

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE **C**
DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES



Affaires constitutionnelles

Liberté, sécurité et justice

Égalité des genres

Affaires juridiques et parlementaires

Pétitions

Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration

ETUDE



DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES

**DEPARTEMENT THEMATIQUE C: DROITS DES CITOYENS ET
AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES**

LIBERTES CIVILES, JUSTICE ET AFFAIRES INTERIEURES

**IMPACT DE LA JURISPRUDENCE
DE LA CEJ ET DE LA CEDH
EN MATIERE D'ASILE ET D'IMMIGRATION**

ETUDE

Résumé

La mesure de l'impact des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne permet d'établir des constats significatifs. La Cour de Strasbourg devrait continuer à occuper une place déterminante dans le contentieux de l'asile et de l'immigration. Axée sur la protection des droits fondamentaux, sa jurisprudence foisonnante a façonné le droit européen de l'asile et de l'immigration. A l'opposé, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg contraste par son faible volume, indépendamment des progrès de la protection juridictionnelle réalisés par le Traité de Lisbonne. La qualité des quelques décisions rendues témoigne néanmoins du potentiel remarquable du juge de Luxembourg à interpréter le droit européen et encadrer l'action des Etats membres. L'adhésion programmée de l'Union à la Convention des droits de l'homme, aussi satisfaisante qu'elle soit pour les juristes épris d'esprit de système, ouvre des perspectives. Cet ensemble reste cependant déconnecté des réalités. La faiblesse quantitative du contentieux de l'Union est difficilement compréhensible au vu de la réalité quotidienne. Certes, l'observation manque encore du recul nécessaire pour juger. Cependant, les carences du système sont perceptibles. Ainsi, il reste difficilement acceptable que la crise du système de « Dublin » ait dû attendre la fin de l'année 2011 pour être traitée à Luxembourg, et ce encore après que la Cour européenne ait dégagé le terrain. De même, le faible nombre des renvois à titre préjudiciel surprend, au vu de la complexité du droit européen. Tout se passe comme si le juge national n'éprouvait pour ainsi dire pas le besoin de recourir au juge de l'Union, ignorant l'origine des normes qu'il applique. Enfin, la Commission semble réduire son rôle de gardienne des traités au simple respect des délais de transposition indépendamment de la qualité des normes nationales et de leur application effective en pratique. Aussi, c'est devant la Cour de Strasbourg que la protection des droits de l'homme paraît aujourd'hui la plus efficace. Ce constat est doublement paradoxal, à l'heure où le rôle de cette Cour est remis en question par la crise de la subsidiarité juridictionnelle et où l'Union s'engage dans une démarche affirmée en matière de protection des droits fondamentaux. Le contentieux de l'asile et de l'immigration est révélateur de ces contradictions.

Cette note a été demandée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des Affaires intérieures du Parlement européen (LIBE).

AUTEURS

M. Henri Labayle, Professeur à l'université de Pau et des pays de l'Adour, Faculté de droit de Bayonne, Membre du Réseau académique « Odysseus » d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe pour la France.

M. Philippe De Bruycker, Professeur à l'Institut d'Etudes Européennes et à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Coordonnateur du Réseau académique « Odysseus » d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe.

ADMINISTRATEUR RESPONSABLE

Jean-Louis Antoine-Grégoire

Département thématique : Droits des citoyens et affaires constitutionnelles

Parlement européen

B-1047 Bruxelles

E-mail: jean-louis.antoine@europarl.europa.eu

VERSION LINGUISTIQUE

Originale: FR

A PROPOS DE L'EDITEUR

Pour contacter le Département thématique ou souscrire à sa lettre d'information mensuelle voir à l'adresse suivante : poldep-citizens@europarl.europa.eu.

Manuscrit achevé en avril 2012.

Bruxelles, © Parlement européen, 2012.

Ce document est disponible sur le site internet :

<http://www.europarl.europa.eu/studies>

AVERTISSEMENT

Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

La reproduction ou la traduction dans un but non-commercial sont autorisées, sous réserve de l'indication de la source, d'une notification préalable et de l'envoi d'une copie à l'éditeur.

TABLE DES MATIERES

RESUME	6
CHAPITRE 1 : LE BILAN JURISPRUDENTIEL	14
1. Le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme	14
1.1. Le contentieux de l'asile et de l'immigration	14
1.2. Les mesures provisoires	17
2. Le bilan de la jurisprudence de la Cour de justice	24
2.1. Les recours en constatation de manquement	24
2.2. Les renvois à titre préjudiciel	25
CHAPITRE 2 : ANALYSE TECHNIQUE	27
1. La dynamique de l'interprétation par la CEDH	27
2. La plénitude du contrôle juridictionnel par la CJUE	29
CHAPITRE 3 : L'APPORT MATERIEL DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE AU DROIT EUROPEEN DE L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION	31
1. L'accès au territoire	31
1.1. La protection du droit d'asile	31
1.1.1. La protection du droit d'asile par la CEDH	32
1.1.2. La protection du droit d'asile par la CJUE	37
1.2. Le droit au regroupement familial	40
1.2.1. Le regroupement familial et la Cour européenne des droits de l'Homme	40
1.2.2. Le regroupement familial et la Cour de justice	42
2. L'éloignement du territoire	43
2.1. Les garanties de fond	44
2.1.1. Le droit à la vie	44
2.1.2. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants	45
2.1.3. Le droit à l'unité de la vie familiale	53
2.1.4. Le droit à un procès équitable	58
2.2. Les garanties procédurales	58
2.2.1. Le droit à la liberté	58
2.2.2. Les garanties procédurales en matière d'éloignement	62
2.2.3. Le droit au recours effectif	63
2.2.4. L'interdiction des expulsions collectives	66

CHAPITRE 4 : L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE SUR LE DROIT EUROPEEN DE L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION	68
1. Les enjeux de la jurisprudence pour le système institutionnel de l'Union	68
1.1. Le contrôle du système législatif de l'Union	68
1.2. L'amélioration du contrôle juridictionnel dans le cadre du traité de Lisbonne	69
1.2.1. La généralisation du contrôle juridictionnel dans l'Union	69
1.2.2. Les nécessités de la protection juridictionnelle des particuliers	71
1.3. Le dialogue des juges et la mise en perspective des jurisprudences des Cours suprêmes	74
1.3.1. Le dialogue entre le juge national et les juridictions européennes	74
1.3.2. Le dialogue entre les juridictions européennes suprêmes	76
2. Les conséquences immédiates de la jurisprudence de la Cour de justice	78
2.1. L'interprétation par le juge européen	79
2.1.1. La neutralisation des dérogations relatives à l'intégration en matière de regroupement familial	79
2.1.2. La clarification de la notion de protection subsidiaire	80
2.1.3. Les exigences du recours effectif en matière d'asile	83
2.1.4. Le renouveau de la Convention de Genève au travers d'une interprétation européenne de son texte	83
2.2. L'encadrement par le juge européen	87
2.2.1. La mise sous contrôle des conditions en matière de regroupement familial	87
2.2.2. La limitation relative de la compétence pénale des Etats membres en matière de séjour irrégulier	90
2.2.3. La restriction des contrôles intérieurs dans l'espace Schengen	92
2.3. La remise en question par le juge européen : le refus de l'utilisation automatique du système « Dublin » entre Etats membres de l'Union européenne	92
3. Les conséquences potentielles de la jurisprudence européenne sur le droit européen de l'asile et de l'immigration	94
3.1. La montée en puissance de la protection des droits fondamentaux	95
3.2. La valeur ajoutée et l'autonomie de la Charte des droits fondamentaux	96
3.3. L'articulation du droit de l'Union avec les normes internationales	98
3.3.1. La protection juridictionnelle de la Convention de Genève	98
3.3.2. Les perspectives de l'adhésion à la CEDH	99

CHAPITRE 5 : EN GUISE DE CONCLUSION	101
LISTE DES PRINCIPAUX ARRÊTS DE LA CEDH	104
LISTE DES PRINCIPAUX ARRÊTS DE LA CJUE	105
REFERENCES	107

RESUME

LE BILAN JURISPRUDENTIEL

D'un point de vue quantitatif, le bilan de leur activité oppose clairement les deux cours. La jurisprudence en matière d'immigration et d'asile occupe une place importante dans l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier pour ce qui est du contentieux des mesures provisoires qui a véritablement explosé depuis 2006. Par contraste, le bilan de la Cour de justice est particulièrement modeste : celle-ci n'a jusqu'ici rendu qu'une vingtaine d'arrêts en constatation de manquement et 15 sur questions préjudicielles depuis la fin des années 2000. Si différents éléments d'ordre institutionnel peuvent expliquer en grande partie ce maigre bilan, on peut cependant s'interroger tant sur la stratégie de la Commission en matière de recours en constatation de manquement que sur l'efficacité du mécanisme des questions préjudicielles.

ANALYSE TECHNIQUE

La Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle précurseur depuis le milieu des années 1980 en développant une jurisprudence prétorienne malgré le fait que la Convention européenne des droits de l'homme ne comprend que peu de dispositions relatives aux étrangers. Cette jurisprudence s'est construite d'abord sur la technique de la protection de l'étranger par ricochet (infra) et par la suite au travers du contentieux des mesures provisoires qui a acquis une importance particulière dans la protection des étrangers contre leur éloignement du territoire. L'intervention de la Cour de Justice est plus tardive en raison du fait que l'Union européenne n'a été dotée de compétences en matière d'immigration et d'asile que dans les années 1990. Ayant d'abord été amenée à intervenir sur le terrain institutionnel, la Cour de justice a ensuite joué un rôle de juge des droits fondamentaux.

L'APPORT JURISPRUDENTIEL AU DROIT EUROPEEN DE L'IMMIGRATION ET DE L'ASILE

L'impact de la jurisprudence, en particulier de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, est fondamental sur le contenu du droit européen de l'immigration et de l'asile.

D'abord en ce qui concerne l'accès au territoire

La Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à protéger le droit d'asile qui n'est pas reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme, de manière indirecte au départ de l'article 3 prohibant la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Cette jurisprudence qui remonte à une vingtaine d'années a débouché très récemment sur des arrêts spectaculaires au travers desquels le juge de Strasbourg devient le juge de l'asile en droit de l'Union européenne. L'arrêt MSS du 21 janvier 2011 condamne ainsi l'utilisation automatique que les Etats membres entendaient faire du règlement « Dublin » sur la détermination de l'Etat responsable pour l'examen d'une demande d'asile, tandis que l'arrêt Hirsi Jamaa du 23 février 2012 condamne le refoulement en mer en donnant un effet extraterritorial à la Convention et s'avère d'une importance cruciale pour les opérations d'interception des Etats membres coordonnées par l'agence Frontex et de manière plus générale pour les tentatives d'externalisation de la politique européenne d'asile. La Cour de justice a été amenée à relayer dans l'arrêt NS du 21 décembre 2011 la jurisprudence de Strasbourg en ce qui concerne le règlement « Dublin » tout en délivrant un enseignement plus général pour la politique européenne d'asile en affirmant sur la base

de l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et l'article 78 TFUE que le système européen commun d'asile est fondé sur le respect intégral et global de la Convention de Genève.

La Cour de Strasbourg s'est également penchée sur la problématique du droit au regroupement familial à partir de l'article 8 de la Convention européenne qui protège le droit à la vie familiale. Partant du constat que cette disposition autorise des ingérences de l'Etat allant jusqu'au « bien-être économique du pays », la Cour a développé une jurisprudence basée sur la « balance des intérêts » qu'elle tente de concilier, ceux des migrants à vivre en famille d'une part et ceux des Etats à réglementer l'accès des étrangers au territoire d'autre part. Considérant que l'article 8 ne peut de manière générale fonder un droit au regroupement familial et laisse en la matière un large pouvoir d'appréciation aux Etats, la Cour prend en compte différents éléments qu'elle soupèse (liens de l'étranger avec l'Etat en cause, obstacle à ce que la famille retourne vivre dans le pays d'origine, considérations d'ordre public et de respect des règles sur l'immigration, etc), non sans certaines hésitations qui peuvent donner l'impression d'une jurisprudence quelque peu sinueuse. La Cour de justice s'est inscrite dans la droite ligne de cette jurisprudence lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial dont la faible portée harmonisatrice laisse effectivement une large marge de manœuvre aux Etats membres.

Ensuite en ce qui concerne l'éloignement du territoire

La Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle déterminant dans la protection des droits fondamentaux des étrangers en voie d'être éloignés du territoire en développant à leur profit un certain nombre de garanties sur lesquelles l'Union européenne s'est à son tour basée lorsqu'elle a commencé à développer ses propres normes en matière d'immigration et d'asile.

Les premières garanties relèvent du fond et constituent autant d'obstacles à l'éloignement de l'étranger. En vertu de celles-ci, les Etats sont condamnés non pour une violation directe de la Convention qu'ils commettraient eux-mêmes, mais indirectement pour le fait d'éloigner un étranger vers un Etat où les droits de la Convention risquent d'être violés.

L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants garantie par l'article 3 de la Convention a fourni la jurisprudence la plus développée inaugurée par l'arrêt Soering en 1990. Les Etats doivent à ce titre s'abstenir d'éloigner un étranger lorsque celui-ci court un risque réel d'être soumis à de tels traitements dans le pays de destination. La Cour a rappelé avec fermeté à plusieurs reprises que cette interdiction est absolue et ne souffre aucune dérogation, même vis-à-vis de terroristes. La Cour prend en compte aussi bien les agissements des autorités étatiques comme par exemple les peines de lapidation, que ceux de personnes privées comme les cartels de la drogue en Colombie, les groupes organisés menaçant les libertés individuelles sans que l'Etat puisse y remédier efficacement et mêmes les familles pour les cas de mutilation génitale, les crimes d'honneur et la violence domestique. Même des situations objectives comme l'inexistence dans l'Etat de destination d'un système de santé adéquat dans le cas de l'éloignement d'un malade du sida en phase terminale ont été prises en considération, quoique la jurisprudence la plus récente dont on sait pas encore si elle constitue un revirement ou un cas isolé, tient compte du fait que l'obligation de fournir des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers en séjour illégal constituerait une charge trop lourde pour les Etats.

Dans ces situations, la Cour se livre à une appréciation concrète de chaque cas individuel. Les mauvais traitements doivent atteindre un seul minimal de gravité et une situation générale de violence ne suffit pas, les personnes concernées devant courir elles-mêmes un risque de mauvais traitement. La Cour utilise pour ce faire les informations que les parties lui fournissent ou qu'elle se procure d'office, y compris les rapports d'organisations intergouvernementales ou non gouvernementales fiables et objectifs. Son examen tient compte de l'évolution de la situation dans le pays de destination. Les assurances diplomatiques données par l'Etat de destination peuvent être prises en compte à certaines conditions (précision, qualité de leurs auteurs) et incluent même depuis une décision récente l'existence d'un mécanisme de suivi de la situation de la personne éloignée dans son pays de destination.

Le contrôle de la Cour porte évidemment aussi sur les agissements de l'Etat qui procède à l'éloignement de l'étranger. La question des conditions de détention des étrangers est devenue une préoccupation majeure, particulièrement dans le cas des demandeurs d'asile et des mineurs non accompagnés ou accompagnés à propos desquels la Cour tient compte qu'il s'agit de personnes vulnérables, sans pour autant jusqu'aller à condamner le principe même de la détention des mineurs.

L'article 8 de la Convention sur le droit à la vie familiale peut aussi constituer un obstacle à l'éloignement et permettre aux étrangers de faire valoir un droit au maintien de la cellule familiale dans certains cas. La Cour s'est tout d'abord intéressée aux étrangers dits de seconde génération qui ont souvent plus de liens avec leur pays d'immigration que leur Etat d'origine, de sorte qu'elle a ainsi été amenée à tenir compte non pas seulement de la vie familiale, mais aussi de la vie privée de ces personnes. Après avoir donné l'impression d'une quasi interdiction de l'éloignement de ces étrangers, la Cour a assoupli sa position en donnant plus de poids aux intérêts des Etats lorsque des infractions particulièrement graves ont été commises, pour finir par déboucher sur une jurisprudence tentant d'équilibrer les intérêts respectifs des étrangers et des Etats. Elle semble également ne plus faire de différence de principe avec le cas des étrangers dits de première génération. Elle attache par contre une importance particulière au cas des mineurs en cas de retour vers leur pays d'origine en s'appuyant sur « l'intérêt supérieur de l'enfant » sur la base de l'article 3 de la Convention sur les droits de l'enfant.

On remarquera enfin avec intérêt que la Cour vient de tenir compte de l'article 6 de la Convention relatif au procès équitable pour refuser l'éloignement d'un étranger risquant d'être condamné sur base de preuves obtenues sous la torture.

Les secondes garanties sont d'ordre procédural et concernent essentiellement trois dispositions de la convention.

Le droit à la liberté amène d'abord la Cour à vérifier la manière dont les Etats appliquent l'article 5, §1^{er}, f) de la Convention permettant la détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ou contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours. Refusant de faire une distinction entre immigrants ordinaires et demandeurs d'asile, la Cour vérifie avec rigueur si une procédure d'expulsion qui justifie la détention est bien en cours et menée avec toute la diligence requise. Elle a ainsi développé une jurisprudence énumérant les conditions que toute détention doit remplir pour ne pas être qualifiée « d'arbitraire » (se faire de bonne foi, viser le but qui est l'éloignement, ne pas excéder un délai raisonnable et être mise en œuvre dans un lieu et selon des conditions de détention appropriée à des personnes qui ne font pas l'objet d'une procédure pénale). Particulièrement attentive au sort des mineurs sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant

protégé par la Convention sur les droits de l'enfant, elle a considéré que l'article 5 de la Convention européenne a été violé bien que les enfants accompagnés de leurs parents aient été détenus dans une aile spécifique d'un centre de détention dévolue aux familles pour la raison en particulier que les autorités n'ont pas vérifié si la détention était une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne pouvait se substituer. La Cour de justice a également été amenée à prendre position sur les délais de détention dans l'affaire Kadzoev au regard de différents éléments de procédure et a rendu une décision nuancée qui emporte l'adhésion.

Ensuite, le droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la Convention européenne occupe une importance toute particulière dans la jurisprudence de la Cour alors que le protocole n° 7 relatif aux garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers ne retient que peu l'attention en raison du fait que son champ d'application se limite à ceux résidant régulièrement sur le territoire. Si l'article 13 n'exige pas que l'affaire soit traitée par une véritable juridiction, il faut que le recours permette, aussi bien en droit qu'en pratique, d'éviter qu'un dommage irréversible soit causé au requérant, ce qui est le cas lorsqu'un risque de traitement inhumain ou dégradant est invoqué comme conséquence d'une mesure d'éloignement du territoire. C'est sur cette base que la Cour européenne exige dans une série d'arrêts qu'un recours dans le cadre d'une procédure d'asile spéciale (il s'agissait d'une procédure à la frontière) soit de plein droit suspensif, que l'instance de recours doit procéder à un examen rigoureux et que son contrôle doit être étendu, que les personnes concernées aient accès à l'information nécessaire pour pouvoir introduire un recours et que les délais de recours ne soient pas trop brefs pour constituer un obstacle à l'exercice du droit en question (ce qui est le cas d'un délai de 48 heures).

Restent enfin les expulsions collectives interdites par l'article 4 du protocole n°4 à la Convention. Après avoir défini l'expulsion collective comme « toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe », la Cour tient compte dans la célèbre affaire Conka des circonstances entourant la mise en œuvre de l'expulsion pour arriver à la conclusion que tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion n'était pas exclu. Par contre, la Cour a considéré à propos des vols groupés régi par une décision 2004/573 du Conseil de l'Union européenne que « le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé a pu individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion ». Dans la fameuse affaire Hirsi Jamaa où elle a conclu à l'application extraterritoriale du protocole 4, la Cour ajoute des précisions importantes du point de vue procédural, en particulier pour ce qui concerne le droit d'obtenir des informations suffisantes permettant aux personnes concernées d'avoir un accès effectif aux procédures de recours.

L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE SUR LE DROIT EUROPEEN DE L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION

Les enjeux de la jurisprudence pour le système institutionnel de l'Union

La répartition du pouvoir exécutif au sein de l'Union pour la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice pose problème depuis sa création. Le Parlement européen y est particulièrement attentif comme le démontre les deux recours en annulation qu'il a introduits devant la Cour de justice. Le premier dans lequel il a obtenu gain de cause concernait la procédure d'adoption des listes de pays sûrs dans le cadre de la politique

d'asile. Partant du constat qu'il avait considéré qu'il ne s'agissait pas d'une mesure d'exécution, la Cour a considéré que le Conseil ne pouvait introduire dans la directive « procédures d'asile » une base juridique dérivée modifiant la procédure législative de droit commun applicable en la matière. Le second à propos duquel la décision de la Cour est encore attendue, concerne la décision du 26 avril 2010 sur les interceptions en mer adoptée dans le cadre d'une procédure de comitologie ne pouvant être utilisée que pour modifier des éléments non essentiels du droit dérivé, le Parlement considérant que la décision en question concerne au contraire un élément essentiel en l'espèce du Code frontières Schengen. Un troisième front pourrait s'ouvrir à propos de l'établissement des priorités annuelles en matière de réinstallation. Alors que la Commission proposait de recourir à la comitologie, le Parlement proposait plutôt de recourir à une délégation législative. Si une solution transitoire a pu être trouvée pour l'année 2013, le conflit devrait rebondir au cours des négociations sur le nouveau Fonds Asile et Migration pour la période 2014-2020 dans le cadre institutionnel renouvelé par le Traité de Lisbonne. Il porte en réalité sur la délimitation du champ d'application respectif des actes délégués et des actes d'exécution que la Cour de justice sera très vraisemblablement appelée à trancher dans le futur...

Indépendamment de cette problématique qu'il a ouverte, le traité de Lisbonne a profondément amélioré la protection juridictionnelle des particuliers dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il a éliminé l'article 68 du Traité d'Amsterdam qui limitait les possibilités de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel aux juridictions de dernier ressort, ce qui explique en grande partie la maigreur du bilan jurisprudentiel en matière d'immigration et d'asile ; étendu le contrôle juridictionnel aux éventuelles mesures de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures ; jeté les bases du contrôle juridictionnel des activités des agences comme Frontex ou le Bureau européen d'appui en matière d'asile ; rendu justiciable la Charte des droits fondamentaux en lui conférant valeur de traité. On rappellera enfin qu'une procédure préjudicielle d'urgence (PPU) a été créée dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour permettre à la Cour de répondre au juge national dans des délais acceptables au regard de la situation des personnes concernées qui peuvent être détenues. Cette procédure semble dysfonctionner : outre le fait que la Cour est rarement saisie par les juridictions nationales au titre de l'urgence, la Cour semble avoir une conception exagérément restrictive de celle-ci, quand elle n'adopte pas une attitude contradictoire, refusant le bénéfice de l'urgence mais acceptant de recourir à la procédure accélérée sur base de motifs identiques. Une réforme de ces procédures pourrait s'avérer nécessaire si la Cour n'adoptait pas dans l'avenir une approche plus compréhensive de l'urgence.

