

**LA COUR DE JUSTICE FACE AUX DIMENSIONS EXTERNES DE LA POLITIQUE COMMUNE DE
L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION.
UN DEFAUT DE CONSTITUTIONNALISATION ?**

Luc Leboeuf⁹⁵

Chercheur postdoctoral à l'institut Max Planck d'anthropologie sociale (Allemagne), département de droit et d'anthropologie, chargé de cours invité à la faculté de droit de l'université d'Anvers.

I. Introduction

La présente analyse entend contribuer modestement au débat ouvert par les deux précédentes contributions relativement au rôle que revêt la chance, le hasard, dans la gestion contemporaine des migrations vers l'Europe. Elle propose une analyse de quatre décisions de la Cour de justice de l'Union européenne relatives aux dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration : l'arrêt *X. et X.* rendu par la Cour au sujet des visas humanitaires⁹⁶ et les trois ordonnances *NF, NG et NM c. Conseil européen* rendues par le Tribunal au sujet de la déclaration commune à l'Union européenne et à la Turquie, qui reposent sur des motifs identiques⁹⁷. Bien qu'un recours soit pendant devant la Cour contre l'une de ces ordonnances, divers enseignements peuvent en être tirés relativement aux difficultés auxquelles le juge européen est confronté lorsqu'il lui revient de statuer sur les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration.

Il nous paraît qu'une certaine dose de hasard est inhérente à l'opérationnalisation de tout système juridique, dont la mise en œuvre concrète est réalisée par des acteurs humains nécessairement situés et subjectifs. Pareil hasard n'est, à notre sens, pas problématique en soi. L'essentiel est que le système juridique le prenne en considération et l'encadre, à l'aide notamment de bases juridiques suffisantes pour permettre aux institutions d'agir adéquatement, ainsi que l'a constaté Antonio Caiola dans sa contribution relativement aux dimensions internes des politiques communes d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières. Nous partageons toutefois l'analyse de Massimo Starita, selon laquelle l'absence de régulation du hasard par le droit est source d'atteintes à la cohérence du système juridique. Ce n'est pas tant le hasard qui menace la cohérence du droit, mais le fait pour le droit de lui laisser le champ libre, d'abandonner toute tentative de le réguler.

Partant de ce postulat et après une brève clarification de ce que nous entendons par les « dimensions externes » de la politique européenne de l'asile et de l'immigration, nous revenons ci-après sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne y relative. Nous proposons de comprendre cette jurisprudence à la lumière de la notion de « constitutionnalisation », qui renvoie au cadre normatif supérieur répartissant les compétences entre les institutions, d'une part, et fixant les normes fondamentales qui s'imposent à leur action, d'autre part. Dans nos démocraties, ces normes fondamentales renvoient essentiellement au respect des droits de l'homme, aussi qualifiés de « droits fondamentaux ». Il nous semble que la constitutionnalisation est la condition première de la cohérence d'un système juridique, le substrat lui permettant de réguler le hasard, à défaut de pouvoir l'éradiquer. L'objectif n'est pas de nourrir les controverses à l'encontre de la position de la Cour, mais de la clarifier et de la comprendre à la lumière du contexte juridique dans lequel les arrêts commentés ci-après ont été rendus.

⁹⁵ Cette contribution a été rendue possible grâce au soutien financier de la Max Planck Gesellschaft, dans le cadre de la *Wissenschaftsinitiative Migration (WiMi)*, 'The Challenges of Migration, Integration and Exclusion'.

⁹⁶ Tribunal UE, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, aff. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128 ; *NG c. Conseil européen*, aff. T-193/16, EU:T:2017:129 ; *NM c. Conseil européen*, aff. T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130.

⁹⁷ C.J.U.E., 7 mars 2017, *X. et X.*, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

II. *Les dimensions externes de la politique commune de l'asile et de l'immigration*

D'un point de vue historique, la politique commune de l'asile et de l'immigration s'est essentiellement construite sur le plan interne. Les directives et les règlements qui la composent visent à harmoniser les droits des ressortissants de pays tiers se trouvant sur le territoire des États membres de l'Union européenne, qu'il s'agisse de demandeurs d'asile, de bénéficiaires du regroupement familial, d'étudiants et de chercheurs ou encore de travailleurs hautement qualifiés ou saisonniers⁹⁸. Le Traité ne mentionne les dimensions externes de cette politique commune qu'à deux reprises, relativement à la compétence de l'Union de conclure des accords internationaux afin de gérer les flux des demandeurs d'asile, d'une part, et de faciliter la réadmission des ressortissants des pays tiers appréhendés en séjour irrégulier sur le territoire européen, d'autre part⁹⁹.

Les réalités concrètes des politiques de gestion des migrations vers l'Europe accordent, toutefois, une place grandissante aux constructions juridiques visant à appréhender le phénomène migratoire avant même que les migrants n'atteignent le territoire européen. Ce développement, parfois qualifié d'« externalisation » des frontières ou plus rarement de « gestion préventive » des migrations, recouvre des mécanismes divers et variés, de l'exigence préalable de l'obtention d'un visa à l'adoption d'accords de réadmission, visant à faciliter l'identification et le retour des étrangers appréhendés en séjour irrégulier sur le territoire européen¹⁰⁰. Ce sont ces mécanismes que nous qualifions de « dimensions externes », en ce qu'ils visent à réguler la situation des migrants en amont, dans des situations externes au territoire européen. Les « dimensions externes » telles que nous les entendons ici ne se limitent donc pas aux questions liées à la compétence externe de l'Union de conclure des accords internationaux en matière migratoire, mais recouvrent plus généralement les instruments juridiques qui impliquent un élément d'extraterritorialité, soit qu'il s'agisse d'un accord conclu avec un pays tiers, soit qu'il est appliqué à des migrants ne se trouvant pas sur le territoire européen¹⁰¹.

