



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2019, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, Consigliere della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Cattedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2019, n. 2

Editoriale

Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, diritti fondamentali e dialogo tra giudici p. 1
Guido Raimondi

Saggi e Articoli

In tema di informazioni sui Paesi di origine nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale p. 4
Giovanni Cellamare

Comentarios sobre el reto de una estrategia española de seguridad aeroespacial y ciertas lagunas jurídicas p. 17
Juan Manuel de Faramiñán Gilbert

Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi) p. 35
Antonio Ruggeri

Commenti e Note

To trust or not to trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d'arresto europeo e sistema comune di asilo p. 64
Valentina Carlino e Giammaria Milani

The challenge of today's Area of Freedom, Security and Justice: a re-appropriation of the balance between claims of national security and fundamental rights p. 90
Roila Mavrouli

The tale of the European sandcastle: on the convergence and divergence of national detention systems across the European Union p. 120
Christos Papachristopoulos

La nécessaire harmonisation du visa humanitaire dans le droit de l'Union Européenne au prisme de l'asile p. 140
Chiara Parisi



Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità “*intenzionale*”: il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano p. 160
Luigimaria Riccardi

Il difficile cammino verso una “tutela integrata” delle donne vittime di violenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: sviluppi normativi e perduranti profili di criticità p. 184
Valeria Tevere



LA NECESSAIRE HARMONISATION DU VISA HUMANITAIRE DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE AU PRISME DE L'ASILE

Chiara Parisi*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Le visa humanitaire dans le Code Schengen: difficultés. – 2.1. Des conditions de délivrance exceptionnelles. – 2.2. Des critères d'application indéterminés. – 3. Le visa humanitaire pour l'asile: une mesure souhaitée. – 3.1. Le débat autour du changement de l'instrument juridique applicable. – 3.2. Une application divergente par les Etats membres à l'encontre de l'harmonisation.

1. Introduction

Dans une démarche d'harmonisation des domaines du droit de l'UE, l'Espace de liberté, de sécurité et de justice a donné un nouvel élan à la collaboration entre Etats membres dans l'élaboration d'une politique intégrée pour la gestion des frontières extérieures et la régulation du trafic migratoire en Europe. En effet, c'est en raison de l'effacement des contrôles aux frontières intérieures de certains Etats membres au bénéfice des citoyens européens, que l'Union Européenne a dû mettre au point une politique de meilleure administration des frontières externes, dans un souci de sécurisation de l'espace intérieur européen.

Depuis le traité d'Amsterdam de 1997, qui se donne pour objectif d'établir un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), la politique migratoire n'a cessé d'être au centre de multiples discussions et débats en vue d'une réforme dont le but serait d'arriver à atteindre une gestion migratoire plus uniforme dans les Etats membres. Différentes mesures ont été proposées et mises en œuvre afin de trouver une solution concrète au problème de la gestion du flux migratoire, dans un contexte de «*burden sharing*» et de solidarité entre les Etats membres. A l'heure actuelle, le problème migratoire que connaît l'Union, et que les gouvernements étatiques ne cessent de qualifier de «*crise*» migratoire, a plutôt donné lieu à un mouvement de fermeture des frontières, qui ne date pas d'aujourd'hui. Cette politique remonte aux années '70¹ et elle

Double blind peer reviewed article.

* Doctorante en droit public, Université de Nice – Sophia Antipolis. E-mail: cp.chiara.parisi@gmail.com.

¹ L. GABRIELLI, *Les enjeux de la sécurisation de la question migratoire dans les relations de l'Union Européenne avec l'Afrique. Un essai d'analyse*, in *Politique européenne*, 2007, n. 2, p. 153.

a eu pour résultat de contribuer davantage à l'intensification des réseaux de trafiquants d'êtres humains. On pourrait avancer qu'il s'agit d'un résultat presque prévisible et inévitable dès lors qu'à l'heure actuelle, il n'existe pas de titres légaux pour atteindre le territoire de l'Union Européenne depuis un pays tiers pour ceux qui ne peuvent obtenir régulièrement un visa ou un quelconque document accepté pour l'accès dans l'espace européen. En effet, des programmes sont prévus par les gouvernements en concertation avec les organismes internationaux ou par les acteurs privés, tel que les programmes de réinstallation et de missions détachées, mais ceux-ci restent assez insuffisants et souvent ponctuels. L'Union Européenne se trouve aujourd'hui face à la nécessité de trouver un équilibre entre le besoin de sécuriser son territoire et le devoir de protéger les droits inaliénables de la personne humaine et, par conséquent, accentuer la lutte contre le trafic d'êtres humains dont sont victimes les personnes qui traversent les routes migratoires à la recherche de protection.

Tout d'abord, le débat autour de la question migratoire a été réanimé à la suite des événements tragiques qui touchent la Méditerranée depuis des années, où des milliers de personnes essayant de traverser la mer y ont connu la mort². Au-delà des émotions que cela peut susciter, l'arrivée de manière irrégulière d'un nombre conséquent de personnes sur le territoire de l'Union Européenne, afin d'y introduire une demande d'asile dans l'un des Etats membres, a provoqué la remise en question des principes fondateurs de l'UE, c'est-à-dire du principe de solidarité³ entre Etats membres et de confiance mutuelle⁴, dès lors que, depuis le début de la crise, toute tentative de répartition équitable du nombre des *irréguliers* en quête de protection internationale n'a pas abouti⁵. Le poids gravant davantage sur les pays-frontières, c'est-à-dire ceux aux portes de l'UE, les Etats ont fait preuve d'indiscipline en matière de relocation des demandeurs d'asile selon un plan lancé par la Commission⁶. Cette situation découle aussi du *système*

² Missing Migrant Project, base de données interactive, Organisation Internationale pour les Migrations, <http://missingmigrants.iom.int/>.

³ L'article 80 TFUE prévoit que: «*Les politiques de l'Union visées au présent chapitre et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. Chaque fois que cela est nécessaire, les actes de l'Union adoptés en vertu du présent chapitre contiennent des mesures appropriées pour l'application de ce principe*». De la sorte, l'UE fait du principe de solidarité la base de la mise en œuvre des politiques européennes en matière d'asile. Néanmoins, la crise migratoire en Europe a remis en question ce principe, au point que la doctrine a parlé d'une crise de la solidarité entre les Etats membres au moment de la mise en œuvre du partage du nombre des demandeurs d'asile.

⁴ Communication de la Commission Européenne, *Agenda européen en matière de migration*, Bruxelles, 13 mai 2015, p. 14: «*L'une des faiblesses mises en évidence dans l'actuelle politique d'asile tient au manque de confiance réciproque entre les États membres, notamment en raison de la fragmentation persistante du régime d'asile*».

⁵ J.B FARCY, E. O'NEILL, D. WATT, *Cherche désespérément solidarité: quand la saga de l'asile dans l'Union Européenne continue*, 5 avril 2016 [En ligne], disponible sur le site du Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ), URL: <http://www.gdr-elsj.eu/2016/04/05/asile/4790/> (consulté le 31 mars 2019).

⁶ Deux ans après le lancement du programme, seul un faible pourcentage de migrants a été effectivement relocalisé et la Commission a ouvert des procédures d'infractions à l'encontre de la Pologne, Hongrie et République Tchèque. Source : Communiqué de presse de la Commission Européenne, *Relocalisation : la Commission saisit la Cour de justice d'un recours contre la République tchèque, la Hongrie et la*

Dublin, du nom du Règlement Dublin⁷ qui prévoit des normes en matière de pays responsable des demandes d'asile. L'une des critiques principales mues à l'encontre de ce système repose sur la règle du premier pays d'entrée qui serait par conséquent celui responsable du traitement des demandes d'asile. Naturellement, cela a eu pour conséquence de faire graver un poids plus lourd sur les pays cibles de la migration irrégulière, tels que l'Italie ou la Grèce⁸, et en a fait découler une répartition totalement inéquitable de la gestion de ces flux entre les Etats membres, en passant de la politique de «*burden sharing*» à celle de «*burden shifting*»⁹. De plus, toute tentative de réforme du Règlement vers un système qui prenne en compte notamment la situation personnelle du demandeur au profit d'une répartition du nombre des arrivants¹⁰ a échoué face aux refus de certains pays¹¹. En effet, il ne faudrait pas négliger que les pays européens vivent en ce moment un tournant politique caractérisé par la montée des partis les plus extrémistes et les moins disposés à collaborer en matière de migration. Cela reflète notamment une vague d'intolérance que vit l'Europe, fruit des années de politique de mystification et de manipulation de la question migratoire.