Enfin, le dialogue des juges est essentiel au bon fonctionnement du système institutionnel de l'Union européenne. Premièrement, le dialogue entre le juge national et les juridictions européennes. Il est inorganisé dans le cadre des relations avec la Cour européenne des droits de l'homme où il dépend de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et de la jurisprudence de la Cour basée sur des principes généraux exprimant un droit commun ou la théorie de la marge nationale d'appréciation. La situation est exactement inverse dans le cadre des relations avec la Cour de Justice de l'Union européenne où la relation avec le juge national est institutionnalisée avec la technique du renvoi préjudiciel. Ce dernier connaît un dysfonctionnement surprenant au regard du nombre extrêmement réduit de décisions rendues par la Cour en matière d'immigration et d'asile (supra). Secondement, le dialogue entre les juridictions européennes. En l'absence de canal de communication entre les deux cours, un dialogue spontané s'est développé. La Cour de Justice y a été conduite pour faire respecter la primauté du droit européen afin d'éviter que les Etats membres ne soient condamnés en cas de contrariété avec la Convention

européenne. La Cour européenne n'étant pas soumise aux mêmes contraintes, elle a néanmoins développé dans sa célèbre jurisprudence *Bosphorus* que la protection des droits fondamentaux est censée être assurée dans l'Union de manière équivalente à celle de la Convention européenne, présomption cependant réfragable et qui a précisément été renversée dans l'affaire *MSS* à propos du règlement Dublin sur la détermination de l'Etat responsable pour l'examen d'une demande d'asile. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a ordonné ce dialogue autour de deux mécanismes déterminants pour assurer une cohabitation harmonieuse entre les deux systèmes : d'abord « la protection minimale » qui veut que la Charte ne peut porter atteinte au niveau de protection des droits de l'homme protégés par la Convention européenne ; ensuite, les « droits correspondants » voulant que les droits énoncés par la Charte correspondant à des droits de la Convention ont le même sens et la même portée que ces derniers.

Les conséquences immédiates de la jurisprudence de la Cour de justice

La Cour de Luxembourg remplit trois fonctions. La première qui est la plus classique correspond au mécanisme du renvoi préjudiciel pour interprétation. La Cour a ainsi interprété les dérogations au droit au regroupement familial de manière à largement neutraliser ces possibilités réduites au rang de simples éléments parmi tous ceux qu'il convient de prendre en compte au titre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait elle-même été intégrée à la directive relative au droit au regroupement familial. Rappelant la marge d'appréciation des Etats membres dans la jurisprudence de Strasbourg, la Cour transforme ce pouvoir en devoir en obligeant les administrations compétentes des Etats membres à individualiser le traitement des demandes de regroupement familial de manière à, par exemple, prendre en compte un élément spécifique à un dossier qui devrait l'amener à ne pas appliquer une dérogation pourtant autorisée. La Cour a clarifié la notion de protection subsidiaire marquée par une contradiction interne au texte de l'article 15, c) de la directive de qualification dans un sens relativement extensif qui reste cependant marqué du sceau de la prudence puisque la Cour considère que son interprétation ne devrait trouver à s'appliquer que de manière exceptionnelle. Cette dernière jurisprudence a permis au législateur européen de ne pas devoir rouvrir ce difficile débat en s'en remettant à la solution dégagée par la Cour. Elle a encore indiqué que le droit au recours effectif en matière d'asile ne suppose pas qu'il puisse être introduit contre chaque décision préparatoire de la procédure d'asile au risque d'encre allonger celle-ci de manière catastrophique pour autant que le recours contre la décision finale de rejet puisse également porter sur les motifs propres aux décisions préparatoires, tout en précisant qu'un délai de recours de 15 jours est raisonnable et proportionné par rapport aux exigences du recours effectif. Enfin, elle a confirmé la primauté de la Convention de Genève sur le droit européen dérivé en matière d'asile dont elle se porte garant et s'érige en interprète direct de cette convention bien que l'Union n'y soit pas partie. Dotant ainsi la Convention de Genève du juge international qui lui manquait, elle pourrait redonner à ce texte vieux de 60 ans une seconde jeunesse et contribuer au développement d'une branche européenne du droit des réfugiés qui pourrait influencer le droit international des réfugiés.

La deuxième fonction de la Cour de Justice va plus loin que l'interprétation. Elle amène celle-ci à encadrer la mise en œuvre du droit européen de l'immigration et de l'asile par les Etats membres auxquelles elle adresse de véritables lignes directrices inspirées des objectifs du législateur européen. Elle s'érige ainsi en juge de la proportionnalité des conditions que les Etats membres sont autorisés à imposer aux membres de la famille auxquels la directive 2003/86 a reconnu un véritable droit subjectif au regroupement familial, ce qui pourrait éventuellement l'amener à contrecarrer la réalisation par les Etats

membres des souhaits exprimés dans le Pacte européen sur l'immigration et l'asile adopté en 2008 par le Conseil européen. En matière de lutte contre l'immigration illégale, elle limite de manière relative la compétence des Etats membres en matière d'incrimination pénale du séjour illégal en fonction des diverses phases par lesquelles une procédure de retour forcé passe. Enfin, elle restreint la possibilité d'effectuer des contrôles dans les zones frontalières en exigeant des Etats membres qu'ils encadrent ceux-ci de manière à ce qu'ils n'équivalent pas à des contrôles aux frontières intérieures interdits par les traités.

La troisième fonction remplie par la Cour, aussi spectaculaire que rare, est de remettre en cause telle interprétation ou utilisation des normes européennes au nom de principes généraux du droit ou des droits de l'homme. Dans un arrêt N & S faisant suite à l'arrêt MSS de la Cour de Strasbourg, la Cour de Luxembourg va à son tour condamner non pas le système « Dublin » de détermination de l'Etat responsable pour l'examen d'une demande d'asile en tant que tel, mais bien l'utilisation aveugle qui en est faite par certains Etats membres en faisant valoir que le droit européen s'oppose à l'application d'une présomption irréfutable selon laquelle l'Etat membre responsable respecte les droits fondamentaux de l'Union.

Les conséquences potentielles de la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit européen de l'asile et de l'immigration

Après un vide en matière de droits fondamentaux aux débuts des Communautés européennes, la situation de l'Union est exactement inverse.

Premièrement, la montée en puissance des droits fondamentaux, pour bénéfique qu'elle soit, pose question. Techniquement d'abord, il conviendrait que leurs exigences soient mieux prises en considération aussi bien en amont au travers des analyses d'impact qu'au cours des négociations législatives, qu'en aval au stade de l'application des normes européennes, voire au travers de la spécialisation des voies de recours ou des juridictions. Politiquement ensuite, la contestation du système de contrôle juridictionnel de la Convention européenne des droits de l'homme traduit l'inquiétude des Etats bien qu'elle soit minoritaire. Le thème de la subsidiarité du contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme, particulièrement en matière d'asile et d'immigration, est paradoxalement aussi bien utilisé par la Cour pour appeler les Etats à faire des efforts dans la protection des droits de l'homme au niveau national que par les Etats pour contester l'ampleur du contrôle effectué par la Cour et élargir la marge d'appréciation des Etats membres. Plus que jamais le contentieux des étrangers par sa masse et sa complexité devient le laboratoire de la protection des droits de l'homme en Europe.

Deuxièmement, il existe désormais une Charte des droits fondamentaux propre à l'Union européenne ayant acquis valeur de traité à coté de la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle tous les Etats de l'Union sont parties. Même si la Charte n'a jusqu'ici pas eu d'impact fondamental, la dualité des sources pose la question de la dualité ou de la complémentarité des deux textes dans l'avenir. Si l'hypothèse de la complémentarité prévaut aujourd'hui, il n'est pas exclu que la jurisprudence de Luxembourg développe des standards de protection plus ambitieux que ceux de Strasbourg. Elle dispose en tout cas de certains outils pour ce faire, comme l'article 18 de la Charte qui proclame directement le droit d'asile et pose la question des obligations positives qui peuvent en découler au-delà des obligations négatives de la Convention de Genève.

Troisièmement, les perspectives d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme se concrétisent. Cette adhésion permettra d'assurer la cohérence de la protection des droits fondamentaux en Europe et une garantie identique

pour les justiciables vis-à-vis des agissements tant des Etats membres que de l'Union européenne. La soumission de l'Union à un contrôle juridictionnel externe qui constitue une révolution repose sur le mécanisme du codéfendeur qui permettra à l'Union de participer avec les Etats membres aux procédures devant la Cour de Strasbourg et de la saisine préalable qui permettra à la Cour de Luxembourg de se prononcer en premier lieu afin de préserver l'autonomie du droit européen. Aussi satisfaisant qu'il soit pour l'esprit, en particulier celui des juristes spécialisés en la matière, le système retenu demeure déconnecté de la réalité qui est celle d'une crise de la subsidiarité juridictionnelle.

CHAPITRE 1 : LE BILAN JURISPRUDENTIEL¹

L'évaluation quantitative des jurisprudences de la Cour européenne et de la Cour de justice ne se pose pas dans les mêmes termes. Dans le cas de la CEDH, ce bilan est particulièrement substantiel, en revanche il est des plus restreints pour ce qui est de la CJUE.

1. LE BILAN DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Etablir un bilan chiffré de la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'asile et d'immigration est extrêmement difficile à effectuer de manière fiable. La Cour n'effectue pas de statistique spécifique sur le sujet et il n'existe pas d'outil pour y pallier. Par ailleurs, les questions relatives aux étrangers couvrant à la fois l'éloignement et l'extradition des étrangers, thème hors champ de cette étude, il est quasiment impossible d'effectuer une distinction au sein des arrêts en traitant. Enfin, chaque arrêt mettant en cause plusieurs articles de la Convention, le comptage est quasiment impossible.

Les résultats suivants sont donc établis² de manière empirique, à des fins seulement informatives et sans prétendre à l'exactitude mathématique ou statistique, faute d'outil fiable pour ce faire. Leur intérêt principal consiste à essayer de dégager les tendances lourdes quant aux évolutions en cours et à les mettre en perspective dans le temps en facilitant la comparaison.

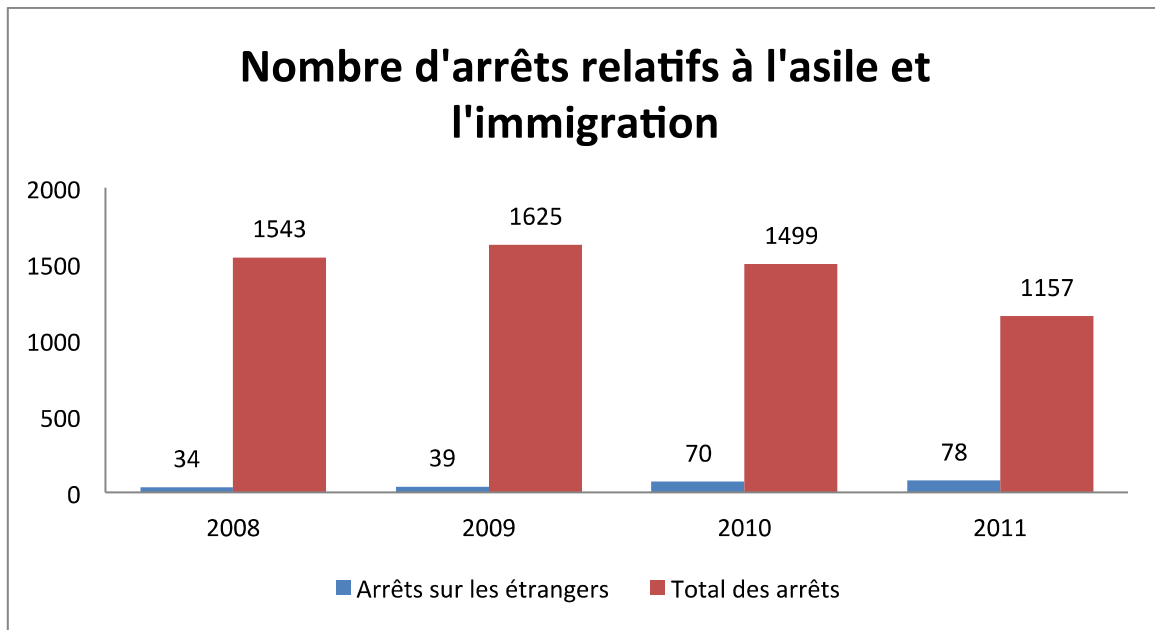
1.1. Le contentieux de l'asile et de l'immigration

Une première analyse quantitative conduit à situer le volume du contentieux de l'asile et de l'immigration devant la Cour européenne des droits de l'Homme au sein du contentieux général. Analyser les chiffres obtenus doit être effectué en ayant à l'esprit les caractéristiques du contentieux européen et notamment l'importance des décisions d'irrecevabilité ou de radiation rendues.

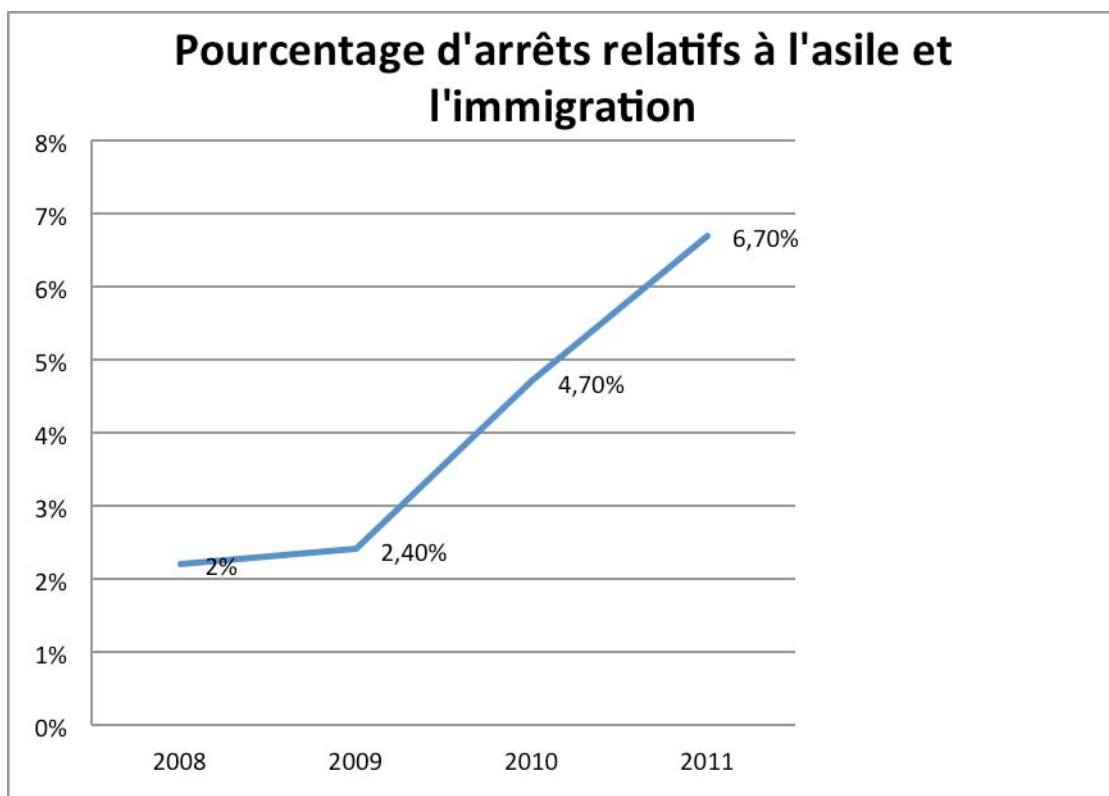
Ainsi, si la Cour a rendu au total 1157 arrêts en 2011, elle a prononcé dans le même temps 50.677 décisions d'irrecevabilité ou de radiation. Cette particularité du contentieux devant la Cour européenne, une part extrêmement importante d'échec des requêtes, doit être intégrée dans toute évaluation de la situation contentieuse de l'asile et de l'immigration. Cette disproportion donne sa signification au nombre d'arrêts relatifs à l'asile et à l'immigration. Ainsi, en 2011, les 78 arrêts rendus en matière d'asile et d'immigration ne constituent que la face émergée de l'iceberg, en particulier si on les rapproche du nombre de demandes de « mesures provisoires » déposées la même année. Cela indique qu'au bas mot, entre 3 à 4000 dossiers relatifs au droit des étrangers a fait l'objet d'un examen à Strasbourg.

¹ La jurisprudence a été prise en compte jusqu'au début du mois de mars 2012.

² La méthodologie employée consiste, à partir de la base de données HUDOC de la Cour européenne, à effectuer une recherche par mots clés en anglais et en français sur la période 2008 à 2011. Les mots clés sélectionnés ont été choisis parmi ceux considérés comme étant les plus représentatifs en la matière. Il s'agit des mots : « immigration », « asile », « asylum », « détention », « expulsion », « regroupement familial », « family reunification ».

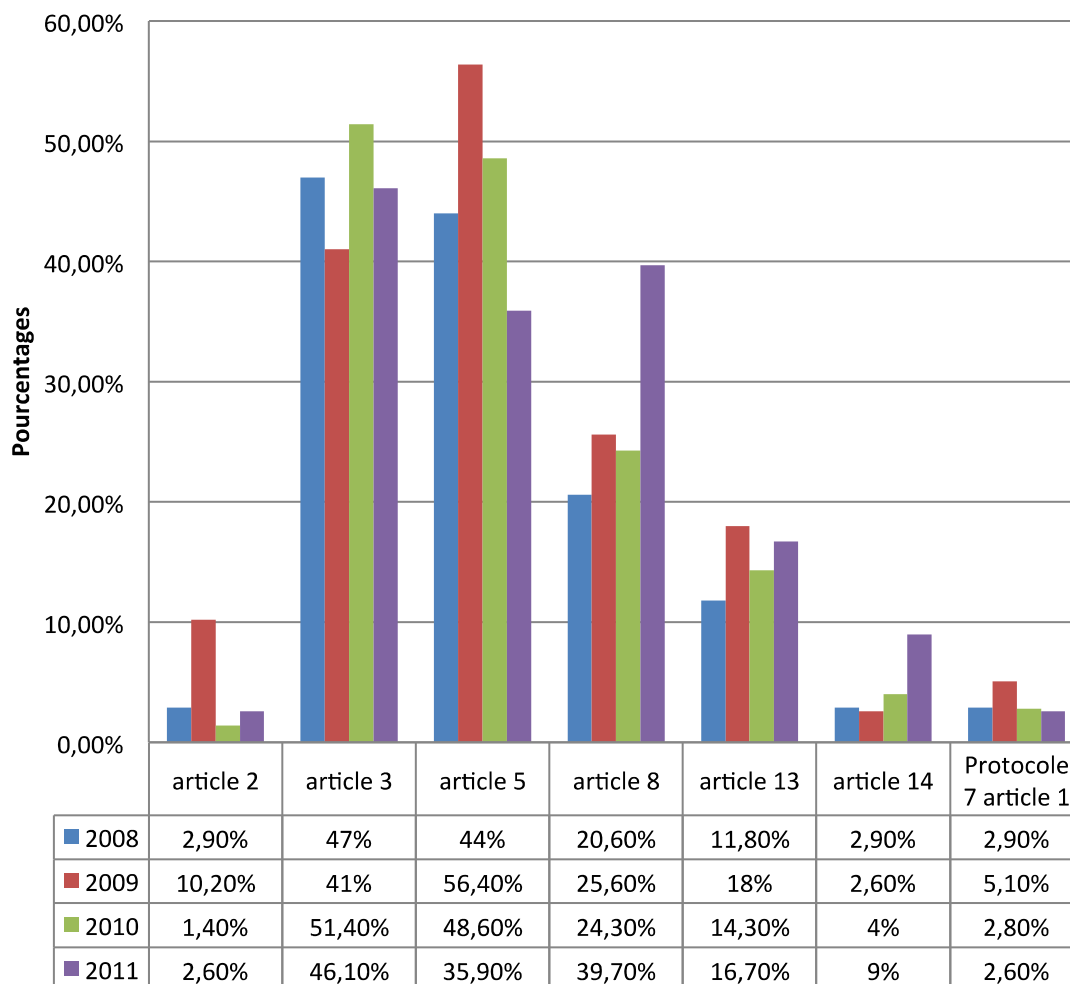


En pourcentages, les affaires relatives à l'asile et à l'immigration tiennent en 2011 une place correspondant à 6,70 % du contentieux, aboutissement d'une forte augmentation au cours des deux dernières années.



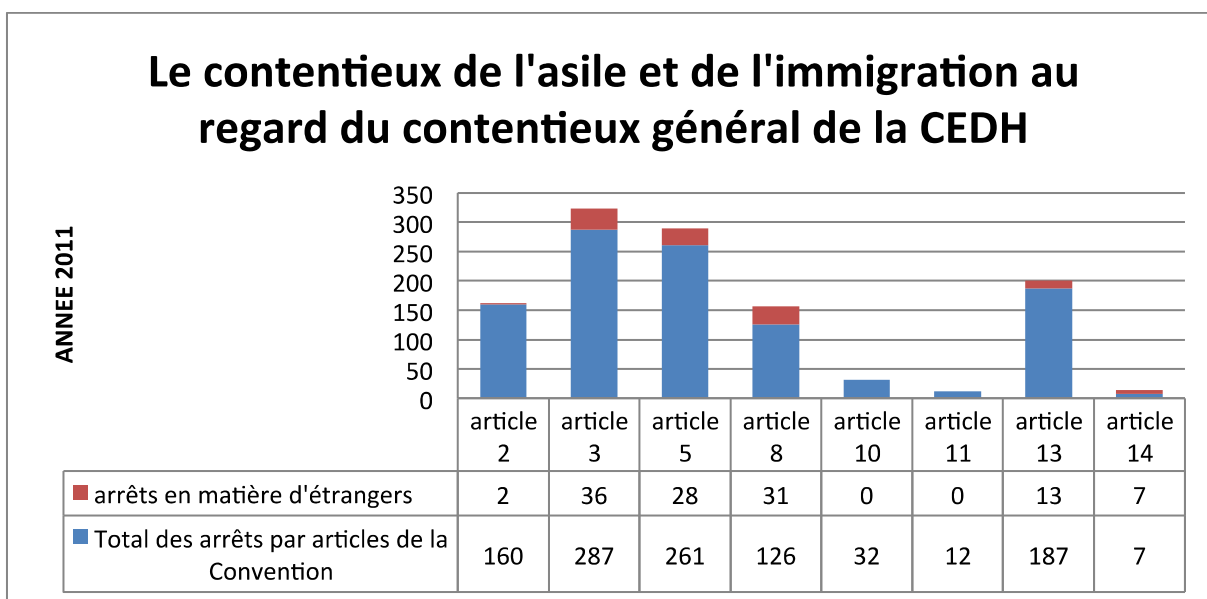
Il est également possible de se faire une idée des tendances de l'utilisation des différents articles de la Convention et de ses Protocoles sur la période 2008 à 2011 par les requérants.

Pourcentage d'arrêts rendus par articles de la Convention et de ses Protocoles de 2008 à 2011



A cet égard et sans surprise on peut constater que, de loin, la mise en cause des atteintes à l'intégrité physique (article 3 CEDH) et à la liberté des étrangers (article 5 CEDH) l'emporte parmi les griefs soulevés par les requérants. On notera également la progression significative des questions relatives au droit à mener une vie familiale normale (article 8 CEDH).

Enfin, une étude centrée sur l'article 2011 permet de situer le contentieux relatif à l'asile et à l'immigration au sein du contentieux général de la Cour. Les jurisprudences relatives aux articles 3, 5 et 8 y tiennent une place non négligeable : 12,5% pour les risques liés à l'intégrité physique, 11% pour les atteintes à la liberté, 24,6% pour le droit à mener une vie familiale normale.



