Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse

Antoine Guérin

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6965>

DOI : [10.4000/revdh.6965](https://doi.org/10.4000/revdh.6965)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Antoine Guérin, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 16 | 2019, mis en ligne le 01 juillet 2019, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6965> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.6965>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse

Antoine Guérin

- 1 « Ne pas voir le mal, ne pas entendre le mal, ne pas dire le mal. » Telle est la maxime picturale représentée par les trois « singes de la sagesse », symbole d'origine asiatique dont la plus ancienne trace connue figure dans les *Entretiens de Confucius* et qui s'utilise pour « désigner une personne ou un groupe de personnes qui choisissent d'ignorer ou de garder le silence au sujet d'un acte répréhensible »¹.
- 2 Le 30 novembre 2017, après accord avec le Conseil européen, le Parlement européen a adopté une résolution relative au budget de l'Union européenne pour l'exercice 2018 dans le but de mettre en réserve 70 millions d'euros de crédits d'engagement et 35 millions d'euros de crédits de paiement destinés à la Turquie dans le cadre du poste n° 22 02 03 01, intitulé « Aide en faveur de la Turquie — Soutien aux réformes politiques et à l'alignement progressif correspondant sur l'acquis de l'Union », au titre de l'instrument d'aide de pré-adhésion (« IAP II »). Cette somme avait vocation à être libérée au moment où la Turquie « aura[it] réalisé des progrès suffisants et mesurables dans les domaines de l'État de droit, de la démocratie, des droits de l'homme et de la liberté de la presse, conformément au rapport annuel de la Commission »². Dans son rapport annuel sur la Turquie pour 2018, la Commission européenne a dressé un portrait peu élogieux de la situation dans le pays au regard de ces critères³. Ne constatant pas « de renversement des tendances susmentionnées » ni que « la condition fixée par le Parlement européen et le Conseil [ait] été remplie », la Commission a proposé, dans son projet de budget rectificatif n° 5, d'annuler intégralement les montants placés en réserve⁴. Lors de la session plénière du 2 octobre 2018, le Parlement européen a approuvé cette proposition⁵.
- 3 Qu'on se le tienne pour dit : le Parlement européen, la Commission européenne et le Conseil européen estiment qu'au vu de la situation sur son territoire, la Turquie ne satisfait pas aux exigences posées par les standards européens en matière d'État de

droit, de droits de l'homme et de démocratie pour bénéficier d'une somme de 70 millions d'euros au titre de la procédure de pré-adhésion. Soit. Néanmoins, la Commission européenne, le Conseil européen et les chefs d'État membre de l'Union ont estimé que la Turquie mérite bien de percevoir 6 milliards d'euros au titre de la « déclaration UE-Turquie » (ci-après, la Déclaration) publiée le 18 mars 2016 (3 milliards devaient être versés entre 2016 et 2017 et 3 autres entre 2018 et 2019, mais seul 1,94 milliard avait été versé en juin 2018⁶). En matière d'illogisme, cette situation ne fait malheureusement pas figure d'exception dans la politique migratoire de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en a donné une belle illustration, au travers d'ordonnances rendues le 12 février 2017 et le 28 septembre 2018.

- 4 La Turquie est officiellement candidate à l'adhésion à l'Union européenne depuis qu'elle a été reconnue comme telle par le Conseil européen d'Helsinki en 1999⁷. Avec la victoire du Parti de la justice et du développement aux élections législatives turques de 2002 et la nomination de Recep Tayyip Erdoğan au poste de Premier ministre⁸, les négociations à ce sujet sont restées au point mort, notamment au regard des dérives autoritaires du chef du gouvernement turc⁹. La stratégie du « zéro problème »¹⁰ que développe alors la Turquie avec ses voisins (suppression de la politique des visas notamment pour les Syriens, envisagement d'une grande zone de libre circulation et de libre-échange) inquiète fortement l'Union européenne. Ce souci européen grandit dès 2011, alors que la Turquie est gagnée par plusieurs milliers d'exilés, notamment syriens, irakiens et afghans, qui sont près de 2,5 millions en Turquie en 2015¹¹ et de 4 millions en 2018¹², faisant d'elle le premier pays d'accueil de réfugiés au monde¹³. La crainte de leur venue en Europe rend Recep Tayyip Erdoğan digne de confiance aux yeux des dirigeants européens.
- 5 C'est dans ce contexte que l'Union européenne a signé, avec la Turquie, un accord de réadmission le 16 décembre 2013¹⁴. Le principe de l'Accord est simple, il repose sur un troc : la Turquie s'engage à réadmettre toutes les personnes qui ont transité par son territoire ainsi que ses propres ressortissants qui séjournent illégalement dans un État membre de l'Union européenne¹⁵ (sauf le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark, non-parties à l'Accord). L'Accord prévoit la réciprocité de ces dispositions pour l'Union européenne, quand bien même personne n'a jamais encore vu plusieurs milliers d'Européens fuir leur pays pour gagner la Turquie. En échange, il est promis « la libéralisation du régime des visas entre l'Union européenne et la Turquie » et, à terme, « la suppression de l'obligation de visa actuellement imposée aux ressortissants turcs se rendant dans l'espace Schengen pour une visite de courte durée »¹⁶. Néanmoins, les résultats escomptés ne se sont visiblement pas concrétisés : d'après Frontex, alors que le nombre d'« arrivées irrégulières » a triplé entre 2013 et 2014 (de 100 000 à 280 000), il a sextuplé entre 2014 et 2015, atteignant 1,8 million¹⁷.
- 6 Lors d'un sommet international à Bruxelles le 29 novembre 2015, Union européenne et Turquie ont décidé qu'elles « intensifier[aient] leur coopération active concernant les migrants qui n'ont pas besoin d'une protection internationale, en les empêchant de se rendre en Turquie et dans l'UE, en assurant l'application des dispositions bilatérales qui ont été établies en matière de réadmission et en renvoyant rapidement dans leurs pays d'origine les migrants qui n'ont pas besoin d'une protection internationale »¹⁸. À la fin de l'année 2015, la Turquie a ainsi fermé sa frontière avec la Syrie¹⁹ et a suspendu, au début de l'année 2016, la délivrance de visas pour les Syriens gagnant son territoire par

la voie aérienne et la voie maritime²⁰, ainsi que pour les Irakiens²¹. Avant cette restriction, les Syriens étaient tout de même empêchés d'entrer en Turquie alors même que la détention d'un visa n'était pas exigée²². Dans son deuxième rapport sur la réalisation des engagements turcs dans le cadre de ce « marché », la Commission européenne souligne, au début du mois de mars 2016, que malgré les premiers efforts relatifs au renforcement du régime des visas turc envers les Syriens et les Irakiens, « les autorités turques devraient maintenant donner la priorité au renforcement du régime de visas appliqué aux ressortissants d'autres pays qui, en 2015, ont enregistré le plus grand nombre d'entrées irrégulières dans l'UE via la Turquie, à savoir les Afghans, les Pakistanais, les Iraniens, les Marocains, les Palestiniens, les Somaliens, les Bangladais, les Libanais, les Algériens, etc. »²³

- 7 Cette pression exercée par les autorités européennes sur les autorités turques s'explique. En dépit de la conclusion, le 11 janvier 2016, d'un « programme d'admission humanitaire » à l'égard des réfugiés syriens de Turquie entre les États de l'espace Schengen²⁴, mis en œuvre à condition que « les flux irréguliers entrants via la Turquie [soient] réduits efficacement »²⁵, les flux migratoires n'ont pas connu de ralentissement. Alors que, selon l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), le nombre d'arrivées en Europe via la Grèce au mois de janvier 2015 était de 5 000, il était plus de dix fois supérieur au mois de janvier 2016 (67 193)²⁶. Jusqu'alors, la stratégie euro-turque s'est donc révélée être un échec en matière de réduction des flux migratoires. Ces circonstances ont entouré la rencontre entre les chefs d'État et de gouvernement européens et le premier ministre turc Ahmet Davutoğlu le 7 mars 2016²⁷. Le même jour, la Macédoine décidait de fermer sa frontière avec la Grèce, à l'instar de la Serbie, la Croatie et la Slovaquie²⁸, achevant de condamner la « route des Balkans ». La rencontre aboutit à la déclaration commune adoptée le lendemain. Elle suggère l'examen de plusieurs propositions, comme la fermeture de la frontière maritime gréco-turque, le renvoi en Turquie de tous les exilés entrés irrégulièrement en Grèce et l'échange systématique entre un Syrien renvoyé de Grèce en Turquie et un Syrien réinstallé à partir de la Turquie dans l'Union européenne, et ce moyennant la libéralisation des visas et l'accélération du processus d'adhésion de la Turquie à l'Union²⁹. Le contenu de cette « nouvelle » stratégie, largement critiqué par de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG)³⁰ ainsi que par le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés³¹, a été insufflée par la Turquie elle-même lors d'une réunion entre le premier ministre turc Ahmet Davutoğlu, le chancelier allemand Angela Merkel et le premier ministre néerlandais Mark Rutte³².
- 8 Ces négociations, dont la conduite a vraisemblablement exclu 26 États membres de l'Union, ont abouti à l'adoption de la Déclaration le 18 mars 2016, publiée sous la forme d'un communiqué de presse³³. Abstraction faite de l'insignifiance absolue de sa dénomination sur laquelle il conviendra de revenir, cette « déclaration » se distingue par trois mesures majeures, qui avaient été évoquées sous forme d'intentions dans le compte rendu de la réunion du 7 mars. La Déclaration prévoit leur mise en œuvre. Le début du renvoi de la Grèce vers la Turquie de « tous les nouveaux migrants en situation irrégulière » est prévu le 20 mars 2016. Le système du « un pour un » consistant à ce que « pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'Union européenne », doit débiter le 4 avril 2016. En dernier lieu, elle planifie l'accélération du processus

d'adhésion de la Turquie à l'Union ainsi que la libéralisation des visas pour les ressortissants turcs.

- 9 Au mois de mars 2016, deux ressortissants pakistanais et un ressortissant afghan, passant par la Turquie, se sont rendus en Grèce et y ont déposé une demande d'asile, arguant qu'ils risquaient d'être persécutés si toutefois ils étaient renvoyés dans leur pays d'origine respectif. Tous trois précisent qu'ils n'avaient nullement l'intention de demander l'asile en Grèce, compte tenu « de la longueur du traitement des demandes d'asile et des déficiences systémiques dans la mise en œuvre du système d'asile européen tant au niveau de l'administration de cet État membre qu'au niveau de son système juridictionnel », que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) avait abondamment soulignées et sanctionnées dans son arrêt *MSS contre Belgique et Grèce*³⁴. Assurant avoir subi la pression des autorités grecques, ils ont néanmoins déposé cette demande, mais craignant, en cas d'échec, d'être effectivement renvoyés en application des dispositions de la Déclaration et de ses incidences en droit interne hellénique³⁵, ils ont introduit un recours devant le tribunal de l'Union européenne. Selon eux, la Déclaration est un accord international qui a été conclu avec la Turquie par le Conseil européen, lequel n'aurait pas respecté la procédure liée à ce type d'accords prévue par l'article 218 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Comme le leur permet l'article 263 du TFUE, ils en demandent l'annulation auprès du Tribunal. Ce dernier accepte par ailleurs de faire droit à leur demande d'une procédure accélérée, qui permet d'avoir rapidement une réponse de sa part sur le fond du litige au vu de l'urgence particulière de celui-ci³⁶.
- 10 Le Tribunal, après avoir examiné les arguments d'un Conseil européen très décidé à démontrer qu'il est parfaitement étranger aux intentions qu'on lui porte, énonce que l'acte critiqué n'est pas un accord international mais bien une simple déclaration d'intentions qui, nonobstant le faisceau d'indices important qui porte à croire le contraire, n'engage que les États membres et non pas l'Union, ni ses institutions. Il en déduit alors l'incompétence du Tribunal pour juger de sa légalité. La prudence zélée du Tribunal semble bien critiquable à de nombreux égards, mais elle n'est en rien comparable à l'attitude de la Cour de justice, qui a eu à connaître du pourvoi des requérants contre la décision du Tribunal et qui a balayé d'un revers de la main leurs revendications dans trois ordonnances *a minima*.
- 11 La présentation de la Déclaration devant la justice européenne, à travers ces ordonnances très attendues du Tribunal et de la Cour de justice qui avaient ici l'occasion d'inviter, si ce n'est contraindre, l'Union à infléchir sa politique en matière d'immigration et d'asile, s'est achevée par une amère déconvenue. Les deux juridictions ont répondu de manière négative à « la question de savoir si la principale réponse de l'Union européenne à la crise migratoire — l'externalisation du contrôle des migrations par le biais de partenariats avec les principaux pays tiers d'origine et de transit — est soumise au contrôle parlementaire et judiciaire et si cette pratique a des limites juridiques constitutionnelles »³⁷. Ce véritable mouvement juridique, initié par le Tribunal qui a délibérément rendu une ordonnance bancale et incomplète (I), trouve néanmoins son expression la plus manifeste dans l'attitude évasive de la Cour de justice (II).