Les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration ne sont pas neuves, loin de là. Les conclusions du Conseil européen de Tampere y faisaient déjà référence¹⁰². Les suites de ladite « crise migratoire » de l'été 2015, durant laquelle les États membres de l'Union européenne situés aux frontières extérieures furent confrontés à une augmentation significative des demandes d'asile sans qu'une solution commune satisfaisante ne soit trouvée, les ont toutefois placés au centre de l'agenda politique¹⁰³. Le plan d'action de La Valette, adopté par le Conseil

⁹⁸ Pour une étude des différentes normes qui composent le droit européen de l'asile et de l'immigration sur le plan interne, voy. notamment K. HAILBRONNER et D. THYM (dir.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, 2^e ed., 2016, Oxford, Hart.

⁹⁹ Art. 78, §2, g) et 79, §3, TFUE Sur les accords de réadmission conclus par l'Union européenne, v. N. ALOUPI, « Les accords de réadmission de l'Union européenne », in P. ICARD et J. OLIVIER-LE PRINCE, *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, pp. 195-212.

¹⁰⁰ C. BOSWELL, « The “External Dimension” of EU Immigration and Asylum Policy », *International Affairs*, 2003, p. 119 ; E. GUILD et D. BIGO, « The Transformations of European Border Control », in V. MITSILEGAS et B. RYAN (dir.), *Extraterritorial Immigration Control : Legal Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 252-273.

¹⁰¹ Marleen Maes, Dirk Vanheule, Jan Wouters et Marie-Claire Foblets préfèrent, ainsi, parler des « international dimensions » de la politique européenne de l'asile et de l'immigration (M. MAES, D. VANHEULE, J. WOUTERS, M.-C. FOBLETS, « The international dimensions of EU asylum and migration policy : framing the issues », in M. MAES, M.-C. FOBLETS et P. DE BRUYCKER (dir.), *External dimensions of EU migration and asylum law and policy / Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 11-60).

¹⁰² Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, §11.

¹⁰³ Il est à noter que, comme l'indique l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions rendues à l'occasion de l'affaire *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, « derrière ce qu'il est convenu d'appeler la “crise migratoire de l'année 2015”, se cache une autre crise, à savoir celle du projet d'intégration européenne qui repose dans une large mesure sur une exigence de solidarité entre les États qui ont décidé d'être parties prenantes à ce projet » (Conclusions de l'avocat général M. Y. Bot, présentées le 26 juillet 2017 dans l'affaire *République slovaque et Hongrie contre Conseil de l'Union européenne*,

A paraître dans la Revue trimestrielle de droit européen, 2019 (numéro spécial coordonné par Jean-Yves Carlier et Massimo Starrita)

européen en novembre 2015, introduit la question migratoire au cœur des relations entre l'Union européenne et l'Afrique¹⁰⁴. De même, l'agenda européen en matière de migration élaboré par la Commission européenne évoque la coopération avec les pays tiers comme l'un des moyens de réaliser trois de ses quatre objectifs, à savoir la lutte contre l'immigration irrégulière, la gestion des frontières extérieures et le développement de voies légales d'immigration¹⁰⁵. Le Parlement européen ne dit pas autre chose dans ses résolutions, qui appellent à une « approche globale » des migrations reposant notamment sur l'élaboration de voies légales d'accès et la coopération avec les pays tiers¹⁰⁶. Cela a encore été rappelé, plus récemment, par le Conseil européen de Bruxelles du 28 juin 2018 qui souligne que la gestion des migrations doit aussi se réaliser sur le plan externe, en coopérant avec les pays d'origine et de transit¹⁰⁷.

Nul ne l'ignore, les formes et les modalités concrètes de ces modes de gestion des migrations font l'objet de vives tensions, entre les tenants de l'élaboration de voies légales d'accès au territoire européen, par le biais notamment de programmes de réinstallation et d'autres mécanismes de facilitation de la mobilité, et ceux qui souhaitent accorder la priorité à la lutte contre l'immigration irrégulière. L'objectif de la présente contribution n'est pas d'étudier les développements et les tensions en la matière, mais d'en analyser les répercussions au sein de la jurisprudence de la Cour de justice. On se contentera donc de noter ici que l'élaboration de voies légales d'immigration et la lutte contre l'immigration irrégulière ne sont pas incompatibles d'un point de vue juridique, le droit de l'immigration ayant toujours opéré une distinction entre le migrant autorisé à accéder au territoire et celui qui ne l'est pas. En droit, la mise en place de voies légales de migration n'exclut pas la lutte contre l'immigration irrégulière, et inversement. Il s'agit d'une question de curseur, non d'alternative.