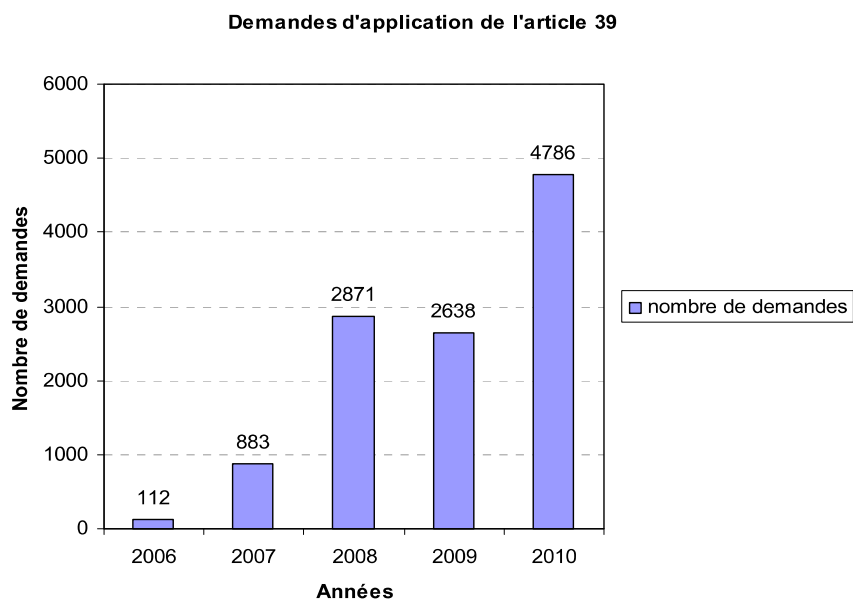
1.2. Les mesures provisoires

La question des « mesures provisoires » constitue un indicateur précieux et significatif des flux contentieux en matière d'asile et d'immigration. D'abord car elles font l'objet d'un suivi statistique qui est fourni par la Cour elle-même, et donc fiable. Ensuite car elles concernent quasi exclusivement le contentieux des étrangers.

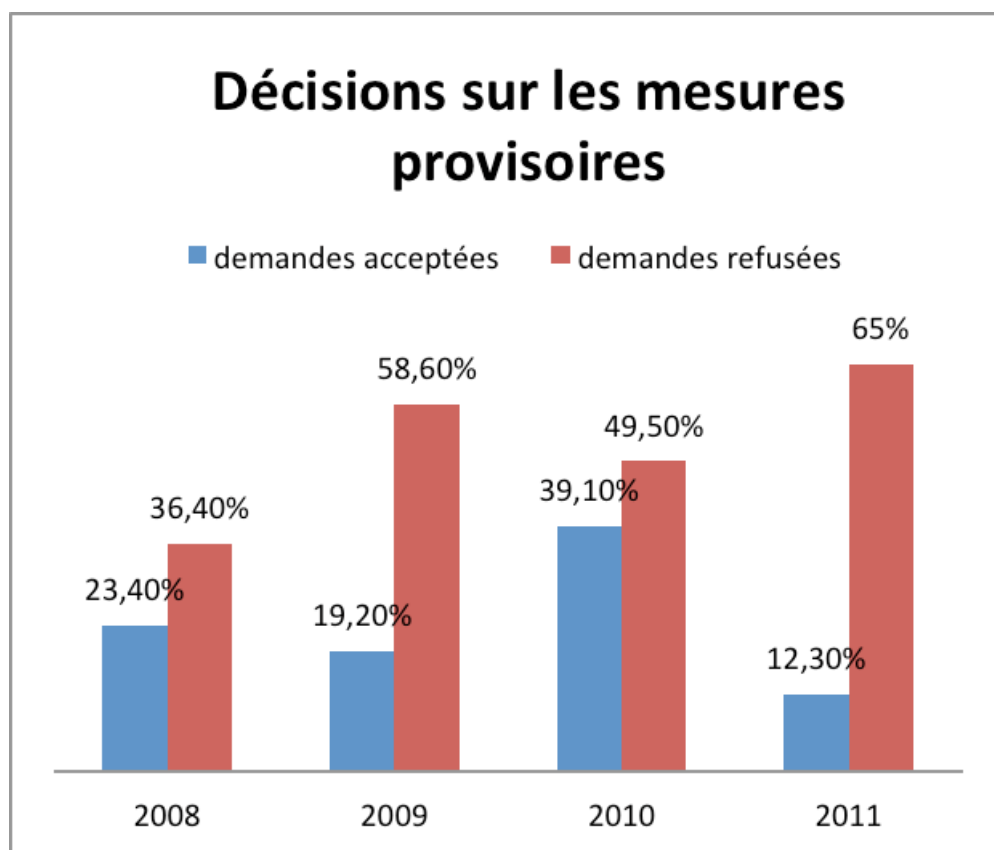
Leur évolution fournit une double information décisive pour apprécier la politique jurisprudentielle de la Cour :

- leur nombre a « explosé » brusquement, le Président de la Cour poussant cet égard un cri d'alarme solennel³ faisant état d'une augmentation de « près de 4000% » depuis 2006 qui a amené la Cour à réviser son dispositif pour davantage de rigueur
- le chiffre de ces demandes a diminué de ce fait de 27% en 2011 par rapport à 2010 (de 3775 à 2773)
- le nombre d'acceptation de ces demandes s'est brutalement rétracté en 2011 de – 76% avec 342 acceptations pour 1807 rejets

³ CEDH, Déclaration du Président concernant les demandes de mesures provisoires, 11 février 2011.



La mise en perspective des refus et des acceptations témoigne de cette évolution restrictive qui aboutit néanmoins à un chiffre important de suspension (342 en 2011).



La Cour établit par ailleurs des tableaux particulièrement instructifs des Etats en cause, qu'ils soient de destination ou de retour.

DÉCISIONS ARTICLE 39 (2008, 2009, 2010 et 2011)



	2008			2009			2010			2011			TOTAL PAR ETAT		
	Hors champ d'application	Refusé	Accordé	Hors champ d'application	Refusé	Accordé	Hors champ d'application	Refusé	Accordé	Hors champ d'application	Refusé	Accordé	Hors champ d'application	Refusé	Accordé
	TOTAL 2008	TOTAL 2009	TOTAL 2010	TOTAL 2011	TOTAL 2008	TOTAL 2009	TOTAL 2010	TOTAL 2011	TOTAL 2008	TOTAL 2009	TOTAL 2010	TOTAL 2011	TOTAL 2008	TOTAL 2009	TOTAL 2010
Albanie	1	3	1	5			0		3	2	5		0	1	6
Allemagne	41	27		68	38	16	54	51	31	1	83	54	30	1	85
Andorre				0			0				0				0
Arménie				0	1		1	2		2		3		3	1
Autriche	1	18		19	4	15	19	14	26	23	63	10	29	5	44
Azerbaïdjan	2		4	6	2		2	1			1	1	1		2
Belgique	6	7	8	21	6	33	33	72	6	52	102	160	11	31	7
Bosnie-Herzégovine			1	1	1		1	2	1		1	2	2	3	1
Bulgarie	4	8	2	14		7	7		7	2	9	5	3	2	10
Chypre		2		2	1	2	1	4	1	7	44	52	1	4	
Croatie	2	4	1	7	1	2	3	6	1		7	6			6
Danemark		7	5	12		6	6		27	26	53	1	9	9	19
Espagne	1	4	1	6	2	3	5	8	12		20	8	5	36	49
Estonie	1	3		4	1	1	2	5	2		7	4	2		6
Finlande		14	9	23	1	82	143	226	7	106	80	193	3	77	18
France	922	113	101	1 136	4	115	92	211	14	183	123	320	13	123	116
Géorgie	5	14	16	35	6	23	18	47	6	42	15	63	8	27	5
Grèce	5	6		11	5	6	1	12	5	8	1	14	5	3	
Hongrie		2		2		2		2	1	2	1	4		6	
Irlande	3	2	1	6	1		1	1	2		3	2	7		9
Islande				0			1	1			0				0
Italie	4	41	5	50	1	37	4	42	8	27	18	53	19	7	5
Lettonie	1	1		2	2		2	5	1		6	3			3
« L'ex-République yougoslave de Macédoine »				0			0				0	3			3
Liechtenstein				0	2		2	7			7	1			1
Lituanie				0	1	2	3				0	1			1
Luxembourg				0	3	3	6	2	2	1	5	1			1
Malte	1	2		3		1	1	2		2					0
République de Moldova	1	2		3		4	4	6		6	1	6		7	2
Monaco		1		1			0	1		1					0
Monténégro				0			0				0				0
Norvège		3	1	4	1	8	4	13	5	8	9	22	6	35	1
Pays-Bas	12	24	8	44	17	82	75	174	26	193	179	398	41	209	37
Pologne	4	1		5	9	2	11	9	2	3	14	1	6	3	10
Portugal				0			0				0	1			1
République tchèque	4	7		11	2	4	6	8	7	3	18		3	1	4
Roumanie	3	6		9	5	2	8		1	1	2	9	3		12
Royaume-Uni	185	726	527	1 438	152	804	222	1 178	155	763	127	1 045	240	515	35
Russie	28	31	7	66	12	30	9	51	19	46	17	82	53	48	18
Saint-Marin	1			1			0				0				0
Serbie	1	1		2			0				0		2		2
Slovaquie	2	1	4	7	2	1	6	9	2	2	3	7	1	4	
Slovénie	1			1	7	2	9	3			3	3	1		4
Suède		29	3	32		66	20	86		181	643	824		542	26
Suisse	3	18	4	25	3	22	4	29	1	37		38	41	21	7
Turquie	18	22	33	73	40	11	13	64	33	14	7	54	61	12	3
Ukraine	13	12	5	30	6	14	7	27	7	17	8	32	9	30	6
TOTAL	1 276	1 162	747	3 185	339	1 408	655	2 402	417	1 823	1 440	3 680	629	1 807	342

Mise à jour : Février 2012

A eux seuls, trois Etats parties concentrent l'essentiel des demandes sur cette période : la France (1920 demandes avec une part à peu près égale de refus et d'acceptation : 534/432), le Royaume Uni (4454 demande avec un déséquilibre très net : 2809/911) et la Suède (1587 avec un rapport de 896/691).

Rapporté aux chiffres particulièrement bas d'Etats parties pourtant confrontés à de graves problèmes en matière d'asile et d'immigration comme la Grèce (73 demandes) ou Malte (6 demandes), ce chiffre pourrait surprendre *a priori*. Pourtant, il est compréhensible et les trois Etats précités ne posent pas de problèmes spécifiques. Outre les qualités de leur système judiciaire et la présence d'ONG efficaces dans ces Etats, ces proportions révèlent en fait l'état des routes migratoires clandestines. La présence de diasporas importantes dans l'Etat de destination finale (comme en Suède), la très forte attractivité du Royaume Uni pour des raisons connues, la nécessité de traverser auparavant un Etat voisin pour y parvenir (comme la France) sont autant d'explications de ces chiffres.

Il n'est pas inintéressant non plus de disposer d'une cartographie des Etats « à risques » et d'y voir figurer l'Italie et la Grèce.

MESURES PROVISOIRES ACCEPTÉES

Par Etat défendeur et pays de destination du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011

Expulsion vers	France	Pays-Bas	Espagne	Royaume-Uni	Suède	Finlande	Russie	Danemark	Belgique	Suisse	Ukraine	Autriche	Géorgie	Italie	Autres	TOTAL
Grèce	34							6		1		1		4	1	47
Sahara occidental			32													32
Afghanistan	1	16		4	1	2	1				2				1	28
Irak		7		3	10											20
Russie	8				1	3			2			2		1	1	18
Somalie		2		8	2		1	3		1						17
Italie		6		1		6			1			1			1	16
Soudan	12			4												16
Iran	2	3			5	2			1							13
Sri Lanka	8			5												13
Côte d'Ivoire	5									2						7
Kosovo	6				1											7
Niger	5			1		1										7
Algérie	6															6
Syrie	1				2	1				1					1	6
Ouzbékistan							6									6
Malte	1	1		1		2										5
Autres	27	2	4	8	4	1	10	0	3	2	4	1	5	0	7	78
TOTAL	116	37	36	35	26	18	18	9	7	7	6	5	5	5	12	342



MESURES PROVISOIRES REFUSEES

Par Etat défendeur et pays de destination du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011

	Soudan	Koweït	Yemen	France	Grèce	Russie	Norvège	Belgique	Allemagne	Ukraine	Autriche	Géorgie	Suisse	Tunisie	Ouzbékistan	Irlande	Italie	Hongrie	« Les mesures provisoires de l'article 33 de la Convention »	Pologne	Espagne	Autres	TOTAL	
Expulsion vers																								
Irak	375	13	76		1		22						1		1								489	
Afghanistan	11	88	20	1	5	3								2	5								135	
Italie	8	32	21	2	21			5			2		3										94	
Sri Lanka	2	57	5	11	2						2		2		1							1	83	
Niger	2	48	2	11	4			3			2		1		1			1					75	
Pakistan	2	55	2	5	2			1			1		1										69	
Russie	10	1	4	9	3	1	2		2	4	10		1								1	3	51	
Iran	22	6	7		4			2	1		1						1						2	46
Turquie	4	8	2	11	7					2		2		3									2	41
Algérie	1	14		6	2			1		1											1	1	27	
Somalie	2	2	20		1			1															26	
Pologne		4	3	5	5				5														22	
Bangladesh	3	14		1																			18	
Inde		14	1	3																			18	
Rép. démocratique du Congo	4	2		5	1								1				1				3		17	
Kosovo	8	1		2	1			2			2		1										17	
Malte	1		11		4			1															17	
Ouganda	2	12	2		1																		17	
Jamaïque		16																					16	
Cameroon		9	2	1	1			1			1												15	
Syrie	13							1							1								15	
Arménie	1		2	4				4	2		1												14	
Belarus					1	9					1			1								2	14	
Ghana		14																					14	
Serbie	6		1	2					2										2				13	
Gambie		8						1			1		1										11	
Kenya	1	10																					11	
Liban	8							1															11	
Géorgie				2								5	1								1	1	10	
Egypte	2	2	2	1	1																		9	
Tunisie	1			6														1					9	
Roumanie		2		1					1		2							1				1	8	
Soudan	3	2		3																			8	



MESURES PROVISOIRES REFUSEES

Par Etat défendeur et pays de destination du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011

	Suède	Royaume-Uni	Allemagne	France	Finlande	Russie	Norvège	Belgique	Allemagne	Ukraine	Autriche	Géorgie	Suisse	Tunisie	Danemark	Irlande	Italie	Hongrie	Chypre	Grèce	Pologne	Espagne	Autres	TOTAL
Expulsion vers																								
Ouzbékistan	2	2				4																		8
Albanie		3		2				1	1															7
France	1	5	1																					7
Allemagne		4	1										1										1	7
Pays-Bas	2	4												1				1						7
Ukraine	1	1		1		3								1										7
Libye	3	2		1																				6
Palestine	5						1																	6
Afrique du Sud		4	2																					6
Belgique	1	4																						5
Bosnie-Herzégovine	3		1	1																				5
Guinée	1		2	1	1																			5
Malawi		5																						5
Maroc		1	1	1					2															5
Espagne		4			1																			5
Autres	31	41	18	24	8	26	3	5	19	24	2	17	3	6	1	5	3	3	6	2	3	14		276
TOTAL	542	515	209	123	77	48	35	31	30	30	29	27	21	12	9	7	7	6	6	6	5	32		1 807

2. LE BILAN DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

Son prétoire n'étant directement accessible aux particuliers que dans des cas exceptionnels, l'activité de la Cour dépend peu de la volonté des migrants, des réfugiés et de leurs avocats d'y avoir recours. Les affaires en manquement renvoient aux initiatives que la Commission européenne décide d'engager contre les Etats membres. Les affaires en réponse à des questions posées à titre préjudiciel dépendent de l'usage que les juges nationaux font de ce mécanisme de collaboration entre juges.

2.1. Les recours en constatation de manquement

Il convient de saluer l'esprit de transparence dont témoigne l'ouverture de pages consacrées aux procédures en manquement⁴ sur le site internet de la DG Affaires intérieures. Celles-ci permettent de prendre connaissance des procédures ouvertes et de leur suivi, à la fois par Etat membre et par politique. La période couverte va de décembre 2004 à aujourd'hui, ce qui correspond à l'ensemble de la politique européenne d'immigration et d'asile en raison du fait que les premières normes adoptées ont pour l'essentiel dû être appliquées par les Etats membres au cours de l'année 2005, compte tenu notamment du délai laissé aux Etats membres pour transposer les directives.

ETATS MEMBRES	NOMBRES DE PROCEDURES INTENTEES
AUTRICHE	26
BELGIQUE	39
BULGARIE	28
CHYPRE	47
REPUBLIQUE TCHEQUE	17
DANEMARK	4
FINLANDE	26
FRANCE	35
ALLEMAGNE	46
GRECE	49
HONGRIE	18
IRLANDE	10
ITALIE	48
LETONIE	23
LITUANIE	22
LUXEMBOURG	42
MALTE	43
PAYS-BAS	27
POLOGNE	22
PORTUGAL	34
ROUMANIE	17
SLOVAQUIE	23
SLOVENIE	18
ESPAGNE	39
SUEDE	29
ROYAUME-UNI	8
ESTONIE	20
TOTAL	760

⁴ http://ec.europa.eu/home-affairs/news/infringements/infringements_en.htm.

Le nombre total de 760 procédures ouvertes paraît impressionnant. On relèvera cependant qu'elles n'ont amené sur une période de 8 ans une saisine de la Cour que dans une vingtaine d'affaires, soit moins de 3% des cas. On ne peut pas en conclure sur cette seule base que l'action de la Commission n'a pas été efficace parce qu'elle n'a peut être pas dû saisir la Cour pour la raison que les Etats membres se sont rangés à son opinion et ont mis leur droit interne en conformité avec le droit européen dans le cadre de la procédure précontentieuse. Une analyse des décisions rendues par la Cour d'un point de vue qualitatif plutôt que quantitatif peut cependant donner à penser que la Commission n'a jusqu'ici fait qu'un usage extrêmement limité du recours en manquement.

Toutes les affaires dans lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer concernent en effet uniquement des cas d'absence de transposition dans le délai requis par les directives concernées. A notre connaissance pour la période récente, seules deux affaires portent sur la substance des politiques d'immigration. La Commission a ainsi saisi le 25 octobre 2010 la Cour d'un recours contre les Pays-Bas pour le prix disproportionné que cet Etat membre exige pour la délivrance des permis de séjour de résident de longue durée, l'affaire étant pendante⁵. Le 6 décembre 2010, elle a agi contre l'Autriche à propos des difficultés des étudiants ressortissants de pays tiers à accéder au marché du travail en contrariété avec l'objectif de la directive 2004/114 du 13 décembre 2004, ce qui a d'ailleurs amené cet Etat membre à amender sa législation et la Commission à se désister de son recours⁶.

On est ainsi amené à se demander sur la nature de l'intervention de la Commission. Son contrôle sur les Etats membres ne s'est-il pas jusqu'ici borné pour l'essentiel à vérifier la seule existence de normes de transposition dans le respect des délais⁷ et non la conformité de ces normes nationales au droit européen, ni leur application effective en pratique ? La question ne peut recevoir de réponse claire pour la raison que la DG Affaires intérieures ne renseigne pas sur son site les motifs pour lesquelles elle ouvre une procédure en manquement au stade de la notification ou de l'avis motivé. Si cette discrétion se comprend dans le cadre de la procédure précontentieuse du recours en manquement, il reste que la stratégie de la Commission en la matière mériterait des éclaircissements en raison du fait que celle-ci relève souvent de nombreux manquements dans les rapports qu'elle rédige sur la mise en œuvre des directives sans qu'on connaisse le suivi qui leur est donné. Début 2012, un seul et unique recours en manquement est pendant devant la Cour de justice...Au vu de la gravité des questions posées du point de vue des droits fondamentaux, ce constat est troublant.

2.2. Les renvois à titre préjudiciel

La compétence préjudicielle de la Cour paraissait prometteuse en matière d'immigration et d'asile. La piètre qualité des premières normes européennes adoptées dans un domaine où le nombre de recours occupe de plus en plus souvent la première place dans le contentieux national sans compter la complexité de la matière, pouvait donner à penser que la Cour pouvait subir une avalanche de questions à laquelle elle ne pourrait face en répondant dans un délai raisonnable. C'est d'ailleurs pour cette raison que les négociateurs du traité d'Amsterdam avaient interdit aux juges de première instance de faire usage du mécanisme préjudiciel⁸. Ce dernier avait donc été réservé aux juges de dernier ressort jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (infra).

⁵ Affaire C-508/10 dans laquelle les conclusions de l'avocat général ont été rendues le 19 janvier 2012.

⁶ Ordonnance du Président de la Cour, 22 novembre 2011, C-568/10.

⁷ C'est aussi ce qui ressort de la lecture des communiqués de presse que la Commission publie lorsqu'elle saisit la Cour d'un recours en manquement.

⁸ Le chiffre de 300.000 recours potentiels avait été évoqué à l'époque.

C'est peu dire que ces prédictions ne se sont pas réalisées. Seuls 15 arrêts ont jusqu'à présent été rendus au fond sur renvoi préjudiciel du juge national depuis le lancement de la politique européenne d'immigration et d'asile en 1999 par le Traité d'Amsterdam.

ANNEE	NOMBRE D'ARRETS
2006	1
2009	5
2010	5
2011	4

27 affaires sont actuellement pendantes devant la Cour: 3 datent de 2010, 13 de 2011 et 11 ont été introduites en 2012 pour les seuls trois premiers mois de cette année. Si l'augmentation du flux de questions préjudicielles paraît très sensible (+ 200% par rapport au stock d'arrêts rendus sur les 6 dernières années), celle-ci est essentiellement due au nombre extrêmement limité de questions posées antérieurement.

Ce faible nombre peut en partie s'expliquer par, outre la limitation du mécanisme préjudiciel aux juridictions suprêmes jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, le fait que les normes adoptées en matière d'immigration et d'asile à partir de 2003 par l'Union européenne n'ont été appliquées que progressivement pour ce qui est des directives. Il faut naturellement un certain temps pour que des décisions individuelles prises par les Etats membres sur la base de ces normes européennes génèrent au niveau national un contentieux amenant les juges internes à poser des questions préjudicielles. Il reste que le nombre de questions préjudicielles reste au total extrêmement limité. Ce constat décevant amène à s'interroger sur l'efficacité de ce mécanisme essentiel pour une application uniforme du droit européen dans les Etats membres⁹.

On relèvera pour ce qui est des matières concernées que parmi les arrêts rendus jusqu'à présent, 7 portaient sur l'asile, 4 sur le contrôle des frontières, 3 sur le retour et 1 sur le regroupement familial. Le fait que l'asile concentre la moitié des affaires n'étonnera guère au regard du nombre élevé de demande d'asile générant un contentieux considérable et de l'importance des normes européennes adoptées en la matière par rapport au domaine de l'immigration où l'harmonisation est moins avancée. Seule la directive retour qui retient singulièrement l'attention fait exception en la matière, les plaideurs ayant manifestement découvert que celle-ci peut se révéler beaucoup plus protectrice pour les étrangers en séjour illégal que la dénonciation virulente dont elle a fait l'objet au moment de son adoption l'a donné à penser.

