

**LES MÉTHODES D'ÉLABORATION DES ACCORDS DE
GESTION EXTERNE DES MIGRATIONS :
UNE APPROCHE CRITIQUE**

*Sylvie Sarolea**

* Professeure à l'UCLouvain ; coordinatrice de l'EDEM (<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/edem.html>)

Cette contribution se fonde sur l'exposé présenté à l'Université de Strasbourg lors de la journée d'étude qui s'est tenue le 8 février 2019. *Quelle politique migratoire extérieure pour l'Union européenne ? Le droit d'asile et la politique d'immigration de l'Union européenne en questions.*

Elle identifie une évolution marquante du régime européen d'asile commun, qui s'était largement concentré sur son volet interne, vers une gestion externe de celui-ci.

Ce changement de paradigme s'accélère depuis la « crise » de 2015. L'on ne reviendra pas sur l'usage opportuniste du concept de crise, déjà largement commenté. Plutôt que de parler de la crise européenne des réfugiés, il est plus correct de mettre le mot « crise » au pluriel et de viser, outre le défi des chiffres, la crise institutionnelle. Il ne s'agit pas de nier l'ampleur du drame ou des drames qui poussent les demandeurs d'asile à fuir vers l'Europe ni de minimiser les catastrophes humanitaires aux frontières externes et internes de l'Union européenne. Il s'agit plutôt de replacer les chiffres des arrivées auxquelles l'Union européenne est et pourrait être confrontée dans leur contexte global et surtout de se montrer critique face à la réponse de l'Union européenne comme organisation¹. De manière provocatrice sans doute, il est intéressant de contester le recours même par l'Union européenne à l'expression « crise » ou à un vocabulaire dénonçant un afflux massif. En effet, le Conseil de l'Union européenne a renoncé à faire usage d'un instrument dont l'Union s'est dotée pour faire face à des arrivées nombreuses sur une courte période de temps, la directive protection temporaire². Pour qu'elle soit appliquée et permette la répartition des personnes en besoin de protection, l'afflux massif doit être constaté par une déclaration du Conseil, adoptée à la majorité qualifiée³. Une telle déclaration n'a jamais été adoptée malgré la demande de certains pays, notamment l'Italie en 2010-2011 à la suite des printemps arabes, qui ont conduit au passage de nombreux exilés en Méditerranée. Jean-Yves Carlier soulignait à cet égard : « L'absence d'une telle déclaration et la non-utilisation de la directive protection temporaire permet d'affirmer *a contrario* qu'en droit, l'Union européenne n'est pas confrontée à un afflux massif⁴. » En 2015, l'Union européenne n'a pas davantage utilisé la directive protection temporaire. Elle a préféré adopter le mécanisme de relocalisation

¹ Voyez notamment Elspeth Guild et al, « The 2015 Refugee Crisis in the European Union » *CEPS Policy Brief* (septembre 2015), en ligne : CEPS <www.ceps.eu/system/files/CEPS%20PB332%20Refugee%20Crisis%20in%20EU_0.pdf>;

Karen Akoka, « Crise des réfugiés, ou des politiques d'asile ? » *La vie des idées* (31 mai 2016), en ligne : La vie des idées <www.laviedesidees.fr/Crise-des-refugies-ou-des-politiques-d-asile.htm>.

² CE, *Directive 2001/55 du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection internationale en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil*, [2001] JO, L 212 [CE, *Directive 2001/55*].

³ *Ibid*, art 5.

⁴ Voir aussi Meltem Ineli-Ciger, « Time to activate the Temporary Protection Directive » (2016) 18:1 *Eur J Migr & L* 1 [Ineli-Ciger]; Henri Labayle, « La politique européenne d'asile : Strange fruit ? » *Réseau universitaire européen* (9 septembre 2015), en ligne : GDR <www.gdr-elsj.eu/2015/09/09/asile/la-politique-europeenne-dasile-strange-fruit-i/> [Labayle].