I Le Tribunal et l'effet Canada Dry

« Ça ressemble à de l'alcool, c'est doré comme l'alcool, mais ce n'est pas de l'alcool. » Ce slogan célèbre pour le Canada Dry a ancré la marque dans le langage courant. Son utilisation fait désormais référence à quelqu'un ou quelque chose qui n'a que l'apparence de ce qu'il prétend être. Ainsi a-t-on pu parler d'un « contrat Canada Dry »³⁸, d'un « président Canada Dry »³⁹ ou même d'un « acquittement Canada Dry »⁴⁰, preuve qu'en matière de justice, il a déjà été fait usage de l'expression. Concernant les faits qui nous intéressent, elle s'avère très adéquate pour qualifier la position du Tribunal à l'égard de la Déclaration. Quand bien même le texte a la forme d'un acte du Conseil européen (A) et le contenu d'un acte du Conseil européen (B), ce ne serait pas un acte du Conseil européen.

A Une erreur banale de communication

- 12 La revendication des requérants consistait à affirmer que la Déclaration était un acte du Conseil européen matérialisant un accord international conclu entre l'Union européenne et la Turquie. Cet acte aurait violé l'article 218 du TFUE qui précise la procédure à suivre pour la conclusion d'un tel accord si elle est faite au nom de l'Union. Avant d'établir si la procédure prévue par l'article 218 a été respectée ou non, le Tribunal s'attèle à identifier les auteurs de la Déclaration. C'est cet ordre chronologique que respecte le raisonnement du Tribunal, qu'il précise d'ailleurs lui-même au préalable (§ 47).
- 13 Dans cet objectif, le Tribunal souligne la nécessité de « vérifier [...] que l'acte en question, eu égard à son contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles il a été adopté, ne constitue pas en réalité une décision du Conseil européen » (§ 45). Il s'appuie ainsi sur l'arrêt *Parlement contre Conseil et Commission* du 30 juin 1993, dans lequel la Cour avait suivi les conclusions de l'avocat général Francis Jacobs selon lesquelles « la question de savoir si l'acte contesté constitue un acte susceptible de contrôle juridictionnel dépend de son contenu et de ses effets et non de la qualification qui en est donnée dans la communication à la presse »⁴¹. Si l'évocation de cette jurisprudence par le Tribunal (§§ 42 à 45 et § 48) est évidemment bienvenue, elle ne s'avère pas cohérente dans le sens où il ne se concentre que sur la forme de la Déclaration dans la suite de son développement, de surcroît d'une manière qui paraît pour le moins erronée.
- 14 Le Tribunal constate que la réunion qui a permis l'adoption de la Déclaration est la troisième du genre depuis novembre 2015. Or, « les représentants des États membres ont participé à ces réunions en leur qualité de chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'Union et non en tant que membres du Conseil européen » (§ 49). Le Tribunal étaye son assertion en s'attardant sur quelques extraits des communiqués de presse et sur une communication de la Commission européenne qui en sont issus (§§ 50 à 52), alors même que ces textes abondent dans le sens inverse. Le communiqué de presse issu de la réunion du 29 novembre 2015 parle bel et bien d'une réunion entre « les dirigeants de l'Union européenne [...] avec leur homologue turc », mais également, entre autres, de la relance du processus d'adhésion (à l'Union européenne), du renforcement du « projet européen », et évoque plus loin la volonté de réunir plus fréquemment « les deux⁴² parties » (et non pas les vingt-neuf⁴³ parties)⁴⁴.

- 15 Le communiqué de presse issu de la deuxième réunion, quant à lui, met en lumière six principes sur lesquels les participants à la réunion se sont mis d'accord. Cinq attestent du caractère communautaire et non intergouvernemental de la réunion : le renvoi de tous les migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie vers la Grèce — dont le coût serait pris en charge *par l'Union européenne* —, le renvoi d'un Syrien vers la Turquie en échange de la réinstallation d'un Syrien se trouvant en Turquie dans un État membre — dans le cadre d'un programme piloté *par l'Union européenne* —, l'accélération de la libéralisation des visas de courte durée pour les ressortissants turcs — domaine relevant d'une compétence exclusive *de l'Union européenne* —, le versement à la Turquie de trois milliards d'euros *par l'Union européenne* et l'ouverture de nouveaux chapitres concernant l'adhésion de la Turquie à *l'Union européenne*⁴⁵. Le communiqué précise enfin que « le *président du Conseil européen*⁴⁶ approfondira ces propositions et en définira les modalités avec la Turquie *avant le Conseil européen*⁴⁷ de mars ». Malgré ces éléments, pour le Tribunal, les chefs d'État ou de gouvernement n'ont pas participé à ces réunions en leur qualité de membres du Conseil européen !
- 16 Les dirigeants de la Turquie eux-mêmes ne semblent pas partager la même impression que le Tribunal : la direction des Affaires relatives à l'Union européenne du ministère des Affaires étrangères turc parle en effet d'un « sommet Union européenne-Turquie » lors duquel le premier ministre turc, accompagné du « ministre des Affaires relatives à l'Union européenne et négociateur en chef », a discuté d'immigration irrégulière « avec les chefs d'État et de gouvernement des 28 États membres de l'UE ainsi que les présidents du Conseil européen, du Parlement européen et de la Commission européenne »⁴⁸. La Turquie paraît manifestement comprendre la Déclaration comme un engagement que l'Union et non de ses États membres, ce qui l'a très certainement motivée à la conclure.
- 17 L'interprétation des parlementaires français de la nature de ces réunions n'est pas non plus celle du Tribunal. D'aucuns mentionnent le « sommet *bilatéral*⁴⁹ du 29 novembre 2015 entre les chefs d'État et de gouvernement de l'Union européenne et le Premier ministre turc Ahmet Davutoğlu »⁵⁰. D'autres constatent que « le *Conseil européen*⁵¹ avait inscrit à son ordre du jour du 7 mars 2016 l'examen de l'état d'avancement du plan d'action entre *l'Union européenne*⁵² et la Turquie conclu le 29 novembre 2015 »⁵³. D'autres encore parlent de « la *déclaration* faite par les chefs d'État ou de gouvernement à l'issue de la réunion qu'ils ont eue avec la Turquie le 7 mars 2016, préfigurant *l'accord à venir entre l'Union européenne et la Turquie*⁵⁴ sur la gestion de la crise des migrants [...] les 17 et 18 mars 2016 »⁵⁵.
- 18 La Commission européenne elle-même, bien qu'étant venue en soutien des conclusions du Conseil européen devant le Tribunal, a utilisé les termes « Union européenne » dans des documents techniques pour désigner une des parties à la Déclaration, notamment dans sept rapports qui affirment porter de manière explicite sur « sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie »⁵⁶. Le jour même de la signature de la Déclaration, son président, Jean-Claude Juncker, a désigné un « coordonnateur de l'UE pour la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie »⁵⁷, induisant que « la Commission [était] devenue l'institution chargée du suivi et de la coordination du processus »⁵⁸. Le Comité économique et social européen⁵⁹, le Conseil de l'Union européenne⁶⁰, le Comité européen des régions⁶¹, le Parlement européen⁶², l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁶³ et le Haut-Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés⁶⁴ font tous état, dans leurs documents techniques et officiels,

d'une déclaration qui a bien été conclue par l'Union européenne et non pas par ses États membres. Le Médiateur européen a même pris clairement position en affirmant que c'était « le Conseil européen » qui avait « adopté l'accord UE-Turquie »⁶⁵.

- 19 Si le Tribunal paraît adopter une position plutôt isolée, il persiste en ce sens dans la suite de son raisonnement. Ainsi, l'expression « chefs d'État ou de gouvernement » a été utilisée dans les comptes rendus des deux premières réunions, et le Tribunal en a déduit que ce n'était pas les « membres du Conseil européen » qui s'étaient alors réunis (§§ 49 à 52). Néanmoins, le communiqué de presse issu de la troisième réunion, quant à lui, utilise les termes « membres du Conseil européen » (et non plus « chefs d'État ou de gouvernement »). La logique voudrait que le Tribunal conclue que ce ne sont pas les chefs d'État ou de gouvernement mais bien les membres du Conseil européen qui se sont réunis lors de cette troisième réunion. Loin s'en faut. Cette fois-ci, pour le Tribunal, « il convient de déterminer si l'usage de ces termes implique [...] que c'est en leur qualité de membres de l'institution "Conseil européen" que les représentants des États membres ont participé à la réunion du 18 mars 2016 » (§ 54) !
- 20 Le Tribunal admet toutefois que l'utilisation de l'expression « membres du Conseil européen » porte objectivement à croire que les représentants des États membres ont bien agi en leur qualité de membres du Conseil européen lors de cette réunion avec la Turquie (§ 56). Le développement successif du Tribunal va consister à discréditer cette hypothèse pour aboutir à une solution déconcertante : ce serait une simple erreur de communication qui a laissé entendre que la Déclaration aurait pu être un acte du Conseil européen. Certes, l'expression « membres du Conseil européen » a bien été utilisée, mais elle ne désigne que les chefs d'État ou de gouvernement, « puisque ceux-ci composent le Conseil européen » (§ 57) (on imagine aisément que ce genre de raisonnement serait parfaitement intenable s'il s'appliquait à d'autres institutions internationales telles que l'ONU, l'OMC, l'OIT, etc. : parler d'une décision prise par les « membres du Conseil de sécurité de l'ONU » ne signifierait pas que c'est le Conseil de sécurité de l'ONU qui en est à l'origine, mais les États dans leur individualité, puisque ceux-ci composent le Conseil de sécurité de l'ONU !). Certes, un double en-tête « Conseil européen/Conseil de l'Union européenne » figure sur la version électronique du communiqué de presse, mais « certains documents sont parfois chargés par inadvertance dans des rubriques inappropriées du site Internet partagé par ces deux institutions et le président du Conseil européen » (§ 58). Enfin, si le sigle « UE » est utilisé dans la Déclaration, il « doit se comprendre comme se référant aux chefs d'État ou de gouvernement » (*idem*), cela s'expliquant par l'emploi, « en raison du public cible d'un tel support informatif [...] des formulations simplifiées, des termes du langage ordinaire et des raccourcis » (§ 59).
- 21 Karin Åberg avance quatre arguments pour démontrer que ce raisonnement ne tient pas⁶⁶. Premièrement, « on peut se demander à quelle fréquence le grand public lit les communiqués de presse du Conseil européen » ; elle questionne ensuite la proportion dans laquelle ceux qui le font n'ont pas la capacité de faire la distinction entre « Union européenne » et « États membres de l'Union européenne ». Puis, elle soulève une évidence : ni les défenseurs, ni le Tribunal n'explique en quoi « l'utilisation d'un terme incorrect pourrait faciliter la tâche » de compréhension. Elle souligne enfin que si « UE » et « États membres de l'UE » désignent la même chose, la présence des deux expressions dans la Déclaration n'a aucun intérêt. Il faut rajouter qu'en admettant que le sigle « UE » ait été utilisé à des fins de simplification et de compréhension dans un

contexte journalistique, il apparaît maintes fois dans les documents techniques (susmentionnés) de plusieurs institutions européennes ou internationales, dont la rédaction n'est en aucun cas motivée par un quelconque objectif de simplification ou de compréhension.

