



EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

L. Pailler, La délimitation de l'effet spatial des règles de droit par les droits fondamentaux

D. Tharaud, Plaidoyer pour un meilleur accueil par la Cour européenne des droits de l'homme des requêtes fondées sur le défaut d'accessibilité

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES

Le nouveau Pacte sur la migration et l'asile, piloté par Fabienne Gazin et Catherine Haguenu-Moizard

Propos introductifs

Le Pacte sur la migration et l'asile met-il le droit d'asile en péril?

Une solidarité dévoyée: réflexions sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile

Le maintien à l'écart du territoire de l'Union, fil rouge du Pacte sur la migration et l'asile

La réception polonaise du nouveau Pacte sur la migration et l'asile: pataphysique des moeurs

FOCUS

Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme

N ° 4

SEPTEMBRE 2021 | SEPTEMBER 2021

NOTPE EQUIPE | OUR TEAM

Président du Comité d'orientation | President of the Advisory Board

Linus-Alexandre Sicilianos

Vice-Président du Comité d'orientation | Vice-president of the Advisory Board

Florence Benoît-Rohmer

Membres du Comité d'orientation | Members of the Advisory Board

Rafaa Ben Achour (Judge, African Court on Human and Peoples' Rights), Laurence Burgorgue-Larsen (université Paris I-Sorbonne), Grainne de Burca (New York University), Maria Gavouneli (University of Athens), Constance Grewe (Université de Strasbourg), Paul Lemmens (Judge ECtHR), Rick Lawson (University of Leiden), Fabrizio Marrella (University Ca Foscari et LUISS), Hélène Tigroudja (Université d'Aix-en-Provence), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg), Zhang Wei (Chinese University of Political Science and Law)

Membres du Comité de rédaction | Members of the Editorial Board

Aude Bouveresse (Université de Strasbourg), Carla Buckley (University of Nottingham), Emanuel Castellarin (Université de Strasbourg), Peggy Duccolombier (Université de Strasbourg) Cathérine Haguenu-Moizard (Université de Strasbourg), Andréa Hamann (Université de Strasbourg), Dominique Ritleng (Université de Strasbourg), Julie Rondu (Université de Strasbourg), Aikaterini Tsampi (University of Groningen).

Directeur de la publication | Editor in chief

Christos Giannopoulos (Université de Strasbourg)

EUROPE DES DROITS & LIBERTES
EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

SEPTEMBRE 2021

N° 4

Sommaire | Table of Contents

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- Ludovic Pailler, La délimitation de l'effet spatial des règles de droit par les droits fondamentaux 168
- Delphine Tharaud, Plaidoyer pour un meilleur accueil par la Cour européenne des droits de l'homme des requêtes fondées sur le défaut d'accessibilité 185

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES

LE PACTE SUR LA MIGRATION ET L'ASILE

- Catherine Haguenau-Moizard, Propos introductifs 200
- Fabienne Gazin, Le Pacte sur la migration et l'asile met-il le droit d'asile en péril ? 207
- Edoardo Stoppioni, Une solidarité dévoyée : Réflexions sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile 219
- Julie Rondu, Le maintien à l'écart du territoire de l'Union, fil rouge du Pacte sur la migration et l'asile 230
- Anaëlle Martin, La réception polonaise du nouveau Pacte sur la migration et l'asile: pataphysique des mœurs 239

FOCUS

- Alexandre Palanco, Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme 251

RECENSION | BOOK REVIEW

- Coercive Human Rights – Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the European Court of Human Rights 268
- Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Procès équitable: perspectives régionales et internationales 272

ISBN 2726-1263
Dépôt légal: 2021, septembre

La délimitation de l'effet spatial des règles de droit par les droits fondamentaux

Ludovic Pailler*

L'articulation entre le droit international privé et les droits fondamentaux ou droits de l'homme¹ a déjà été abordée à de nombreuses reprises, à tel point qu'il serait difficile d'établir une bibliographie exhaustive des recherches qui y sont consacrées². Pour autant, elles ont en commun de concentrer les analyses sur les méthodes du droit international privé, celles qui permettent de déterminer le juge internationalement compétent, la loi applicable et l'effet à donner aux jugements étrangers. Nous voudrions aborder ici un mécanisme qui, distinct des trois précités, relève du droit international privé parce qu'il contribue à résoudre l'internationalité des relations privées. Plus précisément, il intéresse la délimitation de l'effet spatial des règles de droit appartenant à l'ordre juridique désigné compétent par la règle de conflit de lois.

La réflexion prend naissance à la lecture de l'arrêt *Google LLC* rendu par la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne³. Elle y affleure, ce qui explique, notamment, que l'objet du présent soit largement absent des nombreux commentaires de la décision.

Pour rappel, le litige au principal était né de la sanction adoptée par une délibération de la CNIL contre la société Google⁴ après que cette société, préalablement mise en demeure, a refusé de procéder à un déréférencement sur toutes les extensions de nom du domaine de son moteur de recherche. Le Conseil d'État fut saisi en conséquence d'un recours en annulation de la sanction qui interrogeait la portée géographique du droit au

* Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles, Membre du Centre de Recherche sur le Droit International Privé (EDIEC – EA4185), Université Jean Moulin Lyon III

¹ Par commodité, les deux expressions seront utilisées de façon interchangeable.

² L. Sinopoli, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux. Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, Paris I, 2000, F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Bruylant, 2007, P. Kinsch, « Droits de l'homme, Droits fondamentaux et Droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318, p. 9, L. D'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 165, F. Matscher, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », *TCFDIP. Années 1995- 1996. 1996-1997. 1997-1998*, Pedone 2000, p. 212, J.-S. Bergé, « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », in C. Picheral (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Anthemis, 2012, p. 249, L. Pailler, *Le respect de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2017, R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé*, Daloz, 2020, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol.135.

³ CJUE, Gde ch., 24 sept. 2019, C-507/17, Google LLC c. CNIL, D. 2019, p.2022, note J.-L. Sauron, *ibid.*, 2020, p.515, note T. Douville, *ibid.* 1970, obs. L. D'Avout, S. Bollée et E. Farnoux, *Daloz IP/IT* 2019, p.631, note N. Martial-Braz, *JCP G* 2019, 1031, obs. F. Donnat, *JDI* 2020, 6, note L. Pailler.

⁴ Délib. de la formation restreinte n°2016-054 du 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X., *CCE* 2016, comm.65, obs. A. Debet.

déréférencement⁵. À la Cour de justice fut transmis en suivant un renvoi préjudiciel visant à déterminer si ce droit implique une décorrélation entre le nom de la personne concernée et les résultats affichés sur l'ensemble des versions du moteur de recherche, sur les seules extensions de nom de domaine de l'ensemble des États membres ou bien sur les extensions de nom de domaine d'un ou plusieurs États membres déterminés.

Dans sa réponse, la Grande chambre distingue nettement, d'une part, l'applicabilité du droit de l'Union européenne de la protection des données et, d'autre part, la « portée territoriale »⁶ du déréférencement. La première fait l'objet d'un rappel liminaire⁷ fondé sur l'article 4.1, sous a), de la directive 95/46⁸ tel qu'interprété par la Cour de justice dans l'arrêt *Google Spain*⁹ et sur l'article 3.1 du règlement général sur la protection des données (ci-après, « RGPD »)¹⁰. Ainsi la Cour conclut-elle que la situation en cause « relève du champ d'application territorial de la directive 95/46 et du règlement 2016/679 » avant de traiter de la détermination de la « portée territoriale » du déréférencement¹¹. Les motifs développés sur ce dernier point sont uniquement fondés sur les dispositions matérielles du droit de la protection des données de l'Union. Et la Cour d'indiquer que le droit dérivé peut produire un effet spatial différencié. Les conditions d'application du droit au déréférencement sont remplies mais la décorrélation peut n'être permise que pour une partie seulement des sites du moteur de recherche.

La distinction entre applicabilité et portée territoriale rappelle inévitablement la structure de la règle de droit décrite par Motulsky. Dans sa fameuse thèse, l'auteur distingue la « présupposition » de « l'effet juridique »¹². La présupposition correspond à l'identification d'une « situation-type »¹³. Elle énonce les « conditions d'applications de la règle abstraitement définies »¹⁴, lesquelles peuvent comporter une dimension spatiale¹⁵. Lorsque ces conditions sont remplies, comme au cas d'espèce précité, la loi

⁵ CE, 19 juill. 2017, n°399922, *Comm. com. électr.* 2017, comm.85, obs. A Debet, *RFDA* 2017, p.972, concl. A. Bretonneau, *RTD eur.* 2018, p.396, obs. A. Bouveresse.

⁶ Pt.53 de l'arrêt *Google LLC*.

⁷ Pts.48 à 52 de l'arrêt *Google LLC*.

⁸ Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain et Google*, *AJCT* 2014, p.502, obs. O. Tambou, *Comm. com. électr.* 2014, étude 13, A. Debet, *D.* 2014, p.1476, obs. V.-L. Benabou et J. Rochfeld, *ibid.*, p.1481, obs. N. Martial-Braz et J. Rochfeld, *ibid.*, p.2317, obs. P. Trefigny, *Gaz. Pal.* 2014, 19 juin 2014, p.3, obs. C. Kleitz, *JCP E* 2014, 49, n°24, obs. M. Griguer, *JCP G* 2014, 1300, n°26, obs. L. Marino, *LPA* 2014, p.9, note G. de Malafosse, *Rev. UE* 2016, p.597, étude R. Perray, *RLDC* 2016, n°142, p.19, obs. M. Dupuis, *RTD eur.* 2014, p.283, édito J.-P. Jacqué, *ibid.*, p.879, étude B. Hardy, *RTDH* 2015, p.987, obs. J. Dupont-Lassale.

¹⁰ Règl.(UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹¹ Pts.52 et 53 de l'arrêt *Google LLC*.

¹² *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, spéc. n°16.

¹³ P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, *Bibl. de Droit international privé*, vol. XVIII, spéc. n°60.

¹⁴ C Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, *Bibl. de Droit privé*, t.421, spéc. p.135-136.

¹⁵ Elle ne résulte pas des règles de conflit de lois, lesquelles sont des règles indépendantes des règles substantielles qu'elles désignent applicables. Le droit international privé connaît « des règles substantielles fixant leur propre domaine spatial d'application et, pour cette raison, excluant leur application dans des hypothèses relevant pourtant de la compétence de la loi qui les a édictées » (B. Haftel, « Les normes auto-limitées en droit international privé »,

y attache un ou plusieurs effets juridiques. Elle tire des conséquences juridiques de la situation-type. Elle définit ce qui doit être¹⁶ par sa lettre que complète au besoin son interprétation¹⁷. Et, *a priori*, rien ne fait obstacle à ce que ce second élément de la règle de droit soit également pourvu d'une dimension spatiale.

Dans l'arrêt *Google LLC*, la délimitation de l'effet spatial du droit au déréférencement ressort de l'interprétation des dispositions matérielles du droit de l'Union par la Cour de justice. Les fondements essentiels de la reconstitution de la dimension spatiale de l'effet juridique tiennent à la diversité des droits nationaux et à la relativité du droit fondamental à la protection des données¹⁸. C'est la mise en balance de ce droit tiré de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux avec la liberté d'expression qui justifie de limiter l'effet spatial du droit au déréférencement¹⁹. En principe, ce dernier produit ses effets à l'échelle de l'Union européenne, mais il peut avoir un effet plus réduit dès lors que « le résultat de la mise en balance à effectuer [...] n'est pas forcément le même pour tous les États membres »²⁰.

L'intérêt de cet arrêt *Google LLC* tient également aux normes appelées à délimiter l'effet spatial d'une norme du droit de l'Union européenne. En l'occurrence, la Cour admet que le juge national puisse y procéder « à l'aune des standards nationaux de protection des droits fondamentaux »²¹. Certes, ce motif est étroitement lié à la logique d'intrication des ordres juridiques des États membres avec celui de l'Union, et plus particulièrement à la mise en œuvre du droit de l'Union « dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par [celui-ci] »²². En d'autres termes, l'effet spatial d'une même norme peut être co-déterminé. En principe, par les droits fondamentaux relevant de l'ordre juridique de l'Union. Mais encore par la mise en balance des droits fondamentaux de source nationale, européenne ou internationale applicables dans l'ordre juridique désigné compétent.

Plus largement, l'arrêt *Google LLC* offre des perspectives nouvelles et stimulantes quant au rôle des droits fondamentaux dans la gestion des aspects internationaux des situations privées. La voie ouverte est-elle circonscrite à l'autolimitation de l'effet spatial, ce mécanisme englobant la délimitation induite par une règle formellement distincte dès

Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel. Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, LGDJ, 2018, p.847, spéc. p.849).

¹⁶ P. Mayer, *op. cit.*, spéc. n°61.

¹⁷ H. Motulsky, *op. cit.*, spéc. n°17.

¹⁸ Pts.59 et 60.

¹⁹ Pts.60 et s.

²⁰ Pt.67.

²¹ Pt.72.

²² CJUE, Gde ch., 26 févr. 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, pt.29, *AJ pénal* 2013, p. 270, note C. Copain, *CDE* 2014, p. 283, note A. Épiney, *Europe* 2013, comm. 154, obs. D. Simon, *JCP G* 2013, 312, obs. F. Picod, *JDI* 2014, p. 651, obs. D. Dero-Bugny, *RDLF* 2013, chron. 11, note S. Platon, *RFDA* 2013, p. 1231, obs. L. Clément-Wilz, *RGDIP* 2014, p. 333, note D. Appanah, *RLC*, juillet 2013, p. 87, note É. Barbier de La Serre, *RLDA*, mai 2013, p. 52, note F. Zampini, *RTD civ.* 2014, p. 312, note L. Usunier, *RTD eur.* 2013, p. 267, note D. Ritleng ; CJUE, Gde ch., 26 févr.2013, C-399/11, *Melloni*, pt.60, *AJ pénal* 2013, p. 350, note J. Lelieur, *CDE* 2013, p. 293, note É. Dubout, *Constitutions* 2013, p. 184, obs. A. Levade, *Europe* 2013, comm. 166, obs. F. Gazin, *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 mars 2013, note M. Benlolo-Carabot, *Europe* 2013, comm.166, obs. F. Gazin, *RAE* 2013, p. 139, note M. Brkan, *RDUE* 2013, p. 182, note P.Mattera.

lors qu'elle appartient à l'ordre juridique désigné compétent ? Ou bien est-il envisageable d'étendre le mécanisme aux règles de droit étrangères, en d'autres termes de délimiter l'effet spatial de ces dernières au moyen des droits fondamentaux du *for* ? L'application des droits fondamentaux du *for* aux normes étrangères, y compris à celle d'États tiers à l'Union ou non partie à la Convention EDH, est désormais acquise²³. Toutefois, notre interrogation purement prospective porte de nouvelles difficultés tenant à l'immixtion des juges d'un État dans la structure même de la règle de droit d'un autre État.

Loin d'être anodine à cet égard²⁴, la délimitation de l'effet spatial des règles de droit privé²⁵ est encore d'un intérêt particulier à considérer l'application des règles de droit à un espace en partie détaché des territoires et de leurs frontières. Quoiqu'internet ne remette pas nécessairement en cause les méthodes du droit international privé²⁶, elles demeurent limitées car fondées sur le cloisonnement des ordres juridiques et sur la localisation territoriale du rapport de droit sans prise en considération de la teneur des droits en concours et de leurs effets au cas concret. Ainsi ces méthodes ne sont-elles pas en mesure de répondre aux enjeux de l'internet. La recherche d'une solution unique, qui caractérise le droit international privé, par le départage de lois au contenu variable entraînerait une modification unilatérale d'un espace dématérialisé et, en apparence, global car dépourvu des frontières juridiques nationales induite par la notion de territoire²⁷ et virtuellement accessible depuis tout point du globe. Par ailleurs, si les décisions d'un juge national ne produisent en principe d'effet substantiel que sur le territoire de ce dernier, l'exécution de la décision visant à modifier un contenu sur internet pourrait avoir un effet global sans qu'aucune procédure visant à faire reconnaître ses effets dans un autre État ne soit nécessaire. La Cour de justice en a bien conscience. Dans un arrêt relatif à la compétence internationale, elle relevait « la nature ubiquitaire des données et des contenus mis en ligne sur un site Internet et [...] que la

²³ V., notamment, P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991, p.651.

²⁴ V. *infra*.

²⁵ Cela explique que l'étude soit limitée à l'effet spatial. Pour autant, les raisonnements développés sont, *mutatis mutandis*, transposables à la limitation du domaine d'application spatial des règles de droit par les droits fondamentaux par extension de l'autolimitation déjà connue du droit international privé (B. Hafel, loc. cit., R. de Nova, « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t.I, p.377, K. Lipstein, « Les normes fixant leur propre domaine d'application : expérience anglaises et américaines », *TCFDIP 1977-1979*, Éditions du CNRS, 1980, p.187, F. Rigaux, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », *Annales de droit de Louvain* 1983/4, p.286, P. Kinsch, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit. DIP* 2003, p.403).

²⁶ V., notamment, Y. El Hage, *Le droit international privé à l'heure de l'internet*, Paris I, 2020.

²⁷ Les exemples de reterritorialisation des réseaux ne sont pas rares qu'il s'agisse, à titre général, du géoblocage lequel est exceptionnellement permis par le droit de l'Union (Règl. (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur), ou, à titre particulier du *Great Firewall* chinois (v., notamment, J. Bourguignon, *Internet année zéro*, Ed. divergences, 2021, p.199 et s.) ou de l'« internet souverain russe » (F. Musiani, B. Loveluck, F. Daucé et K. Ermoshiva, « [Souveraineté numérique : l'internet russe peut-il se couper du reste du monde ?](#) », *TheConversation.fr*, 18 mars 2019, dernière consultation le 5 septembre 2021).

portée de leur diffusion est en principe universelle, [de sorte qu']une demande visant à la rectification des premières et à la suppression des seconds est une et indivisible »²⁸.

La délimitation par les droits fondamentaux pourrait être couplée aux moyens techniques de géolocalisation pour contribuer à réintroduire le dessin juridique des frontières étatiques afin d'éviter qu'un juge puisse, de façon isolée, décider du contenu d'un espace commun à l'Humanité. Venant pallier l'absence d'une véritable coopération internationale²⁹ pourtant indispensable³⁰, elle pourrait éviter que les valeurs d'un juge ne s'imposent à tout internaute avec pour point de départ le relativisme dans l'espace des droits fondamentaux et la défense de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'expression, qui sont probablement celles susceptibles d'être le plus fréquemment affectées. La délimitation envisagée aurait notamment vocation à s'appliquer à l'exercice des droits subjectifs sur la toile, qu'ils soient conférés par le RGPD³¹ ou d'autres dispositions³², afin de pondérer l'empire du droit désigné applicable, notamment le champ d'application extensif du RGPD³³. Par exemple, limiter l'effet spatial de la demande de déréférencement d'un ressortissant russe domicilié en Russie concerné par un traitement de donnée réalisée par le fournisseur d'un service de moteur de recherche établi sur le territoire d'un État membre. Le RGPD y est applicable³⁴, mais la délimitation de l'effet spatial pourrait justifier de n'accéder à sa demande qu'à l'égard des extensions de nom de domaine russe dudit service. Les droits fondamentaux peuvent ainsi compenser les inadaptations des méthodes du droit international privé à l'espace numérique. Plus particulièrement, la délimitation par les droits fondamentaux pourrait moduler l'application quasi-globale de la loi désignée applicable laquelle est inévitablement induite par les caractéristiques de l'espace numérique auquel elle s'applique.

Aussi, à l'analyse de la délimitation de l'effet spatial d'application des règles de droit par les droits fondamentaux de l'ordre juridique désigné compétent (**Partie I**) succèdera celle, résolument prospective, de la délimitation de l'effet spatial de la loi étrangère par les droits fondamentaux du *for* (**Partie II**).

²⁸ CJUE, Gde ch., 17 oct. 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen*, pt.48, D. 2018, p.276, note F. Jault-Seseke, *Europe* 2017, comm.494, obs. L. Idot, *JCP G* 2017, 1293, note M. Laazouzi, *Légipresse* 2017, p.609, note J.-S. Bergé, *Procédures* 2017, comm.306, obs. C. Nourissat, *Rev. crit. DIP* 2018, p.290, note S. Corneloup et H. Muir Watt.

²⁹ La solution de principe du déréférencement à l'échelle européenne est notamment justifiée par l'existence d'une coopération des États membres, quand l'absence de cette dernière justifie le refus d'un déréférencement mondial (CJUE, Gde ch., *Google LLC, préc.*, pts.63 et 64).

³⁰ Rapp., Recommandation de l'OCDE relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée, 2007 ; Resolution on exploring future options for international enforcement Cooperation, 39^{ème} conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée, Hong Kong, 26 et 27 sept. 2017 ; Resolution on the promotion of new and long-term practical instruments and continued legal efforts for effective cooperation un cross-border enforcement, 41^{ème} conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée, Tirana, oct. 2019.

³¹ V. le chapitre III du RGPD consacré aux « Droits de la personne concernée » ; V., également, sur l'exercice de droits analogues par une personne morale, CJUE, Gde ch., *Bolagsupplysningen, préc.*

³² V. sur la délimitation de l'effet spatial des prérogatives tirées de la directive « commerce électronique », CJUE, 3 oct. 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek, Conc. com. electr.* 2019, comm.67, obs. G. Loiseau, *JDE* 2020, p. 65, note É. Wery, *Légipresse* 2020, p.29, note V. Varet.

³³ L. Pailler, « L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) - Commentaire de l'article 3 », *JDI* 2018, p. 823.

³⁴ Art.3.1 RGPD.

Partie I - La délimitation *lege causae*

Cette première hypothèse n'est pas celle qui, en apparence, est la plus ardue. Le juge saisi doit appliquer le droit désigné compétent comme le ferait le juge de l'État dont il émane. Toutefois, s'agissant de droits fondamentaux, il ne faut pas exclure que leur source ne soit pas nationale mais européenne ou internationale et qu'elle lie tout autant l'ordre juridique désigné compétent que celui du juge saisi. Dès lors, l'examen de la délimitation de l'effet spatial des règles de droit désignées applicables par des sources de droits fondamentaux propres à la *lex causae* (A) doit être distingué de l'application plus complexe des sources de droits fondamentaux communes au *for* (B).

A. Par des sources propres à la *lex causae*

Lorsque la règle de conflit de lois désigne compétent un ordre juridique, c'est le droit d'un État dans son intégralité qui est visé. Plus précisément, c'est « l'ensemble des règles selon lesquelles fonctionne la société »³⁵ qui constitue la source de la décision à prendre de sorte que « tout élément de cet ordre juridique qui a vocation par nature à contribuer à résoudre la question posée au juge doit être pris en compte »³⁶. En d'autres termes, le juge saisi doit appliquer au cas d'espèce le point de vue abstrait de l'ordre juridique désigné compétent en tenant compte, le cas échéant, des règles étrangères comme des décisions étrangères. Considérant la hiérarchie entre droits fondamentaux et règles de droit concernées, la délimitation *lege causae* requiert sa mise en œuvre. Elle pourrait bien être particulièrement difficile à réaliser lorsque le juge étranger n'y a pas déjà procédé.

1. En effet, dans la situation où les droits fondamentaux étrangers ont été appliqués pour délimiter l'effet spatial de la règle étrangère applicable, le juge du *for* devrait simplement se référer à *lex causae* telle qu'elle a été hiérarchisée³⁷. Cette hypothèse trouve une illustration à partir de l'arrêt *Google LLC*.

Ce dernier fournit, tout d'abord, une règle de principe concernant l'effet européen du droit au déréférencement. Elle peut être appliquée par le juge d'un État tiers dont le droit international privé aurait désigné applicable le droit d'un État membre sans difficulté notable.

Mais la Cour de justice renvoie, ensuite, à une mise en balance casuistique et exceptionnelle aux fins d'étendre ou de restreindre cet effet spatial de principe. Cette configuration n'est pas inconnue puisqu'elle est comparable à celle dans laquelle le juge doit appliquer une norme étrangère qui lui confère une marge d'appréciation. Il doit simplement œuvrer comme le ferait son équivalent étranger et donc mettre en œuvre les

³⁵ P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », Rec. Cours La Haye, t.327, 2007, p.9, spéc., p.199, n°186.

³⁶ *Ibid.*, spéc. p.205, n°190.

³⁷ J.-S. Bergé, « Lieux et formes d'application du droit étranger soumis à un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité », in G. Cerqueira et N. Nord (dir.), *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, Société de législation comparée, 2017, p.17, spéc. p.32.

droits fondamentaux en suivant les prescriptions de la *lex causae*. Le juge d'un État tiers pourrait appliquer, d'une part les standards nationaux d'un État membre en respectant la méthodologie qui y préside ainsi que les éventuelles indications qui auraient été délivrées par la jurisprudence étrangère. Et, d'autre part, il devrait vérifier que n'est pas compromis « le niveau de protection prévu par la charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'union »³⁸. Cela ne pourra rendre la tâche du juge que plus complexe au regard des difficultés à déterminer la teneur du droit étranger applicable et à appréhender l'intrication des ordres juridiques européens et nationaux, voire impossible si une saisine de la Cour de justice s'avère nécessaire³⁹.

Reste une question, celle de la portée matérielle à donner à la hiérarchisation qui a été opérée dans l'ordre juridique étranger. Pour prendre l'exemple de l'arrêt *Google LLC*, le dit pour droit en limite littéralement la portée à l'exercice du droit au déréférencement quand le raisonnement paraît largement transposable aux autres droits de la personne concernée, notamment le droit à l'effacement⁴⁰, susceptibles de mettre en cause la liberté d'expression. L'analogie doit-elle être considérée comme l'application des règles d'interprétation étrangères à un droit d'ores et déjà hiérarchisé, auquel cas le juge saisi pourra lui-même y procéder ? Ou bien comme une hiérarchisation qui reste à mettre en œuvre ?

2. Lorsque la délimitation de l'effet spatial de la règle applicable n'a pas encore été esquissée par l'ordre juridique désigné compétent, le point déterminant tient à la qualification de la délimitation de l'effet spatial des normes par les droits fondamentaux. Est-ce une « question d'interprétation »⁴¹ qui pourrait être réalisée par le juge saisi ?

À cet égard, l'arrêt *Google LLC* présente une configuration particulière. La règle en cause, comme d'ailleurs l'ensemble du RGPD, concrétise un droit fondamental, celui à la protection des données⁴² dont la relativité justifie un effet spatial limité. Autrement dit, ce dernier découle d'une interprétation du droit de l'Union qui peut être opérée par le juge d'un État tiers, sauf à ce que soit nécessaire l'intervention d'un juge sans équivalence fonctionnelle avec le juge saisi⁴³.

La question est plus ardue lorsque la norme en cause ne concrétise pas le droit fondamental qui pourrait présider à la délimitation de l'effet spatial. Par exemple, la liberté d'expression pourrait prévaloir sur l'intérêt objectif pour une partie seulement de l'espace numérique. Dans cette situation, le caractère matériel de l'opération de délimitation ne suffit plus à qualifier l'opération d'interprétation⁴⁴ dès lors qu'elle procéderait uniquement de la hiérarchie des normes étrangères. Le dilemme qui

³⁸ CJUE, Gde ch., Åkerberg Fransson, *préc.*, pt.29 ; CJUE, Gde ch., Melloni, *préc.*, pt.60.

³⁹ V. *infra*.

⁴⁰ Art.17 RGPD.

⁴¹ Sur cette qualification appliquée à l'autolimitation du domaine spatial de la règle de droit, P. Kinsch, *loc. cit.*, spéc. n°5.

⁴² Art.1 RGPD.

⁴³ V. *infra*.

⁴⁴ Comp., sur l'autolimitation du domaine spatial de la règle de droit, P. Kinsch, *loc. cit.*, spéc. n°5.

s'impose alors au juge saisi⁴⁵ est patent : il ne doit pas déterminer l'effet spatial du droit étranger au risque de méconnaître la souveraineté étrangère mais peut-il faire produire à une règle étrangère un effet spatial qu'elle n'aurait pas d'après son propre juge ? Lorsque la délimitation spatiale est subordonnée à l'intervention d'une juridiction sans équivalence fonctionnelle avec le juge saisi (juge constitutionnel, juge administratif, juge supranational), ce dernier est alors dans l'impossibilité de se prononcer sans méconnaître « la *compétence exclusive étrangère*, voir le *pouvoir juridictionnel étranger* »⁴⁶. Ainsi le juge d'un État tiers ne pourrait-il borner lui-même l'effet spatial d'une norme issue du droit de l'Union dès lors que l'ordre juridique désigné compétent impose de recourir au renvoi préjudiciel à la Cour de justice⁴⁷. En revanche, pour les cas dans lesquels le juge judiciaire d'un État tiers pourrait statuer lui-même sur la délimitation spatiale des normes de son ordre juridique par les droits fondamentaux, l'équivalence fonctionnelle avec le juge saisi porte le dilemme précédemment décrit à son paroxysme. Certes, il ne s'agit pas de censurer la norme étrangère. Mais le juge saisi est appelé à moduler l'effet juridique d'une règle de droit étrangère, ce qui ressort de l'exercice de sa compétence par le législateur étranger. Les règles de droit international public y font manifestement obstacle, sauf à réserver l'hypothèse dans laquelle la délimitation à opérer serait manifeste⁴⁸. Tel pourrait être le cas lorsqu'il existe déjà un point de vue abstrait de l'ordre juridique désigné compétent sur une situation comparable, comme du droit au déréférencement au droit à l'oubli, le premier étant une déclinaison du second.

Contre-intuitivement, ces complications dans l'application des règles de droit étranger dont l'effet spatial est encore incertain quant à la délimitation de l'effet spatial de ses règles de droit ne sont pas nécessairement aplanies lorsque les États ont en partage des sources européennes ou internationales de droits fondamentaux.

B. Par des sources en partage avec la *lex fori*

La convention européenne des droits de l'homme, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore la convention internationale sur les droits de l'enfant sont autant d'exemples de sources potentiellement communes à l'ordre juridique désigné compétent et à celui du *for*. Cette communauté de droits fondamentaux simplifie ou complexifie la délimitation *lege causae* suivant qu'il existe un organe juridictionnel à même d'en assurer une interprétation uniforme et dont l'autorité s'étend aux deux ordres juridiques concernés.

1. Lorsqu'une interprétation uniforme du texte peut être délivrée par une juridiction, la solution paraît simple. Les deux ordres juridiques concernés étant liés par cette interprétation, il n'est nul besoin de s'interroger sur la prévalence du point de vue de l'un d'eux.

⁴⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Le conflit hiérarchique étranger de normes devant le juge judiciaire français. Application à la constitutionnalité et à la conventionnalité de la loi étrangère », in G. Cerqueira et N. Nord (*dir.*), *op. cit.*, p. 49, spéc. n°2 et s.

⁴⁶ P. de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, spéc. n°16 ; souligné par l'auteur.

⁴⁷ Art. 267 TFUE.

⁴⁸ Rapp. P. de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, spéc. n°21.

Le seul organe à même de garantir effectivement une interprétation uniforme du droit dans différents ordres juridiques nationaux est la Cour de justice de l'Union. En effet, le renvoi préjudiciel en interprétation lui permet de donner un sens au droit primaire et dérivé qui s'impose à l'ensemble des États membres⁴⁹. Cela suppose, toutefois, que l'action d'un État membre soit entièrement déterminée par le droit de l'Union. L'interprétation délivrée par la Cour de justice s'impose alors à l'ordre juridique désigné compétent comme à celui dont le juge est saisi. Mais l'arrêt *Google LLC* rappelle l'existence de situations dans lesquelles le droit de l'Union ne détermine pas entièrement l'action des États membres. S'appliquent alors les standards nationaux de protection des droits fondamentaux – situation déjà envisagée de la délimitation *lege causae* de l'effet spatial des normes⁵⁰ – sous réserve qu'elle « ne compromette pas le niveau de protection prévu par la charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'union »⁵¹. La marge de manœuvre conférée est ainsi encadrée par une condition qui est, elle, d'interprétation uniforme. Qui plus est, dans les deux cas précédemment envisagés, toute difficulté d'interprétation justifiera un renvoi préjudiciel en interprétation sans que la compétence exclusive étrangère n'y fasse obstacle. Le juge du *for*, par hypothèse celui d'un État membre, peut légitimement saisir la Cour de justice d'une question relative à la délimitation de l'effet spatial du droit de l'Union intégré à l'ordre juridique désigné compétent par les standards européens ou nationaux.

Il n'est pas certain que l'autre juridiction supranationale européenne, la Cour EDH, assure l'interprétation uniforme de la convention européenne des droits de l'homme⁵². Telle n'est pas sa mission première⁵³. Ses arrêts ont une autorité limitée puisque déclaratoires⁵⁴. La convention ne prévoit pas que la décision rendue contre un État soit obligatoire à l'égard des autres. Et le volontarisme de la Cour de cassation française⁵⁵ n'y remédie pas véritablement⁵⁶. S'il manifeste que le juge français admet l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour EDH, elle repose sur un fondement fragile. En revanche, entre États membres l'autorité de la chose interprétée trouve un fondement dans le mécanisme de correspondance établi par l'article 52.3 de la charte. En effet, les dispositions de la charte qui correspondent aux droits garantis par la convention EDH doivent avoir le même sens et la même portée que ces derniers. Mais cela suppose l'applicabilité de la charte, et ouvre donc la compétence de la Cour de justice.

Par ailleurs, et s'agissant toujours de la Cour EDH, des questions inédites telle que celle objet de la présente étude font échec à une véritable interprétation uniforme dès lors

⁴⁹ CJCE, 27 mars 1963, C-28 à 30/62, *Da Costa*, Rec. 59.

⁵⁰ Cf. I.A.

⁵¹ CJUE, Gde ch., Åkerberg Fransson, *préc.*, pt.29 ; CJUE, Gde ch., Melloni, *préc.*, pt.60.

⁵² Comp., J.-S. Bergé, *loc. cit.*, spéc. p.22.

⁵³ Elle a pour mission « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes » de la convention et de ses protocoles (art.19 Conv.EDH).

⁵⁴ Art. 46 Conv.EDH. V., en complément, F. Sudre, L. Ilano, H. Surré et B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2021, 15^{ème} éd., n°250 et s.

⁵⁵ V. sur la large autorité reconnue aux arrêts de la Cour EDH, Ass. plén., 15 avr. 2011, n°10-17.049, *Constitutions* 2011, p.326, obs. A. Levade, *Dr. Pénal* 2011, comm.72, obs. M. Haas et A. Maron, *JCP G* 2011, 756, obs. J. Pradel, *RSC* 2011, p. 410, obs. A. Giudicelli, *RTD civ.* 2011, p.725, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁶ Comp., J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, 7^{ème} éd., p.187 et s.

qu'elle n'intervient qu'*a posteriori*⁵⁷. Et, principe de subsidiarité oblige, la procédure qui permet d'obtenir un avis seulement consultatif⁵⁸ dans le cadre d'une procédure en cours est réservée aux « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »⁵⁹. Pour résumer ce qui précède, la Cour EDH ne peut résoudre d'elle-même les divergences d'interprétation. Toujours est-il qu'en présence d'un arrêt pertinent de la Cour EDH, certains États pourront déduire du volontarisme de leur ordre juridique une autorité de la chose interprétée propre à lier chacun des deux ordres juridiques concernés. En l'absence d'un tel arrêt ou d'un tel volontarisme, il conviendra de traiter la situation comme s'il n'existait pas de juridiction assurant une interprétation uniforme de l'instrument de protection des droits fondamentaux partagé.

Enfin, et même à considérer que les deux juridictions européennes assurent une interprétation uniforme de leur catalogue de droits fondamentaux, toute interprétation divergente d'un État à un autre n'est pas à exclure. En effet, dans les deux ordres juridiques européens, l'interprétation peut être légitimement⁶⁰ modulée par la prise en compte des particularismes nationaux⁶¹.

2. Lorsqu'il n'existe pas d'organe juridictionnel assurant une interprétation uniforme ou lorsque, malgré cet organe, une interprétation divergente de l'instrument commun se fait jour, le juge saisi devra décider laquelle privilégier. Celle de l'ordre juridique désigné compétent, pour peu que la hiérarchie des normes y a été appliquée, ou celle qui pourrait être faite dans l'ordre juridique du *for*.

La question n'est pas inconnue du droit international privé. Elle fut posée à la Cour de cassation dans l'affaire *Hocke*, s'agissant des interprétations divergentes de la loi uniforme sur la lettre de change par les juridictions françaises et allemandes⁶². Sa chambre commerciale considéra, en somme, que « le conflit de jurisprudences est un conflit de lois »⁶³ puisque l'interprétation fait corps avec le texte qu'elle éclaire. Comme la Cour permanente de justice internationale l'a affirmé, « ce sont les lois [d'un État], telles qu'elles sont appliquées [dans cet État], qui constituent en réalité le droit [de cet État] »⁶⁴ ; « ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est entré en vigueur »⁶⁵. En outre, l'interprétation donnée par le juge étranger n'est-elle pas la mieux à même de

⁵⁷ Sur la condition de recevabilité de la requête devant la Cour EDH tenant à l'épuisement des voies de recours, art. 35.1 conv.EDH.

⁵⁸ art.5 du Protocole 16.

⁵⁹ art.1.1 du Protocole 16.

⁶⁰ Il existe également des réserves prétoriennes de sauvegarde constitutionnelle, sur lesquelles voir, en matière de protection des données, CE, ass., 21 avr. 2021, n°393099, 394922, 397844, 397851, 424717 et 424718, French Data Network e.a., *JCP G* 2021, 659, A. Iliopoulou-Penot.

⁶¹ V., notamment, en droit de l'Union européenne, art.4.2 TFUE, art.67.1 TFUE et art.22 CDFUE ; v. notamment, sur la prise en compte de la variation des traditions culturelles d'un pays à un autre, Cour EDH, 24 févr. 1994, req. n°15450/89, Casado Coca c. Espagne, §54, *AJDA* 1994, p.511, obs. J.-F. Flauss.

⁶² Com., 4 mars 1963, *JDI* 1964, p.806, note B. Goldman, *Rev. crit. DIP* 1964, p.235, note P. Lagarde.

⁶³ P. Malaurie, « Loi uniforme et conflits de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1964-1966, p.83, spéc. p.96.

⁶⁴ CPIJ, 12 juill. 1929, Affaire des emprunts serbes, série A, n°20, spéc. p.46.

⁶⁵ CPIJ, 12 juill. 1929, Affaire des emprunts brésiliens, série A, n°21, spéc. p. 124.

traduire l'effet spatial voulu par le législateur étranger. Refuser de faire application de l'interprétation *lege causae* reviendrait pour le juge saisi à forcer l'application du droit étranger⁶⁶, qu'il s'agisse d'en réduire ou d'en étendre l'effet spatial, sans qu'il puisse y être donné de véritable motif.

Pour autant, si la délimitation *lege causae* doit prévaloir, elle ne s'analyse pas en une renonciation de l'ordre juridique du *for* à la délimitation *lege fori*. Cette dernière application des droits fondamentaux peut en effet procéder d'une autre logique que celle du conflit de lois. Reste à identifier laquelle.

Partie II - La délimitation *lege fori*

La démarche d'analyse doit ici être plus théorique que précédemment dès lors que l'hypothèse envisagée n'est pas celle de la délimitation *lege fori* de la loi du *for*, mais celle de la délimitation, par les droits fondamentaux du *for*, de l'effet spatial de loi étrangère désignée applicable. En d'autres termes, ces derniers peuvent-ils s'appliquer à la règle étrangère identifiée dans l'ordre juridique désigné compétent pour en circonscrire l'effet juridique ? Est-ce au *for* de déterminer les conséquences juridiques de l'application du droit étranger ? Cela ne revient-il pas à en réduire ou à en forcer indument les effets ? En somme, à quel titre le juge du *for* pourrait-il moduler l'effet spatial d'une règle en deçà ou au-delà de celui que lui donne l'ordre juridique dont elle relève ?

Que le juge saisi soit pris à nouveau dans un dilemme n'est pas à exclure. Toutefois, l'objectif de la délimitation *lege fori* – délimiter l'effet spatial d'une règle sans remettre en cause son application au cas d'espèce – ne peut être atteint par les méthodes traditionnelles du droit international privé (A), ce qui rendrait d'autant plus pertinente une approche fondée sur l'application directe des droits fondamentaux⁶⁷ (B).

A. Inadéquation des méthodes conflictuelles

Actuellement, seule l'exception d'ordre public international permet, devant le juge national saisi, l'application des droits fondamentaux du *for* à la règle de droit étrangère aux fins de vérifier sa régularité substantielle internationale⁶⁸. En effet, les catalogues européens, notamment, intègrent l'ordre public international du juge saisi⁶⁹ et leur

⁶⁶ Rappr. P. Mayer, *loc. cit.*, spéc. n°198.

⁶⁷ Sans l'intermédiaire d'un mécanisme de droit international privé. Sur les vives réactions suscitées par l'application des droits fondamentaux aux droits étrangers, v., notamment, L. Gannagé, « À propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques*, Dalloz, 2008, p.265.

⁶⁸ J.-S. Bergé, *loc. cit.*, spéc. p.23, P. de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, spéc. n°9 ; comp., prônant une application des droits fondamentaux dissociée de l'ordre public international mais pouvant être dotée des mêmes effets d'éviction du droit étranger, R. Legendre, *op. cit.*, n°404 et s.

⁶⁹ Civ.1^{ère}, 15 janv 2020, *préc.* ; voir également, sur l'intégration de la charte, mais en matière de reconnaissance et d'exequatur, CJUE, 25 mai 2015, C-559/14, Meroni, *D.* 2016, p.1636, note E. Bonifay, *JDI* 2016, comm.20, note L. Pailler, *Procédures* 2016, comm.231, obs. C. Nourissat, *Rev. crit. DIP* 2017, p.103, note D. Bureau et H. Muir Watt.

application aux droits étrangers⁷⁰ est subordonnée aux conditions de ce mécanisme qui intervient en aval de la règle de conflit de lois. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les raisons qui justifient l'affirmation selon laquelle l'exception d'ordre public international n'épuise pas le contrôle du respect des droits fondamentaux⁷¹, ce mécanisme manque surtout, et non sans paradoxe⁷², de la sophistication requise pour réaliser l'objectif qui est le nôtre. Ses modalités comme ses effets l'empêchent d'être l'instrument d'une délimitation de l'effet spatial du droit étranger.

1. La relativité de l'exception d'ordre public est de nature à la rapprocher de l'application des droits fondamentaux à la norme étrangère. En effet, la première ne joue généralement qu'en considération des circonstances de l'espèce⁷³. La règle étrangère n'est pas confrontée dans l'abstrait au contenu de l'ordre public international. C'est le résultat de son application au cas d'espèce qui déclenche le mécanisme, ce qui constitue un point commun avec l'application des droits fondamentaux généralement faite devant le juge judiciaire.