A défaut de parvenir à gérer l'arrivée d'un nombre plus important de demandeurs d'asile par une harmonisation plus poussée et par une solidarité effective, l'Union cherche des partenaires à l'extérieur de l'Union pour éviter, ou au moins juguler, les arrivées. Des partenariats avec des pays tiers sont négociés à cet effet. Il s'agit non seulement de confier à ces Etats des tâches de contrôle aux frontières mais aussi de maintien de demandeurs sur leur territoire, avec à terme, la perspective d'y procéder à l'examen des demandes de protection internationale. La contrepartie serait notamment d'augmenter les réinstallations vers l'Union au départ de ces Etats.

Si l'on peut se réjouir d'une politique amenant l'Union européenne à travailler avec des pays tiers, au demeurant dans l'esprit du *Global Compact for Migration* et du *Global Compact for Refugees*, la méthode utilisée inquiète. L'accord avec la Turquie peut être vu comme une prémisse à cette nouvelle gouvernance politique en matière migratoire qui se caractérise, sur le fond, par un objectif de prévention des arrivées et, sur la forme, par l'usage de formes juridiques obscures. Ce sont ces dernières sur lesquelles nous nous arrêtons ici. L'Union choisit d'opérer hors des cadres et, par voie de conséquence, gouverne la politique migratoires en la faisant échapper à la fois au contrôle démocratique du législateur, institutionnel de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵ et juridictionnel de la Cour de justice. Il s'agit de s'interroger sur la compatibilité entre ces nouvelles stratégies et le respect de l'état de droit dans une organisation démocratique.

1. La politique externe en actes

A. L'accord avec la Turquie

Le 18 mars 2016, les membres du Conseil européen se sont réunis avec leur homologue turc et ont conclu un accord⁶. Cet accord s'inscrit dans un cadre plus large de négociation quant à la prise en charge des réfugiés syriens. L'Union souhaitait que la Turquie « garde » plus les réfugiés syriens sur son territoire. Cela implique, d'une part, que ces réfugiés puissent s'insérer plus facilement sur le marché du travail turc et disposent d'un traitement qui les incite à y rester et, d'autre part, que la Turquie empêche leur sortie vers l'Union. En contrepartie, l'Union européenne s'est engagée à verser à la Turquie trois milliards d'euros destinés à financer des projets en faveur des réfugiés en Turquie. Elle s'est aussi engagée à libéraliser le régime des visas et à reprendre les négociations d'adhésion.

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

⁵ CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012], JO, C 326/391 [*Charte européenne*].

⁶ Conseil de l'Union européenne, *Communiqué de presse relatif à la déclaration UE-Turquie*, Bruxelles, CE, 2016.

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

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

Pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien doit être réinstallé de la Turquie vers l'Union européenne en tenant compte des critères de vulnérabilité des Nations unies. La priorité est donnée aux migrants qui ne sont pas déjà entrés, ou n'ont pas tenté d'entrer, de manière irrégulière sur le territoire de l'Union européenne. Septante places seront dédiées à cette réinstallation dans l'Union.

La Turquie s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'Union européenne. La nature juridique de cet accord a été âprement discutée dès sa conclusion⁷. Le tribunal de l'Union européenne s'est prononcé sur ce point, saisi par trois demandeurs d'asile. Il s'est jugé non compétent, estimant que l'accord EU-Turquie est étranger à l'Union européenne⁸.

Les trois recours demandaient l'annulation de ladite déclaration au motif qu'il s'agit là d'un accord international conclu par le Conseil européen avec la Turquie sans respecter les règles de procédure contenues dans les traités européens.

⁷ Voir notamment Olivier Corten et Marianne Dony, « Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile? » *EU Immigration and Asylum Law and Policy* (10 juin 2016), en ligne : EU Migration Law Blog <eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/>.