- 22 Le Tribunal s'intéresse ensuite aux circonstances qui entourent la conclusion de la Déclaration, et constate que deux réunions ont eu lieu durant les 17 et 18 mars 2016 : la session du Conseil européen le 17 et « une réunion entre les chefs d'État ou de gouvernement » le 18 (§ 63). Le Tribunal s'appuie sur la formulation des invitations relatives à la journée du 18 mars (§ 64) puis sur des considérations protocolaires figurant dans une note interne (§ 65) pour affirmer qu'effectivement, ce n'était pas « en leur qualité de membres du Conseil européen, que les représentants des États membres de l'Union étaient appelés à rencontrer leur homologue turc ». La présence, pourtant peu innocente, du président du Conseil européen s'explique, elle, par sa « tâche de représentation et de coordination des négociations avec la République de Turquie » ; celle du président de la Commission, « par le fait que cette réunion s'inscrivait dans la continuité du dialogue politique avec la République de Turquie initié par la Commission » (§ 68). Autant d'éléments — de pure forme — qui plaident pour que les chefs d'État ou de gouvernement se soient bien réunis en tant que membres du Conseil européen, mais qui sont interprétés dans le sens inverse par le Tribunal.
- 23 La traduction que le Tribunal opère des faits le conduit à déduire que ce n'est pas le Conseil européen qui a conclu la Déclaration. La question du contenu et du but de la Déclaration a donc été soigneusement évitée par le Tribunal, à dessein. Traitée, elle aurait en effet permis d'aboutir à une tout autre solution et aurait amené le Tribunal à constater de graves violations du droit de l'Union.

B Le coût de l'adhésion du Tribunal à la *realpolitik*

- 24 En paraphrasant le propos d'Adam R. C. Humphreys, il pourrait être soutenu que les institutions européennes et les exécutifs nationaux ont opté pour une *realpolitik*, pour « une approche de la politique étrangère selon laquelle la préservation de l'Union et la promotion des intérêts nationaux sont les objectifs ultimes », en manifestant « la volonté de faire preuve de souplesse dans le choix de ses partenaires d'alliance » et « en mettant de côté les considérations idéologiques afin de manipuler l'équilibre du pouvoir pour en tirer un avantage national »⁶⁷. La coopération bilatérale entre l'Union européenne et la Turquie quant à l'immigration et l'asile est le plus pur exemple de l'emprise de la *realpolitik* sur la politique européenne en la matière. En choisissant, pour la mise en œuvre de sa politique migratoire, la Turquie comme partenaire majeur, après l'avoir longtemps vilipendée pour son attitude discutable vis-à-vis de l'État de droit et des droits de l'homme, l'Union a effectivement démontré sa grande « souplesse » dans le choix de ses alliés. Plus que de la souplesse, en s'inscrivant dans cette logique, le Tribunal a quant à lui fait preuve d'élasticité d'abord au regard de sa capacité à renier le droit primaire ainsi que sa propre jurisprudence, et encore à l'aune de la portée politique de ses décisions, homologuant une technique de gestion de crise en matière d'asile affranchie du respect de l'État de droit et des droits fondamentaux.
- 25 Le premier constat à tirer de l'ordonnance du Tribunal concerne l'ordre juridique de l'Union européenne, quant à la répartition des compétences en son sein. Bien que la politique d'asile et d'immigration soit largement intégrée, les États membres sont rétifs

à la méthode communautaire en la matière. Il s'ensuit inévitablement son contournement et un retour à la méthode intergouvernementale. C'est ce phénomène que Sergio Carrera, Leonhard den Hertog et Marco Stefan ont qualifié comme étant « une tentative d'inverse[ment] de la “lisbonnisation” de la politique migratoire de l'UE »⁶⁸. Le premier objectif de la Déclaration est que « tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 [soient] renvoyés en Turquie ». Cette question relève de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), qui a fait l'objet d'une communautarisation de par l'adoption du traité de Lisbonne et qui concerne une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres⁶⁹. Dans un domaine de compétence partagée, « les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne »⁷⁰. L'Union a déjà exercé sa compétence en matière de réadmission des ressortissants de pays tiers, en l'occurrence turcs, puisqu'ayant conclu avec la Turquie un accord de réadmission le 16 décembre 2013⁷¹. Le TFUE prévoit que la conclusion des accords de réadmission relève d'une compétence partagée entre l'Union et ses États membres, puisqu'appartenant au domaine de l'ELSJ⁷². Toutefois, l'Union en a même l'exclusivité au regard de la doctrine issue de la jurisprudence *AETR*⁷³, désormais codifiée dans le TFUE. Ce dernier assoit que « l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée »⁷⁴. Dans les domaines de compétence partagée où l'Union a déjà exercé sa compétence, les États membres ne peuvent plus conclure des accords internationaux. *A fortiori*, comme le fait remarquer Narin Idriz⁷⁵, ils ne peuvent pas non plus prendre des mesures qui pourraient conduire à l'adoption d'actes ayant des effets juridiques⁷⁶, ce qui est le cas de la Déclaration. Preuve que la conclusion de la Déclaration a bien induit des obligations juridiques et affecté les règles communes, le Parlement grec a adopté, quelques jours après la conclusion de la Déclaration, une nouvelle législation⁷⁷ introduisant entre autres la procédure accélérée aux frontières et l'ajout d'un critère initial de recevabilité des demandes d'asile aux frontières, « aux fins de mises en œuvre de la Déclaration »⁷⁸.

- 26 La Déclaration évoque également trois autres domaines, points de négociations euro-turques, qui relèvent d'une compétence exclusive de l'Union européenne : la libéralisation des visas pour les ressortissants turcs⁷⁹ (point 5 de la Déclaration), l'union douanière⁸⁰ (point 7) et le processus d'adhésion à l'Union⁸¹ (point 8), qui n'ont pas pu être abordés par les chefs d'État ou de gouvernement autrement qu'en leur qualité de membres du Conseil européen. L'inverse les aurait placés d'office dans l'illégalité. Il est parfaitement inenvisageable que les États européens, de manière individuelle, puissent donner des garanties à un État tiers concernant son adhésion à l'Union. C'est ce que souligne Luigi Limone : le Tribunal n'a pas considéré comme problématique que les membres d'une institution de l'Union puissent, individuellement, adopter des mesures dans un domaine qui dépend uniquement de la compétence de l'Union, au mépris des règles du droit communautaire, qu'il soit procédural ou matériel⁸². Bien au contraire, il semble que la décision du Tribunal soit une approbation implicite de cette « renationalisation » des compétences en cas de circonstances exceptionnelles.
- 27 L'ordonnance du Tribunal a été rendue au mépris d'un autre principe fondateur de l'ordre juridique européen : le devoir de coopération loyale, prévu par l'article 4 § 3 du traité sur l'Union européenne (TUE). La jurisprudence *AETR* en avait posé les

fondements en matière de relations extérieures, en affirmant qu'une compétence partagée pouvait devenir exclusive pour l'Union européenne dans le but d'assurer la bonne application des règles communes établies dans ce domaine. Pour Eleftheria Neframi, cette manifestation du principe ne se fait que « dans sa fonction supplétive » ; la Cour est allée plus loin en le faisant se manifester « dans sa fonction identificatrice », c'est-à-dire que « même en l'absence d'occupation du terrain par des règles communes, les États membres ont l'obligation de s'abstenir d'une action externe qui pourrait affecter l'application des règles de l'Union ». Ainsi, « les États membres ont un devoir d'abstention de l'action internationale en vue de préserver l'application effective des règles communes, ce qui correspond à l'obligation de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union »⁸³. Autrement dit, quand l'Union a adopté une mesure dans un domaine dans lequel elle dispose d'une compétence exclusive, les États membres ont deux choix : agir en respectant le positionnement de l'Union ou s'abstenir d'agir. S'il n'existe pas de positionnement de l'Union, les États membres ne peuvent pas agir du tout. Étant donné que les États membres ont agi individuellement alors même que l'Union ne s'était pas positionnée à l'égard de la Déclaration, les États membres ont violé le principe de coopération loyale, affectant dans le même temps celui de l'autonomie externe du droit de l'Union. Ce principe veut que l'action externe de l'Union ou de ses États membres ne doit pas affecter l'intégrité du droit et de l'ordre juridique communautaires⁸⁴. Selon une jurisprudence constante, la Cour met en lumière les implications qu'emportait pour elle la notion d'autonomie de l'ordre juridique européen. Elle « suppose, d'une part, que les compétences de la Communauté et de ses institutions, telles qu'elles sont conçues dans le traité, ne soient pas dénaturées »⁸⁵ ; d'autre part, « que les procédures visant à assurer une interprétation uniforme des traités, en particulier les procédures impliquant un organe judiciaire externe, n'ont pas pour effet de lier l'UE et ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, à une interprétation particulière des règles du droit communautaire »⁸⁶. Cependant, il est clair que la conclusion de la Déclaration a dénaturé la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, et que le Tribunal n'a pas fait de grief à cet égard. En outre, d'après la solution du Tribunal, le contenu de la Déclaration impose, eu égard à sa forme clandestine, une lecture très particulière du droit de l'Union consistant à ne lui appliquer aucun contrôle, qu'il soit démocratique, parlementaire ou juridictionnel.

- 28 La décision du Tribunal en faveur de « la softification des engagements de droit dur en documents de mise en œuvre de second rang à faible réglementation » participe donc d'un mouvement de « bouleversement des équilibres institutionnels » et de « renversement des hiérarchies normatives »⁸⁷. En effet, elle permet de « contourne[r] les garanties des droits fondamentaux de l'UE, augmentant ainsi le risque de violations, privant les personnes concernées des protections procédurales et judiciaires inhérentes aux instruments juridiquement contraignants, conformément à l'État de droit »⁸⁸. Un mois après la publication de la Déclaration, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait dénoncé les failles du système d'asile grec, les conditions de rétention des demandeurs d'asile dans les *hotspots*, le renvoi des demandeurs d'asile en Turquie et ainsi l'incompatibilité avec le droit de l'Union et le droit international que représenterait sa certification comme « pays tiers sûr », l'effet non suspensif des recours contre les décisions de renvoi et ses craintes concernant un taux de réinstallation potentiellement faible⁸⁹. Les inquiétudes qui étaient exprimées deux ans après la parution de la Déclaration concernant son bilan demeurent d'actualité plus

d'un an après : le mécanisme du « un pour un » s'est transformé en un « puissant moyen de dissuasion » et l'interdiction faite aux demandeurs d'asile de se rendre sur le continent européen à partir de mars 2016 a conduit à « des conditions dramatiques dans des *hotspots* de l'UE surpeuplés et sous-équipés »⁹⁰. Les requérants dans l'affaire portée devant le Tribunal avaient pourtant bien soulevé des questions relatives au respect des droits fondamentaux par la Déclaration, notamment ceux garantis par la Charte des droits fondamentaux. De même, ils contestent le statut de « pays tiers sûr » de la Turquie au sens de la directive 2013/32/UE et soutiennent que la directive 2001/55/CE n'a pas été transposée⁹¹. En se déclarant incompétent, le Tribunal a évité de répondre bien opportunément à ces questions.