⁹ Le bilan pour ce qui est de la procédure préjudicielle d'urgence qui a été spécialement créée pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice sera traité dans le cadre de l'étude des améliorations du contrôle juridictionnel résultant du traité de Lisbonne n'est guère plus encourageant (infra).

CHAPITRE 2 : ANALYSE TECHNIQUE

Le droit européen de l'asile et de l'immigration s'est principalement façonné sous l'influence de la jurisprudence, avant que le traité d'Amsterdam ne permette sa concrétisation normative avec l'adoption de la première génération des textes de droit dérivé. La Cour européenne des droits de l'Homme a été le principal artisan de cette construction, d'abord, la Cour de justice de l'Union européenne l'ayant partiellement rejoint ensuite.

Cette influence jurisprudentielle a été tardive, laissant le terrain principal à l'action des juridictions nationales. Il faudra en effet attendre le milieu des années quatre-vingt pour voir le juge européen intervenir de manière décisive. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) manifestera ainsi son intérêt à partir de 1985, en affirmant sa compétence pour garantir le droit des étrangers à mener une vie familiale normale¹⁰. Quasiment à la même période, à l'instant où certains Etats membres s'engageaient dans la coopération intergouvernementale de l'espace Schengen, la Cour de justice des Communautés a été amenée à répondre à onze Etats membres que la politique migratoire n'était pas « entièrement étrangère » aux compétences communautaires¹¹.

Cette réserve jurisprudentielle européenne de l'époque avait une explication : le silence des deux traités de référence concernant la politique migratoire comme la situation individuelle des ressortissants d'Etats tiers. Chacune des deux Cours a dû contourner cet obstacle à sa manière, avant de pouvoir déployer sa jurisprudence.

Dans un second temps, la jurisprudence de Strasbourg a eu un rôle précurseur remarquable. Elle a contraint de ce fait les Etats individuellement comme en tant que membres de l'Union au respect de la CEDH en les obligeant à intégrer ce respect dans la construction d'une politique commune d'asile et d'immigration. Le plus bel exemple de cette influence est symbolisé par la « protection subsidiaire » qui a fini par trouver sa place dans le traité de Lisbonne. Cette action est désormais relayée par la CJUE, d'une part à travers la plénitude de ses fonctions de juge de l'Union statuant sur la législation dérivée mais aussi parce que la Charte des droits fondamentaux de l'Union lui offre une base juridique pour ce faire.

1. LA DYNAMIQUE DE L'INTERPRETATION PAR LA CEDH

La Convention européenne des droits de l'Homme contient peu de dispositions spécifiques à la situation des étrangers, silence à peine compensé par les protocoles additionnels. Cette carence rend d'autant plus originale la construction prétorienne d'un droit européen des étrangers par la Cour européenne. En s'appuyant sur la généralité de l'article premier de la Convention qui s'applique à « toute personne », la Cour européenne a utilisé les bases textuelles suivantes qui mentionnent les étrangers :

- L'article 5, I, f) qui admet « l'arrestation ou de détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours » ;
- L'article 16 intitulé « restrictions à l'activité politique des étrangers » qui affirme que « aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme

¹⁰ CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni.

¹¹ CJCE, 9 juillet 1987, République fédérale d'Allemagne et autres contre Commission des Communautés européennes, aff. 281, 283, 284, 285 et 287/85, Rec. 1987 page 3203, point 18.

interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».

A ces dispositions de la Convention s'ajoutent les dispositions particulières du Protocole n° 4 du 16 septembre 1963 et en particulier :

- L'article 3 relatif à la liberté de circulation et d'établissement qui dispose notamment que « *quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement* » (§1) et que « *toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* » (§2).
- L'article 4 qui affirme que « *les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* ».

Enfin, la matière de l'expulsion des étrangers est spécifiquement couverte par l'article premier du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 qui énumère dans son article premier les garanties procédurales dont bénéficient les étrangers :

- Il dispose dans son paragraphe premier qu'un « *étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir* :
 - a) *faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,*
 - b) *faire examiner son cas, et c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité* ».
- Son paragraphe second indique qu'un « *étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a), b) et c) de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité* ».

La faiblesse de ces bases textuelles réduisait *a priori* les potentialités de la Convention européenne pour assurer une protection adéquate des étrangers. Cette impasse a conduit la Cour européenne à une innovation jurisprudentielle particulièrement remarquable, celle de la protection de l'étranger par « ricochet ». Présentée comme l'une des preuves du dynamisme de la Cour, cette technique jurisprudentielle s'est avérée déterminante pour protéger les droits fondamentaux des étrangers en matière d'éloignement forcé et de respect du droit à mener une vie familiale normale.

Cette technique de protection repose sur l'addition de trois constats portés par la Cour européenne dans sa jurisprudence¹² :

- en premier lieu, la Cour rappelle systématiquement¹³ que la Convention ne régit pas la matière de l'expulsion, du droit d'asile ou de l'extradition et que « les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités... le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux » ;
- « néanmoins », quand une décision d'éloignement « porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un État

¹² CEDH, 7 juillet 1989, Soering, A/161.

¹³ Par exemple pour des arrêts de base : CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz Cabales et Balkandali, A/94, § 68 ; CEDH, 18 février 1991, A/193 point 43 ; CEDH, 30 octobre 1991, Vitarajah et autres c. Royaume Uni, A/215 point 102 ; CEDH, 20 mars 1991, Cruz Varas, A/201 §§ 69 et 70.

contractant au titre de la disposition correspondante », ce qu'elle a appliqué dès 1985 en matière d'immigration puis d'extradition ;

- aussi, tout Etat partie à la Convention doit veiller dans l'exercice de ses pouvoirs de police des étrangers au respect des obligations qu'il a contractées au titre de celles-ci.

Cette conclusion, initialement centrée sur la protection de l'intégrité physique et de la dignité des étrangers au titre de l'article 3 CEDH en cas d'extradition vers un Etat tiers, a été étendue ensuite à l'ensemble des procédés d'éloignement¹⁴. Elle explique le développement d'une jurisprudence considérable qui a largement dépassé l'intention première des auteurs de la Convention. Ce dynamisme de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour s'est manifesté de manière éclatante dans un arrêt de Grande Chambre récent, *Hirsi Jamaa* du 23 février 2012 où la Cour consacre l'effet extraterritorial de l'interdiction des expulsions collectives en rappelant que la « Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles... d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoires »¹⁵.

Au delà de cet apport matériel, la Cour européenne a également contraint les Etats à accepter l'effectivité de son contrôle au moyen de « mesures provisoires » que l'Etat partie a l'obligation de respecter. En vertu de l'article 39 de son règlement, la Cour peut indiquer des mesures provisoires, dans des circonstances exceptionnelles. Elle y a recours lorsque, après avoir examiné toutes les informations pertinentes, elle considère que le requérant serait exposé à un risque réel de dommages graves et irréversibles en l'absence de la mesure en question. Cette mesure provisoire « a pour but de maintenir le *statu quo* en attendant que la Cour se prononce sur la justification de la mesure »¹⁶.

Dans un premier temps, la Cour s'est reposée sur le bon vouloir des Etats quant à l'autorité attachée à ses prescriptions avant, dans un arrêt de Grande Chambre consacrant un revirement de jurisprudence¹⁷, de rendre impératif leur respect. Très généralement observées, la circonstance que certains Etats aient, parfois, refusé de les observer¹⁸ a évidemment constitué une violation des obligations de l'article 34 de la Convention. Preuve a d'ailleurs été faite récemment de leur utilité. La Cour note ainsi avec satisfaction, dans l'affaire *I.M. c. France* que « seule l'application de l'article 39 de son règlement a pu suspendre l'éloignement du requérant, pour lequel un laissez-passer avait déjà été émis par les autorités soudanaises... En effet, à l'issue des procédures devant l'OFPRA et le juge administratif, rien n'aurait pu empêcher l'éloignement du requérant, ni, par conséquent, la décision de non-lieu à statuer de la CNDA »¹⁹, et ce alors qu'il justifiait de la protection de la Convention de Genève.

2. LA PLENITUDE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL PAR LA CJUE

L'intervention de la Cour de justice de l'Union dans le champ des politiques migratoires a été beaucoup plus tardive, pour des raisons essentiellement institutionnelles. L'absence de compétence communautaire en la matière lui interdisait toute action.

¹⁴ CEDH, Gr. Ch, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume Uni*.

¹⁵ CEDH, Gr. Ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa* § 175.

¹⁶ CEDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie* §81.

¹⁷ CEDH, Gr. ch., 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*.

¹⁸ CEDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie*.

¹⁹ CEDH, 2 février 2012, *I.M. c. France*, § 157.

Cela ne l'a pas empêchée pour autant d'investir la matière de manière indirecte. Le jeu de la réglementation relative à la libre circulation des travailleurs l'a ainsi conduite à se pencher aussi bien sur le droit à mener une vie familiale normale que sur l'encadrement de l'usage des procédures d'éloignement.

Le premier temps du contentieux communautaire a donc été marqué par des considérations institutionnelles, qu'il s'agisse de l'invocabilité directe ou non du droit de l'Union, à propos des accords d'association passés avec de futurs Etats membres²⁰ ou non²¹. Parmi ces décisions importantes, se situe incontestablement le débat sur la base juridique des visas aéroportuaires²² ou celui ouvert par le Parlement européen concernant le droit au regroupement familial tel que codifié par la directive 2003/86²³. La régulation constitutionnelle incombant à la Cour de justice l'a donc conduite à s'engager sur le terrain de la protection des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers, la question du regroupement familial ou celle de la définition des personnes éligibles à la protection internationale dans l'Union européenne constituant des enjeux majeurs de ce point de vue. Dans un deuxième temps, plus récent, la Cour de justice a été amenée plus directement à jouer ce rôle de juge des droits fondamentaux à la demande des intéressés. On se souvient en effet que, sous l'empire du traité d'Amsterdam, la méfiance des Etats membres à l'encontre du contentieux préjudiciel en matière migratoire avait conduit à réserver aux seules juridictions suprêmes la possibilité d'interroger la Cour. Il a donc fallu attendre le milieu des années 2000, délai de transposition des directives par les Etats membres et de saisine de la Cour obligent, pour que ces juridictions de dernier ressort s'interrogent sur la portée et la signification du droit de l'Union au point d'en saisir la Cour.

²⁰ CJCE, 27 septembre 2001, *Barkoci et Malik et autres*, C-63/99 et autres

²¹ CJCE, 14 décembre 2006, *Gattoussi*, C-97/05

²² CJCE, 12 mai 1998, *Commission c. Conseil*, C-170/96, Rec. 2763

²³ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03

CHAPITRE 3 : L'APPORT MATERIEL DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE AU DROIT EUROPEEN DE L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION

Sans qu'il soit besoin d'effectuer un catalogue exhaustif de la jurisprudence européenne en la matière, et notamment celle de la Cour de Strasbourg, l'impact de celle-ci sur la formation du droit de l'Union européenne est fondamental, tant en ce qui concerne le droit de l'asile que le droit de l'immigration. Elle a en effet largement conditionné les modalités de l'accès des étrangers au territoire de l'Union autant qu'elle a protégé les individus contre l'éloignement forcé.

1. L'ACCÈS AU TERRITOIRE

L'accès des étrangers au territoire des Etats membres demeure une prérogative de souveraineté. Le juge européen le reconnaît expressément. Il reste que, dans certaines hypothèses, soit cet accès est de droit, par exemple parce que l'existence d'un droit fondamental de l'étranger à mener une vie familiale normale oblige à la constitution de la cellule familiale sur le territoire de l'Etat d'accueil, soit cet accès est la conséquence de l'interdiction de procéder à un refoulement, par exemple en vertu du droit d'asile.

1.1. La protection du droit d'asile

La source du droit d'asile est constituée par la Convention de Genève, au sens celle-ci protège du refoulement. Son article 33 garantit le principe de non refoulement d'un demandeur de protection vers des frontières où « *sa vie ou sa liberté seraient menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». Même si le texte de Genève ne contient pas à proprement parler un droit individuel à se voir accorder l'asile, ce principe de non refoulement est fondamental pour la protection des personnes persécutées. Or, il n'existe pas, sur la base de la convention de Genève, de système organisé permettant de le garantir de façon juridictionnelle au plan international.

Les juridictions suprêmes européennes, seules susceptibles de combler cette carence, ont été longtemps confrontées à un obstacle majeur : ni le droit de la Convention ni le droit de l'Union ne garantissaient le droit d'asile, jusqu'à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux. Une construction progressive a donc vu, dans un premier temps, la CEDH utiliser les articles 2 et 3 de la Convention européenne en les combinant avec le droit au recours de l'article 13 pour parvenir à une protection indirecte, avant de se saisir plus directement de la matière de l'asile. La Cour de justice, limitée par les dispositions restrictives des traités, n'est intervenue que de manière récente sur ce terrain dès lors que le droit dérivé lui en a fourni l'occasion.

La Cour européenne a consacré une attention toute particulière au principe de non refoulement dans l'affaire *Hirsi Jamaa* sur laquelle on reviendra plus loin, condamnant l'Italie à ce sujet pour sa pratique en Méditerranée et refusant que l'existence d'accords entre deux Etats (l'Italie et la Lybie en l'espèce) puisse être une cause exonératoire de responsabilité.

Elle souligne que le principe de non refoulement trouve sa source tant dans « les normes en matière de secours aux personnes en mer que celles concernant la lutte contre la traite de personnes qui imposent aux Etats le respect des obligations découlant du droit

international en matière de réfugiés²⁴. Mieux, elle s'appuie sur l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui « consacre » le principe. Elle prend soin du reste de noter le « poids particulier du contenu de la lettre écrite le 15 mai 2009 par M. Jacques Barrot, vice-président de la Commission européenne, dans laquelle celui-ci réitère l'importance du respect du principe de non refoulement dans le cadre d'opérations menées en haute mer par les Etats membres de l'Union européenne »²⁵.

1.1.1. La protection du droit d'asile par la CEDH

C'est par une construction jurisprudentielle remarquable que la jurisprudence européenne a conforté la situation des demandeurs d'asile à l'instant où ils sollicitent la protection des Etats contractants.

- Une protection nécessairement indirecte

La Cour européenne des droits de l'Homme l'a affirmé très tôt : « ni la Convention, ni ses protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique »²⁶, d'une part. D'autre part, « en vertu d'un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux »²⁷. Néanmoins, l'éloignement d'un demandeur d'asile peut poser problème au regard de l'interdiction absolue de la torture et des traitements dégradants posée par l'article 3 CEDH²⁸. La Cour européenne a donc construit progressivement une jurisprudence spécifique aux demandeurs d'asile par le biais de l'applicabilité de l'article 3 CEDH.

A partir de ces règles générales, la Cour s'est ensuite intéressée à la situation des demandeurs de protection au titre de la Convention de Genève. Sa jurisprudence *Jabari*²⁹, au début des années 2000, est caractéristique de la prise en considération progressive des besoins spécifiques des demandeurs d'asile. La Cour européenne y condamne la Turquie pour son manque de « contrôle attentif » des motifs d'une demande d'asile reconnue par le HCR et qui mettait en avant des menaces de lapidation en cas de retour vers l'Iran. Le juge de Strasbourg substitue donc « sa propre appréciation du risque » couru par l'intéressée, en donnant un poids particulier à l'opinion du HCR, au vu de l'absence « d'évaluation sérieuse » de l'Etat mis en cause.

La Cour va expliciter sa grille de lecture par la suite³⁰ : pour évaluer les risques, elle attend de l'Etat partie à la CEDH qu'il prenne en compte l'existence d'une situation générale de violence ou de conflit, l'appartenance du requérant à un groupe ou minorité exposée, sa situation personnelle à la lumière de données présentes, y compris sa qualité éventuelle de demandeur d'asile débouté³¹.

La législation de l'Union et en particulier l'application du règlement « Dublin » ont donné à la Cour l'occasion d'aller au delà. Saisie de la question du transfert des demandeurs d'asile au sein de l'Union européenne, elle pose aujourd'hui les conditions de la conformité de ce transfert à la Convention européenne.

²⁴ CEDH, Gr. Ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie*, § 134.

²⁵ § 135.

²⁶ CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. RU*.

²⁷ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. RU*, § 73.

²⁸ CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas, A/201* §§ 69 et 70.

²⁹ CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, §§ 40 et 41.

³⁰ CEDH, 17 juillet 2008, *Na c. RU*, §§ 110 et ss.

³¹ En l'espèce de l'arrêt *Na*, celle d'un demandeur tamoul, la Cour prête une attention particulière au fait que les autorités sri-lankaises disposaient des moyens technologiques leur permettant d'identifier à l'aéroport les demandeurs d'asile déboutés et les personnes recherchées par elles.

Elle avait déjà indiqué dès le début des années 2000, dans une décision de recevabilité *T. / c. Royaume Uni*³², qu'aucun Etat ne peut « s'appuyer d'office sur le système établi par la Convention de Dublin pour attribuer, au sein des pays européens, la responsabilité de statuer sur les demandes d'asile » car « lorsque des Etats établissent des organisations internationales ou, *mutatis mutandis*, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée ». Concluant à l'irrecevabilité de la requête en raison des garanties offertes par le droit allemand qui rendaient le risque improbable, la Cour soulignait cependant que les Etats parties au système Dublin ne peuvent pas s'exonérer de leur responsabilité individuelle. Ils ne peuvent prétendre « s'appuyer d'office sur le système établi par la Convention de Dublin pour attribuer, au sein des pays européens, la responsabilité de statuer sur les demandes d'asile ».

Dans une seconde affaire, *KRS c. Royaume Uni* concernant également le mécanisme de Dublin, la Cour avait confirmé sa vigilance, quitte à conclure à l'absence de risque d'un refoulement en chaîne en s'appuyant sur les garanties de la nouvelle législation européenne.

Il était inévitable, comme on le verra plus loin, qu'elle aille plus loin dans un arrêt de principe, l'arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*.

- Une protection effective : l'arrêt *MSS c. Belgique*

La Cour européenne franchit directement le pas de la protection effective du droit d'asile dans l'Union européenne avec l'arrêt de Grande Chambre rendu dans l'affaire *MSS c. Belgique*³³. Etait en cause le transfert de demandeurs d'asile par la Belgique vers la Grèce dans le cadre du règlement Dublin. La Cour sanctionne à cette occasion la prétention des Etats membres de l'Union à automatiser leurs transferts internes des demandeurs d'asile via le système de traitement Dublin. Les défaillances grecques dans sa gestion de la politique européenne d'asile conduisent de la sorte le juge de Strasbourg à se faire le juge des conditions dans lesquelles le droit d'asile s'exerce dans l'Union et, en définitive, à s'intéresser à la conformité de cet élément central de la politique d'asile de l'Union aux exigences de la CEDH.

Les principes généraux mis ici en avant par la Cour européenne vont au delà de sa seule préoccupation de garantir le respect de l'article 3 CEDH. Pour n'en rester qu'au seul terrain du droit d'asile³⁴, le juge européen délivre des enseignements déterminants pour le droit de l'Union et des Etats membres.

En premier lieu, la Cour indique que le souci légitime des Etats de réguler les flux migratoires et de déjouer les tentatives de détournement du droit d'asile ne doit en aucun cas « priver les demandeurs d'asile de la protection » qui leur est due³⁵. Ceci vaut qu'il s'agisse de l'atteinte éventuelle à la liberté des demandeurs ou de l'interdiction absolue de refoulement. Mettant à profit l'existence de règles contraignantes de droit de l'Union relatives à l'asile, elle évalue le respect par les Etats membres de la garantie effective du droit d'asile, tout en se gardant « d'examiner elle-même les demandes d'asile ou de

³² CEDH, décision du 7 mars 2000, *T. / c. RU*, req. 43844/98.

³³ CEDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique*.

³⁴ Voir infra le jugement porté sur le système de Dublin par la Cour.

³⁵ § 216.

contrôler la manière dont les Etats remplissent leurs obligations découlant de la Convention de Genève »³⁶.

La protection du droit d'asile par le droit de l'Union ouvrait cependant une question de principe. Le gouvernement des Pays Bas affirmait que la Cour européenne ne pouvait en connaître, excédant son office en remettant en cause les mécanismes de contrôle du droit de l'Union : « il appartient à la Commission et à la Grèce avec le concours logistique des autres Etats membres et non à la Cour d'organiser l'harmonisation du système grec avec les normes communautaires »³⁷. Sans aller jusque là, le Royaume Uni mettait la Cour en garde contre le risque de « ralentir à grande échelle tout le processus » de transfert, concédant que les Etats membres n'étaient pas dispensés entièrement de leurs obligations, susceptibles de jouer « dans des circonstances tout à fait exceptionnelles ».

La Cour écarte ces objections. Elle affirme dans un considérant de principe que « lorsqu'ils appliquent le règlement « Dublin », il appartient aux Etats de s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé, directement ou indirectement, dans son pays d'origine sans une évaluation, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, des risques qu'il encourt »³⁸.

Le second élément déterminant de la jurisprudence MSS de la Cour européenne tient ensuite dans l'individualisation de la situation des demandeurs d'asile qu'elle opère. Elle souligne qu'elle « accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale... ». « Elle note que ce besoin d'une protection spéciale fait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne comme cela ressort de la Convention de Genève, du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union européenne »³⁹.

- Une protection extensive : l'arrêt *Hirsi Jamaa c. Italie*

La question difficile de « l'interception » de migrants en haute mer a été tranchée par la Cour le 23 février 2012, à la fois en ce qui concerne l'étendue de la protection de la Convention et en ce qui concerne sa nature. Après une première impasse jurisprudentielle⁴⁰, la Cour a dissipé tous les doutes en affirmant l'effet extraterritorial de la Convention et de son Protocole n°4, c'est-à-dire du droit d'asile comme de l'interdiction des expulsions collectives.

L'étendue de la garantie par la Convention européenne dépend de l'interprétation donnée à la « *jurisdiction* » mentionnée par son article 1. Ce dernier contraint les Etats parties à reconnaître ces droits au profit des personnes placées sous leur « *jurisdiction* ». L'exercice de sa « *jurisdiction* » est donc une condition nécessaire pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention. La « *jurisdiction* » d'un Etat partie est d'ordre territorial et elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble de son territoire. Il est donc exceptionnel que les actes des

³⁶ § 286.

³⁷ § 330.

³⁸ § 342.

³⁹ § 251.

⁴⁰ CEDH, 19 janvier 2010, *Hussun c. Italie*.

Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire puissent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention⁴¹. L'arrêt rendu en Grande Chambre le 23 février 2012 dans l'affaire *Hirsi Jamaa c. Italie* était donc particulièrement attendu dans la mesure où il concernait l'interception en haute mer de 25 migrants somaliens et libyens par des navires militaires italiens et renvoyés sommairement vers la Libye en vertu d'un accord bilatéral entre les deux Etats. Etait en cause la nature du lien de l'Italie avec les requérants puisque les faits invoqués s'étaient déroulés en haute mer⁴².

La Cour rappelle qu'en vertu du droit de la mer, un navire navigant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l'Etat dont il bat pavillon, ce qui constitue un cas d'application extraterritoriale de la juridiction de l'Etat partie concerné. Elle note qu'à « partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes. Aucune spéculation concernant la nature et le but de l'intervention des navires italiens en haute mer ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion »⁴³.