⁸ CE, *NF, NG et NM c Conseil européen, affaires T-192/16, T-193/16 et T-257/16*, [2016] JO, C 232/25 [CE, *NF, NG et NM c Conseil européen*]; J-B Farcy et G Renaudière, « L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne : une incompétence lourde de conséquences? » *UCLouvain* (mars 2017), en ligne : UCLouvain <uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/tribunal-de-l-union-europeenne-28-fevrier-2017-nf-ng-et-nm-conseil-europeen-aff-t-192-16-t-193-16-et-t-257-16.html>; Henri Labayle, « L'accord Union européenne avec la Turquie : l'heure de vérité? » *Réseau universitaire européen* (28 avril 2016), en ligne : GDR <www.gdr-elsj.eu/2016/04/28/asile/laccord-union-europeenne-avec-la-turquie-lheure-de-verite/>; Jean-Baptiste Farcy, « EU-Turkey agreement : solving the EU asylum crisis or creating a new Calais in Bodrum? » *EU Immigration and Asylum Law and Policy* (7 décembre 2015), en ligne : EU Migration Law Blog <eumigrationlawblog.eu/eu-turkey-agreement-solving-the-eu-asylum-crisis-or-creating-a-new-calais-in-bodrum/>; Marion Tissier-Raffin, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions » (2015) 8 *La Revue des droits de l'homme* 1.

En effet, si le *Traité* prévoit effectivement que l'Union peut, dans certaines matières, conclure un accord avec un pays tiers, la négociation et la conclusion d'un tel accord sont soumises au respect de la procédure énoncée à l'article 218 du *Traité*. Même si la validité du *Traité* devait être remise en cause au regard du droit interne de l'Union, il n'en liait pas moins l'organisation en vertu de la *Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités*⁹.

Les ordonnances adoptées le 28 février 2017 rejettent les recours en recevant l'exception d'incompétence soulevée par le Conseil européen en tant que défendeur à la cause. En vertu de l'article 263 du *Traité*, la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne porte uniquement sur le contrôle de légalité des actes adoptés par une institution, un organe ou un organisme de l'Union européenne, et non sur un accord international conclu par les États membres. Le Tribunal considère que ce n'est pas l'Union, mais ses États membres qui ont mené les négociations et conclu l'accord avec la Turquie. Indépendamment de la nature de l'acte adopté le 18 mars 2016, celui-ci ne peut être considéré comme un acte adopté par le Conseil européen, ni par une autre institution européenne. En d'autres termes, les États membres de l'Union européenne ont agi collectivement sans pour autant que l'Union elle-même ne soit engagée. La détermination des parties contractantes et de la qualité en vertu de laquelle ils se sont engagés doit se faire au regard du contenu de l'acte et de l'ensemble des circonstances entourant l'adoption de celui-ci.

En déclarant irrecevables les trois recours introduits devant lui pour cause d'incompétence, le Tribunal européen a *de facto* privé les intéressés de protection juridictionnelle au regard du droit de l'Union. Or, au fond, ils posaient des questions fondamentales quant aux conséquences de la mise en œuvre de cet accord. Les trois demandeurs d'asile (de nationalité afghane et pakistanaise) étaient arrivés sur l'île de Lesbos en 2016. L'un d'eux, NF, expliquait par exemple avoir fui la République islamique du Pakistan « par crainte de persécutions et d'atteintes graves à sa personne¹⁰. » Entré en Grèce par bateau depuis la Turquie, il avait introduit une demande d'asile auprès des autorités grecques peu après la conclusion de l'accord avec la Turquie. Sa demande a été rejetée. Ils souhaitaient que le juge européen se prononce sur la compatibilité des mesures envisagées avec la *Charte* et la *Directive « procédures »*. Les requérants invoquaient notamment que la Turquie n'est pas un pays tiers sûr, au sens de l'article 38 de la *directive 2013/32/UE*. Ils soulevaient aussi la contrariété de l'accord avec l'interdiction des expulsions collectives. Ces questions méritent des réponses européennes. Placer l'accord en dehors du champ du droit de l'Union évite qu'elles ne soient tranchées.

La Cour de justice a rejeté le recours contre la décision du tribunal¹¹ par une

⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisation internationales*, 21 mars 1986, R.T.N.U. 243 (pas encore en vigueur) [*Convention de Vienne de 1986*].

¹⁰ CE, NF, NG et NM c Conseil européen, *supra* note 8 au para 10.