A la lumière des analyses des données sur la migration en Europe, la crise à laquelle fait face l'UE n'est pas véritablement causée par le nombre important de migrants arrivants à ses frontières extérieures, mais il s'agit plutôt d'une crise de la gestion de ces flux migratoires et de la solidarité entre Etats membres.

C'est dans ce contexte que la question du visa humanitaire a été soulevée, un instrument qui saurait apporter un renfort à la gestion des flux migratoires en Europe. D'ailleurs, nombreux seraient les avantages que l'introduction de cet instrument saurait apporter au système communautaire : de l'amélioration des contrôles aux frontières extérieures à la diminution du nombre de victimes de la Mer Méditerranée. Il s'agit, en effet, d'un type de visa qui permettrait à celui qui le demande d'accéder régulièrement et de manière sûre à un pays afin d'y demander l'asile. Ce visa serait délivré par le consulat ou ambassade du pays d'accueil directement sur le territoire de l'Etat de provenance du demandeur. Ce qui est nouveau, en effet, c'est que cela représenterait une première étape préalable de l'analyse de la demande d'asile qui s'effectuerait, cette

Pologne, Bruxelles, 7 décembre 2017. Les autres Etats membres n'ont pas fait preuve de meilleure conduite car les chiffres de relocalisation préfixés n'ont pas été atteints. Source: Commission Européenne, *Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Progress report on the European Agenda on Migration*, Bruxelles, 2017, p. 16.

⁷ Aujourd'hui Règlement Dublin III, Règlement (UE) n. 604/2013 du 26 juin 2013.

⁸ Statistiques publiées par le Ministre de l'Intérieur grec, consultable en ligne : http://asylo.gov.gr/en/wp-content/uploads/2016/03/Relocation-procedures-up-to-27.3.16_en.pdf.

⁹ M.L. BASILIEN-GAINCHE, *La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité*, in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union Européenne – Eléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, 2011, p. 254.

¹⁰ Voir débats pour la réforme du Règlement Dublin IV.

¹¹ La doctrine s'accorde à reconnaître en l'échec du système Dublin l'un des résultats principaux de la crise de la solidarité entre Etats membres. En ce sens: M.S. VACHET, *Proposition de refonte du règlement «Dublin»: quelle efficacité pour quels enjeux ?*, in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 13 | 2018, mis en ligne le 05 janvier 2018 (consulté en ligne le 04 avril 2019) URL: <http://journals.openedition.org/revdh/3382>; DOI: 10.4000/revdh.3382; I. ATAK, «*L'eupéanisation de la politique d'asile: un défi aux droits fondamentaux*», in *La criminalisation de l'immigration*, 2013, n. 1.

fois-ci, en dehors du territoire de l'Etat d'accueil. Cela parce qu'afin de délivrer ce visa il faudrait étudier davantage la situation du demandeur et vérifier s'il pourrait effectivement aspirer à obtenir l'asile dans le pays d'accueil. Jusque-là, il n'existe pas de moyens harmonisés d'atteindre de manière légale, en dehors de quelques exceptions prévues par la réglementation européenne sur les visas.

Il semble évident que si tout homme a le droit de sortir d'un pays¹², il n'a pas forcément le droit d'entrer dans un autre ; ainsi si la sortie est protégée par les droits de l'homme, l'entrée tombe sous le coup des lois étatiques. Pourtant, les hommes contournent ces règles en franchissant les frontières de manière irrégulière à leurs risques et périls. Dans le cas spécifique de l'Union Européenne, d'ailleurs, la progressive mise en place d'un ELSJ a déplacé l'épineuse question du franchissement des frontières étatiques à celui des frontières externes de l'UE. C'est pour cela qu'aujourd'hui le débat autour de la mise en place d'un instrument spécifique qui permette d'atteindre le territoire européen de manière sûre et légale ressurgit au sein des instances européennes. Cela permettrait, de plus, de concrétiser l'objectif d'un régime européen commun en matière de droit d'asile¹³ et de migration¹⁴ pour que les différentes mesures des Etats membres en la matière puissent enfin converger. En effet, en matière de politique migratoire, si les mesures concernant les visas court séjour sont harmonisées par le biais du Code des Visas Schengen, chaque Etat reste maître des dispositions concernant les visas long séjour. Pourtant, la mise en place de ce visa fait encore débat. Après un premier rejet de la part du Parlement Européen en novembre 2018, c'est finalement en décembre dernier que le Parlement a demandé à la Commission de présenter une proposition législative mettant en place le visa humanitaire européen aux fins de la demande d'asile¹⁵. Si cela représente un premier pas décisif, il n'est pas moins important de s'arrêter sur les fondements juridiques de cet instrument et, en particulier, aux difficultés soulevées en termes juridiques. Le fondement juridique actuellement utilisé pour attribuer un visa pour raisons humanitaires ne constitue finalement qu'une procédure exceptionnelle qui ne répond pas complètement aux besoins de la demande d'asile. En effet, l'instauration du visa humanitaire européen soulève plusieurs questions qui impliquent divers domaines du droit international et européen. Dans un premier temps il serait intéressant d'étudier les

¹² Art. 13 DUDH : «1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays».

¹³ Art 78 al. 1 TFUE: «L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement. Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents».

¹⁴ Art 79 al. 1 TFUE: «L'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci».

¹⁵ Résolution du Parlement Européen du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires.

difficultés que présente la règle actuelle sur laquelle se fonde la délivrance exceptionnelle de visas humanitaires, notamment les lacunes que cela présente et, ensuite, la nécessité qui en résulte de mettre en place un instrument nouveau, suite à la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne de 2017, sous impulsion du Parlement Européen.

2. Le visa humanitaire dans le Code Schengen: difficultés

A l'heure actuelle, un système de visas délivrés de manière exceptionnelle pour des raisons humanitaires se fonde sur l'article 25 du Code des visas Schengen¹⁶. Cela se manifeste sous forme de procédure d'exception dès lors que les conditions d'urgence ou d'une situation particulière amènent les agents consulaires à considérer nécessaire la délivrance à la personne qui le demande d'un visa pour entrer sur le territoire de l'Union Européenne. Néanmoins, ce système n'offre pas les garanties suffisantes pour ceux qui souhaitent introduire une demande d'asile en Europe et ne veulent y pénétrer de manière illégale. Il est alors évident que le système prévu à l'article 25 du Code des Visas ne s'adapte pas à une procédure d'asile éventuelle, car on pourra constater qu'il n'a pas été imaginé à ces fins. Si bien que cela puisse justifier la délivrance d'un visa pour des raisons humanitaires, l'utilisation de l'article 25 de la part des ambassades et consulats ne semble pas véritablement s'adapter aux demandeurs d'asile.

2.1. Des conditions de délivrance exceptionnelles

Dans une démarche d'harmonisation du droit de l'UE, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le 13 juillet 2009 un règlement portant création du Code des Visas Schengen, qui dicte des règles communes en matière de gestion des visas court séjour dans l'espace Schengen. Le but étant la création d'un traitement uniforme, ou presque, des demandes de visas, quel que soit l'Etat membre d'accueil. Cela rentre dans l'objectif de mise en place d'un système intégré du droit d'asile¹⁷ au travers des Etats membres, conformément à la communautarisation des politiques en matière de migration, à l'intérieur d'un espace de liberté, sécurité et justice qui sache conjuguer une bonne maîtrise des frontières extérieures de l'UE et une politique migratoire commune. En effet, l'effacement des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen a requis un renforcement des contrôles aux frontières extérieures, pour

¹⁶ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement Européen et du Conseil *établissant un code communautaire des visas*, 13 juillet 2009.

