



Article de recherche

PROTECTION INTERNATIONALE ET SOUVERAINETÉ : L'ÉQUILIBRE COMPLEXE ENTRE LES DROITS INDIVIDUELS ET LA SÉCURITÉ NATIONALE

Traduction en français à l'aide de l'IA (DeepL)

Alejandro Gómez García
Capitaine de la Guardia Civil
Master en gestion de la sécurité opérationnelle
Licence en droit
alejandrogomezg@guardiacivil.es
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0162-4213>

Reçu le 31/03/2025
Accepté le 28/04/2025
Publié le 27/ 06/2025

Citation recommandée : Gómez, A. (2025). Protection internationale et souveraineté : l'équilibre compliqué entre les droits individuels et la sécurité nationale. *Revista Logos Guardia Civil*, 3(2), p.p. 123-146.

Licence : Cet article est publié sous la licence Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).

Dépôt légal : M-3619-2023

NIPO en ligne : 126-23-019-8

ISSN en ligne : 2952-394X

PROTECTION INTERNATIONALE ET SOUVERAINETÉ : L'ÉQUILIBRE COMPLEXE ENTRE LES DROITS INDIVIDUELS ET LA SÉCURITÉ NATIONALE

Résumé: ANALYSE THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE : ÉTATS, FRONTIÈRES ET PROTECTION INTERNATIONALE. 2.1 Carte conceptuelle de l'environnement frontalier. 2.2. 2.2 Migration et asile 3. ANALYSE JURIDIQUE : POSITIONS OPPOSÉES ET RÉPONSE DES TRIBUNAUX. 3.1. *L'affaire Hirsi Jamaa c. Italie* : la genèse d'une doctrine. 3.2. *N. D. et N. T. c. Espagne* : les limites de la protection. 3.3 Analyse comparative : la compatibilité d'une doctrine jurisprudentielle disparate. 4. CONCLUSIONS.

Résumé : L'objectif de cet article est d'analyser le statut juridique actuel de certains des concepts les plus pertinents dans le domaine de la protection des frontières nationales, ainsi que leur contexte sociopolitique et leur portée juridique, dans le but ultime de soutenir et de promouvoir le développement d'un débat doctrinal aussi brûlant dans ses positions que complexe dans son contexte : assurer un équilibre adéquat entre la garantie des droits fondamentaux des individus traversant les frontières européennes et l'exercice des pouvoirs souverains inhérents aux États. Ainsi, dans un premier temps, un examen détaillé des notions les plus importantes dans le domaine de la sécurité des frontières sera effectué, établissant le champ d'étude d'un point de vue scientifique. Immédiatement après, d'un point de vue juridique, nous étudierons les implications des déclarations les plus importantes faites par les organes judiciaires (fondamentalement internationaux) qui ont traité de la question, ainsi que la position de la doctrine et de la pratique internationales. Enfin, à la lumière des analyses présentées, nous proposerons une série de conclusions cohérentes avec les résultats obtenus.

Resumen: En el presente artículo se pretende analizar el estatus jurídico que ostentan, en la actualidad, algunos de los conceptos más relevantes dentro del ámbito de la protección de las fronteras nacionales, así como su contexto sociopolítico y su alcance jurídico, con el fin último de fundamentar e impulsar el desarrollo de un debate doctrinal tan candente en sus posturas como complejo en su contexto: Asegurar un adecuado balance entre la garantía de los Derechos Fundamentales de los individuos que transiten por las fronteras europeas y el ejercicio de las potestades soberanas consustanciales a los Estados. Así, en primer lugar, se realizará un examen pormenorizado de las nociones más importantes en el ámbito de la seguridad fronteriza, fijando el campo de estudio desde un punto de vista científico. Inmediatamente a continuación se estudiarán, desde una perspectiva jurídica, las implicaciones que han tenido los pronunciamientos más importantes efectuados por los órganos judiciales (fundamentalmente internacionales) que han entendido de la materia, así como la posición de la doctrina y la práctica internacional. Y finalmente, a la luz de los análisis expuestos, se ofrecerá una serie de conclusiones coherentes con los hallazgos efectuados.

Mots-clés : Droit international, asile, souveraineté, frontières, immigration.

Palabras clave: Derecho Internacional, Asilo, Soberanía, Fronteras, Inmigración.

ABBREVIATIONS

AN : Audiencia Nacional

ANP : Autorité nationale palestinienne

CFREU : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme

OMI : *Organisation maritime internationale - Organisation maritime internationale*

SAR : *Recherche et sauvetage - Recherche et sauvetage*

SOLAS : *Sécurité de la vie en mer - Sécurité de la vie en mer*

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CIJ : Cour internationale de justice

CPA : Cour permanente d'arbitrage

CPJI : Cour permanente de justice internationale

UE : Union européenne

1. INTRODUCTION

À la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), troisième section, du 3 octobre 2017, par lequel l'État espagnol a été condamné, dans le cadre de la pratique du "rejet à la frontière", pour violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) et de l'article 4 de son Protocole n° 4, prévoyant le versement d'une indemnité aux requérants N. D. (ressortissant malien) et N.T. (ressortissant ivoirien) à hauteur de 5 000 euros chacun ; de nombreuses voix se sont élevées pour demander un changement de cap complet dans la politique migratoire développée par le Royaume d'Espagne et, par extension, dans la politique migratoire européenne. En effet, la nouvelle a fait les gros titres de la presse¹, mais aussi de la presse écrite, avec des déclarations fortes d'organisations non gouvernementales² et même d'entités de droit public³, dans un pays qui n'a pas l'habitude de suivre la chronique judiciaire avec autant de détails, et encore moins au niveau international.

Et la situation n'était pas à prendre à la légère. La préoccupation croissante concernant le contexte migratoire dans l'Union européenne (ci-après UE) avait donné lieu, au fil des ans, à l'émergence de certains débats qui, jusqu'alors, étaient restés en dehors de la dynamique politique, qui acceptaient comme quelque chose de presque anecdotique l'augmentation soutenue du nombre de ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union, dont le nombre avait augmenté de plus de 10 % au cours des trois années précédant la prise de position susmentionnée⁴. Bien entendu, la montée de ce débat a également été alimentée par ce que l'on appelle la "crise des réfugiés" de 2015, au cours de laquelle des centaines de milliers de personnes déplacées du Moyen-Orient (principalement des Syriens) ont pénétré sur le territoire européen en raison de l'instabilité et de la guerre qui sévissent dans la région. Et cela ne contribuerait certainement pas à apaiser les tensions dans la société européenne si certaines des personnes impliquées dans divers actes terroristes qui ont eu lieu au cours de ces années (par exemple, les attentats d'Ansbach et de Berlin en 2016 ou, bien sûr, les attentats de Paris en 2015) étaient ensuite identifiées comme des réfugiés ou des immigrants illégaux, venant de Syrie via la route de la Méditerranée orientale.

Mais, comme si cela ne suffisait pas, l'avenir nous réservait une nouvelle surprise de taille qui allait une fois de plus bouleverser le scénario de la politique migratoire européenne. Dans un événement sans précédent, la même CEDH qui avait renversé la doctrine espagnole sur les rejets aux frontières allait revenir sur sa décision en première instance et, dans un arrêt de la Grande Chambre du 13 février 2020, allait déclarer, à une majorité de 16 contre 1, la pleine légalité des rejets aux frontières. Puis vint la pandémie. Et avec elle, la réactivation de la route migratoire atlantique vers les îles Canaries, ainsi qu'un nouvel essor des mouvements migratoires vers l'UE en général, qui passeront de

¹ RTVE (3 octobre 2017), *La Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Espagne pour deux "retours chauds" à Melilla*, <https://www.rtve.es/noticias/20171003/tribunal-europeo-derechos-humanos-condena-a-espana-por-dos-devoluciones-caliente-melilla/1625420.shtml>.

² Commission espagnole d'aide aux réfugiés (3 octobre 2017), *La Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Espagne pour deux "retours chauds"*, <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>.

³ Consejo General de la Abogacía Española (3 octobre 2017), *La Abogacía reitera la ilegalidad de las devoluciones en caliente, tras la condena del TEDH*, <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>.