III. *Les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration face au contrôle de la Cour de justice*

La Cour de justice a été saisie, par la voie préjudicielle et par la voie de l'annulation, de recours concernant des voies légales d'accès pour les demandeurs d'asile, d'une part, et la conclusion d'accords avec des pays tiers dans l'objectif de lutter contre l'immigration irrégulière, d'autre part. Dans chacune de ces affaires, relatives aux visas humanitaires et à la déclaration commune à l'Union européenne et à la Turquie, elle a décliné sa compétence, pour des motifs relatifs aux limites du champ d'application du droit de l'Union. Nous revenons ci-après sur le raisonnement développé par la Cour (A), avant d'y lire un révélateur des défaillances actuelles du cadre constitutionnel relatif aux dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration (B).

A. *Les limites du contrôle opéré par la Cour sur les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration*

Dans l'affaire *X. et X.*, la Cour de justice était saisie, par le juge belge, de la question de déterminer si le droit de l'Union impose l'obligation, dans certaines circonstances exceptionnelles, de délivrer un visa humanitaire à des demandeurs d'asile. Le juge belge souhaite, en particulier, des précisions relativement aux conditions d'application de l'article 25 du code des visas, lequel prévoit la

aff. jointes C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618). En ce sens, v. également H. LABAYLE, « La crise des politiques européennes d'asile et d'immigration, regard critique », *RFDA*, 2017, p. 893.

¹⁰⁴ Sommet de La Valette sur les migrations des 11 et 12 novembre 2015, plan d'action.

¹⁰⁵ 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 migrations*, COM(2015)240 final. Le quatrième objectif de l'agenda concerne le renforcement du système européen commun d'asile.

¹⁰⁶ V. par ex. la Résolution du Parlement européen du 12 avril 2016 sur la situation en Méditerranée et sur la nécessité d'une approche globale des migrations de la part de l'Union européenne, 2015/2095(INI).

¹⁰⁷ Conclusions du Conseil européen de Bruxelles du 28 juin 2018, EUCO 9/18.

A paraître dans la Revue trimestrielle de droit européen, 2019 (numéro spécial coordonné par Jean-Yves Carlier et Massimo Starrita)

délivrance d'un visa « à titre exceptionnel », « lorsqu'un État membre l'estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales »¹⁰⁸. Il s'interroge sur l'étendue du pouvoir d'appréciation discrétionnaire des États membres, compte tenu notamment de la Charte des droits fondamentaux¹⁰⁹. Cette question faisait suite à une intense polémique juridico-médiatique en Belgique, les autorités ayant annoncé publiquement leur volonté de ne pas exécuter un arrêt leur ordonnant de délivrer pareil visa dans une affaire similaire¹¹⁰.

La Cour de justice répond qu'elle n'a pas compétence pour répondre à la question, faute pour le code des visas de prévoir la délivrance d'un visa humanitaire aux fins de demander l'asile. Ce dernier ne concerne que les demandes de court séjour, de moins de trois mois. Il n'est donc pas applicable, selon la Cour, à la demande des requérants, une famille de ressortissants syriens résidant au Liban qui envisagent de solliciter l'asile dès leur arrivée sur le territoire belge et, en conséquence, d'y séjourner plus de trois mois. Ce faisant, la Cour s'est éloignée des conclusions de son avocat général, qui avait au contraire considéré que la Charte impose une obligation de délivrance du visa en cas de « motifs sérieux et avérés de croire » qu'un refus aura pour « conséquence directe » d'exposer les demandeurs à des traitements inhumains et dégradants¹¹¹.

Dans les affaires *NF, NG et NM c. Conseil européen*, le Tribunal de l'Union européenne était saisi de recours en annulation introduits par des demandeurs d'asile se trouvant en Grèce à l'encontre du plan d'action commun à l'Union européenne et à la Turquie. Celui-ci prévoit le renvoi vers la Turquie de tout migrant en situation irrégulière qui débarque dans les îles grecques, ou est intercepté en mer Égée, en provenance de Turquie, pour autant que et dans la mesure où la Turquie puisse être considérée comme un pays tiers sûr au sens de la législation grecque. En échange, l'Union européenne s'engage à réinstaller un réfugié syrien pour chaque demandeur d'asile syrien renvoyé en Turquie et à financer l'amélioration des conditions de vie dans les camps turcs. La Turquie se voit également promettre diverses contreparties, dont des avancées en matière de libéralisation des visas et d'adhésion à l'Union¹¹².

Le Tribunal considère qu'il ressort du contexte ayant présidé à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la Turquie que ce dernier ne résulte pas d'un acte du Conseil de l'Union européenne. Il juge que l'accord n'a pas été conclu au nom de l'Union, mais par chacun des États membres en leur nom propre. Selon le Tribunal, « deux événements distincts, la session de cette institution [le Conseil] et un sommet international, ont été organisés de manière parallèle selon des voies distinctes sur le plan juridique, protocolaire et organisationnel »¹¹³, de sorte que la déclaration commune réalisée à la suite du second événement ne peut pas être considérée comme un acte adopté par le Conseil.

Dans chacune de ces affaires, le juge européen se fonde sur les limites du champ d'application du droit de l'Union et, par conséquent, de sa compétence, pour refuser de connaître du litige au fond.

¹⁰⁸ Art. 25, §1^{er}, a), du règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), *J.O.* n° L 243, 15 septembre 2009, pp. 1-58.

¹⁰⁹ En doctrine, certains auteurs semblaient suggérer l'existence de pareille obligation, voy. S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK et E. GUILD (dir.), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, 2^e ed., vol. 3, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 669.