¹⁷ Art. 67 TFUE: «1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. 2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers [...]».

permettre une meilleure sécurité du territoire de l'UE. Mais c'est effectivement en raison d'une volonté d'harmoniser les politiques des Etats membres et obtenir un traitement équivalent de la gestion des flux migratoires que les Etats membres travaillent pour la réalisation d'un système intégré, qui ne dépende donc pas des politiques nationales de chaque Etat membre. Dans cette optique, le traitement des demandes d'asile a fait l'objet de mesures qui visent à renforcer la coopération entre les Etats afin de garantir une réponse analogue aux demandeurs d'asile, sans créer de distinction en fonction du pays destinataire de la demande. Cela se justifie notamment par une volonté de répartir les flux de demandeurs d'asile à travers les Etats membres de l'Union, par des mesures de relocalisation. Ainsi, plusieurs directives ont été prises en ce sens, notamment en vue d'harmoniser l'accueil des demandeurs¹⁸ mais surtout les critères d'octroi de la protection internationale¹⁹. La politique européenne d'asile a convergé en un objectif que s'est donnée l'Union Européenne depuis le Conseil de Tampere de 1999 d'un régime commun européen (RAEC), afin de faciliter l'accès des ressortissants des Etats tiers à une procédure d'asile européenne, dont le Règlement Dublin constitue l'emblème.

Parallèlement, les procédures d'octroi de visas ont été communautarisées par le biais du Code des Visa Schengen qui ne prévoit que l'uniformisation des critères et de la procédure de délivrance des visas court séjour, ou bien de titres qui donneraient droit à l'accès sur le territoire de l'Union Européenne de manière temporaire, c'est-à-dire non aux fins de l'établissement sur le territoire pour une période plus ou moins longue.

Dans le cadre des départs pour les demandes d'asile, il ne serait pas envisageable de traiter ces situations de manière analogue aux requêtes des autres types de visas prévus par ledit code, notamment puisque la situation des personnes aspirant à la protection internationale diffère et se place dans des circonstances exceptionnelles. En effet, cela concerne une catégorie de personnes en situation de péril imminent pour leur vie ou pour leur intégrité physique, en manque de papiers ou documents de voyage. De plus, si l'on se réfère à la définition internationalement reconnue de « réfugié », il s'agit de toute personne *« craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »*²⁰. Cela se heurte, donc, à une procédure régulière de demande de visa, qui selon le code, exige toute une série de garanties de la part du ressortissant de l'Etat tiers pour le pays d'accueil. En analysant ces conditions, émerge une volonté de l'Etat d'accueil de s'assurer que la personne ne présente pas un danger. En effet, non seulement il est demandé au ressortissant étranger de bien prouver son identité, mais

¹⁸ Directive 2013/33/UE du Parlement Européen et du Conseil *établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*, 26 juin 2013.

¹⁹ Directive 2011/95/UE du Parlement Européen et du Conseil *concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, 13 décembre 2011.

²⁰ Art 1, Convention internationale sur le statut de réfugié, 1951. Cette même définition est utilisée pour octroyer le statut de réfugié dans l'Union Européenne (repris dans l'art 78 (1) TFUE).

aussi d'attester des motifs de son séjour sur le territoire européen et démontrer qu'il existe bien une volonté de ne pas rester au-delà de la période de validité du visa²¹. Dans une condition d'urgence comme cela peut être pour une personne en fuite d'une situation de guerre ou de persécution, par exemple, ces conditions deviennent difficiles, voire impossibles à démontrer.

C'est pour cela que le code des visas a prévu, en son article 25, une dérogation permettant de délivrer un visa dans des situations d'exceptions, notamment «*lorsqu'un État membre estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales*»²². Il s'agit, dans ce cas, d'un visa à territorialité limitée, valide uniquement pour l'entrée dans le territoire de l'Etat membre qui le délivre par son consulat. Ce document a une validité de 180 jours pour un séjour de 90 jours effectifs. Dans le cas de l'application des exceptions prévues à l'article 25 du Code de Visas Schengen, ce visa serait délivré de manière gratuite, contrairement à la procédure habituelle pour l'octroi de titre d'entrée, et pourrait être prolongé à son expiration, de manière exceptionnelle selon l'article 33 du même code, pour des raisons humanitaires. Ainsi, même si une alternative a été prévue, dans le droit européen, aux situations d'urgence, permettant ainsi un accès légal et sûr au territoire européen, les défauts de cette mesure restent nombreux.

De prime abord, le code ne fait pas peser d'obligations sur les Etats, car la lettre de l'article offre tout simplement aux Etats une possibilité de délivrer ce titre²³, ce qui revient donc à permettre la discrétion de ces derniers. Cela est rendu possible, *a fortiori*, par le manque d'approfondissement des conditions d'application de cet article. Le texte prévoit, en effet, qu'un visa puisse être délivré de manière exceptionnelle pour des raisons humanitaires. Ce manque vient contredire l'harmonisation recherchée par les politiques européennes.

2.2. Des critères d'application indéterminés

Le texte du Règlement de 2009 ne contribue pas davantage à simplifier la tâche des services consulaires, car rien n'est dit quant à la notion de «*raisons humanitaires*». Ce manque de définition dans le texte permet une large marge de manœuvre aux Etats qui peuvent donc y attribuer des significations différentes. En cela, l'on constate une véritable lacune dans les documents officiels et dans la jurisprudence de définition de ce concept²⁴.

²¹ Code des visas, art 21 *vérification des conditions d'entrée et évaluations des risques*.

²² Code des visas, article 25 (1): «*Un visa à validité territoriale limitée est délivré à titre exceptionnel dans les cas suivants: a) lorsqu'un État membre estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales*».

²³ Le verbe "*estime*" dans l'article 25 ne comporte pas une obligation pour les Etats.

²⁴ De la même manière, la Cour a été amené à donner une définition d'*«intégration»* dans le cadre des politiques migratoires en l'absence de définition dans les textes européens. Cour de Justice de l'Union Européenne, Grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union Européenne*, C-540/03.

1. La notion de raisons humanitaires

En effet, il serait souhaitable de définir de manière uniforme le terme de «raisons humanitaires», car il s'agit d'un concept assez flou qui ne permet pas de prévoir son champ d'application car des situations différentes peuvent y être incluses. Si l'on peut croire qu'une situation de conflit armé peut justifier l'octroi d'un visa humanitaire, il peut en aller de même dans un cas de maladie grave. A défaut de critères de définition, la Commission Européenne a fourni des exemples de *humanitarian grounds* dans le Manuel sur les procédures de demandes de visas du 4 avril 2011²⁵ ; à plusieurs reprises, les raisons humanitaires citées par la Commission représentent au plus des urgences médicales pour lesquelles la personne aurait un besoin immédiat d'entrer dans le territoire européen. Ces exemples paraissent tout de même insuffisants à établir une liste de situations qui pourrait aujourd'hui amener les agents consulaires à délivrer des visas humanitaires. En effet, pourrait-on limiter les raisons humanitaires à des urgences médicales, notamment à la lumière des situations difficiles dans un certain nombre de pays, «générateurs» de demandeurs d'asile? Très récemment, dans la version renouvelée du 30 mars 2019 dudit Manuel, la Commission revient explicitement sur la délivrance de visa à territorialité limitée pour raisons humanitaires et fournit un exemple dans lequel la personne qui se voit délivrer le visa n'a nullement besoin de l'obtenir aux fins de la demande d'asile sur le territoire du pays d'accueil. Cela semble faire écho à la jurisprudence récente de la CJUE²⁶. De plus, l'Etat concerné par l'exemple en question n'est pas anodin, car la Suisse en l'occurrence dispose d'une interprétation nationale de la notion de raisons humanitaires. De ce fait, cela met *a fortiori* en exergue la nécessité de fournir une notion européenne de ce concept, comme préconisé par l'Avocat Général Mengozzi²⁷.