⁴ Données Eurostat, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_pop1ctz/default/table?lang=en.

125 226 entrées illégales détectées en 2020 (Frontex, 2021, p. 14) à 380 227 en 2023 (Frontex, 2024, p. 1). Aujourd'hui, l'immigration occupe une place prépondérante parmi les principales préoccupations des citoyens du continent. Ainsi, le dernier "Eurobaromètre", publié en novembre 2024, place l'immigration au deuxième rang des domaines d'action de l'UE selon les Européens, une position soutenue par 29% des répondants (Commission européenne, 2024, p. 14), derrière la sécurité et la défense.

Cependant, bien que la Commission européenne n'hésite pas à répondre à ces préoccupations en soulignant à plusieurs reprises les " progrès " réalisés en matière de " gestion des frontières " (Commission européenne, 2022, p. 5), le fait est que lorsque le facteur de la sauvegarde des droits fondamentaux est introduit dans l'équation, la situation devient plus compliquée. En effet, les politiques visant à renforcer le contrôle des frontières, développées sur la base des objectifs de renforcement du système sur lequel repose la sécurité nationale et de garantie de la souveraineté des États, impliquent des mesures visant à entraver l'immigration illégale qui, par leur nature même, affectent les droits de la population concernée. Et, conformément aux règles de base de l'État de droit, si cet impact n'est pas adapté, cohérent et proportionnel aux fins légitimes poursuivies, il peut représenter une intrusion illégale dans le noyau le plus essentiel des droits fondamentaux, en particulier lorsqu'ils conditionnent des domaines clés tels que le droit d'asile. Cet article de recherche vise à analyser cet équilibre délicat, en révélant les points de friction entre les deux réalités conflictuelles grâce à un examen détaillé de la jurisprudence nationale et internationale ; ainsi qu'à clarifier, dans la mesure du possible, jusqu'où peut aller la légalité des actions des gardes civils en leur qualité de gardes-frontières.

2. ANALYSE THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE : ÉTATS, FRONTIÈRES ET PROTECTION INTERNATIONALE

2.1. CARTE CONCEPTUELLE DE L'ENVIRONNEMENT FRONTALIER

2.1.1 Le concept de frontière

Le terme "frontière" a presque autant de significations qu'il y a de branches de la science qui ont envisagé l'étude de tout concept dérivé de la notion intuitive de "frontière". Des mathématiques aux sciences politiques, des relations internationales au droit. Sanz Doñaire (2023, p. 254) précise que le terme en question vient du terme latin classique *frons*, dont le sens renverrait à "front" ou "façade", et offrirait déjà une idée du contexte antagoniste ou distinctif dans lequel il se développerait depuis sa formulation, fortement liée à la sphère militaire, à la protection contre l'étranger, l'extérieur. En effet, les frontières sont liées au conflit et à la confrontation depuis le traité de Mesilim, considéré comme le " plus ancien traité enregistré " (Doebbler, 2018, p. 374-375), qui n'était rien d'autre qu'un accord réglementant la reconnaissance des frontières entre plusieurs royaumes mésopotamiens vers 2500 avant notre ère. Curzon (1907) s'est également exprimé en ce sens à l'aube de l'étude scientifique des relations internationales, en affirmant que les tensions frontalières ont été le facteur le plus important des conflits entre États (p. 4).

Quoi qu'il en soit, c'est sur ces antécédents étymologiques que se fondent les conceptions actuelles de la frontière, parmi lesquelles le Dictionnaire d'espagnol juridique se distingue par sa puissance discursive, qui affirme ce qui suit :

"Frontière (droit international public) : *Ligne marquant la limite extérieure du territoire d'un Etat, entendu comme l'espace terrestre, maritime et aérien sur lequel il exerce sa souveraineté, ce qui permet de parler de frontières terrestres, maritimes et aériennes en fonction de la nature physique de l'espace délimité.*

2.1.2 Frontières et souveraineté

Selon la thèse de Lacan (1966), la compréhension des concepts repose sur la compréhension des relations qu'ils développent par rapport aux notions antérieures qui en constituent le sens, au moyen d'une concaténation de références dans ce que le psychanalyste français connaissait sous le nom de " chaînes de signifiants " (pp. 501-502). En ce sens, et compte tenu de la définition énoncée dans la section précédente, il semble évident que l'on ne peut parvenir à une compréhension satisfaisante de la réalité étudiée sans étudier au préalable l'autre concept technique qui y est en jeu : celui de souveraineté.

Ce concept a fait couler beaucoup d'encre. Depuis la première approche de Jean Bodin au XVI^e siècle, dans laquelle les composantes nationales, territoriales et théologiques étaient intrinsèquement liées, la notion de souveraineté est liée à l'existence d'un lien qui dépasse la simple extension physique et sociale dans laquelle s'exerce le pouvoir, et qui transcende en quelque sorte le territoire stricto sensu. C'est peut-être pour cette raison qu'il n'y a pas beaucoup de sources écrites de droit international qui offrent une définition cristalline et universelle de la souveraineté. L'un des rares textes qui peuvent nous donner quelques indices à cet égard est la Convention de Montevideo de 1933 sur les droits et les devoirs des États. Ce traité propose ce qui, dans la pratique, a fini par devenir une définition de la souveraineté, en établissant, à l'article 1, les conditions de base pour qu'une entité étatique soit considérée comme un sujet de droit international :

1. Population permanente.
2. Territoire déterminé.
3. Le gouvernement.
4. Capacité à nouer des relations avec d'autres États.

Il convient de noter que, bien que ce traité ne soit formellement applicable qu'au très petit nombre d'États qui l'ont signé (il a été convenu lors de la septième Conférence internationale des États américains, le prédécesseur direct de l'Organisation des États américains), il " a reçu une adhésion générale d'un point de vue doctrinal " (Infante Caffi, 2016, p. 66), ses postulats s'étendant progressivement - soit par référence directe, soit par référence à une coutume internationale fondée sur eux - à une généralité d'acteurs internationaux, y compris l'Union européenne elle-même. 66), étendant progressivement ses postulats - soit par référence directe, soit par référence à une coutume internationale fondée sur eux - à une généralité d'acteurs internationaux, y compris l'Union européenne elle-même⁵.

⁵ Voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen sur le processus de paix au Moyen-Orient du 20 juillet 2015 ou la résolution du Parlement européen sur le rôle de l'UE dans le processus de paix au Moyen-Orient du 10 septembre 2015 ; qui promeuvent une voie vers la reconnaissance de la Palestine en tant qu'entité politique ("solution à deux États") sur la base d'une population permanente (mentionnée à plusieurs reprises comme "population palestinienne"), d'un territoire permanent (notant son attachement aux "frontières de 1967"), d'un gouvernement effectif (incarné par l'"Autorité palestinienne", ci-après ANP, qui est

De même, la jurisprudence internationale a progressivement défini le concept de souveraineté, étant entendu qu'en l'absence de titre objectif (par exemple, un traité de frontière signé et respecté par tous les États concernés), un État est considéré comme souverain sur un territoire lorsqu'il manifeste son intention de l'être par des moyens adaptés à cette fin en droit international (par exemple, une déclaration unilatérale) et, en même temps, lorsque cet État est capable d'exercer cette autorité de manière pratique, par le développement effectif de sa juridiction sur le territoire (arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 19 avril 1955), une déclaration unilatérale) et, en même temps, lorsque cet État est en mesure d'exercer cette autorité d'une manière pratique, par le développement effectif de sa juridiction sur le territoire (arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 5 avril 1933, pp. 45-27 in fine, 46-28 in limine ; arrêt de la Cour internationale de justice du 17 décembre 2002, par. 134, p. 182-61 ; sentence de la Cour permanente d'arbitrage du 9 octobre 1998, par. 239, p. 268 ; entre autres).

C'est sur la base de cette souveraineté que sera fondé le droit légitime des États à protéger leurs frontières, habituellement protégé par les règles traditionnelles du droit international coutumier et la référence à l'article 51 de la Charte des Nations unies ; et dans le cas européen, ce droit transcendera le niveau national, compte tenu de l'obligation internationale que l'accord de Schengen implique pour ses signataires.