Mais la relativité pourrait *a priori* receler un autre aspect de nature à rapprocher l'exception d'ordre public international de la délimitation *lege fori* de l'effet spatial de la règle étrangère : l'ordre public de proximité. Cette expression désigne la réaction différenciée de l'ordre public international en fonction de l'intensité des liens de la situation avec le *for*⁷⁴. Des situations sans lien étroit avec le *for* pourront ainsi être régies par une loi quand elle serait écartée par l'exception d'ordre public s'agissant d'une situation particulièrement proche du *for*. Les liens pertinents sont généralement d'ordre personnel, comme la nationalité, ou territorial, comme le domicile ou à la résidence, et jouent au gré des circonstances de chaque espèce. Malgré la casuistique qui en résulte⁷⁵, deux raisons propres à ne pas permettre d'assimiler ordre public de proximité et délimitation de l'effet spatial des règles de droit étrangère ressortent des lignes tracées par la jurisprudence. La première tient au champ d'application matériel de l'ordre public de proximité. Aucune décision française n'a consacré son applicabilité à toute matière. À ce jour, il a uniquement été mis en œuvre à l'encontre de règles ou de décisions étrangères en matière familiale, et plus particulièrement en matière de divorce⁷⁶, de

⁷⁰ Les juridictions supranationales n'ont pas encore été confrontées à l'application du droit d'un État qui ne serait pas parti à l'instrument dont elles garantissent l'application et l'interprétation. Tout au plus ont-elles été saisi de l'application du droit musulman prévue par le droit grec (Cour EDH, Gde ch., 19 déc. 2018, req. n°20452/14, Molla Sali c. Grèce, *D.* 2019, p.316, obs. H. Fulchiron, *JDI* 2019, chron.7, obs. H. Apchain, *Rev. crit. DIP* 2019, p.1002, note Ch. Pamboukis, *RTD civ.* 2019, p.281, obs. J.-P. Marguénaud).

⁷¹ V., notamment, R. Legendre, *op. cit.*, n°276 et s.

⁷² Comp., faisant état de « l'absence de sophistication des raisonnements » qui accompagnent la mise en œuvre des droits fondamentaux, H. Muir Watt, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIE* 2013, p.59, spéc. n°5.

⁷³ Rares sont les clauses d'ordre public qui prévoient une réaction *in abstracto* de l'ordre juridique du juge saisi (v., par ex., art.10 Règl. (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ; CJUE, 16 juill. 2010, C-249/19, JE c. KF, *AJ fam.* 2020, p.595, obs. A. Boiché, *Europe* 2020, comm.325, obs. L. Idot, *Rev. crit. DIP* 2020, p.853, note S. Corneloup).

⁷⁴ V., pour exemple, Civ.1^{ère}, 1^{er} avr. 1981, *De Pedro*, n°79-13.959, *Bull.* n°117, *D.* 1982, IR, p.69, obs. B. Audit, *JDI* 1981, p.812, note D. Alexandre, *Deffrénois* 1982, p.353, note J. Massip.

⁷⁵ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le *funambule* et l'*arc-en-ciel*) », *RCADI* 2005, t.312, p.9 spéc. p.433 et s., n°500 et s.

⁷⁶ Civ.1^{ère}, 1^{er} avr. 1981, *De Pedro*, *préc.*

bigamie⁷⁷, de filiation⁷⁸ ou de répudiation⁷⁹. Son extension au-delà des questions de statut personnel est discutée en raison des facteurs de rattachements utilisés⁸⁰. Quoiqu'il en soit, et c'est la deuxième raison d'une impossible assimilation, aucun d'eux n'est pertinent en ce qui concerne la délimitation de l'effet spatial des règles de droit étrangères. Certes, cette dernière résulte de la prise en considération de l'accès à une information depuis un territoire donné⁸¹. Mais la résidence et le domicile sont des rattachements encore trop rigides dès lors qu'il suffit d'être sur un territoire donné pour accéder au contenu susceptible d'être affecté par la décision du juge saisi. Et la simple présence d'un individu n'exprime pas un rattachement suffisant pour justifier, dans la perspective du droit international privé français, la mise en œuvre de mécanismes fondés sur la proximité⁸².

2. Les effets de l'exception d'ordre public excluent plus certainement son assimilation à la délimitation *lege fori*. Lorsque le résultat auquel elle conduit au cas d'espèce est jugé choquant du point de vue du *for*, la règle étrangère désignée applicable par la règle de conflit de lois est évincée. À cet effet négatif s'ajoute un effet positif. Afin que le juge puisse trancher au fond, il y a « substitution de la loi française à la loi normalement compétente »⁸³, dans la stricte mesure de ce que l'incompatibilité du résultat de l'application du droit étranger requiert. Dans d'autres États, l'éviction d'une règle étrangère entraîne l'application d'une autre règle du droit étranger désigné compétent, qui n'est donc pas celle dont ce dernier souhaitait l'application⁸⁴.

La délimitation de l'effet spatial de la règle de droit est d'une autre nature. Certes, elle peut procéder de ce que le résultat d'application du droit étranger est jugé choquant par l'ordre juridique du *for*. Mais l'atteinte disproportionnée aux droits et libertés d'autrui résulte non pas du principe même de la solution déduite du droit étranger mais de l'étendue géographique de ses conséquences juridiques. Dès lors, remettre en cause l'applicabilité de la règle de droit emporte la substitution d'une autre règle sans nécessairement résoudre cette difficulté, sauf à lui substituer la loi du *for* pourvue d'un effet spatial délimité *lege fori*. En outre, la règle étrangère en cause ne peut être évincée pour une partie seulement de l'effet spatial qu'elle produit. Cela reviendrait à un

⁷⁷ Civ.1^{ère}, 6 juill. 1988, n°85-12.743, *Baaziz*, *Rev. crit. DIP* 1989, p.71, note Y. Lequette.

⁷⁸ Civ.1^{ère}, 10 févr. 1993, n°89-21.997, *Latouz*, *Bull. I* n°64, *D.* 1994, p.66, obs. J. Massip, *JDI* 1994, p.124, note I. Barrière-Brousse, *Rev. Crit. DIP* 1993, p.620, note J. FOYER.

⁷⁹ Civ.1^{ère}, 17 févr. 2004, n°01-11.549 et n°02-11.618, *Bull. I* n°47 et n°48, *D.* 2004, p.815, obs. P. Courbe, *ibid.*, p. 824, concl. F. Cavarroc, *JCP G* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron, *Gaz. Pal.* 2004, n°28, p.33, note M.-L. Niboyet, *JDI* 2004, p.1200, note L. Gannagé, *Rev. crit. DIP* 2004, p.423, note P. Hammje, *RTD civ.* 2004, p.367, note J.-P. Marguénaud.

⁸⁰ V., cantonnant l'ordre public de proximité aux seules questions de statut personnel, P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p.227, P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, *Droit international privé*, LGDJ, 2019, n°216 ; v., sur l'extension de ce mécanisme à d'autres matières, Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 2013, 10^{ème} éd., n°408.

⁸¹ CJUE, Gde ch., Google LLC, *préc.*, pts.63, 67, 69, 70 et 73.

⁸² V., sur la notion de proximité et la faiblesse du rattachement déduit de la présence d'un individu sur un territoire, P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, vol. 196, p.9, spéc. n°2 et 132.

⁸³ Civ.1^{ère}, 15 juill. 1963, *Bull.* n°392, *Rev. crit. DIP* 1964, p.732.

⁸⁴ Sur le droit international privé allemand, v. P. Lagarde, « Ordre public », *Rép. Dr. International*, Déc. 1998, n°68.

dépeçage forcé du droit applicable à une même question litigieuse ainsi qu'à porter atteinte à la cohérence du traitement de la situation. Or, « la substitution ne s'effectue que dans la mesure de ce qui est nécessaire, mais dans toute cette mesure »⁸⁵. Quoi qu'il en soit, la loi du *for* devrait se substituer au droit désigné applicable dans la mesure où l'effet spatial de ce dernier heurterait les valeurs du *for*. En somme, nous pourrions affirmer que ce mécanisme frappe trop fort, qu'il manque de finesse. Mais paradoxalement, il ne peut intervenir dans tous les cas où serait souhaitable une délimitation de l'effet spatial de la *lex causae*. Il doit demeurer exceptionnel, ce qui ressort notamment des termes du droit international privé de l'Union qui la subordonnent à une incompatibilité manifeste avec l'ordre public du *for*⁸⁶.

À l'inverse, la délimitation de l'effet spatial ne remet pas en cause l'applicabilité de la norme étrangère, mais la prive pour partie de l'effet juridique qui lui est attribué. Il n'est pas de substitution d'une règle à celle désignée applicable. Cette dernière s'applique mais produit un effet géographique différent de celui prévu par l'ordre juridique désigné compétent. Ce résultat n'est permis que par l'application directe des droits fondamentaux.

B. Application directe des droits fondamentaux

L'enjeu de la délimitation *lege fori* est de répondre de la façon la plus appropriée à l'application des droits fondamentaux aux règles de droit étrangère. À cet égard, l'application directe n'est pas une nouveauté⁸⁷. Elle n'impose pas l'éviction de la loi étrangère⁸⁸ sauf à ce qu'elle conduise à une solution qui, dans son principe même, est choquante. Mais l'employer aux fins de limiter l'effet spatial d'une règle qui n'appartient pas au même ordre juridique ne va pas sans soulever des difficultés.

1. La délimitation *lege fori* pourrait être perçue comme une immixtion directe du juge saisi dans le contenu de la règle de droit étrangère. *A priori* la réaction du *for* qui consiste à limiter l'effet juridique d'une règle est moins grave que celle qui consiste à évincer la loi étrangère, laquelle peut constituer une forme de stigmatisation. À regarder les choses simplement, dans un cas, il s'agit de refuser tout effet à la règle, dans l'autre de le limiter spatialement. Mais l'analyse est tout autre à considérer que la manœuvre consiste pour le juge saisi à moduler l'un des deux éléments structurels de la règle de droit étrangère sur le fondement de son propre droit, en d'autres termes à réécrire partiellement la règle de droit étrangère. En effet, par principe, l'égalité souveraine des États s'oppose à ce que les juridictions de l'un d'eux puissent s'ériger en juge d'un autre⁸⁹. Surtout, la souveraineté d'un État fait obstacle à ce qu'un pair puisse, par l'intermédiaire de son juge, se substituer à lui dans l'exercice de sa compétence législative⁹⁰.

⁸⁵ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1^{ère} éd., spéc. n°398.

⁸⁶ V., par ex., art.21 Règl. (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

⁸⁷ V., notamment, F. Marchadier, *op. cit.*, n°506 et s., R. Legendre, *op. cit.*, n°404 et s.

⁸⁸ Comp., sur la neutralité méthodologique des droits fondamentaux en matière de coordination normative, F. Marchadier, *op. cit.*, n°186 et s.

⁸⁹ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p.272.

⁹⁰ Rappr., sur la liberté des États induite de leur souveraineté, *Ibid.*, p.271.

Ces deux affirmations sont à nuancer dès lors que sont en cause des intérêts privés. En effet, le droit international privé constitue plus « un mode de régulation des situations juridiques comportant un élément d'extranéité [...] qu'une technique de délimitation de la sphère de compétence de différents États souverains »⁹¹. Ainsi, l'existence de l'exception d'ordre public manifeste déjà la possibilité pour le juge saisi d'apprécier la régularité substantielle du droit étranger à l'aune de ses propres valeurs. Non sans lien, la compétence législative d'un État n'est exclusive que sur son territoire. Et, à se placer dans la perspective du droit international public, c'est par exception que la loi d'un État peut être appliquée par un autre État⁹². Dans la perspective du droit international privé, la loi étrangère, dont ne persiste que l'élément rationnel, est dépourvue de son élément impératif lorsqu'elle est appliquée par un juge étranger⁹³. Certes, le juge saisi applique la règle étrangère pour trancher le litige au fond. Mais c'est bien au nom de l'ordre juridique du *for* qu'il rend la justice. Qui plus est, la délimitation *lege fori* des effets spatiaux ne modifie la teneur du droit étranger qu'en ce qu'il est appliqué par le juge du *for* au cas d'espèce. Le droit étranger demeure inchangé dans son ordre juridique d'origine, de sorte que la compétence législative étrangère n'est pas fondamentalement méconnue.

Reste que le droit étranger doit s'appliquer selon les règles de droit international privé du *for*. Et les règles françaises en la matière proscrivent la dénaturation du droit étranger⁹⁴. L'interprétation donnée au droit français ne peut-elle pas s'appliquer au droit étranger⁹⁵. La délimitation de l'effet spatial du droit au déréférencement *lege commune* ne pourrait être appliquée à une prérogative comparable attribuée à la personne concernée par un droit étranger.

2. En raison de sa source, la délimitation *lege fori* doit s'analyser comme un mécanisme correctif induit par l'injonction faite aux juges d'assurer le respect des droits fondamentaux, qu'ils soient d'origine nationale, européenne ou internationale. Cette injonction n'est pas exempte de nécessaires vérifications de l'applicabilité spatiale des droits fondamentaux, distincte pour chaque source. Ainsi, l'article 1^{er} de la convention EDH contraint les hautes parties contractantes à garantir le respect des droits qu'elle catalogue « à toute personne relevant de leur juridiction ». L'article 51.1 de la charte est moins précis lorsqu'il vise la mise œuvre le droit de l'Union. Si l'idée demeure que le juge saisi doit ainsi s'abstenir de prêter la main à la violation d'un droit fondamental par l'application d'une loi étrangère, la mise en balance requise ne pourra être limitée au contexte local lorsque la décision à adopter a vocation à affecter internet. Les droits fondamentaux nationaux, européens ou internationaux doivent-ils bénéficier à des personnes qui ne se trouvent pas sur le territoire d'un État lié par l'obligation de les respecter ? La réponse est positive. Que la décision ait un effet extraterritorial ne devrait

⁹¹ É. Pataut, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, LGDJ, 1999, Bibl. de Droit privé, t.298, spéc. p.9.

⁹² D. Carreau « État », *Rép. Dr. International*, sept. 2010, spéc. n°52.

⁹³ V., pour un aperçu et une discussion de cette distinction, P. Mayer, *op. cit.*, n°219 et s.

⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 21 nov. 1961, *Montefiore*, *Bull.* n°542, *JDI* 1962, p.686, note B. Goldman, *Rev. crit. DIP* 1962, p.329, note P. Lagarde.

⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Soc. Africatours*, n°95-15.262, *Bull.* I n°221.

pas avoir pour effet d'exclure l'applicabilité des droits fondamentaux en vigueur au *for*⁹⁶, et donc l'obligation de procéder à une délimitation *lege fori* sur leur fondement.

Toutefois, cette réalisation de l'obligation d'assurer le respect des droits fondamentaux pourrait apparaître comme une défiance à l'égard des droits étrangers, en décalage avec la tolérance qui imprègne traditionnellement et aujourd'hui encore le droit international privé. Le correctif de la délimitation *lege fori* pourrait ainsi être jugé plus sévère que l'exception d'ordre public car s'il maintient l'application du droit étranger, il procède d'une application directe des droits fondamentaux au droit étranger. Toutefois, la délimitation de l'effet spatial procède de l'idée même d'un respect très large des conceptions et contextes étrangers lesquels peuvent appeler des arbitrages distincts d'un État à un autre⁹⁷. La balance des intérêts retenue par le droit étranger pourra être conservée pour les personnes accédant à internet depuis le territoire concerné et être simplement modifiée pour les autres territoires d'accès, en fonction de chacun des contextes nationaux. En outre, cette application directe des droits fondamentaux est subsidiaire, c'est-à-dire limitée à la situation dans laquelle les droits fondamentaux *lege causae* ne sont pas d'ores et déjà interprétés comme susceptible de limiter l'effet spatial des règles, ou ne donnent pas lieu à une délimitation satisfaisante. En d'autres termes, la délimitation *lege fori* devrait demeurer exceptionnelle.

Enfin, la délimitation *lege fori* peut se réclamer d'une politique jurisprudentielle inaugurée par la Cour de justice dans son arrêt *Google LLC*. Elle y affirme qu'un dérèglement mondial serait le moyen le plus approprié de réaliser l'objectif de garantir un niveau élevé de protection des données à caractère personnel avant de concéder une modération de cette prérogative tirée du droit de l'Union et de laisser aux États le soin de décider d'une échelle différente de l'effet européen de principe. Le *self-restraint* de la Cour de justice, qui s'est refusé à ce qu'un juge d'un État membre puisse imposer sans nuance le standard européen de la protection des données à l'ensemble du monde, ne saurait s'accommoder d'un effet spatial indifférencié conféré aux règles de droit d'États tiers. Elle manifeste un refus que puisse être modifié unilatéralement le contenu de l'espace commun qu'est internet sans justification au regard des intérêts en concours, et ce afin de préserver le libre accès à l'information⁹⁸ et la liberté d'entreprendre. La délimitation *lege fori* pourrait ainsi venir sanctionner l'absence de *comitas* des juridictions des États tiers.

La délimitation de l'effet spatial des règles de droit par les droits fondamentaux n'est encore qu'une esquisse dans l'arrêt *Google LLC* ainsi que dans la présente étude. Seul son principe en a été discutée. Théoriquement envisageable, quoi qu'elle ne manquera pas de susciter des débats, elle est en pratique difficile à mettre en œuvre. Dans l'absolu, elle requiert des connaissances trop étendues de la protection des droits et libertés dans

⁹⁶ F. Sudre e.a., *op. cit.*, n°210.

⁹⁷ V., à titre d'illustration, CJUE, Gde ch., *Google LLC*, *préc.*, pts.59 et 67.

⁹⁸ Comp., concl. de l'avocat général Maciej Szpunar sous l'arrêt *Google LLC*, pt.61.

les autres États. Serait-elle, de ce fait, réduite à ne permettre de limiter l'effet spatial d'un droit étranger qu'à l'échelle nationale ou européenne à défaut pour le juge d'être concrètement en mesure de se prononcer à une autre échelle ?

Plaidoyer pour un meilleur accueil par la Cour européenne des droits de l'homme des requêtes fondées sur le défaut d'accessibilité

Delphine Tharaud*

Le mantra de la Cour de Strasbourg est bien connu des spécialistes de protection européenne des droits de l'Homme : La Cour protège « des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »⁹⁹. Or, lorsqu'il est question de l'accessibilité pour les personnes présentant un handicap, c'est-à-dire littéralement la possibilité d'accéder à un lieu ou un service, il n'est pas difficile d'identifier l'aura de l'effectivité des droits. Dès lors, le juriste, mais également le citoyen, s'attend assez naturellement à un déploiement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH » ou « Cour ») en faveur de la protection de l'accessibilité, sans laquelle les personnes handicapées ne peuvent être considérées que comme des citoyens de seconde zone.

L'enjeu est d'autant plus essentiel que le défaut d'accessibilité offre un double niveau de potentielle rupture égalitaire. Initialement, elle relève d'une question de prise en compte de la différence objective et de la nécessité de la « disparition des frontières architecturales »¹⁰⁰ afin de réaliser une égalité en pratique¹⁰¹. Mais elle trouve un relai subjectif dans le fait que le refus de la mise en place de telles mesures conduit à considérer l'inégalité comme provenant d'une discrimination. Autrement dit, le désintérêt montré concernant les mesures d'accessibilité relève de la méconnaissance ou du mépris envers la situation des personnes présentant un handicap et constitue donc un biais social. Cet enchevêtrement de perspectives, qui participe à la mutation du principe d'égalité¹⁰² vers plus d'effectivité, laisse une place prépondérante à la norme juridique, laissant la norme sociale au second plan. En effet, c'est la législation qui doit permettre, par la contrainte et la sanction au besoin, la mise en place d'un environnement accessible à tous les citoyens. Ainsi, la France s'est dotée de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées,

* Maîtresse de conférences HDR en droit privé, Université de Limoges – OMIJ.

⁹⁹ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire « Linguistique belge »*. Dans le cadre de l'accessibilité : Cour EDH, 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08.

¹⁰⁰ Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 1185 (1992) du 7 mai 1992 relative aux politiques de réadaptation pour les personnes ayant un handicap.

¹⁰¹ Cependant, il faut bien comprendre que la distinction entre différence objective et subjective est ici considérablement complexe à dénouer, le fait de penser la société au seul prisme des personnes valides pouvant être considéré comme en soi une discrimination. Ici naît la perception d'une société validiste où les personnes handicapées ne bénéficient que d'une considération amoindrie et dans la mesure où elles ne dérangent pas l'ordre établi par et pour les valides.

¹⁰² Sur cette idée, voir François Cafarelli, « L'accessibilité des bâtiments aux personnes handicapées : vers une mutation du principe d'égalité ? », *RDLF* 2011, chron. n°10.

qui « portait la promesse d'une transformation majeure de la société »¹⁰³. L'accessibilité aux lieux, aux espaces publics et aux prestations prenait une place importante parmi les grands principes alors initiés. Cependant, comme souvent en matière de recherche d'égalité réelle, la frustration face à la lenteur des améliorations effectuées ou leur caractère limité s'est substituée à l'espoir initialement généré¹⁰⁴. Parmi les éléments pouvant expliquer ces difficultés, la diversité des handicaps et les déclinaisons que doit connaître l'accessibilité pour y répondre efficacement ont une part importante. Ainsi, pour ne prendre que l'exemple des personnes à mobilité réduite parmi tous les handicaps appelant à des aménagements¹⁰⁵, l'accessibilité à un poste de travail comprend l'accès au bâtiment (parking ou transport en commun accessible, rampe d'accès et ouverture de porte adaptée), les déplacements au sein du bâtiment (portes suffisamment larges, ascenseur permettant d'accueillir un fauteuil roulant), l'accès aux services et lieux utiles (accès aux lieux de pause, de prise des repas, aux toilettes ou autres bureaux du service) et bien évidemment un poste de travail adapté.

Malgré ces difficultés, la Cour, armée de l'étendard de la quête d'effectivité des droits, d'une jurisprudence active où la différence de situation doit conduire à la différence de traitement pour une pleine égalité¹⁰⁶ et d'une dynamique de l'accès (à l'avocat, au juge, à une prestation sociale) apparaît logiquement comme la locomotive de la garantie de l'accessibilité.

Sans maintenir le suspens inutilement, il nous faut démentir cette impression pourtant logique. La jurisprudence concernant le handicap dans son ensemble semble volontariste, mais elle s'avère bien plus étriquée lorsque la question porte sur l'accessibilité. Comble du paradoxe, la protection de l'accessibilité bloque souvent sur l'accès à la Cour. En effet, ces dernières années, le cap essentiel à franchir par les personnes handicapées est celui de la recevabilité de leur requête et la jurisprudence s'étoffe essentiellement par des décisions d'irrecevabilité successives. Ainsi, malgré une affirmation extrêmement énergique de grands principes protecteurs (**Partie I**), ceux-ci se trouvent étouffés au stade la recevabilité de la requête (**Partie II**).

Partie I - L'énergique affirmation de principes protecteurs

Sur le plan des principes théoriques, l'accessibilité recèle une double dynamique qui démontre que la Cour est consciente des enjeux pour les personnes présentant un handicap. Tout d'abord, l'accessibilité relève d'une problématique essentielle d'égalité entre les personnes en situation de handicap et celles qui ne le sont pas (**A**). Ensuite, au-delà de la seule comparaison des situations, l'enjeu de l'accessibilité est l'accès à la Cité et au développement des relations dans un contexte personnel. Elle doit donc être considérée comme un enjeu social crucial (**B**).

¹⁰³ Diane Roman, « Reconnaissance du handicap et effectivité des droits, 10 ans d'application de la loi handicap », *RDLF* 2016, chron. n°19.

¹⁰⁴ Jean-Marc Pastor, « L'agenda d'accessibilité programmée au secours de la loi du 11 février 2005 », *D. act.*, 28 février 2014.

¹⁰⁵ Par exemple, la surdité ou la cécité doivent engager d'autres aménagements.

¹⁰⁶ Cour EDH GC, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97.

A. L'accessibilité, pilier égalitaire

L'accessibilité suppose l'adaptation pratique de l'accès à des lieux ou services. Celle-ci bénéficie de l'appui complet du principe d'égalité. Il s'agit ainsi qu'une adaptation qui doit être effectuée à différents niveaux, individuel et catégoriel, (1) et qui s'adosse à la protection offerte par la clause d'interdiction des discriminations (2).

1. Une protection individuelle et catégorielle

L'accessibilité constitue le point nodal de la question du handicap. C'est sa concrétisation qui permet l'effectivité de l'exercice de leurs droits par les personnes concernées. C'est par l'accessibilité que débute la protection et la garantie des droits. Le fil d'Ariane utilisé afin de permettre l'évolution de la prise en compte des différences nécessitant une action est celle de l'égalité. En effet, les barrières architecturales qui s'imposent aux personnes présentant un handicap créent une différence qui relève de l'inégalité factuelle lorsqu'elles ne sont pas prises en compte. Celle-ci peut aussi bien s'exprimer en matière de service public qu'en matière de logement, de travail ou encore d'instruction. La recherche de l'accessibilité emprunte alors le chemin de la mécanique égalitaire. La Cour précise bien à cet égard que la différence doit être prise en compte à plusieurs niveaux : catégoriel et individuel. Sur le plan catégoriel, il s'agit d'une accessibilité que l'on pourrait définir comme classique au sens où il s'agit de réagir à une forme de handicap répandue (construire une rampe d'accès pour les personnes à mobilités réduites, utiliser les avertisseurs sonores pour les personnes aveugles...). Sur le plan individuel, il faut tenir compte des spécificités présentées par une personne ou par une situation¹⁰⁷. Cela suppose une forme d'adaptation plus précise généralement appelée aménagement raisonnable. La Cour rappelle fréquemment qu'une protection efficiente doit tenir compte de l'ensemble de ces niveaux d'adaptation¹⁰⁸. De ce point de vue, c'est le droit à l'instruction et l'accès à des formations artistiques ou universitaires qui a permis à la Cour d'explorer ces différentes strates d'actions étatiques. Un véritable accès universel suppose que la question de l'accessibilité soit identifiée comme une obligation générale par la législation interne, aux acteurs de trouver ensuite des solutions adaptées au handicap présenté par l'étudiant qu'il s'agisse d'une cécité¹⁰⁹ ou des difficultés liées à une mobilité réduite¹¹⁰. L'accessibilité est donc entendue comme l'expression d'un droit objectif par une règle de droit générale et s'imposant à tous et d'un droit subjectif bénéficiant à toute personne handicapée¹¹¹.

2. Une protection par la clause de non-discrimination

¹⁰⁷ La Convention relative aux droits des personnes handicapées définit ainsi les aménagements raisonnables dans son article 2: « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée ».

¹⁰⁸ Cour EDH, 23 févr. 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08 ; Cour EDH, 30 janv. 2018, *Şahin c. Turquie*, req. n° 23065/12.

¹⁰⁹ Cour EDH, 23 févr. 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08.

¹¹⁰ Cour EDH, 30 janv. 2018, *Şahin c. Turquie*, req. n° 23065/12.

¹¹¹ Augustin Boujeka, « Accessibilité », in D. Tharaud et C. Boyer-Capelle (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021, p. 15.

L'accessibilité touche l'égalité en son cœur car elle permet de mobiliser la notion de discrimination. En effet, l'accessibilité, qui naît de la différence objective entre les personnes souffrant d'un handicap et celles qui ne sont pas concernées, devient le produit de la discrimination lorsque, malgré la connaissance de la différence, les difficultés subies n'entraînent aucune réaction. Le mépris ou l'ignorance des difficultés d'accessibilité vécues par les personnes présentant un handicap constituent dès lors une forme de discrimination¹¹². Cette considération produit des effets techniques importants dans le cadre de la mobilisation de la Convention européenne des droits de l'homme. Tout d'abord, l'accessibilité devient une problématique protégée par l'article 14 qui contient la clause de prohibition des discriminations. L'absence du handicap parmi les motifs de discrimination inscrits dans la liste n'a pas été un obstacle pour la Cour afin de l'adjoindre aux motifs initiaux¹¹³, aidée pour cela par une liste conçue comme non exhaustive. Ensuite, le rattachement à la question discriminatoire offre à l'accessibilité un panel important de techniques conventionnelles qui tissent la réalisation effective de l'égalité au bénéfice des personnes présentant un handicap. Premièrement, l'accessibilité se lit par le prisme de l'article 14 dont on connaît l'absence d'indépendance. Il convient donc de lier le défaut d'accessibilité à un autre droit comme le droit au respect de la vie privée ou le respect du domicile pour ne reprendre que les points les plus évidents¹¹⁴. Deuxièmement, l'absence d'accessibilité relève en pratique du défaut d'action. Cette question doit alors être traitée sous l'angle des obligations positives de l'Etat et parfois de l'effet horizontal de la Convention lorsque le défaut d'accessibilité provient d'une personne privée. Ce point constitue une limite forte à la protection de l'accessibilité puisque l'arrêt *Botta c. Italie*, première affaire notable en la matière, s'y est douloureusement heurté lorsqu'il s'est agi pour le requérant de défendre son droit d'accéder à une plage malgré l'absence d'aménagement de la part d'un établissement de bains¹¹⁵. Troisièmement, dernier élément technique qui dérive des obligations positives, l'accessibilité suppose une action de l'Etat par une différence de traitement. Dès lors, il faut pouvoir articuler la requête autour de l'idée selon laquelle la différence de situations doit conduire à une différence de traitement¹¹⁶. Or, la Cour peut toujours parvenir à admettre une justification de l'absence de différenciation¹¹⁷. Pour terminer, le handicap est traditionnellement un motif permettant à diverses formes de discrimination de s'exprimer, notamment la discrimination indirecte (où le critère en apparence neutre défavorise dans les faits une catégorie de personnes)¹¹⁸ et particulièrement la discrimination par association (où c'est un proche de la personne

¹¹² Cour EDH, 23 févr. 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08 ; Cour EDH, Déc., 8 novembre 2016, *Sanlısoy c. Turquie*, req. n° 77023/12 ; Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n° 23065/12.

¹¹³ Cour EDH, 22 février 1994, *Burghatz c. Suisse*, req. n° 16213/90.

¹¹⁴ Le protocole 12 qui donne toute son indépendance à la prohibition des discriminations reste peu ratifié. Notamment, la France a toujours indiqué son refus de le faire.

¹¹⁵ Cour EDH GC, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n° 21439/93.

¹¹⁶ Cour EDH GC, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97.

¹¹⁷ Tout comme l'Etat peut justifier d'une différenciation, l'absence de différenciation peut être justifiée. Sur les justifications, voir Frédéric Sudre et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2019, 9^{ème} édition, p. 113 et s.

¹¹⁸ Cour EDH, 22 mars 2016, *Gubezina c. Croatie*, req. n° 23682/13.

présentant la caractéristique qui est discriminé)¹¹⁹. Cette assise égalitaire complète sert à développer une protection à forte coloration sociale.

B. L'accessibilité, pilier social

La Cour se montre extrêmement généreuse sur le plan du vocabulaire et des notions qui viennent nourrir la nécessité de l'accessibilité. Elle emprunte un vocabulaire aussi bien classique que novateur afin de permettre aux personnes handicapées d'être elles-mêmes, mais également d'être elles-mêmes en compagnie des autres. Dans ce registre, la question de l'accessibilité bénéficie alors de la protection conventionnelle classique de l'autonomie personnelle (1), mais également, de manière plus inédite, de l'autonomie sociale (2).

1. La protection de l'autonomie personnelle

La Cour reprend très régulièrement les idées fortes développées par la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU¹²⁰ et les recommandations du Conseil de l'Europe¹²¹ selon lesquelles il faut garantir « la possibilité pour les personnes souffrant d'un handicap de vivre de façon autonome et dans le plein épanouissement du sentiment de dignité et d'estime de soi est d'une importance capitale »¹²². En des termes plus typiquement strasbourgeois se dessine la notion de « qualité de la vie » des requérants¹²³.

Plus précisément, c'est la notion d'autonomie personnelle découverte au sein de l'article 8 dans l'arrêt *Pretty*¹²⁴ qui est naturellement mobilisée à titre principal lorsque l'accessibilité en jeu. L'autonomie personnelle déborde alors du seul article 8 pour devenir un pilier de l'approche de l'égalité réelle au bénéfice des personnes handicapées. Elle est ainsi utilisée dans le contentieux récurrent du droit à l'instruction contenu dans l'article 2 du protocole additionnel 1¹²⁵. Concrètement, l'autonomie personnelle constitue avant tout la possibilité pour la personne de mener sa vie dans les mêmes conditions qu'une personne ne présentant pas de handicap. Il s'agit d'une liberté d'accéder à des choix personnels et familiaux au même titre que tout individu. Si la Cour peut indiquer classiquement que « la liberté de faire ses propres choix » est « l'essence même de la Convention »¹²⁶, on comprend son caractère crucial lorsque le requérant présente un déficit initial sur ce terrain. Le handicap constitue une limitation des choix

¹¹⁹ La discrimination par association a d'ailleurs été découverte en premier lieu par la Cour de Justice dans le contexte du handicap : CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

¹²⁰ Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

¹²¹ Recommandation du Comité des ministres n°R(92)6 du 9 avril 1992 relatif à une politique cohérente pour les personnes handicapées ; Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil européen 1185(1992) du 7 mai 1992 relative aux politiques de réadaptation pour les personnes ayant un handicap.

¹²² Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n°23065/12 ; voir également, Cour EDH, 23 févr. 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08.

¹²³ Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02 ; Cour EDH, Déc., 5 février 2013, *Bayrakci c. Turquie*, req. n°2643/09.

¹²⁴ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n°2346/02.

¹²⁵ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n°23065/12.

¹²⁶ Ibid.

offerts à l'individu et pour lesquels l'Etat a un devoir d'ouverture afin d'effacer les disparités entre les personnes présentant un handicap et les autres. Or, l'accessibilité concerne l'ensemble des choix de vie, uniques comme plus répétitifs, essentiels comme plus quotidiens. L'autonomie personnelle trouve alors un relai dans la notion de droit au développement personnel qui lui permet de glisser vers un volet plus explicitement social¹²⁷ en incluant les rapports avec les autres.

2. La protection de l'autonomie sociale

L'accessibilité permet de reprendre le volet social de l'article 8 et engendre des problématiques sur l'identité aussi bien physique que sociale de l'individu¹²⁸. Dès lors, « le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur » peut être mobilisé¹²⁹. La Cour a même utilisé la notion de vivre-ensemble découverte en matière de liberté de religion dans le contexte de l'accessibilité¹³⁰.

L'arrêt *Enver Sahin* est riche du point de vue de ce qu'est l'autonomie sociale. Il exprime l'idée selon laquelle l'offre d'une personne dédiée à l'assistance de la personne handicapée, ici dans le cadre de l'enseignement supérieur, n'est pas toujours une solution satisfaisante. Elle ne peut l'être que si elle est décidée en fonction des besoins réels exprimés par la personne concernée. En effet, si l'aide humaine permet l'accès à des bâtiments, voire à l'instruction, elle peut devenir un obstacle pour « l'intéressé de vivre, autant que possible, de façon indépendante et autonome ». La décision *Sentges c. Pays-Bas* a été plus explicite¹³¹ à ce propos en faisant comprendre que cette aide humaine, qui n'est pas le fruit d'un choix, peut constituer une barrière entre la personne handicapée et l'entourage avec lequel elle souhaiterait librement entretenir des liens. Elle ne doit pas non plus être un palliatif au défaut d'action de l'Etat en obligeant la personne présentant un handicap à devoir demander l'aide d'autres détenus¹³². Ainsi, l'accessibilité à des bâtiments et à des choix de vie comme l'accès à un diplôme, peut conduire à la dépendance à une autre personne et à une absence d'autonomie sociale dès lors que l'aide d'une tierce personne est la seule solution proposée alors qu'il peut en exister d'autres (en l'occurrence la demande était faite d'un bras robotisé)¹³³. En conclusion, les choix de vie doivent être assortis des choix dans l'établissement des liens sociaux. Les liens sociaux doivent non seulement exister, au risque de laisser la personne dans un sentiment d'isolement¹³⁴, mais également relever d'un choix dans leur contenu.

¹²⁷ Cour EDH, Déc., 25 juin 2006, *Glaisen c. Suisse*, req. n°40477/13.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Cour EDH, Déc., 14 mai 2002, *Zehnal et Zehnalova c. République tchèque*, req. n°38621/97.

¹³⁰ Cour EDH, Déc., 25 juin 2006, *Glaisen c. Suisse*, req. n°40477/13.

¹³¹ Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02.

¹³² Cour EDH, 25 juin 2016, *Grimailovs c. Lettonie*, req. n°6087/03.

¹³³ Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02.

¹³⁴ Cour EDH, GC, Déc., 9 juillet 2015, *Gherghina c. Roumanie*, req., n°42219/17. Dans cette affaire, l'université n'a offert au requérant que la possibilité de suivre un cursus à distance, à défaut de pouvoir mettre en place un accès aux bâtiments et salles de cours. Celui-ci se plaint devant la Cour du sentiment d'isolement et du manque de contact avec les autres étudiants et plus largement le monde universitaire, ce que ce dernier peut parfaitement mesurer aujourd'hui avec la crise du Covid. Malgré la prise en compte de ces arguments par la Cour, celle-ci conclut à une absence de recevabilité.

Cependant, tous ces élans protecteurs forts sont étouffés lors de l'analyse de la recevabilité de la requête.

Partie II - L'étouffement de la protection au stade de la recevabilité

La construction élaborée par la Cour démontre qu'elle est soucieuse de la question de l'accessibilité du moins sur le plan théorique. En effet, la protection reste très limitée en raison de constats de violation particulièrement rares en proportion du nombre de requêtes. Ce résultat est dû à une phase d'étude de recevabilité dévastatrice pour les requérants. A ce stade, la double dimension individuelle et catégorielle identifiée dans les principes de protection sont diversement appréciés lors de la recevabilité. La dimension individuelle s'avère souvent contreproductive **(A)**, tandis que la dimension catégorielle est finalement très peu présente **(B)**.

A. Les entraves produites par l'approche individuelle

Si la requête individuelle permise par l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme impose nécessairement de faire une balance entre les intérêts du requérant et de l'Etat, celle-ci est particulièrement défavorable dans le cadre de l'accessibilité. D'une part, brandir l'accessibilité n'est pas suffisant en soi, la Cour demandant le plus souvent des facteurs complémentaires de difficulté (1). D'autre part, l'argument du coût financier vient détruire les espoirs d'aménagement du requérant (2).

1. Un défaut d'accessibilité insuffisant à lui-seul

Se placer à l'aune des difficultés individuelles et des problématiques d'aménagements raisonnables conduit la Cour à affirmer avec force la subsidiarité importante qui règne en la matière. En effet, « les autorités nationales se trouvent bien mieux placées qu'elle »¹³⁵ pour répondre aux besoins de chaque personne en situation de handicap. La focale individuelle de l'analyse des besoins nécessitant une action de la part de l'Etat éloigne la Cour de la situation qui admet en la matière une forte subsidiarité substantielle. Il est patent à la lecture des différentes affaires que, pour combler cette subsidiarité et dépasser le stade de la recevabilité, la situation doit présenter des facteurs supplémentaires que le seul handicap du requérant. L'accessibilité ne se suffit pas à elle-même. Il s'agit plus de considérer les conséquences de l'accessibilité que le défaut d'accès en lui-même. Dès lors, la Cour se montre attentive aux facteurs complémentaires à la seule vulnérabilité de la personne face aux difficultés d'accès à un lieu ou un service pour admettre la recevabilité.

Cela peut ainsi tenir à la vulnérabilité supplémentaire liée au contexte de détention du requérant¹³⁶. On comprend que dans un contexte d'enfermement, sans adaptation du milieu carcéral, le défaut d'accessibilité peut prendre des proportions telles que

¹³⁵ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n°23065/12.

¹³⁶ Cour EDH, 24 octobre 2006, *Vincent c. France*, req. n°6253/03 ; Cour EDH, 25 juin 2016, *Grimailovs c. Lettonie*, req. n°6087/03. Le déficit d'accessibilité provoque alors une violation de l'article 3 au titre du traitement dégradant. Sur ce point : J.-B. Thierry, « Condamnation de la France pour traitement dégradant envers un détenu handicapé », *JCP G* 2007, p. 34.

l'article 3 et les mauvais traitements peuvent entrer en jeu. Plus surprenant, la forme de la discrimination semble aussi avoir une incidence avec la reconnaissance d'une discrimination par association. Si celle-ci vient permettre de considérer les retentissements du handicap sur les proches de la personne le subissant et accroît la protection, elle laisse un goût amer en matière d'accessibilité. Ainsi, dans l'arrêt *Gubezina c. Croatie*¹³⁷, bénéficiant de la classification d'affaire phare, la Cour admet la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 concernant une question d'absence d'exonération de droits de mutation. Le défaut d'accessibilité à l'appartement possédé par les parents d'un enfant présentant un handicap a obligé la famille à acheter une maison sans pouvoir bénéficier d'une exonération des droits de mutation. L'admission de la discrimination, qui a un caractère à la fois indirect (la législation ne vise pas le handicap mais elle produit un désavantage en la matière) et par association (les droits de mutation concernent les parents de l'enfant handicapé), dans un contexte où les requêtes sur l'accessibilité aboutissent très peu, laisse l'impression fâcheuse que les proches sont mieux protégés que la personne handicapée elle-même¹³⁸ ou du moins qu'il faut que la situation englobe des tiers autres que la personne handicapée pour que la mesure de la discrimination soit prise à son juste niveau. En tout état de cause, la situation individuelle de la personne handicapée, sans présenter de caractéristique autre que celle du handicap, est le plus souvent insuffisante pour obtenir un constat de violation.

2. L'embûche de la charge financière de l'adaptation

Les adaptations nécessaires à l'accessibilité induisent des coûts qui pèsent sur les personnes privées (accès aux commerces par exemple) ou sur l'Etat (accès aux lieux publics, transports publics ou services publics). Il est également possible d'identifier des coûts indirects pour l'Etat lorsqu'il met en place des aides financières pour les acteurs privés, les employeurs par exemple, afin de réaliser les adaptations nécessaires. L'accessibilité est donc un engagement financier qui s'avère particulièrement pesant dans le contentieux européen lorsque l'analyse se fait par une balance entre les intérêts du requérant et de l'Etat.

Pourtant, l'approche financière n'est pas une évidence dans la protection européenne des droits de l'Homme. Elle ne trouve qu'une place réduite dans l'analyse relative à l'article 1 du Protocole n° 1. En effet, si la Cour a inclus dans la notion de biens les prestations sociales¹³⁹, elle admet néanmoins la variation de leur montant en raison des difficultés budgétaires de l'Etat¹⁴⁰. Etant donné que peu de requêtes introduites sur le fondement de l'accessibilité impliquent l'article 1 du Protocole n° 1, l'argument financier semble *a priori* hors de contexte. Pourtant, il est particulièrement présent et se trouve être la source d'un nombre important de décisions d'irrecevabilité. Ainsi, en

¹³⁷ Cour EDH, 22 mars 2016, *Gubezina c. Croatie*, req. n°23682/13.