En effet, si l'on constate un manque de définition dans la jurisprudence européenne, l'on peut néanmoins retrouver une définition dans la jurisprudence nationale. En effet, selon la jurisprudence des Tribunaux suisses, qui a contribué à la réflexion sur le fondement d'un visa national pour raisons humanitaires, celui-ci devrait être délivré «*si, dans un cas d'espèce, la vie ou l'intégrité physique d'une personne sont directement, sérieusement et concrètement menacées dans son pays d'origine ou de provenance*»²⁸. Dans le cas d'espèce l'on comprend, donc, que la jurisprudence suisse envisage de

²⁵ European Commission, C (2011) 5501 final, *amending Commission Decision No C (2010) 1620 final of 19 March 2010 establishing the Handbook for the processing of visa applications and the modification of issued visas*, 4 août 2011.

²⁶ Manuel des Visas I et Complément SEM, Edition du 15 au 30 mars 2019, p. 137: «*Le secrétaire général des Nations unies organise une réunion à Genève (Suisse) entre un chef d'Etat sous le coup d'une interdiction de visa et le leader de l'opposition du pays tiers concerné afin de trouver une solution négociée à la situation politique de ce pays. Le consulat suisse décide de délivrer un visa pour motifs d'intérêt national*».

²⁷ C. PEYRONNET, T. RACHO, «*Ceci n'est pas un visa humanitaire*»: *La Cour de justice neutralise l'article 25 § 1 a) du code des visas*, in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 avril 2017 (consulté le 04 avril 2019). URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3047> ; DOI : 10.4000/revdh.3047.

²⁸ Tribunal Administratif Fédéral, F-7298/2016, 19 juin 2017.

définir comme raisons humanitaires toute situation d'une gravité extrême, qui ne laisserait d'autres choix que de porter secours à la personne qui le demande, conformément aux obligations qui incombent en vertu des droits de l'homme. Cela reste néanmoins assez vague, car l'interprétation de péril reviendrait, alors, encore une fois à chaque pays et cela à l'encontre de l'harmonisation des procédures. Néanmoins, la jurisprudence européenne aurait eu l'occasion d'émettre son avis concernant le visa européen, occasion qu'elle a effectivement manquée. Dans l'affaire *X et X contre Etat belge*²⁹ devant la Cour de Justice, qui concerne la demande d'un visa pour raisons humanitaires de la part d'une famille syrienne afin d'accéder au territoire de l'Etat belge pour y introduire une demande d'asile, l'Avocat général Mengozzi est revenu, dans ses conclusions, sur cette absence de clarification autour de la notion de raisons humanitaires qui mine l'application uniforme du droit européen, en la laissant à la merci des interprétations nationales. L'Avocat général a proposé de déterminer le champ d'application du visa humanitaire délivré sous l'article 25 du Code des Visas lorsque *«il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le refus de procéder à la délivrance de ce document conduira à la conséquence directe d'exposer des personnes en quête de protection internationale à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants prohibés par cet article»*³⁰.

Dans le cas d'espèce, l'Avocat Général relie directement le devoir d'octroyer une protection pour raisons humanitaires aux devoirs des Etats européens d'accorder une protection aux personnes vulnérables sur le fondement des droits de l'homme, protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. En l'espèce, il s'agissait d'accomplir le devoir de protection sous l'article 4³¹ de ladite Charte qui protège toute personne humaine contre toute forme de torture et prévoit un devoir, d'abord, négatif pour les Etats de ne pas pratiquer ces actes, mais également un devoir positif de tout mettre en œuvre afin que la personne ne soit pas privée de protection dans une situation de torture ou de mauvais traitements. Dans son arrêt du 7 mars 2017, la Cour n'est pas venue éclairer l'état du droit relativement à ce point.

En définitive, octroyer un visa humanitaire reviendrait, pour les Etats, à accomplir un devoir qui leur est propre en vertu de la Charte. De plus, on pourrait se demander si l'octroi d'un visa humanitaire, lorsque les circonstances laissent croire que le demandeur encourt des dangers pour sa vie, pourrait constituer un devoir des Etats assimilable à celui du non-refoulement³², principe du droit coutumier³³, réaffirmé dans le droit régional par un Règlement conjoint du Parlement européen et du Conseil de

²⁹ Cour de justice de l'Union Européenne, Grande Chambre, 7 mars 2017, *X et X c. Etat belge*, C-638/16 PPU.

³⁰ Conclusions de l'Avocat général P. MENGZZI, présentées le 7 février 2017, dans l'affaire C-638/16 PPU devant la CJUE *X et X c. Etat Belge*, point 3.

³¹ Art 4 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne: *«Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants»*.

³² Art 33 Convention de Genève relative au statut des réfugiés 1951.

³³ Note du HCR, A/AC.96/951, 13 septembre 2001, §16.

2006³⁴. Certes, ce principe s'applique notamment lorsqu'un ressortissant d'un Etat tiers se trouve sous la juridiction d'un Etat³⁵. Ainsi se pose la question de savoir si la personne qui demande un visa dans une ambassade se trouve bien sous la juridiction effective de l'Etat³⁶.

Cela met en exergue le devoir des Etats de donner suite aux demandes d'aide des ressortissants des pays tiers en situation de vulnérabilité au nom des droits de l'homme défendus par l'Union.

Le besoin d'éclaircissement de l'application du visa humanitaire est confirmé par la jurisprudence interne suisse, qui n'a pas souhaité se conformer à la décision européenne. Le Tribunal Administratif fédéral, après un premier moment de silence concernant l'interprétation de la CJUE, a tranché par une décision de 2017³⁷ sa volonté de continuer à suivre la pratique adoptée antérieurement à la décision de la CJUE qui, selon son interprétation, n'y serait pas contraire car chaque Etat peut fixer les conditions de délivrance d'un tel visa³⁸.

Cela montre une certaine disparité dans l'appréciation des critères en fonction des Etats.

2. *L'appréciation des raisons humanitaires*

Il faudrait néanmoins envisager les méthodes selon lesquelles l'on pourrait reconnaître une *raison humanitaire*. A l'heure actuelle, la procédure concrète dans chaque Etat membre reste aléatoire du moment où il n'existe pas de critères d'admissibilité au visa humanitaire et cela reste à la discrétion des agents consulaires ou des officiers compétents en fonction des législations nationales. En effet, selon le Centre fédéral belge pour les migrations, il ne s'agirait pas encore d'un droit mais d'une « faveur »³⁹. Etant donné l'importance de l'urgence qui s'impose à la procédure de délivrance d'un visa pour raisons humanitaires, il serait souhaitable que l'Union Européenne mette en place une liste d'étapes à suivre afin d'accélérer la procédure d'étude de la situation de celui qui demande ce visa. Concrètement il s'agirait, donc, d'avoir une vision large des urgences humanitaires dans certaines régions du monde et,

³⁴ Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement Européen et du Conseil, du 15 mars 2006 *établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes*, art. 3 (b): «Le présent règlement s'applique à toute personne franchissant la frontière intérieure ou extérieure d'un Etat membre, sans préjudice : [...] b) des droits des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement».

³⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, [En ligne] Décembre 2016 (consulté le 3 avril 2019).

³⁶ Par comparaison, selon une jurisprudence établie de la Cour Européenne des droits de l'homme les agents consulaires exercent l'autorité de l'Etat sur les individus. La notion de juridiction effective s'applique. Voir : Cour Européenne des Droits de l'Homme, Commission Européenne des droits de l'homme, M. c. Danemark, 14 octobre 1992.

³⁷ Tribunal Administratif fédéral, F-5790/2016 du 2 mai 2017.

³⁸ M. WIERUSZEWSKI, *Visa humanitaire – Un état des lieux*, sous mandat de la Croix Rouge, Universitat Bern, 24 janvier 2018, pp. 22-23.