Cet éclaircissement jurisprudentiel est de la plus haute importance au vu des tâches confiées aux frontières extérieures de l'Union à des agences de l'Union telles que Frontex, agence qui s'appuie sur la collaboration des Etats membres. La responsabilité directe des Etats parties ne saurait être minimisée. De même, l'argument spécieux de l'Etat défendeur selon lequel il accomplissait là des obligations humanitaires relevant d'un « sauvetage en haute mer » ne saurait servir de prétexte pour récuser la responsabilité de l'Etat mis en cause.

Pour la première fois, l'application extraterritoriale de la Convention bénéficie aussi au Protocole 4 additionnel à la Convention qui prohibe dans son article 4 les expulsions collectives. Pour la Cour « le libellé de l'article 4 du Protocole n° 4 ne fait pas, en soi, obstacle à son application extraterritoriale » et elle délivre une interprétation « dynamique » qui est particulièrement remarquable. Celle-ci élargit les données de la protection des migrants demandeurs d'asile en ce qu'elle actualise les besoins de cette protection et prévient les tentatives des Etats pour s'y dérober.

Pour la Cour, une lecture contemporaine du Protocole est indispensable : « une longue période s'est écoulée depuis la rédaction du Protocole n°4. Depuis cette époque, les flux migratoires en Europe n'ont cessé de s'intensifier, empruntant de plus en plus la voie maritime, si bien que l'interception de migrants en haute mer et leur renvoi vers les pays de transit ou d'origine font désormais partie du phénomène migratoire, dans la mesure où ils constituent pour les Etats des moyens de lutte contre l'immigration irrégulière. Le contexte de crise économique ainsi que les récentes mutations sociales et politiques ayant touché tout particulièrement certaines régions d'Afrique et du Moyen Orient placent les Etats européens face à de nouveaux défis dans le domaine de la gestion de l'immigration »⁴⁴. Aussi, si le but du Protocole n°4 est d'éviter que les Etats puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans garanties, il convient de lui reconnaître un effet extraterritorial.

⁴¹ CEDH, 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*.

⁴² La question avait déjà été en partie réglée dans l'arrêt de Grande chambre de la Cour du 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France* où le caractère « exclusif et absolu » du contrôle exercé par l'Etat sur un navire en haute mer avait emporté la conviction.

⁴³ Point 81.

Autrement, « c'est une partie importante des phénomènes migratoires contemporains qui se trouverait soustraite à l'empire de cette disposition, nonobstant le fait que les agissements qu'elle entend interdire peuvent se produire en dehors du territoire national et notamment, comme en l'espèce, en haute mer. L'article 4 se verrait ainsi privé d'effet utile à l'égard de ces phénomènes, qui tendent pourtant à se multiplier. Cela aurait pour conséquence que des migrants ayant emprunté la voie maritime, souvent au péril leur vie, et qui ne sont pas parvenus à atteindre les frontières d'un Etat, n'auraient pas droit à un examen de leur situation personnelle avant d'être expulsés, contrairement à ceux qui ont emprunté la voie terrestre »⁴⁵.

Que la notion d'expulsion soit « principalement territoriale, en ce sens que les expulsions se font le plus souvent depuis le territoire national » n'est pas un obstacle pour considérer que l'exercice de la juridiction extraterritoriale de l'Italie a pris la forme en l'espèce d'une expulsion collective. La Cour répète donc que « la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention et que les Etats se sont engagés à reconnaître aux personnes placées sous leur juridiction »⁴⁶.

On ne saurait plus clairement dire que ces pratiques étatiques sont incompatibles avec les obligations conventionnelles auxquelles les Etats ont souscrit, au regard tant du principe de la bonne foi et de l'objet et du but du traité que de la règle de l'effet utile. La Cour dit en effet pour droit « que les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un Etat dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'Etat, voire de les refouler vers un autre Etat, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'Etat en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4 »⁴⁷.

La Cour européenne assène donc un coût d'arrêt décisif et novateur aux tentatives étatiques de se défaire de leurs obligations dans l'espace, c'est-à-dire au delà de leurs frontières, ou en s'appuyant sur des Etats tiers. Toutes les tentatives d'externalisation de la politique européenne d'asile seront suspendues à ce jugement.

Allant au delà du raisonnement tenu dans l'affaire *MSS* puisque mettant cette fois-ci en cause non pas un Etat membre de l'Union mais un Etat tiers, la Cour tranche également une difficulté particulière, dans l'affaire *Hirsi Jamaa* précitée. Elle fait en effet porter l'examen sur une véritable chaîne de défaillances étatiques susceptibles d'aboutir à une violation des droits fondamentaux, ce qui n'est pas entièrement nouveau mais lui permet d'apporter des précisions importantes.

L'Italie ayant renvoyé, après les avoir « interceptés » en haute mer, des demandeurs de protection internationale en direction de la Libye, la Cour devait en tirer les conséquences. La nature du régime libyen autant que le traitement qu'il réservait à ces demandeurs était en effet susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat italien directement mais aussi indirectement en cas de rapatriement arbitraire de ces demandeurs effectué par les autorités libyennes vers leur Etat d'origine.

⁴⁴ § 176.

⁴⁵ § 177.

⁴⁶ § 178.

⁴⁷ § 180.

En suivant une méthode jurisprudentielle désormais classique, la Cour se rend facilement à l'évidence : les pays ou régions d'origine des requérants, l'Erythrée et la Somalie, posent de tels problèmes de sécurité que les risques qu'ils encourent sont avérés. Dès lors, il importait de savoir si le pays tiers, la Libye, présentait des « garanties suffisantes contre les rapatriements arbitraires ».

La Cour souligne alors l'importance qu'elle accorde à la Convention de Genève et à ses instruments. Elle note que la Libye n'a pas ratifié la Convention, que le statut de réfugié reconnu par le HCR ne garantissait aucune forme de protection aux personnes concernées car les autorités libyennes ont une « attitude négative » et « ne reconnaissent aucune valeur au statut de réfugié ». Elle en déduit que cette vulnérabilité particulière des demandeurs de protection en Libye devait être prise en considération par l'Italie car il « revenait aux autorités italiennes de s'enquérir de la manière dont les autorités libyennes s'acquittaient de leurs obligations internationales en matière de protection des réfugiés ».

La condamnation de l'Italie sur le terrain de l'article 3 CEDH était alors inévitable : « les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de réfugié octroyé par le HCR »⁴⁸.

L'un des enseignements majeurs de la jurisprudence *Hirsi Jamaa* se trouve là : les Etats européens doivent s'assurer avant tout éloignement des conditions dans lesquelles les étrangers concernés seront accueillis dans l'Etat de destination et notamment des modalités de leur protection contre un rapatriement arbitraire.

1.1.2. La protection du droit d'asile par la CJUE

La position de la CJUE au regard du droit d'asile s'est présentée de manière sensiblement différente, faute pour elle d'avoir disposé de bases juridiques suffisantes pour établir son contrôle. Cette situation s'est radicalement modifiée avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Mise à part l'obligation de conformité à la Convention de Genève qui figurait dans le traité de Maastricht et l'article 63 TCE du traité d'Amsterdam, il a fallu attendre la première génération des textes de droit dérivé relatifs à l'asile pour offrir un support à l'intervention de la Cour. Le tout dans l'environnement restrictif de l'article 68 TCE relatif à la collaboration préjudicielle avec les juridictions nationales. Indépendamment des réponses ponctuelles apportées dans ce cadre, c'est en fait dans un arrêt très récent, l'arrêt *NS* du 21 décembre 2011, que la Cour de justice éclaircit de façon décisive son positionnement en matière de garantie du droit d'asile.

- Le système européen commun d'asile

L'autorité de la Convention de Genève n'a jamais été mise en question en droit de l'Union, bien que l'Union n'y soit pas partie juridiquement. Dans l'un des ses premiers examens de la législation dérivée de l'Union, la Cour a saisi l'occasion de clarifier la nature des relations de cette dernière avec le texte de Genève.

⁴⁸ §156.

Elle affirme ainsi dans une formule devenue rituelle dans sa jurisprudence ultérieure sur l'asile que « la convention de Genève constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés », ce qui la conduit à souligner que la directive « qualification » a été adoptée « pour aider les autorités compétentes des États membres à appliquer cette convention en se fondant sur des notions et des critères communs »⁴⁹. La subordination du droit dérivé de l'Union ne fait donc aucun doute, ce dernier apparaissant comme un véritable droit d'exécution de la Convention. Son interprétation doit en effet être effectuée « *dans le respect de la convention de Genève et des autres traités pertinents visés à l'article 63, premier alinéa, point 1), CE* ».

L'explication technique du raisonnement est simple : l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux autant que l'article 78 TFUE posent le principe de cette soumission à la Convention de Genève.

C'est de manière beaucoup plus systématique, avec de véritables considérants de principe que la Cour de justice raisonne dans son arrêt du 21 décembre 2011, cherchant visiblement à cadrer dans son « ensemble » le dispositif communautaire relatif à l'asile.

Elle affirme ainsi que « le système européen commun d'asile est fondé sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève et l'assurance que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté. Le respect de la convention de Genève et du protocole de 1967 est prévu à l'article 18 de la charte et à l'article 78 TFUE »⁵⁰.

Se livrant « à l'examen des textes constituant le système européen commun d'asile », elle constate que ce dernier a été « conçu dans un contexte permettant de supposer que l'ensemble des États y participant, qu'ils soient États membres ou États tiers, respectent les droits fondamentaux, en ce compris les droits trouvant leur fondement dans la convention de Genève »⁵¹.

En effet, l'exposé des motifs de ces textes⁵² met en relief la volonté exprimée par les États membres au Conseil européen de Tampere de respecter la Convention de Genève aussi bien que celle de s'inscrire dans le respect des droits fondamentaux. Comme il est de jurisprudence classique que les États membres doivent non seulement interpréter leur droit national d'une manière conforme au droit de l'Union, mais également veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte du droit dérivé qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union, l'ensemble trouve sa pleine cohérence.

La Cour n'éprouve dès lors aucune difficulté, en tous cas pas davantage que son homologue de Strasbourg, à s'appuyer sur l'opinion d'acteurs tels que le Haut Commissariat aux réfugiés.

⁴⁹ CJUE, 2 mars 2010, Salahadin Abdulla, C-175/08 et C-179/08, § 52 ; CJUE, 17 juin 2010, Bolbol, C-411/10 et C-493/10, § 38.

⁵⁰ CJUE, 21 décembre 2011, N.S., C-411/10 § 75.

⁵¹ id § 78.

⁵² Le quinzième considérant du règlement n° 343/2003 indique qu'il vise à assurer le plein respect du droit d'asile garanti par l'article 18 de la charte, le cinquième considérant de la directive 2003/9 souligne que, en particulier, cette directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et à favoriser l'application des articles 1er et 18 de la charte, et le dixième considérant de la directive 2004/83 précise que, en particulier, cette directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et du droit d'asile des demandeurs d'asile et des membres de leur famille qui les accompagnent.

- Les obligations incombant aux Etats

Malgré le nombre relativement faible des arrêts rendus en matière d'asile, la Cour de justice de l'Union a eu la possibilité de cadrer l'étendue des obligations pesant sur les Etats membres à propos de deux questions essentielles, celle de la portée de la situation des Etats membres au regard de la clause dite de « souveraineté » du règlement Dublin et, surtout, celle des Etats réticents à se plier à l'autorité de la Charte des droits fondamentaux.

- L'article 3 §2 du règlement Dublin contient une clause dite de « souveraineté » disposant que « chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement. Dans ce cas, cet État devient l'État membre responsable au sens du présent règlement et il assume les obligations liées à cette responsabilité ». Interrogée par le juge national sur sa signification, la Cour refuse de considérer qu'une telle clause échapperait au champ d'application du droit de l'Union au prétexte qu'elle conserverait sa marge d'appréciation à l'Etat concerné et relèverait de son libre arbitre.

L'Irlande, la Belgique, le Royaume Uni et l'Italie plaidaient en ce sens, considérant d'une part que l'exercice de cette faculté n'était pas un acte de mise en œuvre du droit de l'Union et, d'autre part, qu'elle ne les déliait pas de leur obligation de respecter les droits fondamentaux puisque c'était précisément à ce titre qu'ils l'utilisaient. A l'opposé, les gouvernements français, néerlandais, autrichien et finlandais ainsi que la Commission européenne et divers intervenants tels que le HCR considéraient que ce lien avec les droits fondamentaux constituait justement un objectif du règlement Dublin et que, en tout état de cause, l'Etat membre désireux d'exercer sa responsabilité ne pouvait le faire que dans le cadre de la règlement de l'Union en matière d'asile.

Cet argument est déterminant pour la Cour qui estime que la clause en question « reconnaît aux États membres un pouvoir d'appréciation qui fait partie intégrante du système européen commun d'asile prévu par le TFUE et élaboré par le législateur de l'Union »⁵³. Ledit pouvoir est effectivement exercé dans le respect de la réglementation, ce qui entraîne un certain nombre d'obligations pour lui.

Dès lors, ce pouvoir d'appréciation « doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51 §1 de la Charte », constat qui était le véritable enjeu de la question préjudicielle soumis à la Cour de justice. Ce dernier spécifie que la Charte ne lie les Etats membres que lorsque ces derniers mettent en œuvre le droit de l'Union. Une autre réponse de la Cour aurait donc délié les Etats membres.

- La seconde question tranchée par la Cour concerne la portée de l'engagement de certains Etats membres à l'égard de la dite Charte. Le juge de renvoi s'interrogeait sur le sens à accorder au Protocole n° 30 concernant le Royaume Uni et la Pologne, le secrétaire d'Etat britannique ayant soutenu devant lui la thèse de l'absence de valeur juridique de la Charte au Royaume Uni.

Ledit protocole dans son article premier se borne à confirmer le contenu normatif de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, qui a pour objet d'exclure tout élargissement des compétences de l'Union sans pour autant remettre en question l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux au Royaume Uni comme en Pologne.

⁵³ C- 411/10 précité § 65.

Ses considérants le rappellent à plusieurs reprises⁵⁴ et son article 1 §2 disposant que rien dans le titre IV de la charte⁵⁵ ne crée des droits justiciables applicables à la République de Pologne, sauf dans la mesure où la République de Pologne ou le Royaume Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale témoigne *a contrario* de la pleine application du reste du droit de l'Union.

Telle est l'opinion lapidaire de la Cour de justice : « l'article 1 §1, du protocole n° 30 explicite l'article 51 de la Charte, relatif au champ d'application de cette dernière, et n'a pas pour objet d'exonérer la République de Pologne et le Royaume-Uni de l'obligation de respecter les dispositions de la charte, ni d'empêcher une juridiction de l'un de ces États membres de veiller au respect de ces dispositions »⁵⁶.

1.2. Le droit au regroupement familial

La jurisprudence européenne a utilisé le droit à la vie familiale reconnu à l'article 8 de la Convention comme un levier puissant de la protection des droits fondamentaux des étrangers, au point que cette disposition est devenue une source d'inspiration majeure de la législation de l'Union.

1.2.1. Le regroupement familial et la Cour européenne des droits de l'Homme

L'article 8 de la Convention garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour européenne a rendu son premier arrêt en matière migratoire à son sujet, dans l'affaire *Abdulaziz* précitée. Caractéristique de la « balance des intérêts » à prendre en considération en matière de regroupement familial, ce premier arrêt illustre la méthode de raisonnement du juge. D'une part, le droit à mener une vie familiale est un droit fondamental de l'individu qu'il importe de garantir et, d'autre part, le texte de la Convention autorise classiquement une ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice de ce droit.

La Cour en résume ainsi la portée : « l'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre d'éventuelles ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. Il faut donc avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »⁵⁷. Ce souci d'équilibre explique les évolutions de la jurisprudence en la matière.

Les enjeux en présence étaient symbolisés dès l'arrêt de principe de la Cour, *Abdulaziz C. Royaume Uni* : le refus d'un Etat partie de laisser un couple marié se réunifier sur son territoire en autorisant un époux à rejoindre son épouse régulièrement installée chez lui donne à la Cour l'occasion de poser le cadre de ses exigences. Ses enseignements demeurent d'actualité.

L'article 8 §2 de la Convention autorise l'ingérence des Etats dans l'exercice du droit au regroupement familial. Autrement dit, le principe de la compétence étatique concernant

⁵⁴ Ainsi, le troisième considérant dispose que, conformément à l'article 6 TUE, la charte doit être appliquée et interprétée par les juridictions polonaises et du Royaume Uni en stricte conformité avec les explications visées dans cet article. Les huitième et neuvième considérants énoncent le souhait de la République de Pologne et du Royaume Uni de clarifier certains aspects de l'application de la charte ainsi que l'application de la charte en ce qui concerne les lois et l'action administrative de la République de Pologne et du Royaume Uni.

⁵⁵ Intitulé « Solidarité », il vise les droits et principes à caractère sociaux.

⁵⁶ §120.

⁵⁷ CEDH, 10 janvier 2011, *Mallah c. France* § 35.

l'entrée et le séjour des étrangers n'est pas remis en cause, bien au contraire. Le texte ajoute aux composantes ordinaires de la clause d'ordre public qui fonde cette ingérence⁵⁸, la protection du « *bien-être économique du pays* », préoccupation classique des politiques migratoires. D'où une formule systématiquement répétée par la Cour européenne : « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non nationaux sur leur sol... l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays »⁵⁹.

Le droit à la vie familiale n'ouvre donc pas de droit automatique à l'accès au territoire. La Cour européenne le répète avec une fermeté qui contraste avec les raisonnements qu'elle tient à propos de l'éloignement forcé et du droit au maintien de la vie familiale. Ainsi, dans son arrêt *Gül* de 1996 qui a fait longtemps office de position de principe, souligne-t-elle que, « en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire »⁶⁰. Elle propose donc une analyse structurée en trois points devenus classiques tant ils sont répétés⁶¹ :

- l'étendue de l'obligation pour un Etat d'admettre des membres de la famille d'un immigré sur son territoire dépend de leur situation et de l'intérêt général ;
- les Etats ont le droit de réglementer l'accès des non nationaux sur leur territoire ;
- en matière d'immigration, l'article 8 CEDH ne peut être interprété comme imposant aux Etats de respecter les choix de résidence des couples mariés et de permettre le regroupement familial ;

La Cour a infléchi par la suite l'ordre de ses priorités en reconnaissant dans l'affaire *Sen* que l'on « ne saurait analyser la question du seul point de vue de l'immigration, en comparant cette situation avec celle de personnes qui n'ont créé des liens familiaux qu'une fois établis dans leur pays hôte »⁶². Parce qu'en l'espèce le refus étatique d'autoriser le regroupement familial ne laissait d'autre choix aux requérants que de renoncer à une vie familiale effective ou d'abandonner leur lieu de résidence, la Cour a estimé que l'Etat n'avait pas respecté le juste équilibre qui s'imposait dans les intérêts en présence.

Le juge de Strasbourg confirme ce mode de pensée et l'existence d'un véritable contrôle de proportionnalité qui atténue son refus d'un droit subjectif au regroupement familial. Ainsi, en se penchant particulièrement sur les données individuelles de l'espèce, la Cour a-t-elle répété sa jurisprudence *Sen*⁶³ malgré certaines hésitations⁶⁴. De même, elle a souligné avec sévérité (en condamnant la détention d'une mineure faisant suite à un refus d'admission) que « le souci des Etats de déjouer les tentatives de contournement des restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'il ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non

⁵⁸ A savoir la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui».

⁵⁹ CEDH, Abdulaziz précité.

⁶⁰ CEDH, 19 février 1996, *Gül* c. Suisse §38.

⁶¹ CEDH, 28 novembre 1996, *Ahmut* c. Pays Bas §67.

⁶² CEDH, 21 décembre 2011, *Sen* c. Pays Bas § 37.

⁶³ CEDH, 1 décembre 2005, *Tuquabo-Tekele* c. Pays Bas, § 50.

⁶⁴ CEDH, 31 octobre 2008, *Darren* c. Norvège.

accompagné, de la protection liée à son état. Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des Etats »⁶⁵.

En l'état de sa jurisprudence, la position de la Cour européenne utilise les paramètres suivants : « les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des liens que les personnes concernées ont avec l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine d'une ou plusieurs des personnes concernées et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion... Un autre point important est celui de savoir si la vie familiale en cause s'est développée à une époque où les personnes concernées savaient que la situation au regard des règles d'immigration de l'une d'elles était telle qu'il était clair immédiatement que le maintien de cette vie familiale au sein de l'Etat hôte revêtirait d'emblée un caractère précaire »⁶⁶.

Dans un cas relativement exceptionnel, celui de la séparation administrative durant cinq années d'un couple de demandeurs d'asile déboutés dans l'attente de leur renvoi, la Cour confirme l'attention qu'elle porte désormais aux intérêts individuels : même si un souci de répartition équitable des demandeurs d'asile entre les cantons suisses peut être rattaché au « bien-être économique du pays » visé par l'article 8 §2 CEDH, « les effets bénéfiques de ce système pour l'Etat défendeur ont bien moins de poids, dans la pesée des intérêts, que les intérêts privés de la requérante »⁶⁷.

Dans le contexte de cette évolution, on comprend que la Cour de justice se soit fortement appuyée sur le contrôle de la marge d'appréciation des Etats membres effectué par la Cour européenne pour trancher la question du droit à un regroupement familial dans l'Union.

1.2.2. Le regroupement familial et la Cour de justice

C'est à propos de la directive 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial que la Cour de justice a été amenée à rendre un de ses premiers arrêts relatifs à la nouvelle politique européenne d'immigration⁶⁸. Le Parlement européen qui n'avait à cette époque pas été associé au processus législatif d'adoption de cette norme autrement que par une simple consultation, a décidé de faire immédiatement usage des prérogatives nouvelles que le Traité de Nice lui a octroyées, en sollicitant l'annulation en particulier des conditions d'intégration que la directive précitée permet aux Etats membres d'imposer selon les cas aux enfants de plus de 12 ans ou de moins de 15 ans en plus des conditions de base en matière de regroupement familial (ressources financières, logement et assurance-maladie).

L'intérêt de cet arrêt tient au fait qu'il situe la nouvelle directive par rapport à l'article 8 de la CEDH et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui en a donné l'interprétation décrite dans les lignes qui précèdent.

La Cour de justice fait ainsi clairement le départ entre le droit commun⁶⁹, à savoir le couple marié et leurs enfants et les autres dispositions permettant d'imposer des conditions

⁶⁵ CEDH, 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, § 81.

⁶⁶ CEDH, 31 janvier 2006, Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays Bas, §39.

⁶⁷ CEDH, 29 juillet 2010, Agraw c. Suisse, §53.

⁶⁸ CJUE, 27 juin 2006, Parlement c. Conseil, C-540/03.

