrants (II) est largement contestée.

#### I. La Déclaration UE-Turquie : un texte politique aux effets juridiques ?

La Déclaration UE-Turquie a cela d'unique qu'elle est le texte de référence de la coopération euro-turque en matière de réadmission, alors même que sa justiciabilité (A) est refusée à ceux qui en font l'objet, et que son imputabilité à l'Union européenne (B) est niée en bloc par les États membres et les institutions communautaires.

A) UE-Turquie, une déclaration ou un accord, un texte « *injusticiable* »<sup>522</sup>

?

À titre liminaire, il convient de retenir que l'injusticiabilité peut être définie comme ce qui suit : « *un droit injusticiable est un droit insusceptible d'être contrôlé par un juge et la justiciabilité des droits se définit comme la capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par des victimes*<sup>523</sup> ». Ainsi, le débat sur la nature de la Déclaration UE-Turquie est fondamental quant à la protection des droits de l'homme des migrants et demandeurs d'asile car il déterminera si les violations de ces droits, sur la base de l'application de la Déclaration, pourront ou non être contrôlées par un juge.

L'insécurité juridique quant à la Déclaration provient du fait qu'il n'existe pas de consensus sur la nature du texte. Sans conteste, la Déclaration UE-Turquie est *a priori* un texte politique. En effet, elle est le produit d'une réunion entre dirigeants turcs, de l'Union et des États membres du 29 novembre 2015 à Bruxelles, et elle a été publiée sous la forme d'un communiqué de presse sur le site du Conseil de l'Union européenne<sup>524</sup>, et non pas au Journal officiel. Une telle conclusion aurait pour conséquence de considérer que la Déclaration est dépourvue de valeur juridique contraignante. Ainsi la Déclaration UE-Turquie tomberait dans cette nouvelle - et dangereuse - catégorie des instruments « *extra-traités*<sup>525</sup> », ce qui aurait pour effet de la faire échapper au contrôle démocratique du Parlement européen<sup>526</sup> et au contrôle juridictionnel de la Cour de Justice. Cette « *mise à l'abris* » du texte<sup>527</sup> contrevient aux principes de démocratie et d'État de droit énoncés dans la Charte et à l'article 2 du TUE en tant que valeurs fondamentales de l'Union.

Cependant, cette qualification d'un texte politique doit être immédiatement nuancée au regard de la forme et du fond de la Déclaration. En effet, le service juridique du Parlement

<sup>522</sup> T. HOBBS, *Elementa philosophica de Cive*, 1642. Les origines du mot « *injusticiabilité* » remonte au terme « *impunité* » utilisé par l'auteur.

<sup>523</sup> C. NIVARD, « La justiciabilité des droits sociaux, Etude de droit conventionnel européen », *Droit public*, sous la direction de F. SUDRE, Université de Montpellier 1, 2009, p. 18. S. MAUCLAIR, « Injusticiabilité, inconditionalité et droit d'agir en justice », in *L'injusticiabilité : l'émergence d'une notion ?*, P. SERRAND, P. SZWEDO (dirs.), Biblioteka Jagiellońska, 2018, pp. 209-219. pp. 209-211.

<sup>524</sup> Conseil de l'Union européenne, *Réunion des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE avec la Turquie, 29/11/2015 - Déclaration UE-Turquie*, déclaration et observations n°870/15, 29 novembre 2015, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2015/11/29/> ; Conseil de l'Union européenne, *Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016*, communiqué de presse n°144/16, 18 mars 2016, disponible : <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>

<sup>525</sup> S. CARRERA, L. DEN HERTOG, M. STEFAN, « The EU-Turkey deal: reversing 'Lisbonisation' in EU migration and asylum policies », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 155-175 p. 158.

<sup>526</sup> M. GATTI, « La marginalisation du pouvoir législatif dans la politique migratoire de l'Union européenne : défis pour l'Etat de droit », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n°40, disponible : <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-marginalisation-du-pouvoir-legislatif-dans-la-politique-migratoire-de-lunion-europeenne-defis-pour-letat-de-droit/>.

<sup>527</sup> S. SLAMA, « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein droit*, 2016/4, n°111, pp. 49-56, pp. 49-50.

européen aurait à tort conclu à la nature politique de l'accord<sup>528</sup>. Malheureusement, une interprétation de la part du juge de Bruxelles ne peut être attendue, le Tribunal de l'Union européenne étant resté silencieux quant à cette question à l'occasion de l'affaire *NF*<sup>529</sup>. En revanche, la jurisprudence de la CIJ est, quant à elle, très éclairante.

Dans un arrêt de 1978, la Cour observe « *qu'il n'existe pas de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international destiné à soumettre un différend à l'arbitrage ou au règlement judiciaire*<sup>530</sup> ». Selon la Cour, la nature de l'acte doit être appréciée en vertu des termes employés et des circonstances dans lesquelles il a été adopté, de sorte qu'un communiqué de presse peut tout à fait avoir une valeur juridique contraignante<sup>531</sup>. S'agissant des termes employés, le champ lexical d'un accord transparaît grâce à l'emploi des termes suivants : « *accepter* », « *convenir* », « *décider* », en plus de l'usage du futur dans les points d'action détaillés par la Déclaration. Et ceci est sans compter que la Déclaration est également communément appelée « *accord* », notamment par les États membres et la Turquie elle-même<sup>532</sup>. Au surplus, la Déclaration ajoute au corps juridique existant – l'accord de réadmission auparavant signé – de nouvelles règles. D'une part, le premier des neuf points d'action ajoute au champ de la coopération la nouvelle catégorie des demandeurs d'asile dont la demande est jugée irrecevable, lesquels, sur le fondement de la directive procédure seront renvoyés en Turquie, élément qu'aucun acte juridique précédent n'avait mis en place<sup>533</sup>. D'autre part, le système dit « *1 pour 1* » détaillé au second point d'action n'existe dans aucun autre accord juridique précédent non plus<sup>534</sup>. Par conséquent, même si c'est sur un temps court, la Déclaration a fait l'objet de l'unique base juridique de référence pour la mise en place de ces nouveaux aspects de coopération, ce qui est propre à considérer que celle-ci a été adoptée en tant qu'acte juridiquement contraignant<sup>535</sup>. Or, d'après l'arrêt *Qatar c. Bahreïn*, tout instrument international faisant état de la volonté des parties sur

---

<sup>528</sup> N. ALOUPI, « L' « accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), Presses universitaires de Strasbourg, 2019, pp. 47-62, p. 50.

<sup>529</sup> Tribunal UE, *NF c. Conseil européen*, ordonnance du 28 février 2017, aff. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128.

<sup>530</sup> CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt du 19 décembre 1978, *Recueil 1978*, p. 39, § 96.

<sup>531</sup> *Idem*.

<sup>532</sup> Sénat de la République française, Rapport d'information n°38, 14 octobre 2016, disponible : <https://www.senat.fr/rap/r16-038/r16-038.html>; Republic of Turkey, Minister of Foreign Affairs, « Implementation of Turkey-EU Agreement of 18 March 2016 », available: [https://www.mfa.gov.tr/implementation-of-turkey\\_eu-agreement-of-18-march-2016.en.mfa](https://www.mfa.gov.tr/implementation-of-turkey_eu-agreement-of-18-march-2016.en.mfa).

<sup>533</sup> N. ALOUPI, « L' « accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, pp. 50-51.

<sup>534</sup> M. GATTI, A. OTT, « The EU-Turkey statement: legal nature and compatibility with EU institutional law », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 175-200, p. 196.

<sup>535</sup> N. ALOUPI, « L' « accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, p. 51.

plusieurs engagements consentis mutuellement crée des obligations et des droits en droit international, et constitue donc un accord international<sup>536</sup>. Ainsi la Déclaration UE-Turquie peut-elle constituer un accord international propre à produire des effets juridiques.

Dès lors, toujours sur le plan de la forme, la licéité de la Déclaration peut être attaquée en ce que ses conditions d'adoption ont méconnu le cadre juridique institué par le droit communautaire. Encore faut-il déterminer si l'adoption de cet instrument est imputable à l'Union européenne ou aux États membres.

## B) Une Déclaration imputable à l'Union européenne

La compétence de l'Union européenne dans le domaine de la PESC lui permet de conclure des accords internationaux<sup>537</sup>, notamment dans le cadre de la « *politique commune de l'immigration*<sup>538</sup> ». La question de la détermination de l'entité ayant exprimé sa volonté auprès de la Turquie a été tranchée par le Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire *NS*<sup>539</sup>. Le Tribunal a considéré que la Déclaration n'est pas un acte adopté par le Conseil, considérant que les termes « *membres du Conseil européen* » et « *UE* » doivent être traduits en « *chefs d'États ou de gouvernement* », en ce sens que c'est en qualité de représentants d'États que cette réunion a eu lieu<sup>540</sup>. Cette argumentation peine à convaincre au regard de plusieurs éléments : le Conseil européen évoque dans ses conclusions des 17 et 18 mars la Déclaration « *lors de la confirmation de sa stratégie globale visant à faire face à la crise migratoire*<sup>541</sup> », les États membres eux-mêmes, ainsi que la Turquie, évoquent la Déclaration comme accord conclu par le Conseil<sup>542</sup>, et l'accord est dit conclu entre la Turquie et l'Union européenne sur le site même du Conseil<sup>543</sup>. Les conclusions du Tribunal sont d'autant plus faibles qu'elles se fondent exclusivement sur les documents fournis par le Conseil, alors que, manifestement, d'autres documents amènent des éléments propres à déterminer le Conseil comme partie contractante

<sup>536</sup> CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre le Qatar et le Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, arrêt du 1er juillet 1994, *Recueil 1994*, p. 112, § 25.

<sup>537</sup> Traité sur l'Union européenne, *Op. cit.*, article 37.

<sup>538</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 79(3).

<sup>539</sup> Tribunal UE, *NF c. Conseil européen*, *Op. cit.*

<sup>540</sup> *Ibid.* §§ 66, 69, 71.

<sup>541</sup> Conseil européen, *Réunion du Conseil européen (17 et 18 mars 2016)*, Note de transmission, (Bruxelles), 18 mars 2016, EUCO 12/1/16 REV 1, disponible : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12-2016-REV-1/fr/pdf>, §§ 1, 2, 4 ; N. ALOUPI, « L'« accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, p. 54.

<sup>542</sup> Sénat de la République française, Rapport d'information n°38, *Op. cit.* ; Republic of Turkey, Minister of Foreign Affairs, « Implementation of Turkey-EU Agreement of 18 March 2016 », *Op. cit.*

<sup>543</sup> Conseil de l'Union européenne, « Réunion des dirigeants UE-Turquie, 9 mars 2020 », disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/international-summit/2020/03/09/>.

de la Déclaration<sup>544</sup>. Ainsi certains commentateurs internationaux ont-ils conclu à la violation du principe de bonne foi devant gouverner les relations internes de l'Union européenne<sup>545</sup>.

En considérant donc que la Déclaration UE-Turquie est un acte juridiquement contraignant adopté entre le Conseil et la Turquie, ce texte est irrégulier quant à la procédure applicable à la conclusion d'accords internationaux entre l'Union européenne et des pays-tiers énoncée à l'article 218 du TFUE. Entre autres, puisque la Déclaration crée « *un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération* » et ne porte pas exclusivement sur un domaine PESC<sup>546</sup>, le Parlement aurait dû être consulté de sorte à obtenir son approbation<sup>547</sup>. Ainsi la Déclaration UE-Turquie est-elle d'ores et déjà illicite au regard du droit de l'Union européenne.

Malgré cette illicéité formelle, la Déclaration en tant que « *fondement [du] partenariat en matière de migration* » entre la Turquie et l'Union européenne est réaffirmé au 4 mars 2020<sup>548</sup>. De même, le Pacte sur la migration et l'asile réaffirme le développement des accords de réadmission avec les pays-tiers pour un « *système européen de retour efficace et commun* », tout en réaffirmant également la pertinence de la Déclaration dans le cadre de la coopération avec la Turquie, ainsi que les financements alloués par l'Union à son exécution<sup>549</sup>.

Ainsi la Déclaration est toujours un instrument phare et privilégié – tout comme, plus généralement, la coopération avec des pays tiers – de la gestion de la « *crise migratoire* » au sein de l'Union européenne. Malgré la forte désapprobation de la communauté internationale – d'autant plus importante à défaut de contrôle parlementaire et juridictionnel – la légitimité de cet instrument est renouvelée. Ceci est d'autant plus préoccupant que la mise en œuvre de cette Déclaration pose également de sérieuses questions de licéité quant au principe de non-refoulement et l'interdiction de traitements inhumains et dégradants, auxquels l'Union est liée

---

<sup>544</sup> ; N. ALOUPI, « L' « accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, p. 55.

<sup>545</sup> Traité sur l'Union européenne, *Op. cit.*, article 4(3) F. ARLETTAZ, « La déclaration UE-Turquie de mars 2016 et le principe de non-refoulement », *L'observateur des Nations Unies*, 2016/2, vol. 41, pp. 71-96, p. 80.

<sup>546</sup> Le point d'action 7 mentionne la modernisation de l'Union douanière et le point d'action 8 mentionne le plan de relance de l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne.

<sup>547</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Op. cit.*, article 218(6)(a)(iii).

<sup>548</sup> Conseil de l'Union européenne, *Communiqué de presse sur la rencontre entre le président Charles Michel et le président Recep Tayyip Erdoğan*, communiqué de presse n°120/20, 4 mars 2020, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2020/03/04/press-release-on-meeting-between-president-charles-michel-and-president-recep-tayyip-erdogan/>.

<sup>549</sup> Commission européenne, Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, *Op. cit.*, §§ 2.5, 6.1.

par l'article 33 de la Convention de 1951, les articles 4 et 18 de la Charte, l'article 3 de la Convention EDH<sup>550</sup> et l'article 78 du TFUE.

## II. La mise en œuvre Déclaration UE-Turquie ou la source directe de violations des droits fondamentaux des migrants et des demandeurs d'asile

Presque depuis son « *adoption* », la mise en œuvre de la Déclaration UE-Turquie n'était pas conforme au droit international public. D'une part, le fait même de coopérer avec la Turquie, et de la considérer subséquemment comme un « *pays tiers sûr* », engendre la violation du principe de non-refoulement (A). D'autre part, la simple application des stratégies qu'elle met en place engendre la violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (B).

### A) La violation du principe de non-refoulement subséquente à la qualification de la Turquie en tant que « *pays-tiers sûr* »

Alors que la Turquie ne peut être que très difficilement qualifiée de pays tiers sûr (1), une telle qualification inhérente à la Déclaration engendre la violation du principe de non-refoulement (2).

#### 1. La Turquie : véritablement un pays tiers sûr ?

Comme déjà démontré *supra*, la notion même de « *pays-tiers sûr* » est loin de faire l'unanimité au sein de la communauté internationale eu égard aux pays qualifiés de la sorte. Ses fondements reposent sur l'idée que les pays de transit sont des « *premiers pays d'asile*<sup>551</sup> » et que la qualification d'un pays tiers comme sûr ne contrevient pas à l'interdiction du refoulement de l'article 33 de la Convention de 1951<sup>552</sup>. De ce fait, le concept respecterait le droit international public, tout en contrant le phénomène des « *réfugiés en orbite*<sup>553</sup> ». Cependant, son développement l'a transformé en fondement de recevabilité d'une demande d'asile<sup>554</sup>. De plus, le concept serait d'autant plus légitime que le champ *ratione personae* de

<sup>550</sup> Depuis le Traité de Lisbonne (2006), le TUE reconnaît à son article 6 que l'Union européenne adhère à la Convention EDH sur la base du Protocole additionnel n°14 à la Convention EDH, et que les principes énoncés constituent les principes généraux de l'Union.

<sup>551</sup> Migreurop, « La sous-traitance de la politique migratoire européenne est-elle justiciable ? », argumentaire juridique, 25 juin 2019, disponible : <http://migreurop.org/article2933.html>, p. 3.

<sup>552</sup> G. OVACIK, « Compatibility of the Safe Third Country Concept with International Refugee Law and its Application to Turkey », *PERCEPTIONS: Journal of international affairs* [En ligne], vol. 25, 2020, pp. 61-80, available: <https://dergipark.org.tr/en/pub/perception/issue/56044/769635>, p. 68.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>554</sup> *Idem.*

l'article 31 de la Convention de 1951 vise les réfugiés arrivant directement sur le territoire. Cependant, considérant la dissuasion inhérente à la politique migratoire européenne, notamment en vertu de la réglementation de sanctions aux transporteurs et de la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, il est quasi impossible pour un demandeur d'asile d'arriver directement sur le territoire de l'Union<sup>555</sup>. En outre, comme déjà énoncé *supra*, la directive procédure dispose ainsi à son article 33(2)(b) parmi les causes d'inadmissibilité d'une demande d'asile l'existence d'un pays tiers sûr pour le demandeur, dès lors que le pays tiers en question respecte les conditions de l'article 38(1), et notamment qu'un lien de connexion entre le demandeur et ce pays tiers peut être établi en vertu de l'article 38(2)(a). Tel est le cadre légal encadrant la coopération avec la Turquie.

De ce fait, la Grèce a mis en place dans sa législation nationale un système de « *fast track border procedure* » entraînant l'examen des demandes d'asile introduites par des Syriens ou des nationalités au pourcentage de « *réussite* » à la demande d'asile supérieur à 25% via un contrôle de l'admissibilité de la demande au travers du concept du « *premier pays d'entrée* » – ce qui est le cas de la Turquie s'agissant des demandeurs d'asile visés par la Déclaration – ou du « *pays tiers sûr*<sup>556</sup> ». Puisqu'il y a un examen préalable avant le renvoi en Turquie, en principe, cette pratique est licite au regard de l'article 18 de la Charte et de la Convention de 1951<sup>557</sup>. Cependant, ce système chronométré, conjugué à l'application de la Déclaration UE-Turquie, a pour effet d'accélérer les expulsions de la Grèce vers la Turquie<sup>558</sup>, d'autant que la Grèce vient d'affirmer la Turquie en tant que pays tiers sûr pour les demandeurs d'asile ressortissants de Syrie, Afghanistan, Pakistan, Bangladesh et Somalie<sup>559</sup>.

Cependant, cette conception va à l'encontre de l'esprit de la Convention de 1951 puisque cela revient à considérer que les réfugiés ne peuvent être accueillis pour une protection internationale seulement par les pays voisins à celui d'origine ou de résidence<sup>560</sup>. Ceci ne peut pas tenir non plus concrètement puisque ce serait également considérer que les pays voisins aient tous ratifié la Convention de 1951, mais surtout aient tous mis en place dans leur régime

---

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>556</sup> S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, « The EU-Turkey deal: reversing 'Lisbonisation' in EU migration and asylum policies », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), *Op. cit.*, p. 164.

<sup>557</sup> N. ALOUPI, « L' « accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), *Op. cit.*, p. 59.

<sup>558</sup> S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, « The EU-Turkey deal: reversing 'Lisbonisation' in EU migration and asylum policies », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), *Op. cit.*, p. 165.

