
Le confinement des droits humains au XXI^e siècle dans l'espace de justice européen

Laurence Sinopoli

Confrontée à l'idée de « justice spatiale » au XXI^e siècle, je souhaiterais partager une vision funeste de l'évolution des « droits humains »¹. Cette expression entend recouvrir les droits de l'homme et les droits et libertés fondamentaux. De toute part, se développent des raisonnements juridiques, plus ou moins rigoureux, par lesquels est justifiée la négation de certaines garanties à certains individus, notamment aux migrants. Alors que le foisonnement de normes en matière de protection des droits humains aurait pu laisser croire que toute personne entrant dans le champ d'application de l'une de ces garanties, l'on constate un effort tout aussi foisonnant pour les en exclure. Précisons d'emblée que notre propos ne consiste pas à décrire un écart entre les « devoir-être » contenus dans ces normes juridiques et la réalité de leur application dans les faits. L'objet est ici de mettre en lumière l'existence, au sein même des dispositifs juridiques, de processus visant à écarter l'applicabilité de ces normes ou à en diminuer sérieusement la portée. Pour le dire autrement, il s'agit d'explicitier en quoi la proclamation des droits humains dans des instruments ayant pourtant une portée juridique dite contraignante – et non pas seulement politique – ne constitue pas un vecteur de protection des personnes en danger. Loin de limiter les injustices, l'utilisation de ces normes pourrait même parfois les renforcer.

La seconde moitié du XX^e siècle a vu naître et se développer de nombreux systèmes de protection des droits humains qui avaient comme atout de s'insinuer dans les relations entre les personnes privées et leur État. En quelque sorte, lier les États par des instruments garantissant des droits à leurs sujets revenait à limiter la souveraineté des premiers au profit des seconds. Ainsi, sous l'égide des Nations unies, deux traités ont été conclus le 19 décembre 1966, le pacte relatif aux droits civils et politiques et le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces traités internationaux à vocation mondiale sont entrés en vigueur dans les ordres juridiques étatiques des États qui les ont ratifiés. Parallèlement, des instruments à vocation régionale ont été élaborés et nous nous limiterons ici à l'espace européen.

Au sein du Conseil de l'Europe figure ainsi notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. À cette convention, plusieurs protocoles ont été ajoutés dans lesquels des garanties supplémentaires ont été prévues ou par lesquels est révisée la procédure de mise en œuvre de ces garanties. Ce traité international prévoit notamment la possibilité de présenter devant la Cour européenne des droits de l'homme, composée de juges provenant des différents États parties, une requête tendant à démontrer la violation de la Convention par un État partie. Le cas échéant, la condamnation est assortie d'une mesure de réparation. Cette procédure se révèle être une sorte de marqueur des politiques étatiques et, parfois, un vecteur de réformes lorsque les condamnations s'accompagnent d'une mobilisation sur le plan national. Les proclamations des droits humains ne sont pas auto-prophétiques ; elles servent de base à des mobilisations diversement

1. Article rédigé en mai 2018, avant la fermeture des ports par l'Italie.

couronnées de succès². Le droit est en effet ici appréhendé non comme un ensemble de normes édictant des commandements, mais comme un ensemble de dispositifs qui permet aux différents acteurs de la société de questionner leur situation, leur pouvoir, leurs liens et échanges (Serverin, 2000, s'appuyant notamment sur Weber). Les normes relatives aux droits humains nous semblent susceptibles de traduire des espaces dans lesquels une forme de justice est « mise en mots » par le droit. Le terme « espace » évoque la délimitation de l'applicabilité de telle ou telle norme ; il met également en relief l'aspect dynamique de ces normes qui servent à orienter les actions et constituent des transversales entre différents groupes sociaux. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme opère un rapprochement entre les États parties à l'échelle européenne (47 États comprenant la Russie et la Turquie). Parmi ces États, certains ont constitué la Communauté économique européenne depuis 1957, devenue « Union européenne » (aujourd'hui 28 États membres). Ces organisations supranationales créent des « espaces européens » dont l'articulation est une source de complexité qui sera analysée ci-après, l'Union européenne ayant développé son propre corpus de droits humains comme en témoigne sa Charte des droits fondamentaux (Bergé, Robin-Olivier, 2011). En outre, depuis le traité d'Amsterdam de 1997, l'Union prône la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». En conséquence, il existe des espaces supranationaux qui se chevauchent et intègrent partiellement les espaces de pouvoir plus anciens que sont les ordres juridiques nationaux.

Nous nous interrogeons ici sur les tensions que révèlent les limites des droits humains, lesquelles sont posées par des normes qui ne sont ni absolues ni inconditionnelles. Plus précisément, il s'agit de se demander si les situations où ces normes se révèlent inaptes à créer « un espace de justice » ne broient pas une partie de leurs objectifs. En effet, la formulation des droits humains a une dimension universaliste en conférant des droits, des garanties ou une protection à « chacun ». Pourtant, cette dimension universaliste n'est pas effective et passe largement par les espaces juridiques nationaux. Or, dans un contexte mondialisé, les espaces de pouvoirs supranationaux absorbent une partie des compétences étatiques. En dépit du foisonnement de conventions internationales à dimension mondiale conférant de tels droits, les espaces de pouvoirs qui dénotent la mondialisation semblent échapper à leur application. Paradoxalement, les traités internationaux sur les droits humains ont ainsi vocation à franchir les frontières de la souveraineté étatique pour protéger les différentes composantes des peuples, mais ils se révèlent inaptes à servir de base à une discussion sur la justice dans un monde globalisé. L'internationalité de la source de l'instrument juridique ne s'accompagnerait pas d'une aptitude à saisir des objets transnationaux, des relations qui dépassent les frontières d'un État (M. Delmas-Marty, 2013).

Lorsque la relation visée n'est pas simplement celle entre un sujet et un État signataire d'un traité garantissant des droits humains, elle met en cause soit plusieurs États, soit des organisations supranationales. Or, dans ces espaces où se nouent des liens juridiques, la justice des droits humains telle qu'elle a été pensée aux siècles précédents semble s'évanouir. Cela s'explique à première vue aisément : les déplacements de pouvoir vers des organisations supranationales traduisent une diminution du pouvoir des États. Dans la mesure où les normes internationales sur les droits humains ont d'abord visé les rapports des personnes privées avec

2. Voir par exemple la référence aux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme au soutien des amendements n° 797, 160, 581, 583, 584, 950 et 806 au projet de loi pour un immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, visant à interdire le placement des mineurs en rétention à l'Assemblée Nationale le 21 avril 2018 rejetés (<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2017-2018/20180203.asp - P1250327>).

les États, le développement d'espaces de pouvoir n'épousant pas les formes de l'État créerait inéluctablement un affaiblissement de l'effectivité de ces normes.

Par ailleurs, dès lors que la personne visée se situe en dehors des frontières des espaces européens, notamment si elle migre, l'applicabilité des droits humains est réduite. À cet égard, la situation juridique des réfugiés est alarmante, à tel point que, comme le souligne Danièle Lochak (2017), le parallèle entre les années précédant la Seconde Guerre mondiale et la période actuelle « s'impose ».