¹³⁸ Dans le même esprit, la Cour admet une violation de l'article 6§1 concernant l'absence de versement d'une prestation au bénéfice de famille s'occupant à domicile de personnes présentant un handicap : Cour EDH, GC, 5 octobre 2000, *Mennitto c. Italie*, req. n°33804/96.

¹³⁹ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90.

¹⁴⁰ Cour EDH, Déc., 8 octobre 2013, *Da Conceicao Mateus c. Portugal*, req. n°32235/12 et *Santis Januario c. Portugal*, req. n° 57725/12.

matière d'accessibilité, la dimension budgétaire a transpercé le droit au respect des biens pour être utilisé dans le cadre des droits civils et politiques. Par exemple, dans la décision *Pentiacova c. Moldova*¹⁴¹, le coût des hémodialyses a permis un constat d'irrecevabilité au nom d'un grief manifestement mal fondé malgré la mise en jeu de l'article 8¹⁴². Cette diffusion de l'argument financier au-delà des seuls droits sociaux et économiques¹⁴³ s'explique justement par la coloration sociale donnée à l'accessibilité par la Cour lorsqu'elle évoque les grands principes protecteurs en la matière comme identifié *supra*. La décision *Sentges c. Pays-Bas*¹⁴⁴ trace d'ailleurs explicitement ce lien en indiquant que les revendications touchent « à des questions politiques et sociales impliquant des dépenses publiques ». Cette approche permet, qui plus est, de s'appuyer sur une subsidiarité forte et une plus large marge d'appréciation, le contexte étant celui « de ressources étatiques limitées » et de « priorités » à identifier¹⁴⁵. Cette mise en place, lorsqu'elle est assise sur une lecture individuelle, conduit à une analyse des coûts nécessaires pour une personne seule et aboutit la plupart du temps à un constat de grief mal fondé. Seul l'arrêt *Enver Sahin* met véritablement l'aspect financier de côté pour aboutir à une violation l'article 2 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14¹⁴⁶. Ce cas isolé montre que le handicap ne fait pas partie des motifs de discrimination prioritaires pour la Cour. En effet, la Cour refuse d'en tenir compte à propos de prestations sociales qui font ressortir des problématiques de discrimination entre les sexes¹⁴⁷ ou selon la nationalité¹⁴⁸. Un des éléments d'explication peut provenir du fait que les personnes présentant un handicap ne sont pas perçues comme une catégorie lors de l'examen de la recevabilité.

B. Les déficits engendrés par l'absence d'une approche catégorielle

Si la dimension catégorielle est bien présente sur le plan des principes de protection affirmés par la Cour, elle n'entre pas en considération lors de l'examen de la recevabilité. Cela s'explique par le contenu des conditions posées de manière générale à cette étape procédurale (1), mais aussi par une indifférence au groupe que constituent les personnes en situation de handicap (2).

1. Le frein de la combinaison des conditions de recevabilité et d'applicabilité

Ces dernières années, la condition de recevabilité de l'épuisement des voies de recours interne constitue sans nul doute l'impasse la plus importante dans la réclamation d'une meilleure accessibilité. Peuvent être considérés deux types de contentieux : ceux qui mettent en avant un déficit d'accès concernant un acte unique et ceux qui contiennent

¹⁴¹ Cour EDH, Déc., 4 janvier 2016, *Pentiacova c. Moldova*, req. n°14462/03.

¹⁴² La conclusion de la Cour s'explique par un manque d'éléments factuels apportés par le requérant concernant l'accès au traitement dans d'autres hôpitaux.

¹⁴³ Sur les difficultés de justiciabilité des droits sociaux : Diane Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *revdh*, n°1, 2012, <https://journals.openedition.org/revdh/635>.

¹⁴⁴ Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n°23065/12.

¹⁴⁷ Cour EDH, 20 octobre 2020, *B. c. Suisse*, req. n°78630/12.

¹⁴⁸ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90.

une difficulté plus générale d'accès englobant différents événements, similaires ou non, où l'accès s'est révélé impossible.

Dans le premier cas, l'obstacle de l'épuisement des voies de recours internes peut être *a priori* plus facilement levé. L'acte unique rend le cheminement procédural plus simple, à la condition de bien choisir son recours. Ainsi, le défaut d'installation de toilettes adaptées dans l'administration suppose d'engager la responsabilité de cette dernière et non du chef de service passif¹⁴⁹. En dehors de cet obstacle particulier, la Cour peut parvenir à quelques arrêts de violation. Par exemple, l'impossibilité de pouvoir suivre des études de musique au conservatoire en raison d'une cécité conduit à une violation de l'article 2 du Protocole n° 1 relatif au droit à l'instruction¹⁵⁰. De même, en vertu du même article, le défaut d'aménagement des bâtiments universitaires, obligeant alors le requérant à renoncer à des études supérieures¹⁵¹, provoque une violation. En revanche, dès lors que l'étudiant n'a pas renoncé à poursuivre ses études et a essuyé plusieurs échecs dans différentes universités lui ayant pourtant chacune promis un accès aux bâtiments et salles de cours, il se confronte au fait qu'il n'a pas épuisé, pour chaque exclusion, les voies de recours internes et se voit ainsi privé d'une analyse sur le fond¹⁵².

Plus largement, il peut être constaté que le fait que la personne handicapée tente de trouver des solutions par elle-même, fait preuve d'autonomie décisionnelle, se révèle parfois contraire à ses intérêts. En effet, elle peut s'écarter des procédures internes élaborées par l'Etat, lequel est alors considéré comme ayant rempli ses obligations positives. Ainsi, en matière de logement, si celui qui est proposé ne présente pas toutes les caractéristiques adaptées au handicap du requérant, ce dernier n'a pas à vivre en mobil-home¹⁵³ ou demander de l'aide extérieure pour la mise en état de l'appartement malheureusement squatté par la suite par ses « bienfaiteurs »¹⁵⁴ pour espérer franchir le seuil de la recevabilité. Il lui faut respecter la procédure et, en somme, ne pas faire preuve de débrouillardise ou d'initiative. En revanche, si la Cour soumet l'Etat à un devoir d'action, la reconnaissance du caractère étriqué de celle-ci ne permet pas pour autant de franchir le cap de la recevabilité¹⁵⁵ et la « garantie *de jure* » de l'accessibilité par la législation interne est parfois suffisante pour la Cour¹⁵⁶.

Dans la deuxième hypothèse, lorsque les événements ne sont pas similaires mais relèvent d'un ensemble de difficultés quotidiennes (accès aux trottoirs, à des bâtiments administratifs ou différents lieux commerciaux), il est nécessaire que la requête établisse soit un épuisement des voies de recours pour chaque élément invoqué¹⁵⁷, soit un « lien

¹⁴⁹ Cour EDH, Déc., 5 février 2013, *Bayrakci c. Turquie*, req. n°2643/09.

¹⁵⁰ Cour EDH, 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n°51500/08.

¹⁵¹ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n°23065/12.

¹⁵² Cour EDH, GC, Déc., 9 juillet 2015, *Gherghina c. Roumanie*, req., n°42219/17.

¹⁵³ Cour EDH, Déc., 4 mai 1999, *Marzari c. Italie*, req. n°36448/97.

¹⁵⁴ Cour EDH, Déc., 13 janvier 2000, *Maggiolini c. Italie*, req. n°35800/97.

¹⁵⁵ Cour EDH, Déc., 25 juin 2006, *Glaisen c. Suisse*, req. n°40477/13. La Cour reconnaît dans cette décision l'« interprétation restrictive » de la Suisse sur l'accessibilité et plus largement sur la discrimination qui n'est envisagée que comme une différence de traitement « particulièrement marquée et gravement inégalitaire ».

¹⁵⁶ Cour EDH, Déc., 18 décembre 2018, *Dupin c. France*, req. n°2282/17.

¹⁵⁷ Cour EDH, Déc., 14 novembre 2017, *Popa c. Roumanie*, req. n°4238/09.

spécial »¹⁵⁸ attestant d'une utilisation réelle par la personne dans sa vie courante afin que l'article 8 soit applicable *ratione materiae*¹⁵⁹. Or, tout acte ne peut servir de support à la demande de manque d'accessibilité et le grand nombre d'évènements listés dans la requête font douter la Cour d'une utilisation réelle¹⁶⁰. La disqualification pour irrecevabilité est alors engagée. Ces écueils rendent difficilement concevables la remarque de la Cour dans la décision *Molka c. Pologne*¹⁶¹ où le requérant, refoulé d'un bureau de vote, n'a pas connu de traitement au fond de sa demande au motif que l'incident dont il a été victime n'était qu'un incident isolé et ne relevait pas d'une série d'obstacles. Si l'on suit la logique de la Cour telle qu'apparue dans les autres décisions, il faudrait dans ce cas s'assurer d'un épuisement des voies de recours internes pour chaque acte mentionné et à la condition que ces actes restent dans le giron de l'article 8 et ne tombent pas dans les oubliettes de l'effet horizontal qui est dorénavant analysé lors de la recevabilité¹⁶² et non plus au fond comme l'arrêt *Botta*¹⁶³ de 1998 avait pu le faire. L'analyse combinée des décisions d'irrecevabilité dresse un paysage peu reluisant qui peut s'expliquer par le fait que la Cour ne conçoit pas le handicap, au contraire de ce qu'elle considère pour d'autres motifs de discrimination, comme constitutif d'un groupe d'individus.

2. L'indifférence face au groupe constitué des personnes présentant un handicap

Si la Cour, lors de l'analyse de l'épuisement des voies de recours internes, semble chercher à éviter ce que des auteurs ont pu appeler le « handicap prétexte »¹⁶⁴, elle se montre à l'occasion volontiers moralisatrice envers le requérant. Ainsi, dans l'affaire *Farcas c. Roumanie*¹⁶⁵, la Cour indique qu'il était « loisible » au requérant, à défaut de pouvoir le faire seul, de demander à un mandataire, au besoin un membre de sa famille, d'effectuer les démarches en justice à sa place. Si l'expression n'est pas cantonnée à la question du handicap, elle fragilise nettement l'affirmation principielle de l'autonomie personnelle au sein de la question de l'accessibilité. De même, lorsque la Cour indique, pour constater l'irrecevabilité de la requête d'une personne n'ayant pas pu accéder à un cinéma de sa ville¹⁶⁶, que le film diffusé l'était dans d'autres cinémas dans d'autres villes¹⁶⁷, elle fait fi des difficultés de déplacement de celle-ci en dessinant en creux l'idée d'adaptation du requérant à la situation et non des acteurs à la situation de requérant. La même dynamique se retrouve en matière d'accès à l'école pour les enfants autistes : le droit à l'instruction est sauvegardé dès lors qu'une solution est offerte, peu importe que

¹⁵⁸ Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02 ; Cour EDH, Déc., 25 juin 2006, *Glaisen c. Suisse*, req. n°40477/13.

¹⁵⁹ Les requérants, dans l'affaire *Zehnal et Zehnalova*, font état de 220 bâtiments pour lesquels une demande d'accessibilité a été effectuée. La Cour répond à ce nombre par un doute quant à « l'utilisation quotidienne » des bâtiments identifiés.

¹⁶⁰ Cour EDH, Déc., 14 mai 2002, *Zehnal et Zehnalova c. République tchèque*, req. n°38621/97.

¹⁶¹ Cour EDH, Déc., 11 avril 2006, *Molka c. Pologne*, req. n°56550/00.

¹⁶² Cour EDH, Déc., 14 mai 2002, *Zehnal et Zehnalova c. République tchèque*, req. n°38621/97.

¹⁶³ Cour EDH, GC, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n°21439/93.

¹⁶⁴ Hervé Rihal, « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », *RDSS* 2011, p. 151.

¹⁶⁵ Cour EDH, Déc., 14 septembre 2010, *Farcas c. Roumanie*, req. n°32596/04.

¹⁶⁶ Cour EDH, Déc., 25 juin 2006, *Glaisen c. Suisse*, req. n°40477/13.

¹⁶⁷ Des statistiques précises sur le nombre de films uniquement diffusés dans le cinéma en question sont d'ailleurs reprises par la Cour pour identifier la fragilité de la demande.

cela ne soit pas le choix premier de la famille ou qu'une rupture dans la scolarisation ait eu lieu¹⁶⁸.

Dès lors, le refus d'une seule école n'est pas suffisant pour envisager de trancher l'affaire dans le cadre d'un arrêt¹⁶⁹. Or, comme nous avons pu le constater, la pluralité de refus entraîne la nécessité d'un épuisement des voies de recours internes pour chaque décision négative. De manière encore plus marquée, la Cour explique dans la décision *Gherghina*¹⁷⁰ que le requérant, ayant fait l'effort d'aller dans plusieurs universités afin de poursuivre ses études et en se confrontant à chaque fois des difficultés d'accès, ayant également subi des difficultés d'accès aux juridictions compétentes, aurait dû contester chaque décision d'établissement conduisant à sa radiation car ses actions auraient pu servir d'exemple aux autres personnes concernées. Le requérant endosse alors l'habit de « *role model* », de modèle pour les autres personnes vivant des difficultés similaires. Mais la Cour ne va pas au-delà de cette moralisation du requérant et ne tient pas compte elle-même de cette dimension catégorielle. En s'appuyant sur l'individu la juridiction occulte la dimension de groupe, ce qu'elle ne fait pas concernant le sexe ou la race et l'ethnie par exemple. Au contraire, dans ces derniers cas, elle lit la situation du requérant au travers du prisme de l'appartenance à une catégorie. Le défaut d'action de l'Etat ou sa trop faible intensité concernant la victime est englobé si nécessaire dans une situation plus générale vécue par les personnes présentant la même caractéristique. Ainsi, les actes de discrimination parfois violents vécus sur le continent européen par les Roms en font un groupe particulièrement vulnérable¹⁷¹, tandis que l'attentisme, voire le dédain, de certains Etats face aux violences subies par les femmes confine à une discrimination systémique¹⁷². Or, en matière de handicap, la question de l'accessibilité est une question éminemment catégorielle. Certes, elle subit des variations selon les difficultés individuelles et elle ne peut s'exprimer de la même manière entre une personne ayant des difficultés motrices et une personne sourde, mais elle reste une question cruciale pour toute personne handicapée. Quand les requérants multiplient les exemples d'obstacles, y compris en ajoutant des témoignages d'autres personnes¹⁷³, il leur est répondu qu'il faut épuiser l'intégralité des voies de recours ou que tous ces exemples présentent une sorte de caractère factice. Or, c'est justement cette multiplicité des obstacles qui montre un caractère systémique et un défaut d'action générale de la part de l'Etat. Pourtant, la Cour utilise le qualificatif « systémique », mais au détriment du requérant : l'absence de refus systémique, au sens de répété, concernant sa scolarisation par exemple, empêche la recevabilité de la requête¹⁷⁴. Cette absence de prise en compte de la dimension catégorielle peut paraître comme étant une maladresse, mais elle peut

¹⁶⁸ La Cour note que si la rupture est effectivement constatée, le requérant n'apporte pas la preuve qu'il ait été refusé par une école publique pendant cette période après le refus subi par une école privée : Cour EDH, Déc., 8 novembre 2016, *Sanlisoy c. Turquie*, req. n°77023/12.

¹⁶⁹ Cour EDH, Déc., 13 janvier 2009, *Kalkanli c. Turquie*, req. n°2600/04. Une dynamique similaire se retrouve également en matière de logement : l'Etat a l'obligation de fournir un logement adapté, mais pas un logement en particulière : Cour EDH, Déc., 4 mai 1999, *Marzari c. Italie*, req. n°36448/97.

¹⁷⁰ Cour EDH, GC, Déc., 9 juillet 2015, *Gherghina c. Roumanie*, req., n°42219/17.

¹⁷¹ Cour EDH, 14 mai 2020, *Hirtu c. France*, req. n°24720/13.

¹⁷² Cour EDH, 8 juillet 2021, *Tkheldze c. Géorgie*, req. n°33056/17.

¹⁷³ Cour EDH, GC, Déc., 9 juillet 2015, *Gherghina c. Roumanie*, req., n°42219/17.

¹⁷⁴ Cour EDH Déc., 8 novembre 2016, *Sanlisoy c. Turquie*, req. n°77023/12 ; Cour EDH, Déc., 18 décembre 2018, *Dupin c. France*, req. n°2282/17.

aussi être comprise comme volontaire. En effet, la Cour a pu admettre avoir peur du précédent que le constat de violation pourrait entraîner auprès des Etats membres afin de refuser un aménagement raisonnable¹⁷⁵.

Il est temps qu'à l'instar d'autres motifs de discrimination, le handicap soit identifié comme prioritaire et que l'accessibilité, point d'accroche de tous les handicaps, soit traitée comme une urgence égalitaire. De ce point de vue, au-delà des seuls décisions et arrêts, il est intéressant de constater que le handicap ne bénéficie pas d'une fiche thématique propre¹⁷⁶ au titre des discriminations au contraire des motifs prioritaires¹⁷⁷ sur le site de la Cour¹⁷⁸. Il ne bénéficie que d'une fiche dans l'onglet santé, ce qui s'avère particulièrement réducteur. Il est temps de monter en gamme et de faire du handicap une véritable question européenne. Certes, la « particulière vulnérabilité »¹⁷⁹ est parfois reconnue en matière de handicap et le requérant doit s'appuyer sur les conséquences pratiques de sa caractéristique pour obtenir gain de cause¹⁸⁰, certes le handicap bénéficie d'un ensemble d'avancées jurisprudentielles, mais tous ces éléments restent pour l'essentiel purement théoriques en raison des blocages liés à la recevabilité des requêtes. Il est regrettable que les aspirations conventionnelles des requérants présentant un handicap soient étouffées au stade de la recevabilité par l'effet combinatoire de différentes conditions lues de manière autonome et qui conduisent à ignorer les difficultés spécifiques de cette catégorie de la population. Si l'on comprend l'impossibilité de tordre les conditions de recevabilité au bénéfice d'une catégorie, même si une forme de souplesse a pu voir le jour concernant les droits intangibles ou certaines circonstances spécifiques¹⁸¹, il n'empêche que celles-ci paraissent particulièrement inadaptées à la question de l'accessibilité. Elles laissent parfois le sentiment d'une forme de moralisation paternaliste des requérants alors même que la Cour reconnaît sa propre frilosité.

Il faut donc explorer des voies qui permettraient à la Cour de briser les barrières qu'elle a construites dans ses décisions d'irrecevabilité. L'appui des associations, notamment par le biais de tierces interventions peut être un chemin à suivre¹⁸². Mais c'est du côté de la massification du contentieux qu'il faut sans doute se tourner en priorité. Le contentieux sériel, par la multiplication des cas soumis à la Cour en un temps court peut permettre de déclencher la procédure d'arrêt pilote¹⁸³ qui, par nature, prend en considération le volet systémique de la situation vécue par les requérants. Il est

¹⁷⁵ Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02.

¹⁷⁶ Seuls sont identifiés le sexe, l'homosexualité, l'orientation sexuelle (qui recoupe donc l'homosexualité), l'identité de genre et la question des roms (qui utilise les motifs de la race et de l'ethnie).

¹⁷⁷ La Cour a rationalisé son approche des motifs prioritaires dans l'arrêt *Chabauty c. France* (GC, 4 octobre 2012, req. n°57412/08).

¹⁷⁸ Le fait que le handicap ne soit pas présent dans la liste des motifs de l'article 14 n'est pas un obstacle quant à une éventuelle déclaration de priorité puisqu'elle l'a fait pour l'orientation sexuelle.

¹⁷⁹ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin c. Turquie*, req. n°23065/12. Sur ce point : Anastasia Iliopoulou-Penot, Répertoire de droit européen, *Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination*, Dalloz.

¹⁸⁰ Le requérant ne l'ayant pas fait et son information concernant la procédure le concernant ayant été faite, sa requête est irrecevable : Cour EDH, Déc., 13 novembre 2018, *Neagu c. Roumanie*, req. n°66952/12.

¹⁸¹ Carine Laurent-Boutot, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ellipses, 2019, p. 92.

¹⁸² Cela a déjà été à plusieurs reprises le cas, notamment dans l'affaire *Gubezina c. Croatie* où la Cour a admis une violation de l'article 1 PA1.

¹⁸³ Article 61 du règlement de la Cour.

également possible de se tourner vers l'action de groupe. L'ineffectivité du dispositif devant les juridictions françaises jusqu'à présent, qui tient aussi bien d'erreurs de lecture des mécanismes juridiques de non-discrimination par le juge que de défauts de la procédure telle que créée par le législateur¹⁸⁴, laisse entrevoir des possibilités de saisines strasbourgeoises. L'action de groupe, par la collectivisation du contentieux, permet de hisser la problématique discriminatoire au rang du système.

Il est temps que la Cour devienne ce qu'elle demande parfois aux requérants : un modèle juridictionnel en matière d'accessibilité. Pour l'instant, malgré de grandes déclarations de principe, elle est en pratique timorée. D'ailleurs, elle se soucie dans les faits peu de cette question pour elle-même. Si la brochure de présentation de la Cour¹⁸⁵ indique le nombre d'ampoules du bâtiment ou celui des bacs à plantes, le nombre d'ascenseurs mis à part, aucune indication liée à l'accessibilité des lieux aux personnes présentant un handicap n'est y mentionnée...

¹⁸⁴ Marie Peyronnet, « L'action de groupe « discrimination » a déjà atteint ses limites », *D. act.* 11 janvier 2021 ; Christophe Radé, « Pschitt au pays des discriminations », *D. soc.* 2021, p. 97.

¹⁸⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_FRA.pdf.

DOSSIER THEMATIQUE

**LE PACTE SUR LA MIGRATION ET L'ASILE DE
SEPTEMBRE 2020**

Le Pacte sur la migration et l'asile de septembre 2020 : propos introductifs

Catherine Haguenu-Moizard*

Le 23 septembre 2020, la Commission a publié un ensemble de textes constituant un « nouveau pacte sur la migration et l'asile ». Il se compose d'une communication au Parlement européen et au Conseil, d'une feuille de route, d'un document de travail et de plusieurs propositions d'actes. La Commission a publié cinq propositions de règlement. La première porte sur la gestion de l'asile et de la migration, la deuxième introduit un filtrage des ressortissants d'Etats tiers aux frontières extérieures, la troisième porte sur une procédure commune de protection internationale, la quatrième modifie le règlement Eurodac et la cinquième concerne les situations de crise et de force majeure dans le domaine de la migration et l'asile. La Commission a également publié trois recommandations, respectivement sur un mécanisme de l'UE de préparation et de gestion de crise en matière de migration, sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE et sur la coopération entre les États membres en ce qui concerne les opérations effectuées par des bateaux ou exploités par des entités privées aux fins d'activités de recherche et de sauvetage, ainsi que des orientations sur la mise en œuvre des règles de l'UE relatives à la définition et à la prévention de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Cet ensemble de douze textes constituent le « paquet » sur la migration et l'asile.

Le pacte faisait partie du programme présenté par la présidente de la Commission, Ursula von der Leyen devant les parlementaires européens le 16 juillet 2019¹⁸⁶. Il n'est pas anodin que l'annonce du pacte ait été incluse dans le chapitre intitulé « protéger notre mode de vie européen », comme si la migration et l'asile mettaient en danger ce mode de vie. Dans son discours sur l'état de l'Union en septembre 2020, Mme von der Leyen a affirmé que le pacte serait publié une semaine plus tard et a déclaré que « Nous adopterons une approche axée sur l'humain et empreinte d'humanité », phrase reprise en exergue de la communication du 23 septembre. Cette noble ambition est largement contredite par les propositions incluses dans ledit pacte. Avant de mettre en évidence ce qui s'apparente à un double langage de la Commission (**Partie II**), nous rappellerons les raisons d'être du pacte (**Partie I**).

* Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, CEIE.

¹⁸⁶ U. von der Leyen, "[A Union that strives for more – My agenda for Europe – Political guidelines for the next Commission 2019-2024](#)", p. 15-16 (dernière consultation le 5 septembre 2021).

Partie I - Les raisons d'être du pacte

Le pacte a été conçu comme une réponse à la « crise des réfugiés » de 2015-2016 (A) et comme une tentative pour surmonter les blocages politiques révélés à cette occasion (B).

A. Une réponse à la « crise des réfugiés »

Pour la Commission, la « crise des réfugiés de 2015-2016 a mis en lumière de graves insuffisances, tout en montrant combien il est complexe de gérer une situation dans laquelle tous les États membres ne sont pas touchés de la même manière »¹⁸⁷. Notons d'emblée que l'expression de « crise des réfugiés » est inadéquate. Il ne s'agit pas d'une crise au sens d'un changement brutal. Selon les statistiques produites par l'EASO (le bureau européen d'appui en matière d'asile, agence de l'Union chargée d'assister les États membres), il y a certes eu un accroissement du nombre de demandes d'asile dans l'espace Schengen en 2015 et 2016 (1.393.920 demandes en 2015, 1.292.740 demandes en 2016, soit presque deux fois plus qu'en 2014 avec 662.165 demandes ou en 2017 avec 735.005 demandes) mais la part des réfugiés dans la population reste assez stable. Dans sa communication, la Commission rappelle qu'à la fin de 2019, les réfugiés représentaient 0,6% de la population de l'Union européenne. D'autre part, les difficultés apparues en 2015-2016 ne sont pas imputables aux réfugiés mais plutôt aux réticences des gouvernements des États membres.

Quoique l'on puisse penser du choix du vocabulaire, force est de constater que la rhétorique de la « crise des réfugiés » s'est répandue dans les discours politiques, et qu'elle sert de point d'appui à la Commission pour justifier ses propositions. Le pacte a été présenté comme la réponse à cette prétendue crise, mais également comme un moyen de surmonter les blocages politiques récurrents.

B. Une tentative de surmonter les blocages politiques

Les questions d'asile et d'immigration font l'objet depuis une dizaine d'années de discussions particulièrement tendues entre les États membres, ainsi qu'entre les institutions de l'Union.

Si ces tensions ne sont pas nouvelles, elles se sont aggravées avec les printemps arabes, quand les bouleversements politiques en Tunisie, en Libye, en Syrie ont conduit de nombreuses personnes sur les routes de l'exil. Dès 2011, la France a rétabli des contrôles à la frontière franco-italienne pour empêcher l'arrivée de Tunisiens en France à partir de l'Italie et a ainsi suscité des réactions critiques de la part du gouvernement italien et de la Commission. L'adoption du « paquet asile » en 2013 a été difficile, notamment en raison des divergences de vues entre le Conseil et le Parlement européen sur l'utilisation de la base de données Eurodac¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Introduction de la communication sur un nouveau pacte pour la migration et l'asile, 23.9.2020, COM(2020) 609 f.

¹⁸⁸ F. Gazin et C. Haguenu-Moizard (dir.), *Les réformes du droit de l'asile dans l'Union européenne*, PUS, 2019, 161 p. ; Voir aussi L. Leboeuf, *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Presses de l'UCL, 2016, 470 p.

Les tensions ont culminé en 2015-2016. Avec l'exil massif de Syriens victime de la guerre, la Commission a proposé en urgence un mécanisme de relocalisation, accepté par le Conseil, qui a adopté deux décisions à ce sujet¹⁸⁹. Ce mécanisme n'a guère fonctionné¹⁹⁰. Une fois de plus, l'Union a préféré externaliser sa politique d'asile en concluant en mars 2016 un accord avec la Turquie qui prévoit le renvoi vers la Turquie des ressortissants d'Etats tiers en situation irrégulière et la réinstallation de Syriens vulnérables dans l'Union européenne, moyennant un financement conséquent à la Turquie (3 milliards d'Euros)¹⁹¹. La Commission a ensuite proposé une refonte du « paquet asile »¹⁹². Le Parlement européen y a réagi en émettant des propositions un peu plus ambitieuses, tandis que les discussions s'enlisaient au sein du Conseil¹⁹³. Les gouvernements ont montré leur incapacité à surmonter les intérêts divergents des Etats membres. Un premier clivage oppose les Etats de première entrée, accueillant un grand nombre de demandeurs d'asile en vertu du règlement Dublin (Grèce, Italie, Espagne, Malte) et les autres, qui ne manifestent pas une grande appétence pour un changement des règles Dublin. Un second clivage oppose l'Est, en particulier la Pologne et la Hongrie, et l'Ouest de l'Union européenne, les premiers mettant notamment en avant la composition chrétienne de leur population pour s'opposer à l'accueil de musulmans. La Slovaquie et la Hongrie, avec le soutien de la Pologne, ont introduit un recours en annulation contre la deuxième décision du Conseil sur les relocalisations. La plupart des arguments des requérants tenaient à la procédure suivie mais la Pologne a également fait valoir que la décision entraînerait une charge plus importante pour certains Etats membres « presque ethniquement homogènes comme la Pologne »¹⁹⁴. En rejetant le recours, la Cour de justice a dû rappeler que « les considérations liées à l'origine ethnique des demandeurs de protection internationale ne peuvent pas être prises en compte en ce qu'elles seraient, de toute évidence, contraires au droit de l'Union européenne et notamment l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » (qui pose une interdiction générale des discriminations)¹⁹⁵. La Hongrie, la

¹⁸⁹ Décision 2015/1523 du Conseil, du 14 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE 2015, L 239 /146 qui prévoyait un mécanisme de relocalisation facultatif et décision 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE, 2015, L248/80, qui prévoyait un mécanisme de relocalisation obligatoire.

¹⁹⁰ A l'issue du programme deux ans après, seules 27. 000 relocalisations avaient été effectuées sur les 120. 000 prévues par la décision du 22 septembre, selon le 15^{ème} rapport de la Commission sur la relocalisation et la réinstallation, 6.9.2017, COM (2017) 465 f. La Hongrie et la Pologne n'en ont accepté aucune. La France a procédé à 3 779 relocalisations sur les 9 898 qui lui étaient allouées.

¹⁹¹ Déclaration du Conseil du 18 mars 2016, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/> (dernière consultation le 5 septembre 2021).

¹⁹² Communication du 6 avril .2016, *Vers une réforme du régime d'asile européen commun et un amélioration des voies d'entrée légales en Europe*, COM(2016), 197 f et les propositions du 4 mai .5.2016 refondant le règlement Dublin, COM (2016) 270 f, le règlement Eurodac COM(2016) 271 f et transformant EASO en Agence européenne de l'asile COM(2016) 272 f.

¹⁹³ Rapport C. Wikström au nom de la Commission LIBE du Parlement européen, sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), 6 novembre 2017, [A8-0345/2017](#).

¹⁹⁴ Point 302 de l'arrêt, CJUE, 2 avril 2020, C-715/17, C-718/17 et C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

¹⁹⁵ CJUE, GC, 6 septembre 2017, République slovaque et Hongrie c/ Conseil, C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, pt 305.

Pologne et la République tchèque ont ensuite été condamnées pour manquement à leurs obligations découlant des deux décisions du Conseil¹⁹⁶. Il est bienvenu que la Cour de justice rappelle fermement l'état du droit mais ses décisions n'infléchissent pas la position des gouvernements concernés, qui les utilisent au contraire pour fustiger l'ingérence de l'Union dans la politique nationale.

Les raisons pour lesquelles le pacte a été présenté sont claires. L'embarras de la Commission le semble tout autant, ce qui se traduit par l'emploi constant d'un double langage.

Partie II - Le double langage de la Commission

La Commission annonce une chose et propose son contraire à de multiples reprises. Ce n'est pas nouveau, le double langage des institutions de l'Union préoccupe de longue date les diplomates d'Etats tiers à qui un « partenariat » est proposé¹⁹⁷. Pour n'être pas nouveau, le phénomène semble prendre une ampleur inégalée avec le pacte de septembre 2020. Nous identifierons quelques éléments de ce double langage (A) avant de tenter de percer les raisons de son emploi (B).

A. Quelques éléments de double langage

Il est possible de déceler de nombreux usages d'un double langage dans la communication de la Commission et les propositions de texte qui l'accompagnent. A titre d'illustration, nous en retiendrons deux : la nouveauté du pacte et l'humanité du pacte.

La Commission affirme que le pacte représente une nouveauté. Cette idée est exprimée dès le titre puisque la communication porte « sur un *nouveau* pacte sur la migration et l'asile ». Le qualificatif « nouveau » apparaît ensuite cinquante-trois fois dans la communication. L'insistance sur la nouveauté des propositions porte aussi bien sur l'ensemble (« nouveau départ », « nouveau cadre européen durable ») que sur certains de leurs éléments (« nouveau mécanisme de solidarité », « nouveau centre d'accueil », « nouveau suivi des régimes d'asile et d'accueil », par exemple).

Les commentateurs ne se sont pas laissé berné par ce remarquable usage de l'antiphrase. Comme plusieurs auteurs l'ont fait observer, les propositions ne sont pas si nouvelles et s'inscrivent dans la droite ligne de la politique d'asile et d'immigration menée par l'Union depuis l'adoption des accords de Schengen¹⁹⁸. L'exemple du règlement Dublin, sur la détermination de l'Etat responsable des demandes d'asile, est parfaitement topique. La Commission affirme qu'« une approche allant au-delà des limites de l'actuel règlement de Dublin est de toute évidence nécessaire » et qu'il sera

¹⁹⁶ CJUE, 2 avril 2020, C-715/17, C-718/17 et C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

¹⁹⁷ S. Lamalle, « L'Union européenne et les migrations. Ambiguïtés et défis d'une approche globale », *Revue Internationale et Stratégique*, 2007/3, pp. 31-40.

¹⁹⁸ Voir le dossier très complet coordonné par D. Thym pour le réseau Odysseus, et notamment son introduction générale : <https://eumigrationlawblog.eu/series-on-the-migration-pact-published-under-the-supervision-of-daniel-thym/> (dernière consultation le 5 septembre 2021).

donc « remplacé par un nouvel instrument, plus large, établissant un cadre commun pour la gestion de l'asile et de la migration »¹⁹⁹. En réalité, le contenant change, grâce à un nouvel intitulé, à l'apparence plus générale : « proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration »²⁰⁰. Le contenu reste toutefois désespérément semblable. Les critères de détermination de l'Etat responsable demeurent quasiment identiques. Le critère applicable en priorité, la présence d'un membre de la famille sur le territoire, est légèrement élargi (art 15 et s. la proposition) mais le critère qui est en pratique appliqué le plus fréquemment, la qualité d'Etat de première entrée au sein de l'espace Schengen, est préservé (art. 21 de la proposition).

Le pacte est également présenté comme humain. La Commission a reproduit en exergue de sa communication un extrait du discours d'Ursula von der Leyen sur l'état de l'Union prononcé devant le Parlement européen le 16 **septembre 2020 et annonçant « une approche axée sur l'humain et empreinte d'humanité »**. Dans le texte de la Communication, la Commission insiste dès l'introduction sur « l'assurance que la migration est gérée de manière efficace et *humaine* » et en conclusion avance que la politique envisagée suscitera « la confiance des citoyens dans la capacité de l'UE à produire des résultats à la fois solides et *humains* ». Elle se réfère également au « principe d'humanité » à propos de l'aide humanitaire d'urgence aux personnes déplacées²⁰¹. Nul ne sait ce que signifie exactement ce principe, qui semble avoir été inventé de toutes pièces pour l'occasion. Plus généralement, l'insistance sur le caractère humain des propositions de la Commission ne peut qu'inciter à la méfiance.

En premier lieu, la Commission cherche à enrober ses propositions dans un habillage moralisateur. Les exilés n'ont que faire de bons sentiments. Leurs droits doivent être respectés, ni plus, ni moins. Les politiques de migration et d'asile n'ont pas à se situer sur le terrain de la morale mais sur celui du droit, tel qu'il résulte des textes fondateurs adoptés après la seconde guerre mondiale (Convention européenne des droits de l'homme, convention de Genève). Comme le souligne François Héran, la migration ne doit pas être traitée en fonction de préférences philosophiques ni d'un calcul utilitariste insistant sur son apport économique mais par une « logique des droits »²⁰².

En second lieu, si l'on affirme être humain, encore faut-il le prouver, or le contenu des propositions de la Commission va à l'encontre de la générosité proclamée. Le critère de l'Etat de première entrée n'a rien de particulièrement humain puisqu'il conduit à un entassement de milliers de personnes dans des camps de fortune sur les îles italiennes ou grecques. Le projet de « filtrage des ressortissants d'Etats tiers aux frontières extérieures » risque fort de produire un encombrement, voire un enfermement des personnes aux frontières extérieures, ce qui peut difficilement être qualifié d'humain²⁰³. Le sauvetage en mer ne fait l'objet que d'une recommandation, qui n'a donc pas valeur

¹⁹⁹ Point 2.2 de la communication.

²⁰⁰ COM(2020) 610 f.

²⁰¹ Point 6.2 de la communication.

²⁰² F. Héran, *Avec l'immigration*, Ed. La Découverte, 2017, 327 p., spéc. chapitre 20.

²⁰³ Proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, COM(2020) 612 f.

contraignante et semble compter sur l'action de navires privés²⁰⁴. La proposition de règlement sur la procédure renforce le lien entre l'asile et le retour de ressortissants d'Etats tiers en situation irrégulière, ce que la Commission appelle peu élégamment « une procédure d'asile et de retour « de bout en bout »²⁰⁵. Les Etats devront rejeter la demande d'asile et organiser le retour par une seule et même décision (art. 35 bis de la proposition). Ils devront empêcher les personnes d'entrer sur leur territoire et organiser le retour depuis la frontière extérieure (art. 41 bis de la proposition). Ces règles sont davantage destinées à renforcer l'efficacité des procédures de retour qu'à traiter correctement les êtres humains qui en feront l'objet.

Ces quelques exemples illustrent la grande capacité de la Commission à employer un double langage et à manier l'antiphrase. Il nous reste à tenter d'élucider les raisons du choix de ce type de procédé rhétorique.

B. Les raisons de l'emploi du double langage

La première raison du langage employé par la Commission relève de la simple communication politique. La Commission ne pouvait pas annoncer de but en blanc qu'elle émettait des propositions inhumaines et recyclait de vieilles idées. L'Union se vante d'être une Union de droit. Il serait pour le moins maladroit d'utiliser des termes en contradiction flagrante avec ces principes.

Il existe toutefois, nous semble-t-il, une raison plus profonde à l'attitude de la Commission, qui tient aux relations entre les institutions au sein de l'Union. Le Pacte peut être vu comme le signe de la place prise par la Commission depuis une vingtaine d'années. La répartition des pouvoirs au sein des Communautés puis de l'Union repose sur le principe de l'équilibre institutionnel, consacré par la Cour de justice dès 1958²⁰⁶. Chaque institution participe à l'exercice du pouvoir et doit respecter les attributions des autres. Les principales institutions politiques étaient traditionnellement présentées sous la forme d'un triangle, avec trois sommets représentés par le Conseil, le Parlement européen et la Commission. La doctrine évoque unanimement la « politisation » de la Commission. Le traité de Lisbonne, en érigeant le Conseil européen au rang d'institution (art. 13 TUE) a transformé l'équilibre des pouvoirs. Le Conseil européen a pris une importance croissante. Le rôle d'impulsion politique reconnu au Conseil européen a retenti sur la Commission. Bien que les dispositions des traités concernant les pouvoirs de la Commission n'aient pas beaucoup changé, celle-ci s'est insensiblement muée en relais de la volonté du Conseil européen. Le choix des présidents de la Commission illustre cette mutation. En 2004, José Manuel Barroso a été préféré à Guy Verhofstadt, soutenu par la France et l'Allemagne mais rejeté par d'autres membres du Conseil européen et par le PPE puis à Chris Patten, soutenu par le PPE mais rejeté par la France

²⁰⁴ Recommandation de la Commission du 23 septembre 2020 relative à la coopération entre les États membres en ce qui concerne les opérations effectuées par des bateaux détenus ou exploités par des entités privées aux fins d'activités de recherche et de sauvetage, COM (2020) 6468 f.

²⁰⁵ Proposition modifiée de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM (2020) 611 f.

²⁰⁶ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 10-56, ECLI:EU:C:1958:8.

et l'Allemagne²⁰⁷. Le traité de Lisbonne visait à réduire l'influence du Conseil européen dans le choix du président de la Commission. Si le Conseil européen doit toujours désigner un candidat à la présidence, il doit le faire « en tenant compte des élections au Parlement européen » (art. 17 § 7 TUE). Cette règle a conduit les partis politiques européens à choisir leur candidat à la présidence, selon le système du « Spitzencandidat ». Le président de la Commission choisi en 2014, Jean-Claude Juncker, était effectivement le candidat choisi par le PPE à l'orée des élections européennes. Or en 2019, le PPE, parti majoritaire au Parlement européen, avait choisi un candidat, Manfred Weber, qui n'avait pas l'heur de plaire aux membres du Conseil européen, en particulier à Emmanuel Macron et à Angela Merkel. Le Conseil européen a donc désigné une autre candidate en la personne d'Ursula von der Leyen. Si Mme von der Leyen a été élue par le Parlement européen, elle doit avant tout sa nomination à des jeux d'appareil au sein du Conseil européen. Les conditions politiques de son accession au pouvoir la rendent probablement encore plus sensible aux souhaits du Conseil européen que ses prédécesseurs. L'« intergouvernementalisation » croissante de la Commission dénoncée par Jean-Paul Jacqué a atteint son apogée²⁰⁸. Dans ces conditions, la Commission a présenté un pacte qui aurait pu aussi bien provenir de la présidence du Conseil européen. Il synthétise l'état des discussions intergouvernementales plutôt que de proposer des règles novatrices. Certes, l'équilibre institutionnel n'a jamais signifié que les institutions devaient avoir autant de pouvoir les unes que les autres et pouvait parfaitement s'accompagner d'un déséquilibre politique., tant que les attributions de chaque institution étaient respectées²⁰⁹. Il est permis de se demander si l'influence croissante du Conseil européen ne remet pas en cause les attributions de la Commission, en particulier son pouvoir d'initiative²¹⁰. Les personnes qui fuient leur pays et espèrent trouver une vie meilleure en Europe constituent les victimes de la perte d'influence et d'ambition de la Commission.

Le pacte sur la migration et l'asile représente malheureusement une occasion manquée de faire évoluer la politique de l'Union dans un sens plus juste, pour les personnes directement concernées et pour les Etats membres. Il reflète l'état des rapports de pouvoirs entre les institutions. Le Conseil européen ayant pris l'ascendant sur la Commission, celle-ci n'est pas, ou ne se sent pas, en mesure de proposer des textes portant la marque d'une ambition indépendante. Comme le souligne Philippe de Bruycker, la Commission a renoncé à réfléchir à une véritable politique commune²¹¹. Le pacte s'apparente à une transcription fidèle du plus petit dénominateur commun des volontés nationales, qui risque d'évoluer encore au gré des discussions au sein du Conseil. Les exilés méritent mieux.