- 29 Le Conseil d'État grec a en partie répondu à sa place. Les parties à la Déclaration étant convenues, *inter alia*, du renvoi vers la Turquie de « tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 », la Turquie revêt *de facto* les attributs d'un « pays tiers sûr », même si la Déclaration ne le mentionne pas explicitement. La plus haute juridiction administrative grecque a ainsi estimé qu'à cet égard la Turquie pouvait être considérée comme un « pays tiers sûr »⁹², permettant ainsi de poursuivre les rejets des demandes d'asile dans la quasi-totalité des cas, bien que cette décision, « conforme à la volonté politique en Europe », soit fortement critiquée à l'aune des pratiques turques en matière de reconduite à la frontière et de garantie du principe de non-refoulement⁹³.
- 30 Malgré ces circonstances et conséquences, le Tribunal a déduit que la Déclaration « ne [pouvait] pas être considérée comme un acte adopté par le Conseil européen » (§ 71), et que, quand bien même un accord international aurait été conclu par les chefs d'État ou de gouvernement, il ne serait pas compétent pour statuer sur sa légalité. Cette attitude de la part du Tribunal n'est pas surprenante si elle est lue à la lumière des circonstances politiques qui l'ont motivée. Elle est révélatrice d'une méthode exceptionnelle, partagée par la Cour de justice lors d'une crise politique, consistant à approuver de manière passive le contournement des garanties procédurales offertes par le droit communautaire par les États membres et à leur accorder une marge de manœuvre très large pour ne pas entraver leurs choix politiques.

II L'attitude évasive de la Cour de justice

- 31 De grandes attentes ont été suscitées par le pourvoi des trois requérants contre la décision du Tribunal, cette dernière ayant connu une issue particulièrement décevante tant au regard de sa rigueur que de son objectivité. Les trois ordonnances de la Cour ne sont pourtant pas plus innovantes. La Cour y opère un examen minutieux du respect des exigences formelles relatives aux recours, à tel point que, selon toute vraisemblance, elle s'en sert pour rejeter ceux des trois requérants (A). Si cette stratégie consiste pour la Cour à vouloir se préserver des conséquences éventuelles de cette affaire, son excès de prudence l'a conduite à renoncer à son contrôle sur une catégorie de droit mou en pleine expansion et ainsi à se marginaliser pour longtemps dans ce domaine (B).

A La « tour d'ivoire du formalisme »⁹⁴

- 32 Les trois ordonnances de la Cour de justice, quant à elles, révèlent une position *a minima* : elles ne consistent qu'à mettre en évidence les écueils de la triple requête pour, *in fine*, ne pas répondre à la question essentielle qui lui est posée. Alors que le Tribunal s'était contenté, sans trop d'efforts, d'examiner la forme de la Déclaration pour éviter d'en analyser le fond, la Cour se limite à disqualifier la forme des recours qui se sont présentés à elle pour économiser un examen de leur fond.
- 33 Car les ordonnances de la Cour, formulées dans des termes identiques, sont courtes : sa position sur les pourvois des requérants tient sur quatre pages. La Cour disqualifie les pourvois dans leur globalité. Elle les considère « dépourvus de cohérence », de clarté et de précision et se limitant à des « affirmations générales » (§ 16). Mettant en perspective ces carences avec sa jurisprudence relative aux qualités indispensables d'un recours, c'est-à-dire la précision des arguments, la présence des arguments juridiques (§ 12) et d'une structure cohérente (§ 14), elle affirme qu'elle n'est pas en mesure « d'exercer [s]a mission » et « d'effectuer son contrôle de légalité » (§ 17). Une telle argumentation aurait certainement suffi à rejeter les recours des trois requérants. Mais la Cour entend visiblement établir qu'elle a été empêchée de statuer correctement sur ces pourvois en insistant, dans la suite de son argumentaire, sur leur insuffisance dans leur détail.
- 34 À l'accusation de manque de motivation qui serait celle de l'ordonnance du Tribunal, la Cour répond que « les requérants se limitent à renvoyer aux arguments soumis au Tribunal », pour « obtenir de la Cour un simple réexamen des arguments présentés devant le Tribunal », ce qui n'est pas, jurisprudence à l'appui, de sa compétence (§ 22). Les requérants reprochent également au Tribunal de n'avoir pas suffisamment examiné la question de savoir si la Déclaration avait été conclue par le Conseil européen. La Cour balaye ce second grief en affirmant que les requérants n'identifient « aucune erreur de droit » de la part du Tribunal et qu'il ne serait que l'expression du « désaccord » des requérants vis-à-vis de sa décision (§ 24). De plus, le Tribunal aurait méconnu « des questions de fait pertinentes », ignoré « des éléments de preuve du dossier » et négligé des « questions importantes ». Soulignant que seul le Tribunal est compétent pour constater et apprécier les faits ainsi que pour juger de la valeur des preuves qui lui sont apportées (§ 26), la Cour refuse de se pencher sur leur éventuelle dénaturation par lui, puisque cette dernière ne serait pas démontrée par les requérants (§ 28). La Cour en conclut que le recours n'a pour objectif que d'exprimer le « désaccord » des demandeurs « à l'égard de l'appréciation des faits opérée par le Tribunal » et d'en demander une nouvelle, sans démontrer en quoi celle énoncée par le Tribunal serait inexacte (§ 29). C'est la raison pour laquelle la Cour rejette les pourvois (§ 30).
- 35 Ces ordonnances de la Cour ne tranchent en aucun cas le débat ouvert devant le Tribunal. Elles se contentent de souligner le manque de cohérence, de clarté et d'intelligibilité des recours pour les rejeter, sans s'intéresser un seul instant à leur contenu. Il ne serait pas sans risque d'adresser des critiques qui pourraient être injustifiées à la Cour concernant ses ordonnances, étant donné que les mémoires des requérants qu'elle a considérés comme étant dépourvus des qualités susdites sont confidentiels et non accessibles au public. Nonobstant, il est permis de s'étonner de cette disqualification totale de la forme des pourvois par la Cour, d'abord à la lumière du fait que ni la qualité formelle, ni le bien-fondé de leurs requêtes n'a été contesté en

première instance par le Tribunal. C'est même le contraire : le Tribunal avait accepté de faire droit à la demande de procédure accélérée déposée par les requérants (§§ 15 à 18 des ordonnances), témoignant ainsi de l'« urgence particulière »⁹⁵ de l'affaire, nécessitant un « traitement prioritaire »⁹⁶. La demande de procédure accélérée n'est pas une démarche anodine, et « peut être assortie de conditions relatives au volume et à la présentation des mémoires des parties principales, au déroulement ultérieur de la procédure ou aux moyens et arguments sur lesquels le Tribunal sera appelé à se prononcer »⁹⁷. De surcroît, le Conseil européen s'était opposé à cette demande de procédure accélérée, « en concluant en substance que les conditions d'application de cette procédure n'étaient pas remplies » (§ 16 des ordonnances). Cette réticence du Conseil européen est l'exemple topique de son attitude dilatoire vis-à-vis de la résolution de cette affaire, craignant certainement que le Tribunal adopte un raisonnement qui aurait contrarié la mise en pratique de la Déclaration.

36 Si l'on opère une brève comparaison entre les requêtes présentées devant le Tribunal et devant la Cour telles qu'elles apparaissent sur le site Internet « EUR-Lex », on constate une légère différence qui n'a certainement pas dû jouer en la faveur des requérants. Alors que les recours introduits devant le Tribunal présentent cinq « moyens et principaux arguments » de quatre ou cinq lignes chacun⁹⁸, ceux présentés devant la Cour sont au nombre de huit mais souffrent d'une rédaction moins aboutie : ils ne font qu'une ligne chacun⁹⁹. Il est possible que la Cour ait profité de cette faille dans l'argumentation des requérants pour rejeter leur recours, profitant ainsi de la très grande marge de manœuvre qui est la sienne en matière d'interprétation des règles procédurales. On sait qu'un pourvoi devant la Cour doit se limiter aux questions de droit et qu'il peut être fondé sur trois moyens, définis de manière laconique par le statut de la Cour de justice : « incompétence du Tribunal », « irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante » et « violation du droit de l'Union par le Tribunal »¹⁰⁰. Néanmoins, il est permis de questionner sur quels critères la Cour se repose pour apprécier le niveau de cohérence, de clarté et de précision des arguments des requérants, ou encore de leur démonstration d'une erreur de droit ou d'une dénaturation des preuves par le Tribunal¹⁰¹.

37 Même en supposant que les arguments des requérants en faveur d'une annulation de la décision du Tribunal aient été extrêmement mal formulés, ce dont il est permis de douter, la Cour aurait dû saisir l'occasion de restaurer la crédibilité des institutions européennes, largement atteinte après les trois ordonnances du Tribunal. Cela est d'autant plus vrai qu'en vertu du droit procédural européen, si un recours devant la Cour est déclaré irrecevable, la décision de première instance, devenue définitive, acquiert l'autorité de la chose jugée, ce que s'est empressé de rappeler le service juridique du Conseil de l'Union européenne¹⁰². Le comportement passif du Tribunal, approuvant de fait le contournement du contrôle parlementaire et juridictionnel de la Déclaration, a levé le voile sur une complicité dangereuse entre pouvoir exécutif européen, pouvoir judiciaire européen et États membres pour agir en dehors du cadre prévu par le traité. Ces inquiétudes sur une possible collusion entre ces trois pouvoirs découlent de la tendance de la Cour à ne pas vouloir faire application de sa propre jurisprudence dans l'espèce considérée. Dans une affaire récente, la Commission avait adopté une décision relative à la signature d'un *addendum* au protocole d'accord entre l'Union et la Suisse, visant la participation de cette dernière au marché intérieur élargi. La Commission avait agi de la sorte sans feu vert préalable du Conseil, qui l'avait

seulement autorisée à négocier. La Commission avait justifié sa conduite par le fait que l'*addendum* était non contraignant et constituait seulement un acte de représentation extérieure de l'Union. Considérant que la Commission l'avait signé sans autorisation et, par là même, violé les principes d'attribution et de l'équilibre institutionnel, mais en même temps que l'annulation de la décision sans en maintenir les effets nuirait aux relations entre l'Union et la Suisse, la Cour avait décidé d'annuler la décision et d'en maintenir les effets jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision¹⁰³. Dans le cas qui nous intéresse, la Cour avait donc toute latitude pour prononcer une solution différente. Même si cela avait abouti à une conclusion identique, le raisonnement de la Cour dans son ordonnance aurait pu être profondément étayé à l'aide d'arguments de fond. Ainsi, elle aurait dissipé toute suspicion sur ce soutien appuyé de la CJUE à ce qui semble être un « type particulier de “fédéralisme exécutif” », consistant en une « entreprise d'auto-habilitation technocratique qu'un Conseil européen à [vingt-huit], déterminé à gouverner à coup de décisions informelles, au mépris des traités, est en train de mettre en place »¹⁰⁴. Avant d'étudier la question de ce soutien implicite, il y a lieu d'évoquer une interprétation intéressante des conditions qui ont entouré le formalisme de la Cour et qui a été proposée par Thomas Spijkerboer.