¹¹⁰ Du point de vue de la sociologie judiciaire, il nous semble que cette question peut aussi s'analyser comme une tentative, pour le juge belge, de restaurer sa crédibilité mise à mal par les polémiques intervenues sur le plan interne.

¹¹¹ Conclusions de l'avocat général M. P. Mengozzi, présentées le 7 février 2017 dans *X. et X.* (aff. C-638/16 PPU), ECLI:EU:C:2017:93.

¹¹² Pour une étude critique de l'accord et de sa mise en œuvre, voy. C. ZIEBRITZKI et R. NESTLER, « “Hotspots” an der EU – Aussengrenzen. Eine rechtliche Bestandsaufnahme », *MPIL Research Paper*, 2017, n° 17.

¹¹³ Tribunal UE, *NF, NM et NG c. Conseil européen*, *op. cit.*, pt 62.

Cela n'a pas manqué de susciter les interrogations. Les uns considèrent que la Cour procède à une « bifurcation » du droit qui a pour effet d'aligner l'exclusion du système juridique sur celle du territoire européen¹¹⁴. Les autres s'interrogent sur l'approche de la Cour, qu'ils qualifient de « passiviste »¹¹⁵, ou reposant à tout le moins sur une « régulation a minima »¹¹⁶. D'autres encore évoquent une « occasion manquée » de clarifier les obligations de protection des droits fondamentaux qui contraignent les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration¹¹⁷, ou se demandent s'il n'y a pas là un « déni de justice »¹¹⁸.

Il est vrai que, d'un point de vue strictement juridique, le raisonnement suivi n'est pas sans imprécisions. Dans l'arrêt *X. et X.*, par exemple, la Cour opère une distinction stricte entre la politique commune des visas, d'une part, et la politique commune d'asile, d'autre part. Pareille distinction n'est pas sans fondement juridique, puisque ces politiques relèvent de bases légales distinctes au sein du Traité¹¹⁹. En pratique, force est toutefois de reconnaître qu'il existe des ponts entre ces politiques, qui sont intimement liées : en ce qu'il autorise l'accès au territoire, le visa de court séjour permet l'accès à d'autres procédures visant à solliciter un long séjour, comme l'asile. Il y a donc là une « zone grise », que la Cour n'a pas abordée de front¹²⁰. Une argumentation sur ce point aurait pu être utile, au vu de la pratique de divers États membres, comme la Belgique, de délivrer des visas humanitaires sur le fondement de l'article 25 du code des visas afin de permettre à des demandeurs d'asile de rejoindre leur territoire et d'y solliciter l'asile, dans le cadre de programmes de réinstallation¹²¹. Les autorités belges n'avaient, d'ailleurs, pas contesté que l'article 25 trouvait à s'appliquer au cas d'espèce.

Dans les ordonnances *NF, NG et NM c. Conseil européen*, qui reposent sur des motifs identiques, le Tribunal adopte une position qui peut paraître surprenante eu égard à la jurisprudence antérieure de la Cour relative à la compétence externe de l'Union, telle qu'elle ressort de l'arrêt *AETR* en particulier¹²². Dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'action externe des États membres ne peut pas affecter les règles communes adoptées sur le plan interne, de sorte que l'Union dispose d'une compétence externe exclusive là où cela est nécessité par la sauvegarde de l'effet utile de l'harmonisation interne. Le Tribunal se contente de mentionner cette jurisprudence, sans en opérer d'analyse¹²³. Il nous semble qu'il aurait pu utilement poursuivre son raisonnement en déterminant si l'accord entre les États membres et la Turquie contrevient, ou non, aux normes internes composant le système européen commun d'asile, en particulier la définition du « pays tiers sûr » consacrée par la directive procédures. Il aurait également pu s'interroger plus généralement sur

¹¹⁴ T. SPIJKERBOER, « Bifurcation of People, Bifurcation of Law : Externalization of Migration Policy Before the EU Court of Justice », *JRS*, 2018, p. 216.

¹¹⁵ I. GOLDNER LANG, « Towards “Judicial passivism” in EU Migration and Asylum Law ? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference », www.eumigrationlawblog.eu, 24 janvier 2018. L'auteur qualifie de « judicial passivism » le fait pour la Cour de « consciously (actively) not using its powers where it should ».

¹¹⁶ Sur l'arrêt *X. et X.* uniquement : H. LABAYLE, « Visas humanitaires : la régulation a minima du droit d'asile par la CJUE », *Semaine juridique*, n° 18, 1^{er} mai 2017, p. 508.

¹¹⁷ Sur l'arrêt *X. et X.* uniquement : E. BROUWER, « Een gemiste kans voor een uniforme en mensenrechtelijke uitleg van de Visumcode wat betreft de afgifte van een humanitair visum », *NtER*, 2017, n° 4, p. 69.

¹¹⁸ Sur les ordonnances du Tribunal uniquement : A. POPOV, « Identification de l'auteur de l'acte attaqué et recevabilité du recours en annulation : le Tribunal de l'Union estime que la « déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 » ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation », *RAE*, 2017, p. 101.

¹¹⁹ Art. 77, §2, a), TFUE (visas de court séjour) et art. 78 TFUE (asile).