²⁰⁷ M. Lefebvre, « La Commission Barroso et le nouveau consensus européen », *RMCUE*, 2004, pp. 634-636.

²⁰⁸ J.-P. Jacqué, « Le nouveau discours de la méthode », *RTDE*, 2011, pp. 269-272.

²⁰⁹ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz – Hypercours, 2^{ème} éd. 2019, p. 355.

²¹⁰ En ce sens, C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 7^{ème} éd. 2019, p. 224.

²¹¹ Ph. De Bruycker, « Ce que le pacte aurait pu être », <https://eumigrationlawblog.eu/series-on-the-migration-pact-published-under-the-supervision-of-daniel-thym/> (dernière consultation le 5 septembre 2021).

Le Pacte sur la migration et l'asile met-il le droit d'asile en péril ?

Fabienne Gazin*

Traditionnellement, l'asile désigne un lieu où une personne pourchassée pour des motifs divers peut y trouver refuge et recevoir aide et protection²¹². L'étymologie du mot provient du grec « asylon » qui signifie « lieu sacré, protégé, inviolable ». Pour l'ancien directeur de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (« OFPRA »), Pascal Brice, il s'agit d'un trésor qu'il faut chérir²¹³. Autrement dit, le droit d'asile est un patrimoine universel et précieux qui garantit à toute personne persécutée de pouvoir être accueillie et protégée. Il peut paraître *a priori* incongru de se demander si le Pacte sur la migration et l'asile, rendu public en septembre 2020 par la Commission européenne, peut mettre en péril le droit d'asile : ce droit n'est-il pas protégé par l'Union européenne au plus haut point, c'est-à-dire dans le cadre de la Charte européenne des droits fondamentaux ? L'ordre juridique de l'Union européenne ne doit-il pas aussi garantir le respect de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés ? Et à en croire les affirmations contenues dans les propositions de textes issues du Pacte et les discours de la Commission européenne²¹⁴, le Pacte ne remet absolument pas en question ce droit fondamental mais au contraire, garantit sa protection. Ursula Von Leyden n'aurait-elle pas elle-même lancé avec emphase le jour de son investiture devant le Parlement européen le 16 juillet 2019 : « Nous devons préserver le droit d'asile et améliorer la situation des réfugiés. (..) Nous avons besoin d'empathie et d'une action résolue »²¹⁵. Toutefois, à rebours des discours, le Pacte repose sur une vision extrêmement négative et dévalorisante de la figure du demandeur d'asile. Il légitime des idées dangereuses, reprenant une rhétorique des partis de droite et d'extrême droite des États membres de l'UE selon lesquels la plupart des demandeurs d'asile seraient au mieux des migrants économiques²¹⁶ ou, le cas échéant, des terroristes.

* Maître de conférences en droit public, habilitée à diriger des recherches, Centre d'études internationales et européennes de Strasbourg.

²¹² Anicet Le Pors, *Le droit d'asile*, Que sais-je ?, p. 4.

²¹³ P. Brice, *Sur le fil de l'asile*, Fayard, 2019, p. 13.

²¹⁴ Par ex, la commissaire aux affaires intérieures Johansson, dans un communiqué de presse du 23 septembre 2020, a indiqué que « cet ensemble de propositions prévoit des procédures claires, équitables et plus rapides à la frontière afin d'éviter toute incertitude pour les personnes concernées. Il s'accompagne d'un renforcement de la coopération avec les pays tiers aux fins de retour rapide, d'un accroissement des voies légales d'accès et de mesures fortes pour lutter contre les passeurs. Fondamentalement, cet ensemble de propositions protège le droit d'asile ».

²¹⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_19_4230.

²¹⁶ Cette conception a été développée dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement sur le filtrage où il est indiqué que l'arrivée de ressortissants de pays tiers ayant des besoins évidents de protection internationale, comme observé en 2015-2016, a été « en partie remplacée par des arrivées mixtes de personnes ». La Commission rappelle à l'envi que la part de migrants arrivant de pays ayant un taux de reconnaissance inférieur à 20% est passé de 13% en 2015 à 55% en 2018 ! Sur la notion de flux mixtes, V. la passionnante étude commanditée par la Commission LIBE du Parlement européen qui émet une grande réserve sur les statistiques sur lesquelles se base la Commission pour émettre sa proposition de filtrage par nationalité, [The European Commission's Legislative Proposals in the New Pact on Migration and Asylum](#) (dernière consultation le 4 septembre 2021).

Le droit d'asile est marqué par une contradiction originelle : s'il est bien garanti par des normes juridiques fondamentales, il n'est défini précisément, ni par le droit de l'UE, ni par la Convention de Genève. Cette dernière ne précise pas les contours de ce droit, se limite à définir la notion de réfugié et impose quelques obligations internationales aux États membres dont l'interdiction des expulsions et des refoulements. En outre, le droit d'entrer et de séjour des étrangers – ce qui inclut aussi les demandeurs d'asile – reste l'apanage des États²¹⁷. Les textes internationaux proclament le droit d'asile mais en même temps reconnaissent aux États le droit de réglementer les conditions d'accès des demandeurs à leurs territoires. Quant au droit de l'Union, s'il garantit le droit d'asile dans le respect des règles de la Convention de Genève et du protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés, c'est conformément au TUE et au TFUE, et cette dernière précision est importante car elle révèle que le droit de l'Union entend définir sa propre conception du droit d'asile ! Depuis plusieurs décennies, nous nous trouvons dans la situation suivante : le droit fondamental à l'asile est proclamé et il existe un statut de réfugié comportant des droits multiples, mais les possibilités d'entrer légalement sur le territoire sont sévèrement encadrées, les demandeurs n'ont pas de possibilité de choisir l'État de refuge et sont soumis à la rigueur des règles du règlement Dublin qui orientent les demandeurs d'asile vers l'État qui sera responsable du traitement de leur demande. La pandémie de Covid 19 a aggravé cette situation, les États membres ayant durci leur surveillance et leurs contrôles aux frontières et l'on constate une baisse des demandes d'asile de 32,6 % en 2020²¹⁸.

Nous pouvons malheureusement affirmer que le droit d'asile était, avant même l'intervention des propositions issues du Pacte, déjà en péril, non seulement *de jure* c'est-à-dire dans la conception que retiennent les normes européennes de ce droit que *de facto*, au niveau de la mise en œuvre concrète de ce droit par les États membres !

Dans ce contexte déjà peu favorable, il fait sens de s'interroger, au-delà des discours bien-pensants, sur la prégnance de ce droit fondamental. Autrement dit, le Pacte lui porte-t-il un nouveau coup de canif ou bien lui donne-t-il le « coup de grâce »²¹⁹ ? L'essence même de ce droit fondamental, son noyau dur, son contenu essentiel²²⁰ est-il sauvegardé ? Ces questions en amènent de nouvelles autour de la substance de ce droit fondamental. Quel pourrait être son noyau intangible, c'est-à-dire sa partie essentielle, dont le contenu ne saurait être altéré. Résiderait-il dans le simple maintien formel en

²¹⁷ Environ 90% des personnes ayant obtenu protection sont obligées d'entrer de manière irrégulière sur les territoires des États membres.

²¹⁸ Voir les dernières données Eurostat sur le nombre de demandes d'asile en 2020 et le nombre de franchissement illégal de frontière : https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asyappctza/default/table

Le nombre total de franchissements illégaux des frontières extérieures de l'UE en 2020 est tombé à environ 124 000, le chiffre le plus bas de ces huit dernières années et une diminution de 13 % par rapport à 2019.

²¹⁹ La question de l'existence même du droit d'asile en Europe se pose aujourd'hui très concrètement. Par ex., le Comité économique et social européen, dans son avis sur les procédures d'asile proposées au sein du nouveau Pacte, s'avère assez sceptique et exprime ses préoccupations spécifiquement par rapport aux nouvelles procédures à la frontière au regard de la nécessité de protéger le droit à demander l'asile. Cf : Avis du CESE, procédure d'asile dans le cadre du nouveau pacte, SOC/670, point 1.3.

²²⁰ V. Sur ce point : R. Tinière, *Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la CJUE*, CDE 2020, p. 417.

droit de l'UE d'un statut de réfugié²²¹ ou s'étendrait-il à la nécessité de vérifier l'existence de voies d'accès effectives des candidats au statut de réfugié sur les territoires où ils souhaitent déposer leur demande ou encore s'assurer que les conditions d'entrée de ces personnes sur le territoire ne sont pas, dans les faits, impossibles ?

La présente contribution n'a pas pour prétention d'appréhender toutes les propositions de normes issues du Pacte européen sur la migration et l'asile à l'aune de la question du maintien du droit d'asile. Il y aurait notamment beaucoup à dire sur la perception du demandeur d'asile²²². L'attention est ici portée sur deux phases essentielles dans le parcours d'un demandeur d'asile : la question de l'accès au territoire européen (**Partie I**) et l'accès à la procédure d'asile (**Partie II**).

Partie I - Les voies d'accès aux territoires des États: une Europe inaccessible

Ce premier point vise à appréhender la question de l'accès légal de demandeurs d'asiles en Europe à partir de leur État d'origine, permettant aux personnes en quête de protection d'éviter d'entreprendre des aventures périlleuses, parfois au détriment de leur vie²²³. Il pose la question sensible de la reconnaissance d'un visa humanitaire européen (A) et celle de l'ouverture de corridors humanitaires ou d'autres routes légales (B).

A. La disparition du visa humanitaire européen

L'on se souvient des débats récents, notamment devant les prétoires des Cours européennes, sur l'opportunité de consacrer un visa humanitaire européen. Le juge de l'Union a estimé que seul un acte de droit européen fondé sur l'article 79 §2a) TFUE pourrait introduire un tel dispositif en droit positif européen. Corrélativement, en l'absence d'un tel acte, les États membres ne sont pas tenus, en vertu du droit de l'Union,

²²¹ Notons que concernant le statut de réfugié, le Pacte propose certaines avancées favorables, dont des intentions en matière d'intégration, en particulier la suggestion de la Commission de modifier la directive résident longue durée pour permettre aux titulaires d'une protection internationale d'obtenir le statut de résident longue durée au bout de trois ans de résidence légale et ininterrompue au lieu de cinq ans. Certes, la Commission affiche par cette orientation une préoccupation de sédentarisation des personnes. Ceci dit, ces idées ne sont pas consignées dans des propositions en bonne et due forme et pourraient ne rester que des déclarations d'intention.

²²² La perception négative de la figure du demandeur d'asile semble autoriser dans le nouveau Pacte les révisions à la baisse des garanties offertes aux demandeurs en terme d'accueil ou d'accès à la procédure d'asile, les suspicions et méfiances incessantes : peurs des fuites, des mouvements secondaires, sans parler de l'amalgame avec une logique pénale assimilant les demandeurs d'asile à des criminels potentiels, confusion entretenue par la nouvelle proposition Eurodac, qui facilite toujours plus l'accès des autorités répressives à la banque de données censée au départ gérer le système européen d'asile commun ! A l'inverse, le Pacte ne comporte pas de contributions positives à la politique d'asile, en obligeant par exemple les États à améliorer les conditions d'accueil des demandeurs ou en soutenant les procédures d'asile mises en place dans les États membres sous pression.

²²³ La traversée de la Méditerranée reste terriblement meurtrière, avec 1.754 personnes déclarées décédées ou portées disparues en 2020, contre 2.095 personnes en 2019. Source : Eurostat.

Le Pacte comporte une recommandation en matière de sauvetage en mer, qui même s'il ne s'agit que d'un rappel du droit international en vigueur, vise à protéger les personnes. Elle rappelle les obligations de sauvetage, le débarquement dans un « port sûr ». Ceci dit les obligations pesant sur les États demeurent limitées, en particulier, la recommandation ne fait à aucun moment mention des exigences notamment d'information à l'égard des personnes demandant une protection alors que les obligations des États en matière d'asile s'étendent aux personnes interceptées en haute mer (Cf. «Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967», HCR, 26 janvier 2007 ; arrêt Cour EDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi et Jamaa c. Italie*, req. n° 27765/09).

d'accorder un visa humanitaire aux personnes qui souhaitent se rendre sur leur territoire dans l'intention de demander l'asile, ils demeurent libres de le faire sur la base de leur droit national²²⁴. Suite à cette prise de position défavorable, le Parlement européen s'est saisi de la question et a suggéré dans un rapport d'initiative de décembre 2018 l'adoption d'un règlement définissant des procédures et conditions permettant à un État membre de délivrer un visa humanitaire européen dans les ambassades et les consulats des États membres dans les États tiers aux personnes sollicitant une protection internationale, en vue de permettre à ces personnes d'entrer sur le territoire de l'État membre qui délivre le visa aux seules fins d'y présenter une demande de protection internationale²²⁵. Succombant à une inertie coupable, le Pacte se désintéresse de cette question et semble enterrer le projet de « visa humanitaire européen ».

Une telle proposition, même si elle n'aurait vraisemblablement pas reçu l'appui d'un nombre suffisant d'États membres, aurait non seulement permis de protéger plusieurs droits fondamentaux mais aussi coupé l'herbe sous le pied des passeurs. En instaurant une voie d'entrée légale humanitaire européenne, elle aurait pu aussi éviter aux personnes concernées de devoir se soumettre aux procédures de filtrages à la frontière et au traitement de leurs demandes d'asile à la frontière qui, comme nous le verrons dans notre Partie II, s'avère particulièrement complexe et éprouvante pour les personnes concernées.

B. L'incitation à recourir à des parrainages privés dans le cadre d'une réinstallation

La recommandation sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires²²⁶ comporte, en plus des programmes classiques de réinstallation de réfugiés en coopération avec le HCR au sein desquels les États membres sont invités à participer soit de manière active, en tant que membre d'un consortium, soit indirectement par voie de soutien financier²²⁷, un volet visant à promouvoir de nouvelles voies d'accès légal à l'UE par le biais de partenariats privés.

A la différence des programmes de réinstallation classique – où ce sont les États membres qui prennent en charge les personnes nécessitant un besoin de protection-, le développement de partenariats privés vise à mobiliser et à dynamiser des initiatives spontanées émanant de la société civile.

²²⁴ CJUE, 7 mars 2017 dans l'affaire C-638/16, X et X contre État belge, K. Parrot, « Le code communautaire des visas contre le droit d'asile », *Rev. Crit. DIP* 2018, p.59 ; C. Peyronnet et T. Racho, « [Ceci n'est pas un visa humanitaire](#) », *La revue des droits de l'homme*, avril 2017 (dernière consultation le 5 septembre 2021) ; voir aussi Cour EDH, 5 mai 2020, *MN et autres c. Belgique* (req. n° 3599/18) dans lequel la Cour EDH déclare irrecevable une requête fondée sur une violation de l'article 3 CEDH émanant de demandeurs d'asile syriens suite au refus de la Belgique de leur délivrer des visas humanitaires, au motif que cette demande a été introduite en dehors de l'État partie.

²²⁵ Rapport d'initiative du 11 décembre 2018 : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_FR.html?redirect.

²²⁶ Recommandation du 23 sept. 2020, COM (2020) 6764 final.

²²⁷ Le premier programme européen a été adoptée en 2015 par le biais de la Recommandation (UE) 2015/914 du 8 juin 2015, JOUE n° L 148, 13 juin 2015, p. 32.

L'intention est de s'inspirer des programmes de parrainage mis en place dans certains États membres²²⁸, susceptibles à la fois de créer des corridors humanitaires permettant d'acheminer de manière sûre les personnes en quête de protection depuis leurs pays d'origine ou depuis un autre pays tiers mais aussi de développer les possibilités d'accueil et d'intégration de ces personnes dans les États membres. Ces parrains seraient des groupes de particuliers, des organisations à but non lucratif ou des organisations confessionnelles. Ils pourraient jouer un rôle structuré en accueillant et en intégrant les personnes ayant besoin d'une protection internationale (pt 23). Même si la recommandation demeure encore floue, elle souligne le caractère totalement facultatif de ces programmes²²⁹ et délègue aux États le soin de définir les modalités concrètes de ces parrainages²³⁰, il convient de souligner la volonté de la Commission de créer un cadre européen issu de la « soft law », promouvant une approche à l'échelle de l'UE « qui soit fondée sur l'expérience acquise par les États membres en la matière et qui associe l'EASO »²³¹. La recommandation souligne les avantages indéniables de telles initiatives qui permettent à des parrains de participer à toutes les étapes de la procédure d'admission, depuis l'identification des personnes ayant un besoin de protection internationale jusqu'à leur transfert vers l'État-membre concerné et supportent les coûts afférents aux efforts d'accueil et d'intégration de ces personnes²³².

Cette proposition paraît *a priori* séduisante car elle favorise la solidarité et la protection des droits fondamentaux²³³. Elle est aussi réaliste car elle vise à trouver les ressources là où elles se trouvent véritablement. Toutefois, elle comporte le risque de déplacer toujours plus la responsabilité des personnes en quête de protection de l'État vers les associations humanitaires, les ONG ou des structures confessionnelles. Elle peut inciter les États à toujours plus se désengager de leurs obligations à l'égard des demandeurs d'asile, se déchargeant sur des organismes privés ou œuvres de bienfaisance, à l'instar du sauvetage en mer. On peut y voir l'amorce d'une « privatisation » complète des modalités de prise en charge des réfugiés potentiels. En outre, la mise en place d'une

²²⁸ La recommandation cite le modèle de parrainage communautaire actuellement mis en œuvre par des organisations confessionnelles en Italie, en France et en Belgique, en coopération avec les gouvernements nationaux respectifs. (V. la Communication, considérant n° 28). Elle renvoie aussi à une étude menée par la DG affaires intérieures et migration élaborée en octobre 2018 démontrant la valeur ajoutée de tels programmes : [Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement \(final report\)](#) (dernière consultation le 5 septembre 2021).

²²⁹ La recommandation multiplie les formules prudentes du type : « les États sont invités à .. », « encouragés à .. », qui dénotent le caractère non obligatoire de ces programmes.

²³⁰ La recommandation indique que ce sont les États qui décident d'ouvrir ou de donner plus d'ampleur à d'autres formes de voies légales d'accès pour les personnes vulnérables ayant besoin d'une protection internationale (COM. pt.11). Ce sont eux qui définissent les critères de sélection des personnes qui doivent être « transparents et non discriminatoires » (pt. 15). Ils sont responsables des « contrôles de sécurité et des procédures d'admission et sont tenus de garantir que les protections et les filets de sécurité sont en place » (pt. 15).

²³¹ V. la recommandation considérant n°29.

²³² Considérant n° 25.

²³³ Dans sa contribution du dossier sur le Pacte rassemblé par le réseau Odysseus, Luc Leboeuf indique qu'il s'agit d'une harmonisation douce, non contraignante à travers laquelle la Commission cherche à contourner le refus des États membres de prendre en charge des réfugiés situés en dehors de leurs territoires in [Legal Pathways to Protection: Towards a Common and Comprehensive Approach?](#) (dernière consultation le 5 septembre 2021).

V. aussi sur ce thème : L. Leboeuf, M-C Foblets (ed.), *Humanitarian Admission to Europe, the Law Between Promises and Constraints*, *Schriften zum Migrationsrecht*, Nomos, 2020.

sorte de délégation de compétences quant à l'identification des personnes susceptibles de bénéficier d'une protection de l'État interroge : les parrains n'auraient-ils pas une tendance naturelle à sélectionner leurs filleuls sur la base de critères subjectifs propres, notamment d'ordre confessionnel²³⁴ ? De la même manière, l'on pourrait douter de l'objectivité de certains États membres dans la définition de ces critères, certains affichant sans complexe leur volonté discriminatoire en faveur des personnes chrétiennes ou blanches de peau. En bref, ces parrainages ne comporteraient-ils pas le risque d'une dérive « d'asile choisi »²³⁵ ? Relevons en tout cas, que cette voie d'accès légal dans l'UE suscite l'engouement de la Commission qui pourrait en faire une voie principale pour le dépôt des demandes d'asile.

Partie II - La généralisation des procédures de filtrage et de demandes d'asile à la frontière

La Commission martèle à plusieurs reprises son intention de mettre en place une approche globale des migrations et sa volonté de faire de la frontière extérieure un « lieu où l'Union doit combler les écarts entre les contrôles aux frontières extérieures et les procédures d'asile et de retour »²³⁶. Pour ce faire, elle entend associer une logique de contrôle à un dispositif de privation de liberté couplé à un mécanisme de renvoi. Selon elle, ces dispositifs seraient bénéfiques pour le système de l'asile en général car ils offriraient une meilleure gestion des demandes d'asile abusives et inacceptables à la frontière et permettraient de traiter plus efficacement les demandes valables à l'intérieure des frontières²³⁷.

C'est une véritable usine à gaz²³⁸ qui est ici imaginée, qui soumet les ressortissants de pays tiers qui se présentent en principe à une frontière extérieure d'un État membre de l'Union européenne à une phase de filtrage (A), éventuellement suivie d'une phase ouvrant le déclenchement d'une procédure d'asile à la frontière (B).

²³⁴ L. Leboeuf s'interroge à juste titre sur le point de qui donner la priorité : aux plus traumatisés, à ceux qui ont de meilleures chances de s'intégrer etc.. ? », in *Legal Pathways to Protection: Towards a Common and Comprehensive Approach?*, préc.

²³⁵ Certes, pour éviter ce type de dérapage, la recommandation invite les États et leurs partenaires « lors de la conception de ces programmes de parrainage communautaire, (...) à définir, pour les personnes ayant besoin d'une protection internationale, des critères de sélection transparents et non discriminatoires » (pt. 15 relevons d'emblée que cette intention est amoindrie par l'emploi du conditionnel « devrait » qui indique, là encore qu'aucune obligation de mettre en place de tels critères semble s'appliquer.

²³⁶ Communication du 23 sept. 2020 sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM (2020), 609, final, pt. 2.1, p. 4.

²³⁷ Proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM (2020), 611 final, p. 5.

²³⁸ V. S. Guillaume, échanges autour du Pacte sur la migration et l'asile, in : Quel avenir pour la politique européenne d'asile ? visio-conférence organisée le 27 mai 2021 par Forum réfugiés-Cosi, <https://www.forumrefugies.org/s-informer/ressources/videos/894-quel-avenir-pour-la-politique-europeenne-d-asile>.

A. La phase de filtrage, fiction d'une non-entrée ou d'une pré-entrée

La procédure de filtrage à la frontière est conçue comme « nouvel outil de gestion de la migration »²³⁹. Son but est avant tout le contrôle, y compris sanitaire, l'identification le prélèvement des données biométriques des personnes qui se présentent aux frontières extérieures de l'Union européenne sans remplir les conditions d'entrée dans l'UE. Après un rapide balayage des personnes concernées par une telle procédure (1), il s'agira de se demander quel est le statut qui leur est applicable (2).

1. Les personnes soumises au filtrage

Toutes les personnes qui franchissent illégalement les frontières de l'UE ou celles qui sont débarquées dans l'UE suite à une opération de recherche ou de sauvetage sont visées par le filtrage. Il inclut par conséquent les personnes qui demandent une protection internationale à la frontière²⁴⁰. Comme l'indique à juste titre Lyra Jakulevičienė²⁴¹, ce qui est préoccupant, c'est que les demandeurs d'asile ne constituent plus un groupe privilégié de migrants en Europe, comme si la ligne fine qui existe dans le droit international et de l'UE entre les personnes demandant une protection internationale et les autres migrants.

Or, cette différenciation a sa raison d'être ! Elle suit une logique juridique, car les personnes qui demandent une protection sont soumises à un traitement spécial en ce qui concerne l'entrée et le séjour dans le pays d'accueil.

2. Le statut et les conditions d'accueil des demandeurs soumis à une procédure de filtrage

La proposition de « règlement filtrage » insère une fiction juridique qui est celle de la phase de filtrage ou phase « pré-entrée » sur le territoire d'un État membre de l'UE. Il s'agit d'une sorte de zone de « no man's land » établie dans des lieux proches de la frontière extérieure ou bien à l'intérieur du territoire d'un État membre²⁴². Dans cette zone, le droit de l'UE semble s'appliquer de manière plutôt dégradée. Cette phase dure cinq jours au maximum, ce qui est un délai extrêmement court pour identifier les besoins en protection. La proposition de règlement ne répond à aucun moment à la question de savoir si les personnes en phase de filtrage sont ou pas privées de liberté²⁴³.

²³⁹ Proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n°767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (EU) 2019/817, 2013/32/UE, COM (2020), 612, final, préc. p. 5.

²⁴⁰ Article 3§7 Proposition de « règlement filtrage », préc.

²⁴¹ In dossier *Odyssée*, Re-décoration des pratiques existantes ? Procédures de filtrage proposées aux frontières extérieures de l'UE, préc.

²⁴² L'article 5 de la proposition de « règlement filtrage » préc. indique que « les États membres appliquent le filtrage aux ressortissants de pays tiers interpellés sur le territoire et pour lesquels aucun élément n'indique qu'ils ont franchi de manière autorisée une frontière extérieure pour entrer sur le territoire des États membres ».

²⁴³ En particulier pourront elles sortir librement de la zone de filtrage, par ex. pour se rendre sur le territoire d'un État frontalier ? Il n'est pas non plus répondu à la question de savoir si ces personnes pourront circuler librement dans cette zone. La seule certitude est qu'elles ne pourront pas (encore) entrer sur le territoire de l'UE. Relevons toutefois que le considérant n°12 de la proposition de règlement « filtrage » penche plutôt vers la possibilité de recourir à la rétention : « Les États membres devraient appliquer les mesures prévues par leur droit interne pour

Le règlement n'est pas non plus clair sur le point de savoir si les demandeurs d'asile pourront bénéficier des conditions d'accueil et de garanties procédurales mais semble opter pour une réponse négative²⁴⁴. Cette absence d'application du droit commun applicable aux demandeurs d'asile a pour conséquences qu'ils ne jouissent pas systématiquement du droit à être informés des procédures susceptibles de les concerner²⁴⁵ et que l'Union européenne ou l'État dans lequel ils souhaitent entrer n'est pas tenu de leur octroyer les conditions matérielles d'accueil de droit commun (accès à un logement, à des soins médicaux, au HCR, à une liberté de circulation). Notons que des procédures similaires ont été mises en place en Australie, appelées le « processus de sélection améliorée ». Elles sont très critiquées²⁴⁶ car elles sont susceptibles d'exclure ceux qui ont des demandes légitimes de protection en raison d'entretiens trop courts, d'absence de conseils juridiques, d'absence de compte rendu écrit des procédures, etc... Relevons aussi l'existence d'expériences similaires d'identification rapide, d'enregistrement et de prise d'empreintes digitales dans les hotspots en Grèce et en Italie au lendemain de la « crise » migratoire de 2015-2016 en Europe. Ces initiatives européennes ont généré l'apparition de camps à ciel ouvert dont les conditions d'accueil sont dans l'ensemble particulièrement déplorables.

Ces zones d'attente, de filtrage ou de « pré-entrée », pourraient-elles devenir des zones de non droit ? Si le droit commun du demandeur d'asile y est appliqué de manière quelque peu altérée, la Charte des droits fondamentaux trouve toutefois à s'y appliquer pleinement, ainsi que les droits fondamentaux nationaux ! Ce n'est pas parce que le droit de l'UE a inventé une fiction de pré-entrée que les États membres et l'Union devraient se dispenser de respecter les droits fondamentaux, ce que conçoit d'ailleurs la Commission²⁴⁷. Ces zones de filtrages font intégralement partie du territoire de l'UE et

empêcher les personnes concernées d'entrer sur le territoire au cours du filtrage. Dans certains cas particuliers, si nécessaire, ces mesures peuvent inclure la rétention, sous réserve du droit national régissant cette question ».

²⁴⁴ Cela ne semble pas être le cas. L'exposé des motifs de la proposition de règlement « filtrage » (p.6) indique que « les articles 26 et 27 du règlement relatif à la procédure d'asile ainsi que les effets juridiques concernant la directive relative aux conditions d'accueil ne devraient s'appliquer qu'après la fin du filtrage ».

²⁴⁵ L'article 8 évoque simplement des « informations succinctes » de la finalité et des modalités du filtrage et des résultats possibles de celui-ci. Il est indiqué, par ailleurs, qu'au cours du filtrage, ils reçoivent aussi, le cas échéant des informations sur (art. 8 p) : « lorsqu'ils ont demandé une protection internationale, ou qu'il y a des raisons de penser qu'ils souhaitent demander une telle protection, des informations sur l'obligation de demander une protection internationale dans l'État membre de première entrée ou de séjour régulier prévue à l'article [9, paragraphes 1 et 2,] du règlement (UE) XXX/XXX [ex-règlement de Dublin], les conséquences du non-respect prévues à l'article [10, paragraphe 1] dudit règlement, et les informations énoncées à l'article 11 dudit règlement, ainsi que sur les procédures qui font suite à l'introduction d'une demande de protection internationale ».

²⁴⁶ Voir les réserves de l'Australian Human Rights Commission : <https://humanrights.gov.au/sites/default/files/document/publication/enhanced-screening.pdf>

²⁴⁷ Exposé des motifs de la proposition de règlement « filtrage » (p. 13) : La proposition respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus en particulier dans les actes suivants: la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les obligations découlant du droit international, en particulier de la convention de Genève relative au statut des réfugiés, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la convention des Nations unies contre la torture. Le filtrage est effectué dans le plein respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés dans la charte, notamment (...) Il s'en suit une liste de six droits fondamentaux garantis par la Charte, parmi lesquels on ne retrouve pas le droit fondamental à la liberté, ce qui conforte la logique du recours à la privation de liberté dans le contexte du filtrage.

les obligations qui pèsent sur l'UE en matière de protection des droits fondamentaux sont applicables²⁴⁸.

La Cour de justice a d'ailleurs déjà contrôlé les conditions de rétention de demandeurs d'asile dans la zone frontalière de Röszke, située entre la Hongrie et la Serbie. Elle a considéré que le confinement des demandeurs d'asile pouvait être assimilé à une rétention²⁴⁹, celle-ci s'analysant au sens du droit de l'UE comme « une mesure coercitive qui prive [un] demandeur de sa liberté de mouvement en l'obligeant à rester en permanence dans un périmètre restreint et clos ». Par ailleurs, les États doivent mettre en place un mécanisme de contrôle indépendant permettant de garantir le respect des droits fondamentaux pendant la phase de filtrage. A cet effet, l'article 7 du règlement « filtrage » dispose que : « toute allégation de violation des droits fondamentaux doit faire l'objet d'une enquête ». Nous ne pouvons qu'être sceptiques quant à la mise en place d'un tel contrôle, ce type de mécanisme étant souvent pointé du doigt pour insuffisance de transparence²⁵⁰.

L'article 14 indique qu'au bout de ces 5 jours, les personnes se verront soit orientées vers une procédure d'asile si elles ont demandé une protection internationale, soit vers une procédure de retour, si elles ne remplissent pas les conditions d'entrée de droit commun²⁵¹. Suite à cette procédure dite de filtrage, une procédure de demande de protection à la frontière peut avoir lieu.

B. Les procédures d'asile à la frontière

La proposition de règlement « procédure »²⁵² met en place une nouvelle procédure d'asile à la frontière, pouvant être déclenchée dès la fin du filtrage. Comme pour la phase de filtrage, elle s'applique en principe à la frontière extérieure de l'Union mais pas seulement²⁵³. Sa caractéristique essentielle réside dans l'idée qu'il s'agit d'une

²⁴⁸ V. Cour EDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi et Jamaa c. Italie*, req. n° 27765/09.

²⁴⁹ CJUE, 14 mai 2020, FMS, aff. C-924 et 919/PPU, ECLI:EU:C:2020:367, Europe 2020, comm. 217, obs. F. Gazin ; CJUE, 17 décembre 2020, Commission c. Hongrie, aff. C-808/18, *Europe 2021*, comm. 56, obs. A. Rigaux.

²⁵⁰ Cf le mécanisme de plainte pour violation des droits fondamentaux mis en place dans le 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 n°L295, 14 nov. 2019, p. 1 : Carrera, S., and Stefan, M., *Complaint Mechanisms in Border Management and Expulsion Operations in Europe: Effective remedies for victims of human rights violations?*, Brussels: CEPS Paperback, 2018 ; V. aussi : F. Gazin, « Peut-on mettre du vin nouveau dans de vieilles outres, Approche critique des activités de la nouvelle agence Frontex sous l'angle de la protection des droits fondamentaux », *RTDE* 2017, p. 497.

²⁵¹ Cf article 6 du 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 n° L 77, 23 mars 2016.

²⁵² Proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'UE et abrogeant la directive 2013/32/UE : COM (2020), 611 final.

²⁵³ Les textes apparaissent particulièrement abscons puisqu'ils regorgent de formules qui ne veulent plus rien dire.. Ainsi, en nommant une procédure « procédure à la frontière » et en prévoyant qu'elle peut aussi s'appliquer dans des situations autres qu'à la frontière, la Commission brouille les cartes et rend l'accès à la procédure d'asile particulièrement complexe. Cf art. 41§1 Proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM (2020), 611 final

« La procédure à la frontière peut avoir lieu:

a) à la suite d'une demande présentée à un point de passage à la frontière extérieure ou dans une zone de transit;

procédure accélérée d'une durée de 12 semaines maxi. Si la procédure devait durer davantage, les demandeurs seraient autorisés à pénétrer sur territoire de l'État membre concerné. En mettant en place cette procédure, à nouveau, l'intention de la Commission est clairement exprimée. Il s'agit en effet « d'évaluer rapidement les demandes d'asile abusive ou celles présentées à la frontière extérieure par des demandeurs provenant de pays tiers présentant un faible taux de reconnaissance afin de procéder rapidement au retour des personnes concernées »²⁵⁴. La Commission estime que les demandes d'asile ne constituent pas un droit automatique d'entrer dans l'Union²⁵⁵. Cette procédure comporte deux volets essentiels : la création d'une zone de transit (1) dans laquelle se trouveront les personnes en attente de l'examen d'une demande d'asile et un dispositif de filtrage par nationalité visant à faire un tri rapide entre les personnes éligibles à l'asile et celles qui ne le seraient pas (2).

1. La création d'une zone de transit aux frontières extérieures la crainte d'une pérennisation des camps aux frontières extérieures de l'UE?

Notons d'emblée que le texte est très flou sur les garanties accordées aux personnes pendant la durée du traitement de leur demande. L'article 41§11 de la proposition de règlement « procédure » indique que « les procédures sont d'une durée aussi courte que possible » tout en permettant un examen complet et équitable des demandes. Ceci étant, le texte indique aussi que les personnes sont accueillies au sein de la zone de transit ou à proximité de celle-ci conformément à la directive relative aux conditions d'accueil²⁵⁶.

La question de la privation de liberté des personnes concernées se pose aussi. Le texte est à nouveau très évasif. Il indique que : « Les États membres devraient pouvoir exiger des demandeurs d'une protection internationale qu'ils restent à la frontière extérieure ou dans une zone de transit aux fins de l'évaluation de la recevabilité de leur demande »²⁵⁷. Cette privation de liberté pose la question de la pérennisation de modèles du type « camp de la Moria » sur l'île de Lesbos qui connaît de très grandes difficultés d'accueil (saturation rapide, absence de garantie suffisante malgré l'obligation de respecter les conditions de la directive accueil, absence du HCR, etc.). Cette préoccupation est d'autant plus grande que le Pacte ne vise pas à remettre en question le règlement Dublin et maintient les critères ordinaires de détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile, aboutissant à institutionnaliser et à développer une situation intenable déléguant principalement aux États du sud de l'Europe la responsabilité de l'accueil des demandeurs d'asile ainsi que du traitement de leur demande et de leur intégration dans

b) à la suite d'une arrestation à l'occasion d'un franchissement non autorisé de la frontière extérieure;

c) à la suite d'un débarquement sur le territoire d'un État membre faisant suite à des opérations de recherche et de sauvetage;

d) à la suite d'une relocalisation conformément à l'article [X] du règlement (UE) XXX/XXX [ancien règlement de Dublin] ».

²⁵⁴ Proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, COM (2020), 611 final, p. 5.

²⁵⁵ Communication Pacte, p. 5.

²⁵⁶ Cons. 40 (quarter). Cette indication dénote, semble-t-il, une volonté d'appliquer à tous les demandeurs d'asile les conditions d'accueil de droit commun pendant la phase d'attente du traitement de leur demande.

²⁵⁷ Cons. 40bis de la proposition de règlement « procédure ».

leurs sociétés²⁵⁸. Surtout, la Commission propose de maintenir les critères de détermination de l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile au titre du règlement Dublin – et donc de maintenir le critère de l'Etat de première entrée – et n'envisage pas de système de relocalisation des demandeurs d'asile dans le cadre des procédures à la frontière. C'est pour cette raison que le Comité européen économique et social se demande si un tel dispositif n'aura pour effet de « transformer en plates-formes où ces demandeurs d'asile seront détenus ou en attente de renvoi »²⁵⁹.

2. Le filtrage par nationalité

L'un des dispositifs clés du Pacte sur la migration et l'asile, développé dans le cadre de la proposition de règlement « procédure » vise à instaurer un filtrage par nationalité censé augmenter le nombre de motifs d'accélération des procédures. Il s'agirait de soumettre à un examen rapide les demandes d'asile ayant peu de chances d'être acceptées et pour lesquelles leurs auteurs seraient soumis à une procédure de retour immédiate. Ainsi, les États sont enjoins d'accélérer le retour à la frontière des demandeurs ressortissants de pays tiers pour lequel la proportion des décisions accordant une protection internationale est inférieure à 20% du nombre total des décisions adoptées pour ce pays tiers²⁶⁰.

L'objet de la réforme est clairement d'envoyer un message à l'égard des passeurs et des demandeurs d'asile originaires de pays présentant un faible taux de reconnaissance. Ces derniers sont accusés de mettre sous pression les systèmes d'asile, d'accueil et de retour des États membres en accroissant la charge administrative, au détriment de l'octroi de la protection à ceux qui en ont réellement besoin, et d'être à l'origine d'un phénomène persistant de déplacements ultérieurs au sein de l'UE²⁶¹.

Cette proposition a fait l'objet de nombreuses critiques. Le Comité économique et social européen la qualifie de solution « bancal »²⁶². En effet, le filtrage par nationalité semble contraire à l'article 3 de la Convention de Genève selon lequel « Les États co-

²⁵⁸ V. Proposition de Règlement relatif à la gestion de l'asile et des migrations, COM (2020), 610 final p. 14 : Le système de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale est un élément fondamental de l'acquis de l'Union et ses objectifs demeurent valables. La Commission envisage uniquement un nouveau mécanisme de solidarité permettant de gérer la pression migratoire. Ce mécanisme n'est à la fois pas nouveau dans son procédé, puisqu'il repose en partie sur la technique des relocalisations déjà employée en 2016, mais il introduit une conception éthiquement douteuse de la solidarité entre États membres, où il sera possible de choisir entre relocaliser des personnes éligibles à un statut protecteur et prendre en charge les retours de personnes non éligibles. V. sur ce point la contribution d'E. Stoppioni, *Une solidarité dévoyée, réflexions sur le Pacte sur la migration et l'asile* (Eur. DL, n°4, septembre 2021).

²⁵⁹ Avis du CESE, *Procédure d'asile dans le cadre du nouveau pacte*, SOC/670, point 2.2.

Le CESE ajoute : « en dernière analyse, toutefois, les règlements proposés qui font l'objet du présent avis auront pour résultat de faire peser une charge disproportionnée sur les épaules des États membres du Sud de l'Europe, de sorte qu'inévitablement, ils seront inapplicables et n'atteindront pas le résultat escompté. Il est à prévoir qu'après un certain laps de temps, les États membres seront en fait contraints de rejeter nombre de demandes d'asile, même lorsqu'elles réuniront les conditions requises pour une issue favorable, afin d'éviter d'augmenter le nombre de personnes rassemblées dans des conditions inhumaines ». (point 2.1).

²⁶⁰ Article 35 bis proposition de règlement « procédure », préc.

²⁶¹ Prop de règl. « procédure », p.1).

²⁶² Avis du CESE, *Procédure d'asile dans le cadre du nouveau pacte*, SOC/670, point 1.3.

contractants appliqueront les dispositions de cette convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine ». En outre, des doutes et des confusions par rapport au taux et au mode de calcul de ces 20% peuvent légitimement se poser ²⁶³. Particulièrement, le taux de reconnaissance varie considérablement d'un État membre à un autre et seule une approche uniforme des taux, éventuellement menée par l'Agence européenne de l'asile, pourrait permettre d'éviter cet écueil.

Un examen, même partiel, du Pacte sur la migration et l'asile permet de conclure à l'existence d'une forte menace pesant sur le contenu essentiel de ce droit si les propositions sont en l'état reprises par le législateur européen. Sur le papier, il existe toujours des statuts protecteurs – même s'ils font l'objet de grignotages évidents – mais l'accès à ces statuts devient si complexe qu'il pourrait décourager bon nombre de personnes éligibles.

C'est donc, au-delà même des textes, l'esprit général du dispositif qui inquiète et pose question : des discours dissuasifs, des procédures d'asile d'une opacité telle que même les experts s'y perdent, la multiplication des mesures coercitives à l'égard des ressortissants de pays tiers (méfiance, suspicions, pénalisation, privations de libertés, risques de violences aux frontières etc..) rendent compte d'une approche européenne bien déplorable de la migration et de l'asile. Pour finir, méditons sur la parole qu'aurait prononcée Jacques Delors aux représentants des églises lors d'une entrevue en 1992 : « Si nous ne parvenons pas à donner une âme à l'Europe d'ici 10 ans, nous serons foutus ».

²⁶³ V. les critiques que l'étude de la Commission LIBE adresse à la méthode choisie :

“It is doubtful if the evolution and changing character of entries over a relatively short timeframe (2015- 2019) may be used as an accurate predictor of future trends, and thus as a ground upon which to build a long-term revision of EU asylum rules. On the contrary, a major lesson learnt over the last six years, and specifically from the sudden increase of numbers in the period 2015-2016, is that level and composition of flows across the main migration routes to the EU is subject to significant variations, reflecting a complex set of geopolitical, economic, and social factors in countries of origin, as well as a mix of policy and legal measures adopted in main countries of transit and destination”.

The European Commission's legislative proposals in the new Pact on migration and asylum: IPOL_STU(2021)697130_EN.pdf, p. 40.