³⁹ Centre fédéral pour les migrations Myria, Myriadoc, *Focus #4 : Visas humanitaires*, p. 58.

ainsi, de procéder à une étude qui prenne en considération la situation particulière de chaque Etat tiers et identifier ses problématiques spécifiques, notamment concernant les violations éventuelles des droits de l'homme ou la présence de minorités persécutées à l'intérieur du pays. En fonction d'une connaissance approfondie de la situation interne d'un pays, il serait plus facile d'identifier les menaces réelles mais surtout de s'assurer de la véracité des risques encourus par la personne voulant demander l'asile et établir donc la nécessité de lui délivrer un visa humanitaire pour obtenir une protection⁴⁰. Là encore, il faudrait connaître les méthodes d'évaluation de ces risques, c'est-à-dire faut-il envisager la situation individuelle de chaque demandeur ? ou faut-il prendre en considération une situation de danger général dans le pays ? Par comparaison avec la tendance de la Cour⁴¹ en matière d'octroi de protection, la réponse pencherait plutôt vers la prise en considération des menaces individuelles qui lèsent le demandeur, c'est-à-dire que l'octroi du visa ne pourrait se fonder tout simplement sur l'existence généralisée d'une situation conflictuelle ou dangereuse dans le pays, sauf exceptions. Ce faisant, la procédure d'octroi du visa humanitaire ne s'apparenterait qu'à une procédure délocalisée de la demande d'asile car, ainsi, les agents consulaires devraient apprécier préliminairement le bienfondé des risques encourus par la personne et donc de son besoin d'obtenir l'asile. Cette question mériterait alors qu'on se penche sur la question de savoir s'il serait légitime de délocaliser la procédure d'étude des demandes d'asile ou seulement d'anticiper cette étude au-delà des frontières de l'Etat d'accueil⁴².

Faudrait-il songer plutôt à une analyse simplifiée de la situation du ressortissant demandant le visa humanitaire, compte tenu de l'urgence et des dangers que la personne peut encourir dans son pays ? ou parfois en se rendant sur le territoire d'un Etat voisin, compte tenu des situations tendues qui peuvent exister entre pays voisins, dès lors que la représentation de l'Etat membre d'accueil ne se trouve dans son pays comme cela a été le cas dans l'affaire *X et X c. Etat belge*, lorsque la famille syrienne s'est rendue au

⁴⁰ Cela renvoie à la collaboration entre l'UE et l'OIM: «L'OIM est une organisations internationale clé dans le domaine des migrations et est un partenaire important de l'Union européenne. L'UE et l'OIM œuvrent en coopération étroite au quotidien sur des projets qui encouragent la coopération internationale dans des domaines comme la migration légale, la migration irrégulière et la migration et le développement». («L'OIM et la Commission européenne renforcent leur coopération» [En ligne], Salle de presse OIM, mis en ligne le 11 juillet 2011 (consulté en ligne le 04 avril 2019), URL : <https://www.iom.int/fr/news/loim-et-la-commission-europeenne-renforcent-leur-cooperation>.

⁴¹ Par comparaison, en matière de protection subsidiaire CJUE, *Elgafaji*, 17 février 2009 renvoie en son point 7 à la directive du Conseil 2004/83/CE *concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts* du 29 avril 2004, dont le point 26: «Les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves»; Aussi: CJUE, *Aboubacar Diakité*, 30 avril 2014.

⁴² Par comparaison, la procédure d'asile est rarement entièrement externalisée au-delà des frontières territoriales de l'Etat d'accueil. Notamment, dans certains Etats membres cette possibilité n'a été envisagée que par le biais du programme d'admission humanitaire. Cela reste néanmoins une procédure ponctuelle et peu pratiquée par les Etats membres. (Se rapporter à l'étude du Réseau européen des migrations, «Programme de réinstallation et d'admission humanitaire en Europe – qu'est-ce qui fonctionne ? », 9 novembre 2016, p. 56).

Liban pour atteindre le consulat belge. De plus, les agents consulaires ne disposent pas des compétences adéquates pour se livrer à des examens approfondis des situations personnelles des personnes demandant le visa humanitaire, si l'on compare avec les agences nationales spécialisées en matière d'asile.

3. Le visa humanitaire pour l'asile : une mesure souhaitée

Suite aux difficultés analysées auparavant, il a été jugé approprié par le Parlement Européen de recommander à la Commission d'avancer un texte qui permette de créer un fondement juridique ad hoc pour le visa humanitaire pour l'asile. En effet, si l'article 25 du Code des Visas prévoit la délivrance d'un visa humanitaire pour des raisons humanitaires, il serait souhaitable qu'un visa *ad hoc* pour la demande d'asile soit mis en place, en prévoyant toute la spécificité de la procédure de demande de protection internationale. De plus, cela devient nécessaire depuis le bouleversement du droit applicable à une mesure analogue par la Cour de Justice de l'Union Européenne. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, l'article 25 du Code des Visas ne serait pas un possible fondement au visa humanitaire dès lors que les ressortissants des Etats tiers souhaitent obtenir une protection de la part du pays d'accueil. Ce fondement nouveau et souhaité par le Parlement paraît nécessaire notamment à la lumière de l'application diversifiée du visa humanitaire par les Etats membres, à l'encontre d'une harmonisation du droit européen en la matière.

3.1. Le débat autour du changement de l'instrument juridique applicable

Le visa pour raisons humanitaires découlant du Code de Visa Schengen ne semble pas être un instrument tout à fait adapté à la régulation des entrées dans l'espace européen de la part des ressortissants des Etats tiers voulant accéder au statut de réfugié dans l'un des Etats membres. En effet, cette exception à la procédure habituelle d'octroi d'un visa n'a pas été imaginée pour ceux qui souhaiteraient demander l'asile, comme l'a confirmé la liste d'exemples faite par la Commission dans le Manuel sur l'octroi des visas dans les représentances des pays à l'étranger, mentionnée auparavant⁴³, mais plutôt pour des cas d'urgence sur le fondement de raisons humanitaires.

Cette mesure se distingue finalement du visa prévu à l'article 25 du Code des Visas, qui est un visa à territorialité limitée. De plus, depuis l'arrêt *X et X c. Etat belge*, un bouleversement et une confusion renouvelée se sont instaurés autour du fondement de l'instrument actuel. En effet, selon la Cour dans cette affaire, les visas humanitaires ne pourraient se fonder sur le Code des Visas Schengen car, l'arrivée du ressortissant d'un Etat tiers sur le territoire d'un Etat membre, aux fins d'y introduire une demande d'asile, ne répond pas aux critères du court séjour mais bien à ceux du long séjour, qui est alors

⁴³ Manuel des Visas I et Complément SEM, *loc. cit.*

régi par les règles nationales en la matière. Ainsi faisant, la Cour éradique complètement le seul canal légal existant en droit européen pour atteindre le territoire de l'UR en vue de la demande d'asile des normes communautaires.

L'interprétation de la Cour dans le cas d'espèce semble contredire la nature même du visa rendu pour des raisons humanitaires car, selon la Cour, la volonté avérée des demandeurs du visa humanitaire d'introduire une demande d'asile dans le pays d'accueil viendrait confirmer leur volonté de rester sur le territoire au-delà de la période de 3 mois consentie par le visa à territorialité limitée. Cette interprétation cache en réalité une confusion de la part de la Cour⁴⁴ entre les droits découlant de la détention d'un visa à territorialité limitée et la protection découlant du statut de demandeur d'asile, qui prévoit notamment la permanence du demandeur sur le territoire de l'Etat d'accueil le temps du traitement de sa demande⁴⁵. En effet, le fait qu'un demandeur veuille introduire par la suite une demande d'asile ne devrait pas altérer la nature du visa humanitaire, comme l'a soutenu l'Avocat général Mengozzi dans ses conclusions sur l'affaire, d'autant plus que l'obtention du visa n'implique pas forcément celle du statut de réfugié. En effet, la décision de la Cour a fait discuter une partie de la doctrine, car la Cour a interprété la demande de visa de la famille syrienne selon leur volonté de demander l'asile en Belgique comme non conforme aux conditions d'octroi du visa à territorialité limitée, notamment quant à leur volonté de ne pas rester au-delà de la période de trois mois. Par contre, les normes européennes relatives à l'octroi et à la possession d'un visa ne sont pas *a priori* contraires à ce que la personne introduise une demande d'asile une fois sur le territoire. Au contraire, l'exception prévue à l'article 25 du Code des Visas Schengen de délivrance d'un visa pour raisons humanitaires, ainsi que toutes les exceptions qui y sont liées dans ledit code, laissent entendre que ce titre existe bien pour faciliter l'accès au territoire européen afin d'y chercher protection.