<sup>559</sup> « La Grèce déclare la Turquie "pays tiers sûr" pour les demandeurs d'asile de 5 pays dont la Syrie et l'Afghanistan », *Info Migrants*, *Op. cit.*

<sup>560</sup> G. OVACIK, « Compatibility of the Safe Third Country Concept with International Refugee Law and its Application to Turkey », *PERCEPTIONS: Journal of international affairs*, *Op. cit.*, p. 68.

national un véritable mécanisme propre à demander l'asile et à avoir, pour le demandeur, des chances raisonnables de bénéficier d'une protection internationale<sup>561</sup>. En tout état de cause, il demeure qu'à ce jour le renvoi d'un demandeur d'asile vers un pays tiers sûr est licite au regard du droit international, même si le concept même n'est pas convaincant dans le contexte migratoire européen actuel. En revanche, la qualification de la Turquie en tant que pays tiers sûr est particulièrement contestable.

Si elle a effectivement ratifié la Convention de 1951 le 30 mars 1962, celle-ci y a opposé une réserve géographique qui limite ses obligations aux ressortissants des États membres du Conseil de l'Europe<sup>562</sup>. Or, les nationalités syrienne et afghane sont les plus représentées parmi les demandeurs d'asile en Europe<sup>563</sup> – sans compter que la Déclaration vise spécifiquement les Syriens – alors que ni la Syrie, ni l'Afghanistan n'est partie au Conseil de l'Europe. Ainsi, pour tous les demandeurs d'asile qui n'ont pas la nationalité d'un pays membre du Conseil de l'Europe, leur demande d'asile relève en Turquie du HCR quand celui-ci a accès aux demandeurs d'asile<sup>564</sup>. Cependant, de nombreux témoignages rapportent le fait que les conditions de demandes d'asile en Turquie sont mauvaises : lenteur, inégalité, incertitude, déshumanisation<sup>565</sup>, travail forcé, blocage du HCR<sup>566</sup>, mise en détention sans base légale des demandeurs d'asile ayant franchi la frontière irrégulièrement, déportation<sup>567</sup>, ou encore création d'une « *safe zone* » au Nord de la Syrie où les réfugiés Syriens sont renvoyés supposément sur une base volontaire<sup>568</sup>. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe jugeait contraire au droit de l'Union et au droit international le renvoi de demandeurs d'asile en Turquie en raison des conditions de la procédure d'asile turque<sup>569</sup>. En somme, il apparaît

---

<sup>561</sup> L'article 38(1)(e) exige « la possibilité existe de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la convention de Genève », ce qui doit être différencié de l'exigence d'un mécanisme national effectif de demande d'asile.

<sup>562</sup> UNHCR, *Rapport global 2011 du HCR - Turquie*, disponible : <https://www.unhcr.org/publications/fundraising/4fc880bb0/unhcr-global-report-2011-turkey.html>, p. 297.

<sup>563</sup> Bureau européen d'appui en matière d'asile, *Rapport de l'EASO sur la situation de l'asile en 2020*, 2020, p. 14.

<sup>564</sup> M. BLÉZAT, « Turquie : le HCR contre les réfugiés ? », *Plein droit*, 2011/3, n°90, pp. 17-20, p. 17.

<sup>565</sup> *Idem*.

<sup>566</sup> T. STRIK, « Migration deals and responsibility sharing: can the two go together ? », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 57-74, p. 67.

<sup>567</sup> Amnesty International, « Europe's gatekeeper - Unlawful detention and deportation of refugees from Turkey », 2015, EUR 44/3022/2015, available: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiCpMyS9qHyAhVGTBoKHU2SDsAQFnoECAUQAaw&url=https%3A%2F%2Fwww.amnesty.org%2Fdownload%2FDocuments%2FEUR4430222015ENGLISH.pdf&usq=AOvVaw1WB6iXk7WISGZ1twpfahMr>, pp. 3, 10.

<sup>568</sup> T. STRIK, « Migration deals and responsibility sharing: can the two go together ? », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), *Op. cit.*, p. 67.

<sup>569</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2109 (2016), *La situation des réfugiés et des migrants dans le cadre de l'Accord UE-Turquie du 18 mars 2016*.

que la définition d'un pays tiers sûr est tellement insuffisante que la Turquie entre dans cette catégorie.

Par conséquent, si la qualification de la Turquie en tant que « *pays tiers sûr* » paraît désormais dérisoire, une telle qualification a pour effet de créer un risque non négligeable de refoulement interdit à l'article 33 de la Convention de 1951.

## 2. La violation subséquente du principe de non-refoulement

À titre liminaire, il convient de préciser que le champ *ratione personae* du principe de non-refoulement n'est pas seulement le réfugié, mais aussi le demandeur d'asile, en ce que la Convention de 1951 accorde le bénéfice de cette interdiction à toute personne qui cherche à obtenir l'asile pour fuir des persécutions dans son pays d'origine ou de résidence<sup>570</sup>. De plus, le champ *ratione materiae* du non-refoulement sont les pratiques de renvoi des demandeurs d'asile en dehors du territoire national vers un pays où ils risquent la persécution<sup>571</sup>.

Dans le contexte de la lutte contre l'immigration irrégulière, tout en rappelant que l'immigration régulière se fait rare, le HCR alerte particulièrement sur les pratiques qui visent à « *accélérer les procédures d'asile* » et « *transférer la responsabilité de l'examen des demandes d'asile à d'autres pays* », qui peuvent se solder par le renvoi vers le pays d'origine ou de résidence – de persécution – ou vers un pays tiers qui menacerait sa vie ou sa liberté<sup>572</sup>.

Vérifier si l'application de la Déclaration UE-Turquie respecte le principe de non-refoulement suppose, d'une part, de vérifier si la Turquie offre une protection adéquate de la vie et la liberté des demandeurs d'asile renvoyés sur son territoire, et d'autre part, de vérifier si la Déclaration fonctionne sur la présomption qu'un pays est sûr<sup>573</sup>. Sur le premier point, les développements précédents permettent de conclure que la Turquie n'offre pas une protection adéquate de la vie et la liberté des demandeurs d'asile renvoyés sur son territoire. Sur le second, il peut être raisonnablement alléguer que la Déclaration fonctionne *de facto* sur la présomption que la Turquie est un pays sûr. Or, le principe de non-refoulement exige une vérification préalable à tout renvoi du demandeur vers un autre pays. En effet, la Cour de Strasbourg a récemment condamné la Hongrie pour avoir présumé que le pays de transit par lequel les demandeurs d'asile avaient transité avant d'arriver sur le territoire hongrois est un pays tiers

<sup>570</sup> UNHCR, *Note sur la protection internationale*, 31 août 1993, A/AC.96/815, §§ 10-11 ; V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, *Op. cit.*, p. 250.

<sup>571</sup> HCR, *Note sur la protection internationale*, *Op. cit.*, § 13.

<sup>572</sup> *Ibid.*, §§ 14, 16.

<sup>573</sup> F. ARLETTAZ, « La déclaration UE-Turquie de mars 2016 et le principe de non-refoulement », *L'observateur des Nations Unies*, *Op. cit.*, p. 93.

sûr, emportant la violation de l'article 3<sup>574</sup>. La Hongrie aurait dû assortir la décision d'expulsion de la vérification des risques associés à celle-ci en vertu du pays de renvoi (la Serbie en l'espèce) pour chaque cas individuel<sup>575</sup>.

Le tableau d'une Turquie loin d'être un lieu d'accueil sûr pour les demandeurs d'asile ayant été dépeint, il est intéressant de souligner une simple interrogation sur la licéité de l'application de la Déclaration quant au principe de non-discrimination contenu dans l'article 3 de la Convention de 1951, dans la mesure où, en pratique, ce sont certaines nationalités en particulier qui sont visées par l'application de la Déclaration UE-Turquie, et que celle-ci engendre de potentiels refoulements.

Par conséquent, le simple fait de coopérer avec la Turquie engendre en pratique la violation du principe de non-refoulement. Au surplus, la mise en œuvre des stratégies mises en place par la Déclaration, tel que le principe « *I pour I* » ou le recours aux *hotspots*, engendre également la violation de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants.

#### B) La violation de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants subséquente à l'application des stratégies de la Déclaration

Faire application de la Déclaration UE-Turquie engendre également de sérieux questionnements quant à l'interdiction de traitements inhumains et dégradants contenue dans l'article 3 de la Convention EDH, l'article 4 de la Charte et l'article 7 du PIDCP, que ce soit par le principe du « *I pour I* » comme marchandage d'êtres humains (1) ou par le détournement de l'approche des *hotspots* (2).

##### 1. Le principe du « *I pour I* » ou le marchandage de migrants

Dans un premier temps, la Déclaration a été accusée de mettre au point un système européen de marchandage d'êtres humains. Comme le relève Claire Rodier, les surnoms n'ont pas manqué pour caractériser ce marchandage : « *troc indigne* », « *pacte avec le diable* », « *accord de dupes* », « *grande imposture*<sup>576</sup> »... La dénonciation de marchandage vise le second point d'action de la Déclaration : « *pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles*

<sup>574</sup> CEDH [GC], *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019, req. n°47287/15, §§ 11, 139-140, 163-164.

<sup>575</sup> *Ibid.*, §§ 139-140.

<sup>576</sup> C. RODIER, « L'accord UE-Turquie et les hotspots grecs : les sales arrangements de l'Europe forteresse », *Mouvements*, 2018/1, n°93, pp. 32-40, p. 33 ; H. LABAYLE, « L'accord Union européenne-Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *CNRS* [En ligne], publié le 23 mars 2016, disponible : <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>.

*grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE*<sup>577</sup> », le tout étant monnayé. En effet, en échange de la délégation de la gestion des demandeurs d'asile arrivés en Grèce à la Turquie, l'Union européenne versera, en tout, 6 milliards d'euros selon le point d'action 6 de la Déclaration. Ce phénomène s'appelle la conditionnalité politique. L'Union européenne use du l'instrument de la conditionnalité politique pour conclure des accords avec les pays tiers<sup>578</sup>. Cela consiste en « *la subordination de l'engagement ou de la poursuite de la coopération avec un Etat tiers [...] au respect de ce dernier d'un certain nombre de conditions politiques*<sup>579</sup> ». Appliquée au domaine de l'immigration, la conditionnalité devient migratoire et non plus politique<sup>580</sup>. Or, ceci a pour conséquence non négligeable de renverser le rapport de force : l'Union européenne s'est rendue dépendante des pays tiers qui peuvent désormais faire du chantage à l'Union via la « *menace migratoire* » qu'ils contiennent sur leurs territoires<sup>581</sup>. De ce fait, ce qui a pu être considéré comme un « *échange de bons procédés* » engendre que les demandeurs d'asile sont « *otages du jeu diplomatique*<sup>582</sup> » au détriment de leur sécurité et de la protection de leurs droits fondamentaux. Au vu de l'historique entre la Turquie et l'Union européenne, la Déclaration ne fait évidemment pas exception à ce phénomène. La Turquie a récemment été visée par la communauté internationale pour avoir fait usage de cette Déclaration à des fins politiques<sup>583</sup>. L'ONG Amnesty International avait anticipé la survenance de telles dérives au détriment des migrants et des demandeurs d'asile, en s'opposant dès le 12 mars 2016 à la conclusion de la Déclaration par le lancement d'une pétition<sup>584</sup>.

<sup>577</sup> CNCDDH, *Déclaration à propos du projet d'accord UE – Turquie des 17&18 mars 2016*, communiqué de presse, 18 mars 2016, disponible : <https://www.cncddh.fr/fr/actualite/declaration-propos-du-projet-daccord-ue-turquie-des-1718-mars-2016>.

<sup>578</sup> T. BURATTI, « Externalisation des frontières de l'Union européenne – Enjeux et perspectives », note d'analyse, *Pour la solidarité*, juillet 2020, pp. 1-26, p. 12.

<sup>579</sup> C. SCHEINDER, E. TUCNY, « Réflexions sur la conditionnalité politique appliquée à l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* [En ligne], vol. 33, n°3, 2002, pp. 11-44, <[https://www.persee.fr/doc/receo\\_0338-0599\\_2002\\_num\\_33\\_3\\_3156](https://www.persee.fr/doc/receo_0338-0599_2002_num_33_3_3156)>, p. 12.

<sup>580</sup> T. BURATTI, « Externalisation des frontières de l'Union européenne – Enjeux et perspectives », note d'analyse, *Pour la solidarité*, *Op. cit.*, p. 13.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 14. Cette dépendance avait été bien comprise par le commandant Kadhafi qui ne s'est pas manqué d'en faire usage pour marchander avec l'Union européenne.

<sup>582</sup> F. DELORME, « Épisode 1 : Union européenne : sous-traiter les politiques migratoires », Série : « Réfugiés otages du jeu diplomatique ? », avec C. RODIER, J.P. CASSARINO, *France Culture, Culture monde*, [fichier audio], 14 juin 2021, disponible : <https://www.franceculture.fr/emissions/cultures-monde/refugies-otages-du-jeu-diplomatique-14-union-europeenne-sous-traiter-les-politiques-migratoires>.

<sup>583</sup> Conseil de l'Union européenne, *Déclaration du Conseil des affaires étrangères*, déclarations et observations n°128/20, 6 mars 2020, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2020/03/06/statement-of-the-foreign-affairs-council-on-syria-and-turkey/>.

<sup>584</sup> M. RIBEIRO, « Amnesty International : « Les réfugiés ne sont pas une marchandise » », *Global Voices*, 23 mars 2016, disponible : <https://fr.globalvoices.org/2016/03/23/196320/>.

## 2. Le détournement de l'approche des *hotspots*

Dans un second temps, pour la bonne application de la Déclaration UE-Turquie, l'approche les *hotspots* (ou points d'accès ou centres d'accueil) se développe et se légitime malgré les violations des droits fondamentaux que sa mise en œuvre engendre. La stratégie des points d'accès a été élaborée par la Commission européenne en 2015 afin d'aider les États en première ligne du flux migratoire, notamment la Grèce<sup>585</sup>. Cela consiste en une action commune entre Frontex, l'EASO, et les pays en première ligne afin « *de procéder rapidement à l'identification et à l'enregistrement des migrants et au relevé de leurs empreintes digitales*<sup>586</sup> ». L'EASO se charge d'orienter rapidement les demandeurs d'asile vers une procédure d'asile, tandis que Frontex assiste les États au retour des migrants en situation irrégulière<sup>587</sup>. Si l'initiative semblait répondre aux défaillances systémiques que rencontraient les États en première ligne, elle a immédiatement été dénoncée comme une autre méthode de l'Union européenne et des États membres pour renforcer ses frontières en tant que politique d'éloignement des « *indésirables*<sup>588</sup> ».

Malgré les alertes, la mise en œuvre de la stratégie des *hotspots* s'est vite transformée depuis ses débuts en 2016 en ce que certains ont appelé des prisons à ciel ouvert<sup>589</sup> ou des îles-prisons<sup>590</sup>. En effet, les cinq *hotspots* ont rapidement subi surpeuplement, saturation des équipements sanitaires, nourriture insuffisante ou encore cohabitation de mineurs isolés avec des majeurs<sup>591</sup>. Les conditions sont telles que certains « *résidents* » du camp de Moria – décrit comme le plus sordide des *hotspots* – y ont mis feu dans la nuit du 8 au 9 septembre 2020 comme signe de révolte<sup>592</sup>. Cela a eu pour conséquence le déplacement en urgence de 12 000 migrants vers le camp de Lesbos, déjà évidemment surpeuplé<sup>593</sup>. La réponse de la Commission européenne a été la mise en place d'un plan commun avec la Grèce pour la construction d'un nouveau centre d'accueil à Lesbos<sup>594</sup>. Si, au surplus, la pandémie mondiale du COVID-19

---

<sup>585</sup> Commission européenne, *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*, (Bruxelles), 13 mai 2015, COM(2015) 240 final.

<sup>586</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>587</sup> *Idem.*

<sup>588</sup> T. BUTTIN, « Les *Hotspots* : illégalité et reniement des valeurs européennes », *Le Taurillon*, 4 juillet 2017, disponible : <https://www.taurillon.org/les-hotspots-illegalite-et-reniement-des-valeurs-europeennes>.

<sup>589</sup> C. RODIER, « L'accord UE-Turquie et les hotspots grecs : les sales arrangements de l'Europe forteresse », *Mouvements*, *Op. cit.*, p. 33.

<sup>590</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>591</sup> *Idem.*

<sup>592</sup> « Grèce : un camp abritant plus de 12 000 migrants sur l'île de Lesbos dévasté par un incendie », *Le Monde*, 9 septembre 2020, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/09/un-incendie-se-declare-dans-le-camp-de-migrants-de-moria-a-lesbos\\_6051482\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/09/un-incendie-se-declare-dans-le-camp-de-migrants-de-moria-a-lesbos_6051482_3210.html).

<sup>593</sup> *Idem.*

<sup>594</sup> Commission européenne, *Protocole d'accord : soutien de la Commission pour remédier à la situation sur les îles grecques*, questions et réponses, (Bruxelles), 3 décembre 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda\\_20\\_2284](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_20_2284); Commission européenne, *Migration : La Commission*

semble avoir empiré les conditions sanitaires dans les camps grecs<sup>595</sup>, manifestement, la stratégie des *hotspots* est fermement maintenue par les institutions européennes. Cependant,

les conditions matérielles de ces *hotspots* ne semblent pas répondre aux exigences des instruments internationaux de protection de droits fondamentaux, ni de la Convention de 1951.

La Cour EDH a déjà eu à se prononcer sur la mise en œuvre de la stratégie des *hotspots* dans le contexte de l'application de la Déclaration UE-Turquie à l'occasion de l'affaire *J.R. et autres c. Grèce*<sup>596</sup>. Cinq requérants, dont 2 enfants, ont été placés dans le centre Vial dès leur arrivée sur l'île de Chios, centre réputé pour être un centre de détention depuis la signature de la Déclaration et le retrait subséquent du HCR. Ils y ont été retenus jusque leur expulsion, en application de la Déclaration, alors qu'ils ont signifié vouloir demander l'asile<sup>597</sup>. Les requérants y ont rencontré le surpeuplement et la privation de nourriture pendant quatre jours suite à une manifestation notamment<sup>598</sup>. La Cour EDH a estimé que les conditions matérielles ne dépassaient pas le seuil de l'article 3 propre à caractériser des traitements inhumains et dégradants, et que la mise en détention des demandeurs d'asile n'était pas une violation de l'article 5(1) de la Convention<sup>599</sup>. En 2019, pour des faits similaires dans le même centre de détention, la Cour a également conclu à la non-violation des articles 3 et 5(1) dans deux affaires différentes<sup>600</sup>. Cette jurisprudence constante de la Cour EDH a été particulièrement mal reçue par les associations et ONG qui considèrent cette position comme un acquiescement de « l'habillage formel donné par les autorités grecques et l'Union européenne au mécanisme des *hotspots* », particulièrement s'agissant de l'article 3<sup>601</sup>.

Si cette position de la Cour interroge quant à l'article 3 considérant les conditions de détention décrites, une interrogation plus forte encore réside quant à la détention jugée régulière des demandeurs d'asile. En vertu de l'article 31(1) de la Convention de 1951, aucune sanction pénale ne peut être appliquée à un demandeur d'asile du fait de son entrée ou de son séjour irrégulier. Or, une détention est sans conteste une sanction pénale. En outre, la détention de demandeurs d'asile semble également contrevenir au droit de quitter tout pays, dont l'esprit est contenu dans la DUDH<sup>602</sup>, et le droit dans l'article 3 du Protocole additionnel n°4 à la

---

et la Grèce conviennent d'un plan commun pour un nouveau centre d'accueil à Lesbos, communiqué de presse, Bruxelles, 3 décembre 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_2287](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2287).

<sup>595</sup> « Grèce – Les droits humains en Grèce en 2020 », Amnesty international, disponible : <https://www.amnesty.fr/pays/grece>.