« Si l'évocation du passé raisonne étrangement au point d'avoir le sentiment que l'histoire bégaie, on peut malgré tout s'en étonner. Car entre les années 1930 et aujourd'hui une mutation fondamentale s'est produite, avec la décision de placer les droits de l'homme en général et le droit d'asile en particulier, sous la protection de la communauté internationale ; et si les États étaient libres, hier, d'agir à leur guise, ils sont aujourd'hui théoriquement tenus par les obligations qu'ils ont souscrites ».

Les droits humains tels qu'ils sont garantis aujourd'hui n'offrent donc pas la protection attendue. L'« anomalie apparente » dénoncée par l'auteure ensuite est au cœur de la réflexion qui consiste à montrer comment les États ou organisations supranationales assoient leur refus d'appliquer ces garanties sur des outils juridiques. Ils fabriquent ainsi des espaces au sein desquels ces garanties sont inapplicables, où, plus précisément, la responsabilité de l'application de ces garanties ne reviendrait ni aux États ni aux organisations supranationales. Ces outils créent des « forces centripètes » qui excluent les migrants de la protection des droits humains. L'illustration la plus flagrante se loge dans l'externalisation des frontières de l'Union européenne, qui traduit la mise à distance des personnes migrantes et préside à l'inapplicabilité des droits.

Plus fondamentalement, ces dénis de droits ne traduisent-ils pas une perte de légitimité des ordres juridiques, dans la mesure où ces ordres définissent eux-mêmes leur légitimité au regard de la protection des droits humains ? En effet, certains États ou organisations supranationales font de la sauvegarde des droits humains un marqueur de la société démocratique³, de sorte que les contradictions affectent non seulement les normes les protégeant mais également la légitimité de ces ordres juridiques⁴. Nous tenterons d'adopter autant que possible une perspective positiviste. Il ne s'agit pas d'une justice immanente qui viendrait légitimer les ordres juridiques. Nous prenons simplement les ordres juridiques « au mot » pour constater comment ils comportent en eux-mêmes une annihilation de leur fondement. En d'autres termes, on constate que substituer les normes juridiques aux droits naturels a permis de transformer un discours : au lieu de « crier justice » on pourrait aujourd'hui « crier droits ». Il n'empêche que l'on continue de crier dans le vide.

Cette inapplicabilité des droits humains est manifeste dans deux situations de nature différente qui peuvent d'ailleurs se combiner. D'une part, comme nous l'avons déjà évoqué, l'Europe est ornée de deux espaces juridiques. Or, aux interstices entre le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, l'application des droits humains se révèle particulièrement affaiblie (I.). D'autre part, le champ des garanties soi-disant universel se heurte aux frontières des espaces. Aussi, les migrations vers l'Europe constituent-elles une mise à l'épreuve des droits humains (II.).

3. Voir le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme.

4. Pour conserver une métaphore spatiale, on pourrait parler d'un État de droit disloqué, sur lequel voir par exemple : GISTI, *Faillite de l'État de droit ? L'étranger comme symptôme*, coll. « Penser l'immigration autrement », 2017.

L'affaiblissement des droits humains dans les interstices des espaces européens

La superposition des deux espaces juridiques que constituent, d'une part, le Conseil de l'Europe, et d'autre part, l'Union européenne, a conduit à affaiblir la portée de droits humains. La Cour européenne des droits de l'homme a forgé une « présomption d'équivalence de protection » qui offre une « carte blanche » aux États parties lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne (Dubout, Touzé, 2010). De son côté, « l'espace de liberté, de sécurité et de justice » de l'Union européenne repose sur un mécanisme de « reconnaissance mutuelle » qui paraît inconciliable avec la Convention européenne des droits de l'homme.

La superposition de deux espaces juridiques

L'après Seconde Guerre mondiale sur le continent européen a donné lieu à la construction de plusieurs organisations dont deux retiennent notre attention, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe (Bergé, Robin-Olivier, 2011). S'agissant du Conseil de l'Europe, les États signent la Convention de 1950 en la plaçant au fondement de leur « régime politique véritablement démocratique » comme le signale son préambule. Plus que dans les droits humains déclarés, l'atout majeur de la Convention européenne des droits de l'homme, négociée au sein du Conseil de l'Europe, repose sur l'accès inédit à un mécanisme de règlement des différends pour les personnes privées dans les espaces supranationaux. Elles peuvent saisir la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre de l'État auquel elles imputent une violation des garanties (Renucci, 2017 ; Sudre, 2016). Plus d'un demi-siècle et des centaines de condamnations des États parties par la Cour européenne des droits de l'homme après, le lien entre protection des droits humains et régime politique démocratique laisse apparaître des tensions. L'émergence d'espaces de justice supranationaux, qui confèrent l'interprétation de la Convention à une poignée de juges, devient en effet elle-même source d'interrogation sur les régimes politiques des États européens. Cette mise en doute se comprend d'autant mieux à la lumière de l'importance de la création de l'autre espace européen, à savoir l'Union européenne.

Sans revenir sur la construction de l'Union européenne, il s'agit simplement de rappeler que de nombreux champs du politique ressortissent désormais de sa compétence exclusive ou de sa compétence partagée avec les États membres. Loin d'être cantonné au domaine économique, le droit de l'Union englobe, notamment depuis le traité d'Amsterdam, des pans entiers des relations sociales. Par exemple, la citoyenneté européenne et l'espace de liberté, de sécurité et de justice figurent aujourd'hui aux articles 20 et suivants et 67 et suivants du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dès les années 1970, cette transformation de la sphère de pouvoir des États membres a suscité des interrogations sur la place des droits humains⁵ au sein de cet espace juridique, dont la Cour de justice s'attache à défendre l'autonomie et la spécificité (Bergé, Robin-Olivier, 2011). Notamment, l'effet direct du droit européen dans les ordres juridiques des États membres lui a donné une place prépondérante.

Dans la mesure où un vaste domaine des politiques étatiques relevait du droit de l'Union, ne fallait-il pas que les droits humains que les États s'étaient engagés à mettre en œuvre et sur lesquels ils avaient fondé leur ordre juridique, réapparaissent dans cet espace ? C'est ainsi que la Cour de justice a introduit les droits fondamentaux sous couvert des « principes généraux du

5. Voir historiquement la décision de Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974 (Solange I) et récemment sur une question posée par la Cour constitutionnelle italienne, la réponse de la CJUE (Mehdi, 2018).

droit » en se référant notamment à la Convention européenne des droits de l'homme⁶. Sans pouvoir revenir sur toutes les étapes de cette évolution, nous passerons directement à l'état du droit actuel résultant du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. Trois entrées des droits humains s'y trouvent. En premier lieu, l'article 6 du traité sur l'Union européenne réitère l'attachement de l'Union aux droits fondamentaux. En deuxième lieu, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne figure désormais dans le texte des traités et en a acquis la même force juridique. En troisième lieu, le traité sur l'Union européenne prévoit une adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme.