C'est à la lumière de cette jurisprudence, très controversée, que le Parlement Européen a jugé nécessaire la création d'un instrument *ad hoc* qui fasse finalement lumière sur ce titre.

En effet, l'on pourrait affirmer que ce qui accroît une immigration irrégulière vers l'Europe, et qui d'ailleurs caractérise un paradoxe du système d'asile européen, est représenté par le fait qu'en principe la demande d'asile ne puisse se faire en dehors du pays d'accueil et au même temps rares sont les moyens d'atteindre le territoire de l'Etat où l'on souhaite demander la protection humanitaire de manière légale⁴⁶. Comme on l'a

⁴⁴ S. MORGADES-GIL, *Humanitarian visa and EU Law: do states have limits to their discretionary power to issue humanitarian visas?*, in *European Papers*, 2017, n. 3, p. 1010: "The Court of Justice argument is based on a confusion between the legal immigration regime and the international protection regime".

⁴⁵ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, art. 7.

⁴⁶ Les programmes de réinstallation et d'admission humanitaire sont gérés par le HCR en collaboration avec les gouvernements des Etats. Ces procédures ont permis de donner une bouchée d'air au flux de réfugiés et demandeurs d'asile. Néanmoins, la procédure qui s'accompagne à ces mesures diffère totalement de celle prévue pour le visa humanitaire et, de plus, le demandeur d'asile ou le réfugié ne peut pas les solliciter. (M. TISSIER-RAFFIN, *Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés?*, in *La Revue des droits de*

vu, le visa à territorialité limitée basé sur l'article 25 du Code des Visas reste encore un instrument trop imprécis pour en faire le moyen qui permettrait d'apporter une réponse à cette problématique, d'où la proposition et le débat né au sein des instances européennes pour créer un visa *ad hoc* et sur un fondement spécifique. Dans un projet de rapport créé par la Commission LIBE en date du 22 juin 2018, le Parlement Européen adresse des recommandations à la Commission Européenne et souhaite créer un projet de loi pour la création d'un visa humanitaire pour réguler l'entrée des demandeurs d'asile, puisque « *there is currently no legal framework at European level for humanitarian visas, i.e. visas issued for the purpose of reaching the territory of the Member States in order to seek international protection* »⁴⁷. Selon ce projet, le visa humanitaire devrait se fonder sur un instrument séparé sur la base des articles 77(2) et 78(2) TFUE, c'est-à-dire conformément à l'objectif de l'espace de liberté, sécurité et justice afin d'approfondir la collaboration des Etats en matière d'asile, de lutte contre l'immigration irrégulière et de contrôle efficace des frontières extérieures. La Commission LIBE envisage la mise en place d'un système efficace pour l'octroi des visas humanitaires qui se fonderait également sur un système biométrique de prise des empreintes digitales et de reconnaissances faciales, sur le modèle du Système d'Information Schengen de traitement automatisé des données en vigueur dans le cadre du système Schengen et permettant un contrôle automatisé des frontières. Il s'agirait, en somme, d'un processus qui permettrait de manière très rapide, si la personne demandant le visa encourt des risques réels et si ses craintes sont fondées, de délivrer le visa sous les 15 jours⁴⁸. Il s'agit, comme on l'a évoqué auparavant, d'une ébauche du processus de la demande d'asile qui ne pourrait aboutir, ensuite, que sur le territoire du pays d'accueil.

La nécessité d'une mesure plus spécifique, réside également dans le fait que les instruments en vigueur ne prévoient pas de protection entre l'octroi du visa et l'arrivée de la personne sur le territoire européen *to grant the physical transfert and legal protection of bona fide third-country-national protection seeker*⁴⁹. Ce visa permettrait, donc, l'accès au territoire dans le seul but d'y demander l'asile et le ressortissant de l'Etat tiers basculerait, suite à l'introduction de sa demande, dans le régime de protection des demandeurs d'asile dans l'Etat membre.

A la lumière de cette analyse, pourrait-on alors envisager une externalisation totale de la procédure d'asile ? En effet, plusieurs hypothèses ont été avancées en ce sens⁵⁰

l'homme [En ligne], 13 | 2018, mis en ligne le 05 janvier 2018, consulté le 04 avril 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/3405>; DOI: 10.4000/revdh.3405).

⁴⁷ Commission LIBE, *Draft Report with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas* (2017/2270(INL)), 22 juin 2018, p. 3 §A.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 7, point 5.

⁴⁹ Commission LIBE, *Humanitarian visa : option or obligation?*, 2014, p. 9.

⁵⁰ Dans un article de JEAN YVES CARLIER et LUC LEBOEUF publié par le Réseau Universitaire Européen, les auteurs donnent une interprétation très large de l'application du droit européen comme fondement du visa humanitaire européen en élargissant l'interprétation de la Cour dans l'affaire *Ruiz Zambrano* (C-34/09 du 8 mars 2011) qui prévoit que les situations purement internes pourraient de manière exceptionnelle rentrer dans le champ d'application du droit européen dès lors, autrement, que le citoyen

pouvant justifier l'application du droit européen en dehors du territoire. Cela pourrait seulement se justifier à la lumière du concept de « *jurisdiction effective* » que l'Etat exercerait par le biais des officiers de l'ambassade ou des offices consulaires sur son territoire d'accueil⁵¹.

A l'heure actuelle, la pratique des Etats diffère en matière de délivrance des visas humanitaires car, comme la Cour l'a réaffirmé dans l'affaire précitée, l'octroi du visa fondé sur l'article 25 du Code des Visas ne constitue pas une obligation pour les Etats membres. La mesure n'étant pas contraignante, le visa pour raisons humanitaires reste une mesure d'exception qui demeure à leur discrétion. La Suisse applique régulièrement l'exception prévue à l'article 25 en délivrant des visas à territorialité limitée, pour raisons humanitaires par ses représentations à l'étranger, même si en nombre minime⁵², alors que la Belgique a délivré en 2016 un grand nombre de visas humanitaires⁵³ mais en se fondant notamment sur ses lois internes. En effet, la Belgique a prévu l'octroi de visas humanitaires de long séjour mais qui sont le fait d'un pouvoir exceptionnel du secrétaire d'Etat⁵⁴. De la même manière, la France délivre des « *visas pour l'asile* », bien que le cadre légal ne soit pas bien défini; il s'agit d'un visa *type D*, donc de long séjour. Les autres Etats membres, comme par exemple l'Italie, prévoient plutôt des cartes de séjour humanitaire mais cela une fois que la personne se trouve sur le territoire du pays. De toute manière, les mesures en vigueur restent aléatoires et dénouées de critères objectifs qui permettent de savoir dans quelles conditions une personne peut bénéficier d'un visa.

Si l'on compare avec l'application des mesures du même ordre au-delà de l'espace européen, on pourrait observer que le Canada a prévu une exception pour « *considérations humanitaires* » dans la Loi sur l'immigration et la protection des

européen perdrait « *la jouissance effective de l'essentiel des droits* », ainsi de la même manière, dans des cas de situations purement externes, le droit européen devrait s'appliquer de manière exceptionnelle dès lors que le ressortissant de l'Etat tiers ne pourrait bénéficier, autrement, de *l'essentiel des droits de l'homme*. Cette interprétation paraît un peu hasardée car dans la jurisprudence *Ruiz Zambrano* étaient en jeu les droits que les citoyens européens tirent directement de leur citoyenneté. Or, il ne semble que l'Union Européenne puisse intervenir dans des cas de violation des droits de l'homme qui sont purement externe à sa juridiction, du seul fait de son engagement envers la protection des droits de l'homme. De plus, cette interprétation trop extensive ferait rentrer dans le champ d'application du visa humanitaire un nombre effectivement trop large de situation. (J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16)*. Mise à jour le 20 février 2017 [En ligne]. <http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lesentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/> [consulté le 14 janvier 2019]).