<sup>596</sup> CEDH, *J.R. et autres c. Grèce*, arrêt du 25 janvier 2018, req. n°22696/16.

<sup>597</sup> *Ibid.*, §§ 8, 17.

<sup>598</sup> *Ibid.*, §§ 17-22.

<sup>599</sup> *Ibid.*, §§ 108-116, 145-147.

<sup>600</sup> CEDH, *O.S.A. et autres c. Grèce*, arrêt du 21 mars 2019, req. n°39065/16, §§ 68, 81 ; CEDH, *Kaak et autres c. Grèce*, arrêt du 3 octobre 2019, req. n°34215/16, §§ 74, 111.

<sup>601</sup> GISTI, « Action collective - Pour la Cour européenne des droits de l'homme, tout va bien dans les hotspots grecs », communiqué de presse inter-associatif, 7 novembre 2019, disponible : <https://www.gisti.org/spip.php?article6254#nb1..>

<sup>602</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, *Op. cit.*, article 13(2).

Convention EDH. Bien que ce droit ne soit pas absolu, il semble toutefois de plus en plus remis en cause avec la logique d'externalisation du contrôle aux frontières<sup>603</sup>.

Par conséquent, la pratique des *hotspots* ainsi renforcée par la Déclaration UE-Turquie ne semble pas satisfaisante en termes de licéité au regard du droit international public. La Cour aura de nouveau à se prononcer sur cette question, puisque, pour l'heure, neuf requêtes ont été introduites devant elle pour activer l'article 39 de la Convention, c'est-à-dire obtenir des mesures provisoires – mesures d'urgence – quant à un risque grave et dommageable qui pourrait survenir dans les *hotspots* grecs<sup>604</sup>. Ainsi semble-t-il que les conditions d'accueil, de rétention ou de détention demeurent insalubres, ce à quoi les justiciables espèrent une réponse adaptée de la Cour de Strasbourg.

En tout état de cause, si la Déclaration est félicitée pour son efficacité au regard de la réduction des arrivées de migrants dans l'Union européenne un an plus tard<sup>605</sup>, si l'objectif de l'Union européenne a été atteint, c'est sans compter que cette Déclaration porte fondamentalement atteinte aux droits fondamentaux, tant dans sa forme que dans son fondement et sa mise en œuvre. L'espoir d'un changement émerge puisque cette efficacité félicitée n'est plus tellement à l'ordre du jour en raison des « *disputes diplomatiques* » qui font échec à la mise en œuvre des principes de la Déclaration<sup>606</sup> – sans pour autant garantir plus de droits aux demandeurs d'asile.

---

<sup>603</sup> H. LABAYLE, « L'accord Union européenne-Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *CNRS, Op. cit.*

<sup>604</sup> CEDH, *N.A. v. Greece and 8 others applications*, communicated case of 4th of January 2021, app. n°11216/20, 11483/20, 15092/20, 15470/20, 16043/20, 19995/20, 20974/20, 24427/20, 36856/20.

<sup>605</sup> « Quel est le bien du pacte migratoire UE-Turquie au bout d'un an ? », *Le Monde*, 17 mars 2017, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2017/03/17/pacte-migratoire-ue-turquie-quel-bilan-un-an-apres\\_5096504\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2017/03/17/pacte-migratoire-ue-turquie-quel-bilan-un-an-apres_5096504_3210.html).

<sup>606</sup> « UE-Turquie : quel bilan pour le pacte migratoire signé il y a cinq ans ? », *Euronews*, 18 mars 2021, disponible : <https://fr.euronews.com/2021/03/18/ue-turquie-quel-bilan-pour-le-pacte-migratoire-signe-il-y-a-cinq-ans>.

## Section 2 : La mise en œuvre de la coopération avec la Libye ou la mise en œuvre d'une coopération liberticide

Un rappel historique du rôle que la Libye a depuis des années dans la politique migratoire européenne est nécessaire pour comprendre à quel point elle en est un allié stratégique majeur pour contenir les flux migratoires vers l'Union européenne.

Alors que l'Union européenne et la Libye étaient au milieu de leurs négociations sur le rôle que pourrait avoir la Libye en tant que pays tiers allié à la politique migratoire de l'Union depuis janvier 2011, celles-ci ont été stoppées net lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution 1970 le 26 février 2011<sup>607</sup>, annonçant des sanctions prises à l'égard de la Libye (gel des avoirs, embargo sur les armes, interdictions individuelles de voyager) « *condamnant la violence et l'usage de la force contre des civils*<sup>608</sup> ». L'interruption des négociations a abouti à un accord-cadre entre l'Union européenne et la Libye où, tout en réaffirmant l'opportunité de s'allier à la Libye, partenaire africain européen, s'agissant des questions de sécurité et d'immigration, sont expressément citées les « *violations systématiques des conventions internationales relatives aux libertés et aux droits fondamentaux*<sup>609</sup> » perpétrées en Libye.

Récemment, cette coopération s'est finalement matérialisée par un mémorandum d'entente entre l'Italie et la Libye signé en 2017, régulièrement renouvelé, notamment le 30 octobre 2019 et encore cette année<sup>610</sup>. C'est dans ce cadre que l'Union européenne intervient directement en soutien de la coopération avec la Libye. Ce soutien se matérialise par plusieurs instruments, à savoir : la mission EUBAM<sup>611</sup>, le Fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique<sup>612</sup> (ci-après le « Fonds

---

<sup>607</sup> D. GÖLER, M. JOPP, « L'Allemagne, la Libye et l'Union européenne », *Politiques étrangères* [En ligne], 2011/2, pp. 417-428, p. 423.

<sup>608</sup> Résolution 1970 (2011) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, S/RES/1970 26 février 2011.

<sup>609</sup> Parlement européen, Accord-cadre UE-Libye, Recommandation du Parlement européen du 20 janvier 2011 à l'intention du Conseil sur les négociations relatives à l'accord-cadre UE-Libye (2010/2268(INI)), P7\_TA(2011)0020, *JOUE CE* 136/99, 11 mai 2012, p. 99, § A.

<sup>610</sup> S. PRESTIANNI, « Libye : Financements européens pour les bourreaux des migrant-e-s », *Migreurop*, note n°7, mai 2018, disponible : <http://migreurop.org/article2911.html?lang=it>, p. 2 ; « L'Italie renouvelle son soutien controversé aux garde-côtes libyens », *Info Migrants*, 16 juillet 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/33673/l-italie-renouvelle-son-soutien-controverse-aux-garde-cotes-libyens>.

<sup>611</sup> Décision 2013/233/PESC du Conseil du 22 mai 2013 relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *JOUE L* 138/15, 24 mai 2013, p. 15.

<sup>612</sup> Décision de la Commission du 20 octobre 2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique, (C(2015) 7293 final).

fiduciaire »), l'Opération EUNAVFOR MED Sophia<sup>613</sup> et enfin la Déclaration de Malte<sup>614</sup>.

En tant que première bénéficiaire du Fonds fiduciaire, la Libye est le pays tiers stratégique du Maghreb par excellence et la pertinence de cette coopération a été renouvelée avec l'adoption d'un accord entre Malte et la Libye « *dans le but de renforcer la lutte contre l'immigration illégale*<sup>615</sup> ». Pourtant, cette coopération est sans conteste liberticide.

Par conséquent, même si l'Union européenne coopère indirectement avec la Libye via ses Etats membres, les violations des droits fondamentaux commis par la Libye peuvent lui être imputable au travers du régime des actes internationalement illicites (I). De surcroît, ces violations sont tellement graves qu'elles intéressent la communauté internationale, de sorte à constituer un crime contre l'humanité, imputable à l'Union européenne (II).

#### I. L'imputabilité à l'Union européenne des actes internationalement illicites commis par la Libye

La coopération en matière d'immigration avec la Libye résulte en une négation totale des droits des migrants (A) qui peut être imputable à l'Union européenne de par son aide et son assistance fournies aux autorités libyennes (B).

##### A) La négation des droits et libertés des migrants par la Libye

Les plus hautes instances internationales de protection des droits fondamentaux ont déjà décrit les traitements réservés aux migrants par les autorités libyennes « *d'inimaginables horreurs*<sup>616</sup> ».

Dans un rapport de 2021, le Rapporteur spécial pour les droits humains des migrants rapporte que, depuis 2016, 60 000 migrants auraient été retournés en Libye après avoir été interceptés en mer<sup>617</sup>, et ce alors même que la Libye ne peut être considérée comme un pays sûr. Comme déjà largement démontré *supra*, si le concept de pays tiers sûr et le concept de lieu

<sup>613</sup> Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (ENAVFOR MED), *Op. cit.*

<sup>614</sup> Conseil européen, *Déclaration de Malte par les membres du Conseil européen concernant les aspects extérieurs des migrations : remédier à la situation le long de la route de la Méditerranée centrale*, déclaration et observations n°43/17, 3 février 2017, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/>

<sup>615</sup> « Mer méditerranée : Malte renforce sa coopération avec la Libye pour lutter contre « l'immigration illégale » », *Info Migrants*, 4 juin 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/25175/mer-mediterranee-malte-renforce-sa-cooperation-avec-la-libye-pour-lutter-contre-l-immigration-illegale#:~:text=Malte%20a%20sign%C3%A9%20un%20accord,d%C3%A8s%20le%20mois%20de%20juillet>.

<sup>616</sup> « Un rapport de l'ONU met en lumière les « horreurs inimaginables » des migrants et réfugiés en Libye et au-delà », *ONU Info*, 20 décembre 2018, disponible : <https://news.un.org/fr/story/2018/12/1032271>.

<sup>617</sup> Conseil des droits de l'homme, 2021, Nations Unies, *Rapport sur les moyens de répondre aux conséquences pour les droits de l'homme des mesures de renvoi de migrants sur terre et en mer*, Rapport du Rapporteur Spécial pour les droits humains des migrants, M. Felipe GONZALES MORALES, soumis en application de la Résolution 46/6 du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/47/30, 12 mai, § 73.

sûr ne sont pas satisfaisants, c'est bien parce qu'ils permettent entre autres la coopération avec la Libye. Bien que la notion de lieu sûr ne soit pas aussi exigeante que celle de pays tiers sûr, il semble que considérer la Libye de lieu de débarquement sûr va complètement à l'encontre de l'esprit du Droit de la mer. Au surplus, la Libye n'est pas partie à la Convention de 1951, donc il n'existe sur son territoire véritablement aucune garantie pour les demandeurs d'asile, même en principe.

Comme l'a déjà démontré le jurisprudence *Hirsi Jamaa* de la Cour EDH en 2012, renvoyer les migrants en Libye revient à violer l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et le principe de non-refoulement. Malheureusement, cette jurisprudence demeure d'actualité. En effet, selon le *Global Peace Index*, en 2020, la Libye est le septième pays le plus dangereux du monde derrière l'Afghanistan et la Syrie en première et seconde place<sup>618</sup>. En effet, depuis le régime de Mouammar Kadhafi en 2011, aucun des gouvernements successifs n'est parvenu à instaurer la sécurité dans le pays, permettant aux milices armées de proliférer, lesquelles sont particulièrement violentes envers les migrants<sup>619</sup>. Parallèlement, sont mis en place des centres de détention pour migrants par la Direction libyenne de lutte contre les migrations illégales (« *Libyan Directorate for Combating Illegal Migration* », ci-après la « DCIM »)<sup>620</sup>. Atterrir dans l'un de ces centres revient à subir des violations des droits humains particulièrement graves. Un rapport de l'UNSMIL (*United Nations Support Mission in Libya*) établit clairement un lien de cause à effet entre les interceptions en mer pour transfert dans les centres de détention libyens et le travail forcé, les violences sexuelles et autres violences physiques en Libye<sup>621</sup>. De plus, considérant que les migrants et demandeurs d'asile sont privés de tout droit, et arbitrairement détenus dans les centres de la DCIM, il paraît raisonnable de douter fortement du fait qu'ils jouissent de leur droit à un recours effectif.

Ainsi peut-il être raisonnablement allégué que renvoyer un migrant en Libye revient à l'exposer au risque de détention arbitraire, disparition forcée, traite des êtres humains, exploitation, violence sexuelle et sexiste, torture<sup>622</sup>, refoulement, négation du droit de

---

<sup>618</sup> Institute for Economics & Peace, *Global Peace Index 2020: Measuring peace in a complex world*, June 2020, pp. 107, available: <http://visionofhumanity.org/reports.f>, p. 9.

<sup>619</sup> Amnesty International, « 'No one will look after you' - Forcibly return from sea to abusive detention in Libya », 2021, MDE 19/4439/2021, p. 14.

<sup>620</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>621</sup> UNSMIL/OHCHR, 2016, United Nations, « *Detained and dehumanized* » Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya, 13 December, pp. 19-20.

<sup>622</sup> Conseil des droits de l'homme, 2021, Nations Unies, *Rapport sur les moyens de répondre aux conséquences pour les droits de l'homme des mesures de renvoi de migrants sur terre et en mer*, *Op. cit.*, § 73.

demander l'asile ou autre garantie procédurale, et sans compter l'aggravation des conditions sanitaires suite au COVID-19<sup>623</sup>.

C'est pourquoi l'Organisation internationale pour les migrations (ci-après « OIM ») considère que la Libye ne peut pas être considérée comme un lieu sûr<sup>624</sup> et condamne, conjointement avec le HCR, les renvois de migrants et de réfugiés vers la Libye<sup>625</sup>.

La Libye étant partie au PIDCP, les exactions précédemment étayées constituent des violations des articles 2(3) – garantir un droit à un recours utile, son effectivité et la bonne suite donnée par les autorités compétentes –, 6(1) – droit à la vie –, 7 – interdiction de la torture et traitements inhumains ou dégradants –, 8 – interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé –, 9 – interdiction d'une arrestation ou détention arbitraires –, et 10 – droit à être traité avec humanité et respect de la dignité humaine.

#### B) L'aide et l'assistance de l'Union européenne aux autorités libyennes

Les politiques migratoires de l'Union européenne dans ce cadre sont constitutives d'aide et d'assistance en vertu de l'article 14 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales. En référence au régime de la responsabilité dérivée déjà été étayé *supra*, l'aide et l'assistance doivent avoir « *significativement* » contribué à la commission du fait illicite et doivent avoir été donné en connaissance du fait illicite, et enfin le fait doit également être illicite si l'organisation elle-même avait commis le fait.

S'agissant du caractère significatif de l'aide et l'assistance, la coopération de l'Union européenne avec la Libye consiste en un appui aux mémorandums d'entente de l'Italie et Malte avec la Libye via quatre instruments différents qui reposent sur deux axes de stratégie : le soutien des autorités libyennes en renforçant leurs capacités opérationnelles et les généreux financements.

D'une part sur le volet du soutien aux autorités libyennes en renforçant leurs capacités opérationnelles, l'aide et l'assistance apportée par l'Union européenne est passée par plusieurs instruments différents et a largement évolué au cours des années. En 2013, la mission EUBAM a été mise en place par l'Union européenne avec pour objectif de former, d'encadrer et de

<sup>623</sup> UNHCR, *Press briefing note on Libya*, 28 April 2020, available: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25834&LangID=E>.

<sup>624</sup> OIM, « Protecting migrants in Libya must be our primary focus », press release, 4 February 2019, available : <https://www.iom.int/news/iom-statement-protecting-migrants-libya-must-be-our-primary-focus>.

<sup>625</sup> OIM, HCR, « L'OIM et le HCR condamnent le renvoi de migrants et de réfugiés vers la Libye », communiqué de presse conjoint OIM-HCR, 6 juin 2021, disponible : <https://www.iom.int/fr/news/loim-et-le-hcr-condamnent-le-renvoi-de-migrants-et-de-refugies-vers-la-libye> ; UNHCR, Nations Unies, *Position du HCR sur la qualification de la Libye en tant que pays tiers sûr et en tant que lieu de débarquement sûr après un sauvetage en mer*, septembre 2020, § 34.

soutenir les autorités libyennes dans le renforcement de leurs services aux frontières, de les conseiller sur le développement d'une stratégie nationale de contrôle aux frontières et de les aider dans le renforcement de leurs capacités opérationnelles<sup>626</sup>, initialement, pour 2 ans<sup>627</sup>. Elle a été successivement prolongée avec quelques modifications de son régime, notamment par l'introduction des tâches suivantes : la planification d'une mission civile pour la gestion de crise pour le renforcement des capacités et l'assistance dans le domaine de la réforme de la sécurité<sup>628</sup>, ou encore la fourniture des capacités à la police côtière du ministère de l'intérieur « *en impliquant les garde-côtes libyens et en renforçant les contacts avec les autorités libyennes légitimes aux frontières méridionales du pays*<sup>629</sup> ». Parallèlement, en 2015, a été déployée l'Opération EUNAVFOR MED Sophia avec pour mandat initial le démantèlement du « *modèle économique des réseaux de trafic de clandestins et de traite des êtres humains dans la partie sud de la Méditerranée*<sup>630</sup> ». Cette opération s'est rapidement orientée vers le « *renforcement des capacités et formation des garde-côtes libyens et de la marine libyenne en matière d'opérations répressives en mer, aux fins notamment de prévenir le trafic de migrants et la traite des êtres humains*<sup>631</sup> », en se perfectionnant avec la mise en place d'un mécanisme de surveillance<sup>632</sup>. L'opération Sophia prit fin en 2019 et fut remplacée par l'Opération EUNAVFOR MED Irini qui reprend exactement le même mandat<sup>633</sup>. Enfin, de manière concomitante, en 2017, le Conseil européen adopte la Déclaration de Malte<sup>634</sup>. Il y est clairement affirmé que, dans le but de promouvoir une « *politique migratoire durable* », la priorité doit être donnée à « *former, équiper et soutenir les garde-côtes libyens et d'autres agences concernées* », « *contribuer à réduire la pression sur les frontières terrestres de la*

<sup>626</sup> Décision 2013/233/PESC du Conseil du 22 mai 2013 relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *Op. cit.*, article 3.

<sup>627</sup> *Ibid.*, article 16.

<sup>628</sup> Décision (PESC) 2016/207 du Conseil du 15 février 2016 modifiant la décision 2013/233/PESC relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *JOUE L 39/45*, 16 février 2016, p. 45, article 1(2).

<sup>629</sup> Décision (PESC) 2017/1342 du Conseil du 17 juillet 2017 modifiant et prorogeant la décision 2013/233/PESC relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *JOUE L 185/60*, 8 juillet 2017, p. 60, article 2(2).

<sup>630</sup> Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED), *JOUE L 122/31*, 19 mai 2015, p. 31, article 1(1).

<sup>631</sup> Décision (PESC) 2016/993 du Conseil du 20 juin 2016 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA), *JOUE L 162/18*, 1 juin 2016, p. 18, article 1(3).

<sup>632</sup> Décision (PESC) 2017/1385 du Conseil du 25 juillet 2017 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA), *JOUE L 194/61*, 26 juillet 2017, p. 61, article 1(2).

<sup>633</sup> Décision (PESC) 2019/535 du Conseil du 29 mars 2019 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA), *JOUE L 92/1*, 1 mars 2019, p. 1 ; Décision (PESC) 2020/472 du Conseil du 31 mars 2020 relative à une opération militaire de l'Union européenne en Méditerranée (EURONAVFOR MED IRINI), *JOUE L 101/4*, 1 mars 2020, p. 4, articles 1(1), 4(1), (4).