Pourtant, on ne peut guère considérer que l'Union ait ainsi doté l'espace juridique européen d'un outil améliorant l'effectivité des droits humains. En effet, d'abord, le système de contrôle exercé par les deux Cours (Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne) est conçu différemment. En effet, la victime d'une violation des droits humains par un État membre n'a pas la possibilité d'agir directement devant une juridiction supranationale sur le fondement du droit de l'Union pour engager la responsabilité de cet État. Ensuite, l'appropriation de l'interprétation des droits humains par la Cour de justice de l'Union européenne en référence à la Charte des droits fondamentaux plutôt qu'à la Convention européenne des droits de l'homme met en exergue une sorte de lissage des droits humains. Ceux-ci sont, au mieux, placés sur un pied d'égalité, si ce n'est en position d'infériorité, à l'égard des autres principes cardinaux du droit de l'Union et notamment de son effectivité (voir notamment CJUE 26 févr. 2013, *Melloni*, C-399/11). Enfin, dans l'avis 2/13 du 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne s'est fondée sur les points d'achoppement entre le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme pour exclure l'adhésion de l'Union à la Convention. Afin de sauvegarder la primauté du droit de l'Union et la spécificité des relations devant présider entre les États membres, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment affirmé que :

« lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible [...], sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union » (§ 192).

Ainsi, les interstices entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne marquent un affaiblissement de l'effectivité des droits humains en dépit d'un redoublement des textes. Le développement d'un corpus de droits humains propres à l'Union, interprétés sous le prisme d'autres principes, procède davantage d'un repli de l'espace de l'Union européenne. L'impasse dans laquelle se trouve le processus de son adhésion à la Convention européenne qui entraîne l'impossibilité de mettre en œuvre le traité de Lisbonne en constitue une illustration flagrante. L'affaiblissement de l'effectivité des droits humains apparaît également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La « présomption d'équivalence de protection », une carte blanche pour le droit de l'Union ?

Un certain nombre d'affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme concerne des actes des États qui constituent l'application pure et simple du droit de l'Union (Domenach, 2008). Or, suivant l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme,

6. CJCE, 17 déc. 1970, C-11/70 en se référant aux traditions constitutionnelles des États membres ; puis à des traités tels que la convention européenne des droits de l'homme, CJCE, 14 mai 1974, C- 4/73.

les États parties garantissent les droits et libertés définis par la Convention « à toute les personnes relevant de leur juridiction ». Ce dernier terme dérivant de l'anglais *jurisdiction* signifie non pas tribunal mais compétence ou autorité. La situation régie par le droit de l'Union relève-t-elle de la compétence des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme ? Une réponse affirmative mettrait les États parties à la Convention et à la fois membres de l'Union dans une situation particulièrement délicate de risque d'obligations inconciliables. À l'inverse, répondre par la négative exclurait du champ de la Convention européenne des droits de l'homme un pan entier de l'activité des États parties, puisque tout acte qui résulterait du droit de l'Union échapperait à son application. En somme, le transfert de pouvoirs des États à l'Union s'accompagnerait d'une perte de contrôle de l'exercice de ces pouvoirs au regard des droits humains par la Cour de Strasbourg.

C'est une voie médiane que cette Cour a construit pour ne pas placer les États dans une situation d'obligations potentiellement inconciliables ou de blanc-seing total lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit de l'Union (CEDH [grande chambre], 30 juin 2005, *Bosphorus... c/ Irlande*, req. n° 45036/98) (De Schutter, 2013). Mais la voie médiane, signe de compromis, ne rime pas nécessairement avec ce que l'on pouvait attendre d'un espace de justice censé placer les droits humains en priorité. Lorsque les États agissent en vertu du droit de l'Union, la Cour européenne des droits de l'homme pose une « présomption d'équivalence de protection » qui limite l'impact de la Convention. Dans un arrêt ultérieur, après avoir rappelé que les transferts de souveraineté des États vers une organisation internationale ne font pas obstacle à l'application de la Convention, elle tempère immédiatement :

« une mesure prise en exécution de telles obligations doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente – c'est-à-dire non pas identique mais « comparable » – à celle assurée par la Convention (étant entendu qu'un constat de « protection équivalente » de ce type n'est pas définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux). Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer que les États respectent les exigences de la Convention lorsqu'ils ne font qu'exécuter des obligations juridiques résultant de leur adhésion à l'organisation » (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, req. n° 12323/11, § 103).

La présomption de protection équivalente atténue les effets de la Convention européenne des droits de l'homme pour la part d'activité des États membres qui découle du droit de l'Union. La coopération en matière de justice civile pour les situations transfrontières en constitue une illustration. Lorsque cette présomption joue, il est très difficile de remettre en cause l'activité étatique devant la Cour européenne des droits de l'homme.

L'impossible conciliation de la reconnaissance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de la Convention européenne des droits de l'homme

La construction d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » entre les États membres de l'Union européenne repose notamment sur la reconnaissance mutuelle. Comme ces termes le suggèrent, les États confèrent un effet (reconnaître) aux situations juridiques telles qu'elles ont été établies dans un autre État membre, de manière réciproque (mutuellement). Ainsi, les voies procédurales, tout comme les conditions auxquelles sont reconnues ou exécutées les décisions de justice d'un autre État membre, ont été harmonisées en matière civile et commerciale ou dans

certaines domaines du droit de la famille⁷. La facilitation de la circulation des décisions d'une autorité dans l'ordre juridique d'un autre État membre va dans certaines hypothèses jusqu'à une « force exécutoire européenne », où la contrainte ultime du pouvoir étatique sera conférée à la décision étrangère.

La question qui nous intéresse ici est celle de déterminer la place laissée à l'application des droits humains dans les interstices entre espaces juridiques : que reste-t-il de la possibilité ou du devoir de subordonner la circulation des effets de la décision étrangère au respect des droits humains ? Dans la mesure où les actes d'une autorité étatique déploient leurs effets dans l'ordre juridique d'un autre État, par application du droit de l'Union, cela sème une confusion quant à la détermination du rôle de chacun dans l'application des droits humains. En témoignent les difficultés rencontrées par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle statue sur une requête à l'encontre d'un État qui a reconnu une décision étrangère. À la reconnaissance mutuelle se combine en effet la présomption de protection équivalente. Cette combinaison renvoie dos à dos les deux espaces européens dont la conciliation paraît inatteignable. L'arrêt *Avotiņš c/ Lettonie* de la Cour européenne des droits de l'homme (23 mai 2016, req. n° 17502/07) met en lumière les paradoxes de la présomption de protection équivalente qu'elle accorde au droit de l'Union européenne dans l'hypothèse de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice. Cette présomption n'est pas absolue : d'une part, elle ne joue pas systématiquement ; d'autre part, les requérants peuvent tenter de renverser la présomption en cas « d'insuffisance manifeste de protection des droits fondamentaux ».