2.2. MIGRATION ET ASILE

En revanche, lorsqu'il s'agit de concepts liés aux droits détenus par les individus dans la zone frontalière, il n'est pas rare que certains malentendus surgissent (par exemple, en ce qui concerne les notions d'"immigré" et de "réfugié"), d'où l'intérêt d'étudier brièvement mais rigoureusement un tel environnement juridique, notamment en ce qui concerne le contenu et l'étendue de la protection internationale.

2.2.1 Le droit d'asile et la protection subsidiaire

Le terme "asile" vient du grec *asylon*, un mot dont la traduction est proche de celle de "lieu inviolable". Dans sa conception initiale, il s'agit de la condition accordée au *hieron*, sorte d'espace spécial situé à l'intérieur des *téménos*, espaces consacrés aux dieux (Harris Díez, 2011, p. 70), qui échappaient à la juridiction de l'État, "et pouvaient ainsi devenir le refuge d'individus persécutés, d'esclaves en fuite ou d'hommes politiques" (Zaidman et Schmitt-Pantel, 2002, p. 45). C'est dans ce contexte que s'est formé le dogme chrétien de "l'asile dans le sacré", un statut d'immunité traditionnellement conféré aux lieux de culte afin de protéger les nécessiteux et de racheter les criminels repentis (Golmayo, 1866, pp. 88-89), d'où découlera plus tard le concept moderne de "droit d'asile".

Ce concept moderne du droit d'asile sera établi fondamentalement par la proclamation de deux textes : la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés (ci-après la Convention de Genève), qui établit le concept de refuge ; et son Protocole de 1967, qui généralise cette protection, initialement créée pour un groupe très limité de bénéficiaires. La combinaison de ces deux textes permet d'aboutir à une définition unique qui reconnaît comme réfugié ou bénéficiaire de l'asile toute personne qui :

expressément citée) et d'une capacité à nouer des relations avec d'autres États (citant et reconnaissant les accords conclus avec l'ANP susmentionnée).

"...craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou, se trouvant hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner".

D'autre part, bien qu'il s'agisse de la définition générale, le fait est que les différents modèles de protection des droits fondamentaux existants ont développé toute une série de règles qui élargissent et clarifient le contenu de ce droit. Dans l'Union européenne, ce travail est réalisé par le biais de la directive 2011/95/UE, qui établit des aspects fondamentaux dans le processus d'obtention du statut de réfugié, tels que les critères d'évaluation des circonstances pouvant être considérées comme des persécutions, tout en introduisant dans le droit communautaire la "protection subsidiaire", une garantie qui préserve la situation juridique des ressortissants de pays tiers et des apatrides qui, "sans remplir les conditions d'obtention de l'asile, [...] il y a de sérieuses raisons de croire qu'ils se trouvent dans une situation de persécution", et qui, "ne remplissant pas les conditions d'obtention de l'asile, [...] il y a de sérieuses raisons de croire qu'ils se trouvent dans une situation de persécution". il y a des motifs sérieux de croire qu'elles courent un risque réel si elles retournent dans leur pays d'origine [...]" (art. 4). Cette protection subsidiaire - qui, avec le droit d'asile, forme ce que l'on appelle génériquement dans la terminologie de l'UE la "protection internationale" - vise à étendre l'indemnisation du statut de réfugié aux personnes qui risquent d'être condamnées à mort, soumises à la torture ou même de subir les conséquences d'un conflit militaire.

En tout état de cause, tous les règlements susmentionnés établissent explicitement l'inapplicabilité de cette protection à ceux qui peuvent être considérés comme des auteurs de crimes internationaux graves (criminels de guerre, génocides, etc.), des fugitifs de crimes de droit commun graves ou des personnes qui représentent un danger pour la sécurité du pays d'accueil.

2.2.2 Droits applicables aux bénéficiaires d'une protection internationale

Toute protection internationale accorde une série de droits minimaux à ses bénéficiaires, même si certains aspects accidentels de ceux-ci (délais, extension, etc.) peuvent varier légèrement selon que le statut accordé est celui de l'asile (plus protégé) ou de la protection subsidiaire (moins protégée). En outre, une partie importante de ces droits pourra être exercée non seulement par ceux qui ont été officiellement reconnus comme bénéficiaires d'un type quelconque de protection, mais les règlements européens reconnaissent également leur applicabilité aux simples demandeurs, tant que leur cas n'a pas été résolu⁶. En tout état de cause, il existe deux droits fondamentaux qui sont intrinsèquement liés à toute forme de protection internationale - y compris pour les demandeurs - et dont la nature sera décisive dans le conflit entre les droits individuels et la sécurité nationale : la protection judiciaire effective et le non-refoulement.

⁶ Par exemple, et conformément aux dispositions de la directive 2013/33/UE, le droit d'accès aux soins de santé (art. 19), aux aides publiques (art. 18) ou au marché du travail (art. 15).

2.2.2.1 *Le droit à une protection judiciaire effective*

Le droit à une protection judiciaire effective, entendu comme la garantie que les citoyens ont " accès à la juridiction, au traitement de la procédure, à la résolution [raisonnable] de l'affaire et à l'exécution de la sentence " (Carrasco Durán, 2020, p. 20), dans le cadre d'un système judiciaire équitable et impartial, n'est pas une garantie spécifique du droit d'asile, mais sa portée est universelle et, en tant que telle, elle est incluse dans la Constitution espagnole (art. 24) et dans la Constitution espagnole (art. 24). 20) dans le cadre d'un système judiciaire équitable et impartial, n'est pas une garantie spécifique du droit d'asile, mais sa portée est universelle et, en tant que telle, elle est incluse dans la Constitution espagnole (art. 24) et dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE (art. 47), sous la référence permanente aux droits à un procès équitable (art. 6) et à un recours effectif (art. 13).

Cependant, son impact dans le domaine du droit d'asile a été notable, au point que la directive 2013/32/UE garantit (art. 46) l'accès au recours dans les procédures d'asile, en indiquant explicitement qu'il doit être entendu par un organe "judiciaire". Ainsi, l'une des allégations les plus récurrentes lors de la contestation des actions de l'État dans la zone frontalière a été l'absence alléguée ou la précarité de l'accès aux recours judiciaires. En ce sens, et dans la sphère européenne, la garantie juridictionnelle ultime d'une protection judiciaire efficace a été canalisée - avant l'épuisement des instances nationales - par le recours à la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 13 de la CEDH⁷. Toutefois, la jurisprudence de cette Cour est claire : pour constater une violation de l'article 13, il faut d'abord qu'il y ait une allégation plausible de violation d'un autre des droits garantis par la Convention. Bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'une telle violation ait effectivement eu lieu, il a été exigé qu'il y ait un tel *grief défendable* au titre de la Convention - CEDH (Grande Chambre) arrêt du 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie*, §197, qui, à partir d'une première approximation plausible, permet ensuite de composer un récit fiable des faits, étant donné que la Convention vise à garantir des droits concrets et effectifs, et non théoriques ou illusoire - CEDH (Grande Chambre) Arrêt du 13 février 2020, *Affaire N. T. et N. D. c. Espagne*, §171-. Il est donc rare de constater des violations isolées de l'article 13 en l'absence de toute autre violation, même si, d'un point de vue doctrinal, cette possibilité existe et s'est effectivement produite - CEDH (Grande Chambre), arrêt du 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*. Dans le domaine du droit d'asile, cette relation s'est presque toujours traduite par un lien entre la violation et les violations de l'article 3 de la CEDH⁸ et de l'article 4 du protocole 4 de la CEDH.⁹

2.2.2.2.2 *Droit de non-refoulement*

Pour sa part, le droit au *non-refoulement* (consacré par l'article 33 de la Convention de Genève et généralement appelé *non-refoulement* dans la doctrine internationale) est un principe de base de la protection internationale qui implique la garantie que le bénéficiaire de la protection ne sera pas renvoyé dans son État d'origine ou dans tout autre État où il risque d'être persécuté, tant qu'il conserve son statut. Ce droit s'étend directement aux