38 Selon celui-ci, il existe aujourd'hui une « bifurcation inégale » de la mobilité humaine mondiale: « *The bifurcation does not result in a situation where people from the global North can move freely within the global North, and people from the global South in (regions of) the global South. There is more to it, because people from the global North can, in addition, move easily to the global South, while the reverse is not the case.* »¹⁰⁵ Pour Thomas Spijkerboer, la CJUE inscrit parfaitement sa vision de l'Union européenne dans ce schéma. Certes, l'analyse concerne l'ordonnance du Tribunal, mais elle est parfaitement transposable à celle de la Cour de justice. Alors que le raisonnement du Tribunal peut paraître en-deçà des attentes et relativement simpliste, à l'instar de celui de la Cour, Thomas Spijkerboer estime que le Tribunal « a dû travailler assez dur pour parvenir à son résultat dans l'arrêt UE-Turquie »¹⁰⁶. En effet, le Tribunal se serait retrouvé en quelque sorte piégé, et n'aurait eu d'autre choix que de s'en remettre à une analyse de pure forme. Ce raisonnement est valable pour la Cour.

39 Comme le montre avec force Thomas Spijkerboer, le Tribunal était confronté à un dilemme. Il avait deux choix : « appliqu[er] ses méthodes d'interprétation anti-formelles et téléologiques habituelles », ce qui « [aurait conduit] à une série d'arrêts très controversés (entraînant, par exemple, l'annulation de la déclaration UE-Turquie [...]) », ou « adapt[er] ses méthodes d'interprétation habituelles en limitant son anti-formalisme et son interprétation téléologique », ce qui « [aurait sapé] le projet de la Cour ou le projet européen tel que la Cour l'envisage »¹⁰⁷. Ainsi s'explique le recours au formalisme. En effet, pour Thomas Spijkerboer, la CJUE a choisi de ne pas appliquer le droit européen à n'importe quel requérant, et donc « contourn[e] les droits de l'homme dans le droit européen, cette isolation se fai[san]t de préférence par des formalités ». Ce sont effectivement « de pures formalités qui sont utilisées pour retenir [...] les détenus des camps de réfugiés grecs non seulement en dehors du territoire de l'Union européenne, mais aussi en dehors du cadre du droit européen »¹⁰⁸. Le formalisme de la CJUE est donc son pis-aller : il lui évite d'étudier la compatibilité de la Déclaration au droit européen et international en matière d'asile. Elle se préserve ainsi des controverses qu'auraient pu causer des solutions telles que le constat de l'irrégularité de la Déclaration, le constat de sa régularité (ce qui aurait induit d'interpréter le droit d'asile de manière très étroite), la conclusion que la Déclaration ne produit pas d'effets

juridiques à l'égard des tiers (ce qui aurait restreint sa compétence dans le cadre de l'article 218 du TFUE et ainsi laisser le Conseil européen adopter des traités sous forme de communiqués de presse, la marginalisant potentiellement dans d'autres domaines du droit européen), l'invocation de la doctrine *Plaumann* (qui lui aurait certes permis de rejeter les recours et d'étudier le fond de l'affaire, mais qui l'aurait contrainte à le faire dans une possible future question préjudicielle¹⁰⁹).

- 40 Quoi qu'il en soit, l'enjeu de ce pourvoi était important, puisque comme l'a très justement souligné Julie De Vrieze, rappelons-le, il « concern[ait] en fait la question de savoir si la principale réponse de l'UE à la crise migratoire — l'externalisation du contrôle des migrations par le biais de partenariats avec les principaux pays tiers d'origine et de transit — est soumise au contrôle parlementaire et judiciaire et si cette pratique a des limites juridiques constitutionnelles »¹¹⁰. L'attitude détournée de la Cour n'est toutefois pas inédite et s'inscrit dans un phénomène plus large, qui s'est déjà manifesté en matière de politique monétaire¹¹¹ et qui prend de l'importance en matière de politique d'asile et d'immigration.

B Le « passivisme judiciaire »

- 41 Dans un article daté de 1947 paru dans la revue *Fortune*, l'historien américain Arthur Meier Schlesinger, Jr. avait divisé les juges de la Cour suprême américaine en deux catégories : ceux qu'il considérait comme les partisans de l'« activisme judiciaire » (« *judicial activism* ») et ceux qu'il regardait comme les partisans de la « retenue judiciaire » (« *judicial restraint* »)¹¹². Se faisant la voix d'un juge que nous qualifierons d'activiste, Schlesinger écrit qu'« un juge sage sait que le choix politique est inévitable ; il ne fait pas semblant d'objectivité et exerce consciemment le pouvoir judiciaire en vue de résultats sociaux »¹¹³. Pour l'auteur, l'activiste judiciaire admet donc que loi et politique sont indissociables, que « la Cour ne peut échapper à la politique » et qu'il est donc préférable « qu'elle utilise donc son pouvoir politique à des fins sociales saines »¹¹⁴. Il n'y a toutefois pas de consensus autour de la définition de l'activisme judiciaire. Ze'ev Segal a tenté de définir les grandes lignes communes aux définitions des chercheurs et universitaires¹¹⁵. Il identifie ceux pour qui « le concept d'activisme judiciaire renvoie à des cas dans lesquels le tribunal crée une nouvelle règle de droit qui n'existait pas auparavant », « annulant une politique juridique qui avait été établie auparavant par un autre organe gouvernemental ou une décision judiciaire antérieure » ; se distinguent ceux pour qui « le tribunal est considéré comme activiste dans la mesure où il assume un rôle plus large, par rapport à celui d'autres branches gouvernementales, dans la détermination des valeurs qui prévaudront au sein de la société ».
- 42 La notion a pris une connotation négative dès le milieu des années 1950¹¹⁶, et comme le souligne Keenan D. Kmiec, « à mesure que le terme est devenu plus courant, sa signification est devenue de moins en moins claire »¹¹⁷. La CJUE n'a pas été épargnée par les accusations d'activisme judiciaire, qu'elles émanent d'abord de responsables politiques, comme l'ancien premier ministre français Michel Debré (« J'accuse la Cour de justice de mégalomanie malade »¹¹⁸), l'ancien premier ministre britannique Margaret Thatcher (« Certaines choses à la Cour nous déplaisent beaucoup »¹¹⁹), ou encore l'ancien président allemand Roman Herzog (« Ses décisions sont fondées sur une argumentation bâclée, [elle] ignore la volonté du législateur, voire la transforme en son

contraire, et invente des principes juridiques servant de fondement à des jugements ultérieurs »¹²⁰). Outre celles des politiques, peuvent être évoquées les positions de magistrats, comme celle de Marc Bossuyt, président émérite de la Cour constitutionnelle belge (mettant en garde contre le danger du « gouvernement des juges »¹²¹), et d'universitaires, comme Trevor C. Hartley (pour qui la CJUE interpréterait les traités « en contradiction avec le sens naturel des mots »¹²²), ou encore Hjalte Rasmussen (évoquant un « comportement judiciaire révoltant »¹²³ à propos de la solution de la Cour dans l'arrêt *Van Gend en Loos*).

- 43 La CJUE a effectivement été un moteur essentiel de l'intégration européenne. C'est elle qui, « pour contourner les obstacles politiques, économiques et institutionnels à l'achèvement des objectifs du traité », a étendu de manière considérable la portée du droit communautaire, notamment en affirmant les principes de l'effet direct (arrêt *Van Gend en Loos*¹²⁴), de la primauté (arrêt *Costa contre ENEL*¹²⁵) et de la valeur constitutionnelle (arrêt *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*¹²⁶) qu'elle lui a donnés¹²⁷. Son action pour la promotion de l'intégration dans le cadre de la libre circulation des marchandises n'est plus à démontrer¹²⁸. Pourtant, en matière d'asile et d'immigration, la tendance semble inversée. Ze'ev Segal définit ce mouvement, qui est l'opposé de l'activisme judiciaire, de la sorte : « Contrairement à l'activisme judiciaire, le concept de retenue — le passivisme judiciaire — s'exprime par la tendance du tribunal à laisser subsister la règle juridique existante et à hésiter à mettre de côté la politique juridique, qui était auparavant instituée par une autre entité, ou une décision de toute branche gouvernementale dans le cadre du droit public. »¹²⁹
- 44 Iris Goldner Lang, qui travaille sur le passivisme judiciaire, donne de la notion une définition précise et adaptée à la matière qui nous intéresse¹³⁰. À ses yeux, le passivisme judiciaire de la CJUE compose « un sous-groupe de l'activisme judiciaire », qui se manifesterait sous deux formes différentes. « Au sens étroit du terme », la CJUE serait judiciairement passive lorsqu'« en identifiant une situation donnée comme ne relevant pas du champ d'application du droit communautaire, [elle] n'examine pas le fond d'une affaire donnée et choisit activement de ne pas agir ». Au sens large du terme, le passivisme judiciaire « engloberait également les situations où la Cour utilise son rôle judiciaire (par exemple, interprétatif), mais d'une manière qui s'écarte de l'interprétation téléologique à laquelle la Cour nous a habitués au cours des dernières décennies de son office ». L'arrêt du Tribunal relatif à la déclaration UE-Turquie est un exemple topique « de passivisme judiciaire dans son sens étroit », selon Iris Goldner Lang. Cette attitude de la part du Tribunal aurait selon elle deux avantages : « maintenir la déclaration UE-Turquie » et « conclure des accords similaires avec des pays tiers ne relevant pas du champ d'application du droit communautaire et exemptés du contrôle juridictionnel de la CJUE ».
- 45 En effet, la Déclaration est loin d'être un acte isolé en la matière. Le 5 octobre 2016, 75 pays et 26 organisations et agences internationales se sont réunis pour la conférence de Bruxelles sur l'Afghanistan, lors de laquelle l'Union et ses États membres se sont engagés à fournir une aide financière de 3 milliards d'euros à l'Afghanistan¹³¹. Lors de cette conférence, l'Union et l'Afghanistan ont conclu le « *Joint Way Forward on migration issues* », présenté comme l'« engagement conjoint de l'UE et du gouvernement afghan à intensifier leur coopération en matière de lutte et de prévention des migrations irrégulières, ainsi que de retour des migrants irréguliers »¹³². En mars 2016, une note libre du Conseil de l'Union européenne avait effectivement identifié « des leviers

possibles dans tous les domaines d'action de la Commission et du SEAE [*Service européen pour l'action extérieure*] pour améliorer les retours et mettre en œuvre efficacement les engagements en matière de réadmission »¹³³ et avait plaidé pour « un deuxième dialogue à haut niveau sur la migration en marge de la conférence de Bruxelles sur l'Afghanistan (4-5 octobre 2016) afin de maximiser l'influence de l'UE »¹³⁴. Il est même prescrit, dans cette note, que l'aide financière de l'Union européenne versée à l'Afghanistan « doit être rendu[e] sensible à la migration, probablement grâce à un indicateur le liant à la politique du gouvernement en matière de migration et de retour et éventuellement à la mise en œuvre du “*Joint Way Forward*” »¹³⁵.