Une solidarité dévoyée: réflexions sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile

Edoardo Stoppioni*

“Those few refugees who insist upon telling the truth, even to the point of ‘indecenty’, get in exchange for their unpopularity one priceless advantage : history is no longer a closed book to them and politics is no longer the privilege of gentiles. They know that the outlawing of the Jewish people in Europe has been followed closely by the outlawing of most European nations. Refugees driven from country to country represent the vanguard of their peoples – if they keep their identity. For the first time Jewish history is not separate but tied up with that of all other nations. The community of European peoples went to pieces when, and because, it allowed its weakest member to be excluded and persecuted”

Par ces mots, Hannah Arendt concluait son analyse du phénomène migratoire dans *We Refugees*²⁶⁴. Elle y soutient que c’est précisément parce qu’elle a permis la persécution et l’exclusion de ses membres les plus faibles que la communauté des nations européennes s’est retrouvée en lambeaux. Le lecteur de l’évolution récente du droit européen de la migration et de l’asile pourra voir dans cette affirmation un rapport évident aux évolutions des dernières décennies²⁶⁵.

Le nouveau Pacte sur la migration et l’asile de la Commission européenne peut être rangé au sein de ce type d’évolution, comme le démontrera une analyse de la mobilisation de la notion de solidarité dans cet instrument.

Penser la solidarité

Le terme solidarité vient de l’adjectif latin « *solidus* ». En décomposant ce mot, on y retrouve une racine grecque (« *olos* », entier ou indivis) et une terminaison « *- idus* » qui indique communément une qualité durable. La solidarité est donc cette qualité d’un corps qui reste durablement uni, indivis.

L’histoire des idées montre que ce terme acquiert une importance particulière au sortir de la Révolution française de 1789 et garde cette place prééminente durant tout le XIX^e siècle²⁶⁶. Alors qu’avant 1789 le corporatisme morcelait la société, la logique révolutionnaire des droits naturels innove et proclame liberté et égalité individuelles

* Professeur de droit public, Université de Strasbourg (stoppioni@unistra.fr). L’auteur remercie vivement Catherine Haguenu-Moizard et Fabienne Gazin pour l’organisation de la belle journée de réflexion qui a donné lieu à cette analyse, ainsi que Janine Silga et Catherine Warin pour leurs idées inspirantes et leur soutien sans failles.

²⁶⁴ H. Arendt, « We Refugees », *The Menorah Journal*, 1943. Sur cet article voy. G. Agamben, « We refugees – Symposium », *A Quarterly Journal in Modern Literatures*, vol. 49(2), 1995.

²⁶⁵ Cfr. J. Silga, C. Warin, « Europe, Year 2020. What happened to the right to asylum? », *EU Law Live – Weekend Edition*, n. 15, mai 2020, p. 7 ss.

²⁶⁶ M.-C. Blais, « La solidarité », *Le Télémaque*, 2008/1 (n° 33), pp. 9-24.

comme fondement de la nouvelle société. En revanche, une fois ces individus émancipés, comment faire en sorte qu'un lien social se conserve et que les individus ne deviennent pas des monades ? C'est dans l'idée de solidarité qu'on trouve à cette époque un élément de réponse fondamental, en y voyant le liant indispensable d'individus émancipés et qui autrement vivraient en isolement clinique les uns des autres²⁶⁷.

Deux personnages vont œuvrer de manière particulière à la clarification théorique de ce concept : il s'agit de Léon Blum et d'Émile Durkheim. Le premier est considéré comme étant à l'origine d'une véritable philosophie de la solidarité : « chacun sait que M. Léon Blum a fait sien, cette idée de la Solidarité, qu'il la répand (...) avec éloquence, et qu'il la fait passer en pratique par d'ingénieuses applications ; c'est en grande partie grâce à lui que le moi est devenu si fort à la mode »²⁶⁸. L'idée est placée au cœur de la philosophie de la III^e République : l'État ne saurait se borner à garantir des droits individuels, il doit également œuvrer dans le sens d'une garantie de solidarité, dans un souci de justice : « qui a reçu le capital et l'instruction est plus, peut plus que qui n'a reçu ni l'un ni l'autre », ainsi par-dessus des droits individuels l'État doit « rétablir un rapport d'équivalence » qui pour créer de véritables associés²⁶⁹.

Les sociologues vont apporter un éclairage particulier à la place du droit dans la construction de la solidarité. Dans sa thèse de doctorat de 1893, Émile Durkheim annonce dès la préface : « La question qui a été à l'origine de mon travail, c'est celle des rapports entre la personnalité individuelle et la solidarité sociale ». Il y compare les sociétés où opère une « solidarité mécanique » et les sociétés où l'individualisation implique le besoin d'une « solidarité organique ». Il en déduit que le droit n'est pas seulement un indicateur du lien social mais un acteur fondamental dans la construction de ce lien. Si la société et les liens de vie commune préexistent au droit, l'État doit garantir la justice au sein des liens contractuels qui unissent les individus : voici la *ratio* de la solidarité²⁷⁰.

Solidarité et droit européen de la migration

Qu'en est-il de la solidarité spécifiquement dans le droit européen de la migration et de l'asile ? Il est bien connu que, depuis le traité de Lisbonne, l'article 80 TFUE présente la solidarité comme un principe fondamental qui innerve l'ensemble des domaines et des politiques du droit de l'Union européenne²⁷¹.

De manière assez sommaire, nous pouvons identifier deux formes de solidarité dans ce contexte. D'une part, nous avons une solidarité *interétatique* : il s'agit de la logique de

²⁶⁷ M.-C. Blais, *La Solidarité. Histoire d'une idée*, Paris, Gallimard, 2007.

²⁶⁸ A. Godfernaux, « A propos d'une philosophie de la solidarité », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1903, p. 306.

²⁶⁹ L. Bourgeois, « L'idée de solidarité et ses conséquences sociales », in *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1896, p. 180.

²⁷⁰ É. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, Alcan, 1893.

²⁷¹ P. De Bruycker and L. Tsourdi, « Building the common European asylum system beyond legislative harmonisation: Practical cooperation, solidarity and external dimension », in V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani (eds.), *Reforming the common European asylum system: The New European refugee law*, Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 471-538.

répartition des flux migratoires, pour qu'au sein du bloc européen les États géographiquement les plus exposés ne soient pas laissés seuls face à la pression migratoire. C'est là la logique initiale qui a inspiré le système Dublin²⁷². D'autre part, nous avons une idée de solidarité *individuelle*, à l'égard de l'exilé. Et celle-ci était la logique même qui avait inspiré la naissance du droit international des réfugiés, comme le confirme le préambule de la Convention de Genève de 1951. Historiquement, « tout oppose en effet l'*étranger* (dont le droit de séjour naît d'une concession de l'État) au *réfugié* (qui fait naître une créance mise à la charge de l'État d'accueil au nom d'une obligation de solidarité internationale) »²⁷³.

La Cour de justice de l'Union a pu fournir quelques clarifications en la matière, notamment dans la saga portant sur le mécanisme temporaire de relocalisation des demandeurs de protection internationale (*Commission c. Pologne, Hongrie et République Tchèque*)²⁷⁴. La Cour voit dans la relocalisation un instrument fondé sur l'objectif de solidarité, qui est considéré comme un pilier fondamental de la politique européenne de l'asile. Ainsi, les États ne peuvent l'écarter en vertu de leur appréciation unilatérale de l'efficacité ou des exigences d'ordre public²⁷⁵.

Mais cette affaire montre également les angles-morts du discours de solidarité : alors que la question soumise à la Cour est celle de savoir en quelle mesure les trois États membres avaient violé les exigences découlant de la solidarité, l'audience relative à l'affaire s'est transformée en une dissertation juridique sur la qualification et l'interprétation de l'exception de sécurité nationale de l'article 72 TFUE : en assistant aux plaidoiries, le cœur de l'affaire ne semblait aucunement porter sur les migrants et la

²⁷² La logique de Dublin II est fondamentalement celle de structurer des règles d'allocation des flux, bien plus que celle du règlement Dublin III, où la CJUE lit également une exigence forte de protection des droits individuels des migrants, voy. *infra*.

²⁷³ V. Tchen, *Droit des étrangers*, Paris, LexisNexis, 2020, p. 1227.

²⁷⁴ Voy. les affaires jointes CJUE, *Commission / Pologne, Commission / Hongrie, Commission/ République Tchèque (Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale)*, C-715/17, C-718/17 et C-719/17, 2 avril 2020, ECLI:EU:C:2020:257.

²⁷⁵ CJUE, *Commission / Pologne, Commission / Hongrie, Commission/ République Tchèque (Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale)*, *cit.*, paragraphes 180-181 :

« À cet égard, il ne saurait être admis, sauf à permettre qu'il soit porté atteinte à l'objectif de solidarité inhérent aux décisions 2015/1523 et 2015/1601 ainsi qu'au caractère obligatoire de ces actes, qu'un État membre puisse se fonder, sans par ailleurs invoquer, à cette fin, une base juridique prévue par les traités, sur son appréciation unilatérale du manque allégué d'efficacité, voire du prétendu dysfonctionnement du mécanisme de relocalisation établi par lesdits actes, notamment pour ce qui concerne le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure, pour se soustraire à toute obligation de relocalisation lui incombant en vertu de ces mêmes actes. Il importe également de rappeler, ainsi qu'il a déjà été souligné au point 80 du présent arrêt, que les charges que comportent les mesures provisoires prévues par les décisions 2015/1523 et 2015/1601, dès lors qu'elles ont été adoptées en vertu de l'article 78, paragraphe 3, TFUE aux fins d'aider la République hellénique et la République italienne à mieux faire face à une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers sur leur territoire, doivent, en principe, être réparties entre tous les autres États membres, conformément au principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les États membres, principe qui, conformément à l'article 80 TFUE, régit la politique de l'Union en matière d'asile ».

violation de leurs droits mais sur une question purement technique de respect des critères d'un état d'exception²⁷⁶.

Ainsi, l'optique au prisme de laquelle je vais interroger le rôle de la solidarité dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile se situe dans le prolongement de cette expérience paradoxale, inspirée par l'aseptisation d'une audience que je pensais concerner l'impact de la relocalisation sur le migrant. Il s'agira donc de se demander en quelle mesure les structures juridiques du pacte participent de cette tendance à l'*aseptisation de la solidarité*. En d'autres termes, en quelle mesure la solidarité se dérobe de sa composante de prise au sérieux des droits du migrant et reste exclusivement une logique d'administration de la coopération interétatique ? De plus, quelles sont les conséquences d'une construction de la solidarité qui repousse le migrant à l'extérieur de la réflexion ?

Les idées qu'il me semble nécessaire de dénoncer sont donc les suivantes : l'aseptisation de la solidarité découle de la logique managériale par laquelle celle-ci est construite (**Partie I**), ce qui implique une réification du migrant dans ce cadre (**Partie II**).

Partie I – Un discours managérial renforcé

La première idée qu'il semble important de garder à l'esprit quand on réfléchit à la place de la solidarité dans le nouveau pacte est la place fondamentale que celui-ci accorde à une vision « managériale » du droit dans le phénomène migratoire.

A. La logique managériale innervant la proposition

Les théories critiques du droit dénoncent depuis longtemps la floraison des logiques managériales dans le droit international, à compter notamment des années 1990²⁷⁷. Par ce discours managérial, le droit est vu de plus en plus comme une technique de *problem management*. Martti Koskenniemi a brillamment montré que ce discours a d'un côté tendance à cacher la manière dont le pouvoir est administré, de l'autre à étouffer toute

²⁷⁶ Tel avait été mon sentiment en assistant à l'audience, voy. E. Stoppioni, « [L'audience de la CJUE dans les affaires initiées par la Commission contre Pologne, Hongrie et République Tchèque portant sur les quotas de réfugiés: entre solidarité et sécurité](#) », *Blog de droit européen*, 17 mai 2019 (dernière consultation le 20 septembre 2021).

²⁷⁷ D. Van Den Meersche, « Interview: Martti Koskenniemi on International Law and the Rise of the Far-Right », *Opinio Juris*, 10 décembre 2018, <http://opiniojuris.org/2018/12/10/interview-martti-koskenniemi-on-international-law-and-the-rise-of-the-far-right/>:

« In the 1990s, international law was transformed into an expert discipline. It was taken onto the bandwagon of various managerial projects: *'projects for managing the world trade'*, *'managing world environment'*, *'managing refugee problems'* (...). In the 1990s, international lawyers became lost in a managerial world, where issues such as democracy or justice, can no longer be articulated. We talk about free trade and human rights, security and the environment – important issues – but in a way that is wholly distant from the contexts in which most people work and live. Austerity and human rights shake hands. And inequality grows ».

visée émancipatrice qui remettrait en question des structures de pouvoir²⁷⁸. Ces structures de pouvoir sont en revanche consolidées.

La proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration constitue l'apothéose d'un discours managérial de gestion des flux, qui irrigue entièrement le nouvel instrument. D'un point de vue discursif, la Commission présente sa proposition comme une solution managériale : le commentaire de la proposition explique que la *ratio legis* de l'instrument est de renforcer « l'efficacité, l'efficience, la pertinence, la cohérence et la valeur ajoutée européenne ».

D'un point de vue institutionnel, les structures de gestion de la solidarité personnifient cette logique managériale : la Commission crée un *Forum de solidarité* (article 46) qui lui permet de devenir le manager en chef de ce système d'aide aux États membres. Du point de vue des mécanismes juridiques de solidarité, leur fonctionnement complexe reflète pleinement ladite logique.

Tout d'abord, l'article 45 présente les trois outils clefs qui permettront de tisser les liens de solidarité. Il s'agit de (1) la *relocalisation* de demandeurs (article 45.1.a) et de bénéficiaires de protection (article 45.1.c) d'un État membre sous pression, (2) de mesures de *coopération avec les pays tiers* permettant un renforcement des capacités dans le domaine de l'asile, de l'accueil et du retour (article 45.1.d) et (3) la *prise en charge des retours* (article 45.1.b et article 55)²⁷⁹.

Des combinaisons particulières de ces mécanismes sont prévues notamment dans le cas de débarquements issus d'opérations de recherche et sauvetage (articles 47-49), généralement connues sous le nom d'opérations SAR (de l'acronyme anglais pour *Search and Rescue*, donnant le nom à une convention internationale éponyme). Dans ce contexte, la Commission détermine dans un rapport annuel (dénommé de manière intéressante « *Migration Management* ») si un État est grevé d'un nombre important et récurrent d'arrivées à raison des opérations SAR. Parallèlement, les États membres sont invités à notifier les types de contributions qu'ils sont disposés à diligenter (article 48) : si les offres sont suffisantes, la Commission arrête cette solution ; autrement, la Commission sollicite de nouvelles aides et les États pourront proposer des formules alternatives. Si les relocalisations ainsi obtenues se situent en dessous de 30% de l'objectif visé, la Commission appliquera un mécanisme de correction des quotas au vu du potentiel critique de la situation (les mesures « sont adaptées de manière à ce que les États membres ayant indiqué de telles mesures soient tenus de couvrir 50 % de leur part calculée selon la clé de répartition »).

²⁷⁸ Voy. notamment M. Koskeniemi, « Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education », *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, p. 1.

²⁷⁹ Pour une analyse davantage détaillée de ces dispositions, voy. E. Brouwer e.a., « [The European Commission's legislative proposals in the New Pact on Migration and Asylum](#) », *Study – European Parliament*, juillet 2021 (dernière consultation le 4 septembre 2021). Le postulat de départ de cette étude est de dire que :

« in EU debates, this notion has adopted a predominant inter-state focus alienated or dissociated from individuals. It has been mainly nurtured by a state-centric understanding and framing of responsibility in relation to international protection, side-lining states accountability in cases of human rights and refugee protection violations and refugee agency. Solidarity is wrongly framed as something voluntary and as a charity-based option » (p. 154).

Les migrants concernés seront les demandeurs de protection qui ont sollicité le statut dans le pays bénéficiant du mécanisme de solidarité, à l'exclusion des demandeurs « soumis à la procédure à la frontière » - selon l'article 45(1)(a). Le critère de répartition est celui « de l'existence de liens significatifs entre la personne concernée et l'État membre de relocalisation » (article 57).

Les bénéficiaires de protection sont en principe exemptés de ces mécanismes de relocalisation, à deux exceptions près. Premièrement, conformément à l'article 57(3), en cas de consentement écrit (« lorsque la personne identifiée devant faire l'objet d'une relocalisation est un bénéficiaire d'une protection internationale, la personne concernée n'est relocalisée qu'après avoir consenti à cette relocalisation par écrit »). Deuxièmement, un cas particulier est prévu lorsqu'un État membre est considéré comme étant sous « pression migratoire » (article 50) : les BPI deviennent ainsi également éligibles, conformément à l'article 51(3). En effet, dans ces cas de pression avérée, les délais de procédures sont plus rapides et les personnes soumises à la procédure à la frontière ou bénéficiant déjà du statut peuvent également être relocalisées²⁸⁰.

Daniel Thym a pu confirmer cette tendance managériale de l'instrument en soulignant que celui-ci est avant tout mû par une volonté de pragmatisme, indépendamment de la rhétorique de solidarité dont il se drape ; il s'agit d'une œuvre de *Realpolitik*, motivée par la volonté de répondre à des exigences et à des circonstances plutôt qu'à des idéaux²⁸¹.

B. Réduire les effets pathologiques en oubliant la source du mal

Mais est-ce que, en dehors de rajouter ces mécanismes de répartition de quotas, la proposition s'attaque à changer les problèmes fondamentaux, découlant notamment des critères Dublin ? On peut fortement en douter. En effet, à l'exclusion peut-être du cas des mineurs non accompagnés, les critères pour établir l'État responsable et l'ordre d'application des critères de détermination ressemblent fortement à ceux de Dublin III. Nous sommes donc confrontés à une certaine forme d'hypocrisie : on introduit des mécanismes de soin palliatif de la pression migratoire sans vraiment essayer tout d'abord d'éradiquer les causes de la pression.

Le rapport Wikström du Parlement, proposition la plus courageuse et révolutionnaire prise dans le cadre de la réforme du système Dublin, avait adopté l'approche inverse. Il

²⁸⁰ Voy. F. Maiani, « [A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact](#) », *Special Series of Posts on the New Migration Pact*, 20 octobre 2020 (dernière consultation le 5 septembre 2021).

²⁸¹ D. Thym, « [European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfall of the ‘New’ Pact on Migration and Asylum](#) », *Special Series of Posts on the New Migration Pact*, 28 mai 2020 (dernière consultation le 5 septembre 2021):

« notwithstanding the rhetoric emphasis on ideas such as ‘solidarity’, ‘responsibility’ or ‘fresh start’ – the reform package is more about pragmatism than principles. It is certainly not ‘beautiful’ in the sense of an ideal vision of how migration and asylum policy could possibly look like (even though EU politics usually prefer such grand designs). It is in essence a piece of *realpolitik*, which – according to the lexical definition – is defined more by the needs and circumstances of the relevant actors than by morals or ideology. »

proposait de s'attaquer à la source du problème directement, de modifier les critères de Dublin en les substituant avec un critère de « liens réels »²⁸². Les correctifs au titre de la solidarité n'étaient censés intervenir qu'en aval par rapport à cette modification essentielle.

On peut même aller plus loin dans la critique : même dans les rares cas où les critères Dublin sont modifiés, il subsiste des doutes importants. Prenons justement le cas de mineurs, pour lequel l'article 13 prévoit un régime plus détaillé que celui de l'article 6 du règlement Dublin III. Toujours est-il que, dans le cas des mineurs non accompagnés, en l'absence de liens familiaux, la proposition ne semble pas prendre en compte la jurisprudence de la Cour. En effet, dans son affaire *M. A. et autres*, la Cour avait clarifié que l'intérêt supérieur de l'enfant implique que l'État responsable devrait 'en principe' être celui où le mineur se trouve²⁸³. La proposition inverse cette logique (article 15.5) : « En l'absence de membres de la famille ou de proches visés aux paragraphes 2 et 3, l'État membre responsable est celui dans lequel le mineur non accompagné a enregistré sa demande de protection internationale pour la première fois, sauf s'il est démontré que cela n'est pas dans l'intérêt supérieur du mineur ». L'intérêt supérieur de l'enfant devient un élément de correction et non pas le critère phare, contrairement à ce que semblait indiquer la Cour.

Au vu de ces considérations, on ne peut que convenir avec certains commentateurs que, d'une part, le Pacte de la Commission constitue un « pas en arrière » non seulement par rapport à la proposition iconoclaste du rapport Wikström mais aussi par rapport à la proposition de la Commission de 2016 d'une approche de solidarité obligatoire²⁸⁴ ; et d'autre part, que le mécanisme de solidarité asymétrique qui y est retenu ne poursuit pas l'objectif de construire un cadre juridique clair, permettant un octroi serein de la protection internationale, mais introduit un modèle de prise d'engagements à la carte, des possibilités de *pick and choose* qui sont aux antipodes de la nécessité de protéger les droits de demandeurs de protection²⁸⁵.

²⁸² F. Maiani, « [Le rapport du Parlement européen sur la réforme du système Dublin : une proposition audacieuse mais pragmatique ?](#) », *EU Migrationlawblog*, 18 janvier 2018 (dernière consultation le 20 septembre 2021).

²⁸³ CJUE, 6 juin 2013, *The Queen (à la demande de MA, BT, DA) c. Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367, point 61 ss.

²⁸⁴ E. Brouwer e.a., « The European Commission's legislative proposals in the New Pact on Migration and Asylum », *Study – European Parliament*, juillet 2021, p. 156: « Seen against the backdrop of previously unresolved EU debates and initiatives on solidarity and fair sharing of responsibility, the Pact's model represents a clear step backwards, not only from the ambitious reform attempt contained in the above-mentioned 2017 European Parliament Report, but also from the approach based on 'mandatory solidarity' (albeit in the form of a corrective mechanism) pursued by the Commission in its 2016 Dublin proposal ».

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 157: « stands at odds with the CEAS goal of developing a common policy on asylum with a view to offering appropriate status to any third-country national requiring international protection. Under the proposed mechanism, contributions are to be decided based on a 'pick-and-choose menu' featuring options other than relocation, which stands at odds with the shared commitment of EU Member States to safeguard their international responsibilities towards refugees and the fundamental right to asylum ».

Partie II – Un migrant réifié

La deuxième idée fondamentale qu'il me semble important de mettre en avant consiste dans l'appréciation des failles de ces mécanismes de solidarité. En axant sa conception de la solidarité sur une logique managériale, la proposition néglige l'optique des droits humains des migrants, de sorte que le migrant est réifié dans les mailles de la pensée managériale.

A. Revenir sur le changement de paradigme prôné par la Cour

La proposition de la Commission semble, de manière générale, faire tourner en arrière les aiguilles du droit européen de la migration et de l'asile. En effet, la lecture des mécanismes de solidarité suggère une volonté de revenir sur les avancées que la Cour avait entrepris de lire dans le passage du système de Dublin II à celui de Dublin III.

Dans son analyse du changement de cadre juridique, la Cour avait constaté dans ce changement un moment de bascule²⁸⁶. La comparaison du discours judiciaire trahit une vision différente du fonctionnement profond des deux instruments. Alors que la Cour avait analysé la logique de Dublin II comme celle d'un instrument de répartition des flux migratoires, la Cour n'a cessé de voir dans le passage à Dublin III l'adoption d'un système qui confère directement des droits pour les demandeurs de protection internationale et ne se limite pas simplement à des règles d'organisation administrative²⁸⁷.

Une telle lecture est clairement exposée par l'Avocate générale Eleanor Sharpston dans l'une de ses '*shadow opinions*', où elle affirme qu'un trait caractéristique de l'acquis de Dublin III par rapport au système antérieur est celui de ne pas limiter l'application de ses règles à une lecture sèche de ses dispositions. Celles-ci doivent, bien au contraire, être lues à la lumière de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme, qui en constituent le contexte plus large. Dans son application judiciaire, Dublin III doit, en d'autres termes, baigner dans le droit européen des droits humains :

« 12. The Dublin system was reviewed in the context of an evaluation of the first-phase instruments of the Common European Asylum System ('the CEAS'). A comprehensive 'fitness check' was conducted covering the legal, economic and social effects of the Dublin system, including its effects on fundamental rights. Directive 2013/32 applies in addition to, and without prejudice to, the provisions concerning the procedural safeguards regulated under the Dublin III Regulation, subject to the limitations in the application of that Directive.

13. In accordance with the ECHR and with the Charter, respect for family life should be a primary consideration of Member States when

²⁸⁶ C. Oviedo Moreno, « [H. A. v Belgium: migration law is not a 'law of exception'](#) », *EU Law Live*, 19 avril 2021 (dernière consultation le 5 septembre 2021).

²⁸⁷ C. Oviedo Moreno invite, à juste titre, à comparer le discours de la Cour portant sur Dublin II dans l'affaire *Abdullahi* (C-394/12) à celui bien différent portant sur Dublin III dans les affaires *Ghezelbash* (C-63/15) et *Karim* (C-155/15).

applying the Dublin III Regulation. The processing together of applications for international protection submitted by members of one family in a single Member State makes it possible to ensure that such applications are examined thoroughly, that the decisions taken in respect of them are consistent and that members of one family are not separated. *Any Member State should be able to derogate from the responsibility criteria, in particular on humanitarian and compassionate grounds, in order to bring together family members, relatives or any other family relations and examine an application for international protection lodged with it or with another Member State, even if such examination is not its responsibility under the binding criteria laid down in the Regulation* »²⁸⁸.

On voit bien que la posture de Eleanor Sharpston prône une idée de la solidarité qui est bien davantage respectueuse de la dimension individuelle de la solidarité à l'égard du migrant, qui semble avoir disparu du Pacte. L'idée d'une possibilité de déroger aux critères pour des raisons humanitaires et compassionnelles semble être une idée fondamentale que l'on pourrait espérer voir réapparaître dans le droit européen de la migration et de l'asile à l'avenir.

Toutefois, il n'est pas question ici d'affirmer que l'action de la Cour de justice en termes de protection des droits des migrants ait été tout à fait satisfaisante ou ait pu combler les lacunes importantes que le système de Dublin avait instaurées. Bien au contraire, la jurisprudence de la Cour a montré ne pas pouvoir aller à l'encontre d'une logique managériale endémique à l'instrument, comme le démontre la jurisprudence en matière de défaillances systémiques. Dans les affaires *Ibrahim*²⁸⁹ et *Jawo*²⁹⁰, en bonne substance, la Cour affirme que les transferts Dublin doivent être paralysés lorsque des défaillances systémiques dans l'État responsable causeraient une violation grave des droits humains du demandeur. Bien que bloquant le système de répartition de Dublin en vertu de considérations d'humanité, la Cour a fixé un seuil extrêmement élevé qu'est celui de la preuve de « défaillances systémiques », que dans la pratique cette jurisprudence est très difficilement invocable devant le juge interne.

B. Une mise à l'écart de l'individualité du migrant

Plusieurs éléments dans la proposition de la Commission témoignent, bien au contraire, un retour en arrière par rapport à une logique d'humanisation du système Dublin. C'est

²⁸⁸ Shadow Opinion of Advocate-General Eleanor Sharpston QC - Case C-194/19 HA, on appeal rights of asylum seekers in the Dublin system, accessible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/02/case-c19419-h.html> (nous soulignons).

²⁸⁹ CJUE, 19 mars 2019, *Bashar Ibrahim e.a. c. Bundesrepublik Deutschland*, C-297/17, ECLI:EU:C:2019:219, voy. M. Wendel, « Die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebensumstände von anerkannt Schutzberechtigten im EU-Ausland », *Juristenzeitung*, 2019 pp. 983-989.

²⁹⁰ CJUE, *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, 19 mars 2019, ECLI:EU:C:2019:218. Voy. S. Barbou Des Places, « Quelle place pour la personne dans le contentieux des transferts Dublin ? Les enseignements de l'arrêt Jawo », *RTDE*, 2020, pp. 142-147.

une tendance inverse et claire à la mise à l'écart de la personne du migrant qui s'y retrouve²⁹¹.

Tout d'abord, là où Dublin III parlait essentiellement d'obligations des États membres, la proposition commence à également structurer un discours d'obligations des demandeurs, bien avant de s'intéresser aux obligations des États et sans parler des droits des demandeurs. L'article 9 affirme explicitement un devoir du migrant de rester sur le territoire de l'État membre de première arrivée, de coopérer pleinement avec ses autorités et de respecter leur décision de transfert dans un autre État membre. A cette obligation se joint une sanction claire, à l'article 10, de retrait des conditions matérielles d'accueil en cas de violation.

Deuxièmement, d'importants problèmes subsistent concernant une absence de volonté de prise au sérieux du consentement du migrant. Le consentement semble être vérifié exclusivement lorsque la personne concernée par un mécanisme de solidarité est déjà bénéficiaire de la protection internationale. En dehors de ce cas, l'article 57 (3) semble laisser penser à une possible relocalisation sans consentement. Or, cette distinction semble se heurter à l'idée de base du droit international des réfugiés selon laquelle le statut est simplement la reconnaissance d'une situation de fait existant indépendamment de sa concrétisation procédurale. Ainsi, au moins en ce qui concerne les demandeurs qui viendraient à se faire reconnaître par la suite un statut en raison d'une forme de persécution dans leur État d'origine, n'est-on pas en train de faire primer une logique managériale à tout respect de leurs droits ?

Par ailleurs, cette posture semble revenir sur les réflexions qui avaient été déployées concernant la mise en place d'un « Dublin IV » où on imaginait un instrument de choix multiple pour renforcer une prise au sérieux du consentement du migrant. Francesco Maiani l'avait très bien souligné : l'idée de donner un choix de destination aux demandeurs était conceptuellement révolutionnaire et iconoclaste par rapport au « discours Dublin »²⁹². Or, le Pacte semble non seulement raviver le discours Dublin mais le radicaliser dans le sens d'un retour à la surdité par rapport à l'individualité du migrant.

²⁹¹ J. Silga, C. Warin, « The EU's New Pact on Migration and Asylum: Efficiency at the Expense of Rights? », *EU Law Live Week-end Edition*, n° 40, 2021, pp. 10-24.

²⁹² F. Maiani, « [Le rapport du Parlement européen sur la réforme du système Dublin : une proposition audacieuse mais pragmatique ?](#) », 18 janvier 2018 (dernière consultation le 5 septembre 2021) :

« Conceptuellement, toutefois, l'idée de donner un choix aux demandeurs concernant leur destination (et leurs accompagnants) est tout simplement révolutionnaire, et brise finalement le tabou qui a jusqu'à présent régné de manière incontestée dans le « discours Dublin ». Néanmoins, restreindre le choix des demandeurs à quatre États – probablement aucun n'étant une de leurs « destinations préférées » – semble être une manière infallible de priver cette réforme audacieuse des effets voulus. En effet, si l'objectif est de promouvoir l'acceptabilité tout en assurant en même temps une distribution équitable, pourquoi ne pas donner le choix aux demandeurs entre *tous* les États membres qui se trouvent sous le quota au moment de la demande ? ».

Troisièmement, ces mécanismes de solidarité semblent s'imposer aux migrants dans un contexte où le recours effectif semble fortement affaibli²⁹³. La mention d'un tel recours est simplement absente de la section sur les mécanismes de solidarité, alors même que les effets d'une telle situation ne semblent guère s'éloigner de ceux d'un transfert Dublin.

Conclusion

Si l'on resitue les mécanismes de solidarité dans la logique d'ensemble du nouveau Pacte de la Commission en matière de migration et d'asile, sa philosophie managériale contribue à structurer un dessein clair de fermeture du territoire européen, poursuivi par cet instrument. L'idée est celle de réduire les arrivants, en présentant l'Europe comme une terre non attractive.

Concernant plus précisément les mécanismes de solidarité, la proposition et son discours managérial entretiennent une double logique évidente : d'un côté rassurer les États inquiets à cause de la pression migratoire, de l'autre minimiser les soucis des États à qui on demande davantage de solidarité pour venir en aide aux premiers. Dans ce double but inavoué, la proposition poursuit tout cela au détriment d'un migrant réifié, traité comme une charge déplaçable.

Il reste à espérer que le Parlement européen, qui s'est montré davantage sensible à la question des droits des migrants, pourra tenter de modifier ces structures profondes. Mais le but de cet article a été d'inciter le juriste à commencer à changer sa manière de voir le droit européen de la migration, de ne pas voir dans ses instruments des choix inéluctables ou neutres, mais bien plus penser que les choix managériaux opérés ont un effet assumé de réifier le migrant dans les mailles d'une prétendue solidarité. Le rôle de la doctrine, partageant ce point de vue, peut être avant tout celui d'essayer de changer le discours sur la migration en Europe et d'essayer de réintroduire un discours de solidarité à l'égard d'un migrant oublié, pour condamner une solidarité dévoyée sur l'autel des logiques managériales.

²⁹³ De manière plus générale, il a été remarqué que le recours effectif est un problème qui innerve l'ensemble de la proposition. Voy. J. Silga, C. Warin, « The EU's New Pact on Migration and Asylum: Efficiency at the Expense of Rights? », *EU Law Live Week-end Edition*, n. 40, 2021, pp. 19-20 :

« Another source of concern lies with the foreseen limitation of the right to a remedy, as provided for by article 33 of the AMMR proposal. The scope of the remedy against a transfer decision is meant to be limited to an assessment of '(a) whether the transfer would result in a real risk of inhuman or degrading treatment for the person concerned within the meaning of Article 4 of the Charter of Fundamental Rights' and '(b) whether Articles 15 to 18 and Article 24 have been infringed' (that is, provisions laying down criteria for determining the Member State responsible for processing an asylum application). So, all the case law of the Court of Justice concerning Article 4 of the Charter as a limit to Dublin transfers (including the recent *Jawo* ruling), as well as the *Ghezelbash* line of case law allowing for a right of appeal based on the wrongful application of Dublin criteria, would hold. But all provisions of the regulation not laying down criteria would be off limits in a judicial review process, meaning they could not be relied on by individuals. This limitation is a step backwards for the right to an effective judicial remedy as it dismisses part of the CJEU's case law, for instance the *Mengesteab* case in which the Court acknowledged the possibility for individuals to challenge a Dublin transfer when Member State administrations have not respected the time limits set out in the regulation ».

Le maintien à l'écart du territoire de l'Union, fil rouge du Pacte sur la migration et l'asile

Julie Rondu*

À l'issue de longues négociations, reflétant les difficultés à faire émerger un consensus sur les questions relatives à l'asile et à l'immigration, le Pacte européen sur la migration et l'asile a été dévoilé le 23 septembre 2020 par la Commission européenne. Ensemble conséquent, composé de cinq projets d'actes législatifs, auxquels s'ajoutent quatre textes de *soft law*, le Pacte ambitionne de donner un nouveau cadre à la politique d'immigration et d'asile de l'Union, permettant de gérer les flux migratoires de manière globale, durable, solidaire et respectueuse des valeurs de l'Union²⁹⁴. Si les médias se sont largement fait l'écho de la prétendue disparition du système Dublin, annoncée par la présidente de la Commission Ursula Von der Leyen, la réalité s'avère beaucoup plus nuancée. Outre que la logique du règlement « Dublin III »²⁹⁵ n'est pas fondamentalement bouleversée, le Pacte contient des éléments qui n'ont pas fait l'objet de la même attention du grand public.

Ainsi en est-il, notamment, de la dimension externe du Pacte européen sur la migration et l'asile, pourtant présentée par la Commission comme l'un de ses piliers²⁹⁶. Si le Pacte ne propose pas de véritable innovation normative quant à sa projection au-delà des frontières extérieures de l'Union, il augure toutefois d'un approfondissement de l'externalisation de la politique migratoire de l'Union, processus déjà à l'œuvre depuis de nombreuses années. L'externalisation tend à maintenir les ressortissants de pays tiers, migrants ou demandeurs de protection internationale, hors du territoire de l'Union, par un ensemble de procédés comme les partenariats avec les pays tiers, le renforcement de la surveillance et des contrôles aux frontières, voire le transfert de certaines responsabilités à des personnes privées, point qui évoque davantage la dimension économique originelle de la notion d'externalisation, consistant en un transfert d'une activité à une entité externe. Il s'agit pour l'Union de repousser ses frontières extérieures aux fins de prévenir et contrôler les flux migratoires²⁹⁷, en impliquant pour ce faire les pays tiers d'origine et de transit. Cette dimension est devenue centrale pour la politique migratoire de l'Union. En des termes dépourvus d'ambiguïté, Jean-Pierre Cassarino

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes EA 7307.

²⁹⁴ Voy. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile du 23 septembre 2020.

²⁹⁵ 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, *JOUE* n° L 180 du 29 juin 2013, pp. 31-59.

²⁹⁶ Voy. notamment la Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, préc., ou encore la présentation du Pacte par le commissaire européen Margaritis Schinas.

²⁹⁷ Voy. notamment [J. Rijpma, M. Cremona, « The extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law », *EUI Working Papers LAW*, 2007/01, p. 12.](#)

estime ainsi qu'« aujourd'hui, sans l'appui des pays tiers pour contrôler les frontières et endiguer les flux de manière préventive, il n'y a aucune politique migratoire menée par l'[Union européenne] »²⁹⁸. Les chiffres reflètent d'ailleurs une certaine efficacité de la coopération avec les pays tiers dans la prévention de l'immigration irrégulière. À titre d'exemple, l'Organisation internationale des migrations a estimé à 54% la diminution du nombre de migrants en provenance du Maroc entrés irrégulièrement en Espagne en 2019, du fait de l'appui de l'Union au Maroc pour renforcer ses capacités de surveillance des frontières²⁹⁹. La même année, les départs vers l'Union empêchés par la Turquie se chiffraient quant à eux en dizaines de milliers³⁰⁰. Il n'est donc pas surprenant que cette dimension extraterritoriale soit très présente au sein du Pacte sur la migration et l'asile. Réciproquement, la question migratoire tend à irriguer l'ensemble des relations externes de l'Union : la Commission estime ainsi que « dans les partenariats globaux [avec les pays tiers], la migration devrait être intégrée en tant que question centrale »³⁰¹.

Dans le discours, les risques que présente cette extra-territorialisation pour les droits fondamentaux des migrants, et plus particulièrement des demandeurs d'asile, sont parfois habilement dissimulés sous le voile de la prévention. Il semble relever d'un consensus que la lutte contre l'immigration irrégulière doit remonter à ses racines, à ses « causes profondes » selon les termes de la Commission³⁰², c'est-à-dire à la situation dans les pays d'origine. De cette perspective peuvent alors découler différentes actions : se concentrer sur l'aide au développement, afin de prévenir des migrations économiques considérées comme non légitimes³⁰³, ou, de manière plus directe, retenir les migrants dans leurs pays d'origine ou de transit, grâce à des partenariats avec ces derniers. Il s'agirait ainsi de prévenir l'immigration irrégulière, et, ce qui peut être présenté comme favorable aux droits fondamentaux, de dissuader et empêcher les migrants de risquer leur vie sur la route migratoire la plus meurtrière que constitue désormais la Méditerranée. Un discours à coloration humanitaire que certains auteurs considèrent comme dissimulant une volonté de justifier le sacrifice du droit d'asile par la protection du droit à la vie³⁰⁴. De même, la volonté de lutter contre le trafic de migrants, réaffirmée dans le Pacte³⁰⁵, se révèle plutôt consensuelle, mais recèle le même paradoxe si elle ne s'accompagne pas de voies sûres d'accès à l'asile.

²⁹⁸ « [Par-delà la question migratoire : les enjeux du Nouveau Pacte sur la Migration et l'Asile. Entretien avec Jean-Pierre Cassarino](#) », *Le Grand Continent*, 8 novembre 2020 (dernière consultation le 10 septembre 2021).

²⁹⁹ Rapport de l'Agence des droits fondamentaux, « Migration: Fundamental Rights Issues at Land Borders », 8 décembre 2020, p. 11.

³⁰⁰ *Ibid.* Plus de 41 000 départs auraient ainsi été empêchés en 2019.

³⁰¹ Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, préc.

³⁰² 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) établissant le Fonds « Asile et migration », article 3, sous a).

³⁰³ Le lien entre immigration irrégulière et aide au développement figure dans la Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, préc., point 6.3.

³⁰⁴ Stratégie dite « *rescue without protection* » : V. Moreno-Lax V., « The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm », *JCMS*, 2018, n°1, spéc. p. 134.

³⁰⁵ Voy. notamment le point 5 de la Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, préc.

De surcroît, le maintien à l'écart du territoire de l'Union des ressortissants de pays tiers peut être davantage juridique que géographique, grâce au recours à des fictions permettant de ne pas faire bénéficier les migrants des garanties inhérentes à la présence sur le territoire. Si l'externalisation, ou l'extra-territorialisation, opère une « disjonction entre la frontière physique de l'État et le lieu effectif du contrôle du passage de l'étranger »³⁰⁶, le Pacte va parfois plus loin, en faisant des frontières extérieures de l'Union des espaces déroatoires, au sein desquels les migrants ne seraient pas considérés comme se trouvant sur le territoire d'un État membre. Les ressortissants de pays tiers, empêchés de pénétrer sur le territoire de l'Union, espace unifié de protection des droits fondamentaux, sont ainsi naturellement privés de la plénitude des droits. Les vertus que présente l'extra-territorialisation pour l'Union et ses États membres sont ainsi étendues à des personnes pourtant parvenues à s'approcher, voire à franchir *de facto* les frontières extérieures de l'Union. C'est pourquoi la notion de mise à l'écart du territoire de l'Union, plus large que celle d'extra-territorialisation, nous semble la plus à même de constituer l'une des lignes directrices du Pacte. Cette volonté est en effet martelée par la Commission : de la nécessité de prévenir le franchissement des frontières extérieures à la prévalence des retours dans de nombreux instruments composant le Pacte, le ressortissant de pays tiers dont la circulation n'est pas considérée comme légitime ne doit pas fouler le sol du territoire européen, et, à défaut, doit le quitter dans des délais aussi brefs que possible.

Le Pacte met ainsi fortement l'accent sur les retours, qui constituent d'ailleurs l'une des modalités de mise en œuvre de la solidarité pour les États membres réticents à accueillir des migrants³⁰⁷. Or, offrir aux États membres la possibilité d'accomplir leur devoir de solidarité par le biais de soutiens aux retours, ou de soutien opérationnel à la surveillance des frontières, emporte le risque que cette modalité soit majoritairement privilégiée, tant les réticences envers l'accueil des migrants sont connues, qu'elles se manifestent par l'échec des mécanismes de relocalisation obligatoire instaurés par la Commission³⁰⁸, ou par les longues discussions entre États membres qui entourent l'arrivée dans les ports méditerranéens de navires transportant des migrants.

Il est finalement loisible de se demander si l'application effective du Pacte ne dépendra pas dans une large mesure de la coopération des pays tiers, auquel cas la reprise en mains de la politique d'immigration et d'asile à laquelle prétend la Commission ne serait qu'un vœu pieux. Lorsque l'on envisage ce que pourrait être le destin du Pacte, viennent immédiatement à l'esprit les intérêts antagonistes des États membres, la réticence de certains envers toute solidarité, et, conséquemment, la difficulté à aboutir à un consensus

³⁰⁶ S. Barbou des Places, « Entre toile numérique et maillage juridique. L'étranger fiché par l'Union européenne », in L. Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, coll. « Droit administratif », Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 67-102, p. 70. Voy. également D. Bigo, E. Guild, « Le visa Schengen expression d'une stratégie de « police à distance » », *Culture & Conflits*, 2003, n°49, pp. 22-37.