¹²⁰ En ce sens, voy. également R. COLAVETTI, « Ouvrir la jarre de Pandore ou trancher le nœud gordien ? La Cour face aux conditions d'application du code des visas aux demandes déposées pour raison humanitaire », *RAE*, 2017, p. 147.

¹²¹ A. DECLERCQ, « Het humanitair visum : balanceren tussen soevereine migratiecontrole en respect voor de mensenrechten », *T. Vreemd.*, 2017, p. 121.

¹²² C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. 22/70, *Rec.*, 1971, p. 263.

¹²³ Tribunal UE, *NF, NM et NG c. Conseil européen*, *op. cit.*, pt 42.

A paraître dans la Revue trimestrielle de droit européen, 2019 (numéro spécial coordonné par Jean-Yves Carlier et Massimo Starrita)

L'effet de préemption qui pourrait résulter de l'étendue de l'harmonisation intervenue sur le plan interne en matière d'asile. Il reste à déterminer comment la Cour se prononcera sur le pourvoi introduit à l'encontre de l'une des ordonnances.

Plus généralement, l'usage de l'intention déclarée des parties pour déterminer l'étendue du champ d'application du droit de l'Union nous paraît problématique. Dans l'arrêt *X. et X.*, la Cour se fonde notamment sur l'intention déclarée des requérants de solliciter l'asile pour conclure que le code des visas ne leur est pas applicable. Dans les ordonnances *NF, NG et NM c. Conseil européen*, le Tribunal se fonde essentiellement sur l'intention déclarée des États membres, qui ont eu recours à divers stratagèmes protocolaires afin de distinguer la réunion qui a conduit à la conclusion de l'accord de celle du Conseil qui s'était tenue précédemment. Il nous paraît, toutefois, que faire dépendre l'application d'un cadre juridique contraignant, impliquant des devoirs, de l'intention déclarée de l'acteur qui y est potentiellement soumis ouvre la porte aux abus. Le champ d'application de normes contraignantes ne devrait pas dépendre de la volonté de ceux qui y sont soumis, sous peine de perdre en effectivité.

Ces réserves ne doivent cependant pas occulter la nature réelle des difficultés auxquelles la Cour était confrontée. L'arrêt et les ordonnances commentées ci-avant traduisent d'abord et avant tout, nous semble-t-il, le malaise de la Cour face aux dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration. Ce malaise résulte d'un défaut de constitutionnalisation que la Cour a géré au mieux, dans le respect des limites de sa légitimité et de l'équilibre institutionnel au sein de l'Union. Il nous semble, pour les raisons que nous exposons ci-après, que les imprécisions de la motivation adoptée par la Cour s'expliquent essentiellement par son souci de respecter les équilibres institutionnels au sein de l'Union et entre les États membres et l'Union, dans un domaine où le cadre juridique international et européen est lui-même si pas défailant, en tout cas incomplet.

B. La jurisprudence de la Cour, révélatrice d'un défaut de constitutionnalisation des dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration ?

Comme Jean-Yves Carlier et Sylvie Sarolea l'ont écrit au sujet de l'arrêt *X. et X.*, « quelle que fut la décision de la Cour, elle eût, vraisemblablement, été lue par les uns ou les autres comme “politique” »¹²⁴. La sensibilité de la matière, couplée aux insuffisances du cadre juridique existant, a conduit la Cour à adopter une position prudente qui évite de fermer le jeu politique.

Ce souci de la Cour transparait des considérants de l'arrêt *X. et X.*, où elle indique qu'une « conclusion contraire [à celle adoptée par la Cour] impliquerait que les États membres sont tenus, sur le fondement du code des visas, de permettre, de fait, à des ressortissants de pays tiers d'introduire une demande de protection internationale auprès des représentations des États membres situées sur le territoire d'un pays tiers. Or [...] les actes de l'Union adoptés sur le fondement de l'article 78 TFUE qui régissent les procédures applicables aux demandes de protection internationale ne prévoient pas une telle obligation et excluent, au contraire, de leur champ d'application les demandes présentées auprès des représentations des États membres »¹²⁵. En d'autres termes, admettre l'existence d'une obligation de délivrer un visa humanitaire dans certains cas reviendrait, selon la Cour, à s'éloigner de la logique territoriale promue par le système européen commun d'asile, en imposant de fait l'obligation aux États membres d'examiner les demandes d'asile introduites dans leurs ambassades et consulats. La Cour n'a pas entendu user du code des visas pour assouplir, fût-ce indirectement, la limite du champ d'application des directives

¹²⁴ S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER et 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 », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2017.

¹²⁵ CJUE, *X. et X.*, *op. cit.*, pt 49.

A paraître dans la Revue trimestrielle de droit européen, 2019 (numéro spécial coordonné par Jean-Yves Carlier et Massimo Starrita)

composant le système européen commun d'asile, lesquelles énoncent ne s'appliquent que sur le territoire des États membres¹²⁶. Il est vrai que pareil assouplissement aurait eu une influence conséquente sur la politique commune d'asile, si pas en termes d'effets concrets en tout cas en termes de perception.