⁶⁹ Article 4, §1^{er} de la directive relative à la famille traditionnelle.

d'intégration aux enfants: « les différents textes (relevant du droit international et des droits de l'homme) soulignent l'importance, pour l'enfant, de la vie familiale et recommandent aux Etats membres de prendre en considération l'intérêt de celui-ci mais ne créent pas de droit subjectif pour les membres d'une famille d'être admis sur le territoire d'un Etat et ne sauraient être interprétés en ce sens qu'ils priveraient les Etats d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils examinent des demandes de regroupement familial »⁷⁰. « L'article 4, dernier alinéa de la directive ne saurait être interprété comme allant à l'encontre du droit au respect de la vie familiale. En effet, (...), il maintient dans le chef de ces Etats une marge d'appréciation qui n'est pas différente de celle qui leur est reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à ce droit pour, dans chaque circonstance de fait, mettre les intérêts en présence »⁷¹. « Allant au-delà de ces dispositions, l'article 4, paragraphe 1^{er} de la directive impose aux Etats membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis, puisqu'il leur impose, dans les hypothèses déterminées par la directive, d'autoriser le regroupement familial de certains membres de la famille du regroupant sans pouvoir exercer leur marge d'appréciation »⁷².

La Cour distingue ainsi clairement les cas où il existe en vertu de la directive un véritable droit subjectif au regroupement familial allant au-delà du droit humain à la vie familiale en insistant sur la marge de manœuvre dont les Etats membres disposent dans la seconde hypothèse par rapport à la première. Tout en faisant ressortir la valeur ajoutée de certaines dispositions du droit de l'UE, elle se situe dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'article 8 de la CEDH en lui empruntant la notion de marge d'appréciation des Etats membres.

Alors que ce premier arrêt en matière de regroupement familial valide les conditions d'intégration tout en neutralisant leur emploi de manière isolée en vertu du droit à la vie familiale, on observera que la Cour ira plus loin dans l'encadrement du pouvoir d'appréciation des Etats membres dans le second arrêt⁷³ qu'elle a rendu en matière de regroupement familial en renforçant ainsi la valeur ajoutée du droit de l'Union européenne par rapport aux droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. L'ELOIGNEMENT DU TERRITOIRE

La garantie des droits fondamentaux des ressortissants étrangers en passe d'être éloignés a longtemps été laissée au seul juge national, qu'il soit juge constitutionnel ou juge ordinaire. A compter des années quatre-vingt dix, l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme a joué un rôle moteur déterminant. La crainte des Etats parties à la Convention européenne d'être mis en cause devant le juge de Strasbourg les a conduit d'une part à intégrer dans leurs législations internes les préceptes de la jurisprudence européenne et, d'autre part, hausser le niveau de la protection juridictionnelle accordée aux étrangers. La communautarisation progressive des politiques migratoires a ensuite permis à l'Union européenne de capitaliser ces acquis, tant sur le plan du fond que sur celui des garanties procédurales.

⁷⁰ § 59.

⁷¹ § 62.

⁷² § 60.

⁷³ CJUE, 4 mars 2010, Chakroun, C-578/08.

2.1. Les garanties de fond

2.1.1. Le droit à la vie

La protection du droit à la vie face à une mesure d'éloignement n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence particulière dans le contentieux de Strasbourg sur la base de l'article 2 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'Homme privilégie en effet sa ligne de conduite initiale, celle de la protection par ricochet de l'article 3 CEDH telle que la jurisprudence *Soering* l'avait posée en interdisant une extradition vers les Etats Unis où la peine capitale était encourue⁷⁴.

Sans doute, pendant un temps, la conformité à la Convention de la peine capitale a pu expliquer cette réserve jurisprudentielle. Cependant, les choses ont changé et le camp des Etats abolitionnistes l'a emporté, avec la conclusion du Protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine capitale en toutes circonstances. La Cour n'a donc pas hésité à affirmer dans l'affaire *Ocalan* que « la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable qui n'est plus autorisée par l'article 2 »⁷⁵. L'impact de cette position en matière d'expulsion demeurerait encore à évaluer. Il s'avère aujourd'hui que la Cour européenne a fait le choix d'une lecture intégrée, persistant à préférer un appui sur l'article 3 de la Convention.

Elle a, dans un premier temps, évité de trancher en estimant qu'une condamnation à mort par contumace de ressortissants syriens dans leur pays d'origine interdisait leur expulsion car cette condamnation avait été prononcée à la suite d'une procédure inéquitable, ce qui entraînait une violation conjointe des articles 2 et 3⁷⁶.

Dans un second temps, elle a fixé sa jurisprudence, dans l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdi*. Malgré la complexité de l'affaire⁷⁷, la Cour y privilégie en effet le terrain de l'article 3 à celui du droit à la vie de l'article 2. Amenée à se prononcer au fond sur les conditions d'application de l'article 2, elle « rappelle que l'expulsion par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays... De même, l'article 2 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 interdisent l'extradition et le refoulement vers un autre Etat lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la peine de mort »⁷⁸.

Son examen de l'affaire la pousse cependant à conclure qu'il existait des motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés et donc que « le fait d'avoir causé chez eux une souffrance psychique de cette nature et de cette intensité constituait un traitement inhumain », entraînant violation de l'article 3 et ne nécessitant pas de se prononcer sur le terrain de l'article 2. En soi, le risque

⁷⁴ Du reste, c'est davantage en matière d'extradition (hors du champ de cette étude) vers un pays pratiquant la peine capitale que la question est appelée à se poser, comme ce fut le cas de l'arrêt de Grande Chambre de 2005, *Ocalan c. Turquie*. La Cour s'était placée sur le terrain de l'article 3 CEDH.

⁷⁵ § 119.

⁷⁶ CEDH, 8 novembre 2005, *Bader c. Suède*, §48.

⁷⁷ La remise par les autorités britanniques en Irak de ressortissants irakiens susceptibles d'être condamnés à la pendaison.

⁷⁸ §123.

de soumettre un individu au risque de la peine capitale en procédant à son éloignement forcé constitue donc un agissement contraire à l'article 3 de la Convention.

2.1.2. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants

Engagée dès 1990 avec l'arrêt *Soering*, la jurisprudence de la Cour européenne interdisant l'éloignement d'un étranger vers une destination où il courrait le risque d'être victime d'actes de torture ou de traitements inhumains et dégradants est fondamentale. Elle est emblématique de la jurisprudence européenne sur le droit de l'asile et de l'immigration et son impact a été décisif sur la législation de l'Union européenne. Elle repose sur un cadre de raisonnement particulièrement structuré.

- Une construction prétorienne de la Cour européenne des droits de l'homme

Pour la Cour européenne, en vertu du raisonnement « par ricochet » évoqué plus haut, la décision d'éloigner l'étranger vers une destination risquée, quelle que soit la forme de cette décision d'expulsion ou d'extradition, fonde la responsabilité de l'Etat partie à la Convention. Ce dernier est tenu de s'interroger sur la situation prévalant dans l'Etat de destination, qu'il s'agisse d'un Etat tiers, comme cela est le plus souvent le cas, ou bien d'un autre Etat partie.

Le juge européen procède à la même investigation de son côté. Il porte dans le premier des cas une appréciation sur le système politique ou juridique d'un Etat qui n'est pas partie à la Convention, au nom du caractère objectif du texte et de la « garantie collective des droits de l'Homme »⁷⁹ qu'elle procure. Sa jurisprudence est « constante »⁸⁰, systématiquement répétée : « l'expulsion d'un demandeur d'asile par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁸¹.

La force de cet interdit repose sur le fait que « les Etats doivent notamment prendre en considération l'article 3 de la Convention qui consacre l'une des valeurs fondamentales de toute société démocratique et prohibe en termes absolus la torture et les traitements inhumains ou dégradants quels que soient les circonstances et les agissements de la victime »⁸². Le caractère absolu de la protection de l'article 3 exclut toute marge d'appréciation de la part de l'Etat procédant à l'éloignement, la « réalité » des risques l'emportant sur toute autre considération. Ainsi, la Cour européenne refuse que lui soit opposable la situation personnelle de l'étranger en particulier les accusations de terrorisme pesant sur ce dernier. L'affaire *Chahal c. Royaume Uni*⁸³ concernant un séparatiste sikh ou l'arrêt *Chamaiev c. Russie*⁸⁴ rendu à propos de ressortissants tchéchènes furent des occasions de l'affirmer solennellement.

⁷⁹ CEDH, *Soering c. Royaume Uni* précité, § 87.

⁸⁰ MSS § 365.

⁸¹ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni* précité §§ 90-91, CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, A/125 § 103; CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c. France* § 34; CEDH, *Jabari c. Turquie* précité § 38; CEDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie* § 152.

⁸² CEDH, MSS précité § 216.

⁸³ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume Uni*.

⁸⁴ CEDH, 12 avril 2005, *Chamaiev c. Russie*.

L'arrêt *Saïdi c. Italie* demeure néanmoins la décision de référence de la Cour européenne au vu des circonstances et du contexte de l'espèce. Alors même que l'Etat défendeur, appuyé par le Royaume Uni en tant que tiers intervenant mettaient en avant ce qu'ils estimaient être les nécessités de la lutte anti-terroriste pour demander à la Cour d'assouplir la « rigidité »⁸⁵ de ses principes en ce domaine, la Cour européenne leur oppose un démenti particulièrement ferme. Depuis, les jurisprudences *MS contre Belgique et Othman (Abu Qatada)* contre Royaume Uni lui ont donné l'occasion de répéter avec force ces interdits. « Pleinement consciente des difficultés que rencontrent les Etats pour protéger leur population contre la violence terroriste, elle y voit toutefois une raison supplémentaire de souligner que l'article 3 ne souffre nulle dérogation... même s'il existe un danger public menaçant la vie de la nation. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme, et quels que soient les agissements de la personne concernée, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants »⁸⁶.

En premier lieu, elle rappelle dans l'affaire *Saïdi* que l'article 3 « contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention »⁸⁷ et ne souffre aucune dérogation, quels que soient les agissements de la personne concernée, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. Cette protection est plus large que celle accordée par d'autres textes protégeant les droits fondamentaux, par exemple celle de la Convention de Genève. Elle conclut donc en le réaffirmant : il n'est pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements de l'étranger éloigné et les motifs invoqués par l'Etat pour justifier l'expulsion⁸⁸. En effet, l'évaluation du niveau de risque est « indépendante d'une telle appréciation »⁸⁹. Seul, un éventuel changement de circonstances dans l'Etat de destination, comme à propos du « printemps arabe », peut justifier que l'éloignement soit rendu possible⁹⁰.

- La distinction entre les auteurs de la persécution

A la lumière de la construction d'ensemble de la Cour, deux cas de figure peuvent se présenter. Soit le risque de traitement contraire à l'article 3 susceptible d'empêcher l'éloignement est le fait d'un Etat, soit il est le fait de tiers.

- Les autorités de l'Etat de destination sont, généralement, les principales sources de risque. Les facteurs susceptibles d'aboutir à de mauvais traitements sont extrêmement variés et nombreux.

Il peut s'agir, tout d'abord, du système politique et juridique de l'Etat de destination dont l'incompatibilité avec les valeurs de la Convention est flagrante. A cet égard, la peine capitale⁹¹ ou certaines formes de châiment retenues par le droit pénal de l'Etat de destination entraînent l'impossibilité conventionnelle d'y renvoyer l'étranger. De la lapidation pour adultère à la flagellation, les arrêts de la Cour européenne sont extrêmement fermes : « eu égard au fait que l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques et proscriit en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, il faut impérativement soumettre à un contrôle attentif le grief d'un requérant aux termes duquel son expulsion vers un pays tiers

⁸⁵ CEDH, Gr. Ch., 28 février 2008, *Saïdi c. Italie*, §117.

⁸⁶ CEDH, 31 janvier 2012, *M. S. c. Belgique*.

⁸⁷ CEDH, *Saïdi* précité, § 127.

⁸⁸ § 138.

⁸⁹ § 139.

⁹⁰ CEDH, 15 novembre 2011, *Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine*.

⁹¹ Voir les développements précédents.

l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 »⁹². Car « la Cour se doit d'insister tout particulièrement sur le fait que le recours à des formes de peines, y compris les châtiments judiciaires corporels, contraires à cette disposition n'est aucunement admissible. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumise à un tel traitement, la responsabilité de l'Etat contractant est engagée en cas d'expulsion »⁹³.

Il peut s'agir également d'un comportement volontaire où les droits les plus élémentaires de la personne sont violés, en particulier à l'encontre des opposants politiques⁹⁴ ou pour des raisons religieuses⁹⁵. L'action des autorités publiques y est plus ou moins diffuse⁹⁶, en raison d'une situation sociale ou politique troublée, où des forces publiques ou parapubliques plus ou moins contrôlées par les pouvoirs publics font régner un climat de violence et de désordre, dans l'impunité complète⁹⁷, ciblant parfois certaines communautés ethniques⁹⁸ ou religieuses⁹⁹ ou poursuivant les déserteurs de leurs factions¹⁰⁰. Il peut s'agir enfin, et c'est le cas le plus fréquent, d'une situation de non droit généralisée ou de recours systématique à la torture ou aux mauvais traitements comme la situation irakienne l'a illustré à un moment donné¹⁰¹.

- Toute autre est l'hypothèse où l'expulsion de l'étranger le soumet à un risque émanant certes de l'Etat de destination mais pour des raisons « objectives » conduisant à considérer que son éloignement transgresserait l'article 3.

Cette jurisprudence a été inaugurée par l'affaire *D./ Royaume Uni* où la Cour estima que l'éloignement d'un étranger malade en phase terminale du Sida vers son pays d'origine démunie d'un système de santé adéquat était constitutif d'un traitement inhumain. Elle a par la suite été sérieusement amendée par la Cour¹⁰², jusqu'à l'arrêt *N. c. Royaume Uni*. Marquant un net retrait, la Cour indique que « si, compte tenu de l'importance fondamentale que revêt l'article 3 dans le système de la Convention, elle doit continuer de se ménager une certaine souplesse afin d'empêcher l'expulsion dans des cas très exceptionnels, l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les Etats contractants »¹⁰³.

Faut-il alors avancer que la protection de l'article 3 par ce biais ne concerne plus que l'hypothèse d'un malade en phase terminale d'une maladie incurable ? Les réticences opposées par un certain nombre de juges de la Cour dans une espèce récente¹⁰⁴ laissent espérer l'inverse : « nous pensons cependant qu'un seuil de gravité aussi extrême – être quasi-mourant – est difficilement compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 3, un droit

⁹² CEDH, Jabari précité, § 39.

⁹³ CEDH, 22 juin 2006, D. et autres c. Turquie.

⁹⁴ CEDH, 19 octobre 2010, Melnychenko c. Ukraine.

⁹⁵ CEDH, 19 janvier 2010, ZNS c. Turquie.

⁹⁶ CEDH, 2 septembre 2010, Y.P et L. P c. France.

⁹⁷ CEDH, 3 décembre 2009, Daoudi c. France à propos du renvoi d'un activiste islamique vers l'Algérie.

⁹⁸ CEDH, 11 janvier 2007, Salah Sheekh c. Pays Bas.

⁹⁹ Voir par exemple CEDH, Chahal c. Royaume-Uni précité; CEDH, 26 avril 2004, Muslim c. Turquie; CEDH, 17 juillet 2008, NA c. Royaume Uni; CEDH, 22 septembre 2009, Abdolkhani et Karimnia c. Turquie; CEDH, 18 février 2010, Baysakov et autres c. Ukraine; CEDH, 1^{er} avril 2010, Klein c. Russie; CEDH, 1 septembre 2010 Y.P et L.P. c. France.

¹⁰⁰ CEDH, 2 décembre 2010 BA c. France.

¹⁰¹ CEDH, 31 janvier 2012 M. S. c. Belgique.

¹⁰² CEDH, 17 janvier 2006, Aoulmi c. France.

¹⁰³ CEDH, Gr. Ch. 27 mai 2008, N. c. Royaume Uni § 44.

¹⁰⁴ CEDH, 20 décembre 2011, Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, opinions partiellement concordantes.

absolu qui fait partie des droits les plus fondamentaux de la Convention et qui concerne l'intégrité et la dignité de la personne. A cet égard, la différence entre une personne qui est sur son lit de mort ou dont on sait qu'elle est condamnée à bref délai nous paraît infime en termes d'humanité. Nous espérons que la Cour puisse un jour revoir sa jurisprudence sur ce point ».

- A l'opposé, le risque de traitements contraires à l'article 3 peut également émaner de personnes privées. Cette prise en compte de l'origine de la persécution par la Cour européenne des droits de l'Homme s'est avérée déterminante.

L'hypothèse de voir l'éloignement d'un étranger conduire ce dernier entre les mains de groupes ou d'individus susceptibles de lui infliger des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH est, malheureusement, un cas fréquent. Son interdiction ne trouvait aucune base juridique solide au plan international, la Convention de Genève semblant ne *protéger a priori* que des persécutions émanant d'autorités publiques, et la prise de position de la Cour européenne recouvre une réalité aujourd'hui largement protégée.

La première décision de la Cour est déjà ancienne¹⁰⁵. Elle date de 1997 lorsque la France se vit interdire d'expulser un trafiquant de drogue vers son pays d'origine, en raison des menaces des cartels de la drogue pesant sur lui. Se penchant sur les « conséquences prévisibles » de l'éloignement, la Cour y fut amenée à s'interroger sur la réalité du risque encouru par le demandeur pour le récuser en l'espèce¹⁰⁶.

Depuis, cette ligne ne s'est pas démentie et elle offre une protection indispensable aux étrangers en passe d'être éloignés, face à deux types de menaces différenciées par la jurisprudence.

La première correspond à l'hypothèse de l'affaire *HLR*, où des groupes organisés indépendants menacent les libertés individuelles, sans que les autorités légales de l'Etat de destination y remédient efficacement. Ainsi, les situations de guerre civile ou de violence endémique ont conduit le juge européen à s'interroger sur la réalité de la menace pesant sur l'individu en cas de renvoi. Les séquelles de la guerre civile en Algérie, malgré la levée de l'état d'urgence¹⁰⁷, la situation générale prévalant en Afghanistan¹⁰⁸ ou en Erythrée sont autant d'occasions données au juge de manifester sa vigilance. A cet égard, l'appartenance à une minorité persécutée, sur des bases sexuelles ou ethniques donne incontestablement une dimension collective à la protection de l'article 3. L'arrêt de chambre *Sufi et Elmi* devenu définitif après le refus de la Cour de le régler en Grande chambre¹⁰⁹, est caractéristique de la complexité de ces affaires. Les requérants, pour l'un partie d'un clan minoritaire en Somalie et pour l'autre toxicomane « occidentalisé », y persuadent la Cour de la réalité des menaces les concernant en cas de retour.

La seconde hypothèse est différente. Elle protège l'individu d'agissement de particuliers jugés inacceptables, dans l'Etat de destination et elle justifie à ce titre une interdiction d'éloigner. La variété de ces agissements dangereux est grande.

¹⁰⁵ CEDH, 29 avril 1997, *HLR* c. France.

¹⁰⁶ En l'espèce, elle conclut par la négative au motif de « la situation générale de violence existant dans le pays de destination » car « un tel contexte n'est pas à lui seul de nature à entraîner, en cas d'expulsion, une violation de l'article 3 (art. 3) », § 41, provoquant ainsi un certain nombre d'opinions dissidentes.

¹⁰⁷ CEDH, 22 septembre 2011, *HR* c. France.

¹⁰⁸ CEDH, 20 septembre 2007, *Sultani* c. France.

¹⁰⁹ CEDH, 28 juin 2011, *Sufi et Elmi* c. Royaume Uni.

L'interdiction d'expulser une jeune fille en cas de risque de mutilations génitales fut ainsi traitée d'abord par le juge national, français en l'espèce, avant d'être également invocable au titre de l'article 3 CEDH devant la Cour¹¹⁰. De même, la situation faite aux femmes dans certains systèmes sociaux et les risques qu'elles encourent du fait de la vision qu'en ont ces sociétés archaïques est-elle prise en compte désormais par la Cour¹¹¹. Dans un arrêt très significatif¹¹², *N. c. Suède*, la Cour a ainsi interdit l'expulsion d'une ressortissante afghane en situation irrégulière, séparée de son mari et rejetée par sa famille. Convaincue de l'impossibilité pour cette dernière de renouer avec une vie sociale normale, alarmée par l'importance des crimes dits « d'honneur » dans ce pays et la passivité des autorités en place, persuadée des risques de représailles de son conjoint et de sa propre famille, la Cour note que plus de 80% des femmes sont victimes de violence domestiques en Afghanistan¹¹³ et elle refuse donc l'éloignement.

- Une appréciation *in concreto*

La Cour européenne inscrit sa jurisprudence dans un cadre exigeant. Il ne lui est pas possible de se satisfaire d'une appréciation générale de la situation prévalant dans l'Etat de destination et la seule existence d'une situation générale de violence ne suffit pas à la convaincre. Il convient de s'appuyer sur des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3.

Ceci implique que les mauvais traitements auxquels le requérant sera, selon lui, exposé en cas de renvoi doivent atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de cette disposition et que leur appréciation est relative par essence, dépendant des cas d'espèce¹¹⁴. Celle-ci dépend de l'ensemble des données de la cause, donnant parfois le sentiment d'une jurisprudence à géométrie variable, selon les latitudes ou les périodes.

La Cour a explicité sa méthode d'analyse à maintes reprises. Elle s'appuie sur l'ensemble des éléments fournis ou, au besoin, qu'elle se procure d'office¹¹⁵. Elle « estime que, compte tenu de la nature absolue de la protection garantie par l'article 3, elle doit se convaincre que l'appréciation effectuée par les autorités de l'Etat contractant concerné est adéquate et suffisamment étayée par les données internes et par celles provenant d'autres sources fiables et objectives, comme par exemple d'autres Etats contractants ou non contractants, des agences des Nations unies et des organisations non gouvernementales réputées pour leur sérieux¹¹⁶. Dans l'exercice de la mission de contrôle que lui confie l'article 19 de la Convention, la Cour adopterait une approche par trop étroite au regard de l'article 3 dans les affaires concernant des étrangers menacés d'expulsion ou d'extradition si, en sa qualité de juridiction internationale chargée de contrôler le respect des droits de l'homme, elle ne devait prendre en considération que les éléments fournis par les autorités internes de l'Etat contractant concerné, sans comparer ces éléments avec ceux provenant d'autres sources fiables et objectives »¹¹⁷. Elle précise même que l'appréciation de l'existence d'un risque réel doit se faire à partir de tous les facteurs pertinents susceptibles d'augmenter le risque de mauvais traitements. De son point de vue, un certain nombre de facteurs individuels qui

¹¹⁰ CEDH, décision du 8 mars 2007, *Collins et Akhziebie c. Suède*; décision du 17 mai 2011, *Izevbekhai c. Irlande* ; décision du 20 septembre 2011, *Omeredo c. Autriche*.

¹¹¹ CEDH, 15 juin 2010, *Ahmadpour c. Turquie*.

¹¹² CEDH, 20 juillet 2010, *N. c. Suède*.

¹¹³ §§ 58 à 62.

¹¹⁴ CEDH, 6 mars 2001, *Hilal c. Royaume-Uni* § 60.

¹¹⁵ CEDH, 5 juillet 2005, *Saïd c. Pays Bas*.

¹¹⁶ Voir sur ce point l'arrêt précité *Hirsi Jamaa*.

¹¹⁷ CEDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh* §136.

ne donnent pas naissance à un risque réel lorsqu'ils sont pris isolément sont susceptibles d'en créer un lorsqu'ils sont cumulés et s'inscrivent dans un contexte de violence généralisée et de renforcement des mesures de sécurité¹¹⁸.