⁷ "Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés dispose d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

⁸ "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁹ "Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites".

demandeurs pendant l'examen de leur dossier et, au niveau de l'UE, même à ceux dont la protection internationale n'a pas été officiellement accordée ou a été retirée (article 14, paragraphe 6, de la directive 2011/95/UE), dans la mesure où "ce sont les circonstances de fait d'une personne, [et] non la validation officielle de ces circonstances, qui donnent lieu au statut de réfugié au sens de la Convention" (Hathaway, 1995, 303-304). Et, en même temps, son respect est indépendant du fait que le demandeur se trouve ou non dans une situation légale dans le pays, un fait qui - bien qu'il ne soit pas explicitement mentionné dans les articles de la Convention - a été imposé par le biais du droit international coutumier et, dans le cas européen, a été établi par l'article 19 de la CDFUE et l'article 9 de la directive 2013/32/UE, étant approuvé par une jurisprudence répétée et pacifique à cet égard dans le cadre du système européen de protection des droits de l'homme¹⁰. Cela signifie que le droit au non-refoulement a été configuré comme faisant partie du noyau le plus essentiel des droits des réfugiés, dans la logique que sa violation systématique signifierait, en pratique, le vide du contenu de la protection internationale.

Il convient de noter que ce principe admet une exception : l'article 33.2 de la Convention de Genève garantit son inapplicabilité dans les cas où il existe des "raisons sérieuses" de considérer que le bénéficiaire ou le demandeur d'une protection internationale peut être considéré comme "un danger pour la sécurité du pays où il se trouve" (art. 33.2). Cette disposition, qui renforce les prérogatives des États dans le cadre de leur droit légitime à protéger leurs frontières, a été approuvée, avec certaines nuances¹¹, par la jurisprudence internationale. Un bon exemple en est l'arrêt de la CEDH (Grande Chambre) du 29 avril 1997, *L.H.R. c. France, dans l'affaire L.H.R. c. France. c. France*, dans lequel la Cour a approuvé l'expulsion d'un ressortissant colombien condamné pour trafic de drogue vers son pays d'origine, au motif que sa présence constituait une "menace grave pour l'ordre public", malgré les avertissements du requérant - partagés par la défunte Commission européenne des droits de l'homme, et même tièdement par la Cour elle-même - selon lesquels l'achèvement de son expulsion pourrait constituer un danger pour sa vie.

Enfin, dernier point notable, le développement du principe de non-refoulement a donné lieu, au fil du temps, à l'émergence d'un principe complémentaire qui a été généralement repris par les instruments juridiques internationaux les plus importants en la matière : l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers. Ce précepte, que certains auteurs comme Kamto (2007) considèrent (non sans controverse) comme un "principe général du droit international" (p. 129), a été normativisé dans la CEDH (article 4 du Protocole 4) et dans la CFREU (article 19.1). Son contenu renvoie à l'approche selon laquelle toute expulsion d'étrangers doit être fondée sur des circonstances non arbitraires et nécessite donc une évaluation individuelle du contexte de chaque étranger.

¹⁰ Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni* et, en particulier, du 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*.

¹¹ Par exemple, la mise en œuvre de ce précepte au niveau européen ne doit pas conduire, par omission, à la violation de l'article 3 de la CEDH, qui proscriit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants ; Un élément qui, en revanche, est applicable à l'ensemble de la communauté internationale, ayant été considéré comme un argument de nature *jus cogens* (Arrêt du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie du 22 février 2001, *Procureur c. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, §466 ; ou Arrêt de la Cour internationale de justice du 20 juillet 2012, Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader, *Belgique c. Sénégal*, §99).

3. ANALYSE JURIDIQUE : POSITIONS CONTRADICTOIRES ET RÉPONSE DE LA COUR

3.1. *HIRSI JAMAA C. ITALIE* : LA GENÈSE D'UNE DOCTRINE

Sur la base de la législation susmentionnée, des décisions judiciaires successives ont progressivement défini le cadre réglementaire final qui, au moins pour le moment, régit l'équilibre complexe entre les pouvoirs légitimes de l'État et la sauvegarde des droits fondamentaux. À cet égard, un arrêt se distingue de tous les autres qui, en raison du délai dans lequel il a été rendu et de ses implications politiques ultérieures, a constitué une référence incontournable pour l'établissement des critères minimaux d'action à la frontière : l'arrêt (Grande Chambre) de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italie*.

Hirsi Jamaa est le nom d'un ressortissant somalien qui faisait partie d'un groupe d'environ deux cents immigrants clandestins débarqués dans le port de Tripoli entre le 6 et le 7 mai 2009. Ce débarquement a eu lieu directement à partir des trois navires de l'État italien (*Guardia di Finanza* et garde-côtes) qui avaient procédé, quelques heures auparavant, à l'interception et au sauvetage du groupe alors qu'il naviguait dans des embarcations précaires, à quelque 35 milles nautiques au sud de l'île de Lampedusa, dans la zone de recherche et de sauvetage maltaise (ci-après dénommée "SAR"). À la suite de ces événements, l'Italie a été poursuivie devant la CEDH, vingt-cinq parties s'étant jointes à l'affaire.

Cependant, ce qui était pertinent - pour sa nouveauté - dans l'affaire *Hirsi Jamaa* n'était pas tant l'application de l'article 3 de la CEDH dans le contexte d'un retour d'immigrants - une pratique déjà consolidée dans des arrêts tels que *Chahal c. Royaume-Uni* - mais plutôt que, pour la première fois, la Cour avait l'occasion de statuer sur le rejet d'immigrants interceptés dans l'environnement maritime en même temps qu'elle évaluait l'application extraterritoriale de la CEDH (Alarcón Velasco, 2015, p. 4). Et elle l'a fait en portant un coup retentissant à la thèse italienne, puisqu'elle a déclaré la violation des articles 3 et 13 de la CEDH, ainsi que de l'article 4 de son protocole numéro 4, dans tous les cas à l'unanimité.

Le raisonnement de base qui sous-tend la position de la Cour est le suivant :

1. D'une manière générale, la CEDH est applicable dans la mesure où, conformément aux articles 92 et 94 de la convention des Nations unies sur le droit de la mer, les navires sur lesquels les faits se sont produits sont soumis à la juridiction de l'État de leur pavillon, ce qui constitue un cas d'"exercice extraterritorial de la juridiction [...] susceptible d'engager la responsabilité de l'État".
2. En ce qui concerne l'article 3, l'élément déterminant a été l'impossibilité de considérer la Libye comme un "*lieu sûr*" pour le débarquement, la Cour estimant que non seulement la sécurité d'un point de vue maritime devait être prise en compte¹², mais aussi les questions relatives à la protection de leurs droits fondamentaux (violation du principe de non-refoulement).

¹² L'absence de risque dans les concepts relatifs à la sécurité en mer que l'on trouve dans les conventions internationales en la matière (en particulier dans les conventions SAR et SOLAS) se réfère principalement,

3. En ce qui concerne l'article 4 du Protocole 4, l'élément déterminant est l'absence d'individualisation de l'expulsion des immigrants, dans la mesure où ils n'ont pas été identifiés et où l'on n'a pas évalué si certains d'entre eux pouvaient avoir des circonstances personnelles pertinentes (violation de l'interdiction des expulsions collectives).

4. En ce qui concerne l'article 13, l'élément déterminant est l'impossibilité pour les immigrés d'avoir accès à un recours effectif contre la décision d'expulsion (violation du droit à une protection juridictionnelle effective), élément qui peut être apprécié au regard de la violation de l'article 3.

3.2. AFFAIRE *N.D. ET N.T. C. ESPAGNE* : LES LIMITES DE LA PROTECTION

Comme indiqué dans les sections précédentes, l'universalité du droit de demander une protection internationale n'implique pas que ce droit puisse être revendiqué ou exercé de manière illimitée. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) du 13 février 2020, dans le cadre de l'affaire *N. D. et N. T. c. Espagne*, ne sera qu'un des meilleurs exemples de la manière dont les nations peuvent, de leur propre chef, mettre en place des systèmes efficaces de contrôle des frontières qui, à leur tour, respectent le droit international humanitaire, en luttant contre l'abus de droits dans une perspective de garantie.