¹¹ C.J.U.E., aff. jointes C-208/17 P à C-210/17 P, ordonnance du 12 septembre 2018, NF, NG et NM, EU:C:2018:705.

ordonnance du 12 septembre 2018¹². De manière laconique, la Cour de Luxembourg les déclarent irrecevables en raison d'un manque de cohérence dans l'argumentation développée. Les recours se limiteraient à résumer « huit moyens sans que leur argumentation ressorte avec clarté et précision des éléments évoqués de façon vague et confuse », et « se limitent [...] à des affirmations générales » de méconnaissance du droit de l'Union « sans indiquer avec la précision requise ni les éléments critiqués des ordonnances attaquées ni les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique la demande d'annulation. »¹³.

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

B. Les visas humanitaires ¹⁴

Autre question géographiquement externe à l'Union, celle des visas humanitaires. Pour éviter les drames en Méditerranée, il faut à l'évidence ne pas devoir la traverser clandestinement. La solution la plus naturelle serait que les demandes de protection puissent être introduites dans des lieux où cela peut se faire en sécurité. Ces lieux pourraient être les représentations diplomatiques des pays de l'Union dans des pays tiers.

Le fondement juridique d'une telle démarche au regard du droit européen a fait l'objet de questions préjudicielles à la Cour de justice dans l'*affaire X. et X.*¹⁵ Elles ont été posées par un arrêt de l'assemblée générale du Conseil du contentieux des étrangers, le juge administratif belge, du 8 décembre 2016.

Cette affaire est consécutive au dépôt d'une demande de visa à validité

¹² Sur cet arrêt, voy. Not. P.A. Van Malleghem, "La Cour de justice refuse de revisiter l'accord EU-Turquie", *Cahiers de l'EDEM*, 2018.

¹³ Cour de Justice de l'Union européenne, 12 septembre 2018, NF, NG ET NM/Conseil européen, aff. jointes C-208 à C-210/17 P, § 16.

¹⁴ Le 24 avril 2019, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a tenu une audience sur les visas humanitaires dans l'affaire M.N. et autres c. Belgique. Les requérants sont une famille syrienne originaire d'Alep. Ils ont demandé des visas humanitaires à l'ambassade de Belgique à Beyrouth. Le refus de délivrer les visas a été suspendu par le Conseil du contentieux des étrangers agissant selon la procédure d'extrême urgence. Plusieurs décisions nationales ont suivi cette première. Ce premier arrêt était fondé sur le risque allégué de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'obligation pour la Belgique de délivrer un visa en raison du risque est la question centrale que le tribunal de Strasbourg devra trancher. Les dispositions en jeu sont l'article 3, ainsi que l'article 1 définissant la portée territoriale de la Convention, l'article 6 § 1 garantissant le droit à un procès équitable et l'article 13 protégeant le droit à un recours effectif.

¹⁵ *X et X c État Belge*, C-638/16 PPU, [2017].

territoriale limitée introduite par une famille syrienne auprès de l'ambassade de Belgique à Beyrouth. Elle s'appuyait sur l'article 25§1^{er} a) du *Code communautaire des visas*¹⁶. Les intéressés invoquaient leur volonté de quitter la ville assiégée d'Alep pour introduire une demande d'asile en Belgique. Cette demande était motivée par la situation générale en Syrie et celle prévalant à Alep. Ils soulignaient aussi qu'ils étaient de confession chrétienne orthodoxe. Ils ajoutaient qu'il leur était impossible de se faire enregistrer comme réfugiés dans les pays limitrophes eu égard à la fermeture de la frontière entre le Liban et la Syrie.

L'administration a rejeté cette demande de visa. Saisi par une requête en suspension d'extrême urgence, le juge administratif d'appel interroge la Cour de justice quant à la portée des obligations internationales visées à l'article 25 du *Code des visas*. Ces obligations visent-elles l'ensemble des droits garantis par la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*? Parmi ces droits figurent l'article 4 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et l'article 18 relatif au droit d'asile, ainsi que les obligations auxquelles sont tenus les États membres sur la base de la *Convention européenne des droits de l'homme* et de l'article 33 de la *Convention de Genève relative au statut de réfugiés du 28 juillet 1951*. Plus précisément, l'article 25 du *Code communautaire des visas* doit-il être interprété en ce sens que l'État membre, saisi d'une telle demande, doit délivrer le visa s'il y a un risque de violation de l'article 4 ou de l'article 18 de la *Charte*, ou d'une autre obligation internationale, sous réserve de sa marge d'appréciation liée aux circonstances de l'espèce? Une seconde question interroge la portée de l'existence d'attaches entre le demandeur et la Belgique.