Un souci similaire peut, nous semble-t-il, se déduire de la motivation des ordonnances du Tribunal en ce qu'elle est focalisée sur les modalités d'organisation pratique d'une réunion, plutôt que sur les normes fondamentales assurant la répartition des compétences externes entre l'Union et les États membres. Cela nous paraît ressortir d'autant plus du cas d'espèce que la recevabilité des requêtes en annulation peut faire débat. Les requérants sont des demandeurs d'asile, qui doivent dès lors démontrer qu'ils sont « directement et individuellement » concernés par la déclaration commune à l'Union européenne et à la Turquie, au sens de l'article 263 TFUE. Il nous paraît discutable que leur grief trouve sa source directe dans la déclaration commune à l'Union et à la Turquie. La mise en œuvre concrète de celle-ci repose, en effet, sur l'adoption d'une décision de renvoi par les autorités grecques. L'adoption de la décision de renvoi se réalise à la suite d'un examen préalable de conformité aux droits fondamentaux, compte tenu des circonstances propres au cas d'espèce. Comme rappelé par le Conseil d'État de Grèce, une évaluation individuelle du cas d'espèce doit toujours être réalisée eu égard notamment au principe de non-refoulement¹²⁷. Le Tribunal n'a pas poussé son raisonnement jusqu'à ce stade, préférant se déclarer d'emblée incompétent.

Le choix de se prononcer sur la compétence au lieu de la recevabilité participe, nous semble-t-il, à démontrer le souci du Tribunal d'adopter une attitude jurisprudentielle de retrait face à la problématique. Une ordonnance constatant le défaut d'intérêt au motif que le grief provient d'une décision adoptée par les autorités grecques après examen des circonstances propres au cas d'espèce, et non de l'accord lui-même, aurait indirectement invité les autorités à s'abstenir de tout renvoi systématique, sans examen individualisé de conformité aux droits fondamentaux par les autorités nationales, sous peine de se soumettre à une éventuelle censure du juge européen. Elle aurait envoyé un signal selon lequel les accords conclus avec des pays tiers dits « sûrs » ne peuvent pas aboutir à une politique de « push-back », c'est-à-dire de renvoi systématique sans examen de chaque cas d'espèce à la lumière, notamment, du principe de non-refoulement.

Si, en déclarant leur incompétence pour connaître des visas humanitaires et de la déclaration commune à l'Union européenne et à la Turquie, la Cour et le Tribunal n'ont pas introduit de considérations de respect des droits fondamentaux au sein des dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration, il convient toutefois de souligner qu'ils ne les ont pas écartées non plus. En particulier, l'arrêt *X. et X.* n'implique en rien une inflexion au principe selon lequel l'application du droit de l'Union emporte l'application de la Charte, consacré par l'article 51 de la Charte tel qu'interprété par l'arrêt *Åkerberg Fransson* notamment¹²⁸. Au contraire, dans l'arrêt ultérieur *El Hassani*, la Cour n'a pas manqué de souligner que l'application du code des visas emporte l'application de la Charte. Elle a jugé, en l'espèce, qu'un ressortissant de pays tiers s'étant vu refuser un visa en application du Code des visas doit pouvoir introduire un recours conformément au droit à une protection juridictionnelle effective tel que consacré par la Charte des droits fondamentaux¹²⁹. Ce rappel n'est pas sans importance, en ce qu'il paraît confirmer que tout acte de mise en œuvre du droit de l'Union est soumis à la Charte, indépendamment du fait qu'il soit appliqué en situation extraterritoriale. De même, en déclinant sa compétence au motif que

¹²⁶ V. l'art. 3, §1^{er}, de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO n° L 180, 29 juin 2013, p. 60.

¹²⁷ CE (Grèce), 22 septembre 2017, n° 2347/2017 et n° 2348/2017 (d'après le résumé en anglais disponible sur AIDA, l'« Asylum Information Database » établie par ECRE : www.asylumineurope.org).

¹²⁸ C.J.U.E., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

¹²⁹ C.J.U.E., 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960.

A paraître dans la Revue trimestrielle de droit européen, 2019 (numéro spécial coordonné par Jean-Yves Carlier et Massimo Starrita)

la déclaration commune à l'Union et à la Turquie ne relève pas du droit de l'Union, le Tribunal a évité de considérer cette dernière comme un accord politique échappant, de ce fait, à tout contrôle du juge, ainsi qu'il avait été invité à le faire par le Conseil européen, le Conseil et la Commission. Les motifs des ordonnances énoncent explicitement ne pas trancher la question¹³⁰.

En réalité, ce que révèle la position de la Cour nous semble-t-il, c'est un défaut de constitutionnalisation des dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration. Si la Cour semble effectivement s'abstenir de s'engager trop avant dans la régulation des dimensions externes de la politique commune de l'asile et de l'immigration, comme l'ont justement constaté divers auteurs, cela est essentiellement dû aux insuffisances du cadre juridique existant. Les dimensions externes questionnent les limites tant du cadre institutionnel actuel relatif à la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, que les normes fondamentales à respecter. Elles interrogent le cadre constitutionnel actuel dans ses dimensions institutionnelles et substantielles.