- 46 Bien que le pouvoir exécutif européen ait reconnu être à l'origine de ce texte, il a également précisé qu'il n'était ni un accord international, ni juridiquement contraignant¹³⁶. En effet, le *Joint Way Forward*, que la Commission a qualifié de « déclaration conjointe »¹³⁷ dans une de ses décisions, « n'a pas pour but de créer des droits ou des obligations juridiques en vertu du droit international »¹³⁸. Les similitudes avec la déclaration conclue par l'Union européenne et la Turquie sont évidemment frappantes. Il est tout à fait légitime de questionner le fait de savoir si ce *Joint Way Forward* ne serait pas « une nouvelle tentative de conclure un accord de réadmission, tout en contournant les règles (articles 79 § 3 et 218 du TFUE) prévues par les traités de l'UE pour la conclusion d'accords internationaux de réadmission et notamment l'approbation par le Parlement européen »¹³⁹. Cette tentative aurait d'autant plus de chances de succès que la CJUE s'est elle-même exclue du contrôle juridictionnel de ce type d'accords. Le phénomène est d'ailleurs large puisqu'il existe des « *Joint Way Forward* » évoquant la migration qui ont également été conclus avec l'Angola¹⁴⁰ et le Nigeria¹⁴¹. Des accords similaires existent sous une autre dénomination concernant le Bangladesh¹⁴², le Mali¹⁴³ et la Guinée¹⁴⁴, et sont en cours de négociations avec l'Éthiopie, la Côte d'Ivoire, le Ghana et la Gambie¹⁴⁵. L'Union a également conclu des « déclarations conjointes » en matière de migration ne créant pas d'obligations juridiques avec, entre autres, la Moldavie¹⁴⁶, la Géorgie¹⁴⁷, l'Azerbaïdjan¹⁴⁸, la Jordanie¹⁴⁹, le Maroc¹⁵⁰, l'Arménie¹⁵¹, la Biélorussie¹⁵² et la Tunisie¹⁵³. La Commission a institutionnalisé ce modèle de gestion des flux migratoires en élaborant, concernant l'approche européenne en matière de *hotspots*, un modèle de *Standard Operation Procedure*¹⁵⁴, instrument de droit mou qui se veut dépourvu d'obligations juridiques tant sur les États membres et tiers en vertu du droit international, européen et national, que sur la situation des exilés. Marie-Laure Basilien-Gainche a démontré qu'au contraire, ces textes avaient bien des effets juridiques, « ardemment recherchés d'ailleurs »¹⁵⁵.
- 47 Le « *Memorandum of Understanding* » conclu par l'Italie et la Libye, au sujet de « la coopération dans les domaines du développement, de la lutte contre l'immigration clandestine, de la traite des êtres humains et de la contrebande de carburant ainsi que du renforcement de la sécurité des frontières »¹⁵⁶, auquel l'Union n'est pas partie mais qui a été officiellement soutenu par elle¹⁵⁷, ne crée pas non plus d'obligations juridiques ; il peut ainsi être classé dans cette même catégorie. Mis à part ce dernier, l'Union européenne a revendiqué être partie à tous les accords susdits. Cet argument aurait incontestablement dû peser en la faveur d'une reconnaissance par la CJUE du Conseil européen comme l'auteur de la déclaration UE-Turquie. Néanmoins, le juge de l'Union a choisi d'étendre la matière juridique susceptible d'échapper à son contrôle juridictionnel en rendant tous ces accords, bien que ne créant — soi-disant — pas d'obligations juridiques, potentiellement incontrôlables. L'optimisme d'Iris Goldner Lang, qui affirmait à Bruxelles en février 2018 qu'« il [était] difficile d'imaginer que la

Cour de justice — dans la procédure d'appel qu'elle aura à traiter en l'espèce — soutiendra la position adoptée par le Tribunal et réduira ses pouvoirs institutionnels en excluant toute une catégorie d'affaires de sa compétence et de son influence »¹⁵⁸, n'a malheureusement pas trouvé d'écho à Luxembourg.

- 48 La déclaration UE-Turquie n'est pas l'unique cas dans lequel la CJUE a fait preuve de passivisme judiciaire¹⁵⁹. Son comportement en est également empreint dans les arrêts *X et X contre État belge*¹⁶⁰, *AS*¹⁶¹ et *Jafari*¹⁶². Concernant le passivisme vis-à-vis des actes extra-légaux en matière d'asile et d'immigration, la Cour est à l'exécutif européen ce que l'exécutif européen est aux États membres. En effet, si l'on peut parler de « passivisme judiciaire », il est très certainement possible de parler du « passivisme exécutif » de la Commission européenne.
- 49 Il est certain que la Commission européenne bénéficie de pouvoirs coercitifs vis-à-vis des États membres. Comme la Cour de justice¹⁶³, en matière d'asile et d'immigration, elle en a déjà fait la démonstration avec la Hongrie pour sa pénalisation des activités de soutien aux exilés et sa restriction du droit d'asile¹⁶⁴, même s'il est vrai que cette procédure a connu bien des difficultés¹⁶⁵. La Commission dispose également de la possibilité d'introduire un recours en manquement contre un État qui ne respecterait par ses obligations à l'égard des traités¹⁶⁶.
- 50 Or, force est de constater que ce pouvoir est délaissé par la « gardienne des traités » dans des situations évidentes de violation du droit de l'Union. En effet, la Commission n'a jamais rien trouvé à redire concernant les accords entre la France et le Royaume-Uni passés depuis 1986 pour la gestion de leur frontière commune, qui comportent pourtant de multiples violations du droit européen *lato sensu*, principalement à l'égard des systèmes Schengen et Dublin dans leur ensemble¹⁶⁷. Plus récemment, durant l'été 2018, l'Allemagne, la Grèce et l'Espagne ont conclu des arrangements administratifs permettant à la première de renvoyer, dans les 48 heures, les exilés qui auraient déjà déposé une demande d'asile sur le territoire de la deuxième et de la troisième¹⁶⁸. Ce qui semble être à première vue un arrangement administratif au sens de l'article 36 du règlement Dublin III n'a pourtant pas fait l'objet d'une consultation par la Commission comme l'impose cette disposition. Cela serait parfaitement normal selon l'institution, en ce que « les États membres ne sont pas obligés de consulter la Commission concernant les accords bilatéraux conclus entre États membres et allant au-delà du Règlement »¹⁶⁹. La Commission fait donc volontairement l'impasse sur un accord qui s'apparente alors plutôt à un véritable traité international, « contrev[enant] au droit communautaire qui n'autorise pas la législation au niveau national ou les accords bilatéraux/multilatéraux intersectoriels dans les domaines de compétence partagée »¹⁷⁰, et qui présente de très fortes similitudes... avec la déclaration UE-Turquie¹⁷¹.
- 51 La CJUE ne serait donc pas compétente pour contrôler la déclaration UE-Turquie, quand bien même elle se soustrait aux obligations des traités. La Commission ne serait donc pas compétente pour contrôler les accords bilatéraux conclus entre États membres, quand bien même ils se soustraient aux obligations du Règlement. Ainsi va l'Union de droit.

NOTES

1. Andrew DELAHUNTY, Sheila DIGNEN, *Oxford Dictionary of Reference and Alusion*, Oxford University Press, 2012, p. 356.
2. Parlement européen, Résolution législative sur le projet commun de budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2018, approuvé par le comité de conciliation dans le cadre de la procédure budgétaire (14587/2017 – C8- 0416/2017 – 2017/2044(BUD)), textes adoptés, « Procédure budgétaire 2018 », P8_TA(2017)0458, 30 nov. 2017, p. 14.
3. Commission européenne, Document de travail des services de la Commission, « *Turkey 2018 Report* », SWD(2018) 153 final, 17 avr. 2018.
4. *Idem*, Projet de budget rectificatif n° 5 au budget général 2018, annulation de la réserve liée à l'aide en faveur de la Turquie provenant de l'instrument d'aide de pré-adhésion (IAP II), renforcement de l'instrument européen de voisinage (IEV) et de l'aide humanitaire pour d'autres mesures urgentes, et modification du tableau des effectifs de l'Agence exécutive pour l'innovation et les réseaux (INEA) dans le cadre de l'initiative WiFi4EU, COM(2018) 537 final, 10 juil. 2018, p. 3.
5. Parlement européen, Projet de budget rectificatif n° 5/2018 : annulation de la réserve liée à l'aide en faveur de la Turquie provenant de l'instrument d'aide de pré-adhésion (IAP II), renforcement de l'instrument européen de voisinage (IEV) et de l'aide humanitaire pour d'autres mesures urgentes et modification du tableau des effectifs de l'Agence exécutive pour l'innovation et les réseaux (INEA) dans le cadre de l'initiative WiFi4EU, textes adoptés, P8_TA-PROV(2018)0365.
6. Commission européenne, « The EU Facility for Refugees in Turkey », *factsheet*, janv. 2019.
7. Chantal KAFYEKE, « L'adhésion de la Turquie à l'Union européenne : enjeux et état du débat », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006/28, n° 1933-1934, p. 8.
8. Pierre ASTIÉ, Dominique BREILLAT, Céline HISCOCK-LAGEOT, « Repères étrangers (1^{er} octobre-31 décembre 2002) », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, pp. 182-183.
9. Alican TAYLA, « L'AKP et l'autoritarisme en Turquie : une rupture illusoire », *Confluences Méditerranée*, 2012/4, n° 83, p. 87-97.
10. Sénat, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la position de la France à l'égard de l'accord de mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie relatif à la crise des réfugiés et sur les conditions de mise en œuvre de cet accord, M. Michel BILLOUT (rapporteur), 14 oct. 2016, p. 17.
11. Catherine TEULE, « “Accord” UE-Turquie : le troc indigne », *Plein droit*, 2017/3, n° 114, p. 23.
12. Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés, « Turkey Fact Sheet », sept. 2018.
13. Catherine TEULE, *op. cit.*
14. Commission européenne, « Déclaration de la Commissaire Malmström à propos de l'entrée en vigueur de l'accord de réadmission entre la Turquie et l'UE », communiqué de presse, 1^{er} oct. 2014.
15. Union européenne, République de Turquie, Accord concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE, L 134, 7 mai 2014, pp. 3-27.
16. Commission européenne, *op. cit.*
17. OIM, Global Migration Trends Factsheet 2015, 2016, p. 12.
18. Conseil de l'Union européenne, Conseil européen, « Réunion des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE avec la Turquie, 29/11/2015 – Déclaration UE-Turquie », communiqué de presse, 870/15, 29 nov. 2015.
19. Human Rights Watch, « Turkey: Syrians Pushed Back at the Border », 23 nov. 2015.