<sup>634</sup> Conseil européen, *Déclaration de Malte par les membres du Conseil européen concernant les aspects extérieurs des migrations : remédier à la situation le long de la route de la Méditerranée centrale*, *Op. cit.*

*Libye [...] notamment en soutenant des projets destinés à renforcer leurs capacités en matière de gestion des frontières » et, entre autres, à « continuer à appuyer les efforts et initiatives des différentes Etats membres qui ont des contacts directs avec la Libye<sup>635</sup> ».*

D'autre part, sur le volet du financement, est mis en place en 2015 le Fonds fiduciaire<sup>636</sup> qui est prolongé à partir de 2020<sup>637</sup>. La Libye serait le principal bénéficiaire du Fonds fiduciaire parmi les pays de l'Afrique du Nord, avec un montant total de 455 millions d'euros, dont 57,2 millions d'euros alloués aux programmes de gestion aux frontières. Ce budget a été quasiment doublé afin de renforcer « *la capacité des garde-côtes et de la sécurité portuaire en Libye de mener des actions de recherche et de sauvetage et d'empêcher le trafic de migrants* », de soutenir l'entretien des bateaux, de fournir davantage de formations et enfin de contribuer « *à la création du centre libyen de coordination du sauvetage en mer<sup>638</sup>* ». C'est particulièrement contre ce financement qu'une plainte a été déposée à la Cour des comptes européenne par une coalition de trois ONG le 27 avril 2020<sup>639</sup>. Elles allèguent effectivement que « *le soutien de l'Union européenne à la coopération italo-libyenne a en effet aidé et facilité les retours des bateaux de migrants en Libye par les autorités libyennes, là où les migrants sont exposés à un haut risque de torture, traitements inhumains et dégradants, esclavage, travail forcé ou obligatoire, violation de leurs droits à la liberté et à la sûreté, de quitter n'importe quel pays et au recours effectif<sup>640</sup>* ».

En outre, il faut également garder à l'esprit la réglementation européenne de sanction aux transporteurs ainsi que la Directive sur l'aide et l'assistance à l'entrée et au séjour irrégulier sur le territoire qui ont pour effet de sanctionner l'aide humanitaire apportée aux migrants. Si cet élément ne peut certainement pas être apporté comme élément de preuve sur l'aide et l'assistance fournie aux autorités libyennes, il n'en demeure pas moins que ce pan de la politique migratoire européenne est indirectement lié à la situation de l'espèce, et a dès lors un

---

<sup>635</sup> *Ibid.*, § 6(a), (g), (i).

<sup>636</sup> Décision de la Commission du 20 octobre 2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique (C(2015) 7293 final), article 1(4).

<sup>637</sup> Commission européenne, *Fonds fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique : un nouveau train de mesures d'aide destiné à soutenir les groupes vulnérables et à combattre la COVID-19 en Afrique du Nord*, Bruxelles, 2 juillet 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_1244](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1244).

<sup>638</sup> *Idem.*

<sup>639</sup> « Financement des garde-côtes libyens : 3 ONG portent plainte auprès de la cour des comptes européenne », *Info Migrants*, 28 avril 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/24407/financement-des-garde-cotes-libyens-3-ong-portent-plainte-aupres-de-la-cour-des-comptes-europeenne>.

<sup>640</sup> GLAN, ASGI, ARCL, *Complaint to the European Court of Auditors concerning the Mismanagement of EU Funds by the EU Trust Fund for Africa's 'Support to Integrated Border and Migration Management in Libya' Programme*, 27 March 2020, available: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LRsNmbIX3NUJ:https://www.statewatch.org/media/documents/news/2020/apr/eu-libya-legal-complaint-finance-27-4-20.pdf+%cd=5&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>, § 76 [traduit de l'anglais].

impact certain sur le sort réservé aux migrants et demandeurs d'asile essayant de rejoindre l'Europe par la Libye.

Par conséquent, compte-tenu de ces politiques de l'Union européenne dédiées au renforcement des capacités des autorités libyennes, il ne fait nul doute qu'un tel soutien est de nature à les aider significativement à commettre les actes internationalement illicites.

S'agissant de la connaissance de la commission des actes internationalement illicites, considérer que l'Union européenne n'est pas au courant des exactions faites par la Libye aux migrants n'est pas raisonnable. Au surplus de la large documentation des violations des droits humains des migrants existante grâce au travail des ONG, des rapporteurs spéciaux des Nations Unies et de la société civile, de la célèbre jurisprudence *Hirsi Jamaa* et de la récente plainte à la Cour des comptes, le Parlement européen lui-même mentionne « *l'impunité eu égard aux violations graves des droits de l'homme, dont les actes de torture, la détention arbitraire, les exécutions extra-judiciaires et les attaques aveugles sur les civils et les infrastructures* » en Libye<sup>641</sup>. Au surplus, les dirigeants européens font l'objet d'une plainte devant la Cour pénale internationale (ci-après « CPI »)<sup>642</sup>.

Enfin, s'agissant de la condition exigeant que le fait internationalement illicite le soit également au regard des obligations de l'Organisation, ce critère est aisément rempli car l'Union européenne dispose d'un cadre de protection des droits de l'homme bien plus étayé que celui de la Libye. En effet, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants est protégée par les articles 3 de la Convention EDH et 4 de la Charte, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé par les articles 4 de la Convention EDH et 5 de la Charte, le droit à la vie par les articles 2 de la Convention EDH et de la Charte, la dignité humaine par l'article 1 de la Charte et l'interdiction de la détention arbitraire par l'article 5 de la Convention EDH. Au surplus, l'Union européenne est également tenue par le respect de la Convention de 1951, via l'article 18 de la Charte, qui interdit en son article 31 l'application de sanctions pénales à un demandeur d'asile arrivé irrégulièrement sur le territoire, ainsi que le refoulement en son article 33.

---

<sup>641</sup> Parlement européen, Recommandation du Parlement européen du 30 mai 2018 à l'intention du Conseil, de la Commission et de la vice-présidente de la Commission/haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité concernant la Libye (2018/2017(INI)), P8\_TA(2018)0227, (Strasbourg), 30 mai 2018, § AA.

<sup>642</sup> O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, 3 June 2019, available: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf>.

Par conséquent, les actes commis par les autorités libyennes à l'encontre des migrants retournés sur son territoire sont attribuables à l'Union européenne en raison de l'aide et l'assistance qui ont significativement contribué à la commission des actes internationalement illicites, en connaissance de leur survenance et alors même qu'elle était tenue par les obligations internationales qui ont été violées en l'espèce. Un tel raisonnement a été également étayé par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Agnès Callamard. Elle soutient qu'en finançant et en formant des entités qui commettent de tels abus aux droits humains, l'entité qui prodigue ce financement et cette formation se rend potentiellement responsable des pertes en vie humaine via son aide et son assistance<sup>643</sup>.

Ainsi semble-t-il qu'au visa du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, les violations des droits humains par la Libye sont imputables à l'Union européenne via son aide et son assistance. Cependant, il se pourrait que, pour les mêmes faits, la responsabilité individuelle des dirigeants européens puisse être retenue.

L'article 42(2) du même projet dispose qu' « *aucun État ni aucune organisation internationale ne doivent reconnaître comme licite une situation créée au sens de l'article 41, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation* » s'agissant de violations graves d'obligations de normes impératives du droit international général. Or, l'interdiction de la torture est une norme impérative du droit international relevant du *jus cogens*. De plus, au sens de l'article 41(2), grave doit être entendu par flagrant ou systématique. Si ce vocabulaire fait sans conteste penser à celui de la justice pénale internationale, c'est sans compter qu'en vertu de l'article 17(1) du Statut de Rome, une des conditions de recevabilité pour l'ouverture d'un examen préliminaire est que l'affaire soit suffisamment grave. Or, la situation en Libye, et notamment, entre autres, le traitement des migrants sur place, fait l'objet d'une enquête devant la CPI, engendrant nécessairement que le critère de gravité en l'espèce a été validé par la Chambre préliminaire<sup>644</sup>. De plus, en l'état actuel, il se pourrait que la voie pénale internationale soit l'unique opportunité de justiciabilité et de réparation pour les victimes. Ainsi

---

<sup>643</sup> General Assembly, 2017, United Nations, *Unlawful death of refugees and migrants*, Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Ms Agnès CALLAMARD, submitted in accordance with Assembly resolution 71/198, A/72/335, 15 August, § 37.

<sup>644</sup> CPI, « Ouverture d'une enquête en Libye par le Procureur de la CPI », déclaration, 2 mars 2011, disponible : <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=statement+020311&ln=fr> ; CPI, « Déclaration du Procureur de la CPI du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies à propos de la situation en Libye, en application de la résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité », déclaration, 10 novembre 2020, disponible : <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201110-icc-prosecutor-statement-unsc-libya&ln=fr>.

semble-t-il pertinent d'appréhender l'imputabilité des violations commises par la Libye à l'Union européenne par le régime de la responsabilité individuelle de la CPI.

## II. L'imputabilité à l'Union européenne d'infractions sous-jacentes au crime contre l'humanité commises par la Libye

La gravité manifeste des violations en l'espèce pousse la réflexion vers le régime de la responsabilité individuelle. Ainsi une attaque systématique et généralisée contre la population civile des migrants empruntant la mer Méditerranée pour rejoindre le territoire européen pourrait-elle être imputable à l'Union européenne (A) ainsi que les infractions sous-jacentes au crime contre l'humanité (B).

### A) La qualification d'une attaque systématique et généralisée contre la population civile des migrants empruntant la mer Méditerranée pour rejoindre le territoire européen imputable à l'Union européenne

Force est de constater qu'avec les innombrables rapports, communiqués de presse, articles de par le monde sur la situation des droits humains en Libye, ces événements intéressent la communauté internationale. En 2019, Me Branco et Me Schatz ont déposé une plainte à la CPI contre les dirigeants de l'Union européenne, notamment pour la politique migratoire menée en Libye entre 2015 et 2019, qualifiée de crime contre l'humanité<sup>645</sup>.

Au visa de l'article 7(1) du Statut de Rome, un crime contre l'humanité « *est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque* ». Le caractère systématique désigne l'aspect organisé, structuré et prémédité de l'attaque, tandis que le caractère généralisé désigne l'aspect quantitatif de l'attaque, c'est-à-dire qu'elle soit menée sur une grande échelle<sup>646</sup>, excluant donc les actes individuels ou isolés. Selon la jurisprudence *Katanga*, l'entité en question doit disposer des moyens et des ressources nécessaires à la commission des faits, mais n'a pas à avoir spécifiquement déterminé cette politique<sup>647</sup>. L'attaque doit être entendue comme « *la commission multiple d'actes [...] à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour*

<sup>645</sup> O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, Op. cit.

<sup>646</sup> CPI, Chambre préliminaire II, Situation en République du Kenya, *Affaire Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/09-01/11, 23 janvier 2012, § 163.

<sup>647</sup> CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République démocratique du Congo, *Affaire Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision relative à la confirmation des charges, ICC- 01/04- 01/07, 30 septembre 2008, §396.

*but une telle attaque*<sup>648</sup> ». En outre, il faut entendre par population civile un agrégat d'individus qui ne participent pas aux hostilités. Enfin, l'article 7 exige la connaissance de l'attaque. Conformément à l'article 30(3) du Statut de Rome, la connaissance se caractérise par la conscience « *qu'une circonstance existe ou [...] que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements* ». Au surplus, au visa de l'article 30(2) du Statut de Rome, l'intention se définit comme le fait d'entendre adopter ce comportement ou le fait d'entendre causer une conséquence, ou avoir conscience que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements.

En l'espèce, le caractère généralisé peut être caractérisé au regard du nombre de migrants qui ont été retournés en Libye : 60 000 jusqu'à 2020<sup>649</sup>. De même, le caractère systématique s'apprécie en l'espèce au regard des textes italiens, maltais et européens qui donnent pour mandat aux garde-côtes libyens d'intercepter et de retourner les migrants en Libye et qui leur fournissent en conséquence les moyens matériels et financiers leur permettant de mener cette mission<sup>650</sup>. Le fait que certains textes pertinents mentionnent en parallèle le respect des normes de droit international public ne porte pas atteinte à la qualification d'une politique, en l'occurrence de l'Union européenne, parce que celle-ci n'a pas à être déterminée spécifiquement. En revanche, la lutte contre l'immigration irrégulière et l'allocation de moyens aux autorités libyennes sont clairement les buts recherchés de ces instruments. De plus, considérant que la coopération de l'Union européenne a consisté en un soutien financier et matériel, les autorités libyennes avaient manifestement les ressources et les moyens de commettre des crimes de l'ampleur exigé par l'élément contextuel du crime contre l'humanité. Par ailleurs, la population civile visée par l'attaque est constituée par tous les migrants clandestins tentant de traverser la mer Méditerranée pour rejoindre le territoire de l'Union européenne. Par ailleurs, de manière identique à ce qui a été démontré *supra*, compte-tenu de la large documentation des violations perpétrées par la Libye, de la célèbre jurisprudence *Hirsi Jamaa*, des plaintes déposées à la CPI et à la Cour des comptes européenne, et du statut hiérarchique des dirigeants européens, il est raisonnable de considérer que les dirigeants européens avaient la connaissance, ou aurait dû l'avoir, que des crimes étaient commis à l'encontre des migrants par les garde-côtes libyens et responsables de la DCIM. De plus,

---

<sup>648</sup> Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, (Rome), 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3, article 7(2)(a).

<sup>649</sup> Conseil des droits de l'homme, 2021, Nations Unies, *Rapport sur les moyens de répondre aux conséquences pour les droits de l'homme des mesures de renvoi de migrants sur terre et en mer*, Rapport du Rapporteur Spécial pour les droits humains des migrants, M. Felipe GONZALES MORALES, soumis en application de la Résolution 46/6 du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/47/30, 12 mai, § 73.

<sup>650</sup> Développé *supra* I. B.

considérant l'entrave faite à l'assistance humanitaire en mer via notamment le régime des transporteurs et la directive relative à l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers sur le territoire, les larges financements alloués à la Libye, le soutien matériel ainsi que les formations délivrés aux garde-côtes libyens, il existe une base raisonnable de croire que les dirigeants européens avaient l'intention de commettre ces crimes en ce qu'ils avaient nécessairement la connaissance que leur politique migratoire aurait pour conséquence de tels crimes dans le cours normal de la coopération avec la Libye, connue pour être un sol particulièrement propice aux violations des droits humains. D'autres commentateurs seront même plus catégoriques en considérant que

*« largement programmée, généreusement financée, la politique de l'UE à l'égard des personnes étrangères en situation de grande précarité est sans aucun doute intentionnelle<sup>651</sup> ».*

Ainsi existe-t-il une base raisonnable de croire qu'un crime contre l'humanité a été commis dans le cadre d'une politique de coopération entre l'Union européenne, les États membres et la Libye à l'encontre des migrants tentant de traverser la Méditerranée pour rejoindre le territoire européen par les agents libyens.

#### B) L'imputabilité d'infractions sous-jacentes du crime contre l'humanité aux dirigeants européens

L'élément contextuel du crime contre l'humanité ayant été qualifié, il faut désormais s'intéresser à l'élément matériel du crime contre l'humanité, les infractions sous-jacentes. Dans leur plainte, Me Juan Branco et Me Omer Schatz allèguent la commission des infractions sous-jacentes suivantes : la persécution (article 7(1)(h)), la déportation et le transfert forcé de population (article 7(1)(d)), la détention illégale (article 7(1)(e)) le meurtre (article 7(1)(a)), l'esclavage (article 7(1)(c)), la torture (article 7(1)(f)), le viol et autres formes de violence sexuelle (article 7(1)(g)) et les autres actes inhumains (article 7(1)(k))<sup>652</sup>. Considérant notamment les détentions arbitraires, les migrants coincés dans « *le véritable enfer* » que la Libye représente pour eux, ceux-ci seraient également particulièrement exposés à la disparition forcée<sup>653</sup> (article 7(1)(i)). Il ne s'agira pas de qualifier chacune de ces infractions sous-jacentes, mais d'en prendre deux comme illustration.

---

<sup>651</sup> C. CALAME, « Personnes exilées mortes en Méditerranée et fermeture des frontières : un crime contre l'humanité », *Lignes*, 2019/1 n° 58, pp. 7-13, p. 11.

<sup>652</sup> O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, *Op. cit.*, §§ 734, 771, 781, 802, 814, 832, 854, vii.

<sup>653</sup> B-L. TOUERE ELENGA, « La disparition forcée des migrants : une question de droit international? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n°18, 2020, mis en ligne le 15 juin 2020, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/9962>, § 3.

S'agissant de la déportation, les Éléments des crimes la définissent comme la déportation ou le transfert par l'emploi de la force, « *sans motif raisonnable admis en droit international* », d' « *une ou plusieurs personnes dans un autre Etat ou un autre lieu, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs* », alors que « *les personnes concernées étaient légalement présentes dans la région d'où elles ont été ainsi déportées ou déplacées* », légalité de présence dont l'auteur avait connaissance<sup>654</sup>. La Chambre préliminaire de la CPI a distingué la déportation du transfert en fonction du lieu vers lequel la personne en question est déplacée : la déportation se fait vers un autre Etat tandis que le transfert se fait vers un lieu quelconque<sup>655</sup>. Sur l'usage de la force et des moyens coercitifs, dans un rapport publié en 2021, le HCR dénonce les pratiques violentes des garde-côtes libyens sur les migrants en relevant notamment les tirs sur ou à proximité des migrants, le fait de provoquer intentionnellement le chavirement des navires de migrants, des actes de violence physique (*a minima* des gifles) ainsi que des propos menaçants, discriminatoires et racistes<sup>656</sup>. Il n'y a pas de doutes sur le fait que ces transferts aient été réalisés sans le consentement des migrants puisque ceux-ci ont pris la route pour fuir notamment la Libye afin de rejoindre l'Union européenne. De plus, ces transferts forcés sont sans conteste sans motif admis en droit international puisqu'ils sont au contraire constitutifs de refoulement, comme la Cour EDH l'a déjà admis dans sa jurisprudence *Hirsi Jamaa*. Enfin, ces refoulements ayant cours dans les eaux territoriales de la Libye ou en Haute mer, les migrants ont légalement le droit d'y être en la qualité de demandeurs d'asile, spécialement lorsqu'ils sont interceptés en Haute mer car ils bénéficient du principe de la liberté de navigation<sup>657</sup>. Sur la connaissance de l'auteur de la légalité de la présence des demandeurs d'asile en Haute mer ou dans les eaux territoriales de la Libye, Me Branco et Me Schatz considèrent qu' « *il ne fait aucun doute que [les institutions européennes] ont étudié, évalué et reconnu la légalité de la présence de la population* » au regard des travaux des services juridiques de l'Union européenne et, plus généralement, du fait qu'elle est un « *système bureaucratique extrêmement efficace avec un grand respect pour la règle de droit*<sup>658</sup> ». Enfin, l'élément contextuel du crime contre l'humanité ayant été étayé *supra*, il existe donc une base

<sup>654</sup> Éléments des crimes, *Documents officiels de l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, première session, (New York), 3-10 septembre 2002 (publication des Nations Unies, N° de vente F.03.V.2 et correctif), deuxième partie B, article 7(1)(d).

<sup>655</sup> CPI, Pre-trial chamber I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the court, ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, § 55.

<sup>656</sup> UNHCR, « *Lethal Disregard* » – *Search and Rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*, May 2021, disponible: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR-thematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf>, pp. 13-14.

<sup>657</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Op. cit.*, article 87(1)(a).