⁵¹ Rapport du Conseil de l'Europe, *Extra-territorial processing of asylum claims and the creation of safe refugee shelters abroad*, 7 juin 2018, p. 7.

⁵² Selon le Secrétariat d'Etat suisse aux migrations, en 2018 seulement 53 visas humanitaires ont été octroyés pour des raisons humanitaires, *Monitoring the visas*, 22 août 2018, p. 6.

⁵³ Selon le Centre fédéral pour les migrations, en 2016 la Belgique a délivré 1182 visas humanitaires, dont la plupart à des ressortissants syriens.

⁵⁴ Art 9 à 13 de la loi du 15 décembre 1980 sur *l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*.

réfugiés, en son article L25⁵⁵. Néanmoins, il ne s'agit pas à proprement parler d'un instrument qui permette d'entrer au Canada de manière légale mais plutôt d'un moyen d'obtenir une carte de résident permanent une fois à l'intérieur des frontières étatiques sur la base de conditions exceptionnelles, sans tenir compte, c'est-à-dire, des conditions normalement applicables. Cela donne une large marge d'appréciation aux agents en charge d'étudier le cas spécifique de la personne ou du groupe qui en fait la demande⁵⁶. Néanmoins, un étranger sera éligible à l'obtention d'un visa de résident permanent lorsqu'il se trouve à l'extérieur du Canada en application de l'article R139 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés. En son point 2, la réglementation prévoit une certaine souplesse dans l'application des critères dès lors que la personne se trouve dans une situation de vulnérabilité ou de besoin urgent de protection. La lettre du texte attribue une marge d'appréciation à l'agent en charge d'étudier la possibilité d'attribution du titre, sans en spécifier les conditions qui permettent à celui-ci d'en apprécier la condition exceptionnelle⁵⁷.

3.2. Une application divergente par les Etats membres à l'encontre de l'harmonisation

Afin de trouver une solution au flux de migrants qui empruntent des voies illégales pour pénétrer les frontières européennes et afin de mettre fin aux décès tragiques en Méditerranée, les initiatives privées sont venues combler un manque d'action homogène au sein de l'Union Européenne. En effet, les mouvements migratoires ne peuvent pas être complètement arrêtés ; ainsi, les organisations privées ont mis au point des projets et initiatives vouées à sauvegarder la vie humaine qui viennent s'ajouter aux programmes internationaux promus par le HCR en collaboration avec les gouvernements des Etats. En effet, dans le cadre de la Déclaration de New York sur les migrations de 2016, les Etats se sont engagés afin de prendre des mesures concrètes afin d'ouvrir des voies légales pour les demandeurs d'asile. Cela dans le but d'alléger le fardeau pesant sur les premiers pays d'accueil qui sont souvent ceux qui se trouvent à proximité des pays en crise. Une trentaine de pays a répondu positivement à cet appel en accueillant sur son territoire un nombre de réfugié. Cette procédure de réinstallation par contre prévoit que les personnes particulièrement vulnérables soient repérées par le HCR et se fonde sur une participation volontaire de l'Etat d'accueil. Il s'agit là encore une fois de situation d'extrême urgence qui restent quelque part ponctuelles si comparées au nombre de demandeurs d'asile en mouvement chaque année. De même, le programme d'admission humanitaire prévoit que la demande d'asile soit étudiée par le

⁵⁵ Art 25 à 25.1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (L.C. 2001, ch. 27), amendée le 31 juillet 2018.

⁵⁶ Cour Suprême du Canada, *Kanhasamy c. Canada [Citoyenneté et Immigration]* CSC 61, du 10 décembre 2015.

⁵⁷ Art. R139.2 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (DORS/2002-227), amendé le 31 décembre 2018: «*L'alinéa (1)g ne s'applique ni à l'étranger ni aux membres de sa famille visés par la demande de protection qui, selon l'agent, sont vulnérables ou ont un besoin urgent de protection*».

pays d'accueil alors que le demandeur se trouve encore en dehors de son territoire. Ce dernier programme a été très exceptionnel et sa mise en œuvre temporaire. Sur ce modèle, la Commission a souhaité introduire un modèle de réinstallation européenne dans le but d'institutionnaliser cette procédure et de l'intégrer dans les politiques européennes migratoires⁵⁸.

Ainsi, les Etats membres se sont déjà engagés dans des programmes d'accueil protégé de réfugiés et demandeurs d'asile, mais ces programmes semblent se succéder dans un ensemble de mesures disparates qui manquent d'une organisation commune et institutionnalisée, notamment conformément à l'harmonisation souhaitée dans les politiques d'asile européennes.

1. *Corridors humanitaires*

Mis à part les expéditions en Haute Mer des ONG afin de rescaper les bateaux de migrants à la dérive, ce qui essentiellement ne vient pas éradiquer le problème mais simplement réduire les dégâts de ce système déréglé, les associations religieuses ont mis sur pieds des projets permettant à des personnes en danger dans des pays tiers d'obtenir des voies d'accès sûres aux territoires des Etats membres, sur le fondement de l'article 25 du CSV. Ces initiatives privées qui ont vu le jour dans la plupart des Etats membres ont été encouragées par la Commission Européenne dans son Agenda européen sur la migration de 2015 afin que les Etats mettent en place des voies licites d'accès pour les ressortissants des Etats tiers⁵⁹. Il s'agit, notamment, d'initiatives qui ont vu le jour en Italie grâce à l'action de la communauté *Sant'Egidio*, en collaboration avec d'autres associations à caractère religieux. En Italie, la communauté *Sant'Egidio* a obtenu un accord de la part du gouvernement italien afin de créer des « *corridors humanitaires* »⁶⁰ entièrement financés par des fonds privés, dont les dons à la communauté, notamment. Ce protocole, renouvelé en 2017 et entré en vigueur le 30 janvier 2018 pour une durée de deux ans, a prévu l'ouverture de nouvelles voies d'accès légales à l'Italie dès le Maroc et le Liban. Ce modèle a été suivi, ensuite, par les associations françaises, belges et monégasques. Le système prévoit que des bénévoles partent dans les territoires des pays prévus par l'accord à l'encontre de *contact points* présélectionnés par l'UNHCR, afin de repérer les personnes en situation de vulnérabilité qui nécessitent le plus une porte ouverte vers l'Europe afin d'y demander la protection internationale. Néanmoins, l'obtention du visa humanitaire par ces personnes nécessite un contrôle de la part du Ministère de l'Intérieur et la liste des personnes sélectionnées est ensuite envoyée aux agents consulaires afin qu'ils délivrent ledit visa. Ce système prévoit, en outre, une collaboration avec les pays tiers, dans la démarche instaurée par le modèle de politique

⁵⁸ Résolution du Parlement européen, *sur la situation en Méditerranée et sur la nécessité d'une approche globale des migrations de la part de l'Union européenne*, (2015/2095(INI)), 12 avril 2016.

⁵⁹ Communication de la Commission Européenne, *Agenda européen en matière de migration*, Bruxelles, 13 mai 2015, p. 6: «*les États membres devraient utiliser toutes les autres possibilités légales qui s'offrent aux personnes nécessitant une protection, y compris les parrainages privés/non gouvernementaux et les titres de séjour pour raisons humanitaires ainsi que les dispositions relatives au regroupement familial*».

⁶⁰ Technical protocol for the implementation of the project "opening humanitarian of corridors", 15 décembre 2015.

migratoire européenne qui fonde une partie de son action sur la collaboration avec les Etats générateurs de migrations, notamment avec les pays d'Afrique⁶¹, afin d'apporter une solution véritable et viable aux situations humanitaires difficiles dans ces pays, au travers notamment de l'apport d'une aide au développement et l'élaboration d'accords bilatéraux en la matière. Ces canaux d'accès ont été établis également dans le respect des droits de l'homme, notamment dans le respect du droit à la vie privée et familiale⁶², en ce qu'ils peuvent intéresser un groupement familial.