La Cour de justice traite la demande selon la procédure d'urgence. Elle juge que le *Code des visas* adopté sur le fondement de l'article 62 du *Traité* vise les visas relatifs à des séjours d'une durée maximale de quatre-vingt-dix jours. Or, les visas sollicités en l'espèce ont été formés aux fins de demander l'asile et donc de se voir délivrer un titre de séjour dont la durée de validité excède quatre-vingt-dix jours. La Cour en déduit que ces visas ne relèvent pas du champ d'application du *Code des visas*.

La Cour suit le gouvernement belge et la Commission européenne pour souligner qu'aucun acte n'a été adopté par le législateur de l'Union en ce qui concerne les conditions de délivrance par les États membres de visas ou de titres de séjour de longue durée pour des motifs humanitaires. Ces demandes relèvent du seul droit national. La situation référée à la Cour n'est pas régie par le droit de l'Union de sorte que les dispositions de la *Charte* ne sont pas applicables. Le fait que l'article 32§1^{er} b) du *Code des visas* érige en motif de refus de visa l'existence d'un doute raisonnable sur la volonté du demandeur de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé ne modifie pas la conclusion de la Cour. En effet, dans le cas d'espèce, il n'y a pas de doute quant à l'intention de solliciter un droit de séjour au titre de l'asile.

¹⁶ CE, *Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas*, [2009] JO, L 243/2 [*Code des visas*].

La Cour va plus loin, semblant exclure par avance une même démarche via une demande de visa long séjour. Elle ajoute en effet qu'une conclusion contraire impliquerait que le *Code des visas* impose aux États de permettre à des ressortissants de pays tiers d'introduire une demande de protection internationale auprès des représentations des États membres situées sur le territoire des États tiers. Pourtant, les textes de droit dérivé relatifs au droit européen de l'asile n'ont pas un champ d'application extraterritorial. L'article 3§1^{er} 2 de la *directive 2013/32* relative aux procédures d'asile est applicable aux demandes de protection internationale présentées sur le territoire des États membres, en ce compris à la frontière, dans les eaux territoriales ou dans une zone de transit, mais pas aux demandes d'asile diplomatique ou territorial introduites auprès des représentations des États membres. Les articles 1^{er} et 3 du *Règlement 604/2013 (Dublin)* obligent uniquement les États à examiner les demandes de protection internationale présentées sur leur territoire, en ce compris à la frontière ou dans une zone de transit.

La Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général. Paolo Mengozzi a argumenté en vingt-et-une pages en faveur d'une application du droit de l'Union. L'article 25 relatif au visa à validité territoriale limitée, devait être interprété

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

Cet arrêt a été largement commenté¹⁷. L'on renvoie pour l'essentiel à ces auteurs. Un point retient ici l'attention et fait le lien avec la décision relative à l'accord avec la Turquie. L'arrêt « *visas* » accorde une importance décisive au critère de l'intention, quelle que soit la forme de la demande déposée. Le fond – intention de rester – prime sur la forme – visa de court séjour. La décision du tribunal quant à la Turquie procède à l'inverse. Quel que soit le fond – un véritable accord international produisant des effets juridiques –, la forme n'est pas celle d'un traité liant l'Union puisqu'il s'agit d'un simple texte repris dans un communiqué de presse. « Des motivations très distinctes, sinon opposées, conduisent au même résultat : éviter de trancher les débats de fond¹⁸. »

¹⁷ Voir notamment Violeta Moreno-Lax, « Asylum Visas as an Obligation under EU Law : Case PPU C-638/16 X, X v État belge » *EU Immigration and Asylum Law and Policy* (16 février 2017), en ligne : EU Migration Law Blog <eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/>.