<sup>658</sup> O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, *Op. cit.*, § 778, [traduit de l'anglais].

raisonnable de croire que le crime de déportation, constitutif de crime contre l'humanité, a été commis à l'encontre des migrants tentant de fuir la Libye pour rejoindre le territoire de l'Union européenne.

S'agissant de la disparition forcée<sup>659</sup> – que la plainte de Me Branco et Me Schatz n'ont pas retenue, les Eléments des crimes retiennent les conditions suivantes : « *l'auteur a arrêté, détenu ou enlevé une ou plusieurs personnes ; ou a refusé de reconnaître que cette ou ces personnes avaient été arrêtées, détenues ou enlevées, ou de révéler le sort qui leur a été réservé ou l'endroit où elles se trouvent* », « *l'arrestation, la détention ou l'enlèvement ont été suivis ou accompagnés d'un refus [...] de révéler [...] l'endroit où elles se trouvent* », ce dont l'auteur a la connaissance, ce qui a été autorisé, appuyé ou assenti par l'organisation politique, l'auteur avait l'intention de soustraire la ou les personnes à la loi pendant une période prolongée. Selon un rapport d'Amnesty International, en 2020, des centaines de migrants et réfugiés – au sens demandeurs d'asile – ont disparu après leur transfert au camp de détention connu sous le nom de *Tobacco Factory* faisant suite à leur interception en mer par les garde-côtes libyens<sup>660</sup>. De plus, les politiques mises en place par l'Union européenne précédemment étayées démontrent que tous les moyens ont été alloués à la Libye afin qu'elle contienne les départs depuis son territoire des migrants voulant rejoindre le territoire de l'Union. De plus, Amnesty révèle également que la DCIM retient les migrants placés en détention de manière arbitraire et indéfinie dans le temps, en les soumettant de manière systématique à des actes de torture ou autres actes inhumains ou dégradants, à des violences physiques et sexuelles, à du travail forcé ou encore à de l'esclavage<sup>661</sup>. En outre, les avocats considèrent dans leur plainte à l'encontre des dirigeants européens à la CPI, qu'au regard de ces exactions que la CPI elle-même constate dans le cadre des enquêtes sur la situation en Libye<sup>662</sup>, il ne fait aucun doute que l'Union européenne en a la connaissance. Ainsi existe-il une base raisonnable de croire que le crime de disparition forcée a été commis à l'encontre des migrants tentant de fuir la Libye pour rejoindre le territoire de l'Union européenne.

---

<sup>659</sup> Définie par la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées à l'article 2 : « *l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi* ».

<sup>660</sup> Amnesty International, « 'No one will look after you' - Forcibly return from sea to abusive detention in Libya », *Op. cit.*, p. 16.

<sup>661</sup> *Idem.* ; O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, *Op. cit.*, § 731.

<sup>662</sup> O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, *Op. cit.*, §§ 14, 16, 155 ; ICC, *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*, statement, 9 May 2017, available: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib>.

Si le mode de responsabilité qui pourrait être retenu n'est pas en soi l'objet de la présente étude, il est quand même intéressant de relever que la plainte de Me Branco et Me Schatz retient la complicité par la qualification de l'aide et l'assistance (article 25(3)(c)), la responsabilité en tant qu'auteur et co-auteur (article 25(3)(a), (b)) ainsi que la responsabilité du supérieur hiérarchique (article 28(b))<sup>663</sup>.

Par conséquent, la politique migratoire européenne extérieure pose de sérieuses inquiétudes quant au respect du droit international public. Comme les illustrations de Frontex et de la coopération avec la Turquie et la Libye l'ont démontré, la politique migratoire européenne extérieure semble donner sa préférence à la lutte contre l'immigration clandestine et ce, au détriment des droits fondamentaux des migrants et des demandeurs d'asile. De plus, en remettant en question la licéité de la notion « *pays tiers sûr* » – et son application à certains pays tiers –, c'est toute la logique de la politique extérieure qui s'effondre. Pour toutes ces raisons, la politique migratoire extérieure de l'Union européenne est l'aspect de la politique migratoire européenne le plus contestée, autant en termes de licéité que de légitimité.

---

<sup>663</sup> O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, *Op. cit.*, §§902-965, 966-971, 972-1000.

## CONCLUSION

La politique migratoire européenne, qu'elle soit intérieure ou extérieure, englobe *de facto* les demandeurs d'asile dans sa lutte contre l'immigration clandestine. De ce fait, la violation des droits fondamentaux des demandeurs d'asile est systématique. En faisant application de la théorie des obligations positives, il semblerait qu'au lieu de mettre tous les moyens en œuvre pour protéger les demandeurs d'asile, l'Union européenne met tout en œuvre pour combattre un phénomène dont les demandeurs d'asile contemporains font partie. Cette affirmation est plus vraie encore s'agissant des migrants irréguliers. Contrairement aux demandeurs d'asile, la lutte menée par l'Union européenne et les Etats membres les vise sciemment, et aucune faille juridique ne peut véritablement être exploitée afin d'échapper au sort fatidique de la violation de leurs droits fondamentaux. Or, comme toute l'étude tente de le démontrer, être dépourvu de statut juridique ne signifie pas être dépourvu de droits et donc d'obligations internationales à leur égard. C'est exactement à partir de ce *leitmotiv* que l'illicéité de la politique migratoire européenne se dessine quant au droit international public et parfois même quant au droit de l'Union européenne.

Par conséquent, certains auteurs dénoncent la politique migratoire européenne pour sa conception du migrant comme une « *maladie à neutraliser* » portée par l'Union et les Etats membres<sup>664</sup>. Le concept de « *biopolitique* » développé par Michel Foucault afin de signifier « *une forme « moderne » de pouvoir exercé sur la vie*<sup>665</sup> » est, dans le cadre de cette étude, particulièrement pertinent puisqu'il met en exergue le pouvoir de « *faire la vie ou de laisser mourir*<sup>666</sup> », ce qui semble être le sort de la migration clandestine appréhendée par l'Union européenne.

Or, pour citer la célèbre phrase de René Cassin « *Il n'y aura de paix sur cette planète tant que les droits de l'homme seront violés en quelque partie du monde que ce soit* ». Adaptée à la présente étude, cette citation permet d'affirmer que tant que les droits humains seront violés, des individus chercheront un refuge. Par conséquent, si la politique migratoire européenne est empreinte du paradoxe sémantique propre à confondre immigration irrégulière – clandestine – et demandeurs d'asile, elle souffre également du paradoxe de participer à alimenter un phénomène qu'elle essaye d'éteindre. Autrement dit, il semblerait que la politique

---

<sup>664</sup> D. LO COCO, « EU migration policy and migrant human rights : The protection and negation of life at EU borders », *The Age of Human Rights Journal*, n° 16, 2021, pp. 54-80, p. 72.

<sup>665</sup> Encyclopædia Universalis, encyclopédie en ligne, disponible : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/biopolitique/>.

<sup>666</sup> D. LO COCO, « EU migration policy and migrant human rights : The protection and negation of life at EU borders », *The Age of Human Rights Journal*, *Op. cit.* p. 71.

migratoire européenne, en tentant d'endiguer l'immigration clandestine, participe à sa continuation. Le paradoxe est encore plus fort alors que l'immigration a toujours existé, qu'elle existera certainement toujours dès lors que la paix et la sécurité internationales ne resteront qu'une utopie incarnée par les Nations Unies, de sorte que n'importe quelle répression ne pourrait se vanter d'une vertu dissuasive significative.

Cependant, cet aspect de la politique migratoire européenne n'est pas représentatif de l'esprit communautaire. Partagée entre sa vocation à être une terre d'asile et de refuge et son ambition d'être une terre de sûreté et de sécurité, l'Union européenne se trahit elle-même, se retourne contre ses propres principes, ses propres valeurs et son propre droit. C'est pourquoi la présente étude ne souhaite pas conclure sur une sorte de fatalisme. Si, à bien des égards, la politique migratoire européenne est illicite au regard du droit international public et du droit communautaire, petit à petit, les efforts de la communauté internationale payent. Un exemple assez symbolique est la proposition de création d'une Agence européenne pour l'asile<sup>667</sup>. Certes, cette proposition n'a pas encore été votée et rien ne permet d'affirmer que cette Agence disposera de pouvoirs au moins aussi importants que Frontex afin d'opérer un véritable mais entre le paradigme de la sécurité et le paradigme de la protection des droits, Cependant, plusieurs années auparavant, une telle proposition n'aurait jamais été crédible dans l'enceinte du Conseil de l'Union européenne.

Progressivement, des brèches se forment de sorte que des recours significatifs sont formulés à l'image des trois détaillés dans la présente étude. Cette possibilité est une évolution majeure et positive. Aucune prospection ne peut être formulée sur la manière dont les juges saisis vont statuer, mais avant 2018, cette brèche n'existait pas véritablement. Or, tant que des actions peuvent être menées, la perspective de mettre un terme à l'impunité existe.

---

<sup>667</sup> Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) N°439/2010 (First Reading)*, (Brussels), 30 June 2021, 2016/0131(COD).

# BIBLIOGRAPHIE

## DOCTRINE

### 1. Dictionnaires

- J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, pp. 1155.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> édition, PUF, 2016, pp. 1089.

### 2. Lexiques – glossaires - encyclopédies en ligne

- Centre national des ressources lexicales, Ortholang : Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, disponible : <https://www.cnrtl.fr/portail/>.
- Conseil de l'Europe, glossaire, disponible : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/glossary>.
- Encyclopædia Universalis, encyclopédie en ligne, disponible : <https://www.universalis.fr/>.
- International Organisation for Migration, *Glossary on Migration*, n°34, 2019, available: <https://www.iom.int/glossary-migration-2019>.

### 3. Ouvrages

#### a. Ouvrages généraux

- N. ALOUPI, C. FLAESCH-MOUGIN, C. KADDOUS, C. RAPOPORT, *Les accords internationaux de l'Union européenne*, collection Commentaires J. Mégret, 3<sup>e</sup> éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, pp. 368.
- S. PROGIN-THEUERKAUF, T. PHAN, *Droit européen de l'asile*, Stämpfli Editions, 2020, pp. 227.
- J-L ; CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2020, pp. 1144.

#### b. Ouvrages spécialisés

- N. ALOUPI, « L'« accord » UE-Turquie : approche critique », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), Presses universitaires de Strasbourg, 2019, pp. 47-62.

- L. BURGORGUE-LARSEN, « Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », in *Les interactions normatives : Droit de l'Union européenne et Droit international*, L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ, Cahier européens, n°2, Pedone, (Paris), 2012, pp. 359-377.
- S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, « The EU-Turkey deal: reversing 'Lisbonisation' in EU migration and asylum policies », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 155-175.
- A. CRUZ, *Nouveaux contrôleurs d'immigration : transporteurs menacés de sanctions*, L'Harmattan, Paris, 1995, vol.1.
- M. FINK, *Frontex and Human Rights - Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 367.
- N. W. FRENZEN, « The legality of Frontex operation Hera-type migration control practices in light of the *Hirsi* Judgment », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), Routledge, (Oxon, New-York), 2017, pp. 294-313.
- M. GATTI, A. OTT, « The EU-Turkey statement: legal nature and compatibility with EU institutional law », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 175-200.
- C. LANTERO, « La politique de sanction des transporteurs », in *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, P. ICARD (dir.), Bruylant, 2017, pp. 265-279.
- D. LOCHAK, « L'immigration, une question trop sensible », *Questions sensibles*, PUF, 1998, pp. 246-261.
- S. MAUCLAIR, « Injusticiabilité, inconditionnalité et droit d'agir en justice », in *L'injusticiabilité : l'émergence d'une notion ?*, P. SERRAND, P. SZWEDO (dirs.), Biblioteka Jagiellońska, 2018, pp. 209-219.
- V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1<sup>ère</sup> éd., 2017, pp. 550.

- R. MUNGIANU, *Frontex and Non-Refoulement - The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2016, pp. 251.
- E. PAPASTAVRIDIS, « Rescuing migrants at sea and the law of international responsibility », in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control*, T. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dirs.), Routledge, 2017, pp. 161-190.
- D. SIMON, *L'interprétation juridictionnelle des traités d'organisations internationales - Morphologies des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, pp. 936.
- T. STRIK, « Migration deals and responsibility sharing: can the two go together ? », in *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (dirs.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 57-74.
- N. VAVOULA, « The interplay between EU immigration law and national criminal law: the case of the Return Directive », in *Research Handbook on EU criminal law*, V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (dirs.), Elgar, 2016, pp. 294-314.
- A. VENANT, « La réforme du RAEC et la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile », in *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, C. HAGUENEAU-MOIZARD, F. GAZIN (dirs.), Presses universitaires de Strasbourg, 2019, pp. 21-45.

#### **c. Ouvrages non juridiques**

- T. HOBBS, *Elementa philosophica de Cive*, 1642.
- A. CAMUS, *L'étranger*, 1942.
- D. NAYERI, *Faiseurs d'histoires*, Presses de la Cité, 2020.

#### **d. Colloques**

- S. TREVISANUT, « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », in *Les droits de l'homme et la mer - Actes du colloque du Mans, 24 et 25 mai 2018*, H. RASPAIL (dir.), Publications de l'Institut international des droits de l'homme n°45 (2020), pp. 149-153.

#### 4. Articles de revues

##### a. Articles juridiques

- F. ARLETTAZ, « La déclaration UE-Turquie de mars 2016 et le principe de non-refoulement », *L'observateur des Nations Unies*, 2016/2, vol. 41, pp. 71-96.
- I. ATAK, N-D NDIAYE, « L'agence Frontex : la police européenne aux frontières au défi du respect des droits humains des migrants », *Revue québécoise de droit international*, hors-série, 2020, pp. 369-393.
- T. BAIRD, T. SPIJKERBOER, « Carrier sanctions and the conflicting legal obligations of carriers: Addressing human rights leakage », *Amsterdam Law Forum*, 2019, pp. 4-19.
- M-L BASILIEN-GAINCHE, « Rétention des migrants et mesures d'éloignement. Lumières et ombres portées par la CJUE sur la directive « Retour » », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, [En ligne], n°13, 2015, pp. 89-102, disponible : <https://journals.openedition.org/crdf/1218#ftn29>.
- M-L. BASILIEN-GAINCHE, « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 2016, n°9, pp. 1-39, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/1838>.
- V. BAUDET-CAILLE, « Les « contrôleurs de l'immigration » », *Plein Droit*, 2002/4, n°55, pp. 26-28.
- C. del BIAGGIO, R. REY, « « Crise » migratoire ou crise des politiques européennes ? », *Vivre ensemble*, 2016, n°158, pp. 20-21.
- E. BLANCHARD, C. RODIER, « « Crise migratoire » : ce que cachent les mots », *Plein droit*, 2016/4, n°111, pp. 3-6.
- M. BLÉZAT, « Turquie : le HCR contre les réfugiés ? », *Plein droit*, 2011/3, n°90, pp. 17-20.
- T. BURATTI, « Externalisation des frontières de l'Union européenne – Enjeux et perspectives », note d'analyse, *Pour la solidarité*, juillet 2020, pp. 1-26.
- C. CALAME, « Personnes exilées mortes en Méditerranée et fermeture des frontières : un crime contre l'humanité », *Lignes*, 2019/1 n° 58, pp. 7-13.
- S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO, J. PARKIN, « A race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair », *CEPS Working Papers*, 2011.
- L. CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, n°3, 2017, pp. 427-626, pp. 511-524.

- D. D'ALLIVY KELLY, « Disparus en mer : le naufrage des droits », *Plein droit*, mars 2014, n°100, pp. 35-38.
- J-F. DELILE, « Les effets de la coutume internationale dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Cahier de droit européen*, (2017), pp. 149-192.
- M. DEN HEIJER, « Visa and non-discrimination », *European Journal of Migration and Law*, vol. 20, issue 4. 2018, pp. 470-489.
- N. FABRIZI-RACINE, « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : Des données et des hommes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 mars 2017, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/3037>.
- M. GATTI, « La marginalisation du pouvoir législatif dans la politique migratoire de l'Union européenne : défis pour l'Etat de droit », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n°40, disponible : <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-marginalisation-du-pouvoir-legislatif-dans-la-politique-migratoire-de-lunion-europeenne-defis-pour-letat-de-droit/>.
- V. GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'État délégué : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance. Partie 1 », *Cultures & Conflits*, n°45, Printemps 2002.
- V. GUIRAUDON, « Chapitre 6 : Les politiques de gestion des frontières et de l'immigration », *Politiques publiques*, n°1, 2008, pp. 173-194.
- D. GÖLER, M. JOPP, « L'Allemagne, la Libye et l'Union européenne », *Politiques étrangères* [En ligne], 2011/2, pp. 417-428.
- I. KALPOUZOS, I. MANN, « Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 16, n°1, 2015, available: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2601844](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601844).
- M. K. KAMGA, « Les aspects juridiques de la migration par voie maritime », *Journal de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI)*, n°1, 2020, p. 188-212.
- H. LABAYLE, « L'accord Union européenne-Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », *CNRS* [En ligne], publié le 23 mars 2016, disponible : <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>.
- D. LO COCO, « EU migration policy and migrant human rights : The protection and negation of life at EU borders », *The Age of Human Rights Journal*, n° 16, 2021, pp. 54-80.

- I. MAJCHER, « The European Union Returns Directive: Does it Prevent Arbitrary Detention ? », *Oxford Monitor of Forced Migration*, vol. 3, n° 2, 2013, pp. 23-31.
- A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], n°15, 2019, pp. 1-15, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/5941>.
- K. NERI, « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue québécoise de droit international*, 2013, n°26-1, pp. 123-153.
- G. OVACIK, « Compatibility of the Safe Third Country Concept with International Refugee Law and its Application to Turkey », *PERCEPTIONS: Journal of international affairs* [En ligne], vol. 25, 2020, pp. 61-80, available: <https://dergipark.org.tr/en/pub/perception/issue/56044/769635>.
- K. PARROT, « Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale », *Plein droit*, 2018/1, n°116, pp. 45-48.
- C. PETERSSON, « Recasting the Dublin Regulation - An analysis of the impact of the M.S.S. and N.S./M.E. judgments on the recast of the Dublin Regulation », *LUP Students Papers*, 4 April 2014 (mis à jour le 4 September 2014), available: <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/4353834>.
- G. RAIMONDO, « Responsabilité internationale et gestion intégrée des frontières européennes », *Études internationales*, vol. 49, n°3, 2018, pp. 217-629.
- C. RIZACALLAH, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°118, 2019, pp. 297-322.
- C. RODIER, « L'accord UE-Turquie et les hotspots grecs : les sales arrangements de l'Europe forteresse », *Mouvements*, 2018/1, n°93, pp. 32-40.
- C. RODIER, « Le faux semblant des hotspots », *Revue des droits de l'homme* [En ligne], n°13, 2018, publié le 5 janvier 2018, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/3375?lang=es#tocto2n2>.
- C. SCHEINDER, E. TUCNY, « Réflexions sur la conditionnalité politique appliquée à l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 33, n°3, 2002, pp. 11-44.
- S. SLAMA, « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein droit*, 2016/4, n°111, pp. 49-56.
- B-L. TOUERE ELENGA, « La disparition forcée des migrants : une question de droit international' » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n°18, 2020, mis en ligne le 15 juin 2020, disponible : <https://journals.openedition.org/revdh/9962>.