La présomption de protection équivalente est en effet écartée (et donc le jeu normal de la convention rétabli) lorsque l'État dispose d'une marge de manœuvre dans l'application du droit dérivant de l'organisation supranationale à laquelle il a délégué une partie de ses pouvoirs, en l'occurrence, l'Union européenne. L'appréciation exercée par les autorités de l'État permet de lui imputer la situation. Dès lors, s'infiltrer sans difficulté l'applicabilité de la Convention au sens de l'article 1^{er} précité. La présomption est cantonnée aux hypothèses où le droit de l'Union ne laisse pas de marge d'appréciation à l'État membre, ce qui empêcherait ce dernier de réintroduire un contrôle des droits humains. Sur la base de cet obstacle, la Cour européenne des droits de l'homme présument que le droit de l'Union assure une protection équivalente des droits humains, justifie l'effacement du contrôle par l'État notamment lorsque, en application de la reconnaissance mutuelle, il donne effet à la décision d'un autre État. Quelle que soit la logique de ce raisonnement, elle aboutit à un résultat paradoxal sur le plan de l'application des droits humains. Se juxtaposent deux situations : une situation où la coopération prévoit le contrôle des droits humains, et qui instaure la possibilité d'un double contrôle (celui de l'État partie et celui de la Cour européenne des droits de l'homme) ; une situation où seul un contrôle strictement minimal résiste (il n'existe pas de contrôle de l'État partie et le contrôle de la Cour européenne est subordonné au renversement de la présomption de protection équivalente). Le résultat est paradoxal, car finalement ce sont les hypothèses où les contrôles des droits humains par les États sont strictement limités voire effacés que la présomption de protection équivalente jouera. En d'autres termes, la diminution de garantie des droits humains par le droit de l'Union entraîne aussi une diminution des garanties par la Cour européenne des droits de l'homme, alors qu'on aurait pu au contraire considérer que cette dernière viendrait compenser cet affaiblissement.

7. Par exemple le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (pour un raisonnement analogue en matière de coopération pénale : Labayle, 2013).

La Cour européenne des droits de l'homme explicite ainsi que :

« les mécanismes de reconnaissance mutuelle [du droit de l'Union] obligent le juge [national] à présumer le respect suffisant des droits fondamentaux par un autre État membre. Le juge national se voit alors privé de son pouvoir d'appréciation sur cette question, ce qui entraîne une application automatique de la présomption d'équivalence [...]. La Cour souligne qu'ainsi, de façon paradoxale, le contrôle du juge [national] sur le respect des droits fondamentaux est doublement limité par l'effet conjugué de la présomption sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle et de la présomption équivalente » (§ 115).

La Cour européenne des droits de l'homme tente ensuite de remédier à cet effet paradoxal. Lorsque la présomption joue, « la tâche de la Cour se limite à rechercher si la protection des droits garantis par la Convention est entachée en l'espèce d'une *insuffisance manifeste* susceptible de renverser cette présomption » (§ 112, c'est nous qui soulignons). Selon elle, les mécanismes de la reconnaissance mutuelle n'assurent pas un contrôle suffisant du respect des droits humains définis par la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, lesdites garanties sont définies de manière équivalente par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸, mais la place qui leur est conférée n'est pas la même. Le droit de l'Union fait prévaloir les objectifs de la coopération entre États membres sur ceux du contrôle des droits humains. Dès lors, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la reconnaissance mutuelle n'est conforme à la Convention que si les États membres conservent une soupape de sécurité en cas « d'insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention ». Même dans les cas où la circulation des décisions d'un État à un autre découle de l'application du droit de l'Union, un contrôle devrait pouvoir être déclenché. Bien que cela permette de sauver en théorie l'applicabilité des droits humains, il n'en demeure pas moins que les États membres peuvent continuer de présumer que les décisions des autres États respectent les droits humains. La présomption pourra être combattue par la preuve d'une « insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention » à apporter par la victime devant les juridictions nationales ou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette brèche reste étroite et difficile à mettre en œuvre par le requérant (la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme demeure assez obscure sur le sujet). Dans tous les autres cas, l'État pourra faire valoir l'application du droit de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme et se réfugier derrière la présomption de protection équivalente.

Le niveau de complexité ainsi dessiné résulte de la superposition de plusieurs espaces juridiques (deux espaces européens et les espaces nationaux). En découle notamment une confusion qui rend difficile l'imputation de la situation à l'ordre juridique étatique. Ainsi, la présomption de protection équivalente limite considérablement l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme, dans les situations où s'applique le droit de l'Union. Dans la mesure où, par la superposition d'espaces juridiques, les situations sont le fruit de plusieurs foyers de pouvoir, l'application des droits humains est réduite. Cet affaiblissement certain des droits humains apparaîtra de manière plus prononcée encore en matière de migrations.

Les forces centripètes sur les frontières des espaces européens

La manière dont l'Union européenne et les États membres appréhendent l'application des droits humains (ou plutôt leur non-application) s'agissant des migrations et des frontières témoigne

8. Voir l'article 53 de la Charte au sujet de l'articulation des deux textes.

d'un jeu cynique de chassé-croisé entre les systèmes juridiques visant à repousser les migrants et à nier leurs droits. La politique migratoire des États européens, qui consiste depuis plusieurs décennies en une fermeture des frontières, met à mal les droits des personnes qui migrent ou qui ont l'intention de migrer. Cela apparaît de manière flagrante en ce qui concerne le droit d'asile et des réfugiés. La politique de fermeture des frontières a en effet deux conséquences : d'une part, elle entrave la possibilité de demander l'asile ; d'autre part, lorsque l'asile devient l'une des seules voies légales pour séjourner sur le territoire européen, il se retrouve sous le prisme des objectifs de la « lutte contre l'immigration irrégulière ». C'est ainsi que l'espace de liberté, de sécurité et de justice relie les questions d'immigration et d'asile à l'article 67§2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Les demandeurs d'asile et les réfugiés disposent en effet de droits qui figurent dans la Convention de Genève du 28 juillet 1951 à laquelle renvoient la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Or, les politiques de l'Union européenne et de la plupart des États membres cherchent à rendre ses droits inapplicables, par une stratégie de « contournement » (Lochak, 2017). Les ressorts juridiques de ces stratégies sont multiples et font appel à plusieurs niveaux d'analyse que nous envisagerons successivement.

Dans la mesure où les droits – si minimaux soient-ils – sont déclenchés par le contact avec la frontière, celui-ci devient un enjeu non seulement d'accès matériel au territoire mais aussi d'accès aux droits. Inversement, l'asile donnant un accès – si faible soit-il – au territoire des États membres, ceux-ci tentent d'éviter que les demandes d'asile n'atteignent leur enceinte. En effet, afin de conférer au droit d'asile une quelconque chance de réalisabilité, il est nécessaire de « mettre en relation » la personne le sollicitant et l'État reconnaissant une protection. Aussi, pour éviter que la protection du réfugié ne soit une coquille vide, des garanties pour le demandeur d'asile c'est-à-dire la personne qui sollicite cette protection avant qu'elle ne soit reconnue comme réfugiée, sont nécessaires. En outre, afin que les droits du demandeur d'asile ne soient pas eux-mêmes un leurre, la Convention de Genève prévoit le principe de non-refoulement de la personne qui demande l'asile (article 33). Le fait qu'il ait été nécessaire d'énoncer ce principe met en lumière que l'effectivité des droits est conditionnée, comme en témoigne la formule du « droit d'avoir des droits » de Hannah Arendt. L'effectivité des droits des réfugiés dépend ainsi nécessairement des dispositifs prévus aux frontières, qui devraient garantir au demandeur d'asile les droits minimums lui assurant la possibilité de déposer sa demande, en particulier celui de ne pas être refoulé.