Emulant l'analyse réalisée dans la section précédente concernant *Hirsi Jamaa*, la présente affaire concerne deux ressortissants étrangers, N. D. et N. T., qui, au sein d'un groupe d'environ 600 personnes, ont tenté de prendre d'assaut la clôture frontalière dans la ville de Melilla aux premières heures du 13 août 2014. Leur tentative a été déjouée grâce à l'action de la Guardia Civil et des forces de sécurité marocaines, les deux plaignants ont été escortés jusqu'à l'autre côté de la frontière, acte qui motivera le procès. Par la suite, les deux acteurs ont participé à deux nouveaux assauts contre la clôture, réussissant à pénétrer illégalement sur le territoire espagnol. Il convient de noter que l'un d'entre eux a ensuite demandé une protection internationale, qui lui a été refusée à toutes les étapes de la procédure.

A ce stade, l'intérêt de l'arrêt est double. D'une part, parce qu'il s'agit de l'approbation définitive de la pratique du "*rejet à la frontière*" (parfois appelée péjorativement "*retour à chaud*") : l'exécution d'un retour immédiat au Maroc de tout immigrant surpris en train d'essayer de franchir illégalement les éléments de confinement de la frontière. D'autre part, parce qu'il représente un contrepoint à *Hirsi Jamaa*, puisque tous deux marquent les limites de la légalité d'un point de vue différent : positif dans *N. D. et N. T.* (ce qui peut être fait), négatif dans *Hirsi Jamaa* (ce qui ne peut pas être fait), indiquant ainsi les deux limites entre lesquelles la législation frontalière doit se situer. Tout cela dans le contexte de l'existence, dans cette affaire, d'un jugement de première instance qui contredisait les arguments de l'Espagne, ce qui a donné lieu à un processus de justification plus détaillé de la part de la Grande Chambre en réponse aux demandes des plaignants, qui

par référence, à des aspects liés à la sécurité de la navigation ou à la sécurité opérationnelle (sécurité, sécurité en tant que protection contre le naufrage, contre la noyade, contre les risques inhérents à la cargaison du navire, etc.) Nonobstant ce qui précède, et par rapport au concept de "*lieu de sécurité*" existant dans la convention SAR de 1979, l'Organisation maritime internationale (ci-après OMI) elle-même a fini par intégrer des nuances qui complètent cette vision, aboutissant à des textes tels que l'annexe 34 de la résolution MSC.167(78) de l'OMI, *Lignes directrices sur le traitement des personnes sauvées en mer*, dans laquelle il est fait référence à des réglementations telles que la convention de Genève de 1951.

contestaient les actions des gardes-frontières pour violation de l'article 3 de la CEDH et de l'article 4 du Protocole 4 de la CEDH, ainsi que de l'article 13 de la CEDH en ce qui concerne les deux précédents.

Ainsi, le raisonnement de base qui sous-tend la position de la Cour est le suivant :

1. En ce qui concerne l'article 3, déjà au même stade d'admission (décision du 7 juillet 2015), la Cour rejette catégoriquement la recevabilité des arguments des requérants concernant la possibilité que le principe de non-refoulement (article 3 de la CEDH) ait été violé par le refus de renvoyer les immigrés au Maroc. Bien que le raisonnement juridique ne soit pas particulièrement détaillé, il met clairement en évidence l'absence de preuves permettant de considérer le Maroc comme un lieu dangereux à cette fin, et ne considère même pas - comme il l'a fait dans l'affaire *Hirsi Jamaa* - qu'il est nécessaire d'examiner la question de manière plus approfondie.

2. En ce qui concerne l'article 4 du Protocole 4, la position de la Cour est qu'une expulsion collective ne peut être considérée comme existant dans le contexte d'une action en vigueur déclenchée par le requérant lui-même, et qui provoque "une situation manifestement perturbatrice, difficile à maîtriser et mettant en danger la sécurité publique" (§201). Ceci est particulièrement pertinent si l'on tient compte du fait que, dans le jugement de la juridiction inférieure, la Chambre avait directement établi - sans même soulever une justification qui affecterait le fond de l'affaire - un parallélisme total entre cette affaire et *Hirsi Jamaa*, malgré le fait qu'il s'agisse de contextes totalement différents. Ainsi, la Cour prévoit qu'un tel "examen individualisé" pour surmonter l'obstacle conceptuel de l'expulsion collective doit être effectué en tenant compte "des circonstances particulières de l'expulsion et du "contexte général à l'époque des faits"" (§197), ce qui permet de simplifier ou d'omettre les procédures d'évaluation, surtout si ce contexte dépend largement "du propre comportement du requérant" (§200) et si l'Etat fournit "des procédures légales disponibles pour entrer [dans le pays]" (§208) et "garantit le droit de demander une protection [...] de manière réelle et effective" (§209).de manière réelle et effective" (§208).

3. En ce qui concerne l'article 13, la Cour précise qu'aucune violation du droit à une protection juridictionnelle effective ne peut être constatée, attribuant également l'absence de recours juridictionnel au "propre comportement des requérants qui ont tenté d'entrer à Melilla sans autorisation" (§242).

Enfin, une observation intéressante sur les motifs de l'arrêt est que, bien que la Cour rejette la thèse de l'Espagne concernant la limitation de la compétence sur la base de critères opérationnels - similaires à ceux soutenus par l'Italie dans l'affaire *Hirsi Jamaa*-, en déclarant que l'exercice effectif de l'autorité que l'Espagne, par l'intermédiaire de la Guardia Civil, exerce à partir du périmètre de la clôture extérieure vers l'intérieur (§§107-108), est indéniable, elle établit que le gouvernement espagnol ne peut être tenu responsable des circonstances qui se produisent en dehors de son territoire souverain. Le fait que le gouvernement espagnol exerce, par l'intermédiaire de la Guardia Civil, son activité à partir du périmètre de la clôture extérieure (§§107-108), établit que le gouvernement espagnol ne peut être tenu pour responsable des circonstances survenant en dehors de son territoire souverain, et en particulier de celles qui sont le fait d'agents d'un État tiers (§218).

3.3. ANALYSE COMPARATIVE : LA COMPATIBILITÉ D'UNE DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE DISPARATE

Comme nous l'avons vu, tant l'affaire *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* que l'affaire *N.D. et N.T. c. Espagne* représentent deux cas dans lesquels, pour des comportements a priori analogues (la remise à des autorités non européennes d'étrangers tentant d'entrer illégalement sur le territoire communautaire), la Cour européenne des droits de l'homme a rendu des arrêts différents. Et ceci est fondamentalement dû à l'existence dans les affaires *N.D. et N.T.* d'un fil conducteur qui a été dûment et opportunément revendiqué par l'Espagne dans le cadre des procédures suivies au cours du litige susmentionné, et qui articule, du début à la fin, l'arrêt : la doctrine du "comportement coupable".

Le corollaire de ce raisonnement est que l'Etat ne peut être tenu pour responsable du fait que les immigrés se soustraient aux procédures légales d'entrée sur le territoire, surtout s'ils " profitent délibérément de leur grand nombre et font usage de la force " (*N.D. et N.T. c. Espagne*, §201). Ainsi, pour que cette doctrine soit applicable, le comportement répréhensible imputable aux migrants doit générer une situation grave, résultant d'un comportement volontaire - c'est-à-dire conscient de son illégalité et de ses conséquences possibles - qui représente un danger objectif pour la sécurité publique, y compris celle des migrants eux-mêmes.