³⁰⁷ 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) établissant le Fonds «Asile et migration», article 45, paragraphe 1, sous a), et article 55. Rappelons que la solidarité mise en exergue par le Pacte s'entend davantage d'une solidarité entre États membres plutôt qu'à l'égard des migrants.

³⁰⁸ CJUE, gde ch., 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

dans les domaines si sensibles que sont devenus l'immigration et l'asile. Ces constats ne doivent toutefois pas faire oublier le rôle majeur que joueront les pays tiers dans la mise en œuvre de ce projet, et ce d'autant plus que les aspects du Pacte renforçant l'externalisation sont probablement ceux qui ont le plus de chance d'être adoptés³⁰⁹. Si le respect de la souveraineté nationale est régulièrement mis en exergue pour rejeter l'action de l'Union, l'argument n'est guère évoqué lorsqu'il s'agit de déléguer à des pays tiers la gestion de certains aspects de la politique d'immigration et d'asile. De même pour l'Union, si dans le discours le contrôle accru de ses frontières extérieures évoque le champ lexical de l'autonomie et du pouvoir, le rôle qu'acquiert *de facto* les pays tiers le démentit. Comme l'ont illustré à suffisance les vicissitudes de la relation entre la Turquie et l'Union, les pays tiers sont en mesure d'exercer des pressions sur l'Union en instrumentalisant la crainte des flux migratoires. Le risque est que l'Union ne sacrifie pas seulement ses valeurs, mais également son indépendance. Dans une autre perspective, la quasi-sacralisation du territoire de l'Union qui découle de la défense de ses frontières contribue peut-être à l'unité de l'Union.

La logique de protection du territoire de l'Union irriguant assez largement le Pacte, c'est sans prétention à l'exhaustivité que certains aspects retiendront particulièrement l'attention, notamment le mécanisme de filtrage visant à empêcher les migrants de pénétrer sur le sol de l'Union, ou encore une attention encore accrue accordée aux retours et aux réadmissions. Ils constituent en effet des illustrations emblématiques des deux dimensions temporelles de l'exclusion du territoire de l'Union, qui intervient tant *a priori* qu'*a posteriori*. En amont, le Pacte vise à empêcher l'entrée des migrants sur le territoire de l'Union (**Partie I**), tandis qu'en aval, il renforce les moyens juridiques et opérationnels visant à ce que les migrants quittent le territoire de l'Union (**Partie II**).

Partie I - La dimension préventive: empêcher l'entrée sur le territoire de l'Union

Situation *de fait*, le franchissement de la frontière extérieure par le ressortissant de pays tiers établit le lien avec l'ordre juridique de l'Union, avec toutes les implications *de droit* que cela engendre. Le territoire de l'Union apparaît comme un espace unifié et protecteur des droits fondamentaux. De là découle le rôle prédominant qu'occupe dans le Pacte la frontière extérieure de l'Union, en tant qu'espace de contrôle. La frontière est érigée en « un lieu majeur d'exercice du pouvoir »³¹⁰. La proposition de règlement établissant une procédure de filtrage, ou *screening*, aux frontières extérieures³¹¹ en représente la quintessence. Le filtrage devrait concerner tous les ressortissants de pays tiers ayant « franchi la frontière extérieure d'une manière non autorisée », « demandé une protection internationale lors des vérifications aux frontières sans remplir les conditions d'entrée », ou encore été « débarqués à la suite d'une opération de recherche

³⁰⁹ Voy. notamment l'opinion de Claire Rodier dans l'émission Cultures Monde sur France Culture le 14 juin 2021.

³¹⁰ S. Barbou des Places, « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration - Pacte sur la migration et l'asile (2). La taylorisation des procédures aux frontières ? », *RTD Eur.*, 2021, p. 210.

³¹¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règl. (CE) n° 767/2008, (UE) n° 2017/2226, (UE) n° 2018/1240 et (UE) n° 2019/817. Voy. également la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE.

et de sauvetage »³¹². Il s'agit d'identifier, de contrôler, et, à l'issue d'un processus de tri, de renvoyer les ressortissants de pays tiers vers la procédure appropriée.

Si le *screening* peut être envisagé sous l'angle de l'extra-territorialisation, c'est parce que le règlement crée une fiction de non-entrée sur le territoire durant la procédure de filtrage. En effet, les personnes concernées « ne sont pas autorisées à entrer sur le territoire d'un État membre »³¹³ durant cette période, alors même qu'elles se trouveraient, de fait, sur le territoire d'un État membre. Durant cette période, d'une durée de cinq jours en principe, mais pouvant être portée à dix jours³¹⁴, l'ambiguïté règne quant au lieu exact où seront maintenus les ressortissants de pays tiers faisant l'objet du filtrage. Ainsi, « le filtrage est effectué en des lieux situés aux frontières extérieures ou à proximité de celles-ci »³¹⁵. Il est loisible de penser que ces nouvelles dispositions entraîneront de fait le recours à des *hotspots*, car l'on voit mal comment, matériellement, pourraient être remplies ces exigences sans des infrastructures de ce type situées dans les zones frontalières. De surcroît, rien dans le règlement ne garantit que le filtrage ne soit pas opéré de l'autre côté de la frontière, c'est-à-dire sur le territoire d'un État tiers. Le rapporteur de l'avis du Comité économique et social européen sur le Pacte, José Antonio Moreno Díaz, qui pointe du doigt un risque élevé d'externalisation de la gestion des migrations, a ainsi regretté le flou sur le point de savoir si les lieux de rétention seront situés sur le territoire de l'Union ou hors de ses frontières³¹⁶.

Certes, la fiction juridique de non-entrée ne constitue pas une véritable nouveauté. À titre d'illustration, il ressort du Code frontières Schengen que les ressortissants de pays tiers ne doivent pas être considérés comme étant autorisés à entrer sur le territoire durant l'examen de la réunion des conditions d'entrée³¹⁷. De même, au regard du droit de l'Union, le passage par une zone de transit aéroportuaire n'emporte pas franchissement des frontières extérieures³¹⁸. La proposition de règlement relative au filtrage pourrait donc avoir pour conséquence d'établir de nouvelles zones de transit, permettant de considérer que les ressortissants de pays tiers n'ont pas franchi les frontières extérieures de l'Union.

L'exclusion de certaines zones du territoire pour y appliquer un régime juridique dérogatoire illustre le lien étroit entre le territoire de l'Union et l'accès aux droits. En effet, bien que la fiction juridique de non-entrée n'exclut pas l'applicabilité des textes

³¹² Proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures, article premier. Cette disposition précise que le filtrage « est également effectué à l'intérieur du territoire des États membres en l'absence d'indication qu'un ressortissant de pays tiers a été soumis à des vérifications aux frontières extérieures ».

³¹³ Proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures, article 4, paragraphe 1.

³¹⁴ *Ibid.*, article 4, paragraphe 3.

³¹⁵ *Ibid.*, article 6, paragraphe 1.

³¹⁶ CESE, « [Le nouveau pacte sur la migration : extrêmement déficient et mal défini](#) », 26 mai 2021 (dernière consultation le 10 septembre 2021).

³¹⁷ Règlement (UE) n°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 n° L 77 du 23 mars 2016, pp. 1-52, spéc. article 6.

³¹⁸ CJCE, 12 mai 1998, *Commission c/ Conseil*, aff. C-170/96, Rec. p. I-2763.

protecteurs des droits fondamentaux, et notamment celle du principe de non-refoulement, la garantie effective des droits est nécessairement susceptible d'être affectée par le maintien à l'écart du territoire. En particulier, des risques pour le droit d'asile ont été mis en exergue³¹⁹. Une telle fiction juridique présente nécessairement un intérêt pour l'Union et ses États membres, et le plus évident paraît d'empêcher, ou du moins de rendre plus difficile, l'accès du migrant aux droits et au juge. La volonté d'empêcher toute ébauche d'intégration dans un État membre est également revendiquée³²⁰.

De plus, la procédure d'asile à la frontière, subséquente à la procédure de filtrage³²¹ et permettant d'évaluer avec célérité si une demande de protection internationale est irrecevable ou infondée, implique pour les demandeurs de protection internationale le maintien à la frontière extérieure, dans des zones de transit ou à proximité de ces endroits³²², prolongeant la fiction de non-entrée sur le territoire.

Le recours accru aux procédures à la frontière, qui est également prévu dans les situations d'afflux massifs de ressortissants de pays tiers cherchant à entrer sur le territoire de l'Union³²³, est susceptible de favoriser des atteintes au principe de non-refoulement, alors même que la problématique récurrente de *push-backs* de demandeurs d'asile aux frontières est de plus en plus documentée³²⁴.

Enfin, même dans les dispositions relatives à la solidarité, les États membres agissent pour prévenir l'immigration irrégulière « en étroite coopération et en partenariat avec les pays tiers concernés »³²⁵, partenariats dont l'exemple libyen a dramatiquement illustré les risques pour la protection des droits fondamentaux.

Finalement, la dimension préventive de l'extra-territorialisation telle qu'elle ressort du Pacte consiste essentiellement à empêcher les ressortissants de pays tiers d'établir un lien avec le territoire de l'Union. Si la coopération avec les États tiers afin d'empêcher

³¹⁹ Voy. notamment l'étude suivante : European Parliamentary Research Service, "The European Commission's New Pact on Migration and Asylum, Horizontal Substitute Impact Assessment", 2021, spéc. p. 93.

³²⁰ Dans le cadre d'une audition devant le Sénat français le 5 novembre 2020, la commissaire européenne aux Affaires intérieures Ylva Johansson a insisté sur la nécessité d'éviter l'installation pérenne des migrants, tout comme leur intégration professionnelle ou sociale.

³²¹ Cette procédure est prévue par la Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, article 41.

³²² *Ibid.*, article 41, paragraphe 15.

³²³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, article 4.

³²⁴ Pour une liste non exhaustive, mais néanmoins très fournie, des rapports d'organisations internationales et d'ONG sur cette problématique, voy. notamment le rapport précité de l'Agence des droits fondamentaux, p. 19. Le rapport fournit également un tableau des enquêtes menées sur des allégations de *push-backs*, p. 23. Une réunion extraordinaire de Frontex a d'ailleurs été organisée pour évoquer la question des *push-backs*, preuve de la prise de conscience institutionnelle : European Commission Press Release, Extraordinary meeting of Frontex Management Board on the alleged push backs on 10 November 2020.

³²⁵ 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) établissant le Fonds « Asile et migration », article 5, paragraphe 1, sous b).

les départs demeure centrale, les apports du Pacte concernent essentiellement les ressortissants de pays tiers qui sont parvenus à approcher les portes de l'Union. C'est sur ces mêmes personnes, mais dans une phase ultérieure de leur parcours migratoire, que se concentre la dimension « curative » de la logique d'exclusion du territoire.

Partie II - La dimension curative: assurer les retours et la réadmission

Évoquer une dimension curative concernant le retour et la réadmission est certes provocateur, mais l'adjectif nous semble refléter l'idée selon laquelle il s'agirait pour la Commission d'un palliatif lorsque la logique préventive a échoué, par exemple lorsqu'un ressortissant de pays tiers est parvenu à franchir irrégulièrement les frontières extérieures de l'Union, et est appréhendé sur le territoire d'un État membre.

Il est communément fait reproche au Pacte de privilégier les contrôles aux frontières extérieures et l'effectivité des retours, au détriment des voies d'immigration légale et de voies d'accès à l'asile³²⁶, qui font toutefois l'objet d'une recommandation bienvenue dans le Pacte³²⁷.

En effet, le Pacte entend renforcer l'efficacité et la célérité des retours, dont le faible taux d'exécution est un constat récurrent³²⁸. S'il n'inclut pas de proposition d'acte spécialement consacrée au retour, le projet de refonte de la directive retour, loin d'être abandonné, fait partie des priorités de la Commission. Le renforcement de l'effectivité des retours passe également, comme l'on pouvait s'y attendre, par un rôle accru dévolu à l'agence Frontex, qui « devrait avoir pour priorité de devenir le bras opérationnel de la politique de l'UE en matière de retour »³²⁹. La Commission envisage également la création d'un coordinateur européen, ou encore d'un réseau d'experts nationaux, chargés des retours.

De surcroît, afin de faciliter la réadmission, est prévue la conclusion de nouveaux accords avec les pays tiers. L'accord de réadmission, « instrument de contrôle des flux migratoires »³³⁰ par lequel les États s'engagent à réadmettre sur leur territoire leurs propres ressortissants, voire parfois les ressortissants d'autres États, représente désormais un outil incontournable de la politique migratoire de l'Union³³¹, comme d'ailleurs de celles de ses États membres, ces derniers demeurant compétents pour

³²⁶ Ce regret est notamment celui du CESE, très critique envers le nouveau pacte : Avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, 9 avril 2021.

³²⁷ Cette recommandation a ainsi été saluée par le HCR : S. Barbou des Places, « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration - Pacte sur la migration et l'asile. Du consensus au « pacte » ? », *RTD Eur.*, 2021, p. 205.

³²⁸ Dans sa Communication précitée sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, la Commission estime que « seul un tiers environ des personnes ayant reçu l'ordre de quitter les États membres le font réellement ».

³²⁹ Communication sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, préc.

³³⁰ N. Aloupi, « Les accords de réadmission de l'Union européenne », in P. Icard (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, coll. « Rencontres européennes », Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 195-212, p. 195.

³³¹ Voy. notamment C. Cournil, « La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires », in L. Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, op. cit., pp. 187-251, p. 187.

conclure des accords de réadmission avec des pays tiers. On le sait, la conformité au droit international et européen de ces accords n'est pas sans poser question³³². En outre, peut s'y ajouter une coopération informelle en matière de réadmission, et des obligations de réadmission peuvent figurer dans d'autres conventions, telles que les partenariats pour la mobilité³³³, qui concrétisent l'approche globale des migrations appelée de leurs vœux par le Conseil européen et la Commission³³⁴. La tristement célèbre [déclaration Union européenne-Turquie](#) du 18 mars 2016, relève matériellement des accords de réadmission, et incarne parfaitement la volonté de maintien à distance du territoire de l'Union qui guide l'extra-territorialisation de la politique migratoire de l'Union. Ces formes alternatives d'accord des volontés permettent d'ailleurs de contourner la procédure de conclusion des accords internationaux de l'article 218 TFUE, et de tenir ainsi à l'écart le contrôle démocratique et juridictionnel³³⁵.

En matière de réadmission, devraient donc s'ajouter des partenariats renouvelés, envisageant dans sa globalité la problématique migratoire³³⁶. Sont notamment vantés par le Pacte des « partenariats mutuellement bénéfiques »³³⁷. L'article 7 de la proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration³³⁸ est expressément consacré à la coopération avec les pays tiers pour faciliter le retour et la réadmission. La Commission pourra proposer des mesures afin d'améliorer la collaboration de pays tiers jugés insuffisamment coopératifs en matière de réadmission, en tenant compte « des relations globales » de l'Union avec lesdits pays. Cette formulation large laisse aisément imaginer que l'Union utilisera tous les leviers disponibles, liés ou non à la question migratoire, pour inciter, de manière négative ou positive, l'État tiers à coopérer. Menaces de durcir ou promesses d'assouplir les conditions de délivrance des visas³³⁹, incitations financières, conditionnement de l'aide au développement, soutien diplomatique, les possibilités sont vastes. Les pays tiers risquent donc d'être fortement pénalisés s'ils ne coopèrent pas suffisamment pour

³³² N. Aloupi, « Les accords de réadmission de l'Union européenne », préc., p. 204.

³³³ La Commission plaide en faveur de ces partenariats avec les pays tiers, qui reposent sur la facilitation de l'immigration légale, en contrepartie de contrôles renforcés par les pays tiers pour lutter contre l'immigration irrégulière : [Communication de la Commission du 16 mai 2007 relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM\(2007\) 248 final](#). De tels accords ont été conclus avec plusieurs pays tiers.

³³⁴ Outre la Communication de la Commission relative au Pacte, voy. en particulier : Conseil européen de Bruxelles, conclusions de la présidence, 15 et 16 décembre 2005 ; Approche globale de la question des migrations et de la mobilité, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 18 novembre 2011.

³³⁵ Voy. notamment C. Rapoport, « Chronique Action extérieure de l'Union européenne - Incompétence du Tribunal de l'Union pour examiner la conformité au droit de l'UE, de la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 », *RTD Eur.*, 2017, pp. 609-612, p. 612 ; N. Aloupi, « Les accords de réadmission de l'Union européenne », préc., p. 208.

³³⁶ Voy. notamment les nombreuses occurrences de l'approche globale des migrations dans la Communication de la Commission sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, préc.

³³⁷ 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) établissant le Fonds « Asile et migration », article 3, sous b).

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Voy. notamment le cas du Maroc, menacé d'une réduction de l'octroi de visas s'il ne réadmet pas davantage de migrants entrés sur le territoire espagnol. Cet État tiers a d'ailleurs réclamé davantage de fonds européens pour assurer sa tâche.

réadmettre leurs propres nationaux, ainsi que, le cas échéant, les ressortissants d'autres pays tiers. Néanmoins, les pays tiers ne sont pas dépourvus de toute capacité d'action en la matière, et la menace de ne plus retenir ou réadmettre les migrants pourra être instrumentalisée pour obtenir des concessions de l'Union. À cela s'ajoute le fait que la conditionnalité négative est susceptible de s'avérer contre-productive pour l'Union. Ainsi, la restriction de l'accès aux visas, et donc à des voies d'accès légales, peut emporter le risque d'inciter les ressortissants des pays tiers concernés à se rabattre sur les voies d'accès irrégulières.

Enfin, la procédure d'asile à la frontière, préalablement évoquée, vise à procéder au retour aussi rapide que possible des personnes dont la demande de protection internationale a été rejetée. En effet, « [l]e retour des étrangers en situation irrégulière est une priorité de la Commission qui, tout au long du pacte, cherche à lier, pratiquement et conceptuellement, asile et retour »³⁴⁰. En écho à son constat relatif au caractère « mixte » des flux migratoires, la Commission brouille ainsi davantage la frontière déjà poreuse entre asile et immigration irrégulière. Même le demandeur de protection est perçu comme une personne à éloigner, à terme, du territoire de l'Union.

En définitive, la logique du maintien à l'écart du territoire de l'Union sort largement renforcée du Pacte, emportant avec elle de nombreuses conséquences quant au respect des droits fondamentaux et quant à l'indépendance de l'Union vis-à-vis des pays tiers. Cette logique apparaît finalement assez largement partagée par les États membres, dont certains peinent à résister à la tentation du modèle australien d'externalisation extrême de la politique d'immigration et d'asile³⁴¹. Le Danemark envisage ainsi de traiter les demandes de protection internationale dans des pays tiers partenaires comme le Rwanda, bien que cela ne soit pas conforme au droit de l'Union. Il ne fait guère de doute que dans les débats autour de l'avenir de la politique européenne d'immigration et d'asile, l'exclusion du territoire, vu comme un espace protecteur à prémunir contre l'extérieur, risque fort de demeurer un fil conducteur. Et « l'homme qui piétine aux frontières des États »³⁴² risque fort de demeurer cet « autre » contre la présence duquel il conviendrait de se défendre.

³⁴⁰ S. Barbou des Places, « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration - Pacte sur la migration et l'asile. Du consensus au « pacte » ? », préc.

³⁴¹ Des organisations de défense des droits de l'homme ont d'ailleurs demandé une enquête pour crimes contre l'humanité contre l'Australie qui retient des migrants sur l'île de Nauru : [Communication to International Criminal Court requesting investigation of Australia & corporations](#) (dernière consultation le 10 septembre 2021).

³⁴² M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France, 1976, coll. « Hautes Études », Gallimard, Paris, 1997, p. 174.

La réception polonaise du nouveau Pacte sur la migration et l'asile: pataphysique des mœurs

Anaëlle Martin*

De même qu'« un épiphénomène est ce qui se surajoute à un phénomène », la pataphysique est — ainsi que l'a plaisamment théorisée Alfred Jarry — « la science de ce qui se surajoute à la métaphysique ». En se voulant de façon tout à fait paradoxale « science du particulier »³⁴³, la pataphysique étudie « les lois qui régissent les exceptions »³⁴⁴.

La question de l'asile et de la migration dans l'Union européenne (« UE »), abordée du point de vue polonais, s'inscrit parfaitement dans cette approche aberrante du fait du haut degré d'irrationalité du débat public, ainsi que de la position politique de la Pologne pour le moins singulière (osons le terme « ubuesque »³⁴⁵), dans un domaine qui appelle un cadre juridique européen fondé sur la solidarité et un partage des responsabilités entre les États membres. Lorsque la Pologne d'aujourd'hui se présente, le plus sérieusement du monde, comme « presque ethniquement homogène »³⁴⁶ — au terme d'une argumentation « juridique » aussi naïve qu'effrayante — pour s'opposer au mécanisme de relocalisation des demandeurs d'asile, ne feint-elle pas d'oublier que la Pologne d'hier, *i.e* avant les ravages de la Seconde Guerre mondiale et les effets uniformisants de l'ère communiste, était multiculturelle et pluriconfessionnelle et qu'elle reposait sur de très anciennes migrations³⁴⁷ ? Sans doute feint-elle aussi d'ignorer que la Pologne de demain ne sera pas la même, mondialisation libérale oblige³⁴⁸. Dans la même veine (pataphysique), lorsqu'en pleine campagne pour les législatives d'octobre 2015, l'ex-Premier ministre Jarosław Kaczyński, président du parti *Droit et justice* (PiS), s'inquiétait de voir « émerger des symptômes de maladies très dangereuses qu'on n'avait pas vues depuis longtemps en Europe comme le choléra sur les îles grecques, la dysenterie à Vienne ou divers types de parasites et de protozoaires »³⁴⁹, suite à l'afflux massif de réfugiés, le propos — symptomatique du repli nationaliste qui inquiète l'UE — ne fut-il pas jugé digne d'une tirade du Père Ubu³⁵⁰ ?

* Docteur en droit public, Université de Strasbourg.

³⁴³ On sait, depuis Aristote, qu'il n'y a de science que du général ou de l'universel.

³⁴⁴ Alfred Jarry, *Gestes et opinions du docteur Faustroll, pataphysicien, roman néo-scientifique*, Hachette, éd. 1911, BNF, Livre II, éléments de pataphysique, p. 21.

³⁴⁵ Là encore, c'est à Jarry qu'il convient de se référer et à son célèbre Père Ubu, roi de Pologne et docteur en pataphysique.

³⁴⁶ CJUE, 6 septembre 2017, République slovaque et Hongrie contre Conseil, aff. jointes C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, pt 302.

³⁴⁷ On compte environ 30% de minorités jusqu'en 1939.

³⁴⁸ Dans une édition de novembre 2019, l'hebdomadaire libéral *Newsweek Polska* se faisait l'écho de la nouvelle diversité, affirmant que la Pologne n'était plus blanche.

³⁴⁹ Traduit par nous-mêmes. Sans vouloir se faire l'avocat du diable, on mentionnera que le propos rapporté dans les médias étrangers est systématiquement coupé. Kaczyński ajoute qu'« il ne faut pas discriminer mais vérifier ».

³⁵⁰ En Pologne, l'opposition politique y a vu un discours proprement « nazi ». Sur une analyse critique de ce « pseudo-événement médiatique »: *Oblicza choroby w czasach płynnej nowoczesności*. Red. Ewa Nowina-

La question de savoir si un tel discours, dont les effets sur l'opinion publique se sont sensiblement fait sentir³⁵¹, relève de l'incompétence, de l'irresponsabilité ou, plus cyniquement, de la pure stratégie électorale ne sera pas traitée dans le cadre de cette contribution³⁵². Il reste que ces exemples jettent une lumière crue sur ce qu'est la solidarité au sein de l'UE, solidarité entre les individus, entre les peuples mais aussi entre les États membres de l'UE. Si la Pologne semble souvent faire bande à part, il ne faut pas occulter son appartenance au puissant groupe de Visegrad qui réunit ses voisins hongrois, slovaque et tchèque tout aussi réfractaires à l'idée d'une Europe ouverte et solidaire puisque ces États, par ailleurs tous membres de l'UE, défendent une ligne plus ou moins dure sur l'immigration. Dans la mesure où la Pologne de l'ère post-Tusk³⁵³ et ses alliés du V4 — la Hongrie radicalisée d'Orban en tête — se sont systématiquement opposés à un mécanisme de relocalisation obligatoire des demandeurs d'asile, la Commission a dû renoncer à une réforme ambitieuse, pourtant nécessaire, du système d'asile. Si le V4 apparaît de plus en plus, au reste de l'Europe, comme un repère d'États « voyous », force est de constater que le groupe a gagné en poids et en légitimité, comme l'atteste le nouveau pacte sur la migration et l'asile, lequel n'a pas manqué de s'attirer, en raison des concessions faites aux Club des quatre, les foudres de plusieurs ONG, les critiques de la doctrine et le scepticisme des États de première ligne, à savoir les États du sud de l'Europe (la Grèce et l'Italie)³⁵⁴.

Le juriste-savant d'obédience positiviste, attaché à la neutralité axiologique, se rappellera que même s'ils relèvent tous deux de la raison pratique, la morale et le droit ne doivent pas être confondus. Si dans sa *Métaphysique des mœurs* Kant aborde le thème de la migration, sous l'angle d'un *jus cosmopoliticum*, le philosophe de Königsberg prend soin de toujours distinguer l'action morale et politique, d'une part, de la spéculation et de la connaissance, d'autre part. L'épistémologie kantienne qui fixe des limites à la raison (notamment sur la question des valeurs) se retrouve précisément dans la *Wertfreiheit* wébérienne de laquelle se réclame la présente étude. Pour autant, cette précaution méthodologique teintée d'humilité ne doit pas conduire le chercheur à renoncer à son esprit critique en sacrifiant tout jugement sur l'autel du relativisme axiologique. Il serait d'ailleurs difficile de présenter la position polonaise sur la question migratoire sans exposer, dans le même temps, les nombreuses contradictions et incohérences qui la traversent, lesquelles sont autant d'obstacles et d'écueils à la mise en place d'un système européen de gestion de la migration à la fois prévisible et fiable.

En premier lieu, nous interrogerons l'anti-immigrationnisme dogmatique du gouvernement polonais — depuis que le parti conservateur *PiS*, proche de l'Église catholique, est au pouvoir — en confrontant le discours politique à la réalité économique

Sroczyńska, Sebastian Latocha, Tomasz Siemiński. Bytów – Łódź 2016: Muzeum Zachodniokaszubskie, IEiAK UŁ.

³⁵¹ Selon un sondage de l'agence Millward Brown, en septembre 2015, 53 % des polonais estimaient que leur pays devait aider les réfugiés. En octobre, 56 % des sondés y étaient opposés.

³⁵² Le parti *PiS* a remporté les élections présidentielles puis parlementaires en 2015 en pleine « crise migratoire ».

³⁵³ Chef du gouvernement jusqu'en 2014, Tusk était issu de la Plate-forme civique, parti centriste et libéral pro-européen.

³⁵⁴ Les commentateurs s'accordent en général pour reconnaître que les progrès effectués sont relativement maigres.

du pays (**Partie I**). La question de savoir dans quelle mesure le nouveau pacte sur la migration et l'asile atteste d'un phénomène que l'on pourrait se risquer à qualifier de « višegradisation » de la politique migratoire sera ensuite envisagée (**Partie II**). Pour terminer, nous évoquerons l'accueil globalement favorable de la Pologne à l'égard d'une réforme qui, à défaut de satisfaire l'Europe — ses aspirations fédéralistes et ses valeurs humanistes — aura eu le mérite (ou le démerite, selon le point de vue adopté) de révéler ses dissensions profondes en prenant au sérieux les démocraties dites « illibérales » (**Partie III**).

Partie I - L'anti-immigrationnisme de la Pologne entre rhétorique et réalité

Alors qu'on la présente traditionnellement comme une terre d'émigration plus que d'immigration (A), la Pologne accueille de plus en plus d'étrangers extra-européens sur son sol (B) tout en continuant de prôner, à l'instar des autres membres du club de Višegrad, un modèle de fermeture dans le cadre du système d'asile européen (C).

A. La Pologne comme terre d'émigration: une terre d'exil plus que d'asile

Au temps de sa grandeur, la Pologne de la République des Deux Nations, héritière de la monarchie des Jagellon et puissance territoriale dans l'Europe de la Renaissance, voyait cohabiter pacifiquement sur son territoire catholiques, juifs, chrétiens orthodoxes, musulmans et protestants (luthériens et calvinistes). Véritable république transnationale, elle était réputée pour sa tolérance religieuse (à l'heure de la Contre-réforme) au point de s'être vue affublée d'un surnom peu flatteur qui, dans notre époque post-moderne, sonnerait presque comme un hommage : « asile des hérétiques »³⁵⁵.

Au-delà d'être plaisante, l'approche historique révèle que l'homogénéité démographique de la Pologne, dont le gouvernement actuel tire un motif de fierté nationale, est un phénomène relativement récent, en plus d'être le fruit de circonstances tragiques. C'est à partir du XIX^e siècle et durant le XX^e siècle que la donne change de sorte à faire pencher la balance migratoire du côté de l'émigration. Tandis que les polonais s'exilent à l'étranger (Amérique du Nord, Europe occidentale), leur pays ferme ses frontières et opère un repli nationaliste, alimenté par les chocs de la Seconde Guerre mondiale et l'expérience traumatisante du communisme. Le début du XXI^e siècle amplifiera le phénomène avec l'entrée de la Pologne dans l'UE³⁵⁶. Attirés par la perspective d'un meilleur salaire et un confort de vie plus élevé, les polonais (jeunes diplômés et travailleurs) n'hésitent pas à s'exporter vers l'ouest (Allemagne et Royaume-Uni) pour des postes souvent en dessous de leurs qualifications³⁵⁷. D'aucuns ne manqueront pas de relever un paradoxe polonais sur la question migratoire : comment un pays qui tente à tout prix de retenir ses jeunes talents peut-il maintenir une position aussi ferme sur le sujet de l'immigration ? En réalité, le paradoxe n'est qu'apparent puisque, malgré les discours et les préjugés, la Pologne attire et accueille de nombreux

³⁵⁵ Peu flatteur car sorti de la bouche d'un Cardinal du XVI^e siècle, Stanislas Hosius. J. Tazbir, *A State without Stakes. Polish Religious Toleration in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, Warszawa 1973.

³⁵⁶ La Pologne est membre de l'UE depuis le 1^{er} mai 2004.

³⁵⁷ Monika Dac, « La migration Polonaise après 1989 : entre impératifs économiques et liberté de mouvement retrouvée », *Migrations Société*, vol. 158, no. 2, 2015, pp. 131-138.

étrangers extra-européens, si bien que la donne semble, une fois encore, s'inverser : de terre d'exil et d'émigration, la Pologne serait-elle sur le point de (re)devenir une terre d'asile et d'immigration ?

B. La Pologne comme nouvel Eldorado: à l'est, rien de nouveau... vraiment ?

Le taux de chômage très bas de la Pologne (autour de 3,4 %) l'expose à des pénuries de main-d'œuvre³⁵⁸. Si le slogan « la Pologne d'abord » paie sur le plan politique, cette rhétorique trouve rapidement ses limites dans la réalité économique et oblige le pays à accueillir des immigrés extra-européens. En dépit d'une posture officiellement xénophobe, la Pologne se présente, statistiques à l'appui, comme l'État membre de l'UE qui accorde le plus de permis de séjour aux étrangers. En 2017, le pays aurait ainsi délivré des visas à quelques 683.000 ressortissants extra-européens (soit 22 % du total des permis délivrés dans l'UE)³⁵⁹. Selon l'OCDE, la Pologne est le premier pays de destination des migrants temporaires de travail, avant les États-Unis³⁶⁰. Le nombre élevé de postes vacants dans des secteurs très variés et le faible coût de la vie font de la Pologne un État centre-européen particulièrement attractif, notamment pour les travailleurs des pays situés à l'est de son territoire : l'Ukraine, la Biélorussie, la Russie, les pays de l'ex-Yougoslavie mais également (et de plus en plus) des pays situés en Asie (Arménie, Vietnam, Inde, Népal, Pakistan, Ouzbékistan).

Pour ces pays orientaux, la Pologne apparaît comme un État de l'Ouest, aussi bien géographiquement que culturellement, presque aussi séduisant que les autres membres de l'UE. Ce nouveau statut d'Eldorado contraste avec les discours ultra-conservateurs des nationalistes, au pouvoir depuis 2015, qui exploitent le thème de l'immigration à des fins électorales. Si elle peut surprendre et contribuer à déconstruire la rhétorique de PiS, cette réalité économique ne doit pas leurrer : ce n'est pas par charité, mais par nécessité, que la Pologne accueille ces immigrés qui sont, pour l'essentiel, des travailleurs. Il est vrai que pour s'opposer à l'installation des demandeurs d'asile syriens sur le sol polonais, le gouvernement avait tenté de faire passer les travailleurs immigrés pour des... réfugiés. La première ministre de l'époque, Beata Szydło, avait ainsi déclaré devant le Parlement européen que la Pologne accueillait près d'un million de réfugiés en provenance d'Ukraine³⁶¹. Un autre point sur lequel il faut insister : l'immense majorité desdits immigrés restent des ressortissants de pays proches de la Pologne, tant sur le plan géographique que culturel, ne constituant pas une « menace » pour l'identité polonaise (les ukrainiens, première nationalité étrangère, slaves et chrétiens, sont aisément assimilables³⁶²).

C. La Pologne comme membre du club de Višegrad: une autre idée de l'Union et de l'Europe

³⁵⁸ <https://fr.countryeconomy.com/marche-du-travail/chomage/pologne>.

³⁵⁹ <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/9333446/3-25102018-AP-EN.pdf/3fa5fa53-e076-4a5f-8bb5-a8075f639167>.

³⁶⁰ https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/international-migration-outlook-2019/summary/french_0262a434-fr#page1.

³⁶¹ Après vérification, il s'est avéré que le statut de réfugié n'avait été accordé qu'à deux ukrainiens...

³⁶² Assimilable ethniquement, linguistiquement et religieusement.

La position ferme de la Pologne sur l'immigration, aussi singulière soit-elle, n'est pas isolée en Europe. Alors qu'ils ne sont pas toujours sur la même ligne idéologique, les membres du groupe de Visegrad, se sont entendus pour défendre une position politique commune extrêmement dure au sujet de l'immigration extra-européenne. Cette opposition qui s'est traduite par le rejet du système des quotas pour relocaliser les réfugiés dans l'UE ne saurait étonner venant de pays qui défendent une conception plus « traditionnelle » de l'identité européenne : vision plus sécuritaire que libérale des frontières, défense des valeurs chrétiennes, méfiance envers le multiculturalisme. Si le groupe de Visegrad s'affirme comme le « dépositaire d'une autre conception de l'Europe »³⁶³, c'est sans doute parce que la Pologne, la Hongrie, la Slovaquie et la République tchèque partagent des traits communs qui les distinguent des autres membres de l'UE : pays d'émigration et non d'immigration, homogénéité ethnique, linguistique et culturelle, absence d'un passé colonial, attachement à la souveraineté³⁶⁴.

Cette unité affichée, davantage fondée sur l'exclusion et l'opposition que l'inclusion et l'ouverture, se retrouve dans le *non-paper* adopté par le V4 (auquel se sont joints la Slovénie et l'Estonie) pour réagir au nouveau pacte sur la migration et l'asile de la Commission³⁶⁵. Dans cette position commune, les États concernés insistent sur le fait que l'admission des migrants sur leur territoire doit être de nature volontaire afin de respecter leur souveraineté. Il semblerait que cette exigence, que le V4 n'a eu de cesse de rappeler au cours des cinq dernières années, ait été *volens nolens* actée par la Commission dans sa proposition.

Partie II - Vers la « višegradisation » de la politique migratoire en Europe?

À peine publié, le très attendu pacte sur l'immigration et l'asile a suscité une vague de critiques au sein de l'UE³⁶⁶. Retardé aussi bien par la crise sanitaire que des négociations difficiles, le nouveau corpus composé d'instruments législatifs et de *soft law* tente de refonder la politique d'asile, cinq ans après la « crise des réfugiés » et dans un contexte quasi-apocalyptique qui a vu brûler le plus grand camp de réfugiés d'Europe³⁶⁷. Si dans sa communication, la Commission semble candidement placer sa confiance dans la solidarité inter-étatique — qu'elle prétend organiser à travers ledit « pacte » — les commentateurs y voient davantage le fruit d'un compromis bancal du fait de l'intransigeance du Visegrad (A). Présenté comme un « nouveau départ », le paquet de la Commission ne saurait dissimuler l'odeur du soufre qui toujours s'attache aux œuvres de ceux qui tentent de pactiser avec le diable, le diable étant ici le démon de la division et de « l'éternel retour » (B). Véritable *quaestio diabolica*, la question de la solidarité

³⁶³ Thierry Buron, « [Le groupe de Visegrád, une autre Europe](#) » in *Revue Conflits*, 4 août 2020 (dernière consultation le 5 septembre 2021).

³⁶⁴ Lukáš Macek, *Que reste-t-il du groupe de Visegrad ? 25 ans d'Europe*, Institut Jacques Delors.

³⁶⁵ <https://www.visegradgroup.eu/download.php?docID=457>.

³⁶⁶ Attendu en décembre 2019, le pacte ne fut présenté par la Commission que le 23 septembre 2020. Les textes qui composent ledit pacte comptent près de 400 pages.

³⁶⁷ Il s'agit de l'incendie de la Moria.

pourrait bien faire perdre son « identité » à l'UE³⁶⁸, c'est-à-dire ses principes fondateurs, ses objectifs et ses valeurs, si l'Europe devait céder à une conception hongro-polonaise de celle-ci (C).

A. Le nouveau pacte: compromis, concession ou compromission?

Les associations de défense des étrangers, des représentants de la société civile, des membres du Parlement européen ainsi que divers groupes de réflexion ont critiqué le pacte de la Commission, après avoir salué les efforts de celle-ci dans sa volonté de réformer le système européen commun de l'asile dont tous s'accordent à reconnaître les failles systémiques et les nombreuses défaillances. Le constat est quasi-unanime : ce qui caractérise le contenu dudit pacte est son manque d'audace et d'ambition³⁶⁹. Du côté de la doctrine spécialisée³⁷⁰ et des institutions et organes de l'UE, même son de cloche : on juge l'analyse et les conclusions de la Commission correctes, mais les propositions formulées déçoivent par leur pusillanimité. Dans son avis sur la communication de la Commission relative au nouveau pacte³⁷¹, le Comité économique et social européen critique d'emblée le choix du terme « pacte » en ce que l'instrument est jugé insuffisant pour permettre l'élaboration d'un cadre commun de gestion des migrations « qui serait à la fois efficace et conforme aux valeurs et aux objectifs de l'UE ». Le Comité économique et social européen regrette tout particulièrement le peu d'attention accordée aux voies régulières d'immigration, aux voies d'accès sûres pour l'asile ou encore à la question de l'inclusion des ressortissants de pays tiers dans l'UE. S'il est toujours aisé d'émettre des critiques, il ne faut pas perdre de vue que le texte présenté par la Commission doit être approuvé par les États puisqu'il n'est qu'une proposition devant servir de base aux négociations, lesquelles s'annoncent rudes. Surtout, ce pacte est le fruit malaisé d'un compromis entre des positions étatiques radicalement divergentes. Par quel miracle parvenir à mettre d'accord les États du sud de l'Europe (l'Italie, l'Espagne, la Grèce et Malte), en première ligne pour l'arrivée des migrants et les autres (Pologne et Hongrie en tête), farouchement opposés à ce qu'ils perçoivent comme une menace ? Tandis que les premiers réclament plus de solidarité de la part de leurs voisins du nord et de l'est, plus épargnés par la pression générée par les flux migratoires, les seconds — parmi lesquels les États membres du groupe de Visegrad (même s'ils ne sont pas les seuls à fuir leur responsabilité) — campent sur leur position en se réfugiant derrière leur souveraineté nationale. Une lecture attentive du pacte révèle néanmoins

³⁶⁸ Rostane Mehdi, « L'identité de l'Union européenne », in M. Fatin-Rouge stéfanini, A. Levade, V. Michel, R. Mehdi (dir.), *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe : Quels sens ? Quelles fonctions ?*, Bruylant, La croisée des droits, 2015, pp. 143-161.

³⁶⁹ The European Commission's legislative proposals in the New Pact on Migration and Asylum, Study requested by the LIBE committee : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/697130/IPOL_STU\(2021\)697130_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/697130/IPOL_STU(2021)697130_EN.pdf). Voir aussi : Le Pacte sur la migration et l'asile : Ce que le discours de la Commission européenne ne dit pas, https://left.eu/content/uploads/2020/12/Migration-pact_v2_FR-alt.pdf.

³⁷⁰ Ségolène Barbou Des Places. Chronique Droit de l'asile et de l'immigration - Pacte sur la migration et l'asile (2). La taylorisation des procédures aux frontières ?. *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2021, pp.210. (halshs-03197260) ; Voir aussi : <https://afee-cedece.eu/presentation-du-nouveau-pacte-sur-la-migration-et-lasile-par-la-commission-vers-plus-de-solidarite-en-matiere-daccueil-des-refugies/>.

³⁷¹ CESE, *Avis sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile* [COM(2020) 609 final].

que, au-delà des intentions affichées par la Commission, le paradigme sur lequel se fonde la réforme repose sur un biais très favorable aux valeurs et intérêts défendus par le V4. Les (trop) nombreuses concessions faites au club de Visegrad feraient-elles de ce compromis une compromission ?

B. Nouveau départ ou éternel retour?

Parler d'un pacte n'est pas anodin. Il s'agissait pour la Commission d'impulser une dynamique avec l'espoir de récolter un « accord très substantiel entre les États membres, une orientation claire donnée à une politique d'immigration et d'asile qui définit un projet de société européen »³⁷². Or, ainsi que l'a rappelé le Professeur S. Barbou des Places, « dans l'histoire du droit international, les pactes ont souvent été des alliances défensives, conclues par des États pour se protéger d'un tiers »³⁷³. En l'espèce, le pacte de la Commission qui met l'accent sur les intérêts des États plus que les droits des individus, la défense des frontières ainsi la sélection des étrangers semble bien porter son nom. Ne faut-il pas y voir l'influence insidieuse, et presque inconsciente, des États membres du groupe de Visegrad ? En considérant les immigrés comme des tiers dont il convient de se débarrasser (le pacte insiste sur leur « retour »), en liant systématiquement la solidarité aux notions de charge et de fardeau, l'UE échoue à insuffler cette dynamique nouvelle qui est, plus que jamais, nécessaire. Pire, elle semble accorder du crédit aux craintes exprimées par des pays comme la Pologne et la Hongrie et nourrir les fantasmes nationalistes au sujet de l'immigration extra-européenne. Si l'on en croit la Commission qui affirme voir dans son pacte un « nouveau départ », il s'agit avant tout de mettre en place de nouveaux mécanismes mêlant solidarité et responsabilité en abolissant le règlement Dublin III. Le problème est que ces mots ont déjà été prononcés par le passé, sans résultat. Les cycles de négociations peuvent s'enchaîner sans que l'Europe parvienne à imposer une vision claire de son projet de société. Le nouveau pacte semble ainsi renvoyer l'UE à ses propres contradictions (ambitions élevées vs maigres résultats) et la condamner à cet éternel retour absurde que les penseurs du nihilisme ont su débusquer dans les illusions de l'homme européen.