20. Seamus KEARNEY, « Turkey imposes visa requirements on Syrians arriving by air and sea from third countries », *Euronews*, 9 janv. 2016.
21. AFP, « Turkey tightens visa rules for Iraqi citizens 'to fight illegal immigration' », *Daily Mail*, 6 fév. 2016.
22. Human Rights Watch, « Turkey: Syrians Pushed Back at the Border », 23 nov. 2015.
23. Commission européenne, « Second Report on progress by Turkey in fulfilling the requirements of its visa liberalisation roadmap », rapport au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne, 4 mars 2016, SWD(2016) 97 final, p. 6.
24. *Idem*, Recommandation relative à l'établissement d'un programme d'admission humanitaire volontaire en association avec la Turquie, 11 janv. 2016, C(2015) 9490 final.
25. *Id.*, « La Commission présente une recommandation relative à l'établissement d'un programme d'admission humanitaire volontaire en association avec la Turquie en faveur des réfugiés syriens », communiqué de presse, IP/15/6330, 15 déc. 2016.
26. OIM, « L'OIM recense 360 décès et 62 000 arrivées de migrants en Grèce en janvier », 2 fév. 2016.
27. Conseil européen, « Réunion des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE avec la Turquie, 07/03/2016 », communiqué de presse, 7 mars 2016.
28. Assemblée nationale, commission des Affaires étrangères, Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 27 avril 2016 sur les Balkans, M. Pierre-Yves LE BORGNE, M. Jean-Claude MIGNON (rapporteurs), 27 fév. 2017, p. 105.
29. Conseil européen, « Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE », communiqué de presse, 8 mars 2016.
30. Amnesty International, « Sommet UE-Turquie. Les dirigeants sonnent le glas du droit de solliciter l'asile », 8 mars 2016 ; Human Rights Watch, « UE/Turquie : les reconduites à la frontière en masse menacent les droits humains », 9 mars 2016.
31. Haut-Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés, « Réaction du HCR à la déclaration des chefs d'État de l'UE et du gouvernement de la Turquie, le 7 mars », 8 mars 2016.
32. Sénat, *op. cit.*, M. Michel BILLOUT (rapporteur), p. 29.
33. Conseil européen, « Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016 », communiqué de presse, 144/16, 18 mars 2016.
34. CEDH, GC, MSS contre Belgique et Grèce, 21 janv. 2011, 30696/09.
35. République hellénique, Νόμος 4375/2016, οργάνωση και λειτουργία Υπηρεσίας Ασύλου, Αρχής Προσφυγών, Υπηρεσίας Υποδοχής και Ταυτοποίησης σύσταση Γενικής Γραμματείας Υποδοχής, προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2013/32/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου « σχετικά με τις κοινές διαδικασίες για τη χορήγηση και ανάκληση του καθεστώτος διεθνούς προστασίας (αναδιατύπωση) » (L 180/29.6.2013), διατάξεις για την εργασία δικαιούχων διεθνούς προστασίας και άλλες διατάξεις (loi n° 4375 de 2016, relative à l'organisation et au fonctionnement du Service d'asile, de la Commission de recours, du Service d'accueil et d'identification, à l'établissement d'un Secrétariat général d'accueil, à l'harmonisation de la législation grecque avec les dispositions de la directive européenne 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 "relative aux procédures communes d'octroi et de retrait de la protection internationale (refonte)", aux dispositions en matière d'embauche des bénéficiaires de protection internationale et autres dispositions », *Εφημερίς της Κυβερνήσεως* (« Gazette du gouvernement »), 3 avr. 2016, partie A', n° 51, pp. 1197-1252.
36. Règlements intérieurs et de procédure, Règlement de procédure du Tribunal, art. 151, JOUE, L 105, 23 avr. 2015, p. 49.
37. Julie DE VRIEZE, *The legal nature of the EU-Turkey Statement - Putting NF, NG and NM v. European Council in perspective*, Université de Gand, 2017-2018, p. 115.

38. Christophe GATTUSO, « Le parcours du combattant des praticiens français pour exercer au Québec », *Le Quotidien du médecin*, 28 avr. 2016.
39. Michel COLOMÈS, « Irak : Obama, un président Canada Dry », *Le Point*, 15 juin 2014.
40. Adèle SIFAUT, « Cinq ans de prison avec sursis pour le bijoutier de Nice », *Libération*, 31 mai 2018.
41. CJCE, Parlement européen contre Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes, conclusions de l'avocat général Francis JACOBS, 16 déc. 1992, C-181/91 et C-248/91, § 17.
42. Nous soulignons.
43. Nous soulignons.
44. Conseil de l'Union européenne, Conseil européen, « Réunion des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE avec la Turquie, 29/11/2015 – Déclaration UE-Turquie », communiqué de presse, 870/15, 29 nov. 2015.
45. *Idem*, « Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de l'UE », communiqué de presse, 807/16, 8 mars 2016.
46. Nous soulignons.
47. Nous soulignons.
48. République de Turquie, ministère des Affaires étrangères, direction des Affaires relatives à l'Union européenne, « Turkey-EU Summit was held on 7-8 March 2016 in Brussels », communiqué de presse, 8 mars 2016.
49. Nous soulignons.
50. Sénat, commission des Affaires européennes, Rapport d'information sur les relations entre l'Union européenne et la Turquie, MM. Jean-Yves LECONTE et André REICHARDT (rapporteurs), 6 juil. 2017, p. 23.
51. Nous soulignons.
52. Nous soulignons.
53. Sénat, Mission d'information sur la position de la France à l'égard de l'accord de mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie relatif à la crise des réfugiés et sur les conditions de mise en œuvre de cet accord, rapport d'information, M. Michel BILLOUT, 14 oct. 2016, p. 28.
54. Nous soulignons.
55. Assemblée nationale, Proposition de résolution tendant à s'opposer à toute négociation pouvant entraîner l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, 15 mars 2016, p. 4.
56. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, Premier rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2016) 231 final, 20 avr. 2016 ; Deuxième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2016) 349 final, 15 juin 2016 ; Troisième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2016) 634 final, 28 sept. 2016 ; Quatrième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2016) 792 final, 8 déc. 2016 ; Cinquième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2017) 204 final, 2 mars 2017 ; Sixième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2017) 323 final, 13 juin 2017 ; Septième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM(2017) 470 final, 6 sept. 2017.
57. Commission européenne, « Le président Juncker nomme un coordonnateur de l'UE chargé d'organiser la mise en œuvre opérationnelle en Grèce », communiqué de presse, 18 mars 2016.
58. Narin IDRIZ, « The EU-Turkey statement or the 'refugee deal': the extra-legal deal of extraordinary times? », Asser Institute, déc. 2017, p. 5.
59. Comité économique et social européen, Avis sur « le rôle de la Turquie dans la crise des réfugiés » (avis d'initiative), 2018/C 227/03, JOUE, C 227, 28 juin 2018, pp. 20-26.

60. Conseil de l'Union européenne, Décision (UE) 2016/1754 modifiant la décision (UE) 2015/1601 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, 29 sept. 2016, JOUE, L 268, 1^{er} oct. 2016, p. 82.
61. Comité européen des régions, avis — Stratégie d'élargissement 2015-2016, 2017/C 017/10, JOUE, C 17, 18 janv. 2017, p. 63.
62. Parlement européen, Résolution sur le rapport 2016 de la Commission concernant la Turquie (2016/2308(INI)), 2018/C 334/14, 6 juil. 2017, JOUE, C 334, 19 sept. 2018, p. 128.
63. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « La situation des réfugiés et des migrants dans le cadre de l'Accord UE-Turquie du 18 mars 2016 », résolution 2109 (2016), 20 avr. 2016.
64. Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés, « Position du HCR sur l'accord UE-Turquie : des garanties sur les procédures d'asile doivent prévaloir dans sa mise en œuvre », communiqué de presse, 18 mars 2016.
65. Médiateur européen, Decision in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement, 927/2016/MHZ, 18 janv. 2017.
66. Karin ÅBERG, « *Shifting the Burden – On the Legal Nature of the EU-Turkey Statement* », Université de Lund, 1^{er} sem. 2018, p. 24.
67. Adam R. C. HUMPHREYS, « *Realpolitik* », in Michael T. GIBBONS, *The Encyclopaedia of Political Thought*, Wiley-Blackwell, 2014, p. 3151.
68. Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOOG, Marco STEFAN, « *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal* », *Policy Insights, Centre for European Policy Studies*, n° 2017-15, avr. 2017, p. 8.
69. TFUE, art. 4, § 2, j).
70. TFUE, art. 2, § 2.
71. Union européenne, République de Turquie, *op. cit.*
72. TFUE, art. 4, § 2, j).
73. CJCE, Accord européen sur les transports routiers, 31 mars 1971, 22-70.
74. TFUE, art. 3, § 2.
75. Narin IDRIZ, *op. cit.*
76. CJCE, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, 12 fév. 2009, C-45/07.
77. République hellénique, Νόμος 4375/2016, *op. cit.*
78. Asterios KANAVOS, « A critical approach of the concept of Turkey as a safe-third country under the scope of the EU-Turkey “Common Statement” as interpreted by the Greek Council of State and two different Independent Appeal Committees », *European Database of Asylum Law*, 10 juil. 2018.
79. Traité instituant la Communauté européenne (TCE), art. 62, § 2, b).
80. TFUE, art. 3, § 1, a).
81. TUE, art. 49.
82. Luigi LIMONE, « Today's Court (non) decision on the (non) EU “deal”(?) with Turkey », *FREE Group*, 1^{er} mars 2017.
83. Eleftheria NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 556, mars 2012, pp. 199-200.
84. Jed ODERMATT, « When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law », *European University Institute*, 2016, p. 1.
85. CJCE, Accord sur la création d'un espace aérien européen commun, avis, 18 avr. 2002, 1/00, § 12.

86. Jan Willem VAN ROSSEM, « *The EU at Crossroads: a Constitutional Inquiry into the Way International Law Is Received within the EU Legal Order* », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses A. WESSEL, *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, 2011, p. 61.
87. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « L'emprise de la soft law dans la gestion des migrations en Europe », *L'Europe et les migrations* (à paraître), oct. 2018, p. 17.
88. Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, Elspeth GUILD, Violeta MORENO-LAX, Marion PANIZZON, Isobel ROELE, *What Is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017, p. 32.
89. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *op. cit.*
90. Marie WALTER-FRANKE, « Two years into the EU-Turkey 'deal' – taking stock », Jacques Delors Institut Berlin, 15 mars 2018.
91. Jean-Baptiste FARCY, Géraldine RENAUDIÈRE, « Tribunal de l'Union européenne, 28 février 2017, NF, NG et NM/Conseil européen, aff. T-192/16, T-193/16 et T-257/16 – L'accord UE-Turquie devant le tribunal de l'Union européenne : une incompétence lourde de conséquences ? », *Newsletter de l'EDEM*, Université catholique de Louvain, mars 2017, p. 16.
92. Ioannis STRIBIS, « Grèce », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXXII-2016, « Migrations internationales et justice constitutionnelle », p. 378.
93. Christoph TOMETTEN, « La fortification juridique de l'asile en Europe », *La Revue des droits de l'homme*, Lettre Actualités Droits-Libertés, 7 nov. 2017, § 19.
94. Daniela VITIELLO, « *Il contributo dell'Unione Europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts* », *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 3/2018, 2017-2018, p. 37.
95. Règlements intérieurs et de procédure, Règlement de procédure du Tribunal, *op. cit.*
96. *Ibidem*, art. 153, p. 69.
97. *Ibid.*, art. 151, § 3, p. 68.
98. « Recours introduit le 22 avril 2016 – NF/Conseil européen », JOUE, C 232, 27 juin 2016, p. 25 ; « Recours introduit le 22 avril 2016 – NG/Conseil européen », JOUE, C 232, 27 juin 2016, p. 26 ; « Recours introduit le 19 mai 2006 (*sic*) – NM/Conseil européen », JOUE, C 251, 11 juil. 2016, pp. 43-44.
99. « Pourvoi formé le 21 avril 2017 par NF contre l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-192/16, NF/Conseil européen », JOUE, C 231, 17 juil. 2017, pp. 12-13 ; « Pourvoi formé le 21 avril 2017 par NG contre l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-193/16, NG/Conseil européen », JOUE, C 231, 17 juil. 2017, pp. 13-14 ; « Pourvoi formé le 21 avril 2017 par NM contre l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-257/16, NM/Conseil européen », JOUE, C 231, 17 juil. 2015, pp. 14-15.
100. Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, version consolidée, modifié le 6 juil. 2016, art. 58.
101. Pieter-Augustijn VAN MALLEGHEM, « CJUE, Aff. jointes C-208/17 P à C-210/17 P, ordonnance du 12 septembre 2018, NF, NG et NM, EU :C:2018:705 – La Cour de justice refuse de revisiter la légalité de l'accord UE-Turquie », *Cahiers de l'EDEM*, Université catholique de Louvain, oct. 2018, p. 5.
102. Conseil de l'Union européenne, service juridique, note d'information, 12217/18, 20 sept. 2018.
103. CJUE, GC, Conseil de l'Union européenne contre Commission européenne, 28 juil. 2016, C-660/13.
104. Jürgen HABERMAS, *La constitution de l'Europe*, Gallimard, 2012, p. 127.