En effet, l'interprétation de la Cour transcende toutes les violations alléguées par les requérants, même celles qui sont (a priori) les plus éloignées de leur sphère d'action individuelle. Ainsi, en ce qui concerne l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (article 4 du protocole 4 de la CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme va situer l'aspect différentiel dans les possibilités d'accès des immigrés aux procédures légales d'entrée sur le territoire européen. Ainsi, dans les affaires *N. D. et N. T.*, il est indiqué à plusieurs reprises que le droit espagnol offrait aux requérants diverses possibilités de traiter leur entrée en Espagne, ainsi que de demander l'asile¹³ (§212), mais que ces outils ont été refusés (comportement coupable) par les requérants (§231). Le même raisonnement s'applique en ce qui concerne le droit à une protection juridictionnelle effective (article 13 de la CEDH), les arguments utilisés par le Tribunal des garanties étant les mêmes (§242).

Ces prémisses étant posées, la question se pose inévitablement : *la* doctrine du comportement coupable pourrait-elle être utilisée, *mutatis mutandis*, pour les expulsions ayant lieu dans le domaine maritime ? Et, dans l'affirmative, que faudrait-il changer dans le cadre de l'action étatique pour y parvenir ? La réponse à ces questions n'est pas triviale. Après *N.D. et N.T.*, la Cour européenne des droits de l'homme a utilisé cette doctrine - qui n'était d'ailleurs pas tout à fait nouvelle au moment de sa formulation¹⁴ - à quelques

¹³ La possibilité offerte par la législation espagnole d'accéder à certaines procédures liées à l'asile dans les ambassades et les consulats (article 38 de la loi 12/2009, du 30 octobre, régissant le droit d'asile et la protection subsidiaire) est particulièrement remarquable, à la fois parce que la Cour a insisté à plusieurs reprises sur cette possibilité et parce qu'il ne s'agit pas d'une pratique courante dans d'autres États européens (l'Italie, par exemple, ne l'inclut pas dans son décret législatif du 19 novembre 2007, sur la reconnaissance de la protection internationale).

¹⁴ La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà adopté une approche précurseur en 1996 dans l'affaire *John Murray c. Royaume-Uni* - arrêt (grande chambre) du 8 février 1996 - en refusant la protection à un homme condamné pour terrorisme qui alléguait que son silence avait été utilisé contre lui dans le cadre

reprises¹⁵, sans qu'aucune d'entre elles n'ait servi à entériner un refus maritime. Ce qui est certain, en revanche, c'est qu'il n'y a aucun passage dans *N.D. et N.T.* où la Cour affirme que sa doctrine n'est pas valable pour les expulsions d'immigrants interceptés en mer. Bien au contraire, l'arrêt souligne la nécessité d'une appréciation des "circonstances du cas d'espèce" (§201). De ce fait, et en vertu du principe *permissum videtur id omne quod non prohibetur*¹⁶, il semble logique de déduire que l'admissibilité d'un tel principe ne devrait dépendre que de la réalisation de ses présupposés intrinsèques, à savoir l'existence de véritables outils juridiques permettant d'accéder à l'État de destination et d'engager une procédure d'asile devant ses autorités ; ainsi que sur la constatation d'un comportement répréhensible de la part des immigrants qui, ignorant l'existence de ces outils juridiques, défient les mécanismes de contrôle aux frontières par le biais d'actions coercitives. En outre, ces deux conditions doivent être dûment invoquées par l'État dans le cadre de la procédure judiciaire, ce que l'Italie n'a pas fait dans l'affaire *Hirsi Jamaa*. Aucune de ces conditions préalables ne semble nécessairement invincible dans un scénario maritime typique dans lequel des centaines d'hommes d'origine et de parcours inconnus se mettent eux-mêmes, ainsi que leurs compagnons de voyage et les garde-frontières et garde-côtes européens, en danger manifeste en proposant un départ massif, planifié et coordonné d'embarcations à destination d'un territoire isolé, aux capacités d'accueil limitées, avec le risque d'effondrement qui en découle - comme Lampedusa. Tout ceci est soumis à la nécessité pour l'Etat côtier de disposer d'un déploiement diplomatique de taille adéquate avec des pouvoirs accordés dans le domaine de l'asile, ce qui lui permet de justifier la suffisance des mécanismes d'accès à l'asile. A cet égard, il convient également de mentionner la communauté que représente l'UE en termes de migration et d'asile, ce qui permettrait même de suggérer - bien qu'il soit peut-être nécessaire pour cela de progresser davantage dans le processus d'intégration européenne toujours lent - que l'existence de délégations diplomatiques d'autres pays de l'UE est un atout qui doit nécessairement être valorisé aux fins de l'évaluation adéquate des possibilités d'accès offertes par l'État plaignant, car il représente un renforcement inhérent des ressources propres de l'État.¹⁷

Et, dans la lignée de ce qui précède, il est également pertinent d'évoquer certaines déductions concernant le problème des limitations factuelles de l'État dans son action internationale. Bien que certains auteurs comme Sánchez Tomás (2018, p. 110) ou Martínez Escamilla (2021, p. 6-7) affirment que la territorialité est la perspective dominante en termes de détermination de la responsabilité internationale, la vérité est que tant la doctrine que la pratique internationales (déjà mentionnées au point 2.1.2 de ce texte) indiquent la nécessité d'un exercice pratique de la territorialité dans la détermination de la responsabilité internationale. La doctrine et la pratique internationales (déjà évoquées au

de sa procédure judiciaire. La Cour a jugé que c'était lui qui avait choisi de garder le silence alors qu'il était conscient des conséquences qu'un tel comportement pouvait entraîner, et que c'était donc lui qui s'était exposé à ce que son silence lui soit préjudiciable (§56).

¹⁵ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (troisième section) du 24 mars 2020, *Asady et autres c. Slovaquie*.

¹⁶ "Tout ce qui n'est pas interdit est considéré comme autorisé.

¹⁷ En effet, il semble évident de penser que, compte tenu de la préexistence d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, dans le cadre duquel les frontières intérieures ont été abolies et qui a articulé des mécanismes de mise en œuvre d'une politique commune d'immigration et d'asile, un réseau constitué par l'ensemble de ses ambassades et consulats offre aux candidats à l'immigration et d'asile une plate-forme d'accès beaucoup plus importante et diversifiée, avec un plus grand nombre de garanties procédurales, que celle offerte par un État séparé. Surtout si l'on tient compte de l'homogénéité qu'implique la législation européenne en matière de reconnaissance, de qualification, d'évaluation et de résolution des procédures d'asile, de séjour et de résidence légale, qui sont communes à tous ses États membres.

point 2.1.2 de ce texte) soulignent la nécessité d'un exercice concret de l'autorité sur ce territoire pour être considéré comme souverain, raison pour laquelle la Cour, dans son arrêt de Grande Chambre, modifie son arrêt de première instance en éliminant ou en adoucissant considérablement les mentions relatives à la prépondérance du tracé de la frontière par rapport au tracé effectif de la clôture (incluses au §53 de l'arrêt de première instance). Ainsi, comme nous l'avons déjà mentionné, le rejet de l'exemption du principe général d'attribution ne dépend pas de la territorialité du point où les actes ont lieu, mais du fait que l'action est menée par des agents de l'État signataire, indépendamment du lieu où l'action a lieu. Cela sera pertinent dans les cas (par exemple, les événements du 24 juin 2022 à Melilla) où l'Espagne a été tenue responsable d'actes commis par des fonctionnaires étrangers dans des zones qui, bien que formellement situées à l'intérieur de la frontière espagnole "historique", se trouvent en pratique au-delà de la clôture et ne font donc l'objet d'aucun contrôle effectif de la part de l'Espagne.