C. La solidarité à la sauce hongro-polonaise

La solidarité se veut au cœur du nouveau dispositif. La Commission mise sur un régime fondé sur la solidarité interétatique pour doter l'UE d'une politique lui permettant de maîtriser la migration à long terme, « tout en étant fidèle à ses valeurs et au respect du droit international ». Tout comme les mots d'humanité et d'équité, prononcés dans sa communication du 23 septembre 2020, celui de solidarité apparaît davantage comme un élément de langage (incontournable sur le plan discursif) qu'un véritable principe juridique³⁷⁴.

³⁷² Ségolène Barbou des Places, « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration - Pacte sur la migration et l'asile. Du consensus au « pacte » ? », *RTDeur*, n° 1, 2021, p. 205.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Même si la Commission utilise le terme « principe » lorsqu'elle se réfère à ces derniers.

La raison en est simple : en mettant l'accent sur les frontières et les retours, le pacte n'encourage pas une approche solidaire de la gestion des migrations, ni à l'égard des individus (approche humaine), ni entre les États membres (approche équitable du partage des responsabilités). Où l'on retrouve le spectre du nationalisme polonais et hongrois derrière l'angélisme des propos et des bons sentiments... En effet, tout en insistant sur la nécessité de renforcer la solidarité, la Commission la conçoit dans un cadre volontaire et ciblée qui permettra aux États membres de choisir la forme de leur « solidarité ». Ainsi pourront-ils directement relocaliser les demandeurs d'asile ou « parrainer » le retour des migrants non autorisés (en fournissant l'aide nécessaire en termes d'experts et de matériels). Comment ne pas percevoir dans le concept revisité de « solidarité » l'empreinte discrète mais efficace du Višegrad ? Cette conception fort arrangeante de la solidarité inter-étatique, presque complaisante à l'égard du V4, est la marque de l'hostilité des pays comme la Pologne de Duda et la Hongrie d'Orban à l'égard de tout mécanisme de solidarité obligatoire. Cette solidarité vidée de sa substance (aussi bien humaniste que fédéraliste), à la carte et non automatique, pourrait bien faire le jeu des égoïsmes nationaux et de l'hypocrisie habituelle des États lorsqu'il s'agit de prendre leur responsabilité.

Pour revenir plus spécifiquement sur le cas de la Pologne, on ne saurait nier que le mot solidarité (*solidarność*) est chargé de sens pour un polonais : tant du point de vue de son histoire et de son passé (pas si lointain) que de son catholicisme (encore vivace), la Pologne n'ignore pas l'importance de cette valeur qui se joue des frontières étatiques, des régimes politiques et des murs et autres rideaux de fer. Mais il y a fort à parier que tant que les polonais resteront, au même titre que les hongrois, sous l'emprise des idées xénophobes d'un gouvernement « illibéral » (plus que des valeurs chrétiennes³⁷⁵), la solidarité à la sauce hongro-polonaise continuera de faire recette dans l'UE. L'Europe *post-moderne* et libérale est aujourd'hui le théâtre de ce que Max Weber nommait métaphoriquement la « guerre des dieux »³⁷⁶. Par cette expression il faut comprendre, dans le contexte qui nous intéresse, que les États membres qui ont des représentations incompatibles d'une même réalité ne cessent de se livrer, sur le plan axiologique, un combat qu'il n'appartient pas à la raison mais à la force politique de trancher³⁷⁷.

Partie III - L'accueil favorable de la Pologne à l'égard du nouveau pacte

En matière de politique migratoire, la guerre des dieux (des valeurs) a bien eu lieu et il semblerait que le nouveau pacte ait acté la victoire du Père Ubu³⁷⁸. Il est permis de voir dans l'échec d'une réforme ambitieuse de la politique d'immigration, le triomphe (temporaire) d'Ubu-Roi, comme l'atteste l'accueil favorable réservé par la Pologne à l'égard du pacte (A). Il reste que, dans un registre plus tragique, celle-ci devra choisir, dans les années à venir, entre rester fidèle à elle-même (au risque de sortir de l'UE) ou

³⁷⁵ Soutien du gouvernement ultra-conservateur, l'Église catholique, en Pologne, défend paradoxalement une position beaucoup plus nuancée (disons-le « charitable » au sens chrétien) sur les migrants, tout particulièrement sur les réfugiés nécessiteux : <https://www.newsweek.pl/polska/episkopat-o-uchodzcach-caritas-imigranci-kosciol-o-uchodzcach/jn6p0c1>.

³⁷⁶ Max Weber, *Le savant et le politique*, 1959, Bibliothèques 10/18, Plon.

³⁷⁷ Dans une démocratie, la force est numérique.

³⁷⁸ « Roi de Pologne, docteur en pataphysique » pour reprendre la boutade de Jarry.

démontrer sa loyauté à l'Europe en acceptant de dépasser sa *polonité* (B). Cet exercice d'introspection, qu'une crise comme celle des réfugiés ne peut qu'encourager, est valable pour l'UE dans son ensemble tant il est vrai qu'à la question « *quo vadis Europa* » l'on est tenté d'apporter une réponse à la Jarry : « *nulle part* » (C).

A. La Pologne grande gagnante ou le triomphe d'Ubu-Roi

Au grand dam des États membres de première ligne, le nouveau pacte sur la migration et l'asile ne prévoit plus de quotas de relocalisation, la Commission ayant opté pour un système plus flexible de *sponsorship* et de collaboration, malgré sa préférence pour un mécanisme de solidarité automatique et obligatoire. Mais alors que la Hongrie d'Orban continue d'afficher son scepticisme, la Pologne de Duda se montre plus sereine. Il est vrai que le pacte a pris acte du refus des autorités polonaises d'accepter un système de relocalisation par quota que le gouvernement *PiS* n'a eu de cesse de dénoncer, contrairement au précédent gouvernement³⁷⁹. Si jusqu'en novembre 2015 la Pologne se disait disposée à accepter les relocalisations, quitte à se désolidariser du reste du groupe de Visegrad, la victoire de *PiS* aux élections législatives a définitivement changé la donne : fort de sa majorité au Parlement (confirmée par le vote en 2016 de deux résolutions de la Diète) et du soutien d'une opinion publique aisément impressionnable, le gouvernement conservateur a attaqué la vision idéologique, *i.e* multiculturaliste, de la politique migratoire de l'UE qu'il souhaitait la plus pragmatique possible (en prônant le renforcement de la protection des frontières extérieures). Dans les faits, la Pologne n'est pourtant pas fondamentalement opposée à l'immigration puisqu'elle accueille chaque année de nombreux migrants extra-européens³⁸⁰. Cependant, les autorités polonaises qui souhaitent garder un contrôle sur l'origine de ces derniers ne cachent pas qu'elles préfèrent voir venir des ressortissants d'Ukraine ou de Biélorussie voire d'Asie (travailleurs) que des réfugiés du sud (demandeurs d'asile)³⁸¹.

B. Dépasser la « polonité »: *Polonia semper fidelis*³⁸²/*Semper fidelis poloniae*³⁸³

Il ressort des discours politiques³⁸⁴ et des sondages³⁸⁵ que c'est surtout la peur de l'islam et le fantasme d'une islamisation du pays qui motivent le refus persistant des polonais à

³⁷⁹ La Plateforme civique (PO) de Tusk.

³⁸⁰ Ne serait-ce qu'au regard de la baisse de la natalité que la propagande nataliste ne saurait enrayer.

³⁸¹ En atteste la crise humanitaire qui se déroule actuellement à la frontière entre la Pologne et le Bélarus. La Pologne qui accueille des milliers d'activistes biélorusses refuse obstinément les réfugiés bloqués à la frontière polono-bélarusse. Confronté à un afflux de migrants en provenance du Moyen-Orient, le pays a déclenché l'état d'urgence. Bien entendu, les autorités polonaises refusent d'accorder l'asile à ces derniers et accusent la Russie et le Bélarus d'être à l'origine de l'immigration clandestine à sa frontière orientale.

³⁸² La Pologne toujours fidèle (à Rome).

³⁸³ Toujours fidèle à la Pologne. Cette devise fut le titre d'une loi adoptée par le Parlement de la République des Deux Nations.

³⁸⁴ L'eurodéputé Ryszard Czarnecki, membre de *PiS*, a déclaré, à plusieurs reprises, que la seule façon de protéger la Pologne des attentats terroristes est de refuser les migrants musulmans.

³⁸⁵ Un sondage IBRIS de 2017 indique que les Polonais (plus de la moitié des interrogés) préfèrent sortir de l'UE qu'être contraints d'accueillir des réfugiés musulmans. À la question « La Pologne doit-elle refuser d'accueillir des réfugiés en provenance de pays musulmans, même si cela implique de devoir quitter l'UE? », 51,2% des personnes interrogées ont répondu par l'affirmative. Nous traduisons. <https://www.tvp.info/33102359/polacy-wola-wyjsc-z-ue-niz-przyjac-islamskich-uchodzcow-najnowszy-sondaz-ibris>. Voir aussi : « On Attitudes Toward

ouvrir leurs frontières aux réfugiés d’Afrique et du Moyen-Orient³⁸⁶. Le problème est que ce discours — même à le supposer sincère — n’est pas compatible avec les valeurs d’ouverture, de tolérance, de liberté religieuse et de pluralisme sur lesquelles reposent l’UE et que tous les États membres sont supposés partager. Être membre de l’UE implique de respecter ces valeurs libérales et faire preuve de solidarité et de loyauté. La Pologne devra donc trancher entre l’Europe ou rester fidèle à des principes traditionnels (défense d’une certaine conception de la nation, de la religion et la famille) lesquels, lorsqu’ils sont instrumentalisés par le pouvoir politique, la font dangereusement glisser vers une pente illibérale, sur le modèle hongrois. *Polonia semper fidelis* ou *Semper fidelis poloniae*, les polonais devront, un jour ou l’autre, se décider car faire le choix de l’UE, c’est accepter de dépasser son nationalisme, non pas pour se défaire de son identité mais pour l’enrichir en l’agrandissant. À ce titre, comment ne pas évoquer la formule de Gombrowicz, cet écrivain polonais de l’exil qui, dans une préface réflexive à l’un de ses romans, invitait ses compatriotes à « dépasser la polonité », ce « sentiment toujours en vigueur » dans la patrie³⁸⁷ ?

C. *Quo Vadis Europa ? Nulle part...*

Dans la mesure où l’UE ne peut défendre et promouvoir ses valeurs — aussi louables soient-elles — en contournant les démocraties, même « illibérales », les propositions de la Commission doivent recueillir l’aval des États membres. Obligée de composer avec le polythéisme axiologique du fait de la diversité de ses membres, l’UE ne saurait imposer, à travers la Commission, une vision unilatérale de la politique d’immigration et d’asile. En effet, dans une démocratie, c’est la force numérique qui doit trancher. Or, le Višegrad représente un poids démographique non négligeable dans l’UE, et en son sein la Pologne condense 60 % de la population du groupe, faisant d’elle un « grand État » européen et un leader quasi-hégémonique à l’est. Il reste que la solidarité, à l’instar de la dignité humaine et des droits de l’homme, fait partie des valeurs expressément consacrées par les traités de l’UE et acceptées comme telles par les États membres³⁸⁸. Finalement, ce que la Pologne d’aujourd’hui refuse d’accepter, au-delà des réfugiés, c’est le pluralisme « tragique » de la post-modernité avec lequel elle doit pourtant composer. Si l’on doit, pour conclure, se montrer pessimiste sur le sort de la politique de l’asile en Europe, il faut se rappeler que le pessimisme est un humanisme en ce qu’il brise les idoles séduisantes, mais illusoire, dressées par l’irrationalité et nous évite de céder, dans les moments de crise, à l’hystérie collective³⁸⁹. Ce constat lucide

Islam and Muslims » (Warszawa, Poland: Public Opinion Research Center, March 2018), https://cbos.pl/SPISKOM.POL/2015/K_037_15.PDF.

³⁸⁶ Mazur Przemysław, *Islamizacja Polski - mit czy realne zagrożenie?* 2017, In *Wyzwania bezpieczeństwa międzynarodowego : księga pamiątkowa ku czci Jerzego Świecy* (pp.223-242)Ed. 2017. Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II. Katedra Pedagogiki Katolickiej. Editors: O. Wasiuta, P. Mazur.

³⁸⁷ Witold Gombrowicz, *Trans-Atlantique*, 1952, Denoël, p. 8. Nous citerons un autre extrait : « tout en restant polonais, cherchons à être quelque chose de plus ample et de supérieur au Polonais ».

³⁸⁸ Articles 2 TUE et 222 TFUE. On relèvera que le Tribunal constitutionnel polonais a, dans sa décision du 7 octobre 2021, (affaire K 3/21) considéré que l’article 2 TUE énumérait des valeurs dépourvues de force juridique et ne disposant que d’une « signification axiologique ».

³⁸⁹ Anaëlle Martin, « The European Union as Will and Representation : a pessimistic view of Europe » in *International Journal of Arts Humanities and Social Sciences Studies*, Volume 6 Issue 7, July 2021. Voir aussi : Alexandre Viala, *Le pessimisme est un humanisme, Schopenhauer et la raison juridique*, Mare et Martin, 2017.

mais désenchanté devrait, au-delà de la question migratoire, inviter l'UE à apporter une réponse plus claire à la question existentielle du sens de l'intégration européenne. Y a-t-il encore un sens à poursuivre cette « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »³⁹⁰ à l'heure où certains États membres rejettent expressément les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée ?³⁹¹ Refuser d'y répondre reviendrait à faire de l'UE un « nulle part », à l'instar de la Pologne fictive dans la célèbre pièce de Jarry. À l'instar aussi de la réponse apportée aux réfugiés qu'on laisse aux portes de l'Europe³⁹².

³⁹⁰ Article 1 TUE.

³⁹¹ Voir la décision du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel polonais (décision K 3/21) : <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-tractatu-o-unii-europejskiej>.

³⁹² Le 14 octobre 2021, le Parlement polonais a approuvé le projet de construction d'un mur pour empêcher les migrants de franchir la frontière et a donné son feu vert pour légaliser la pratique du refoulement à la frontière. Cette pratique qui permet d'ignorer une demande d'asile déposée après le franchissement illégal d'une frontière est contraire à la Convention de Genève signée par la Pologne.

FOCUS

Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme

Alexandre Palanco*

Le Défenseur des droits, institué par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (dite de modernisation des institutions de la V^e République), revêt aujourd'hui un rôle pivot dans la protection des droits des citoyens et des libertés fondamentales au niveau national. Inspiré de la tradition des *ombudsmän* scandinaves³⁹³, il réunit en effet en une seule « personne » les pouvoirs et les missions de quatre anciennes autorités administratives indépendantes : le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et la Haute Autorité de lutte contre les discriminations³⁹⁴.

Si son action auprès des institutions et juridictions nationales est aujourd'hui bien connue et régulièrement étudiée par la doctrine³⁹⁵, l'action internationale du Défenseur des droits reste sans doute un peu plus confidentielle³⁹⁶. D'une part, il peut être associé, à la demande du Premier ministre, à la préparation de la position française dans les négociations internationales³⁹⁷. D'autre part, afin de veiller au respect par la France de ses engagements conventionnels³⁹⁸, l'autorité collabore aujourd'hui avec plusieurs organisations internationales³⁹⁹.

Ainsi, il est chargé de la rédaction et de la présentation de rapports indépendants devant le Comité des droits de l'enfant (« Comité IDE »). Il a également été désigné officiellement mécanisme de suivi indépendant de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (« CIDPH ») et contribue à l'élaboration de

* Enseignant-chercheur en droit public, UR – Confluence Sciences et Humanités (UCLy), Membre associé de l'I.D.E.D.H. (Université de Montpellier).

³⁹³ Sans pour autant en revêtir tous les atours : voir notamment A. Legrand, « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *Revue française d'administration publique*, 2011/3 (n° 139), p. 499.

³⁹⁴ Sur la genèse de cette autorité, O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *Revue française d'administration publique*, 2011/3 (n° 139), p. 397.

³⁹⁵ Pour quelques exemples récents, voir D. Löhner, « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, p. 189 ; C. Rivière, « La contribution du Défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *Titre VII*, 2021/1 (n° 6), p. 58 ; S. Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas... », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2019, p. 4212 ; J. de Saint Sernin, « Le Défenseur des droits et le juge administratif : d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 332.

³⁹⁶ Sur cette question, voir J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », IOI-Europe Conference, *The Ombudsman In An Open And Participatory Society*, Bruxelles, Octobre 2018.

³⁹⁷ Art. 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³⁹⁸ Art. 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³⁹⁹ Sur cette question, voir notamment Assemblée Nationale, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la légalisation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le Défenseur des droits*, 15 juillet 2020.

rapports au sein d'autres organes onusiens⁴⁰⁰. Il a été désigné organisme compétent au titre de l'article 4 de la directive européenne du 16 avril 2016 relative à l'exercice des droits des travailleurs de l'Union européenne et de leur famille. Il participe aux travaux de la Commission des droits de l'Homme, de la Commission européenne pour l'élimination du racisme et de l'intolérance (« ECRI ») du Conseil de l'Europe, et du Comité européen pour la prévention de la Torture (« CPT »). Enfin, il collabore occasionnellement avec l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'institut de l'Union européenne pour l'égalité de genre (EIGE).

En outre, le Défenseur des droits a développé depuis 2014 une activité de « tiers-intervenant » auprès de plusieurs institutions en charge de la protection des droits fondamentaux : la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH »), le Service de l'exécution des arrêts de la Cour EDH du Conseil de l'Europe (« SERVEX »), le Comité européen des droits sociaux (« Comité EDS »), la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») ainsi que du Comité des droits de l'enfant (« Comité IDE »).

C'est donc devant la Cour EDH que le Défenseur des droits a initié cette fonction de « tiers-intervenant » auprès des institutions européennes, puis internationales, sur le fondement de l'article 36 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH ») qui permet à toute personne intéressée, autre que le requérant, de présenter des observations écrites⁴⁰¹. La procédure de tierce-intervention, permettant « à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de faits ou de droit »⁴⁰², contribue à placer le juge dans une situation optimale pour trancher une question inédite ou une proposition de revirement. Elle est précieuse pour deux raisons principalement. D'une part, ces interventions permettent un décroisement⁴⁰³ de la jurisprudence de la Cour en transmettant d'importantes informations concernant les ordres juridiques internes ou la jurisprudence des autres tribunaux internationaux. Les tiers intervenant pallient ainsi les lacunes de la Cour, pour laquelle il reste difficile d'entreprendre des études comparées de grande ampleur. D'autre part, ces interventions peuvent déborder le débat juridique dans des affaires d'une particulière sensibilité⁴⁰⁴ : « la référence au mémoire de l'*amicus* permet donc de faire état de convictions idéologiques à l'égard de questions éthiques et d'énoncer les grands principes à l'appui de la défense de certains

⁴⁰⁰ Conseil des droits de l'Homme, Comité des droits de l'Homme, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAW).

⁴⁰¹ Concernant cette procédure devant la Cour EDH, voir notamment : E. Decaux et C. Pettiti, *La tierce intervention devant la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; L.-A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005 ; A. Lester, « *Amici Curiae* : Third-Party Interventions Before European Court of Human Rights » in *Protecting Human Rights : The European Dimension. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 341 ; L. Burgorgue-Larsen, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », in *La conscience des droits, Mélanges J.-P. Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 67.

⁴⁰² J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 62.

⁴⁰³ H. Ascencio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, p. 924.

⁴⁰⁴ N. Bürli, « *Amicus Curiae* As a Means to Reinforce the Legitimacy of the European Court of Human Rights », in S. Phlogaites, T. Zwart, J. Fraser (eds), *The European Court of Human Rights and its Discontents : Turning Criticism into Strength*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 141.

intérêts »⁴⁰⁵. La tierce intervention contribue ainsi à accroître la pertinence de la décision rendue et la qualité de sa motivation⁴⁰⁶ : « [de] cette ouverture démocratique du procès naît la confrontation entre ces divers acteurs et la richesse des débats qui contribuent à l'amélioration de la décision du juge éclairé »⁴⁰⁷. Ainsi, la procédure a prouvé son efficacité en contribuant à plusieurs évolutions jurisprudentielles fondamentales⁴⁰⁸.

En sept ans, le Défenseur des droits a déposé au moins seize observations dans des affaires relevant de son champ de compétence tel que défini à l'article 4 de la loi organique : trois interventions concernent la question de la rétention administrative des enfants⁴⁰⁹ ; trois interventions concernent l'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés⁴¹⁰ ; une intervention concerne les conditions d'évacuation d'un campement de familles roms⁴¹¹ ; une intervention concerne la réadmission d'une famille de demandeurs d'asile vers la Hongrie⁴¹² ; deux interventions concernent les conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁴¹³ ; une intervention concerne le refus de prestations familiales opposé aux enfants entrés en France hors de la procédure de regroupement familial⁴¹⁴ ; deux interventions concernent l'effectivité des voies de recours aux fins de contestation des conditions de détentions⁴¹⁵ ; deux interventions concernent des

⁴⁰⁵ L. Hennebel, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 71/2007, p. 644.

⁴⁰⁶ N. Bürli, « Amicus curiae as a means to reinforce the legitimacy of the European Court of Human Rights », préc., p. 142.

⁴⁰⁷ L. Hennebel, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », préc., p. 643.

⁴⁰⁸ Voir notamment sur cette question L.-A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », préc., p. 143.

⁴⁰⁹ Décision 2019-074 du 22 mars 2019 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le placement en rétention administrative d'enfant dans le cadre de la requête *M.D. c. France* ; Décision 2018-174 du 18 juin 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *L. P. C. France* ; Décision MDE-2015-035 du 16 février 2015 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le placement en rétention administrative d'enfants, *R.K. c. France*.

⁴¹⁰ Décision 2018-058 du 9 février 2018 relative à une tierce intervention devant la cour européenne des droits de l'homme portant sur l'affaire *Moustahi c. France* (Mayotte) ; Décision 2018-003 du 19 janvier 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la question du respect des obligations de l'Etat en matière de protection, d'accueil et de prise en charge des mineurs non accompagnés migrants, *Khan c. France* (Lande de Calais) ; Décision 2017-205 du 28 juin 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la protection, l'accueil et de la prise en charge des mineurs non accompagnés (Italie).

⁴¹¹ Décision MLD-MDE-MSP-MDS-2014-111 du 1er septembre 2014 relative à la conformité des conditions d'évacuation d'un campement avec les articles 3, 8 et 13 de la CEDH.

⁴¹² Décision 2017-059 du 9 février 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la procédure de réadmission vers la Hongrie visant une famille de migrant souhaitant solliciter l'asile en France, *A.S. et G.S. c. France*.

⁴¹³ Décision MLD-2015-221 du 22 septembre 2015 relative au respect des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile ; Décision MSP-2014-087 du 19 juin 2014 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'accueil des demandeurs d'asile, *N.H. c. France*.

⁴¹⁴ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082 du 3 juin 2014 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur des refus de prestations familiales opposés aux enfants entrés en France hors de la procédure de regroupement familial.

⁴¹⁵ Décision 2018-148 du 23 mai 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs affaires illustrant les difficultés rencontrées par les personnes détenues pour faire respecter leurs droits ; Décision 2017-118 du 23 mars 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'effectivité des recours mettant en cause des conditions de détention contraires à l'article 3, *R.I. et autres c. France*.

questions de bioéthique⁴¹⁶ ; une intervention concerne l'usage des techniques de renseignement et leurs incidences concernant les avocats et les journalistes⁴¹⁷.

Malgré un intérêt plus marqué pour certaines problématiques – les droits des étrangers et notamment des mineurs étrangers – les interventions du Défenseur des droits auprès de la Cour EDH concernent des sujets variés. Ainsi, cet article n'aura pas pour vocation de présenter de manière exhaustive la position ou l'argumentation déployée dans ces interventions. Il s'agira plus humblement de tenter de comprendre la démarche choisie par le Défenseur des droits, la finalité des interventions ainsi que leurs articulations avec les autres missions de l'autorité, notamment au niveau national.

Or l'analyse de la liste des observations permet de constater que le Défenseur des droits intervient devant la Cour EDH en qualité de tiers-intervenant lorsque les problématiques portées au niveau européen recourent des préoccupations qu'il traite de façon récurrente à travers l'instruction de réclamations individuelles et l'examen des textes législatifs et réglementaires. Ainsi, dépassant le simple cadre de l'espèce, ses interventions visent en réalité à prolonger son action menée au niveau interne aux fins de résorption des défaillances structurelles ou systémiques⁴¹⁸ affectant la protection des droits et libertés (**Partie I**). Dans cette perspective, il œuvre principalement au renforcement de l'effectivité des droits et entend, par-delà un rôle d'information sur le contexte de l'affaire (**Partie II**), participer à la fonction jurisprudentielle de la Cour EDH et à l'évolution des standards européens de protection (**Partie III**).

Partie I - Prolonger l'action interne: les fondements de la tierce intervention du Défenseur des droits devant la Cour EDH

A la lecture de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, aucune disposition ne semble directement lui octroyer compétence pour intervenir auprès d'une juridiction supranationale. Plusieurs éléments permettent en revanche, sans doute indirectement, de soutenir le choix de l'institution d'assurer ce rôle.

1. En effet, l'article 4 de la loi organique confère au Défenseur des droits une mission de « garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France »⁴¹⁹. Cette mission se matérialise par la défense et la promotion des droits de

⁴¹⁶ Décision 2019-016 du 22 janvier 2019 portant observations devant la CEDH dans le cadre d'une demande d'avis consultatif de la Cour de cassation portant sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre les enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et leurs parents ; Décision 2017-184 du 8 juin 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) pour les couples de femmes sur le territoire national.

⁴¹⁷ Décision 2017-280 du 27 septembre 2017 relative à une tierce intervention devant la cour européenne des droits de l'homme portant sur la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 : *association confraternelle de la presse judiciaire contre la France et 11 autres requêtes*.

⁴¹⁸ Bien que les termes « structurel » et « systémique » renvoient sans doute à des qualités distinctes, nous les utiliserons ici indifféremment, à l'instar de la Cour EDH (voir pour exemple Cour EDH, G. Ch., 29 mars 2006, *Scordino c. Italie n° 1*, req. n° 36813/97), pour signifier un « problème à grande échelle ».

⁴¹⁹ J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », préc.

l'enfant, notamment ceux consacrés par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que la lutte contre les discriminations, notamment celles prohibées par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France⁴²⁰. Dans cette optique, la loi organique lui octroie des pouvoirs – recommandations de modifications législatives ou réglementaires, consultation par le Premier ministre ou les présidents des assemblées parlementaires⁴²¹ – lui permettant notamment d'interpeller les autorités nationales quant à leur obligation de se conformer aux engagements internationaux⁴²².

En outre, l'article 33 de la loi organique consacre un droit d'intervention devant les « juridictions civiles, administratives et pénales » par la présentation d'observations écrites ou orales⁴²³. Ce statut d'*amicus curiae* – reconnu par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat – permet au Défenseur des droits d'intervenir « en toute indépendance »⁴²⁴ pour livrer son expertise à la juridiction devant laquelle se tient le litige. A ce titre, le Défenseur des droits est en mesure de rappeler au juge « qu'en tant que gardien des droits de l'homme et des libertés, il lui appartient de garantir l'effectivité des droits garantis par les traités et de contrôler la conformité de la loi à ces textes »⁴²⁵. Les références à la CEDH, à la jurisprudence de la Cour EDH ainsi qu'à d'autres instruments internationaux sont ainsi pléthores au sein des observations communiquées par le Défenseur aux juridictions nationales⁴²⁶, lui permettant de souligner, devant les juridictions nationales, les défaillances structurelles ou systémiques – potentiellement inconventionnelles – du système juridique français.

Cette mission d'intervention auprès des juridictions était déjà reconnue à la HALDE en des termes identiques à l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 portant sa création⁴²⁷. Si la multiplication des interventions de la Haute autorité devant les juridictions internes avait causé un certain nombre de débats – notamment au regard du droit à un procès équitable⁴²⁸ – celle-ci n'est jamais intervenue devant une juridiction supranationale. Cette posture semble raisonnable dans la mesure où la formulation des deux dispositions semble exclusivement viser les juridictions internes. Toutefois, le Défenseur des droits a quant à lui fait le choix d'intervenir régulièrement en qualité de tiers intervenant devant

⁴²⁰ Art. 4 de la loi organique, préc.

⁴²¹ Art. 32 de la loi organique, préc.

⁴²² J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », préc.

⁴²³ Art. 33 de la loi organique, préc.

⁴²⁴ J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », préc.

⁴²⁵ *Idem*.

⁴²⁶ Voir récemment Décision 2021-184 du 25 juin 2021 relative aux difficultés d'un mineur non accompagné à bénéficier d'une mesure de placement au titre de l'article 375 du code civil (visant notamment la Convention internationale relative aux droits de l'enfant) ; Décision 2021-169 du 8 juin 2021 relative au refus d'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi opposé à un doctorant étranger muni d'un titre de séjour portant la mention « étudiant » (visant notamment la CEDH).

⁴²⁷ Art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

⁴²⁸ Voir en ce sens Cour de cassation, Chambre sociale, 2 juin 2010, 08-40.628, Publié au bulletin.

la Cour EDH au visa de l'article 33 dans le cadre des contentieux relevant de son champ de compétence⁴²⁹.

2. Par-delà la lettre du texte, le choix du Défenseur des droits d'intervenir devant les juridictions européennes et particulièrement devant la Cour EDH nous paraît présenter de solides arguments. La dimension « interne » de l'action du Défenseur des droits aux fins de résolutions des défaillances structurelles dans le respect des engagements internationaux de la France – auprès des autorités et des juridictions nationales – ne saurait être pleinement effective sans un versant « externe », permettant une intervention devant les institutions supranationales ou internationales chargées de ce contrôle. En d'autres termes, les interventions du Défenseur des droits semblent répondre à une logique de subsidiarité : l'intervention devant la Cour EDH est toujours consécutive de son impuissance à résoudre une défaillance structurelle par le biais de ses moyens d'action au niveau interne (via l'article 32 de la loi organique auprès des autorités législatives et réglementaires et via l'article 33 de la loi organique). Elle constitue donc comme le prolongement des compétences internes attribuées au Défenseur des droits et lui permettent d'assurer ses missions dans le cadre d'une approche globale de la protection des droits. L'intervention devant la Cour EDH joue en réalité un rôle similaire aux interventions devant les juridictions nationales s'agissant du respect des engagements internationaux : contester la conventionalité du droit interne afin de remédier aux défaillances structurelles.

La toute première intervention du Défenseur des droits devant la Cour EDH illustre parfaitement cette complémentarité des moyens d'action (individuels et collectifs mais aussi internes et externes)⁴³⁰. Concernant l'exigence d'un certificat médical de l'OFII pour justifier de l'arrivée des enfants via le regroupement familial et conditionnant l'octroi de certaines prestations sociales, la HALDE – saisie de plusieurs réclamations individuelles – a présenté de nombreuses observations devant les juridictions nationales. Ces dernières ont très largement reconnu le caractère discriminatoire des dispositions litigieuses du Code de la sécurité sociale et leur non-compatibilité avec les articles 8 à 14 de la CEDH. Ces décisions ont cependant été jugées conformes à cette même CEDH par la Cour de cassation, en assemblée plénière, dans une décision du 3 juin 2011⁴³¹. Le Défenseur des droits – également saisi de nombreuses réclamations individuelles – a continué de présenter des observations devant la Cour de cassation⁴³². Dans la continuité de son action et de celle de la HALDE avant lui, il présente également une tierce intervention devant la Cour EDH reprenant l'essentiel des arguments présentés devant les juridictions internes⁴³³.

⁴²⁹ Voir notamment Décision MDE-2015-035, préc

⁴³⁰ La complémentarité des moyens d'action individuels et collectifs est mise en avant par le Défenseur des droits lui-même. Voir en ce sens le Rapport de l'Assemblée Nationale du 15 juillet 2020, préc : « M. Jacques Toubon a rappelé lors de son audition du 4 juin 2020 que les moyens d'action individuels et collectifs, loin de s'opposer, fonctionnent de concert. Les réclamations adressées au Défenseur des droits permettent de nourrir une réflexion d'ensemble et rendent possible une intervention de l'institution dans le débat public, de même qu'elles orientent les recommandations de modification législative et réglementaire ».

⁴³¹ Cour de cassation., Ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-71.352 et n° 09-69.052, Publié au bulletin.

⁴³² Décision MLD-2013-49 du 14 mars 2013 relative à une réclamation portant sur le refus de prestations familiales opposé à un enfant entré en France en dehors de la procédure du regroupement familial.

⁴³³ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082, préc.

De même, concernant la protection du droit au respect de la vie privée et familiales des « Roms » évacués des terrains qu'ils occupaient sans titre, le Défenseur des droits a établi un bilan de l'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites à destination du Premier ministre, dans laquelle il formule plusieurs recommandations⁴³⁴. Il a ensuite poursuivi son action en présentant plusieurs observations devant les tribunaux nationaux, défendant la nécessité au regard des normes européennes de laisser un délai suffisant aux occupants pour quitter les lieux dans des conditions décentes⁴³⁵. Enfin, prolongeant son action, il a également formé une tierce intervention devant la Cour EDH reprenant l'essentiel des constats et recommandations préalablement établis⁴³⁶.

Ainsi les deux dimensions – interne et externe – se nourrissent l'une et l'autre dans la perspective d'une résolution des violations structurelles des normes internationales. D'une part, le Défenseur des droits acquiert par l'usage des moyens d'actions internes (via le traitement des réclamations individuelles puis l'élaboration de rapports à destination des autorités ou dans le cadre d'intervention auprès des juridictions internes) une expertise concernant un domaine ou une question de droit qui pourra ensuite être mise à profit de la juridiction supranationale. D'autre part, la dimension externe permet de prolonger les actions du Défenseur des droits dont la voix n'aurait pas été entendue au niveau interne.

A travers ces deux exemples et la liste des domaines d'intervention, il apparaît surtout que les observations transmises par le Défenseur des droits ont vocation à dépasser le simple cadre du litige opposant un ou plusieurs requérants au gouvernement français pour se placer sur le terrain plus global de la résolution des violations structurelles ou systèmes de la Convention.

Partie II - Convaincre de l'existence d'une défaillance structurelle: la présentation du contexte de l'affaire

La première fonction que peut revêtir l'*amicus curiae* consiste à porter à la connaissance de la juridiction des éléments de contexte lui permettant de trancher les litiges. Devant la Cour EDH, ces éléments de contexte – aujourd'hui identifiables dans la partie « en fait » des arrêts – comprennent en réalité des aspects factuels mais aussi des aspects juridiques, concernant notamment le droit en vigueur dans l'Etat requérant.

Cette première fonction est évidemment très présente dans les interventions présentées par le Défenseur des droits, lesquelles visent essentiellement des problèmes systémiques préalablement identifiés. L'objectif semble donc de démontrer que derrière la situation

⁴³⁴ Bilan d'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites. Août 2012-mai 2013.

⁴³⁵ Voir pour exemple : Décision MLD-2013-61 du 22 mars 2013 relative à une procédure d'expulsion d'occupants sans droit ni titre d'un terrain (devant le juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Nantes).

⁴³⁶ Décision n° MDE-MSP-MDS-2014-111, préc.

d'un requérant se trouve une véritable défaillance de grande ampleur nécessitant l'adoption de mesures générales.

A travers l'ensemble de ses missions – rédaction de rapport, traitement des requêtes individuelles, missions *in situ* – il acquiert une connaissance approfondie des problématiques nationales entrant dans son champ de compétence qu'il mobilise par la suite au sein des interventions. Ces éléments sont fréquemment repris par la Cour EDH dans sa motivation, notamment pour corroborer la version du requérant lorsque cette dernière concorde avec l'analyse du Défenseur des droits et d'autres autorités ou ONG⁴³⁷.

1. Concernant le contexte juridique, les interventions du Défenseur des droits vont bien au-delà d'une simple présentation du droit national applicable. Ce dernier est généralement bien connu de la Cour EDH, soit par l'intermédiaire des observations écrites présentées par les parties soit par le biais des recherches menées par le service du juriconsulte. En revanche, ces interventions apparaissent précieuses pour le juge européen en ce qu'elles permettent la mise au jour des défaillances ou des incohérences du droit national applicable. Ainsi, les observations produites par le Défenseur des droits constituent sur ce point un élément important de contradictoire face aux positions présentées par l'Etat français.

La défaillance la plus fréquemment évoquée par le Défenseur des droits concerne l'effectivité des normes juridiques mises en place sur le plan national. Un exemple récurrent concerne la question du placement des mineurs en rétention administrative. Si le Défenseur des droits concède l'interdiction de principe établie par le droit national à l'article L.551-1 du CESEDA, il souligne néanmoins que la teneur des dérogations aux principes conduit en réalité à légaliser la pratique⁴³⁸. De même, concernant la situation spécifique sur l'île de Mayotte, le Défenseur des droits dénonce dans son intervention la pratique du rattachement artificiel des enfants isolés à des tiers majeurs sans lien juridique aux fins de contournement de l'interdiction⁴³⁹. Concernant l'accueil et la prise en charge des mineurs présents dans la Lande de Calais, le Défenseur des droits insiste notamment sur le « défaut de mise en œuvre des dispositifs juridiques existant [permettant] le regroupement familial » des mineurs et le « manque de moyens dévolus à l'information » des mineurs sur les choix qui s'ouvrent à eux⁴⁴⁰.

La question de l'effectivité des voies de recours internes constitue également un point d'intérêt récurrent dans les interventions présentées par le Défenseur des droits. Ainsi, concernant la question des conditions de détentions contraires à l'article 3, il a présenté à diverses reprises les recours offerts aux détenus par le droit national afin de mettre en

⁴³⁷ Pour un exemple de cette concordance des faits exposés contredisant la version du Gouvernement, voir notamment Cour EDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, req. n°12267/16, para. 86.

⁴³⁸ Voir Décision n° 2019-074, préc et Décision n° 2018-174, préc. Il avait par ailleurs soutenu la même position dans son Défenseur des droits, Avis 16-02 du 6 janvier 2016.

⁴³⁹ Voir Décision n° 2018-058, préc. Cette situation avait préalablement été dénoncé par le Défenseur des droits (Décision n° 2015-002) ainsi que le Contrôle général des lieux de privations de libertés (Rapport d'activité, 2016).

⁴⁴⁰ Voir Décision n° 2018-003, préc. Il avait déjà souligné ces défaillances dans un rapport de 2015 : Défenseur des droits, Rapport Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais, octobre 2015.

exergue leur incompatibilité avec les standards posés par la Cour EDH sur le terrain de l'article 13 CEDH⁴⁴¹. De même, dans son intervention concernant la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, le Défenseur des droits reconnaît l'existence d'une voie de recours juridictionnelle devant le Conseil d'Etat mais conteste sa conformité avec le standard établi par la Cour EDH : absence de notification *a posteriori* de la surveillance, impossibilité pour le requérant obtenant gain de cause de se voir communiquer les informations recueillies, annulation et destruction des communications laissées à la discrétion du juge⁴⁴².

Une autre défaillance du droit national plusieurs fois mise en exergue par le Défenseur des droits dans ses interventions concerne les divergences de jurisprudence. La divergence peut tout d'abord être invoquée dans les interventions pour souligner l'instabilité jurisprudentielle. Ainsi, concernant la procédure de réadmission vers la Hongrie d'une famille sollicitant l'asile en France, le Défenseur des droits souligne l'existence de positions contraires de la part des juridictions nationales concernant l'existence de défaillances systématiques visant la procédure d'asile et les conditions d'accueil dans ce pays.

L'existence de positions divergentes entre juridictions du fond lui permet également de démontrer qu'une autre interprétation du droit national que celle défendue par le Gouvernement est non seulement possible, mais également plus bénéfique sur le plan de la protection des droits. Tel est notamment le cas dans son intervention de janvier 2019 concernant la question de la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre les enfants nés d'une gestation pour autrui (« GPA ») et leurs parents⁴⁴³. Après avoir effectué un rappel précis de la jurisprudence de la Cour de cassation à la suite des arrêts *Mennesson* et *Labassée*⁴⁴⁴ privilégiant la transcription du lien de filiation biologique, le Défenseur des droits souligne la position constamment divergente du TGI de Nantes. Ce dernier fait en effet prévaloir « la réalité juridique » sur la « réalité biologique » en ordonnant la transcription complète des actes de naissance étrangers des enfants nés de GPA, position à laquelle le Défenseur des droits souscrit⁴⁴⁵.

2. Concernant les éléments factuels de contexte des affaires devant lesquelles il est amené à présenter des interventions, le Défenseur des droits utilise plusieurs types d'arguments visant à éclairer (ou convaincre) la Cour EDH, notamment la mobilisation de rapports institutionnels nationaux ou internationaux et la présentation de statistiques. Ces arguments ne sont toutefois pas exhaustifs et peuvent varier en fonction des spécificités de l'affaire. A titre d'exemple, le Défenseur des droits a pu évoquer plusieurs études scientifiques pour démontrer l'ampleur des incidences psychologiques de la

⁴⁴¹ Voir Décision n° 2018-148, préc et Décision n° 2017-118.

⁴⁴² Voir Décision n° 2017-280, préc. Il avait déjà défendu cette position dans les avis adressés au Parlement : Défenseur des droits, Avis n° 15-04 et 15-09 des 2 et 29 avril 2015, n° 15-21 et 15-22 des 21 septembre et 7 octobre 2015.

⁴⁴³ Décision n° 2019-016, préc.

⁴⁴⁴ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* et *Labassée c. France*, req. n° 65192/11 et 65941/11.

⁴⁴⁵ Par exemple, TGI Nantes, 14 décembre 2017, 16/04096 ; 13 mai 2015, 14/07497 ; 17 septembre 2015, 15/02603 ; 24 novembre 2016, n° 15/06805.

rétenion administrative sur les mineurs⁴⁴⁶ ou encore l'absence de fiabilité des tests osseux pour déterminer l'âge d'un individu⁴⁴⁷. De même, il peut lui arriver de mettre en avant quelques exemples de situations concrètes – autres que celle des requérants de l'espèce – auquel il a pu être confronté dans le cadre du traitement des requêtes individuelles et qui attestent de la récurrence du problème soulevé⁴⁴⁸ et ses conséquences⁴⁴⁹.