Des missions analogues sont entreprises en France par l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides qui a instauré des missions de protection détachées afin de prévoir des voies légales d'entrée pour les personnes les plus fragiles. De la même manière, les personnes sont repérées sur place lors des missions sur le terrain et transférées en France où elles reçoivent le statut de réfugié après instruction de la demande. A la différence des missions privées, il s'agit là de procédures complémentaires à l'activité normale de l'OFPRA⁶³.

2. PEPs

Par le passé, d'autres Etats membres ont eu recours aux Procédures d'Accès Protégé (*Protected Entry Procedures*, PEPs), comme l'Autriche, l'Espagne ou les Pays-Bas, qu'ils ont abrogé par la suite à cause des coûts administratifs élevés que cela faisait peser sur les représentations consulaires à l'Etranger⁶⁴. A cet argumentaire on pourrait, néanmoins, opposer le fait que, à défaut d'une sélection *a priori* des ressortissants étrangers entrant dans l'Union Européenne, les procédures de rapatriement *a posteriori* représentent également un budget conséquent sur les dépenses des gouvernements des Etats membres. De plus, le rapatriement constitue une procédure coûteuse et compliquée, puisque dans la plupart des cas la personne ayant accédé au territoire de l'Etat de manière irrégulière est souvent dépourvue de papiers attestant de sa nationalité et, combien même sa nationalité serait connue, il faudrait que le personnel compétent obtienne, aux fins du rapatriement, un laissez passer consulaire par le consulat du pays dont la personne est supposée être le ressortissant⁶⁵. D'où l'intérêt pour les Etats de mettre en place des liens amicaux et de coopération avec les Etats tiers. Une solution, pourrait, alors, venir du traitement en amont des demandes d'entrée dans les territoires des Etats, en venant amorcer les flux d'entrées irrégulières dans le territoire européen.

⁶¹L. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 149-173.

⁶² Art. 8 Convention Européenne des droits de l'homme; art. 7 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁶³ P. BRICE, *Les missions de protection de l'Ofpra, du Proche Orient au Sahel*, in *Confrontations Europe* [En ligne], mis en ligne le 18 avril 2018, consulté le 3 avril 2019, URL : <file:///C:/Users/cpchi/Zotero/storage/UG3FYU49/les-missions-de-protection-de-lofpra-du-proche-orient-au-sahel.html>.

⁶⁴ Commission Européenne, *The Danish Center for Human Rights, Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background of the common European asylum system and the goal of a common asylum procedure*, Final Report, 2003, p. 4.

⁶⁵ OpenData sur les laissez passer consulaires, Ministère de l'Intérieur, consultable en ligne ici: https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/15068-laissez-passer-consulaires/#_

C'est-à-dire que l'investissement dans des mesures qui mettent en place des canaux légaux de migration pourrait venir remplacer les mesures *a posteriori* qui semblent être privilégiés aujourd'hui.

3. *Quelles perspectives ?*

L'analyse précédente, ainsi que les avis de la doctrine, démontrent qu'à défaut de pouvoir externaliser la procédure d'asile et de la délocaliser en dehors du territoire européen, la mise en place d'instruments spécifiques permettant l'accès légal au territoire de l'Union Européenne aux fins de la demande d'asile serait indispensable à la gestion des frontières externes et permettrait en même temps de faire converger plusieurs exigences qui s'imposent à l'UE en terme de gestion efficace des frontières, rationalisation de l'accueil des ressortissants étrangers mais surtout respect des valeurs et principes de l'Union Européenne, ainsi que des droits fondamentaux. L'instrument du visa humanitaire pour l'asile pourrait donc apporter une solution concrète aux problématiques auxquelles font face les Etats membres à l'heure actuelle. Toutefois, ce dispositif demanderait la mise en place de plusieurs mesures vouées à l'instauration d'un système efficace de gestion des demandes de visa à l'étranger. Ainsi, dans la perspective d'un ajustement du système européen actuel qui ne prévoit pas, *in fine*, des mesures communes concrètes, mais surtout efficaces, vouées à la résolution de la crise humanitaire qui se reverse inévitablement sur le territoire de l'Union Européenne. Ainsi, le manque d'une réelle harmonisation des instruments dans ce domaine nécessite une réponse immédiate de la part des institutions européennes. A l'heure actuelle, le nouveau projet de création d'une disposition *ad hoc* pour la création d'un instrument spécifique de visa humanitaire pour l'asile attend une réponse de la part de la Commission en mars 2019.

Par l'affaire *X et X contre Etat Belge*, la Cour semble avoir bloqué toute initiative vouée à un développement des visas humanitaires pour l'asile par le biais du droit européen. Néanmoins, le Parlement européen ne semble pas avoir été convaincu par la jurisprudence de la Cour et souhaite procéder à une réforme du Code des Visas Schengen afin d'introduire, en l'article 25, une disposition qui prévoit un visa à territorialité limitée spécifique aux ressortissants des Etats tiers souhaitant demander l'asile. Cette réforme devrait néanmoins s'accompagner d'un éclaircissement quant à son champ d'application. Cela permettrait une véritable harmonisation à travers les Etats membres. Dans les débats institutionnels qui ont suivi cette jurisprudence, la Commission semble s'être alignée à l'avis de la Cour et paraît maintenir cette position⁶⁶. Cela fait, donc, douter quant à une réponse positive de sa part à la proposition législative du Parlement. Néanmoins, la Commission LIBE et le Parlement

⁶⁶ Parliamentary questions, *Question for written answer to the Commission*, 29 mai 2017, consultable en ligne.

Européen continuent de publier des rapports en faveur de l'établissement du visa pour l'asile⁶⁷.

ABSTRACT: Dans un contexte qui voit l'Union Européenne confrontée, chaque jour, au franchissement illicite des frontières extérieures par des personnes fuyant la guerre et des situations de danger, mettant en péril leurs vies au profit des réseaux de trafiquants d'êtres humains, le manque d'un moyen commun qui permette l'accès légal et sûr aux territoires des Etats membres de l'Union Européenne en vue de demander l'asile a réanimé le débat autour du visa humanitaire. Ce titre, aujourd'hui fondé sur le Code des Visas Schengen, permettrait d'harmoniser davantage le droit d'asile des Etats membres et, également, de concrétiser l'objectif d'un système d'asile européen commun. Néanmoins, l'instrument actuel ne paraît pas approprié à une demande de visa aux fins de l'asile. La création d'un visa *ad hoc* viendrait alors combler les lacunes que présente aujourd'hui le système en la matière.

MOTS CLES: Visa humanitaire européen – asile – politique migratoire – frontières extérieures – Code des Visas Schengen.

THE NECESSARY HARMONIZATION OF HUMANITARIAN VISA IN EUROPEAN LAW SYSTEM FROM THE PERSPECTIVE OF ASYLUM

ABSTRACT: Nowadays, the European Union is facing illegal crossing of its external borders by people fleeing wars and unsafe situations, endangering their lives in favor of human traffickers' networks. In this context, the lack of common instruments allowing legal and secure access to the territories of the EU Members States to seek asylum has revived the debate on the humanitarian visa. This instrument, based on Community Code on Visa, could harmonize the right of asylum of Members States and, also, achieve the goal of a common European asylum system. However, the current instrument does not seem appropriate for the visa application for asylum purposes. The creation of an *ad hoc* visa would then fill the gaps which the system presents today in this field.

KEYWORDS: European humanitarian visa – Asylum – Migratory Policy – External Borders – Community Code on Visas.

⁶⁷ Voir : J.F. LOPEZ AGUILAR, *Future of EU visa policy European Parliament resolution of 27 February 2014 on the future of EU visa policy* (2014/2586(RSP)); *Projet de rapport, (PE630.712v01-00) contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires*, 30 novembre 2018; *Projet de rapport, T. FAJON (PE629.515v01-00) Établissement, dans le cadre du Fonds pour la gestion intégrée des frontières, de l'instrument de soutien financier dans le domaine de la gestion des frontières et des visas*, 12 décembre 2018.