Les questions relatives à l'entrée sur le territoire et à l'asile sont en partie régies par le droit de l'Union qui instaure différents niveaux d'éloignement des migrants (Delas, 2017 ; Guild, 2006). Au pourtour de l'Europe, des frontières extérieures sont renforcées comme condition de l'abaissement des frontières intérieures entre les États membres de l'Union. Mais d'extérieures ces frontières tendent également à devenir « externalisées » sur le territoire de pays tiers qui pourraient retenir les migrants et ainsi éviter leur « mise en relation » avec un État membre de l'Union. Dans un mouvement inverse aux schémas qui dessinent les pressions migratoires convergeant vers l'Europe, divers dispositifs se combinent pour éloigner les migrants en exerçant une pression sur certains pays à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Europe (Gammeltoft-Hansen, 2012).

Les pressions sur les pays européens garants des frontières extérieures

La première force centripète reste à l'intérieur de l'espace européen et se concentre sur les États jouxtant des pays tiers qui doivent supporter le poids du renforcement des frontières extérieures. L'équation est bien connue depuis la création de l'espace Schengen, l'abaissement des frontières intérieures, bien qu'il connaisse des exceptions notables depuis 2015 (Pascouau, 2016), n'irait pas sans un renforcement des frontières extérieures. Une certaine complexité apparaît car l'espace Schengen ne recouvre pas la totalité des États membres (n'en font pas partie le Royaume-Uni, l'Irlande, la Croatie, la Bulgarie, la Roumanie et Chypre) et inclut des États tiers (l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse).

S'agissant de l'asile, le règlement dit Dublin III⁹ repose sur des postulats qui montrent que la protection de la personne n'est pas placée au centre du dispositif. La règle principale consiste à déterminer l'État qui est « responsable » de l'examen de la demande d'asile. Précisons que les frontières dessinées par ce Règlement englobent tous les États membres de l'Union auxquels s'ajoutent des pays tiers avec lesquels des accords d'association ont été conclus, soit l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse. La désignation de l'État « responsable » passe dans la plupart des cas par un critère géographique, celui du lieu de franchissement *irrégulier* des frontières de l'espace européen par la personne demandant l'asile¹⁰. Ainsi, la personne sollicitant l'asile ne doit pas pouvoir déposer plusieurs demandes dans différents États européens ni choisir le lieu où elle effectuera sa demande unique. De plus, les États qui ne sont pas responsables de la demande peuvent renvoyer les personnes qui demanderaient l'asile sur leur territoire. Cette règle fait l'impasse sur la diversité des politiques d'asile des États participant à cet espace. La confiance mutuelle entre les États, dont résulte la reconnaissance mutuelle analysée ci-dessus, se construit au détriment des demandeurs d'asile. Les disparités entre les différents systèmes étatiques d'asile, la diversité des territoires de l'Union de leur culture d'accueil et de leur histoire relative à l'asile, sont éclipsées des parcours individuels des migrants. Leur demande d'asile doit être maintenue dans l'État d'arrivée dans l'espace européen, sauf certains cas limités permettant de prendre en compte par exemple l'existence de liens familiaux dans un autre État. Cette règle crée aussi une impasse d'un point de vue global car elle entraîne inéluctablement un déséquilibre des demandes d'asile qui se concentrent sur les pays de franchissement des frontières de l'Europe. Or, les lieux de franchissement concernent aujourd'hui principalement les frontières terrestres ou surtout maritimes (Grèce, Italie, Malte, Espagne).

En effet, les arrivées par avion sont désormais rendues largement impossibles par les politiques restrictives de visas couplées avec les mesures qui peuvent sanctionner les transporteurs n'ayant pas assuré un contrôle suffisant. De sorte qu'il devient extrêmement difficile pour des personnes d'arriver par les airs dans les pays « intérieurs ». En témoignent les limites posées par les États européens aux possibilités d'escale dans leurs aéroports, empêchant des demandes d'asile à cette occasion. Les ressortissants des pays tiers dont la liste est élaborée par l'Union européenne et les États membres, doivent en effet obtenir un visa de « transit aéroportuaire » lorsqu'ils envisagent simplement de transiter par un aéroport de l'espace Schengen. La liste de ces pays comprend des pays dont les ressortissants sont susceptibles de demander et d'obtenir l'asile, tels que la Syrie ou le Soudan du Sud.

9. Règlement (UE) n° 604/2013 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, qui fait suite à Convention de Dublin du 15 juin 1990 intégrée au droit de l'Union avec le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

10. En parlant de franchissement irrégulier, le règlement Dublin III refuse de prendre en compte la situation particulière du demandeur d'asile pour lequel est prévu le principe de non-refoulement.

S'agissant des visas « court séjour », un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 mars 2017 a refusé de jager la politique européenne d'harmonisation à l'aune des droits des demandeurs d'asile garantis par les traités européens (C-638/16 PPU, Parrot, 2018). La Cour était saisie par une juridiction belge devant laquelle se posait une question relative à l'interprétation d'une disposition du « code des visas » européen. Cette disposition permet aux autorités nationales de délivrer un visa « pour des raisons humanitaires » ou « pour honorer des obligations internationales » même si les exigences du Code européen ne sont pas remplies. Se posait notamment la question de savoir si cette disposition incluait la possibilité de délivrer un tel visa exceptionnel aux membres d'une famille syrienne qui avaient réussi à en faire la demande auprès du consulat belge au Liban. Le refus de ce visa pouvait entraîner des risques de traitements inhumains et dégradants prohibés par la Convention européenne des droits de l'homme (voir ci-dessous) ainsi qu'une violation du principe de non-refoulement prévu par la Convention de Genève et la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Contrairement à ce que lui suggérait l'avocat général, la Cour a affirmé que, dans la mesure où l'entrée sur le territoire avait pour objectif une demande d'asile, il s'agissait d'un « long séjour » relevant du seul ressort des droits nationaux. Ce faisant, elle exclut l'utilisation des visas « court séjour » uniformes pour entrer dans l'espace européen et déclencher les droits qui y sont attachés et notamment la demande d'asile. Surtout, en niant l'applicabilité du droit de l'Union, la Cour se délie de toute obligation d'analyser la situation au regard des droits humains¹¹. Enfin, la Cour n'hésite pas à justifier sa décision en considérant que la solution inverse « porterait atteinte à l'économie générale du système institué par le règlement [Dublin] » (§ 48), à savoir la désignation du pays responsable de la demande d'asile par le lieu de franchissement de la frontière. Elle ajoute également que le droit de l'Union ne concerne que les « demandes de protection internationale présentées sur le territoire des États membres, y compris à la frontière, dans les eaux territoriales ou dans une zone de transit, mais non aux demandes d'asile diplomatique ou territorial introduites auprès des représentations des États membres [situées sur le territoire d'un pays tiers] » (§ 49). En aucun cas, la Cour de justice n'entend briser les forces centripètes qui éloignent les migrants et entravent leur accès au droit. La fermeture des voies pour accéder au territoire d'un État « intérieur » conduit en effet à dessiner des routes de migration particulièrement périlleuses. Dans le meilleur des cas, les demandes d'asile se concentrent dans les quelques pays où le franchissement de frontières est terrestre ou maritime tels que l'Espagne, la Grèce, l'Italie ou Malte, ce qui rend impossible leur examen dans des conditions respectueuses des droits humains.