¹⁸ Sylvie Sarolea, Jean-Yves Carlier et Luc 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 » *Justice en ligne* (mars 2017), en ligne : Justice-En-Ligne <www.justice-en-ligne.be/article974.html>.

C. Les compacts

Les termes compacts désignent le nouveau cadre pour le partenariat avec les pays tiers en matière de gestion des migrations proposé par la Commission européenne et adopté par le Conseil européen en juin 2016¹⁹. La *Communication* de la Commission du 7 juin 2016²⁰ indique que ces accords sont destinés « à donner un nouvel élan à la politique de réinstallation, mais amélioreraient aussi les capacités d'accueil des pays tiers en vue de la mise en œuvre d'opérations de "retour"²¹. »

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

Les bilans des négociations sont publiés par la Commission²². Il n'est pas

¹⁹ À propos de ces compacts, voir notamment CE, « Migration partnership framework. A new approach to better manage migration », en ligne : CE <ceas.europa.eu/sites/ceas/files/factsheet_ec_format_migration_partnership_framework_update_2.pdf>; Nations Unies, « Compact for migration » *Refugees and Migrants*, en ligne : Nations Unies <refugeesmigrants.un.org/migration-compact>; Andrew & Renata Kaldor Centre for International Refugee Law, « The 2018 Global Compacts on Refugees and Migration » *UNSW Sydney* (22 avril 2018), en ligne : ARKCIRL <www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/2018-global-compacts-refugees-and-migration>; Stefan Lehne, « Upgrading the EU's Migration Partnerships » *Carnegie Europe* (21 novembre 2016), en ligne : Carnegie Europe <carnegieeurope.eu/2016/11/21/upgrading-eu-s-migration-partnerships-pub-66209>; Céline Bauloz, « The EU Migration Partnership Framework : an External Solution to the Crisis? » *EU Immigration and Asylum Law and Policy* (31 janvier 2017), en ligne : EU Migration Law Blog <eumigrationlawblog.eu/the-eu-migration-partnership-framework-an-external-solution-to-the-crisis>. Pour une présentation détaillée et une analyse critique et contextualisée de ces compacts, voir notamment AEDH, « "Partenariats", "migration compacts"... les nouveaux habits de l'externalisation de la politique migratoire européenne » *Asile et immigration* (22 décembre 2016), en ligne : AEDH <www.aedh.eu/partenariats-migration-compacts-les-nouveaux-habits-de-l'externalisation-de-la-politique-migratoire-europeenne>.

²⁰ CE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'investissement relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration*, [2016] JO [Communication du 7 juin 2016].

²¹ CE, *Communiqué de presse, La Commission annonce un nouveau cadre pour les partenariats de migration : une coopération renforcée avec les pays tiers pour mieux gérer les migrations*, CE, 2016.

²² Premier bilan : CE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil; premier rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration*, Bruxelles, CE, 2016; Deuxième bilan : CE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil; deuxième rapport d'avancement : premiers résultats en ce qui concerne le cadre de partenariat avec les pays tiers au titre de l'agenda européen en matière de migration*, Bruxelles, CE, 2016; Troisième bilan : CE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil; third progress report on the partnership framework with third countries under the European Agenda on Migration*, Bruxelles, CE, 2017; Quatrième bilan en juin 2017 : CE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil; fourth progress report on the*

possible d'entrer dans tous les détails des processus en cours. Le premier pacte signé le fut avec le Liban en novembre 2016; les suivants sont centrés sur la réadmission, avec la Jordanie ou le Nigeria. Un accord a même été conclu avec l'Afghanistan, incluant la réadmission d'Afghans en séjour illégal²³.

D. La réinstallation

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

2. La politique externe en formes

Depuis les années 80, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice ont construit la protection des droits des migrants, non seulement comme des limites aux prérogatives souveraines des États mais aussi comme des obligations positives, par exemple pour faciliter le regroupement familial. Ainsi, des garanties substantielles et procédurales ont été développées à travers la jurisprudence.

Cependant, les tribunaux européens ont dû faire face à la forte pression exercée par les États en raison de leur réticence à renoncer à leur souveraineté. Elle fut particulièrement marquée dans le cadre de la crise migratoire européenne.