Enfin, il faut souligner le traitement différent que la Cour accorde à l'étude des possibles violations de l'article 3 CEDH (prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) dans *Hirsi Jamaa* et dans *N.D. et N.T.* Malgré le peu de justifications offertes par la décision de rejet de *N.D. et N.T.* à cet égard, il semble clair que la justification de cette différence réside, du moins pour l'essentiel, dans le pays d'expulsion. Une partie de la doctrine (Del Valle Gálvez, 2018, pp. 25-49 ; Freedman, 2024, 204-220) en est venue à avancer des thèses qui se rapprochent d'une remise en cause généralisée de ce qu'il est convenu d'appeler les " politiques d'externalisation des frontières ", concept avec lequel il convient d'être très prudent. Tout d'abord, parce que ce terme péjoratif a été utilisé pour définir ce qui, dans la plupart des cas, n'est rien d'autre que des politiques de coopération policière internationale dans le domaine du contrôle des frontières, à travers lesquelles le renforcement des capacités est encouragé pour renforcer l'application de la loi dans les pays en développement. Ainsi, le terme même choisi semble plutôt malheureux, car il est difficile d'"externaliser" les tâches de contrôle des frontières et d'application de la loi, qui ne sont rien d'autre que des "obligations dérivées du droit conventionnel et coutumier", et donc l'objet du "*ius cogens*" (Soler García, 2017, p. 41). Et, d'autre part, parce que l'acceptation irrationnelle de positions tangentiellement contraires à ces politiques mettrait en péril non seulement l'application de mesures étatiques légitimes - l'expression de sa souveraineté en matière de sécurité nationale ou de politique migratoire - mais aussi les intérêts de la communauté internationale et la protection des droits de l'homme : après tout, le renforcement des capacités des États d'origine et de transit dans des domaines vitaux tels que la recherche et le sauvetage en mer de leurs propres compatriotes est également un élément essentiel de cette coopération. Il s'ensuit qu'une telle coopération ne peut en soi être en contradiction avec la CEDH.

Et c'est là qu'intervient le facteur véritablement différentiel de *Hirsi Jamaa* : la Libye. En ce sens, la situation de la Libye est certainement idiosyncratique. Il s'agit d'un État qui n'a pas signé la Convention de Genève et qui a été défini à plusieurs reprises par différents auteurs comme un "chaos", dans lequel "les migrants expulsés d'Europe ont souvent été abandonnés à un sort incertain" (Cole, 2012, p. 6). Et cela explique parfaitement les craintes exprimées par la Cour dans l'affaire *Hirsi Jamaa* (§136), sur la base de différents rapports intégrés dans l'affaire (HCR, Commission européenne, Conseil de l'Europe, Human Rights Watch, etc., voir §33-42). Cette situation n'est pas comparable à celle qui existe dans pratiquement tous les États avec lesquels l'Espagne a conclu des accords de rapatriement actifs et raisonnablement fonctionnels, principalement le Maroc et l'Algérie, des États qui font partie de la politique européenne de voisinage - qui exige,

conformément à l'article 8 du TUE, de partager les principes démocratiques de l'UE - et qui en ont grandement bénéficié, devenant des partenaires économiques et politiques privilégiés. Après tout, il existe une abondance de déclarations judiciaires¹⁸ qui approuvent explicitement leur statut de "pays tiers sûrs" (voir SAN 1441/2018 du 15 mars 2018 pour le cas du Maroc ou SAN 3838/2016 du 17 octobre 2016 pour le cas de l'Algérie). Et ce point est d'un grand intérêt non seulement aux fins du retour des migrants irréguliers dans leur pays d'origine, mais aussi par rapport à la possibilité (entérinée par l'article 3, paragraphe 3, du règlement 604/2013 relatif à la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale) d'orienter les demandeurs d'asile vers des centres situés dans des pays tiers sûrs au cours de l'examen de leur demande. Cette possibilité pourrait toutefois faire l'objet - compte tenu de sa complexité et des controverses prévisibles - d'un article à part entière, avec le débat doctrinal correspondant.

4. LES CONCLUSIONS

Pour conclure, nous ferons une brève synthèse de la doctrine examinée dans les chapitres précédents, en proposant quelques lignes directrices qui décrivent les résultats les plus intéressants dans la matière analysée.

Tout d'abord, la conclusion la plus générale et la plus évidente que l'on peut tirer de ce qui précède est que de nombreux phénomènes sociaux convergent dans l'environnement frontalier, ce qui génère un niveau élevé de contentieux en matière de protection des droits fondamentaux. Ces processus, qui découlent tous de la tension permanente entre les politiques de contrôle migratoire et les garanties individuelles, exigent un équilibre qui se règle souvent devant les tribunaux, mettant à l'épreuve les cadres juridiques nationaux et internationaux, ainsi qu'une série de concepts manipulés par la doctrine - frontière, souveraineté, territoire, asile, etc. Il est donc essentiel que les forces de sécurité qui fournissent leurs services aux frontières aient une connaissance suffisante de la législation qui les protège, afin d'exercer leurs fonctions de manière efficace, mais aussi dans le respect des droits des personnes qui traversent ces environnements.

D'autre part, il convient de noter que la majorité de ces procédures judiciaires sont fondées sur la violation de garanties très spécifiques, qui sont régulièrement répétées dans les déclarations des organes judiciaires chargés de leur poursuite. Il s'agit fondamentalement de la transgression des principes de non-refoulement et du droit à une protection juridictionnelle effective, doctrines dont la sauvegarde, dans le cadre européen, est consacrée par les articles 3 et 13 de la CEDH ; ainsi que de l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers, protégée par l'article 4 du Protocole 4 de ladite Convention. Ces procédures judiciaires sont toutefois longues et très complexes, et leurs décisions sont souvent en conflit direct avec des décisions antérieures rendues par d'autres tribunaux, voire par les mêmes organes qui les ont rendues. Pour ces raisons, il est également essentiel que les organes chargés de la représentation et de la défense des États souverains aient

¹⁸ Pratiquement toutes ces prises de position proviennent des sphères nationales, étant donné que la Cour EDH évite les prises de position catégoriques sur la sécurité des États et privilégie l'analyse au cas par cas, tout comme les hautes juridictions espagnoles. En revanche, plusieurs pays européens ont établi des listes de pays tiers sûrs, incluant le Maroc dans certaines d'entre elles, comme c'est le cas, par exemple, aux Pays-Bas (Immigration and Naturalisation Service, 2018). Cette pratique gagne du terrain parmi les États européens et est conforme aux dispositions du Pacte sur les migrations et l'asile, qui a introduit ce concept dans le nouveau règlement sur les procédures d'asile (règlement (UE) 2024/1348), qui commencera à s'appliquer à partir du 12 juin 2026 (section V, art. 57 et suivants).

une connaissance approfondie du droit international et sachent rendre ces doctrines compatibles avec leur droit interne - en proposant même les modifications législatives nécessaires - afin d'assurer, en tant que garants de l'ordre juridique, que les décisions affectant leurs sphères de représentation soient conformes au droit et à la pratique internationaux.

Enfin, et dans la lignée de ce qui précède, on ne peut ignorer la mutabilité qui caractérise l'interprétation de l'ordre juridique international. Il ne s'agit pas d'une faiblesse du système en soi : les règles, surtout dans des environnements anarchiques comme celui-ci, sont en transformation permanente, et les opérateurs juridiques n'ont donc d'autre choix que d'adapter leurs positions aux réalités existantes, ce qui se fait depuis l'Antiquité, lorsqu'il existait des figures juridiques impensables dans le monde contemporain. En ce sens, un scénario aussi volatil que celui qui régit la géopolitique mondiale actuelle exige - dans le respect des consensus inhérents au maintien de la paix et de la sécurité internationales, parmi lesquels la prise en compte de la dignité de la personne en tant que source inaliénable des droits de l'homme - une certaine marge dans l'interprétation des normes qui régissent les obligations des États, une position qui n'est pas nouvelle dans la doctrine (Koskenniemi, 2004). De cette manière, le respect adéquat de ces normes est garanti, en respectant la volonté de leurs promoteurs tout en favorisant la coexistence, approfondissant ainsi le développement d'un environnement international prospère pour tous ses habitants.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Alarcón Velasco, N. (2015), El abogado ante las normas de asilo : vigilancia de su aplicación, Consejo General de la Abogacía Española. Disponible en ligne : <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-abogado-ante-las-normas-de-asilo-vigilancia-de-su-aplicacion/>. [Consulté le : 31/03/2025].
- Carrasco Durán, M. (2020). La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, in *Revista de derecho político*, núm. 107, 13-40.
- Cole, P. (2012), *Borderline Chaos ? Stabilizing Libya's Periphery*, Middle East, octobre 2012, Washington : Carnegie Endowment for International Peace.
- Commission espagnole d'aide aux réfugiés (3 octobre 2017), La Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Espagne pour deux " retours chauds ". Disponible en ligne : <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>. [Consulté le 31/03/2025].
- Commission européenne (2022), *Rapport sur l'état de Schengen 2022*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2022) 301 final. Disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0301>. [consulté le : 31/03/2025].
- Commission européenne (2024), *Eurobaromètre standard. Les opinions des Européens sur les priorités de l'Union européenne*, n° 102, Bruxelles : Office des publications de l'UE. Disponible en ligne : <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3215>. [Consulté le 31/03/2025].
- Conseil de l'Union européenne (2015), *Conclusions du Conseil sur le processus de paix au Moyen-Orient*. Disponible en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/07/20/fac-mepp-conclusions/pdf/>. [Consulté le 31/03/2025].
- Consejo General de la Abogacía Española (3 octobre 2017), *La Abogacía reitera la ilegalidad de las devoluciones en caliente, tras la condena del TEDH*. Disponible en ligne : <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>. [Consulté le 31/03/2025].
- Curzon, G. (1907), *Frontiers*, Oxford : Clarendon Press.
- Del Valle Gálvez, A. (2019), *La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización/ extraterritorialidad de los controles migratorios* in *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVIII, Valencia : Tirant lo Blanch.
- Doebbler, C. (2018), *Dictionary of Public International Law*, Londres : Row-man & Littlefield.