D'une part, les dimensions externes mettent en lumière les paradoxes de la compétence externe de l'Union en matière d'asile et d'immigration. Les seules compétences externes explicites de l'Union étant celles en matière de gestion des flux de demandeurs d'asile et de réadmission, l'action de l'Union en matière d'immigration sur le plan externe repose le plus souvent sur ses compétences implicites¹³¹. Cela n'est pas sans difficultés, assurément au vu de la direction actuelle souhaitée pour les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration, qui se veulent fondées sur une approche « globale » supposant de mobiliser différentes politiques, comme la politique étrangère de sécurité commune ou encore la coopération au développement. L'approche globale complexifie l'identification des actions relevant de la compétence de l'Union¹³². En outre, même dans les domaines où la compétence externe de l'Union européenne est explicitement établie, comme la réadmission et l'asile, l'usage d'instruments de nature juridique floue, comme la déclaration commune à l'Union européenne et à la Turquie, rend plus difficile la détermination de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. L'absence de répartition claire des compétences externes en matière migratoire, combinée à l'usage de mécanismes qualifiés de « politiques » et dès lors prétendument hors du droit, a pour effet de compliquer sensiblement la détermination de l'étendue de la compétence de l'Union et, partant, des limites à respecter en termes de protection des droits fondamentaux tels que consacrés par la Charte.

D'autre part, en ce qui concerne les questions de respect des droits fondamentaux, les dimensions externes questionnent le champ d'application des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, lequel est essentiellement territorial. La Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique qu'au sein de la « juridiction » des États parties. Si, dans l'arrêt *Hirsi Jamaa*, la Cour de Strasbourg a veillé à interpréter la notion de juridiction afin d'assurer une protection aux migrants interceptés par les États membres, en l'occurrence l'Italie, avant qu'ils n'atteignent le territoire européen, cette jurisprudence n'abandonne pas l'exigence d'un lien territorial¹³³. Celui-ci peut résulter du contrôle effectif qu'un État exerce sur une situation extraterritoriale, conformément à la jurisprudence *Al Skeini*¹³⁴. Mais il doit être existant. Cela n'est pas dire que la jurisprudence de la Cour européenne n'évoluera pas, ce qui ne peut être exclu au vu de l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme opérée par la Cour

¹³⁰ Tribunal UE, *NF, NM et NG c. Conseil européen*, *op. cit.*, pt 71.

¹³¹ Voy. en ce sens P. GARCIA ANDRADE, « EU External Competences in the Field of Migration: How to Act Externally when Thinking Internally », *CMLRev*, 2018, p. 157.

¹³² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Approche globale de la question des migrations et de la mobilité*, COM(2011)743 final.

¹³³ Cour eur. DH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie*, req. n° 27765/09.

¹³⁴ Cour eur. DH, 7 juillet 2011, *Al Skeini c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07.

de Strasbourg. Il se peut que le lien territorial soit à l'avenir interprété de manière encore plus ténue, ou encore que les obligations positives déduites de l'article 3 CEDH soit interprétées de manière plus étendues¹³⁵. Toujours est-il qu'à l'heure pour la Cour de justice de statuer sur les dimensions externes, pareille interprétation évolutive n'a pas eu lieu.

Si la Cour de justice avait conclu à l'application du droit de l'Union et, partant, de la Charte, elle n'aurait donc bénéficié d'aucun précédent strasbourgeois lui permettant d'identifier au mieux l'étendue des obligations pesant sur les États membres. La protection déduite de l'article 3 CEDH en matière migratoire découle d'une construction jurisprudentielle nuancée, elle-même le résultat de longues et lentes évolutions. Il ne nous paraît pas que cette protection puisse opportunément être étendue telle qu'elle, sans le moindre ajustement, aux dimensions externes impliquant des situations extraterritoriales. Un parallélisme parfait entre les obligations existant sur le plan interne et celles liant les États sur le plan externe ne nous paraît pas réaliste, compte tenu des spécificités des dimensions externes. Prenons l'exemple des visas humanitaires. Est-il envisageable de déduire des droits fondamentaux l'obligation d'en délivrer à toute personne de par le monde se qualifiant pour bénéficier d'une protection internationale au sens des normes composant le système européen commun d'asile, moyennant le respect de garanties procédurales identiques ? Probablement pas. Pareils visas pourraient toutefois être délivrés dans le cadre de programmes de réinstallation, qui, à suivre certains auteurs, doivent nécessairement être mis en œuvre pour éviter que la sophistication des mécanismes de contrôles externes ait pour conséquence que ceux en besoin de protection se voient, de fait, empêchés de fuir en violation du principe de non-refoulement¹³⁶. Ces programmes existent déjà au niveau national, de même que les tentatives de les harmoniser au niveau européen¹³⁷. Peut-on admettre qu'ils échappent à tout contrôle judiciaire et relèvent du pouvoir discrétionnaire absolu des autorités, quitte à flirter avec l'arbitraire ? Le droit n'a-t-il pas là un rôle à jouer, ce qui impliquera toutefois, nous semble-t-il, d'admettre l'adoption de critères de sélection objectifs liés par exemple à la vulnérabilité particulière de certains demandeurs (mais quelle vulnérabilité ?), ou encore au lien particulier qu'ils entretiennent avec le territoire européen, où résident par exemple des proches prêts à les accueillir, comme le juge belge semblait le suggérer dans la question préjudicielle adressée à la Cour de justice. Il s'agit là de questions complexes, qui ne peuvent que susciter le malaise du juriste eu égard notamment au caractère absolu de l'article 3 CEDH. Y répondre suppose un débat de société, que la Cour de justice n'est ni en mesure ni habilitée à mener, bien qu'elle puisse l'accompagner.