La Cour de Luxembourg, dans sa tentative de maintenir un juste équilibre entre les pôles opposés de la protection des droits de l'homme et de la sauvegarde de la

partnership framework with third countries under the European Agenda on Migration, Strasbourg, CE, 2017.

²³ CE, « Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU », en ligne : <eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf>.

souveraineté des États, a oscillé entre différentes approches.

D'une part, l'on observe une interprétation du droit communautaire axée sur la protection, en particulier en ce qui concerne la dimension interne de la politique migratoire de l'UE. Il en va ainsi dans la jurisprudence relative au mécanisme « Dublin ».

D'autre part, dans le cadre de la dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE, les juges luxembourgeois ont évité d'aborder des questions délicates, telles que l'externalisation des pratiques de contrôle des migrations. Les juges de Luxembourg ont adopté une approche plus conforme aux prérogatives souveraines des États membres. Les cas concernant la déclaration UE-Turquie et les visas dits humanitaires sont assez emblématiques.

Si cette orientation se confirme dans les partenariats avec des pays extérieurs à l'UE, la question de contrôle démocratique et sous l'angle de la sauvegarde des droits humains va être cruciale. Les pactes ne sont pas des traités, même peut-être pas des textes de l'UE, et certainement pas du droit communautaire. Ils sortent du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et du contrôle de la CJCE. C'est un pan, de plus en plus large de la politique migratoire européenne qui risque d'échapper aux droits fondamentaux et aux mécanismes procéduraux pour les garantir.

L'Union européenne est à la croisée des chemins en ce qui concerne les droits fondamentaux des migrants. Une voie consiste à revenir aux "principes fondamentaux" et à aligner la politique extérieure sur les politiques internes en matière. La première sera alors soumise à la Charte et au contrôle de la Cour dans le cadre du droit de l'Union.

L'autre direction serait un recul et signifie une diminution des garanties des droits de l'homme, sachant qu'il y a toujours un risque de contagion à l'ensemble du cadre de migration légale. Le réflexe de gouverner « hors de la boîte » pourrait être tentant, même en interne.

Il s'agit bien d'une rupture méthodologique. Depuis Amsterdam, le droit primaire de l'Union a invité à une politique migratoire fondée sur des textes prenant une forme législative classique. Il y avait peu de place pour des mesures flexibles, alternatives et atypiques. Depuis le Conseil de Tampere de 1999 et l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la "production" législative de l'UE s'est considérablement accrue, dans un processus progressif mais constant d'"européanisation" du droit des migrations. Ces dernières années, toutefois, à la suite de l'éclatement de la "crise migratoire", cette production s'est ralentie, et seules quelques propositions législatives présentées par la Commission ont été concrètement adoptées.

Face à la pression migratoire, la réponse de l'UE n'a pas été législative, au motif ou au prétexte qu'une crise exige une réaction rapide et efficace.

Dans un avenir proche, l'action législative de l'UE semble davantage orientée vers la refonte des directives existantes sur une base minimale, sur laquelle les États

membres peuvent facilement s'accorder. Les "grandes" propositions de réforme, telles que celles qui introduisent un mécanisme de relocalisation permanente intracommunautaire ou un cadre de réinstallation de l'Union, sont actuellement "gelées".

Au contraire, une nouvelle approche informelle et pragmatique de la gouvernance des migrations est progressivement apparue, caractérisée par l'utilisation de mesures souples et atypiques.

La Commission elle-même, dans son Agenda européen sur les migrations 2015, a appelé à l'utilisation de " tous les outils disponibles " afin de faire face à la situation critique en Méditerranée. Ce changement est très présent dans l'approche actuelle adoptée dans la dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE. L'on assiste à une prolifération de mesures atypiques, notamment d'accords non contraignants, d'initiatives de dialogue et de plates-formes de coopération avec des pays tiers ciblés.

Les États membres aussi ont tendance à préférer sortir des contraintes du cadre juridique et institutionnel de l'UE, optant pour la coopération intergouvernementale en matière de migration.