105. Thomas SPIJKERBOER, « Bifurcation of Mobility, Bifurcation of Law. Externalization of migration policy before the EU Court of Justice », *Journal of Refugee Studies*, version à paraître, 16 oct. 2017, p. 3.
106. *Ibidem*, p. 15.
107. *Ibid.*, p. 14.
108. *Ibid.*, p. 15.
109. *Ibid.*, p. 9.
110. Julie DE VRIEZE, *The legal nature of the EU-Turkey Statement – Putting NF, NG and NM v. European Council in perspective*, Université de Gand, 2017-2018, p. 115.
111. Pieter-Augustijn VAN MALLEGHEM, *op. cit.*, pp. 5-7.
112. Keenan D. KMEC, « *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism* », *California Law Review*, vol. 92, n° 1441, oct. 2004, p. 1446.
113. *Ibidem*, p. 1447.
114. *Ibid.*
115. Ze'ev SEGAL, « *Judicial Activism Vis-a-Vis Judicial Restraint: An Israeli Viewpoint* », *Tulsa Law Review*, vol. 47, n° 349, été 2011.
116. *Ibidem*, p. 1441.
117. *Ibid.*, p. 1443.
118. Assemblée nationale, débats parlementaires, compte rendu intégral – 43^e séance, 1^{er} juin 1979, JORF, 2 juin 1979, p. 4610.
119. Hansard, European Communities (Amendment) Bill, *House of Lords Debates*, 7 juin 1993, vol. 545, § 560.
120. Lüder GERKEN, Roman HERZOG, « Stop the European Court of Justice », *EUobserver*, 10 sept. 2008.
121. John DE WIT, « Bossuyt waarschuwt voor 'regering door rechters' », *Het Belang van Limburg*, 17 fév. 2011.
122. Trevor C. HARTLEY, *The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, *Law Quarterly Review*, n° 112, 1996, p. 95.
123. Hjalte RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 12.
124. CJCE, Van Gend en Loos, 5 fév. 1963, 26-62.
125. CJCE, Costa contre ENEL, 15 juil. 1964, 6-64.
126. CJCE, Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen, 23 avr. 1986, 294/83.
127. Pierre SERVAN-SCHREIBER, « La Cour de justice : pivot de la construction européenne », *Politique étrangère*, n° 1, 1996, pp. 91-94.
128. Jacques HEMON, *Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le processus de constitution et d'évolution du marché intérieur des marchandises*, Université Rennes I, 2015, pp. 52-59.
129. Ze'ev SEGAL, *op. cit.*, pp. 320-321.
130. Iris GOLDNER LANG, « Towards 'Judicial Passivism' in EU Migration and Asylum Law? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference », *Odysseus Network*, conférence annuelle, 1^{er} janv. 2018, p. 76.
131. Anna SHEA, « Europe is Betraying Afghanistan By Sending Its Refugees Home », *Time*, 5 oct. 2017.
132. SEAE (Service européen pour l'action extérieure), Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, 2 oct. 2016, p. 1.
133. Conseil de l'Union européenne, « Joint Commission-EEAS non-paper on enhancing cooperation on migration, mobility and readmission with Afghanistan », 6738/16, 3 mars 2016, p. 2.
134. *Ibidem*, p. 10.

135. *Ibid.*, p. 8.

136. Dimitris AVRAMOPOULOS, « Remarks at the European Parliament Plenary Debate: Afghanistan Joint way forward on migration issues », 26 oct. 2016.

137. Commission européenne, Décision relative à la signature, au nom de l'Union européenne, d'un « Joint Way Forward sur les questions migratoires entre l'Afghanistan et l'UE », C(2016) 6023 final, 19 sept. 2016, p. 2.

138. SEAE, *op. cit.*

139. Luigi LIMONE, « EU-Afghanistan “Joint Way Forward on migration issues”: another “surrealist” EU legal text? », *FREE Group*, 11 avr. 2017.

140. SEAE, EU-Angola Third Ministerial Joint Way Forward, 3rd Angola-European Union Ministerial Meeting – Joint Press Statement, 7 mars 2017.

141. *Idem*, Nigeria-EU Joint Way Forward, 20 juin 2016.

142. Commission européenne, Secrétariat général, « Décisions adoptées par la Commission par procédure écrite », 8 sept. 2017.

143. Conseil de l'Union européenne, « Draft Standard Operating Procedures between the EU and the Republic of Mali for the identification and return of persons without an authorisation to stay », 15050/16, 6 déc. 2016; Conseil de l'Union européenne, Outcome of the Council Meeting – 3508th Council Meeting – Justice and Home Affairs, 15391/16, 8-9 déc. 2016, p. 18.

144. Commission européenne, « EU readmission developments – State of play October 2017 », lettre de Matthias RUETE adressée à Claude MORAES, nov. 2017.

145. *Ibidem*.

146. Conseil de l'Union européenne, Joint Declaration on a Mobility Partnerships between the European Union and the Republic of Moldova, 9460/08, 21 mai 2008.

147. *Idem*, Joint Declaration on a Mobility Partnership between the European Union and Georgia, 16396/09, 20 nov. 2009.

148. Commission européenne, Joint Declaration on a Mobility Partnership between the Republic of Azerbaijan and the European Union and its Participating Member States, 5 déc. 2013.

149. Parlement européen, Joint declaration establishing a Mobility Partnership between the Hashemite Kingdom of Jordan and the European Union and its participating Member States, 9 oct. 2014.

150. Conseil de l'Union européenne, Joint declaration establishing a Mobility Partnership between the Kingdom of Morocco and the European Union and its Member States, 6139/13, 3 juin 2013.

151. *Idem*, Joint Declaration on a Mobility Partnership between the European Union and Armenia, 14963/11, 6 oct. 2011.

152. *Id.*, Draft Joint Declaration on a Mobility Partnership between the Republic of Belarus and the European Union and its Member States, DS 1233/1/15, 4 mai 2015.

153. Commission européenne, Déclaration conjointe pour le partenariat de mobilité entre la Tunisie, l'Union européenne et ses États membres participants, 3 mars 2014.

154. *Idem*, Commission Staff Working Document, « Best practices on the implementation of the hotspot approach », rapport au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil de l'Union européenne, Progress report on the European Agenda on Migration, SWD(2017) 372 final, 15 nov. 2017.

155. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.*, p. 11.

156. Odysseus Network, Memorandum of Understanding on Cooperation in the Fields of Development, the Fight against Illegal Immigration, Human Trafficking and Fuel Smuggling and on Reinforcing the Security of Borders between the State of Libya and the Italian Republic, 2 février 2017.

157. Conseil européen, « Malta Declaration by the members of the European Council on the external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route », 43/17, 3 fév. 2017.

158. Iris GOLDNER LANG, *op. cit.*, p. 79.
 159. *Ibidem*, pp. 79-85.
 160. CJUE, GC, X et X contre État belge, 7 mars 2017, C-638/16 PPU.
 161. CJUE, GC, AS contre Republika Slovenija, 26 juil. 2017, C-490/16.
 162. CJUE, GC, Jafari, 26 juil. 2017, C-646/16.
 163. CJUE, GC, République slovaque et Hongrie contre Conseil de l'Union européenne, 6 sept. 2017, C-643/15 et C-647/15.
 164. Commission européenne, « Migration et asile : la Commission franchit de nouvelles étapes dans des procédures d'infraction ouvertes contre la Hongrie », IP/18/4522, 19 juil. 2018.
 165. Cécile DUCOURTIEUX, « État de droit : l'UE incapable de sanctionner Varsovie et Budapest », *Le Monde*, 19 sept. 2018.
 166. TFUE, art. 258.
 167. Antoine GUÉRIN, *Aspects juridiques européens de la situation migratoire à Calais*, collection « Les mémoires de l'Équipe de droit international, européen et comparé », Université Jean Moulin Lyon III, 2017.
 168. Carla BLEIKER, « What you need to know: The German-Spanish migrant deal », *Deutsche Welle*, 13 août 2018.
 169. Commission européenne, « Votre demande d'accès à des documents », courrier n° 2018/4931, 19 oct. 2018.
 170. Stathis POULARAKIS, « The Case of the Administrative Arrangement between Greece and Germany: A tale of "paraDublin activity"? », *European Database of Asylum Law*, 5 nov. 2018.
 171. Refugee Support Aegean, « The Administrative Arrangement between Greece and Germany », 1^{er} nov. 2018.
-

RÉSUMÉS

L'Union européenne et la Turquie sont convenues, le 18 mars 2016, de plusieurs mesures visant à « mettre fin à la migration irrégulière » de la seconde vers la première, au travers d'une « déclaration » matérialisée par un communiqué de presse diffusé sur le site Internet du Conseil européen. Saisie des requêtes de trois demandeurs d'asile craignant d'être renvoyés en Turquie sur le fondement de cette « déclaration », la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer sur l'ambiguïté de cet accord, considéré par les demandeurs comme un acte international conclu par le Conseil européen agissant au nom de l'Union. Sa conclusion n'aurait pas, selon eux, respecté les règles imposées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) en matière d'accords internationaux. Au surplus, ses dispositions seraient contraires au droit européen de l'asile et aux droits fondamentaux. Au terme d'un raisonnement sinueux, le Tribunal a rejeté ces requêtes. Considérant que la Déclaration n'était pas un acte du Conseil européen, en dépit de très nombreux indices prouvant l'inverse, il s'est déclaré incompétent pour juger de sa légalité. La Cour de justice, ayant eu à connaître des recours des demandeurs contre la décision du Tribunal, s'est servi du formalisme juridique comme d'un expédient : sans questionner le fond des recours, elle les a rejetés au prétexte de manquements aux exigences formelles. Les décisions des deux juridictions, distinctes quant à leurs moyens, sont identiques quant à leur finalité : éviter le contrôle juridictionnel de la Déclaration et ainsi valider le recours, passé et futur, à la méthode intergouvernementale en matière d'asile en temps

de crise, même s'il implique le contournement du droit de l'Union européenne, le détournement des institutions européennes et la marginalisation du contrôle démocratique et juridictionnel.

On 18 March 2016, the European Union and Turkey agreed on several measures to “put an end to irregular migration” from the second to the first, through a “statement” in the form of a press release on the European Council’s website. When hearing the applications of three asylum seekers who feared to be sent back to Turkey on the basis of this “statement”, the Court of Justice of the European Union had to rule on the ambiguity of this agreement, which the applicants considered to be an international act concluded by the European Council acting on behalf of the Union. In their view, its conclusion did not comply with the rules imposed by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) on international agreements. Moreover, its provisions would be contrary to European asylum law and fundamental rights. After a sinuous process of reasoning, the General Court dismissed these applications. Considering that the Declaration was not an act of the European Council, despite many indications to the contrary, it declared itself incompetent to judge its legality. The Court of Justice, having had to hear the applicants’ appeals against the General Court’s decision, used legal formalism as an expedient: without questioning the substance of the appeals, it dismissed them on the pretext of failure to comply with formal requirements. The decisions of the two courts, which are different in terms of their means, are identical in terms of their purpose: to avoid judicial review of the Declaration and thus to validate the use, past and future, of the intergovernmental method in asylum matters in times of crisis, even if it involves circumvention of European Union law, misuse of the European institutions and marginalisation of democratic and judicial control.

INDEX

Mots-clés : Union européenne, Turquie, accord bilatéral, migrations, réfugiés, asile, refoulement

Keywords : European Union, Turkey, bilateral agreement, migrations, refugees, asylum, refoulement

AUTEUR

ANTOINE GUÉRIN

Antoine Guérin est Doctorant en droit public à l’université Jean Moulin Lyon III