Afin d'apprécier la réalité et le sérieux des risques encourus, y compris à l'intérieur de l'Etat de destination, elle se livre alors à un examen complet et *ex nunc* de la situation qui règne dans le pays de destination, cette situation pouvant changer au fil du temps¹¹⁹. La Cour précise du reste que « bien que les faits historiques revêtent un intérêt, dans la mesure où ils peuvent éclairer la situation actuelle et son évolution probable, ce sont les conditions actuelles qui sont déterminantes ». La grande variété des sources utilisées par la Cour à l'instant de se forger sa conviction s'explique ainsi : elle utilise autant que de besoin résolutions de l'Assemblée du Conseil de l'Europe¹²⁰ ou rapports internationaux¹²¹, y compris du HCR ou d'ONG comme Amnesty International¹²². Parfois, cette analyse fine la conduit à ne pas tenir compte de l'apparente normalisation qui s'est effectuée dans l'Etat de destination, comme elle l'a démontré à propos de l'Algérie où la levée de l'état d'urgence ne la conduit pas pour autant à relâcher sa garde en autorisant une mesure d'éloignement¹²³.

Dans ces conditions, la présence « d'assurances diplomatiques » données par l'Etat de destination occupe en matière d'expulsion une place beaucoup moins déterminante que dans le droit de l'extradition où elles sont une partie intégrante du processus de livraison. L'arrêt de Grande chambre rendu par la Cour dans l'affaire *Saadi* est très significatif de l'attention que la Cour porte à de telles assurances. Elle y note ainsi que, malgré les demandes formulées par les autorités italiennes, les autorités de l'Etat de destination, la Tunisie, n'ont pas fourni de telles assurances et que, en tout état de cause, « cela n'aurait pas dispensé la Cour d'examiner si de telles assurances fournissaient, dans leur application effective, une garantie suffisante quant à la protection du requérant contre le risque de traitements interdits par la Convention... Le poids à accorder aux assurances émanant de l'Etat de destination dépend en effet, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée »¹²⁴.

Appliquant cette position de principe, quelques mois plus tard, elle refusera de donner crédit à de telles assurances en refusant de souscrire à la thèse des autorités italiennes selon lesquelles les assurances données par l'Etat de destination, la Tunisie, offriraient une protection efficace. Elle notera ainsi par exemple que l'auteur de telles assurances n'avait pas compétence pour les donner au nom de l'Etat de destination¹²⁵. Plus généralement, elle « rappelle au contraire le principe affirmé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1433(2005), selon lequel les assurances diplomatiques ne peuvent suffire lorsque l'absence de danger de mauvais traitement n'est pas fermement établie »¹²⁶. Elle sanctionnera de la même manière les autorités belges en aboutissant à un constat de violation de l'article 3 dans l'arrêt *M.S.* pour n'avoir pas assorti « le processus de retour du requérant d'un minimum de sauvegardes en vue d'assurer sa sécurité, au

¹¹⁸ CEDH, 17 janvier 2008, *NA c. Royaume Uni* §134.

¹¹⁹ CEDH, 15 novembre 2011, *Al Hanchi c. Bosnie Herzégovine*.

¹²⁰ CEDH, 2 septembre 2010, *YP et LP c. France*.

¹²¹ CEDH, 22 septembre 2011, *HR c. France*.

¹²² CEDH, 17 janvier 2008, *NA c. Royaume Uni*.

¹²³ Comparer CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c. France* et CEDH, 22 septembre 2011, *HR c. France*.

¹²⁴ CEDH, Gr. Ch. 28 février 2008, *Saadi c. Italie* §148.

¹²⁵ CEDH, 13 avril 2010, *Trabelsi c. Italie* § 47.

¹²⁶ CEDH, 5 avril 2011, *Toumi c. Italie*, § 56. Voir également CEDH, 24 mars 2009, *Abdelhedi c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Ben Salah c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Bouyahia c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *CBZ c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Darraj c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Hamraoui c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *O. c. Italie* ; CEDH, 24 mars 2009, *Soltana c. Italie*.

premier rang desquelles figure la recherche d'assurances diplomatiques auprès des autorités de l'Etat tiers concerné », alors qu'elles connaissaient le risque qu'encourait le requérant de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention¹²⁷.

En revanche, dans une affaire qui va défrayer la chronique au Royaume Uni, l'arrêt *Othman (Abu Qatada)* rendue le 17 janvier 2012¹²⁸, la Cour européenne va donner quitus aux autorités britanniques en considérant que l'accord passé avec la Jordanie en vue de l'expulsion de l'intéressé est « précis et exhaustif ». Les assurances ont été données de bonne foi par un gouvernement dont les relations bilatérales avec le Royaume-Uni sont historiquement solides. Approuvées au plus haut niveau de l'Etat puisque le Roi lui-même y a expressément souscrit, elles ont reçu l'approbation de l'ensemble de la direction jordanienne des renseignements généraux. De plus, le suivi de ces assurances sera fait par une organisation indépendante œuvrant dans le domaine des droits de l'homme en Jordanie, qui bénéficiera d'un accès sans restriction à l'intéressé en prison.

Ce faisant, la Cour (pour autant qu'un arrêt de Section soit fiable de ce point de vue) dessine une grille de lecture de ces assurances diplomatiques en question : il convient de prendre en considération leur précision, la qualité de leurs auteurs, leur objet, leur finalité c'est-à-dire suivant qu'elles interdisent des actes illégaux ou empêchent des actes légaux, l'existence ou non de rapports bilatéraux avec l'Etat qui les réclame, leur suivi¹²⁹. Ce « monitoring mechanism » apparaît donc comme une nouveauté dans le contentieux européen.

- Une protection élargie

L'article 3 de la CEDH ne protège pas seulement l'étranger au regard d'une situation potentiellement dangereuse dans l'Etat de destination. Le pragmatisme de la Cour européenne l'a conduite à une protection beaucoup plus directe, contre les agissements de l'Etat de séjour lui-même. En effet, aussi bien à l'entrée de l'étranger sur le territoire qu'à sa sortie, les comportements de l'Etat de séjour peuvent être constitutifs d'une violation de l'article 3.

La distinction qu'elle effectue entre traitements « dégradants » et traitements « inhumains » est éclairante quant aux exigences pesant sur les Etats parties. La Cour qualifie un traitement d'« inhumain » celui qui est infligé « avec préméditation pendant des heures et qui cause des lésions corporelles, de vives souffrances physiques ou mentales ».

Un traitement est « dégradant » s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa dignité humaine, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique. Il peut suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui. Enfin, s'il convient de prendre en compte la question de savoir si le but était d'humilier ou de rabaisser la victime, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive le constat de violation de l'article 3.

- Au plan substantiel, la protection de l'article 3 s'étend à certains aspects du droit des étrangers jugés particulièrement sensibles. La question de la détention des étrangers, et notamment des demandeurs d'asile et des mineurs, est devenue une source majeure de préoccupation dans la jurisprudence.

¹²⁷ CEDH, 31 janvier 2012, M. S. c. Belgique, § 131.

¹²⁸ CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada)* c. Royaume Uni.

¹²⁹ § 189.

Ayant souligné très tôt que la légitimité des atteintes à la liberté dans le cadre des contrôles migratoires devait s'inscrire dans le cadre des obligations tirées de la Convention européenne¹³⁰, la Cour s'assure que les conditions dans lesquelles cette détention se déroule sont respectueuses de l'article 3 et qu'elles ne constituent pas des traitements inhumains ou dégradants. A cet égard, la Cour prend en considération la « situation particulière de ces personnes » lorsqu'elle est amenée à contrôler les modalités d'exécution de la mesure de détention à l'aune des dispositions conventionnelles¹³¹. La Cour est donc parfois amenée à sanctionner directement l'Etat partie à la Convention, en raison de ses manquements sur ce terrain¹³², manquements qui s'avèrent parfois structurels comme en Grèce.

La qualification juridique généralement retenue par la Cour est celle de « traitements dégradants », la Cour soulignant « la vulnérabilité inhérente à la qualité de demandeur d'asile »¹³³ ou celle de « la particulière vulnérabilité » des mineurs concernés¹³⁴. Le juge de Strasbourg peut même aller jusqu'à retenir la qualification de « traitement inhumain » lorsque la situation de la victime, une mineure de 5 ans non accompagnée détenue dans un centre pour adultes, l'a conduite à un état de profond désarroi et d'extrême angoisse tant pour l'enfant que pour sa famille¹³⁵. Cette situation « d'extrême vulnérabilité » des mineurs aboutit également à une condamnation dans l'affaire *Muskhadzhiyeva* où le fait que 4 enfants tchéchènes en bas âge aient été détenus en compagnie de leur mère « ne suffit pas à exempter les autorités de leur obligation de protéger les enfants et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention »¹³⁶.

Cette rigueur du juge européen à l'égard de la protection des mineurs exprime une véritable politique jurisprudentielle. La Cour vient de la systématiser en faisant valoir « qu'il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »¹³⁷, ce qui rejette au second plan la présence ou l'absence des parents à l'instant d'évaluer la responsabilité de l'Etat en cause sur le plan des obligations positives qui pèsent sur lui. C'est donc en combinant divers éléments, ceux des conditions matérielles et de la durée de la rétention ainsi que de l'âge des mineurs, que le juge apprécie la situation sans aller pour autant jusqu'à condamner le principe de cette rétention.

Le second terrain sur lequel la Cour se situe pour prononcer un constat de violation de l'article 3 de la Convention est celui des conditions d'existence réservées aux demandeurs d'asile, la jurisprudence relative à la Grèce lui en donnant le loisir. Dans son arrêt de Grande Chambre *MSS*, la Cour stigmatise ainsi l'Etat coupable : « le requérant a été victime d'un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité et

¹³⁰ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France* § 45 ; CEDH, décision du 8 décembre 1985, *Mahdid et Haddar c. Autriche*.

¹³¹ CEDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique* § 100.

¹³² Enfermer un demandeur d'asile pendant deux mois dans une baraque préfabriquée, sans possibilité de sortir à l'extérieur, sans possibilité de téléphoner et sans pouvoir disposer de draps propres et de produits d'hygiène suffisants est constitutif d'un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention, CEDH, 11 juin 2009, *S.D. c. Grèce*. La détention pendant trois mois d'un demandeur d'asile dans l'attente de l'application d'une mesure administrative dans des locaux de police sans aucune possibilité d'activité récréative et sans restauration appropriée l'est également, CEDH, 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grèce*. C'est encore le cas de la détention de trois mois d'un demandeur d'asile, dans un endroit surpeuplé où la propreté et les conditions d'hygiène étaient déplorables, CEDH, 22 juillet 2010 *AA c. Grèce*.

¹³³ CEDH, Gr. Ch. 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce* § 233.

¹³⁴ CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce* ; CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France* §102.

¹³⁵ CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka c. Belgique* ; voir également CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*.

¹³⁶ CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique* § 58 ; voir également CEDH, 13 décembre 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*.

cette situation a, sans aucun doute, suscité chez lui des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir »¹³⁸. Elle procède au même raisonnement dans son arrêt *Hirsi Jamaa*, les conditions d'existence des migrants irréguliers en Libye et leurs « conditions de vie particulièrement précaires du fait de leur situation irrégulière. Les immigrés irréguliers, comme les requérants, étaient destinés à occuper dans la société libyenne une position marginale et isolée, qui les rendait extrêmement vulnérables aux actes xénophobes et racistes »¹³⁹.

- Au plan procédural, la protection procurée par l'article 3 se révèle déterminante pour l'étranger en passe d'être renvoyé, les obligations positives pesant sur les Etats contraignant ceux-ci à une garantie effective. La Cour rappelle « qu'il ne lui appartient pas d'examiner les demandes d'asile ou de contrôler la façon dont les États contractants remplissent leurs obligations découlant de la Convention de 1951. Sa préoccupation essentielle est de savoir s'il existe des garanties de procédure effectives, de quelque type que ce soit, qui protègent le requérant contre un refoulement arbitraire »¹⁴⁰.

Un considérant de principe de l'arrêt *MSS* suffit à en résumer l'étendue : « compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale..., un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3 ainsi qu'une célérité particulière; il requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif »¹⁴¹.

Effectivité d'un recours, examen indépendant et rigoureux des risques, célérité particulière et recours suspensif sont donc les contraintes dont les Etats doivent s'acquitter.

2.1.3. Le droit à l'unité de la vie familiale

Le droit à mener une vie familiale normale de l'article 8 CEDH comporte un second volet qui concerne non plus le droit au regroupement familial¹⁴² mais le droit au maintien de l'unité de la cellule familiale. Ce droit interdit, dans un certain nombre de cas, la rupture de l'unité familiale par une mesure d'éloignement. Si le cadre général d'application de la jurisprudence de la Cour européenne demeure identique dans les deux volets¹⁴³, elle comporte certaines singularités. La Cour s'est intéressée chronologiquement d'abord au cas de figure le plus complexe et le plus sensible politiquement, celui des étrangers dits de la « seconde génération », avant de régler le cas des étrangers « ordinaires ».

- Une protection modulée selon ses destinataires

La situation des étrangers nés sur le territoire de l'Etat de l'Union ou qui y sont entrés très jeunes pose un problème particulier du point de vue du droit commun de l'éloignement. L'importance des liens familiaux et affectifs tissés avec la société de la famille d'accueil contraste souvent avec l'absence ou même la rupture des liens avec la société de l'Etat

¹³⁷ CEDH, 19 janvier 2011, *Popov c. Grèce* § 91.

¹³⁸ CEDH, *MSS* précité § 263 ; voir également CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*; CEDH, 7 septembre 2011, *RU c. Grèce*.

¹³⁹ CEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie* § 125.

¹⁴⁰ CEDH, 26 avril 2005, *Muslim c. Turquie* § 72.

¹⁴¹ CEDH, *MSS* précité, § 293.

¹⁴² Voir supra.

¹⁴³ Voir supra.

d'origine dont ils continuent à porter la nationalité. Lorsque l'hypothèse de leur expulsion de l'Etat d'accueil se pose, la présence de ces liens oblige l'Etat à s'interroger sur la compatibilité de la mesure avec le respect de la vie familiale ou privée mentionnée par l'article 8 CEDH.

Car les deux éléments se mêlent souvent en fait. La Cour l'a indiqué dans sa jurisprudence de principe *Üner* constatant que « tous les immigrés installés, indépendamment de la durée de leur résidence dans le pays dont ils sont censés être expulsés, n'ont pas nécessairement une « vie familiale » au sens de l'article 8. Toutefois, dès lors que l'article 8 protège également le droit de nouer et entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur...et qu'il englobe parfois des aspects de l'identité sociale d'un individu... il faut accepter que la totalité des liens sociaux entre les immigrés installés et la communauté dans laquelle ils vivent font partie intégrante de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 »¹⁴⁴. Le juge de Strasbourg s'était du reste délibérément placé sur ce terrain dans un arrêt de Grande chambre relatif à l'expulsion de toute une famille russe établie en Lettonie, à la suite du départ des troupes soviétiques¹⁴⁵.

L'attitude de la Cour à ce sujet a été évolutive. Elle est passée d'une ouverture qui pouvait laisser croire initialement à la quasi-impossibilité de procéder à un éloignement jusqu'à une approche contemporaine plus restrictive. Dans un premier temps en effet, la Cour a estimé que l'effectivité de la vie privée ou familiale dans l'Etat d'accueil prenait le pas sur le simple lien juridique de nationalité conservé plus ou moins artificiellement avec l'Etat d'origine et que, dans ces conditions, l'éloignement constituait une mesure disproportionnée au regard de sa finalité¹⁴⁶. Dans un second temps, la gravité de l'infraction justifiant la mesure d'éloignement a pesé plus lourd et elle a inversé le rapport de proportionnalité et le juge de Strasbourg a admis la légitimité de l'ingérence des Etats dans l'exercice du droit à mener une vie familiale¹⁴⁷. Enfin, la « balance des intérêts » chère à la jurisprudence de la CEDH s'est stabilisée et les infractions mineures n'ont pas été traitées comme les plus graves, à partir des années 2000¹⁴⁸, tandis que la situation des étrangers nés ou arrivés très jeunes demeurait prise en compte¹⁴⁹. Dans l'affaire de Grande Chambre *Maslov*, la Cour souligne ainsi que « l'expulsion d'un immigré de longue durée en raison d'infractions pour la plupart non violentes commises alors qu'il était mineur ne peut guère se justifier », l'exception admissible étant celle d'infractions « à caractère très violent » même commise par un mineur¹⁵⁰.

La situation des autres étrangers s'est progressivement alignée sur celle des premiers. L'arrêt de Grande chambre *Üner* procède ainsi à l'unification des règles les concernant puisque la Cour affirme que les principes qu'elle y dégage « s'appliquent indépendamment de la question de savoir si un étranger est entré dans le pays hôte à l'âge adulte ou à un très jeune âge ou encore s'il y est né ». Elle demeure à cet égard indifférente au fait que certains Etats membres aient fait le choix législatif de ne pas procéder à l'éloignement des immigrés de longue durée car « un droit aussi absolu à la non-expulsion ne peut être dérivé de l'article 8 de la Convention, dont le paragraphe 2 est libellé en des termes qui autorisent clairement des exceptions aux droits généraux garantis dans le paragraphe 1 »¹⁵¹.

¹⁴⁴ CEDH, Gr. Ch. 18 octobre 2006, *Üner* c. Pays bas, § 59.

¹⁴⁵ CEDH, 9 octobre 2003, Gr. Ch., *Slivenko* c. Lettonie.

¹⁴⁶ CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim* c. Belgique; CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi* c. France.

¹⁴⁷ CEDH, 24 octobre 1996, *Boughanemi* c. France; CEDH, 7 août 1996, *Chorfi* c. Belgique.

¹⁴⁸ CEDH, 13 février 2001, *Ezzoudhi* c. France; CEDH, 2002, *Yildiz* c. Autriche; CEDH, 15 juillet 2003, *Mokrani* c. France.

¹⁴⁹ CEDH, Gr. Ch. 23 juin 2008, *Maslov* c. Autriche; CEDH, 23 septembre 2010, *Bousarra* c. France; CEDH, 14 juin 2011, *Osman* c. Danemark.

¹⁵⁰ CEDH, *Maslov* précité §§ 84 et 85.

¹⁵¹ CEDH, Gr. Ch. 18 octobre 2006, *Üner* c. Pays Bas § 55.

- Une protection encadrée

Le contrôle opéré par la Cour européenne du droit au maintien sur le territoire afin de préserver l'unité de la vie familiale s'inscrit dans un cadre devenu plus rigoureux. Le juge européen l'a systématisé progressivement afin de réduire l'impression parfois ressentie d'une trop grande variation entre les cas d'espèce qu'il tranchait.

- La jurisprudence européenne porte par principe une grande attention à l'examen particulier des cas d'espèce et le juge de Strasbourg pèse systématiquement les données concrètes des cas qui lui sont soumis. Parmi ces derniers, il distingue plusieurs cas de figure dont certains réclament une attention spécifique.

La Cour européenne attache une importance particulière à la situation des mineurs et à « l'intérêt supérieur de l'enfant », s'appuyant notamment sur la législation communautaire¹⁵² et l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant. Son arrêt de principe précité *Üner* explicite¹⁵³ sa motivation ainsi : elle s'explique par « l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé »¹⁵⁴. De manière détournée, cette protection des mineurs est donc susceptible de profiter au membre de la famille en passe d'être expulsé.

Cette protection des mineurs conduit également à des évolutions jurisprudentielles dont la Cour réclame la paternité. Elle note ainsi récemment que sa jurisprudence *Rahimi*¹⁵⁵ l'a déjà conduite à souligner l'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la rétention des mineurs migrants : « elle est d'avis que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale »¹⁵⁶. Maintenir l'unité de la cellule familiale dans un centre de rétention peut donc s'avérer disproportionné selon les cas d'espèce, par exemple en l'absence de tout élément permettant de soupçonner que la famille allait se soustraire aux autorités.

Dans la même logique, la jurisprudence européenne distingue le cas des étrangers « ordinaires » et celui des étrangers nés ou arrivés très tôt dans l'Etat partie. Elle l'exprime ainsi depuis la jurisprudence *Uner* et *Maslov*¹⁵⁷ : « lorsque l'on examine la durée du séjour du requérant et la solidité de ses liens familiaux avec le pays hôte, la situation n'est évidemment pas la même si la personne concernée est arrivée dans le pays dès son enfance ou sa jeunesse, voire y est née, ou si elle y est seulement venue à l'âge adulte... La Cour a déjà estimé qu'il fallait tenir compte de la situation spéciale des étrangers qui ont passé la majeure partie, sinon l'intégralité, de leur enfance dans le pays hôte, qui y ont été élevés et qui y ont reçu leur éducation »¹⁵⁸. Dans ce cas, l'éloignement de l'étranger en question ne peut être réalisé que sous des conditions strictes¹⁵⁹, quand bien même l'article 8 n'ouvrirait pas un « droit absolu à la non-expulsion »¹⁶⁰.

¹⁵² CEDH, *Maslov* précité § 82.

¹⁵³ Dans des conditions discutables en l'espèce puisqu'elles donnent quitus à l'Etat défendeur.

¹⁵⁴ § 58.

¹⁵⁵ CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*.

¹⁵⁶ CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France* §147.

¹⁵⁷ CEDH, Gr. Ch. 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche* § 74.

¹⁵⁸ CEDH, 23 septembre 2010, *Bousarra c. France* § 46.

¹⁵⁹ CEDH, 14 juin 2011, *Osman c. Danemark*; CEDH, 20 septembre 2011, *A.A c. Royaume Uni*.

¹⁶⁰ CEDH, *Maslov* précité § 74.

La situation particulière des étrangers en situation irrégulière est également prise en considération. La Cour estime que la connaissance de leur situation irrégulière au regard des règles de l'immigration aboutit à placer l'Etat hôte devant un « fait accompli » qui ne saurait donner naissance à une obligation positive de leur conférer un droit au séjour¹⁶¹. Ce n'est donc que dans des cas exceptionnels qu'un tel droit serait susceptible de jouer¹⁶² car « les personnes qui, sans se conformer aux règlements en vigueur, mettent par leur présence sur le territoire d'un Etat contractant les autorités de ce pays devant un fait accompli, ne peuvent d'une manière générale invoquer une espérance légitime qu'un droit de séjour leur sera accordé »¹⁶³. Parfois même, c'est simplement la connaissance de la précarité de leur situation par les requérants qui fonde le rejet¹⁶⁴.

Aussi, la question de la fraude et des situations juridiques obtenues par ce biais pose un problème majeur en jurisprudence. Confrontée à l'expulsion d'un ressortissant ghanéen qui a utilisé des documents falsifiés pour s'installer en Norvège, la Cour européenne tranche entre le droit à mener une vie familiale de ce dernier et la légitimité de l'éloignement au regard de la Convention en raison de cette situation frauduleuse¹⁶⁵. Choissant de donner priorité au « contrôle effectif de l'immigration », la Cour juge que les autorités de l'Etat partie ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. De manière discutable¹⁶⁶, le juge européen fait primer le caractère frauduleux du comportement du demandeur sur l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il a eue avec sa compagne et sur la vie familiale dont la Cour estime qu'il peut la mener dans son pays d'origine¹⁶⁷.