Parler « d'économie générale » comme le fait la Cour de justice pour la désignation de l'État membre responsable de la demande d'asile dans un tel contexte n'est pas neutre. Ladite économie ne crée pas simplement une obligation pour l'État de franchissement d'examiner la demande d'asile, elle permet surtout aux autres États de renvoyer les demandeurs d'asile dans le pays responsable selon le règlement Dublin III. Malgré quelques propositions en ce sens, cette répartition inéquitable ne semble pas être remise en cause par une application du principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités, pourtant postulé entre les États membres par l'article 80 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Barbou des Places, 2017 ; Parrot, 2018). Par exemple, si un plan de relocalisation a été adopté, en réaction aux arrivées de migrants en 2015, prévoyant le transfert de demandeurs d'asile vers les pays « intérieurs », il

11. « La situation en cause au principal n'étant, ainsi, pas régie par le droit de l'Union, les dispositions de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union] ne lui sont pas applicables. » (§ 45).

tarde à être mis en œuvre par ces États, malgré sa faible envergure¹². On aurait également pu penser que l'impossibilité pour l'Italie et la Grèce¹³ de concilier les flux migratoires avec les droits humains pouvait ébranler les critères posés par le règlement Dublin III.

Pourtant, la référence aux droits humains se révèle ici inopérante. Elle est simplement constitutive d'une exception figurant désormais à l'article 3 § 2 du règlement Dublin aux termes duquel « Lorsqu'il est impossible de transférer un demandeur vers l'État membre initialement désigné comme responsable parce qu'il y a de sérieuses raisons de croire qu'il existe dans cet État membre des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entraînent un risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable poursuit l'examen des critères énoncés au chapitre III afin d'établir si un autre État membre peut être désigné comme responsable ». La Cour européenne des droits de l'homme avait en effet écarté la présomption de protection équivalente pour considérer que les transferts par les États en application du règlement Dublin vers la Grèce étaient constitutifs d'une violation de la Convention, dans la mesure où ledit règlement prévoyait une clause de souveraineté permettant aux États de réintroduire une marge d'appréciation (CEDH, Gr. ch. 23 février 2012, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09). Un tel raisonnement a été repris par la Cour de justice de l'Union (CJUE, 21 décembre 2011, *NS c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-411/10) pour finalement être intégré dans le texte par la disposition du règlement précitée (les transferts vers la Grèce sont néanmoins à nouveau prévus, voir la recommandation du 8 février 2016 de la Commission européenne adressée aux États membres concernant la reprise des transferts vers la Grèce, C (2016) 2525 final). Certes, cela témoigne d'une prise en compte des droits humains, mais comme un simple mécanisme exceptionnel de correction, difficile à mettre en œuvre, et sans s'attaquer à la clé de voûte du système de répartition (pour une application récente, voir CJUE 16 février 2017, *C. K. c/ Slovaquie*, aff. C-578/16 PPU). Même si la Charte des droits fondamentaux et, indirectement, la Convention de Genève et, dans une moindre mesure, la Convention européenne des droits de l'homme, apparaissent juridiquement comme primant sur le règlement Dublin III, il n'empêche que cette primauté est toute relative car elle n'atteint pas le cœur du système de répartition.

Le Règlement Dublin III, combiné avec de nombreuses dispositions visant notamment à fermer les frontières aériennes, concentre les demandes d'asile sur quelques États de l'Union européenne. Le refus de la Cour de justice d'adosser sur les visas « courts séjour » uniformisés l'applicabilité des textes fondamentaux du droit de l'Union en matière de droit d'asile renforce la politique de fermeture des frontières, fût-ce au prix d'une violation des droits humains. À ces pressions sur les pays frontaliers garants des frontières extérieures s'ajoutent des dispositifs qui repoussent ces frontières sur le territoire de pays tiers.

L'externalisation des frontières européennes

Afin d'éviter la « mise en relation » des demandeurs d'asile avec un État européen, des accords sont passés avec des pays tiers soit par un État seul soit sous l'égide de l'Union européenne. Ces accords visent, d'une part, à entraver la circulation des migrants au-delà même des frontières de

12. *Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Twelfth Report on Relocation and Resettlement*, 16 mai 2017, COM (2017) 260 final.

13. Voir ce qui se passe sur les espaces confinés des « hotspots », par exemple :

<http://www.infomigrants.net/fr/post/8838/en-grece-les-demandeurs-d-asile-sont-de-nouveau-soumis-au-confinement-sur-les-iles>.

l'espace européen et, d'autre part, à faciliter le renvoi des personnes qui font l'objet d'une mesure d'éloignement. La conformité de ces accords avec les droits des personnes migrantes est douteuse. Une partie des auteurs et des associations ou ONG (La Cimade, *Chronique d'un chantage. Décryptage des instruments financiers et politiques de l'Union européenne*, Loujna et Migreurop, 2017), qui dénoncent l'externalisation des frontières, considère même que l'objectif de tels accords consiste précisément à éviter l'applicabilité des droits humains (Gammeltoft-Hansen, 2012). Nous souscrivons à ce raisonnement dont nous pourrions dépeindre les grandes lignes. Il consiste à montrer qu'en dépit de l'apparente portée extraterritoriale des instruments relatifs aux droits humains, l'externalisation des frontières conduit à écarter leur application.

Le premier élément à rappeler concerne la portée extraterritoriale des instruments relatifs aux droits humains. Ainsi, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, prohibant la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, vient tempérer la souveraineté des États, en vertu de laquelle ils disposent du droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 9214/80, § 67). Dès lors, toute mesure d'éloignement vers une destination où la personne court un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3 est susceptible d'engager la responsabilité de l'État ayant adopté cette mesure. Dans l'arrêt *Hirsi Jamaa c/ Italie* (Gr. ch. 23 février 2012, req. n° 27765/09), la Cour européenne des droits de l'homme rappelle le caractère absolu de cette garantie, bien qu'elle se dise consciente des « difficultés liées au phénomène des migrations maritimes, impliquant pour les États des complications supplémentaires dans le contrôle des frontières sud de l'Europe » (§ 122). En l'occurrence, des personnes ont été renvoyées vers la Libye par les autorités italiennes qui les avaient interceptées en haute mer. D'abord, la Cour rappelle que l'interception en haute mer ne soustrayait pas l'État à son obligation de respecter la Convention européenne des droits de l'homme. Ensuite, la Cour considère qu'au vu des différents rapports établissant « une situation de non-respect systématique des droits de l'homme » en Libye, le débarquement des migrants leur faisait courir un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3. Par ailleurs, dans la mesure où les requérants étaient des personnes ressortissantes de Somalie et d'Érythrée, où les autorités libyennes étaient susceptibles de les renvoyer, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que l'Italie aurait dû conditionner le renvoi de ces personnes à la vérification de « garanties suffisantes permettant d'éviter que les intéressés ne soient soumis à un refoulement arbitraire vers leurs pays d'origine, dès lors qu'ils pouvaient faire valoir de façon défendable que leur rapatriement éventuel porterait atteinte à l'article 3 de la Convention. » (§ 148). La Cour déclare dès lors que l'Italie a violé l'article 3 de la Convention du fait non seulement que « les requérants ont été exposés au risque de subir des mauvais traitements en Libye » mais également que « les requérants ont été exposés au risque d'être rapatriés en Somalie et en Érythrée »¹⁴.