- S. TOUZÉ, « Si la compétence l'emportait sur le territoire ? Réflexions sur l'obsolescence de l'approche territoriale de la notion de juridiction », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série - Décembre 2020, pp. 189-200.
- H. VAN HOUTUM, « Human Blacklisting: The Global Apartheid of the EU's External Border Regime », *Environment and Planning D: Society and Space*, 2010, pp. 957–976.
- G. VICINI. « The Dublin Regulation between Strasbourg and Bruxelles: Reshaping non-refoulement in the name of mutual trust? », *The Journal of Legal Studies*, vol. 8, n°2, January 2015, pp. 50-72.
- C. WHITOL de WENDEN, « Crise des migrations ou crise des politiques d'asile et ses effets sur les territoires d'accueil », *hommes & migrations*, n°1323, 2018, pp. 23-29.

#### **b. Article non juridique**

- M-C. SAGLIO-YATZIMIRSKY, « Temps du trauma, terre de l'asile », *La lettre du Collège de France*, La Lettre n°42-43, 2018, p. 16.

### **5. Thèse**

- C. NIVARD, « La justiciabilité des droits sociaux, Etude de droit conventionnel européen », *Droit public*, sous la direction de F. SUDRE, Université de Montpellier 1, 2009.

## **DOCUMENTATION DE L'UNION EUROP2ENNE**

### **I. Documents juridiques de l'Union européenne**

#### **1. Traités constitutifs et droit dérivé**

- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *JOUE C 306*, 17 décembre 2007, pp. 1-271.
- Traité sur l'Union européenne (TUE), *JOUE C 326*, 26 octobre 2012, pp. 13-390.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), *JOUE C 326*, 26 octobre 2012, pp. 1-390.

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, *JOUE C 326/391*, p. 391.

## 2. Directives

- Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOUE L 014*, 20 janvier 1998, p. 6.
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE L 303*, 2 décembre 2000, p. 16.
- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOUE L 180*, 19 août 2000, p. 22.
- 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, *JOUE L 187/45*, 10 juillet 2001, p. 46.
- Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 du Conseil définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOUE L 328*, 5 décembre 2002, p. 17.
- Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, *JOUE L 261/24*, 6 août 2004, p. 24.
- 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, *JOUE L 348/98*, 24 décembre, 2008, p. 98.
- Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *JOUE L 337/9*, 20 décembre 2011, p. 9.
- 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, *JOUE L 180/60*, 29 juin 2013, p. 249.

- 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, *JOUE L 180/96*, 29 juin 2013, p.96.

### 3. Règlements

- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE L 349/1*, 25 novembre 2004, pp. 1-11.
- Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), *JOUE L 243/1*, 15 septembre 2009, p.1.
- Règlement (UE) n°439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *JOUE L 132/11*, 29 mai 2010, p. 11.
- 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 (refonte), *JOUE L180/31*, 29 juin 2013, p. 31.
- 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 de l'application efficace du règlement (UE) n ° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n ° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dit « Eurodac », *JOUE L 180/1*, 29 juin 2013, p. 1.
- 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), *JOUE L 77/1*, 23 mars 2016, p.1.

- 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, *JOUE L 251/1*, 16 septembre 2016, pp. 1-76.
- Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil 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, *JOUE L 303/39*, 28 novembre 2018, p. 39.
- 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, *JOUE 295/1*, 14 novembre 2019, pp. 1-131.

#### **4. Propositions législatives**

- Commission européenne, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE*, (Bruxelles), 9 septembre 2015, COM(2015) 452 final.
- Commission européenne, *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 ressortissants de pays tiers (refonte)*, (Bruxelles), 4 mai 2016, COM(2016) 270 final.
- Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte)*, (Bruxelles), 12 septembre 2018, COM(2018) 634 final
- Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »]*, (Bruxelles), 23 septembre 2020, COM(2020) 610 final.

- Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) N°439/2010 (First Reading)*, (Brussels), 30 June 2021, 2016/0131(COD).

## **5. Recommandations du Parlement**

- Parlement européen, Accord-cadre UE-Libye, Recommandation du Parlement européen du 20 janvier 2011 à l'intention du Conseil sur les négociations relatives à l'accord-cadre UE-Libye, (2010/2268(INI)), P7\_TA(2011)0020, *JOUE CE 136/99*, 11 mai 2012, p. 99.
- Parlement européen, Recommandation du Parlement européen du 30 mai 2018 à l'intention du Conseil, de la Commission et de la vice-présidente de la Commission/haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité concernant la Libye, (2018/2017(INI)), P8\_TA(2018)0227, (Strasbourg), 30 mai 2018.

## **6. Décisions du Conseil de l'Union européenne**

- Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOUE L 328*, 5 décembre 2002, p. 1.
- Décision 2013/233/PESC du Conseil du 22 mai 2013 relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *JOUE L 138/15*, 24 mai 2013, p. 15.
- Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED), *JOUE L 122/31*, 19 mai 2015, p. 31.
- Décision (PESC) 2016/207 du Conseil du 15 février 2016 modifiant la décision 2013/233/PESC relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *JOUE L 39/45*, 16 février 2016, p. 45.
- Décision (PESC) 2016/993 du Conseil du 20 juin 2016 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA), *JOUE L 162/18*, 1 juin 2016, p. 18.

- Décision (PESC) 2017/1342 du Conseil du 17 juillet 2017 modifiant et prorogeant la décision 2013/233/PESC relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), *JOUE L 185/60*, 8 juillet 2017, p. 60.
- Décision (PESC) 2017/1385 du Conseil du 25 juillet 2017 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA), *JOUE L 194/61*, 26 juillet 2017, p. 61.
- Décision (PESC) 2019/535 du Conseil du 29 mars 2019 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA), *JOUE L 92/1*, 1 mars 2019, p. 1.

Décision (PESC) 2020/472 du Conseil du 31 mars 2020 relative à une opération militaire de l'Union européenne en Méditerranée (EURONAVFOR MED IRINI), *JOUE L 101/4*, 1 mars 2020, p. 4.

## 7. Coopération avec des pays tiers

- Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, 7 mai 2014, *JOUE L 134/3*, p. 3.
- Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, 26 April 2021, available: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:en:PDF>.
- European Union External Service, « Afghanistan : Joint statement of the international community on the latest developments », joint statement, Brussels, Washington, 16 August 2021, 210816\_1, available : [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage\\_en/103053/Afghanistan:%20Joint%20statement%20of%20the%20international%20community%20on%20the%20latest%20developments](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/103053/Afghanistan:%20Joint%20statement%20of%20the%20international%20community%20on%20the%20latest%20developments).

## 8. Autres

- 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, *JOUE L 239*, 22 septembre 2000, p. 19.

- European Commission, Annex to the Commission Implementing Decision amending Commission Decision C(2010) 1620 final as regards the replacement of the Handbook for the processing of visa applications and the modification of issued visas (Visa Code Handbook I), (Brussels), 28 January 2020, C(2020) 395 final.
- Commission européenne, *Protocole d'accord : soutien de la Commission pour remédier à la situation sur les îles grecques*, questions et réponses, (Bruxelles), 3 décembre 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda\\_20\\_2284](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_20_2284).

## II. Documents non juridiques de l'Union européenne

### 1. Commission de l'Union européenne

#### a. Communications

- Commission européenne, *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*, (Bruxelles), 13 mai 2015, COM(2015) 240 final.
- Commission européenne, *Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, (Bruxelles), 23 septembre 2020, COM(2020) 609 final.

#### b. Communiqués de presse

- Commission européenne, *Fonds fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique : un nouveau train de mesures d'aide destiné à soutenir les groupes vulnérables et à combattre la COVID-19 en Afrique du Nord*, Bruxelles, 2 juillet 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_1244](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1244).
- Commission européenne, *Migration : La Commission et la Grèce conviennent d'un plan commun pour un nouveau centre d'accueil à Lesbos*, communiqué de presse, Bruxelles, 3 décembre 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_2287](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2287).

#### c. Autre

- Décision de la Commission du 20 octobre 2015 relative à la mise en place d'un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique (C (2015) 7293 final).

- Commission européenne, Une liste UE des pays d'origine sûrs, 2015, disponible : [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2\\_eu\\_safe\\_countries\\_of\\_origin\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_fr.pdf).
- European Commission, « European Border and Coast Guard: First Agreement with a non-EU country on border cooperation becomes operational », Daily News 30/04/2019 [Online], 30 April 2019, available: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEX\\_19\\_2336](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEX_19_2336).
- Commission européenne, *Statistiques sur la migration vers l'Europe*, 1<sup>er</sup> janvier 2020, disponible : [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-out-european-way-life/statistics-migration-europe\\_fr#illegalbordercrossings](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-out-european-way-life/statistics-migration-europe_fr#illegalbordercrossings).
- European Commission, « State of the Union Address by President von der Leyen at the European Parliament Plenary », [Online], discourse, 16 September 2020, available: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH\\_20\\_1655](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655).

## 2. Parlement européen

- Direction générale des politiques internes, Parlement européen, « Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres en matière d'immigration », note, 2011.
- Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre de la directive sur le retour (2019/2208(INI)), Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, 2 décembre 2020, A9-0238/2020, pp. 24.

## 3. Conseil de l'Union européenne

### a. Communiqués de presse

- Conseil de l'Union européenne, *Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016*, communiqué de presse n°144/16, 18 mars 2016, disponible : <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.
- Conseil de l'Union européenne, *Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes : le Conseil confirme l'accord sur un mandat renforcé*, communiqué de presse n°254/19, 1er mars 2019, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/04/01/european-border-and-coast-guard-council-confirms-agreement-on-stronger-mandate/>.

- Conseil de l'Union européenne, *Communiqué de presse sur la rencontre entre le président Charles Michel et le président Recep Tayyip Erdoğan*, communiqué de presse n°120/20, 4 mars 2020, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2020/03/04/press-release-on-meeting-between-president-charles-michel-and-president-recep-tayyip-erdogan/>.
- Conseil de l'Union européenne, *Afghanistan : déclaration du haut représentant au nom de l'Union européenne*, communiqué de presse n° 645/21, 17 août 2021, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/08/17/afghanistan-declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union/>.
- Conseil de l'Union européenne, *Afghanistan : déclaration conjointe sur la situation des femmes et des filles*, communiqué de presse n° 647/21, 18 août 2021, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/08/18/afghanistan-joint-statement-on-the-situation-of-women-and-girls/>.

#### **b. Déclarations et observations**

- Conseil de l'Union européenne, *Réunion des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE avec la Turquie, 29/11/2015 - Déclaration UE-Turquie*, déclaration et observations n°870/15, 29 novembre 2015, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2015/11/29/>.
- Conseil européen, *Déclaration de Malte par les membres du Conseil européen concernant les aspects extérieurs des migrations : remédier à la situation le long de la route de la Méditerranée centrale*, déclaration et observations n°43/17, 3 février 2017, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/>.
- Conseil de l'Union européenne, *Déclaration du Conseil des affaires étrangères*, déclarations et observations n°128/20, 6 mars 2020, disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2020/03/06/statement-of-the-foreign-affairs-council-on-syria-and-turkey/>.

#### **c. Autres**

- Conseil européen de Tampere du 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, disponible : [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm#c](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm#c).

- Conseil européen, *Réunion du Conseil européen (17 et 18 mars 2016)*, Note de transmission, (Bruxelles), 18 mars 2016, EUCO 12/1/16 REV 1, disponible : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12-2016-REV-1/fr/pdf>.
- Conseil de l'Union européenne, « Réunion des dirigeants UE-Turquie, 9 mars 2020 », disponible : <https://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/international-summit/2020/03/09/>.

#### 4. Frontex

##### a. Communiqués de presse

- Frontex, « HERA II Operation to be prolonged », press release, 13 October 2006, available: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/hera-ii-operation-to-be-prolonged-iWMEF9>.
- Frontex, « Longest Frontex coordinated operation- HERA, The Canary Island », press release, 19 December 2006, available: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/longest-frontex-coordinated-operation-hera-the-canary-islands-WpQlsc>.
- Frontex, « HERA 2008 and NAUTILUS 2008 Statistics », press release, 17 February 2009, available: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/hera-2008-and-nautilus-2008-statistics-oP7kLN>.

##### b. Plan opérationnel

- Frontex, Operational Plan EPN HERA 2012, (Varsovie), pp. 25, [obtenu sur demande en application de l'article des articles 2 et 7 du Règlement (CE) n°1049/2001 du 30 mai 2001 par Statewatch, « Analysis - Opaque and Unaccountable : Frontex Operation Hera », février 2017, pp.4.].
- Frontex, Operational Plan Joint Operation EPN Hera 2013, (2013/SBS/01), (Varsovie), 26 juillet 2013, pp. 37, [obtenu sur demande en application de l'article des articles 2 et 7 du Règlement (CE) n°1049/2001 du 30 mai 2001 par Statewatch, « Analysis - Opaque and Unaccountable : Frontex Operation Hera », février 2017, pp.4.].

##### c. Autres

- Frontex, « Beyond the Frontiers - Frontex: The first five years », (Varsovie), 2010, pp. 95.

- Frontex, *Handbook to the Operational Plan, Joint Maritime Operations*, 13 février 2014, pp. 99, [obtenu sur demande en application de l'article des articles 2 et 7 du Règlement (CE) n°1049/2001 du 30 mai 2001 par Statewatch, « Analysis - Opaque and Unaccountable : Frontex Operation Hera », février 2017, pp.4.].
- Frontex, Frontex Evaluation Report, *JO EPN Hera 2014*, (Varsovie), 13 janvier 2015, pp. 27, [obtenu sur demande en application de l'article des articles 2 et 7 du Règlement (CE) n°1049/2001 du 30 mai 2001 par Statewatch, « Analysis - Opaque and Unaccountable : Frontex Operation Hera », février 2017, pp.4.].
- Frontex, Frontex Evaluation Report, *JO EPN Hera 2015*, (Varsovie), 2016, pp. 24, [obtenu sur demande en application de l'article des articles 2 et 7 du Règlement (CE) n°1049/2001 du 30 mai 2001 par Statewatch« Analysis - Opaque and Unaccountable : Frontex Operation Hera », février 2017, pp.4.].
- Frontex, Frontex Evaluation Report, *JO HERA 2018*, (Varsovie), 5 June 2019.
- Frontex, *2020 in brief*, 2 February 2021, available: <https://frontex.europa.eu/publications/2020-in-brief-IrbE0G>.

## 5. Cour des comptes européennes

- Cour des comptes européenne, *Soutien de Frontex à la gestion des frontières extérieures : pas assez efficace jusqu'ici*, Rapport spécial 08/2021, 7 juin 2021, disponible : <https://www.eca.europa.eu/fr/Pages/DocItem.aspx?did=58564>.

## DOCUMENTATION DES NATIONS UNIES

### 1. Documentation des organes des Nations Unies

#### a. Secrétaire général

- Nations Unies, Secrétaire Général, *Si la guerre est le pire ennemi du développement, le développement est la meilleure forme de prévention des conflits déclare le Secrétaire général*, communiqué de presse SG/SM/7187, 19 janvier 2000, disponible : <https://www.un.org/press/fr/2000/20000119.sgsm7187.html>.

#### b. Assemblée générale

- Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A/RES/217 (III) A, Paris, 1948.

- Assemblée générale, 2006, Nations Unies, *Résumé du Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement*, Note de la Présidente de l'Assemblée générale, A/61/515, 13 octobre.

#### **c. Conseil de Sécurité**

- Résolution 1970 (2011) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, S/RES/1970, 26 février 2011.

#### **d. Commission de droit international**

- Commission de droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, 2011, Assemblée générale, (A/66/10), *Annuaire de la Commission de droit international*, 2011, vol II(2).
- Commission de droit international, *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs*, 2014, Assemblée générale, (A/69/10), *Annuaire de la Commission de droit international*, 2014, vol. II(2).

## **2. Agences des Nations Unies et Comités**

### **a. UNHCR**

- UNHCR, *Note sur la protection internationale*, 31 août 1993, A/AC.96/815, pp. 26.
- UNHCR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea*, 18 mars 2002.
- UNHCR, *Press briefing note on Libya*, 28 April 2020, available: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25834&LangID=E>.
- UNHCR, Nations Unies, *Position du HCR sur la qualification de la Libye en tant que pays tiers sûr et en tant que lieu de débarquement sûr après un sauvetage en mer*, septembre 2020, pp. 23.
- UNHCR, *Il est urgent d'agir face au nombre croissant de décès en Méditerranée centrale*, communiqué de presse conjoint HCR/OIM, 23 avril 2021, disponible : <https://www.unhcr.org/fr/news/press/2021/4/6083c495a/urgent-dagir-face-nombre-croissant-deces-mediterranee-centrale.html>.
- UNHCR, *UNHCR position on returns to Afghanistan*, August 2021.

### **b. Comités et groupe de travail**

- Comité des droits de l'enfant, observation générale n°6 (2005), Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/2005/6), pp. 28.
- Comité des droits de l'homme., décision *The authors and S.A et al. v. Malta*, 19 mai 2017, communication n°3043/2017, CCPR/C/128/D/3043/2017.
- Comité des droits de l'homme., constatations *The authors and S.A et al. v. Italia*, 19 mai 2017, communication n°3042/2017, CCPR/C/130/D/3042/2017.
- Groupe de travail sur le trafic illicite de migrants, 2015, Nations Unies, *Trafic illicite de migrants par mer*, Note du Secrétariat, Additif, CTOC/COP/WG.7/2015/2/Add.1, 27 août.
- Observation générale conjointe n°4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, et n°23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 16 novembre 2017, (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22), pp. 18.
- Comité des droits de l'homme, *A. v. Australia*, 30 Avril 1997, communication n°560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, § 9(2).

### **3. Organismes accrédités par les Nations Unies**

- Organisation maritime internationale, Résolution MSC.167(78) adoptée le 20 mai 2004, MSC 78/26/Add.2.
- CNCDH, *Déclaration à propos du projet d'accord UE – Turquie des 17&18 mars 2016*, communiqué de presse, 18 mars 2016, disponible : <https://www.cncdh.fr/fr/actualite/declaration-propos-du-projet-daccord-ue-turquie-des-1718-mars-2016>.
- CNCDH, Avis sur le concept de « pays tiers sûr », 19 décembre 2017, pp. 12.
- OIM, « Protecting migrants in Libya must be our primary focus », press release, 4 February 2019, available : <https://www.iom.int/news/iom-statement-protecting-migrants-libya-must-be-our-primary-focus>.
- CNCDH, Avis relatif à la proposition de loi visant à encadrer strictement la rétention des familles avec mineurs : une occasion manquée, 24 septembre 2020, (A-2020-12), pp. 11.

- OIM, HCR, « L'OIM et le HCR condamnent le renvoi de migrants et de réfugiés vers la Libye », communiqué de presse conjoint OIM-HCR, 6 juin 2021, disponible : <https://www.iom.int/fr/news/loim-et-le-hcr-condamnent-le-renvoi-de-migrants-et-de-refugies-vers-la-libye>.

## DOCUMENTATION DU CONSEIL DE L'EUROPE

- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2109 (2016), *La situation des réfugiés et des migrants dans le cadre de l'Accord UE-Turquie du 18 mars 2016*.

## CONVENTIONS INTERNATIONALES

### 1. Conventions internationales sous l'égide de la Société des Nations ou des Nations Unies

- Charte des Nations Unies et statut de la Cour internationale de Justice, (San Francisco), 26 juin 1945, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1.
- Convention relative au statut des réfugiés, (Genève), 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 137.
- Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, (New-York), 7 mars 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (New York), 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.
- Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, (Londres), 1<sup>er</sup> novembre 1974, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1185, p. 4.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, (Montego Bay), 10 décembre 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 3.
- Convention Internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes, (Hambourg), 27 avril 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1405, p. 139.
- Convention internationale de 1989 sur l'assistance, (Londres), 28 avril 1989, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1953.
- Convention relative aux droits de l'enfant, (New-York), 20 novembre 1989, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3.

- Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, (Rome), 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3.
- Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, (New-York), 15 novembre 2000, *Recueil des Traités*, vol. 2241, p. 519.
- Éléments des crimes, *Documents officiels de l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, première session, (New York), 3-10 septembre 2002 (publication des Nations Unies, N° de vente F.03.V.2 et correctif), deuxième partie B.
- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, (New York), 20 décembre 2006, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, p. 3.

## **2. Conventions sous l'égide du Conseil de l'Europe**

- Conseil de l'Europe, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, (Rome), 4 novembre 1950, *Série des Traités européens – n°5*.
- Conseil de l'Europe, Accord européen pour la suppression des visas pour les réfugiés, (Strasbourg), 20 avril 1959, *Série des traités européens – n°31*.
- Conseil de l'Europe, Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, (Strasbourg), 16 septembre 1963, *Série des Traités européens – n°46*.

## **3. Autres Conventions internationales**

- Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, (Bruxelles), 23 septembre 1910.

## **DOCUMENTATION NATIONALE**

### **1. Lois**

- Law No. 3907 on the Establishment of an Asylum Service and a First Reception Service, transposition into Greek Legislation of the Provisions of Directive

2008/115/EC « on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals » and other provisions, Efimeris tis Kivernisseos, 2011-01-26, Part A, No. 7, pp. 19-38.

## 2. Codes

- Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

## 3. Jurisprudence

- Conseil constitutionnel, Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

## 4. Autres

- Ministerio del interior, Gobierno de España, « Balance de la lucha contra la inmigración ilegal », 2007, disponible : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FyhtLWKihDUJ:www.interior.gob.es/documents/10180/1209647/Balance%2Bde%2Bla%2Blucha%2Bcontra%2Bla%2Binmigraci%25C3%25B3n%2Bilegal.pdf/ebd49ee1-155d-4807-b505-5e0696eaed4a+&cd=2&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>.
- Republic of Turkey, Minister of Foreign Affairs, « Implementation of Turkey-EU Agreement of 18 March 2016 », available: [https://www.mfa.gov.tr/implementation-of-turkey\\_eu-agreement-of-18-march-2016.en.mfa](https://www.mfa.gov.tr/implementation-of-turkey_eu-agreement-of-18-march-2016.en.mfa).

## DOCUMENTATION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

### 1. Cour internationale de Justice

#### a. Arrêts

- CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Affaire du plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, Recueil 1978, p. 39.
- CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, Recueil 1986, p. 14.
- CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre le Qatar et le Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, arrêt du 1er juillet 1994, Recueil 1994, p. 112.

#### b. Avis

- CIJ, *Avis consultatif relatif à l'interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis du 20 décembre 1980, *Recueil 1980*, pp. 89-90.
- CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil 1996*, p. 9.

## 2. Juridictions européennes

### a. Cour de Justice des Communautés européennes et Cour de Justice de l'Union européenne

#### i. Arrêts

- CJCE, *van Gend & Loos*, arrêt du 5 février 1963, aff. 26/52, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1.
- CJCE, *Costa contre Enel*, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI: ECLI:EU:C:1964:66.
- CJCE, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, arrêt du 17 février 1998, aff. C-249/93, ECLI: ECLI:EU:C:1998:63.
- CJCE *Racke*, arrêt du 6 juin 1998, aff. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293.
- CJCE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, arrêt du 3 septembre 2008, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI: ECLI:EU:C:2008:461.
- CJUE, *Audiolux SA e.a c. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a., Bertelsmann AG e.a.*, arrêt du 15 octobre 2009, aff. C-101/08, ECLI:EU:C:2009:626.
- CJUE, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, arrêt du 28 avril 2011, aff. C- 61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268.
- CJUE [GC], *Alexandre Achughbalian*, arrêt du 6 décembre 2011, aff. C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807.
- CJUE [GC], *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, arrêt du 21 décembre 2011, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.
- CJUE, *Md Sagor*, arrêt du 6 décembre 2012, aff. C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777.
- CJUE, *Zakaria*, arrêt du 17 janvier 2013, aff. C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24.
- CJUE, *Mehmet Arslan contre Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, arrêt du 30 mai 2013, aff. C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343.
- CJUE, *Qurbani*, arrêt du 17 juillet 2014, aff. C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101.
- CJUE, *Skerdjan Celaj*, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2015, aff. C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640.

- CJUE, *X et X c. État belge*, arrêt du 7 mars 2017, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.
- CJUE, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie c. Salah Al Chodor, Ajlin Al Chodor, Ajvar Al Chodor*, arrêt du 15 mars 2017, aff. C- 528/15, ECLI:EU:C:2017:213.

#### ii. Conclusions de l'avocat général

- CJUE, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Conclusion de l'avocat général Mazak du 1 avril 2011, aff. C- 61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:205.
- CJUE, *X et X c. État belge*, Conclusions de l'avocat général P. MENGOZZI du 7 février 2017, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

#### iii. Avis

- CJCE, *Accord EEE, Avis 1/91*, avis du 14 décembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490.
- CJUE, *Adhésion de l'Union à la CEDH, Avis 2/13*, avis du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

### b. Tribunal des Communautés européennes et Tribunal de l'Union européenne

- TPICE, *Y. A. Kadi c/ Commission*, arrêt du 30 septembre 2010, aff. T-85/09.
- TPUE, *NF c. Conseil européen*, ordonnance du 28 février 2017, aff. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128.

### c. Plaintes

- GLAN, ASGI, ARCI, *Complaint to the European Court of Auditors concerning the Mismanagement of EU Funds by the EU Trust Fund for Africa's 'Support to Integrated Border and Migration Management in Libya' Programme*, 27 March 2020, available: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LRsNmbIX3NUJ:https://www.statewatch.org/media/documents/news/2020/apr/eu-libya-legal-complaint-finance-27-4-20.pdf+&cd=5&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>.
- FRONT-Lex, *Action for failure to act (as referred to in article 265 TFEU)*, non-confidential version of the application, 21 May 2021, available: <https://www.front-lex.eu/2021/05/25/legal-action-against-frontex-submitted-2/>.

### 3. Cour européenne des droits de l'homme

#### a. Arrêts

- CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req n°(s) 9214/80, 9473/81 et 9474/81.
- CEDH [GC], *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, req. n°52207/99.
- CEDH [GC], *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, 2 mai 2007, req. n°s 71412/01 et 78166/01.
- CEDH, [GC], *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007, req. n°57325/00.
- CEDH [GC], *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09.
- CEDH [GC], *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, req. n°55721/07.
- CEDH [GC], *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09.
- CEDH, *A.S. v. Switzerland*, 30 juin 2015, req. n° 39350/13.
- CEDH [GC], *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, req. n°16483/12.
- CEDH, [GC], *Biao c. Denmark*, 24 mai 2016, req. n°38590/10.
- CEDH, *J.R. et autres c. Grèce*, arrêt du 25 janvier 2018, req. n°22696/16.
- CEDH, *O.S.A. et autres c. Grèce*, arrêt du 21 mars 2019, req. n°39065/16.
- CEDH, *Kaak et autres c. Grèce*, arrêt du 3 octobre 2019, req. n°34215/16.
- CEDH [GC], *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019, req. n°47287/15.
- CEDH [GC], *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020, req. n°s 8675/15 et 8697/15.
- CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, 5 mai 2020, req. n°3599/18.
- CEDH, *M.D. et A.D. c. France*, 22 juillet 2021, req. n°57035/18.

#### b. Tierce-interventions

- CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, audience de grande chambre, tierce intervention du gouvernement français, 24 avril 2019, req. n°3599/18.
- CEDH, [GC], *M.N. et autres c. Belgique*, audience de grande chambre, tierce intervention de Me F. KRENC, 24 avril 2019, req. n°3599/18.

#### c. Affaires communiquées

- CEDH, *N.A. v. Greece and 8 others applications*, communicated case of 4th of January 2021, app. n°11216/20, 11483/20, 15092/20, 15470/20, 16043/20, 19995/20, 20974/20, 24427/20, 36856/20.

#### 4. Cour Pénale Internationale

##### a. Arrêts

- CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République démocratique du Congo, *Affaire Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision relative à la confirmation des charges en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, ICC- 01/04- 01/07, 30 septembre 2008.
- CPI, Chambre préliminaire II, Situation en République du Kenya, *Affaire Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, décision relative à la confirmation des charges en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, ICC-01/09-01/11, 23 janvier 2012.
- CPI, Pre-trial chamber I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the court, ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018.

##### b. Plaintes

- O. SCHATZ, J. BRANCO, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute – EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019*, 3 June 2019, available: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf>.

##### c. Déclarations

- CPI, « Ouverture d'une enquête en Libye par le Procureur de la CPI », déclaration, 2 mars 2011, disponible : <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=statement+020311&ln=fr>.
- ICC, *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*, statement, 9 May 2017, available: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib>.
- CPI, « Déclaration du Procureur de la CPI du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies à propos de la situation en Libye, en application de la résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité », déclaration, 10 novembre 2020, disponible : <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201110-icc-prosecutor-statement-unsclibya&ln=fr>.

## RAPPORTS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES, NON GOUVERNEMENTALES, INSTITUTION DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET CONFÉRENCES DIPLOMATIQUES

### 1. Sous l'égide des Nations Unies

- Assemblée générale, 2006, Nations Unies, *Les océans et le droit de la mer*, Rapport du Secrétaire Général, Additif, A/61/63/Add.1, 17 août.
- UNHCR, 2008, Nations Unies, *Le traitement des personnes sauvées en mer : conclusions et recommandations issues de réunions et de tables rondes d'experts convoqués récemment par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, A/AC.259/17, 11 avril.
- UNHCR, *Rapport global 2011 du HCR - Turquie*, disponible : <https://www.unhcr.org/publications/fundraising/4fc880bb0/unhcr-global-report-2011-turkey.html>.
- Conseil des droits de l'homme, 2015, *Situation des migrants en transit*, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, soumis en application de la Résolution 29/2 du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/31/35.
- Conseil des droits de l'homme, 2016, Nations Unies, Rapport du Groupe de Travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 28 juillet, A/HRC/33/51.
- UNSMIL/OHCHR, 2016, United Nations, « *Detained and dehumanized* » *Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya*, 13 December.
- General Assembly, 2017, United Nations, *Unlawful death of refugees and migrants*, Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Ms Agnès CALLAMARD, submitted in accordance with Assembly resolution 71/198, A/72/335, 15 August.
- Human Rights Council, 2020, United Nations, *Ending immigration detention of children and providing adequate care and reception for them*, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, M. Felipe GONZALES MORALES, submitted in accordance with Assembly resolution 74/148 and Human Rights Council resolution 43/6, A/75/183, 20 July.
- Conseil des droits de l'homme, 2021, Nations Unies, *Rapport sur les moyens de répondre aux conséquences pour les droits de l'homme des mesures de renvoi de migrants sur terre et en mer*, Rapport du Rapporteur Spécial pour les droits humains

des migrants, M. Felipe GONZALES MORALES, soumis en application de la Résolution 46/6 du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/47/30, 12 mai.

- UNHCR, « *Lethal Disregard* » – *Search and Rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*, May 2021, disponible: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR-thematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf>.

## 2. Sous l'égide du Conseil de l'Europe

- Conseil de l'Europe, « Étude sur les pratiques de rétention des migrants et des alternatives à la rétention d'enfants migrants », (2017), pp. 89.

## 3. Sous l'égide de l'Union européenne

### a. Bureau européen d'appui en matière d'asile

- Bureau européen d'appui en matière d'asile, *Rapport de l'EASO sur la situation de l'asile en 2020*, 2020, pp. 25.

## 4. Rapports d'ONG

- Amnesty International, « Mauritanie : « personne ne veut de nous » - Arrestations et expulsions collectives de migrants interdits en Europe », 1 juillet 2008, AFR 38/001/2008, pp. 54.
- Amnesty International, « Europe's gatekeeper - Unlawful detention and deportation of refugees from Turkey », 2015, EUR 44/3022/2015, available: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiCpMyS9qHyAhVGTBoKHU2SDsAQFnoECAUQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.amnesty.org%2Fdownload%2FDocuments%2FEUR4430222015ENGLISH.pdf&usg=AOvVaw1WB6iXk7WISGZ1twpfahMr>.
- EuroMed Rights, AEDH, FIDH, Rapport conjoint, « « Pays sûrs » : Un déni du droit d'asile », Mai 2016.
- Amnesty International, « 'No one will look after you' - Forcibly return from sea to abusive detention in Libya », 2021, MDE 19/4439/2021, pp. 52.

## 5. Autres rapports

- X. de VILLEPIN, Rapport n°406, seconde session ordinaire 1990-1991, Sénat français, 1991.

- Sénat de la République française, Rapport d'information n°38, 14 octobre 2016, disponible : <https://www.senat.fr/rap/r16-038/r16-038.html>.

## DOCUMENTATION ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES ET ASSOCIATIONS

- Frontexit, « La coopération extérieure de Frontex hors de tout contrôle démocratique », note à l'attention des parlementaires européens, novembre 2014, disponible : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aUyva-rz0CkJ:www.frontexit.org/fr/docs/54-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-controle-democratique-note-a-l-attention-des-parlementaires-europeens/file+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>, pp. 4.
- FIDH, Communiqué de presse, « Les listes de « pays sûrs » de l'Union européenne : un déni du droit d'asile », le 25 mai 2016, disponible : <https://www.fidh.org/fr/themes/droits-des-migrants/les-listes-de-pays-surs-de-l-union-europeenne-un-deni-du-droit-d>.
- Statewatch, « Analysis - Opaque and Unaccountable: Frontex Operation Hera », February 2017, pp 4.
- Migreurop, « La sous-traitance de la politique migratoire européenne est-elle justiciable ? », argumentaire juridique, 25 juin 2019, disponible : <http://migreurop.org/article2933.html>.
- GISTI, « Action collective - Pour la Cour européenne des droits de l'homme, tout va bien dans les hotspots grecs », communiqué de presse inter-associatif, 7 novembre 2019, disponible : <https://www.gisti.org/spip.php?article6254#nb1>.

## PRESSE NATIONALE ET INTERNATIONALE

### 1. Articles signés

- J. PRIETO, « Espagne. Aux Canaries, les clandestins ne font que passer », *Courrier international*, 24 mai 2006, disponible : <https://www.courrierinternational.com/article/2006/05/24/aux-canaries-les-clandestins-ne-font-que-passer>.

- M. VELLA, « Frontex: Out of Control? », *Malta Today*, 20 July 2008, available: <http://archive.maltatoday.com.mt/2008/07/20/n6.html>.
- M. RIBEIRO, « Amnesty International : « Les réfugiés ne sont pas une marchandise » », *Global Voices*, 23 mars 2016, disponible : <https://fr.globalvoices.org/2016/03/23/196320/>.
- D. ROBINSON, A. BARKER, « EU plans border force to police external frontiers », *Financial Times*, 15 décembre 2016, available : <https://www.ft.com/content/463ca298-9f5c-11e5-beba-5e33e2b79e46>.
- 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, disponible : <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-c-638-16-ppu-arret-du-7-mars-2017-x-et-x-ecli-eu-c-2017-173.html>.
- T. BUTTIN, « Les Hotspots : illégalité et reniement des valeurs européennes », *Le Taurillon*, 4 juillet 2017, disponible : <https://www.taurillon.org/les-hotspots-illegalite-et-reniement-des-valeurs-europeennes>.
- S. PRESTIANNI, « Libye : Financements européens pour les bourreaux des migrants », *Migreurop*, note n°7, mai 2018, disponible : <http://migreurop.org/article2911.html?lang=it>.
- L. HEMMERLÉ, « L'« Aquarius », un bateau pirate ? Quatre questions sur l'imbroglie juridique qui menace le navire humanitaire », *France Info*, 24 septembre 2018, disponible : [https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/migrants/aquarius/l-aquarius-un-bateau-pirate-quatre-questions-sur-l-imbroglie-juridique-qui-menace-le-navire-humanitaire\\_2954663.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/migrants/aquarius/l-aquarius-un-bateau-pirate-quatre-questions-sur-l-imbroglie-juridique-qui-menace-le-navire-humanitaire_2954663.html).
- C. SIMON, « Sauvetage de migrants en Méditerranée : une capitaine risque jusqu'à 20 ans de prison », *Le Parisien*, 20 juin 2019, disponible : <https://www.leparisien.fr/faits-divers/sauvetage-de-migrants-en-mediterranee-une-capitaine-risque-jusqu-a-20-ans-de-prison-10-06-2019-8090403.php>.
- S. MORO, « Aux îles Canaries, la pression migratoire est « insoutenable » selon Bruxelles », *Euractiv*, 6 octobre 2020, disponible : <https://www.euractiv.fr/section/migrations/news/aux-iles-canaries-la-pression-migratoire-est-insoutenable-selon-bruxelles/>.

## 2. Articles non signés

- « Italie : Des permis de séjour pour les migrants tunisiens », *Libération*, 7 avril 2011, disponible : [https://www.liberation.fr/planete/2011/04/07/italie-des-permis-de-sejour-pour-les-migrants-tunisiens\\_727491/](https://www.liberation.fr/planete/2011/04/07/italie-des-permis-de-sejour-pour-les-migrants-tunisiens_727491/).
- « La traversée de la Méditerranée, « route la plus mortelle du monde » », *Le Monde*, 10 décembre 2014, (mis à jour le 11 décembre 2014), disponible : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/12/10/un-nombre-record-de-migrants-ont-peri-en-mediterranee-en-2014\\_4537645\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/12/10/un-nombre-record-de-migrants-ont-peri-en-mediterranee-en-2014_4537645_3224.html).
- « Quel est le bien du pacte migratoire UE-Turquie au bout d'un an ? », *Le Monde*, 17 mars 2017, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2017/03/17/pacte-migratoire-ue-turquie-quel-bilan-un-an-apres\\_5096504\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2017/03/17/pacte-migratoire-ue-turquie-quel-bilan-un-an-apres_5096504_3210.html).
- « Pourquoi le Panama veut retirer son pavillon à l'« Aquarius » ? », *Le Monde*, 22 septembre 2018 (mis à jour le 23 septembre 2018), disponible : [https://www.lemonde.fr/a-bord-de-l-aquarius/article/2018/09/22/le-panama-veut-retirer-son-pavillon-a-l-aquarius\\_5358834\\_4961323.html](https://www.lemonde.fr/a-bord-de-l-aquarius/article/2018/09/22/le-panama-veut-retirer-son-pavillon-a-l-aquarius_5358834_4961323.html).
- « Un rapport de l'ONU met en lumière les « horreurs inimaginables » des migrants et réfugiés en Libye et au-delà », *ONU Info*, 20 décembre 2018, disponible : <https://news.un.org/fr/story/2018/12/1032271>.
- « Italie : La fermeture des ports réaffirmée par Matteo Salvini », *France Terre d'Asile*, 31 mars 2019, disponible : <https://www.france-terre-asile.org/veille-europe-articles-archives/veille-europe-2019/veille-europe-du-16-au-31-mars-2019/italie-la-fermeture-des-ports-reaffirmee-par-matteo-salvini>.
- « Migrants en Méditerranée : les ONG « complices des passeurs », accuse Castaner », *Le Parisien*, 5 avril 2019, disponible : <https://www.leparisien.fr/politique/migrants-en-mediterranee-les-ong-complices-des-passeurs-accuse-castaner-05-04-2019-8047137.php>.
- « AYS Weekend Digest 04-05/05/19: Border agreement with Albania now operational », *Medium*, 6 May 2019, available: <https://medium.com/are-you-syrious/ay-weekend-digest-04-05-5-2019-border-agreement-with-albania-now-operational-cef3237366b5>.
- « Once migrants on Mediterranean were saved by naval patrols. Now they have to watch as drones fly over », *The Guardian*, 4 August 2019, available: <https://www.theguardian.com/world/2019/aug/04/drones-replace-patrol-ships-mediterranean-fears-more-migrant-deaths-eu>.