Face au défaut de constitutionnalisation des dimensions externes, il était donc assurément difficile pour la Cour d'affirmer la compétence de l'Union et de transposer sur le plan externe le cadre juridique de protection des droits fondamentaux tel qu'il existe sur le plan interne, ou de l'ajuster proprio motu. Une réflexion approfondie et des choix de société sont nécessaires relativement au rôle que l'Union européenne devrait revêtir sur la scène internationale lorsqu'il est question de la gestion des migrations, d'une part, et sur la manière et dans quelle mesure concilier cette gestion avec le respect des droits fondamentaux, d'autre part. L'Union doit-elle adopter une position en

¹³⁵ Dans sa décision d'irrecevabilité *Abdul Wahab Khan*, la Cour européenne des droits de l'homme a toutefois considéré qu'imposer une obligation positive de délivrer un visa sous l'angle de l'article 3 CEDH « would, in effect, create an unlimited obligation on Contracting States to allow entry to an individual who might be at real risk of ill-treatment contrary to Article 3, regardless of where in the world that individual might find himself » (Cour eur. DH, 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 11987/11, pt 27). Une requête a également été introduite devant la Cour par des demandeurs d'asile syriens s'étant vu refuser un visa humanitaire par la Belgique (req. n° 3599/18). La Cour doit encore se prononcer.

¹³⁶ J. HATHAWAY et T. GAMMELTOFT-HANSEN, « Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 235.

¹³⁷ Voy. aussi la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil, COM(2016)468 final.

retrait de la scène internationale, en laissant aux États membres le soin d'adopter les accords relatifs aux dimensions externes de la politique commune d'asile et d'immigration, avec à terme le risque de mettre en danger les résultats de l'harmonisation survenue sur le plan interne ? L'Union doit-elle privilégier une approche exclusivement sécuritaire, en poursuivant l'objectif, à notre sens illusoire et attentatoire aux fondements de nos démocraties, de mettre un terme aux flux migratoires, ou projeter sur le plan externe la méthode interne consistant à lier la gestion des migrations avec la protection effective des droits fondamentaux, par exemple en faisant en sorte que les réfugiés puissent accéder à une protection effective ? Il s'agit là de questions de société complexes et fondamentales, auxquelles le juge ne peut répondre seul. La position de la Cour de justice démontre, toutefois, l'urgence du débat.

IV. Conclusion. De la prudence du juge européen face aux insuffisances du cadre normatif

Le développement des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique européen a permis l'élaboration progressive d'un corpus de normes relativement solide, qui garantit un cadre constitutionnel suffisant pour encadrer la pratique des administrations nationales relativement aux migrants qui se trouvent sur le territoire européen. Cela n'est pas dire que les controverses sont inexistantes, loin de là, mais qu'un cadre juridique fondamental existe, au sein duquel la Cour peut remplir son rôle de gardien des traités et réaliser les arbitrages nécessaires. Ce cadre juridique permet d'éviter que la gestion de l'immigration ne soit laissée au hasard sur le plan interne. Il fournit à la Cour les outils nécessaires pour garantir une gestion des migrations à la fois efficace et respectueuse des droits fondamentaux.

Les dimensions externes de la politique commune de l'asile et de l'immigration mettent toutefois en lumière les insuffisances de ce cadre constitutionnel. Les règles de répartition des compétences externes entre l'Union et les États membres manquent de précision, non seulement en raison de la volonté des institutions européennes de développer une approche globale des migrations qui implique diverses politiques, mais également en raison de la pratique actuelle consistant à conclure des accords à la nature juridique floue, comme la déclaration commune à l'Union européenne et à la Turquie. Cela n'est pas sans conséquence pour le juge européen qui, confronté à un cadre juridique quasi non existant, fait preuve de prudence et évite de cloisonner le débat politique.

Plus fondamentalement, les dimensions externes de la politique européenne de l'asile et de l'immigration mettent en lumière les difficultés du droit, encore largement fondé sur une logique westphalienne, essentiellement territoriale, à aborder les modes de gestion contemporains des migrations, qui reposent sur des outils sophistiqués visant à gérer le phénomène migratoire avant que les migrants n'arrivent sur le territoire européen et revêtent donc une dimension essentiellement extraterritoriale. Elles sont l'illustration de l'évolution qu'ont connue nos frontières, qui ne correspondent plus à une réalité exclusivement territoriale, matérialisée par un poste frontière situé à la limite du territoire d'un État nation, mais à un ensemble de dynamiques sociales, politiques et juridiques. Comme l'ont écrit Denis Duez et Damien Simonneau, la frontière « ne se révèle plus, comme l'envisage le droit international, unique, linéaire et intangible, mais au contraire multiple, réticulaire et fondamentalement mobile »¹³⁸.

Le défi est désormais d'accorder le droit à cette nouvelle réalité, sous peine d'abandonner le champ au hasard et d'abdiquer la construction d'une politique migratoire européenne et cohérente sur le plan externe. Cela suppose des arbitrages complexes et délicats, que la Cour ne pouvait réaliser seule, faute d'en avoir la légitimité. Si les tensions politiques actuelles rendent le débat difficile, quel meilleur forum que celui de l'Union européenne, lui-même post-national, pour l'aborder ?

¹³⁸ D. DUEZ et D. SIMONNEAU, « Repenser la notion de frontière aujourd'hui. Du droit à la sociologie », *Droit et Société*, 2018, n° 98, p. 39.