À la lecture de cet arrêt, l'on pourrait croire que les personnes ne devraient plus être renvoyées dans les pays où des risques de violation des droits humains sont établis. Et pourtant, l'Italie a conclu en février 2017 un Mémoire d'entente sur la migration avec un des trois gouvernements libyens, le gouvernement d'Union nationale présidé par Fayez el-Sarraj¹⁵. Dès lors que ce sont les autorités des États tiers qui accomplissent les opérations pour éviter la

14. Par ailleurs, une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 prohibant les expulsions collectives a été constatée.

15. Par ailleurs, la mission militaire des États membres de l'Union européenne l'EUNAVFOR Med renforce les garde-côte libyens par des formations (Prestianni, 2017).

« mise en relation » avec tout État européen, l'imputabilité des risques ne pourra plus rejaillir sur un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme (en raisonnant sur l'accord antérieur entre l'Italie et la Libye, Gammeltoft-Hansen, 2012). L'État italien tire en quelque sorte toutes les conséquences de la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en faisant en sorte de ne plus être directement responsable. Il faudrait alors pouvoir effectuer un contrôle sur la légalité de ces accords¹⁶. Or, un tel contrôle s'avère pour le moins difficile, comme en témoignent les vicissitudes de la déclaration UE-Turquie.

Cette déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 nous conduit à décrire la force centripète la plus puissante qui conduit à éviter tout contact entre les migrants et les États membres (H. Labayle, 2016 ; Teule, 2017). Il s'agit de faire en sorte qu'ils restent dans un pays de transit, même si celui-ci n'est pas considéré comme un « pays sûr », dans la mesure notamment où cet État a restreint l'application de la convention de Genève aux seuls européens. La déclaration prévoit qu'à partir du 20 mars 2016 tous les nouveaux migrants irréguliers (qui ne demandent pas l'asile ou dont la demande d'asile a été jugée infondée ou irrecevable) ayant traversé la Turquie vers les îles grecques, sont renvoyés en Turquie. Mais pour chaque personne de nationalité syrienne renvoyée vers la Turquie au départ des îles grecques, une autre personne de nationalité syrienne devait être réinstallée de la Turquie vers l'Union européenne, dans la limite de 72 000 personnes. Par ailleurs, la Turquie s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'Union européenne, et doit coopérer avec les États voisins ainsi qu'avec l'Union à cet effet. La déclaration prévoit enfin un financement par l'Union européenne d'un fonds ajoutant au montant de 3 milliards d'euros déjà alloués, 3 milliards supplémentaires devant être versés jusqu'à fin 2018.

Cet accord passé lors du sommet entre le Conseil européen et la Turquie, destiné à stopper la route migratoire sur la mer Égée, a comme conséquence la mise à distance des migrants leur faisant notamment courir des risques sérieux de traitements inhumains et dégradants, la Turquie ne reconnaissant la qualité de réfugié qu'aux personnes de nationalité européenne en application de la Convention de Genève (Comité contre la torture, observations finales concernant la Turquie, CAT/C/TUR/CO/4, 2 juin 2016, § 25). Dès lors, la légalité de l'accord UE-Turquie a été mise en cause devant le Tribunal de l'Union européenne par un ressortissant pakistanais ayant fait une demande d'asile en Grèce. Le Tribunal a examiné la nature juridique de l'accord et conclu que l'acte n'a pas été adopté par le Conseil européen en tant qu'institution de l'Union mais par les représentants des États membres de l'Union, agissant en qualité de chefs d'État ou de gouvernement desdits États membres (Tribunal de l'UE, *N. F. c/ Conseil européen*, aff. T-192/16, 28 février 2017). Par conséquent, le Tribunal se déclare incompétent, en considérant que l'affaire relève des droits nationaux (Barbou des Places, 2017). Un recours contre cet arrêt est pendant devant la Cour de justice de l'Union européenne. Un tel refus de statuer est

16. Un recours est déposé devant la Cour constitutionnelle italienne invoquant le non-respect des pouvoirs du Parlement en matière de ratification des traités au sujet du Mémorandum d'entente sur la coopération dans les domaines du développement, de la lutte contre l'immigration irrégulière, le trafic d'êtres humains, la contrebande et sur le renforcement de la sécurité des frontières entre la Libye et l'Italie signé à Rome le 2 février 2017 par le président du Conseil des ministres italien et du président du Conseil du gouvernement de Réconciliation nationale de l'État de Libye, par plusieurs députés. Cet accord se situe dans la lignée d'un précédent de 2008, mais constitue selon les députés requérants un traité international qui renouvelle les priorités des deux pays. Les députés se prévalent de l'article 80 de la Constitution italienne aux termes duquel les accords ayant une « nature politique » doivent être soumis à la ratification du parlement.

particulièrement néfaste à un moment où la déclaration UE-Turquie est considérée comme un modèle dans les relations avec d'autres pays tiers qui ne sont même pas parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le « Joint Way Forward on Migration Issues Between Afghanistan and the EU » du 2 octobre 2016 prévoit une coopération comportant notamment des renvois en Afghanistan (Barbou des Places, 2017). Le renvoi organisé vers des pays où existent des risques de violation systématique des droits humains démontre ainsi l'inaptitude de ceux-ci à peser sur les politiques migratoires.

Les manœuvres de l'Union et des États membres pour externaliser les contrôles migratoires et les pressions sur les États tiers pour faciliter le renvoi de leurs ressortissants, voire les ressortissants d'autres États, passent par des accords dont le caractère juridique est démenti par les autorités elles-mêmes. La mise à mal des droits humains par ces accords est aussi patente que difficile à faire sanctionner, les victimes se retrouvant souvent dans l'impossibilité d'exercer un recours et les cours peu enclines à affronter le pouvoir régalien.

Pour conclure, on peut s'interroger sur cette inaptitude des droits humains à peser sur une politique. La chaîne de causalité entre les normes qui mettent en œuvre cette politique (découlant du droit de l'Union, ou d'accords avec des États tiers) et les situations de privation de droits de personnes au-delà des frontières, apparaît dans les analyses politiques ou de sciences sociales. Néanmoins, il paraît difficile qu'elle franchisse le raisonnement des juges. Ainsi, plusieurs acteurs de la société civile montrent comment les politiques de fermeture des frontières et d'externalisation des frontières rendent les routes migratoires plus dangereuses pour la vie des personnes et entraînent la violation de certaines règles (voir le rapport de la Cimade précité ; Fouteau, Carine, « Le Tribunal permanent des peuples fait le procès des politiques migratoires », Mediapart, 5 janvier 2018). Pour autant, l'espace de justice au sein duquel pourraient être examinées et sanctionnées ces violations, reste à forger. Lorsque les personnes subissent des mauvais traitements, ou sont exploitées, ou encore traversent la mer ou le désert, ce sont les trafiquants ou les passeurs qui sont désignés comme responsables et la lutte contre ces formes de criminalité s'impose comme priorité. L'absence de voies légales d'immigration et les sanctions corrélatives pesant sur les transporteurs, qui constituent le terreau de ces trafics ne sont pas incluses dans la chaîne de causalité de la responsabilité. En effet, quelles que soient les conséquences de ces politiques sur les droits humains, la souveraineté des États justifie le contrôle des frontières par leurs soins ou dans le cadre d'une organisation supranationale telle que l'Union européenne. De même, « l'économie générale » du règlement Dublin III rendant impossible une répartition des demandes d'asile n'apparaît pas interrogeable en tant que telle. Aussi, la référence aux droits humains n'entraîne-t-elle des résultats que de manière exceptionnelle. En demeurant à la marge du système de fermeture des frontières, les droits humains montrent les limites de leur portée tout en affirmant leur existence. On peut se demander à quoi sert cette affirmation si ce n'est à afficher une protection de façade. Plus encore, l'ensemble des raisonnements et techniques juridiques ne vient-il pas au soutien des normes par lesquelles les États écartent l'application des droits humains ? De sorte que le mouvement profond qui se dessine, loin de contribuer à assurer la protection des droits fondamentaux des personnes, renforcerait le pouvoir des États.