Pour conclure

La confrontation du système européen d'asile commun à une augmentation brutale du nombre d'arrivées liée à l'enlisement du conflit syrien a mis en exergue des faiblesses dénoncées depuis des années. Les jurisprudences des cours européennes dans les affaires *M.S.S.* et *NS* étaient déjà la résultante du déséquilibre entre les États frontaliers de l'Union et ceux moins exposés aux premières entrées. Le refus des États d'utiliser le mécanisme de solidarité idoine, la direction protection temporaire, conçue pour faire face à de telles situations a enfoncé l'Union dans une crise institutionnelle dont la tragédie de l'Aquarius n'est qu'une des trop multiples expressions.

Outre les défaillances manifestes des solutions internes, l'Union européenne oriente son action vers l'extérieur et la prévention des flux. Si l'objectif était d'éviter des voyages et des traversées périlleuses en se dotant d'une politique de réinstallation solide, avec des objectifs chiffrés à la hauteur de la crise, il faudrait sans doute s'en réjouir. La réinstallation deviendrait un mécanisme de gestion et non d'entrave aux mouvements migratoires. Il faut pour cela que les chiffres soient à la hauteur de la crise et des demandes. Il faut aussi de la transparence et des procédures respectueuses de l'état de droit européen. Cela signifie, d'une part, un contrôle par la Cour de justice, notamment sous l'angle de la *Charte*, des instruments adoptés. D'autre part, cela implique un examen individualisé, de qualité, accompagné de recours effectifs, même au-delà des frontières européennes. Ces conditions ne sont pas réunies à ce jour. De la même manière que le *Règlement Dublin* a opéré des transferts en se fondant sur une présomption d'équivalence de protection sans avoir assuré celle-ci, ces nouveaux mécanismes vont opérer sur la base d'une présomption plus faible

encore de respect des droits, hors de tout contrôle.

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

Or, il a fallu des décennies d'évolution pour que le migrant passe du statut d'objet du droit de la migration à celui de sujet. L'utilisation au cas par cas d'instruments sans droits pour les individus est un retour dangereux, surtout à une époque où la tentation serait de considérer les migrants comme les seuls outils possibles pour la croissance économique ou pour le maintien de nos systèmes de sécurité sociale.

Que les nouvelles stratégies de l'Union européenne intègrent la gestion externe des migrations, c'est tout naturel. La gestion de l'immigration suppose naturellement la coopération avec des États tiers outre la coopération qui peut exister entre États déléguant à une organisation comme l'Union européenne le soin de négocier avec des États tiers. Il faut toutefois que les actes posés assument leur identité européenne. Celle-ci exige leur justiciable et le maintien de contrôles de qualité dans une matière aussi délicate sous l'angle des droits humains que l'immigration.

Au sujet de la position des deux juridictions européennes, P.A. Van Malleghem proposait une comparaison intéressante avec la gestion de la zone euro par les institutions européennes. Il indique que les juges de Luxembourg « semble(nt) vouloir entériner ce qu'on a appelé, dans le contexte de la crise de la zone euro, le « fédéralisme exécutif post-démocratique »²⁴ (et) la Cour donne en effet son aval à une gestion des crises de la gouvernance de l'Union qui permet quelquefois le contournement du droit de l'Union, l'utilisation des institutions européennes en dehors du cadre formel de l'Union et ce, pour le surplus, souvent aux dépens de la protection des droits fondamentaux ». Il rappelle que la crise de la zone euro avait donné lieu à une série de mesures prises techniquement par les États membres en dehors du cadre du droit de l'Union. Ici, avec la Turquie, l'Union fait aussi le choix d'un accord international, qui plus est, dans les formes « informel ». Dans ces deux domaines, « ce fait pose question vu la reconnaissance des droits de l'homme et de l'État de droit comme valeurs fondamentales de l'Union ».

²⁴ Citant J. HABERMAS, « Die Europäische Union vor der Entscheidung zwischen transnationaler Demokratie und postdemokratischem Exekutivföderalismus », in *id.*, *Zur Verfassung Europas, Ein Essay* (Suhrkamp Berlin 2011).