- « Grèce – Les droits humains en Grèce en 2020 », Amnesty international, disponible : <https://www.amnesty.fr/pays/grece>.
- « La barre des 20.000 migrants morts en Méditerranée franchie après un naufrage au large de la Libye », *ONU Info*, 6 mars 2020, disponible : <https://news.un.org/fr/story/2020/03/1063431>.
- « Migrants : les ONG critiquent la fermeture des ports en Italie », *Le Figaro*, 9 avril 2020, disponible : <https://www.lefigaro.fr/international/migrants-les-ong-critiquent-la-fermeture-des-ports-en-italie-20200409>.
- « Coronavirus : à son tour, Malte annonce la fermeture de ses ports aux migrants », *Info Migrants*, 10 avril 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/24018/coronavirus-a-son-tour-malte-annonce-la-fermeture-de-ses-ports-aux-migrants>.
- « Financement des garde-côtes libyens : 3 ONG portent plainte auprès de la cour des comptes européenne », *Info Migrants*, 28 avril 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/24407/financement-des-garde-cotes-libyens-3-ong-portent-plainte-aupres-de-la-cour-des-comptes-europeenne>.
- « Mer méditerranée : Malte renforce sa coopération avec la Libye pour lutter contre « l’immigration illégale » », *Info Migrants*, 4 juin 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/25175/mer-mediterranee-malte-renforce-sa-cooperation-avec-la-libye-pour-lutter-contre-l-immigration-illegale#:~:text=Malte%20a%20sign%C3%A9%20un%20accord,d%C3%A8s%20le%20mois%20de%20juillet>.
- « Grèce : un camp abritant plus de 12 000 migrants sur l’île de Lesbos dévasté par un incendie », *Le Monde*, 9 septembre 2020, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/09/un-incendie-se-declare-dans-le-camp-de-migrants-de-moria-a-lesbos\\_6051482\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/09/un-incendie-se-declare-dans-le-camp-de-migrants-de-moria-a-lesbos_6051482_3210.html).
- « Immigration : la Commission européenne veut « abolir le règlement de Dublin », annonce sa présidente », *Le Monde*, 16 septembre 2020, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/16/sante-environnement-minorites-ursula-von-der-leyen-devoile-son-plan-de-bataille-pour-l-union-europeenne\\_6052412\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/16/sante-environnement-minorites-ursula-von-der-leyen-devoile-son-plan-de-bataille-pour-l-union-europeenne_6052412_3210.html).
- « Italie : une experte de l’ONU condamne la criminalisation du secours aux migrants en Méditerranée », *ONU Info*, 8 octobre 2020, disponible : <https://news.un.org/fr/story/2020/10/1079372>.

- « Plus de 100 Maliens expulsés en Mauritanie par Frontex et l'Espagne malgré leur droit d'asile », *Info Migrants*, 2 novembre 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/28245/plus-de-100-maliens-expulses-en-mauritanie-par-frontex-et-l-espagne-malgre-leur-droit-a-l-asile>.
- « Espagne : Frontex de retour aux Canaries pour aider la police espagnole à identifier les migrants », *Info Migrants*, 5 novembre 2020, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/28316/espagne-frontex-de-retour-aux-canaries-pour-aider-la-police-espagnole-a-identifier-les-migrants>.
- « Uniforme Frontex : Avancée symbolique vers la souveraineté européenne », *L'Opinion*, 13 janvier 2021, disponible : <https://www.lopinion.fr/edition/international/uniforme-frontex-avancee-symbolique-vers-souverainete-europeenne-233649>.
- « Frontex, l'agence de surveillance des frontières de l'UE, dans la tourmente », *RFI*, 6 février 2021, disponible : <https://www.rfi.fr/fr/europe/20210206-frontex-l-agence-de-surveillance-des-fronti%C3%A8res-de-l-ue-dans-la-tourmente>.
- « UE-Turquie : quel bilan pour le pacte migratoire signé il y a cinq ans ? », *Euronews*, 18 mars 2021, disponible : <https://fr.euronews.com/2021/03/18/ue-turquie-quel-bilan-pour-le-pacte-migratoire-signe-il-y-a-cinq-ans>.
- « L'Espagne et le Sénégal s'affichent unis dans la lutte contre l'immigration illégale », *Info Migrants*, 12 avril 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/31463/l-espagne-et-le-senegal-s-affichent-unis-dans-la-lutte-contre-l-immigration-illegale>.
- « La Grèce déclare la Turquie « pays tiers sûr » pour les demandeurs d'asile de 5 pays dont la Syrie et l'Afghanistan », *Info Migrants*, 7 juin 2021 (mis à jour le 8 juin 2021), disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/32777/la-grece-declare-la-turquie-pays-tiers-sur-pour-les-demandeurs-d-asile-de-5-pays-dont-la-syrie-et-l-afghanistan>.
- F. DELORME, « Épisode 1 : Union européenne : sous-traiter les politiques migratoires », Série : « Réfugiés otages du jeu diplomatique ? », avec C. RODIER, J.P. CASSARINO, *France Culture, Culture monde*, [fichier audio], 14 juin 2021, disponible : <https://www.franceculture.fr/emissions/cultures-monde/refugies-otages-du-jeu-diplomatique-14-union-europeenne-sous-traiter-les-politiques-migratoires>.
- « Des migrants refoulés de Grèce retrouvés nus en Turquie », *Info Migrants*, 1er juillet 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/33311/des-migrants-refoules-de-grece-retrouves-nus-en-turquie>.

- « « Ils nous ont crié de rentrer chez nous » : les refoulements illégaux de migrants continuent en mer Égée », *Info Migrants*, 13 juillet 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/33579/ils-nous-ont-crie-de-rentre-chez-nous-les-refoulements-illegaux-de-migrants-continuent-en-mer-egee>.
- « L'Italie renouvelle son soutien controversé aux garde-côtes libyens », *Info Migrants*, 16 juillet 2021, disponible : <https://www.infomigrants.net/fr/post/33673/l-italie-renouvelle-son-soutien-controverse-aux-garde-cotes-libyens>.
- « Union européenne : six Etats demandent à Bruxelles de maintenir les expulsions de migrants afghans, malgré l'avancée des talibans », *Franceinfo*, 10 août 2021, disponible : [https://www.francetvinfo.fr/monde/afghanistan/union-europeenne-six-etats-demandent-a-bruxelles-de-maintenir-les-expulsions-de-migrants-afghans-malgre-l-avancee-des-talibans\\_4733681.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/afghanistan/union-europeenne-six-etats-demandent-a-bruxelles-de-maintenir-les-expulsions-de-migrants-afghans-malgre-l-avancee-des-talibans_4733681.html).
- « L'Allemagne et les Pays-Bas suspendent les expulsions de migrants vers l'Afghanistan », *Le Monde*, 11 août 2021, disponible : [https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/11/l-allemande-et-les-pays-bas-suspendent-les-expulsions-de-migrants-vers-l-afghanistan\\_6091197\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/11/l-allemande-et-les-pays-bas-suspendent-les-expulsions-de-migrants-vers-l-afghanistan_6091197_3210.html).
- « L'expulsion de migrants afghans divise l'Europe », *Les Echos*, 12 août 2021, disponible : <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/la-france-annonce-avoir-suspendu-les-expulsions-de-migrants-vers-lafghanistan-1338471>.
- « Afghanistan : face à la progression fulgurante des talibans, Etats-Unis et Royaume-Uni envoient des soldats évacuer leurs ambassades », *Libération*, 13 août 2021, disponible : [https://www.liberation.fr/international/moyen-orient/afghanistan-face-a-la-progression-fulgurante-des-talibans-etats-unis-et-royaume-uni-envoient-des-soldats-evacuer-leurs-ambassades-20210813\\_PPTGYUTCUNENTFE2PPAWBCYHWI/](https://www.liberation.fr/international/moyen-orient/afghanistan-face-a-la-progression-fulgurante-des-talibans-etats-unis-et-royaume-uni-envoient-des-soldats-evacuer-leurs-ambassades-20210813_PPTGYUTCUNENTFE2PPAWBCYHWI/).

## DOCUMENTS DIVERS

- M. TONDINI, « Transcript of interview with Mr Ilkka Laitinen, FRONTEX Executive director », interview, (Varsovie), 12 mai 2010, pp. 3, available: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Bd2Q0pzzrpgJ:https://migrantsatsea.files.wordpress.com/2010/11/inex-laitinen-interview-12may2010.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-d>.

- J. MATRINGE, « A New Mandate for Frontex: Beyond the Security Obsession, a Human Rights Perspective ? », audition organisée par le groupe Verts-ALE au Parlement européen le 15 septembre 2010.
- Le Comité des Nations Unies contre la Torture, le Sous-Comité des Nations Unies pour la Prévention de la Torture, Le Fonds de Contributions Volontaires des Nations Unies pour les Victimes de la Torture, le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la Torture, conjointement avec le Comité pour la Prévention de la Torture en Afrique, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Comité Européen pour la Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Inhumains ou Dégradants, *Déclaration conjointe*, « 70 ans après, la torture est toujours répandue : il faut agir davantage pour que nous puissions tous vivre dans un monde totalement libéré de la torture », 26 juin 2018.
- Institute for Economics & Peace, *Global Peace Index 2020: Measuring peace in a complex world*, June 2020, pp. 107, available: <http://visionofhumanity.org/reports.f>.
- « Syrie, l'interminable conflit – Dix ans de guerre », *Arte*, 2021, disponible : <https://www.arte.tv/fr/videos/RC-015943/syrie-l-interminable-conflit/>.
- U. BUX, « Sources et portée du droit de l'Union européenne », Parlement européen, *Fiches techniques sur l'Union européenne*, mai 2021, disponible : <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/6/sources-et-portee-du-droit-de-l-union-europeenne>.
- « Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (Convention SAR) », *Organisation Maritime Internationale*, disponible : [https://www.imo.org/fr/about/Conventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-\(SAR\).aspx](https://www.imo.org/fr/about/Conventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-(SAR).aspx).
- « Allocution relative à la situation en Afghanistan », *Elysée*, 16 août 2021, disponible : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/08/16/allocution-relative-a-la-situation-en-afghanistan>.

# TABLE DES MATIERES

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>2</b>
<b>PRINCIPALES ABBREVIATIONS .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>PARTIE 1 : L'ÉVALUATION DE LA LICÉITÉ DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE INTÉRIEURE.....</b>	<b>16</b>
Chapitre 1 : Une réglementation d'anticipation ou le contrôle pré-frontalier - Le Code Frontières Schengen, la Politique Commune de Visa, la réglementation relative aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers	17
Section 1 : L'anticipation par un arsenal normatif de conditions d'éligibilité aux frontières de l'Union européenne : le Code Frontières Schengen et la Politique Commune de Visa	17
I. Le Code Frontières Schengen : la création de frontières quasi-impénétrables	17
A) La détermination d'une liste des « <i>admissibles</i> » à entrer sur le territoire à travers le paradigme de la sécurité .....	17
1. L'orientation de la qualification des « <i>admissibles</i> » par la lutte contre l'immigration irrégulière .....	18
2. Un haut degré de contrôle aux frontières .....	18
B) L'institution renouvelée d'un double filtre à la pénétration de la forteresse européenne .....	21
1. Le filtre des frontières externes de l'Union européenne .....	21
2. Le filtre des frontières internes de l'Union européenne .....	22
II. La Politique Commune de Visa : le resserrement de la liste des « <i>admissibles</i> » à entrer, transiter et séjourner sur le territoire de l'Union européenne.....	24
A) L'établissement d'une liste noire en défaveur des demandeurs d'asile .....	24
B) Le visa humanitaire : espoir ou désillusion ? .....	27
Section 2 : L'anticipation par la délégation du contrôle des conditions d'admissibilité : La réglementation relative aux transporteurs et la Directive définissant l'aide à l'entrée, le transit et le séjour irréguliers.....	32

I.	L'incompatibilité textuelle entre les obligations découlant de la réglementation des transporteurs avec le droit international public .....	32
A)	L'incompatibilité textuelle et pratique avec le Droit de la mer.....	32
1.	L'obligation de sauvetage en mer d'une embarcation en détresse contre l'obligation de contrôle de la validité des documents de voyage.....	32
2.	L'obligation de débarquer dans un lieu sûr contre la sanction pénale au transporteur pour favoriser l'entrée irrégulière de migrants sur le territoire de l'Union européenne .....	34
B)	L'incompatibilité textuelle et pratique avec le Droit international des réfugiés	36
1.	Les obligations de vérification des documents de voyage et de collecte des données contre le droit à demander l'asile .....	37
2.	L'obligation de réacheminement vers un pays-tiers contre le principe de non-refoulement.....	38
II.	Un conflit de normes au détriment des droits des migrants et demandeurs d'asile	40
A)	L'inexistence d'une véritable absorption du droit international par l'Union européenne .....	40
1.	L'affirmation permanente d'un ordre juridique européen quasi-imperméable	41
2.	La spécificité de l'Union européenne : une non-exception au respect du droit international public.....	42
B)	La nécessité du renforcement du régime de secours des embarcations en détresse en mer.....	45
1.	Les insuffisances et lacunes du Droit de la mer face au « <i>cimetière méditerranéen</i> ».....	45
2.	L'obligation de secours en mer : un droit individuel en devenir ?.....	47
	Chapitre 2 : Une réglementation de réaction - La répartition avec le régime Dublin et la réadmission avec la Directive « Retour ».....	50
	Section 1 : La répartition selon le Règlement Dublin III ou l'œuvre d'un renouvellement perpétuel d'un régime attentatoire aux droits fondamentaux en pratique .....	50

I.	La refonte avec Dublin III : l'espoir déchu d'une réglementation enfin respectueuse des droits des demandeurs d'asile .....	50
A)	Dublin III : le troisième prototype palliatif à un système en crise .....	50
1.	Les principes d'un système défaillant .....	51
2.	La prise en compte des défaillances dans la lettre de Dublin III.....	53
B)	La pérennité des lacunes et des violations des droits des demandeurs d'asile par le Règlement Dublin III.....	54
1.	La pérennisation d'une procédure de transfert entachée de violations des droits fondamentaux et du droit d'asile .....	54
2.	Le renforcement d'une clause d'irrecevabilité : le pays tiers sûrs .....	57
II.	Les perspectives offertes par la proposition d'un « Dublin IV » : le renforcement du régime au moyen de la lutte contre l'immigration clandestine .....	59
A)	La rationalisation du système au péril des demandeurs d'asile ?.....	59
B)	L'inclusion de cet instrument de gestion migratoire unique dans un cadre commun pour la gestion de l'asile et de la migration.....	61
Section 2 : La réadmission par la Directive « Retour » : l'instrumentalisation d'un régime lacunaire de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux.....		
64		
I.	La Directive « Retour » : un régime équivoque et insuffisant permettant son instrumentalisation au service de la lutte contre l'immigration clandestine .....	64
A)	La souplesse du champ <i>ratione personae</i> de la Directive .....	64
B)	Un régime de placement en rétention lacunaire .....	67
II.	Les tentatives juridictionnelles d'un redressement d'une protection lacunaire des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière .....	69
A)	Les tentatives d'interprétation favorable aux droits fondamentaux par la Cour de Justice contre l'instrumentalisation des lacunes textuelles en matière de rétention.....	70
B)	La difficile prise de relai par la Cour EDH .....	73

## **PARTIE 2 : L'ÉVALUATION DE LA LICÉITÉ DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE EXTÉRIEURE.....76**

Chapitre 1 : Frontex ou le gendarme des frontières de l'Union européenne.....	77
Section 1 : Frontex, l'agence de surveillance des frontières de l'Union européenne de plus en plus puissante.....	77
I. Plus de pouvoirs pour une responsabilité difficile à engager.....	77
A) Une responsabilité autonome de Frontex quasi insaisissable.....	77
B) Des pouvoirs augmentés.....	80
II. La prise en compte des droits fondamentaux : une évolution à deux vitesses ...	83
A) L'extension subséquente de la protection des droits fondamentaux .....	83
B) Protéger les droits fondamentaux et lutter contre l'immigration illégale : un équilibre impossible ?.....	85
Section 2 : Étude de cas sur la licéité de l'Opération <i>Hera</i> .....	89
I. Le cadre légal de l'opération Hera propre à perpétuer l'impunité .....	89
A) Des objectifs et un cadre légal familiers .....	89
B) Les violations des droits humains en l'espèce.....	91
II. L'opération <i>Hera</i> aujourd'hui : la continuité de l'impunité ?.....	94
A) L'opération <i>Hera</i> au visa de la jurisprudence <i>Hirsi Jamaa</i> et du Règlement Frontex de 2019.....	94
B) L'imputabilité des violations à Frontex via la responsabilité dérivée.....	96
Chapitre 2 : La délégation de la mission de garde-frontières aux pays tiers - Illustration par les cas de la Turquie et de la Libye .....	99
Section 1 : La Déclaration UE-Turquie : une coopération entièrement illicite ?.....	99
I. La Déclaration UE-Turquie : un texte politique aux effets juridiques ? .....	99
A) UE-Turquie, une déclaration ou un accord, un texte « <i>injusticiable</i> » ? .....	100
B) Une Déclaration imputable à l'Union européenne .....	102
II. La mise en œuvre Déclaration UE-Turquie ou la source directe de violations des droits fondamentaux des migrants et des demandeurs d'asile .....	104

A)	La violation du principe de non-refoulement subséquente à la qualification de la Turquie en tant que « <i>pays-tiers sûr</i> » .....	104
1.	La Turquie : véritablement un pays tiers sûr ? .....	104
2.	La violation subséquente du principe de non-refoulement .....	107
B)	La violation de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants subséquente à l'application des stratégies de la Déclaration .....	108
1.	Le principe du « <i>1 pour 1</i> » ou le marchandage de migrants .....	108
2.	Le détournement de l'approche des <i>hotspots</i> .....	110
Section 2 :	La mise en œuvre de la coopération avec la Libye ou la mise en œuvre d'une coopération liberticide .....	113
I.	L'imputabilité à l'Union européenne des actes internationalement illicites commis par la Libye .....	114
A)	La négation des droits et libertés des migrants par la Libye .....	114
B)	L'aide et l'assistance de l'Union européenne aux autorités libyennes .....	116
II.	L'imputabilité à l'Union européenne d'infractions sous-jacentes au crime contre l'humanité commises par la Libye .....	121
A)	La qualification d'une attaque systématique et généralisée contre la population civile des migrants empruntant la mer Méditerranée pour rejoindre le territoire européen imputable à l'Union européenne .....	121
B)	L'imputabilité d'infractions sous-jacentes du crime contre l'humanité aux dirigeants européens .....	123
<b>CONCLUSION</b> .....		<b>127</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....		<b>129</b>