- Eurostat (2025), Population au 1er janvier par groupe d'âge, sexe et nationalité. Disponible en ligne : https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_pop1ctz/default/table?lang=en. [consulté le 31/03/2025].
- Freedman, J. (2024), The violent externalisation of asylum in *Research Handbook on Asylum and Refugee Policy*, pp. 204-220, Cheltenham : Edward Elgar Publishing.
- Frontex (2021), Analyse des risques pour 2021, Varsovie. Disponible en ligne : <https://www.frontex.europa.eu/publications/risk-analysis-for-2021-MmzG10>. [Consulté le 31/03/2025].
- Frontex (2024), Annual Brief 2023, Varsovie. Disponible en ligne : <https://prd.frontex.europa.eu/document/annual-brief-2023/>. [Consulté le 31/03/2025].
- Golmayo, P. B. (1866), *Instituciones de Derecho Canónico*, Madrid : Imprenta de A. Peñuelas.
- Harris Díez, R. (2011), El paisaje de los dioses : los santuarios griegos de la época clásica y su entorno natural, in *AISTHESIS : Revista Chilena de Investigaciones Estéticas*, núm. 49, Santiago du Chili : Instituto de Estética de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Hathaway, J. C. (2005), *The rights of refugees under International Law*, Cambridge : Cambridge University Press.
- Infante Caffi, M.T. (2016), Las fronteras desde la perspectiva del Derecho Internacional, in *Revista de Estudios Internacionales*, núm. 185, pp. 59-86, Santiago : Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Disponible en ligne : https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000300004. [consulté le : 31/03/2025].
- Kamto, M. (2007), *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, Genève : Commission du droit international des Nations unies.
- Koskenniemi, M. (2004), *The Gentle Civilizer of Nations : The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge : Cambridge University Press.
- Lacan, J. (1966), *Écrits*, Paris : Éditions du Seuil.
- Martínez Escamilla, M. (2021), Las "devoluciones en caliente" en el asunto N. D. y N.T. contra España (Sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020) in *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 77.
- Haut-Commissariat aux droits de l'homme (2018), *Principes et directives recommandés concernant les droits de l'homme aux frontières internationales*, Genève : HCR. Disponible en ligne : <https://acnudh.org/principios-y-directrices-recomendados-sobre-los-derechos-humanos-en-las-fronteras-internacionales/>. [Accédé le 31/03/2025].

Parlement européen (2015), Résolution du Parlement européen sur le rôle de l'UE dans le processus de paix au Moyen-Orient. Disponible en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0318_EN.html. [Consulté le : 31/03/2025].

Real Academia Española (2014), Diccionario de la lengua española (23e édition).

Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). Disponible en ligne : <https://dpej.rae.es/>. [Consulté le 31/03/2025].

RTVE (3 octobre 2017), La Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Espagne pour deux "retours chauds" à Melilla. Disponible en ligne : <https://www.rtve.es/noticias/20171003/tribunal-europeo-derechos-humanos-condena-a-espana-por-dos-devoluciones-caliente-melilla/1625420.shtml>. [Consulté le : 31/03/2025].

Sánchez Tomás, J. M. (2018), Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, As. N.D. Y N.T. vs España, de 03.10.2017), in *Revista Española de Derecho Europeo*, núm 65, pp. 102-135.

Sanz Donaire, J. J. (2023). Del concepto de frontera, in *Boletín de la Real Sociedad Geográfica*, Número extraordinario 2023, pp. 253-262. <https://doi.org/10.22201/ceich.24485691e.2014.12.49710>.

Service de l'immigration et de la naturalisation (2018), Beoordeling veilige derde landen - Marokko, Informatiebericht SUA IB 2018/105. Disponible en línea: https://puc.overheid.nl/ind/doc/PUC_9890080000_1/1?solrID=PUC_9890080000_1_1&solrQ=morocco. [consulté le 31/03/2025].

Soler García, C. (2017), The European Border and Coast Guard : An advance on Frontex ? Una valoración provisional, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34. Disponible en ligne : <https://www.reei.org/index.php/revista/num34/articulos/guardia-europea-fronteras-costas-avance-respecto-frontex-una-valoracion-provisional>. [consulté le : 31/03/2025].

Zaidman, L. B., Schmitt-Pantel, P. (2002), *La religión griega en la polis de la época clásica* (Díez Platas Trad.), Colmenar Viejo : Akal.

LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE

Charte des Nations unies (1945), Conférence des Nations unies sur l'organisation internationale, signée à San Francisco le 26 juin 1945.

Convention sur les droits et les devoirs des États (1933), septième Conférence internationale américaine de Montevideo, Recueil des traités de la Société des Nations, volume 165, page 19.

Convention relative au statut des réfugiés (1951), Conférence de plénipotentiaires des Nations unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, signée à Genève le 28 juillet 1951, Recueil des traités des Nations unies, volume 189, page 137.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), signée à Rome le 4 novembre 1950.

Protocole relatif au statut des réfugiés (1967), signé à New York le 31 janvier 1967, Recueil des traités des Nations unies n° 8791, Vol. 606, p. 267.

Decreto legislativo del 19 novembre 2007, n. 251, Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale.

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des demandeurs de protection internationale.

Loi 12/2009, du 30 octobre, réglementant le droit d'asile et la protection subsidiaire.

Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

Règlement (UE) 2024/1348 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 établissant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE.

Cour européenne des droits de l'homme (1997), affaire H.L.R. c. France, arrêt (Grande Chambre) du 29 avril 1997.

Cour européenne des droits de l'homme (2012), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* Arrêt (Grande Chambre) du 23 février 2012.

Cour européenne des droits de l'homme (2015), affaire *N. D. et N. T. c. Espagne*, décision (troisième section) du 7 juillet 2015.

Cour européenne des droits de l'homme (2017), affaire *N. D. et N. T. c. Espagne*, arrêt (troisième section) du 3 octobre 2017.

Cour européenne des droits de l'homme (2020), affaire *N.D. et N.T. c. Espagne*, arrêt (grande chambre) du 13 février 2020.

Cour permanente de justice internationale (1933), *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt du 5 avril, série A./B., fascicule n° 53, Leyde : A. W. Sijthoff's Publishing Company.

Cour internationale de justice (2002), *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, arrêt du 17 décembre, numéro de vente 858.

Cour internationale de justice (2012), *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012,

Cour permanente d'arbitrage de La Haye (1998), *Souveraineté territoriale et étendue du différend (Érythrée et Yémen)*, sentence du 9 octobre, in *Recueil des sentences arbitrales internationales*, volume XXII pp. 209-332.

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (2001), *Procureur c. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, jugement du 22 février 2001.

Audiencia Nacional (2018), arrêt 1441/2018, 15 mars 2018.