Premièrement donc, le Défenseur mobilise de façon abondante des rapports institutionnels afin d'attester du contexte factuel entourant une affaire portée devant la Cour EDH⁴⁵⁰. A cette fin, trois catégories d'institutions dont les expertises sont reprises au sein des interventions peuvent être distinguées. Premièrement, ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, le Défenseur des droits fait très fréquemment références aux avis, rapports ou décisions qu'il a lui-même rédigés dans le contexte national notamment. Comme il l'indique lui-même à plusieurs reprises dans ses interventions, les missions d'observations, la rédaction de rapports et le traitement des requêtes individuelles nourrissent en effet la formulation d'observation devant les juridictions⁴⁵¹. A titre d'exemple, le Défenseur des droits a, depuis 2012, effectué plusieurs missions d'observations à Mayotte se concrétisant par la publication de rapports⁴⁵² qui serviront ensuite de sources pour les interventions devant les juridictions nationales⁴⁵³ et devant la Cour EDH⁴⁵⁴. De même, dans l'affaire *Khan c. France*, la Cour écarte l'argument du Gouvernement invoquant l'absence d'adhésion des mineurs aux mesures de prise en charge proposées, en se référant aux observations du Défenseur des droits – selon lesquelles les réticences des mineurs s'expliquent par le caractère inadapté à leur situation des structures d'accueil⁴⁵⁵.

Deuxièmement, le Défenseur des droits se réfère régulièrement aux expertises institutionnelles produites au niveau national. Tel est notamment le cas des rapports produits par des institutions spécialisées telles que le Contrôleur général des lieux de privations de libertés (« CGLPL »)⁴⁵⁶ dont les missions d'observation en milieux pénitentiaires et les rapports en découlant constituent une source d'informations précieuse pour la juridiction européenne. Les rapports parlementaires sont également mobilisés dans les interventions du Défenseur des droits en particulier pour ce qui

⁴⁴⁶ Décision 2018-058 et 2019-074, préc. A titre d'exemple, le Défenseur des droits cite deux études : Farmer, A. (2013), Impact of immigration detention on children, Forced Migration Review ; Kronick, R., Rousseau, C., Cleveland, J. (2015), Asylum seeking children's experiences of detention in Canada.

⁴⁴⁷ Décision 2017-205, préc.

⁴⁴⁸ Décision 2018-174, préc., concernant la rétenion administrative des enfants.

⁴⁴⁹ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082, préc., pour des exemples de situations rencontrées par le Défenseur des droits et illustrant le caractère non pertinent de l'exigence du certificat OFII aux fins de versement des prestations sociales pour parvenir au but prétendument poursuivi.

⁴⁵⁰ Ces rapports peuvent également être mobilisés au soutien d'une proposition d'évolution du standard de protection de la Cour EDH (voir *infra*).

⁴⁵¹ Voir notamment Décision n°2018-058, préc.

⁴⁵² Défenseur des droits, Rapport sur la protection des droits de l'enfant à Mayotte, 2013 ; Rapport, Situation sur les droits et la protection des enfants à Mayotte, 2015 ; Rapport « Les droits fondamentaux des étrangers en France », mai 2016.

⁴⁵³ Voir notamment Décisions n° 2013-87 et 2015-002.

⁴⁵⁴ Décision n° 2018-058, préc.

⁴⁵⁵ Cour EDH, *Khan c. France*, préc., para. 90.

⁴⁵⁶ Voir notamment Décision n° 2019-74, préc. ; Décision n° 2019-16, préc. ; Décision n° 2017-118, préc.

concerne les conditions de détention⁴⁵⁷ ou encore les conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁴⁵⁸.

Troisièmement, les interventions du Défenseur des droits font un recours parcimonieux aux rapports et expertises d'institutions européennes et internationales afin de consolider les constatations factuelles opérées par lui-même ou par d'autres autorités nationales⁴⁵⁹. Ainsi, concernant le problème de la surpopulation carcérale dans les prisons françaises, il appuie notamment son propos en se référant aux observations finales du Comité contre la torture de l'ONU concernant le rapport périodique de la France⁴⁶⁰. De même, concernant la gravité des conditions de vie et les risques encourus par les mineurs dans la Lande de Calais, son analyse de la situation sur place est confortée par un renvoi aux Observations finales du Comité des droits de l'enfant, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁴⁶¹ mais également au Rapport de visite du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁴⁶². Les constatations effectuées par des institutions internationales sont également particulièrement précieuses pour le Défenseur des droits lorsque son intervention vise à souligner l'existence de violations des droits de l'homme dans un autre Etat que la France. Ainsi, il s'appuie notamment sur les communiqués du HCR et les observations écrites du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe pour démontrer l'existence de défaillances systémiques concernant l'accueil et les conditions de vie des réfugiés en Hongrie dans le cadre d'une affaire de réadmission⁴⁶³.

La mobilisation de ces rapports permet également au Défenseur des droits de mettre en exergue un certain nombre de statistiques illustrant le caractère systémique de la violation dénoncée par le requérant. Les chiffres communiqués ont alors une double finalité : aider la Cour EDH à mesurer l'ampleur du phénomène dénoncé et la conduire à l'édiction de mesures générales que l'Etat devra adopter afin de le résorber.

Ces statistiques sont notamment mobilisées dans l'intervention du Défenseur des droits de 2017 relative au problème de la surpopulation carcérale. Le taux de remplissage national supérieur à 100% ainsi que des exemples d'établissements pénitentiaires dans lesquels ce taux peut dépasser les 140 voire les 200% constituent alors un indice accablant de l'ampleur du phénomène en France⁴⁶⁴. Les statistiques permettent également de contester l'effectivité du principe d'encellulement individuel ou encore de constater l'existence d'un nombre conséquent de matelas posés à même le sol dans les

⁴⁵⁷ Décision n° 2019-16, préc.

⁴⁵⁸ Décision MSP-2014-087, préc.

⁴⁵⁹ Le recours aux sources européennes et internationales est plus abondant concernant l'interprétation et l'évolution des normes de protections (voir *infra*).

⁴⁶⁰ Décision n° 2017-118 préc. se référant à Comité contre la Torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 10 juin 2016.

⁴⁶¹ Décision n° 2018-003 préc. se référant à Comité des droits de l'enfant, France, *Observations finales*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016 ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, France, *Observations finales*, CERD/C/FRA/CO/20- 21, 10 juin 2015.

⁴⁶² Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Rapport de visite concernant la France*, 17 février 2015.

⁴⁶³ Décision n° 2017-059, préc.

⁴⁶⁴ Décision n° 2017-118, préc.

établissements français⁴⁶⁵. De même, concernant la rétention administrative des mineurs, l'évolution des chiffres concernant le nombre d'enfants placés en rétention permet de souligner tout à la fois l'augmentation inquiétante de la pratique et de confirmer le manque d'effectivité du principe de non-enfermement en métropole⁴⁶⁶ et à Mayotte⁴⁶⁷.

Les observations du Défenseur des droits permettent donc de fournir à la Cour EDH des informations précieuses concernant le contexte de l'affaire dans laquelle elle doit se prononcer. Toutefois, l'objectif des interventions dépasse la simple identification et description des défaillances structurelles affectant l'ordre juridique français ou européen. S'engageant dans un véritable « dialogue » avec le juge européen, le Défenseur des droits entend proposer des remèdes à ces défaillances.

Partie III - Proposer des remèdes à l'existence de défaillances structurelles: l'adoption de mesures générales et l'évolution des standards de protection

Face à ces défaillances systémiques ou structurelles, la finalité des interventions du Défenseur des droits dépasse la simple résolution du litige en l'espèce. En réalité, il s'agit toujours d'orienter la décision de la Cour EDH dans le sens de l'édiction de mesures générales que l'Etat devra adopter pour résoudre la défaillance et se mettre en conformité avec le standard conventionnel.

1. Cet objectif apparait de façon tout à fait explicite dans les interventions relatives à la surpopulation carcérale, en particulier s'agissant de la question de l'effectivité des voies de recours internes ouvertes aux détenus. Dans une intervention de 2017⁴⁶⁸, le Défenseur des droits cite la jurisprudence de la Cour rappelant que lorsque les conditions de détention indignes sont liées à un problème structurel de surpopulation carcérale, les mesures individuelles doivent être complétées par « des mesures plus générales propres à résoudre les problèmes de violations massives et simultanées de droits des détenus résultant de mauvaises conditions dans tel ou tel établissement pénitentiaire »⁴⁶⁹. Il rappelle également la pratique récente de la Cour consistant à adopter des arrêts pilotes ou des arrêts de principe indiquant à l'Etat un délai pour remédier à la défaillance, voire les mesures à adopter : concernant la surpopulation carcérale, la Cour EDH a ainsi déjà indiqué que le recours large aux mesures pénales alternatives et la réduction du recours à la détention provisoire constituent des solutions appropriées⁴⁷⁰. Sans préjuger de la position des juges européens, le Défenseur des droits invite ainsi la Cour EDH, dans l'hypothèse où les voies des recours internes ne seraient pas considérées comme effectives, à « indiquer éventuellement à la France de prendre des mesures générales de nature à assurer l'effectivité des recours internes et à permettre de mettre fin rapidement aux conditions de détention indignes causées par la surpopulation carcérale, la vétusté

⁴⁶⁵ *Idem*. Ces statistiques sont actualisées dans la Décision n° 2018-148, préc.

⁴⁶⁶ Décision n° 2019-074, préc. Ces chiffres sont repris dans la Décision n° 2018-174, préc.

⁴⁶⁷ Décision n° 2018-058, préc.

⁴⁶⁸ Décision n° 2017-118, préc.

⁴⁶⁹ *Idem*, citant Cour EDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07 et 60800/08, para. 219.

⁴⁷⁰ *Idem*, citant Cour EDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n° 43517/09 et autres, para. 94 et Cour EDH, 10 mars 2015, *Varga et autres c. Hongrie*, req. n° 14097/12 et autres, para. 104.

et l'insalubrité des établissements pénitentiaires, et à juguler le contentieux national et européen croissant en la matière »⁴⁷¹.

Pour mettre en œuvre cet objectif et convaincre la Cour EDH d'aller dans son sens, le Défenseur des droits développe des méthodes argumentatives remarquablement similaires à celles employées par la Cour elle-même. Il n'hésite d'ailleurs pas à rappeler ces grands principes d'interprétation : l'interprétation nécessairement évolutive de la CEDH⁴⁷², la protection de droits concrets et effectifs⁴⁷³ ou encore l'interprétation consensuelle déployée par la Cour EDH⁴⁷⁴.

Surtout, le Défenseur des droits propose systématiquement un rappel de la jurisprudence pertinente de la Cour EDH, permettant d'inscrire ses observations dans la continuité des décisions antérieures du juge européen. Ce souci de justifier constamment la cohérence de ses propositions avec la jurisprudence strasbourgeoise est par ailleurs complété par un recours à des sources « secondaires », notamment des sources normatives externes, de la doctrine ou encore des expertises scientifiques. Ainsi, après un rappel complet de la jurisprudence de la Cour EDH à partir de l'arrêt *Menesson c. France*⁴⁷⁵, le Défenseur des droits suggère-t-il d'imposer à la France la prévalence de la filiation d'intention sur le *principe mater certa est*⁴⁷⁶. Outre la mise en exergue des conséquences de la priorité donnée en droit interne à la réalité biologique, le Défenseur des droits s'appuie sur la doctrine interne avant d'exclure les autres solutions juridiques (adoption, acte de reconnaissance ou filiation d'état) qu'il juge contraire aux articles 8 et 14 de la Convention. Concernant la question de la prise en charge par les Etats des mineurs non accompagnés, le Défenseur des droits rappelle en détail la jurisprudence de la Cour EDH issue des arrêts *Rahimi c. Grèce*⁴⁷⁷, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*⁴⁷⁸ ainsi que *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*⁴⁷⁹. Dans la continuité de cette jurisprudence et en se fondant sur un appui massif à des sources externes⁴⁸⁰, il rappelle à la Cour EDH la « nécessité d'interdire le recours au test osseux, ou *a minima*,

⁴⁷¹ Décision n° 2017-118, préc. Voir également la position similaire retenue dans la Décision n° 2018-148, préc.

⁴⁷² Décision n° 2015-35 se référant à Cour EDH, G.Ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, para.101 : « La Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques ; et le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ».

⁴⁷³ Décision MSP-2014-087 citant en exemple Cour EDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, req. n°6694/74, para. 33.

⁴⁷⁴ Décision n° 2017-184 se référant à Cour EDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95 : « En constante évolution, l'amplitude de la marge d'appréciation octroyée par la Cour aux Etats est étroitement liée à l'existence d'un consensus au sein des Etats membres du conseil de l'Europe dans la matière considérée, lequel fixe le standard européen de protection des droits fondamentaux à partir duquel la Cour porte son appréciation ».

⁴⁷⁵ Cour EDH, *Menesson c. France*, préc.

⁴⁷⁶ *Idem*.

⁴⁷⁷ Cour EDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, req. n° 8687/08.

⁴⁷⁸ Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° [13178/03](#).

⁴⁷⁹ Cour EDH, 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, req. n° 25794/13 et 28151/13.

⁴⁸⁰ Le Défenseur des droits se réfère notamment à de nombreux constats de violations de la CIDE dans les observations du Comité (aussi bien concernant la question de l'accueil des mineurs que sur celle de la détermination de leur âge), aux rapports du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, de la Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, à la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne.

d'adopter des normes communes fondées sur les meilleures pratiques en vigueur en matière de détermination de l'âge »⁴⁸¹. Concernant la question de l'éloignement des mineurs non accompagnés sur l'île de Mayotte, il rappelle les obligations de l'État en matière d'effectivité du recours – établies par la Cour EDH dans son arrêt *De Souza Ribeiro c. France*⁴⁸² – pour soutenir que la procédure dérogatoire applicable à Mayotte n'est pas conforme aux exigences de l'article 13 et demander l'alignement des règles applicables en Outre-mer sur les règles du contentieux administratif des obligations de quitter le territoire français (OQTF) de droit commun. Il se fonde également sur l'arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*⁴⁸³ ainsi que sur le droit de l'Union européenne et le droit international pour inviter la Cour à rappeler aux Etats leurs obligations, tant sur la question de la réadmission des demandeurs d'asile⁴⁸⁴ que sur les problématiques liées à leur accueil⁴⁸⁵. Dans une intervention de 2014, il fonde ses observations sur un rappel de la jurisprudence de la Cour EDH relative aux articles 8 et 14 CEDH ainsi que 8 et 1P1 CEDH – notamment les arrêts *Petrovic c. Autriche*⁴⁸⁶ et *Gaygusuz c. Autriche*⁴⁸⁷ concernant l'application de ces articles aux prestations sociales et familiales ainsi que l'ajustement de la marge d'appréciation des Etats en fonction du motif de discrimination⁴⁸⁸. Ce rappel, ainsi que la présentation des conséquences de la législation nationale, le conduisent à considérer que l'exigence d'un certificat OFII pour l'accès aux aides sociales est à la fois contraire aux article 8 et 14 CEDH et 1P1 et 14 CEDH.

2. Enfin, trois contentieux attirent l'attention du lecteur et témoignent d'une véritable volonté du Défenseur des droits de contribuer à la construction et à l'évolution du standard européen en matière de protection des droits fondamentaux. Par les observations déposées, l'autorité invite alors la Cour EDH à opérer un revirement de jurisprudence ou à renforcer les obligations à la charge des Etats afin de remédier aux défaillances structurelles ou systémiques.

Tout d'abord, concernant la rétention administrative des mineurs le Défenseur des droits réitère dans plusieurs interventions les recommandations faites aux autorités nationales⁴⁸⁹. S'il qualifie l'arrêt *Popov c. France*⁴⁹⁰ d'« avancée significative dans la prohibition de l'enfermement des enfants migrants »⁴⁹¹, il invite la Cour EDH à aller plus loin dans la protection des droits. Rappelant les conditions posées par le juge européen pour considérer que la rétention administrative d'un enfant constitue une violation de la CEDH⁴⁹², le Défenseur des droits propose un alignement sur le standard

⁴⁸¹ Décision n° 2017-205, préc.

⁴⁸² Cour EDH, G. Ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07.

⁴⁸³ Cour EDH, G. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

⁴⁸⁴ Décision n° 2017-059, préc.

⁴⁸⁵ Décision n° 2014-087, préc.

⁴⁸⁶ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92.

⁴⁸⁷ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n° 17371/90.

⁴⁸⁸ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082, préc.

⁴⁸⁹ Décision MDE-2015-035 préc. ; Décision n°2018-174, préc. ; Décision n° 2019-074, préc.

⁴⁹⁰ Cour EDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07.

⁴⁹¹ Décision MDE-2015-035 préc. ; Décision n° 2018-174, préc.

⁴⁹² Trois facteurs sont ainsi mis en avant dans la jurisprudence de la Cour EDH : le bas-âge des enfants, la durée de rétention et le caractère inadapté des locaux (voir en ce sens Cour EDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07, para. 103 et Cour EDH, 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n° 11593/12, para. 109.

posé par le Comité international des droits de l'enfant dans le sens d'une condamnation absolue de l'enfermement des mineurs sur le terrain des articles 3, 5 et 8 de la Convention. Outre le recours aux observations du Comité IDE⁴⁹³, il invoque également plusieurs autres sources notamment européennes⁴⁹⁴ et scientifiques⁴⁹⁵ pour justifier ce revirement plus propice à la protection de l'intérêt de l'enfant, notamment pour sa santé et son développement. Il ne sera toutefois pas suivi la Cour EDH qui continuera de sanctionner la France en suivant la méthodologie de l'arrêt *Popov*⁴⁹⁶.

Ensuite, concernant la question de la surpopulation carcérale, le Défenseur des droits rappelle dans deux interventions la très dense jurisprudence de la Cour EDH sur le terrain de l'article 3 CEDH⁴⁹⁷. Dans les arrêts *Ananyev et Mursic*⁴⁹⁸, le juge européen considère en effet que l'espace minimum vital ou personnel constitue un critère important dans les affaires dénonçant le caractère indigne des conditions de détention. Cependant, son approche, parfaitement décrite dans les interventions, apparaît plus restrictive que les standards développés par le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants⁴⁹⁹. Le Défenseur des droits propose ainsi un alignement de la Cour EDH sur les standards développés par le Comité, contestant la justification apportée par les juges européens à cette divergence⁵⁰⁰. Pour cela, il leur oppose leur propre vision de la sécurité juridique et le besoin de cohérence dans la protection des droits au sein du Conseil de l'Europe⁵⁰¹. En outre, il invoque la jurisprudence des organes de protection de la Convention interaméricaine qui ne fixent pas de critères objectifs relatifs à l'espace minimum vital mais considèrent que la détention en établissement surpeuplé constitue une violation de l'intégrité personnelle⁵⁰². Sur cette question à nouveau, l'évolution souhaitée par le Défenseur des droits n'a pas été suivie d'effet.

Enfin, concernant l'ouverture de la PMA pour les couples de femmes⁵⁰³, le Défenseur des droits rappelle la position antérieure de la Cour EDH à l'issue de l'affaire *Gas et Dubois c. France* : l'accès à ces techniques étant subordonné à l'existence d'un but

⁴⁹³ Notamment l'Observation générale conjointe CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

⁴⁹⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Rapport sur la France, 2014 ; Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, janvier 2017 ; Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés du Conseil de l'Europe, Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés, SG/Inf(2017) ; Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur la protection des enfants migrants (2018/2666(RSP)).

⁴⁹⁵ Voir *supra*.

⁴⁹⁶ Cour EDH, 22 juillet 2021, *M.D. et A.D. c. France*, req. n° 57035/18, para.63.

⁴⁹⁷ Décision n° 2018-148, préc. et Décision n° 2017-118, préc.

⁴⁹⁸ Cour EDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07 et 60800/08 ; Cour EDH, G. Ch., 20 octobre 2016, *Muršić c. Croatie*, req. n° 7334/13.

⁴⁹⁹ Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), CPT/Inf (2015) 44, *Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires : Normes du CPT*.

⁵⁰⁰ Cour EDH, G. Ch., *Muršić c. Croatie*, préc., para. 113.

⁵⁰¹ Décision n° 2018-148, préc. : « [s]i la différence de missions assignées à la Cour et au Comité ne fait aucun doute, l'objectif de protection des droits fondamentaux est le même et devrait conduire à l'adoption de règles identiques au sein du Conseil de l'Europe. Il en va du respect du principe de sécurité juridique, que la Cour a reconnu comme étant "nécessairement inhérent au droit de la Convention". »

⁵⁰² Voir notamment Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, adoptées par la Commission durant la 13^{ème} session ordinaire, du 3 au 14 mars 2008, spécialement le principe XVII.

⁵⁰³ Décision n° 2017-184, préc.

thérapeutique, il n'est de fait autorisé qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des couples de même sexe⁵⁰⁴. Néanmoins, l'autorité rappelle également la jurisprudence constante de la Cour EDH concernant l'interprétation des dispositions conventionnelles à la lumière des conditions de vie actuelles, lesquelles « ont considérablement évoluées depuis le rendu de cet arrêt notamment avec l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »⁵⁰⁵. Le Défenseur des droits fait alors appel à une méthode d'interprétation bien connue du juge européen, l'interprétation consensuelle, soulignant l'isolement de la législation française sur ce point. L'objectif affiché est bien de conduire la Cour EDH à réduire la marge d'appréciation concédée à la France, entraînant ainsi un constat de violation et la nécessité d'une révision de la législation pertinente. A nouveau, les observations du Défenseur des droits n'ont sur ce point pas été suivi d'effet à Strasbourg, la requête ayant en l'espèce été déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes⁵⁰⁶.

* * *

Si les observations du Défenseur des droits constituent sans aucun doute des sources d'informations précieuses pour la Cour EDH – comme en témoigne leur évocation régulière dans la motivation des arrêts – le bilan semble plus contrasté concernant leur incidence sur l'évolution du standard de protection offert par le juge européen. Faut-il y voir un lien quelconque avec l'absence d'intervention devant la juridiction depuis mars 2019 ? Il convient en toute hypothèse, pour évaluer la portée de ce mode d'action, de le replacer dans le contexte global de l'activité du Défenseur des droits – dont les interventions ne sont qu'une composante – mais aussi des autres organes nationaux de protection des droits. L'exemple de l'accès de la PMA aux couples de femmes, finalement ouvert par le législateur dans la loi bioéthique⁵⁰⁷, en témoigne : la synergie des acteurs et des méthodes favorise (parfois) la progression des droits.

⁵⁰⁴ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req n° 25951/07, para.63.

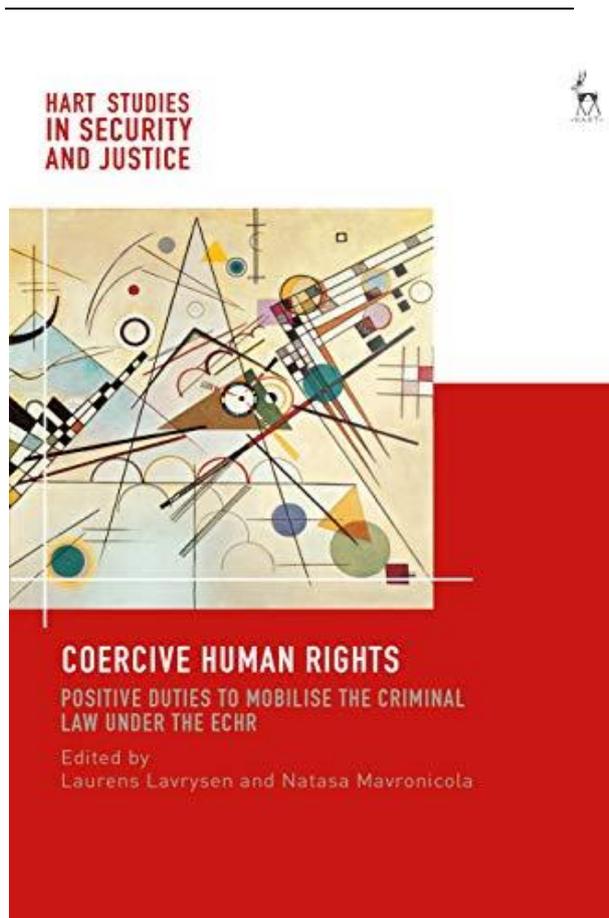
⁵⁰⁵ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req n° 5856/72, para.31.

⁵⁰⁶ Cour EDH, déc., 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, req. n° 22612/15.

⁵⁰⁷ Art. L. 2141-2 modifié par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

**RECENSION |
BOOK REVIEW**

Coercive Human Rights – Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the European Convention of Human Rights, Laurens Lavrysen, Natasa Mavronicola (eds), Hart Publishing, 2020, 328 p., ISBN: 978-1-5099-2787-5



That the judgments of the ECtHR have had a significant impact in the field of criminal law is beyond any doubt. They have contributed to the abolition of the death penalty, the safeguarding of prisoners' rights, the prohibition of whole life imprisonment without any prospect of release, the decriminalization of homosexuality and the protection of freedom of expression. The Court has made it abundantly clear that the Convention sets limits to the power of the states to design their penal policy, not least in respect of criminalization and punishment. However, the relationship between penal policy and human rights still gives rise to complex questions and the volume reviewed here explores the questions arising in respect of one key dimension of this relationship, the European Court of Human Rights' 'coercive human rights doctrine', in a truly remarkable way.

The two editors, L. Lavrysen and N. Mavronicola, have involved an impressive number of authors specialized in human rights and criminal law, with the aim of providing the reader and the academic community with “the basis for a meaningful re-assessment of the doctrine of coercive human rights and critical discourses surrounding it”. (16) The discussion, structured around 13 chapters, starts by reviewing the impact of the ECHR in the area of criminal and penal law. The contributing authors examine, through a thorough presentation of the case law of the ECtHR, how the coercive duties developed by the ECtHR serve to make the Convention rights and freedoms practical and effective, instead of theoretical and illusory. While the Court does not require states to prevent every risk of ill-treatment from materializing or to criminalize every human rights violation, it recognizes a series of diverse positive obligations under the Convention, ranging from the obligation to criminalize certain acts to the obligation to provide

redress for human rights violations and the obligation to protect individuals from harm under certain circumstances.

These ‘coercive duties’ raise “a whole range of challenges that go to the heart of the purpose and function of human rights law”. One of the themes of the book is, therefore, the possible tension between the human rights of the (potential) victims and those of suspects and defendants; the question of the balance between the protection of individuals against arbitrary interference by public authorities and the margin of appreciation that the domestic authorities enjoy in designing their penal policy; the question of the limitation of criminal law from the perspective of the victims’ human rights; and the risks of mobilizing the criminal law through the coercive human rights doctrine.

Another important question examined in the book is that of the extensive coercive reach of the ECtHR and especially the risk of ‘coercive overreach’. Indeed, the ECtHR has often been criticized for not setting proper limits to the duty to prosecute and punish and for becoming a machine that encourages criminal inflation. This phenomenon, that no one can deny, is associated to the will of national authorities to “instrumentalize” the Court’s case law so as to serve national political agendas based on security. On this topic, the book provides the reader with a most enlightening analysis.

The volume is divided in four parts preceded by an introduction by the two editors (**Chapter 1**) that analyses key concepts that are necessary for the understanding and further analysis of the evolution of the ECtHR’s coercive human rights doctrine. The four parts of the volume explore the following issues: the contours of the Court’s reasoning (**Part I**); the interests and needs of (potential) victims of human rights violations (**Part II**); the most pressing challenges raised by, and for, the ECtHR’s coercive duties doctrine (**Part III**); and under-explored aspects of the doctrine and the doctrine’s implications (**Part IV**).

Part I, entitled *Key Threads in ECtHR Doctrine*, analyses the development of States’ obligations under the European Convention and the ECtHR’s tendency to develop its case law in the field of criminal law incrementally. In Chapter 2, Laurens Lavrysen examines the development of the positive obligation doctrine in the field of criminal law and concludes that “there is no-clear cut distinction between substance and procedure in the Court’s positive obligations case law”. (31) For the author, “the obligation to criminalize and the obligation to punish thus interrelate in the same way that the overarching categories of substantive and procedural positive obligations, in which they are embedded, do”. (32) In Chapter 3, Paul Lemmens and Marie Courtoy analyse how “prevention may be achieved through the deterrent effect of criminal law”. (66) They argue that States should provide a law-enforcement machinery that can ensure that the substantive criminal-law rules produce practical effects. (57)

Part II, entitled *Perspective on Victims’ Protection and Redress*, focuses on the particular needs and vulnerabilities of (potential) victims of human rights violations. In Chapter 4, Alina Balta analyses the substantive and procedural obligations of states

under the ECtHR case law, scrutinizing their implications for victims especially in the field of reparations. The author argues that the retributive responses of the victim are seen as a precondition for “the restoration of social standing and worth of victims, and the restoration of shared values”. (87) Not dissimilarly, Corina Heri considers in Chapter 5 the vulnerability of the victims as another key element that should be taken into consideration by the Court in its judgments. In Chapter 6, Stephanos Stavros analyses one of the most burning contemporary issues affecting the very existence of our ‘democratic societies’, that of the spread of hate speech. In his opinion, the ECtHR has adopted a balanced approach to cases concerning the criminal mobilization against hate speech and concludes that the ECtHR “has resisted (till now) the temptation of applying Article 17 too widely, has preferred internal to external sources when looking for support for its interpretational choices and has even called, in obiter, for restraint in the use of criminal law”. (123)

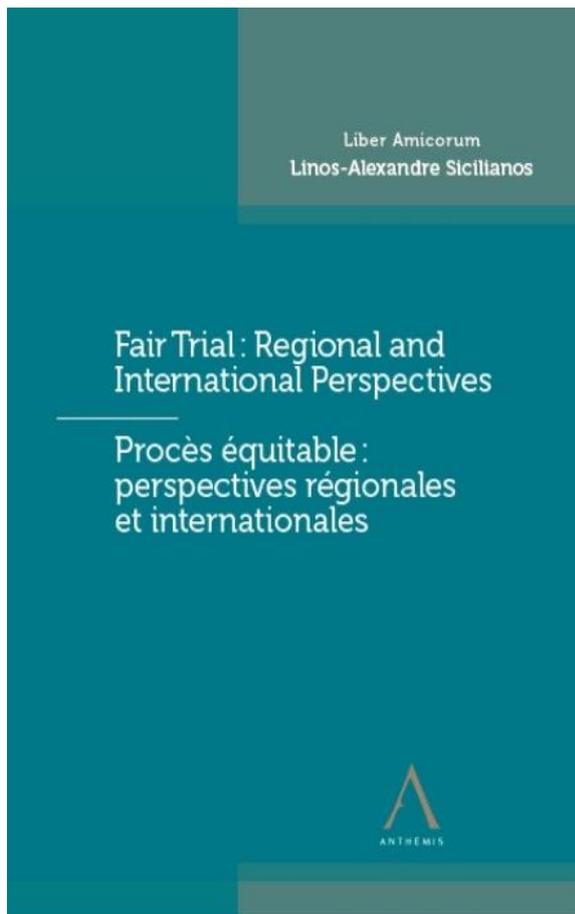
Part III, entitled *Critical Reflections: Theory, Impact, Limitations*, considers the challenges for the coercive human rights doctrine and provides a well-grounded analysis of its effects on theory, that of both human rights and that of criminal law. In Chapter 7, Nina Peršak argues that the ECtHR tries to provoke an ‘effective deterrence’ effect. In her opinion, “the Court applies and stretches positive obligations of the state to include the criminalization of certain conduct”. (150) This entails in some cases the potentially undue expansion of criminal law. In this connection, Mattia Pinto analyses in Chapter 8 the effect of the ECtHR case law on domestic law and develops the idea that the Court’s case law has fostered a ‘culture of conviction’ at the domestic level. (162) Using the Modern Slavery Act (MSA), adopted in England and Wales in 2015, as a case study, the author illustrates how domestic authorities may appropriate the language of coercive human rights to foster and legitimize penal expansion. In Chapter 9, Natasa Mavronicola unpacks three key dangers that the ECtHR’s coercive human rights doctrine gives rise to: coercive overreach, dilution, and diversion. In the author’s opinion, the danger of coercive overreach relates to the potentially excessive reach of the Court’s demands of criminalization and punishment. (184) The danger of dilution is associated to the narrowing of human rights protections when refracted through a criminal lens (192) and the danger of diversion to the way in which the Court diagnoses and seeks to cure, and prospectively to curb, violations of fundamental human rights and their causes. (198) Finally, Chapters 10 and 11, by Vladislava Stoyanova and Brice Dickson, offer a more concrete illustration on how the coercive human rights doctrine can create complex challenges in the context of immigration and transitional justice respectively.

Part IV of this volume, entitled *Uncharted Waters for the ECtHR’s Coercive Duties Doctrine*, focuses on the risk of an ‘coercive overreach’ that can potentially threaten the space of individual freedoms. In order to illustrate this idea, Liora Lazarus analyses the context that contributed to the adoption of the UK Modern Slavery Act (Chapter 12) and Kelly M. Pitcher discusses Dutch law and practice regarding unlawfully obtained evidence in the pre-trial phase of criminal proceedings (Chapter 13).

Overall, this volume demonstrates, in a holistic way, how coercive human rights duties have inevitably generated tensions with some of the more ‘orthodox’ concerns of human

rights law, which has so far mostly focused on protecting of defendants against abuses in the criminal justice system. It also offers a solid basis from which to reappraise concrete developments related to the criminal law (enforcement) tools that are capable of affording effective redress for human rights violations and determine individual criminal liability.

Procès équitable: perspectives régionales et internationales / Fair Trial: Regional and International Perspectives - Liber amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Anthemis, 2021, 772 p., ISBN: 978-2-8072-0704-2



Le présent *Liber Amicorum*, intitulé *Procès équitable : perspectives régionales et internationale*, d'un volume de 767 pages, édité par Robert Spano, Iulia Motoc, Branko Lubarda, Paulo Pinto de Albuquerque et Marialena Tsirli, rend hommage à l'exceptionnel parcours du président Linos-Alexandre Sicilianos au sein de la justice internationale en permettant au lecteur de découvrir la richesse de son œuvre juridique et académique à travers une série d'études approfondies. Elu par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 5 octobre 2010, Linos-Alexandre Sicilianos a servi la Cour européenne des droits de l'homme entre 2011 et 2020, d'abord comme juge, puis comme Président de Section et Vice-Président de la Cour. Le 1^{er} avril 2019 il a été élu Président de la Cour, fonction qu'il a exercée jusqu'en mars 2021.

Le sujet sélectionné pour ce recueil est l'un des terrains de prédilection du Président Sicilianos, qu'il a contribué à développer. Sa position innovante, telle qu'exposée dans son opinion concordante sous l'arrêt *Baka c. Hongrie*, au sujet de la nécessité de reconnaître un droit subjectif et autonome aux juges eux-mêmes afin de renforcer leur indépendance n'en constitue qu'un exemple, entre plusieurs autres, de sa contribution indéniable aux débats sur le développement des droits de l'homme et sur l'avenir de la jurisprudence de la Cour EDH.

Loin de constituer exclusivement une célébration de l'excellent parcours du juge Linos-Alexandre Sicilianos, ce recueil d'essais propose au lecteur de suivre la trajectoire de l'évolution des exigences conventionnelles au sujet de la bonne administration de la justice, de la protection juridictionnelle effective des justiciables et, dans une perspective plus générale, de la sauvegarde du patrimoine constitutionnel européen. L'article 6§1 de

la CEDH consacre le droit d'accès à un juge indépendant et impartial, et donc à un tribunal. Cette condition est le préambule du procès équitable, c'est-à-dire d'un procès public qui respecte une série de principes, tels que le contradictoire, l'égalité des armes, le principe de motivation et les droits de la défense. Il suffit pour le lecteur de survoler les intitulés des 52 études publiées dans ce recueil pour comprendre le rôle stratégique joué par la CourEDH pour renforcer le rôle de l'autorité judiciaire en droit interne, pour améliorer le fonctionnement des appareils judiciaires internes et pour amorcer une étape décisive et importante pour l'émancipation du judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. En effet, la CouEDH a progressivement développé autour de l'article 6 un contentieux aussi riche que foisonnant en « formalisant à un moment crucial de notre histoire les faisceaux de ce procès équitable apparus auparavant, semble-t-il depuis le XVI^e siècle » (J.-M. Sorel, *Faut-il faire le procès du procès équitable ?*, p. 573 et suiv.).

Plusieurs contributions démontrent comment l'article 6 a fonctionné en tant que bouclier protecteur des droits subjectifs des justiciables. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est utile de mentionner, à titre d'illustration, la contribution du Jean-Paul Costa sur la notion de « tribunal établi par la loi » qui doit, selon l'auteur, être nettement dissociée de la notion du tribunal indépendant et celle du tribunal impartial (*Qu'est-ce qu'un tribunal établi par la loi*, p. 101 et suiv.); celle d'Afroditi Gkagkatsi sur l'interdépendance grandissante entre le « volet pénal » et le « volet civil » des garanties inscrites dans l'article 6.1 de la Convention (*The Interplay Between the Civil and Criminal Limb of Article 6 of the Convention in the Court's Case Law*, p. 229 et suiv.); celle d'Angelika Nußberger au sujet de la responsabilité morale de la CourEDH pour renforcer le rayonnement de la jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention en droit interne (*Second-hand Justice and Rule of Law*, p. 350 et suiv.); ou celle de Maria-Andriani Kostopoulou qui se sert de la Convention de Lazarote et de la Convention d'Istanbul pour démontrer l'importance accordée par la Cour EDH à la protection des enfants et des mineurs lors des procédures judiciaires nationales (*Right to a Fair Trial in Cases Concerning Sexual Offences Against Children : How to Balance the Rights of the Defense and Those of Victims ?*, p. 281 et suiv.).

Pour certains auteurs cependant les garanties offertes au titre de l'article 6 de la Convention, loin d'être d'une pureté absolue, sont encore perfectibles. La CourEDH pourrait développer davantage sa jurisprudence pour qu'elle puisse jouer le rôle qui lui est attribué par le texte. Dans sa contribution, intitulé « *'Children of a Lesser God' : Migrants and Refugees under the European Convention on Human Rights* » (p. 427 et suiv.), Paulo Pinto De Albuquerque met l'accent sur la nécessité d'actualiser la jurisprudence de la Cour EDH afin de protéger les migrants contre des politiques nationales qui favorisent les impératifs liés à la sécurité au détriment de la protection des droits de l'homme. Dans la même logique, Niki Aloupi développe les limites de l'applicabilité indirecte ou par imprégnation de l'article 6 aux procédures juridictionnelles nationales de demande d'asile (*Quel 'procès équitable' pour les demandeurs d'asile ?*, p. 41 et suiv.); alors que Patrick Wachsmann plaide pour un élargissement du champ d'application de l'article 6 au « contentieux portant sur les aspects les plus caractéristiques de l'exercice de la puissance publique » en

conditionnant l'existence d'une société démocratique, fondée sur le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, à la garantie complète du droit à un procès équitable (*Le droit à un procès équitable, élément indispensable de la société démocratique*, p. 723 et suiv.).

La CourEDH elle-même n'est pas épargnée de cette nécessité de rafraîchissement. Certains auteurs associés à cet ouvrage collectif estiment que sa propre pratique judiciaire mériterait d'être perfectionnée afin d'éviter les doubles standards. Tel est, par exemple, la vision de Pere Pastor Vilanova qui souligne que les exigences du procès équitable devant la Cour EDH sont moins strictes que celles visant les autorités nationales (*Le juge européen est-il tenu par les règles du procès équitable ?*, p. 391 et suiv.). Dans le même esprit, Georges Ravarani souligne également les défaillances procédurales au niveau de la Cour EDH en identifiant leurs causes à des contraintes pratiques (*The Fairness of Proceedings Before the European Court of Human Rights*, p. 453 et suiv.).

En dehors des aménagements intra-institutionnels proposés, ce volume met en exergue le rayonnement de la jurisprudence de la CourEDH au-delà du système européen de protection des droits de l'homme. Les garanties prévues par l'article 6 n'ont pas été sans incidence sur l'office de la Cour de justice de l'Union européenne. Au contraire, elles ont constitué une épée qui a servi récemment pour lutter contre le recul de l'état du droit dans certains États de l'Union européenne. Sur ce point, Denys Simon souligne que « la consécration de l'unité des fondements du droit à un 'procès équitable' résulte davantage d'un saut qualitatif plus récent, qui a érigé la protection juridictionnelle effective en composante déterminante de l'Etat du droit » (*Procès équitable et « Etat de droit » : du standard à la norme dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, p. 559 et suiv., spéc. p. 561), alors que Koen Lenaerts met l'accent sur la double dimension de l'indépendance des juges en droit de l'Union européenne (*The Two Dimensions of Judicial Independence in the EU Legal Order*, p. 333). La contribution de Michail Vilaras s'inscrit dans la même perspective. L'auteur examine le processus de sécurisation des « valeurs de l'Union européenne » inscrites dans l'article 2 TUE traités et la politique menée par la Cour de justice pour défendre l'indépendance de la justice et de l'Etat du droit dans les ordres juridiques nationaux en dressant un bilan plutôt positif de l'action menée par les institutions européennes (*The Rule of Law Milestone : Upholding Judicial Independence in the Member States under Union Law*, p. 709 et suiv.).

Last but not least, nous ne pouvons que nous réjouir du choix effectué de consacrer ce volume autour d'une question précise, celle du procès équitable, en offrant ainsi aux lecteurs de quoi alimenter leur réflexion sur une question d'actualité tout en permettant aux plus exigeants d'entre eux de voir l'invisible que les apparences ne peuvent pas toujours expliquer.

Bonne lecture !

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

Pailler Ludovic, La délimitation de l'effet spatial des règles de droit par les droits fondamentaux	168
Tharaud Delphine, Plaidoyer pour un meilleur accueil par la Cour européenne des droits de l'homme des requêtes fondées sur le défaut d'accessibilité	185

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES LE PACTE SUR LA MIGRATION ET L'ASILE

Haguenau-Moizard Catherine, Propos introductifs	200
Gazin Fabienne, Le Pacte sur la migration et l'asile met-il le droit d'asile en péril?	207
Stoppioni Edoardo, Une solidarité dévoyée: réflexions sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile	219
Rondu Julie, Le maintien à l'écart du territoire de l'Union, fil rouge du Pacte sur la migration et l'asile	230
Martin Anaëlle, La réception polonaise du nouveau Pacte sur la migration et l'asile: pataphysique des mœurs	239

FOCUS

Palanco Alexandre, Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme	251
--	-----

RECENSION | BOOK REVIEW

Coercive Human Rights – Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the European Convention of Human Rights	268
Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Procès équitable: perspectives régionales et internationale	272