Le confinement des droits humains dans les systèmes juridiques européens apparaît ainsi comme le résultat de la superposition de plusieurs échelles des espaces européens et de la double-affiliation des États membres de l'Union européenne, également parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, chacune à leur manière, ces organisations supranationales font émerger des espaces de justice qui s'ajoutent à ceux constitués par les

ordres juridiques nationaux. Toutefois, la place des droits humains dans ces différents espaces de justice, malgré une réitération foisonnante dans différents textes, reste périphérique. Le renforcement des frontières extérieures de l'Europe apparaît un objectif supérieur à la mise en œuvre des droits humains, spécialement des droits des réfugiés. Les liens tissés avec des États tiers, par l'Union européenne ou par les États membres, visent à éviter tout déclenchement éventuel des droits humains en matière de migrations et s'analysent en un contournement des espaces de justice.

Pour citer cet article : Laurence SINOPOLI, « Le confinement des droits humains au XXI^e siècle dans l'espace de justice européen », [“The Confinement of Human Rights in the 21st Century within the European Space of Justice”, traduction : John Crisp], *Justice spatiale | Spatial Justice*, n° 12, octobre 2018 (<http://www.jssj.org>).

Bibliographie

ARENDET Hannah, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, Paris, Fayard, 1982.

AZOULAI Loïc, DUBOUT Édouard, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in BONNET Baptiste (éd.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 578.

BARBOU DES PLACES Ségolène, « Chronique – Droit de l'asile et de l'immigration », *RTD Eur*, 2017, p. 337.

BENOÎT-ROHMER Florence, « L'Union européenne et les droits fondamentaux après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTD eur*, 2011, p. 145.

BERGÉ Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen*, Paris, PUF, 2011.

BIGO Didier, GUILD Elspeth, « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de “police” à distance », *Cultures et conflits*, 49, 2003, p. 22.

BROUWER Evelien, « Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law: Justice Accessible to All? », in GUILD E., MINDERHOUD Paul (éd.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, p. 377-399.

BURGOGUE-LARSEN Laurence, « Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », in BURGOGUE-LARSEN L. et al. (éd.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Cahiers européens, 2012, p. 359.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Les influences réciproques de la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique de l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT Myriam, CANDAS Ulas, CUJO Églantine (éd.), *Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 747.

CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK Danièle (éd.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris 10, 2008.

- CHARLES Claudia, CHAPPART Pascaline, « L'UE prend les frontières africaines pour les siennes », *Plein droit*, 114, octobre 2017, p. 7.
- CHETAIL Vincent, DE BRUYCKER Philippe, MAIANI Francesco, *Reforming the Common European Asylum System*, Leyde, Brill, Martinus Nijhoff, 2016.
- COURNIL Christel, « La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires », in DUBIN Laurence (éd.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 187.
- DELAS Olivier, « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne ? », in DECAUX Emmanuel, *Mélanges offerts à Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2017, p. 811.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Paris, Seuil, 2013.
- DOMENACH Jacqueline, « Le contrôle du droit de l'UE par la Cour européenne des droits de l'homme avant l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme », in BENLOLO-CARABOT Myriam, CANDAS U., CUJO E. (éd.), *Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 761.
- DUBOUT Édouard, TOUZÉ Sébastien, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010.
- GAMMELTOFT-HANSEN Thomas, « The Externalisation of Europea Migration Control and the Reach of Internation Refugee Law », in GUILD E., MINDERHOUD P., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 273.
- GUILD E., « The Europeanisation of Europe's Asylum Policy », *International Journal of Refugee Law*, 18, 2006, p. 630-651.
- HAMIDI C., FISCHER N., « Les politiques d'asile en Europe, un révélateur des tensions contemporaines du contrôle de l'immigration », *Idées économiques et sociales*, 189, 2017, p. 38-45 (<https://www.cairn.info/revue-idees-economiques-et-sociales-2017-3-page-38.htm>).
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2017.
- IMBERT Louis, « La coopération sans le[s] droit[s] : le foisonnement des accords « injusticiables » avec les pays tiers », *Plein droit*, 114, 2017, p. 45-48.
- JAULT-SESEKE Fabienne, CORNELOUP Sabine, BARBOU DES PLACES S., *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, 2015.
- LABAYLE Henri, DE BRUYCKER Philippe, « L'accord Union européenne-Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », ELSJ, 2016 (<http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>).
- LABAYLE H., « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », ELSJ, 2013 (<http://www.gdr->

elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/).

LAVAL Pierre-François, « L'instrumentalisation de l'État tiers : vers un dévoiement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 599, 2016, p. 339-350.

LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.

LOCHAK D., « Refouler les réfugiés, hier et aujourd'hui », in *Réciprocité et universalité. sources et régimes du droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2017, p. 841.

MEHDI Rostane, « Taricco, M.A.S. ou l'art délicat de la retraite en bon ordre... », ELSJ, 2018 (<http://www.gdr-elsj.eu/2018/02/06/informations-generales/taricco-m-a-s-ou-l-art-delicat-de-la-retraite-en-bon-ordre/>).

PARROT Karine, « Le code communautaire des visas contre le droit d'asile », *Rev. Crit. DIP*, Paris, Dalloz, 2018, p. 59.

PASCOUAT Yves, « Crise des réfugiés et contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen : quand les faits invitent à une relecture du droit », *Europe. Actualité du droit communautaire*, 26-3, 2016.

PICHERAL Caroline, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, CÉRIC, La Documentation française, 2001.

PRESTIANNI Sara, « Contrôle [migratoire] contre "nourriture" », *Plein droit*, 114-3, 2017, p. 11-14.

RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme. Droit et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ, 2017.

RODIER Claire, « Externaliser la demande d'asile », *Plein droit*, 105, 2015, p. 10-13.

SAROLEA S., CARLIER J.-Y., LEBŒUF L., « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : l'arrêt X. et X. du 7 mars 2017 de la Cour de justice de l'Union européenne, ou quand le silence est signe de faiblesse », *Newsletter EDEM*, 2017.

SERVERIN Évelyne, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000.

SCHUTTER (DE) Olivier, « The Two Lives of Bosphorus: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention », *European Journal of Human Rights*, 4, 2013, p. 584-624.

SLAMA Serge, « Le droit d'asile dans les limbes de l'accord entre l'Union européenne et la Turquie sur les réfugiés », *Recueil Dalloz*, 14, 2016, p. 832.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2016.

SUDRE F., LABAYLE H. (éd.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2000.

TEULE Catherine, « "Accord" UE-Turquie : le troc indigne », *Plein droit*, 114, 2017, p. 23.

VALLUY Jérôme, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Vulaines-sur-Seine, Éditions du croquant, 2009.