- Le juge s'intéresse également aux mesures accompagnant une mesure d'éloignement qui sont susceptibles d'entraîner des conséquences irréversibles sur la vie familiale de l'étranger, sauf « déracinement » de sa cellule familiale¹⁶⁸. Les interdictions du territoire¹⁶⁹ sont caractéristiques à cet égard du regard pragmatique porté par le juge européen sur les pratiques nationales. Lorsqu'elle évalue la proportionnalité de ce type de mesures au regard de l'article 8, « la Cour doit tenir compte du caractère provisoire ou définitif de l'interdiction du territoire prononcée »¹⁷⁰. Elle apprécie donc sévèrement en général l'impossibilité de revenir sur le territoire¹⁷¹ tandis qu'une interdiction provisoire est plus facilement acceptée¹⁷². En revanche, dès lors que la réalité sociale et affective avec l'Etat d'origine est prouvée, le juge accepte la mesure prise par l'Etat défendeur¹⁷³, la justifiant même parfois par la volonté de s'assurer que « l'obstination » de certains immigrants ne compromette pas la mise en œuvre effective des règles sur le contrôle de l'immigration¹⁷⁴. Cela étant, la marge d'appréciation des Etats membres n'est pas aussi étendue que l'on pourrait le croire. Ainsi, dans deux affaires où les requérants avaient obtenu la

¹⁶¹ CEDH, décision du 13 mai 2003, Chandra c. Pays Bas ; CEDH, 6 juillet 2006, Yash Priya c. Danemark.

¹⁶² CEDH, 31 juillet 2008, Darren Omoregie c. Norvège § 64.

¹⁶³ CEDH, 3 juillet 2006, Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays Bas.

¹⁶⁴ CEDH, 31 juillet 2008, Darren c. Norvège.

¹⁶⁵ CEDH, 14 février 2012, Antwi c. Norvège.

¹⁶⁶ Voir l'opinion dissidente du juge Sicilianos.

¹⁶⁷ § 98.

¹⁶⁸ CEDH, 26 septembre 1997, Mehemi c. France.

¹⁶⁹ La Cour estime que les procédures en relèvement de l'interdiction du territoire français ne portent pas sur une contestation de « caractère civil » au sens de l'article 6 §1, quand bien même elles auraient des conséquences importantes sur la vie privée et familiale de l'intéressé ou encore sur ses attentes en matière d'emploi. Elles ne portent pas davantage sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Elle « constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers », même prise dans le cadre d'une procédure pénale, CEDH, 20 octobre 2000, Maaouia c. France § 38.

¹⁷⁰ CEDH, 22 août 2008, Emre c. Suisse § 85.

¹⁷¹ CEDH, 13 février 2001, Ezzouhdi ; CEDH, 13 février 2001, Keles ; CEDH, 17 juillet 2003, Yilmaz c. Allemagne ; CEDH, 22 avril 2004, Radovanovic c. Autriche ; CEDH, 9 décembre 2010, Gezginci c. Suisse ; CEDH, 13 octobre 2011, Trabelsi c. Allemagne.

¹⁷² CEDH, 10 juillet 2003, Benhebba c. France.

¹⁷³ CEDH, 19 février 1998, Dalia c. France § 53.

¹⁷⁴ CEDH, 31 juillet 2008, Darren c. Norvège §67.

condamnation d'une interdiction définitive du territoire pour atteinte à leur droit de mener une vie familiale normale et qui avaient à nouveau saisi la Cour en estimant que cette condamnation valait aussi pour une interdiction provisoire, le juge de Strasbourg laisse planer une certaine ambiguïté. Dans l'affaire *Mehemi 2* tranchée en 2003, il conclut à une non-violation de l'article 8 car les autorités françaises ont « privé d'effet juridique » une interdiction provisoire prononcée par le juge national, et que « le requérant ne saurait en conséquence revendiquer un statut spécial pour son séjour en France »¹⁷⁵. En revanche, dans l'affaire *Emre 2*, la Cour se montre plus sévère en estimant que l'Etat n'a pas correctement appliqué l'arrêt de condamnation en substituant une interdiction provisoire de dix ans à l'interdiction définitive qui avait été censurée. Présentée comme une mauvaise exécution du premier arrêt de condamnation, cette approche supprime en fait toute marge nationale d'appréciation à l'Etat défendeur¹⁷⁶.

- La grille du contrôle juridictionnel de la Cour européenne

L'un des apports déterminants de la jurisprudence européenne tient dans la volonté de la Cour de systématiser son contrôle juridictionnel de la marge d'appréciation des Etats parties, dans le champ de l'article 8. Ayant été fréquemment critiquée pour la variabilité de certaines de ses solutions, la juridiction de Strasbourg a posé expressément les « principes directeurs » de son contrôle dans la jurisprudence *Boultif*¹⁷⁷ dans un premier temps, en les répétant solennellement dans son arrêt de Grande chambre *Üner*¹⁷⁸, sans en départir depuis¹⁷⁹.

Afin d'évaluer la balance des intérêts en présence, elle estime que l'ensemble des éléments suivants doit être pris en compte :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par l'étranger ;
- la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période ;
- la nationalité des diverses personnes concernées ;
- la situation familiale de l'étranger, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple ;
- la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale ;
- la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge ;
- la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel l'étranger doit être expulsé.

La diversité de ces angles de vue et leur combinaison permettent de comprendre aisément la liberté dont la Cour dispose dans son appréciation finale, ce qui a parfois nourri les critiques. En revanche, ce « mode d'emploi » à destination des Etats membres joue un rôle préventif qui est aussi déterminant que difficile à contester.

¹⁷⁵ CEDH, 10 avril 2003, *Mehemi c. France* § 55

¹⁷⁶ CEDH, 22 août 2008, *Emre c. Suisse* et CEDH, 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse* (n°2) ;

¹⁷⁷ CEDH, 2 novembre 2001, *Boultif c. Suisse*

¹⁷⁸ CEDH, *Üner* précité

¹⁷⁹ Pour des applications récentes, CEDH, 15 septembre 2011, *Geleri c. Roumanie* ; CEDH, 13 octobre 2011, *Trabelsi c. Allemagne*

2.1.4. Le droit à un procès équitable

L'article 6 de la CEDH qui garantit le droit de toute personne à un procès équitable n'a pas vocation à s'appliquer à la matière de l'éloignement des étrangers, alors qu'il joue en matière extraditionnelle, à titre tout à fait exceptionnel. Cela étant, plus de vingt ans après l'arrêt *Soering* où elle avait laissé entrevoir cette potentialité, la Cour n'avait jamais eu recours à l'article 6 ni en matière extraditionnelle ni en matière d'expulsion.

En matière d'extradition, il s'agit là d'une éventualité tout à fait concevable puisque l'objet même de la mesure de remise de l'étranger à l'Etat qui le réclame consiste à le juger ou à lui faire accomplir une peine pour laquelle il a été condamné. En revanche, ce n'est absolument pas le cas en matière d'expulsion puisque le fondement même de la mesure repose sur un trouble de l'ordre public interne de l'Etat qui éloigne et qui est indifférent à des considérations étrangères ou extérieures.

C'est donc par le plus grand des hasards et dans un cas d'espèce exceptionnel que l'arrêt rendu par la 4^e section de la CEDH dans l'affaire *Othman* précitée du 17 janvier 2012 a conclu à l'impossibilité d'éloigner le requérant vers son pays d'origine où il courait le risque d'être jugé dans des conditions gravement contraires à l'article 6 CEDH. La condition mise par l'arrêt *Soering* est donc remplie puisque la « violation flagrante » de ce droit est remplie, les preuves accusant le requérant en Jordanie ayant été obtenues par la torture.

La Cour a donc beau jeu de rappeler l'opposition sans équivoque du droit international à une utilisation de preuves obtenues sous la torture et le risque de voir porter atteinte ainsi à « l'intégrité du processus judiciaire »¹⁸⁰. Dès lors, en l'absence de toute assurance par la Jordanie selon laquelle les preuves obtenues par la torture ne seraient pas utilisées à l'encontre du requérant, la Cour conclut que l'expulsion de celui-ci vers la Jordanie, où il serait rejugé, donnerait lieu à un déni de justice flagrant, en violation de l'article 6.

2.2. Les garanties procédurales

La Convention européenne des droits de l'Homme organise la protection des étrangers sur un plan procédural de deux manières, d'une part, à travers l'applicabilité de certains articles de la Convention aux étrangers et, d'autre part, à travers le jeu de deux Protocoles traitant spécifiquement de questions procédurales comme le Protocole n°7 ou interdisant certaines formes d'éloignement comme les expulsions collectives avec le Protocole n°4.

2.2.1. Le droit à la liberté

L'article 5 de la Convention consacre le « droit fondamental » de toute personne à être protégée contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté. Aussi toute privation de liberté doit strictement relever de l'une des exceptions prévues aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1. La Cour distingue d'ailleurs ces atteintes de ce qui pourrait s'apparenter à une restriction à la liberté de circulation.

- La régularité des privations de liberté en matière d'asile et d'immigration

L'article 5 §1 f) stipule que « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales... s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ». Par nature, cette disposition a

¹⁸⁰ § 264.

évidemment vocation à jouer en matière migratoire, aussi bien en ce qui concerne l'entrée que la sortie forcée du territoire.

Curieusement, il a fallu attendre une date récente, 2008, pour voir la Cour interpréter pour la première fois en Grande Chambre la première branche de l'article 5 § 1 f) qui concerne l'entrée sur le territoire, à savoir « la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire »¹⁸¹. La question de l'expulsion avait en revanche été abordée très tôt à travers des décisions de principe sur le terrain de la privation de liberté¹⁸². La Cour fait aujourd'hui masse des garanties applicables dans les deux cas de figure¹⁸³.

La Cour présente de manière systématique dans son arrêt *Saadi* la faculté pour les Etats de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité l'autorisation d'entrer dans le pays comme un « corollaire indispensable » du droit souverain des Etats de contrôler souverainement l'accès à leur territoire. Refusant de suivre le HCR qui souhaitait que l'on opère une distinction entre la privation de liberté des demandeurs d'asile et des immigrants ordinaires¹⁸⁴, le juge valide la conventionalité de telles restrictions à la liberté des étrangers¹⁸⁵ au même titre qu'à propos de l'éloignement.

La privation de liberté en vue de procéder à une expulsion fait l'objet des mêmes attentions et le récent arrêt *MS c. Belgique* illustre le mode d'appréciation du juge européen¹⁸⁶. Confronté à la privation de liberté d'un extrémiste islamiste en passe d'être expulsé vers l'Irak, l'intéressé avait été privé de liberté dans l'attente de la mise à exécution de cette décision. Les autorités belges ayant sursis à cette exécution dans la mesure où il encourait des risques de torture, il fut maintenu en détention en attendant de lui trouver une destination finale dans un Etat tiers. La Cour européenne va opérer une distinction entre la détention, légale, couvrant la période où l'Etat envisageait de réaliser l'expulsion et la période suivante où le requérant fut maintenu en détention uniquement pour des raisons de sécurité, puisque les autorités ne pouvaient procéder à son éloignement vers l'Irak sans enfreindre leurs obligations au regard de la Convention. Aucune raison ne le justifiant, elle va donc considérer que la Convention a été transgressée, faute de diligence et de réalité d'une procédure d'éloignement « en cours ».

Ce faisant, la Cour développe de manière novatrice sa volonté de s'assurer que « nul ne soit dépouillé de sa liberté de manière arbitraire »¹⁸⁷, précisant ce qu'il faut entendre par là et mettant en perspective sa jurisprudence passée.

« Pour ne pas être taxée d'arbitraire », la mise en œuvre de pareilles mesures de détention doit donc :

- se faire de bonne foi¹⁸⁸
- être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire¹⁸⁹

¹⁸¹ CEDH, Gr.Ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume Uni*.

¹⁸² CEDH, 18 décembre 1985, *Bozano c. France* ; CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume Uni*.

¹⁸³ CEDH, *Saadi* précité § 73.

¹⁸⁴ CEDH, *Saadi* précité § 66 ; CEDH, 27 novembre 2008, *Rashed c. République tchèque*.

¹⁸⁵ CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996.

¹⁸⁶ CEDH, 31 janvier 2012, *M. S. c. Belgique*.

¹⁸⁷ § 61.

¹⁸⁸ CEDH, 18 décembre 1985, *Bozano c. France* ; CEDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*.

¹⁸⁹ CEDH, 29 février 1988, *Bouamar c. Belgique* ; CEDH, 12 octobre 1996, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* § 53.

- le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, car « une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays »¹⁹⁰
- la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi¹⁹¹.

Cela a amené la Cour à préciser que « seul le déroulement de la procédure d'expulsion » justifiait la privation de liberté fondée sur cette disposition et que si la procédure n'était pas menée avec la diligence requise, la détention cessait d'être justifiée¹⁹². Il faut alors déterminer si, dans un cas concret, la durée de la procédure d'expulsion a été excessive »¹⁹³. L'attention du juge est évidemment sensibilisée au fait que l'étranger en question est demandeur d'asile¹⁹⁴.

La Cour de Luxembourg¹⁹⁵ a pour sa part été amenée à préciser au sujet de la directive 2008/115 dite « Retour » limitant en principe la rétention des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en vue de leur éloignement à un délai de 6 mois que la période durant laquelle l'éloignement est suspendu en raison de l'introduction d'un recours suspensif est comptabilisée dans le délai maximal de rétention, alors que la période durant laquelle l'éloignement est suspendu pour cause d'introduction d'une demande d'asile n'est au contraire pas comptabilisée. La première solution est dictée par le souci de ne pas allonger la période de rétention des personnes en raison de l'exercice qu'elles font des voies de recours qui leur sont ouvertes, tandis que la seconde vise à éviter que des personnes parviennent à obtenir leur libération en introduisant simplement une demande d'asile dont le délai d'examen dure souvent plus longtemps que la période maximale de rétention autorisée. La Cour a également été amenée à préciser qu'il n'est pas possible de détenir un ressortissant de pays tiers au-delà de la période maximale prévue par la directive en raison de son comportement agressif ou de son manque de moyens de subsistance. Elle laisse cependant implicitement entendre qu'une détention dans ces hypothèses ne trouve pas de base légale dans la directive 2008/115 mais n'est éventuellement pas exclue si une autre base légale la prévoit en droit interne pour des raisons d'ordre public.

La Cour européenne vérifie l'existence et la régularité de la base légale ayant permis la privation de liberté¹⁹⁶, notant au passage que « la qualité de la loi revêt une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile »¹⁹⁷.

A cet égard, les termes « régulièrement » et « selon les voies légales » employés par l'article 5 § 1 renvoient pour l'essentiel à la législation nationale et ils consacrent l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. De même, la Cour souligne que lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne doivent être clairement définies et la loi elle-même doit être « prévisible » dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par

¹⁹⁰ CEDH, Amuur précité § 43 ; CEDH, Riad et Idiab c. Belgique.

¹⁹¹ CEDH, Chahal précité § 113 ; CEDH, Gr. Ch., A et autres c. Royaume Uni § 164 ; CEDH, 20 septembre 2011, Lokpo et Touré c. Hongrie).

¹⁹² CEDH, Chahal précité ; CEDH, 24 septembre 1992, Kolompar c. Belgique §36 ; CEDH, 22 mars 1995, Quinn c. France ; CEDH, Jusic c. Suisse précité § 74 ; CEDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France § 74 ; CEDH, 11 juin 2009, S.D. c. Grèce ; CEDH, 25 novembre 2009, Tabesh c. Grèce.

¹⁹³ CEDH, Chahal précité §113; CEDH, Gr. C. A et autres c. Royaume Uni précit. § 164 ; CEDH, Tabesch c. Grèce précit. §§56-57 ; CEDH, 26 juillet 2011, M. et autres c. Bulgarie § 61.

¹⁹⁴ CEDH, 27 novembre 2008, Rashed c. République Tchèque.

¹⁹⁵ CJUE, 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09.

¹⁹⁶ CEDH, 23 novembre 2003, Shamsa c. Pologne ; CEDH, 14 février 2008, Hussain c. Roumanie ; CEDH, 27 novembre 2008, Rashed c. République tchèque ; CEDH, 19 janvier 2010, Z.N.S. c. Turquie.

¹⁹⁷ CEDH, 27 novembre 2008, Rashed c. République tchèque.

la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé¹⁹⁸. Cet appui sur le droit et le juge interne n'exclut pas le contrôle concret de la Cour, loin de là. La conformité de la détention au regard du droit interne n'est pas toujours convaincant et la Cour elle-même reconnaît qu'une détention peut être régulière au sens du droit interne sans satisfaire les exigences conventionnelles¹⁹⁹ : « la Cour doit, en outre, être convaincue que la détention pendant la période en jeu est conforme au but de l'article 5 § 1 de la Convention, à savoir protéger l'individu de toute privation de liberté arbitraire »²⁰⁰. Enfin, la Cour consacre comme « l'un des principes généraux consacrés par la jurisprudence » le fait qu'une « détention est « arbitraire » lorsque, même si elle est parfaitement conforme à la législation nationale, il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités »²⁰¹.

Ce refus de l'arbitraire explique l'importance des garanties offertes à l'individu privé de liberté.

- Les garanties des étrangers privés de liberté

Très classiquement, les garanties offertes par la Convention européenne aux personnes privées de liberté ont vocation à bénéficier également aux étrangers concernés dans le cadre des procédures prévues par les politiques migratoires. On peut les résumer ainsi :

- le droit d'être informé dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend des raisons de sa privation de liberté est la première des garanties offertes par la Convention, en ce qu'elle permet éventuellement le jeu des droits de la défense et de l'exercice d'un recours juridictionnel²⁰².
- la Convention garantit également dans son article 5 §4 le droit à un recours aux personnes arrêtées ou détenues, c'est-à-dire leur droit d'obtenir, dans un bref délai à compter de l'introduction du recours, une décision judiciaire concernant la régularité de leur détention et mettant fin à la privation de leur liberté si elle se révèle illégale. A cet égard, la répétition des condamnations à l'encontre de la Grèce²⁰³ et de sa pratique de recours automatique à la détention ont permis à la Cour de fixer la jurisprudence. Cette jurisprudence ne se satisfait pas d'un recours qui ne porterait que sur l'éloignement et non pas sur la détention pas davantage qu'il n'est admissible de voir ces recours être systématiquement rejetés sans examen sérieux. L'article 5 § 4 ne garantit pas le droit à un contrôle juridictionnel « d'une ampleur telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un

¹⁹⁸ Ce qui la conduit à ne pas accorder de crédit à un système de recours mis à disposition d'un mineur non accompagné car il doit être actionné par un tuteur légal qui n'existe pas en l'espèce : CEDH, 5 avril 2011, Rahimi c. Grèce § 104.

¹⁹⁹ CEDH, 5 avril 2011, Rahimi c. Grèce §104.

²⁰⁰ CEDH, 2 décembre 2010, Juric c. Suisse § 70.

²⁰¹ CEDH, Gr. Ch. 5 février 2002, Conka c. Belgique § 42 : « il n'est pas compatible avec l'article 5 que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté » ; voir également CEDH, Saadi c. Italie précité § 69.

²⁰² CEDH, 22 juillet 2010, AA c. Grèce.

²⁰³ CEDH, 26 novembre 2009, Tabesh c. Grèce ; CEDH, 11 juin 2009, S.D. c. Grèce ; CEDH, 22 juillet 2010, A.A. c. Grèce.

contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 »²⁰⁴.

Une place particulière doit être faite à la question de la privation de liberté des mineurs, isolés ou non. Le juge européen accorde en effet une attention toute particulière à « l'intérêt supérieur de l'enfant » mentionné à la fois par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et par son article 37 qui indique que la détention d'un mineur ne peut être qu'une décision de « dernier ressort », tout comme la législation et la jurisprudence de l'Union s'y réfère. C'est la raison pour laquelle l'absence de prise en considération de cet intérêt à l'instant de la mise en détention vaut condamnation à la fois sur le terrain de l'article 3, comme signalé plus haut, mais aussi parce que l'Etat responsable doit spécifiquement rechercher si une alternative à la détention du mineur n'était pas envisageable.

Alors que la majeure partie des Etats membres de l'Union pratiquent la privation de liberté des mineurs isolés ou non et que le cas qui lui était soumis différait de ses condamnations dans les affaires *Mubilanzila Mayeka* et *Muskhadzivieva* précitées, la Cour vient d'apporter des précisions majeures²⁰⁵ à la question.

Elle considère sous l'angle de l'article 5 qu'en dépit du fait que les mineurs retenus étaient accompagnés de leurs parents et même si le centre de rétention prévoyait une aile d'accueil des familles, que la situation particulière des enfants n'a pas été examinée, que les autorités en cause n'ont pas non plus « recherché si le placement en rétention administrative était une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne pouvait se substituer ». Aussi, la privation de liberté des mineurs ne lui apparaît pas comme « raisonnablement nécessaire » en l'absence d'une garantie suffisante du droit à la liberté. De même, dans cette affaire, le « vide juridique » ne prévoyant pas que les mineurs puissent exercer le recours ouvert à leurs parents vaut-il condamnation sous l'angle de l'article 5 §4²⁰⁶.

2.2.2. Les garanties procédurales en matière d'éloignement

Le Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne formule des garanties spécifiquement applicables aux étrangers, faute d'avoir pu intégrer ces garanties au sein du texte de la Convention elle-même²⁰⁷. Son article 1° intitulé « garanties procédurales en cas d'expulsions d'étrangers » dispose dans son paragraphe premier qu'un « étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
- faire examiner son cas, et
- se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité ».

Son deuxième paragraphe précise que « un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1.a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale ».

²⁰⁴ CEDH, 19 janvier 2011, *Popov c. France* §122.

²⁰⁵ CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France* §119.

²⁰⁶ id § 124.

²⁰⁷ En témoigne l'absence de 4 ratifications dont celles de la Belgique, des Pays Bas, de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume Uni, de la Turquie.

L'objectif du texte était de faire pièce aux garanties fournies en matière civile et pénale par l'article 6 de la Convention et qui ne jouent pas en matière d'éloignement. Cependant la définition restrictive du champ d'application de ces garanties explique que la jurisprudence ait été peu fournie à son sujet. Il ne concerne en effet que les étrangers « résidant régulièrement » sur le territoire²⁰⁸, ce qui exclut la préoccupation principale des Etats parties, celle de la lutte contre l'immigration irrégulière.

Dans ce cadre, la Cour note, dans la demi-douzaine d'arrêts rendus à son propos, qu'il institue des « garanties spécifiques » et elle n'hésite pas à requalifier le grief exposé par un requérant pour faire valoir le Protocole au motif que ce dernier « tend essentiellement à contester l'efficacité de la procédure interne qui était supposée être protectrice de ses droits »²⁰⁹.

La première de ces garanties est celle qu'offre la « loi » nationale. Elle exige qu'existe une base légale en droit interne mais aussi que celle-ci présente certaines qualités : l'accessibilité et la prévisibilité ainsi qu'une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention²¹⁰. En d'autres termes, la loi interne doit répondre aux exigences de la Convention.

De même, les autorités nationales doivent évidemment fournir à l'étranger des explications précises, susceptibles de le protéger contre l'arbitraire, sous peine de condamnation²¹¹. Là encore, le refus de l'arbitraire structure la ligne jurisprudentielle de la Cour comme l'indiquent les termes très durs d'une condamnation prononcée à l'encontre de la Grèce : « la Cour n'aperçoit pas comment dans un Etat, dont le système juridique offre de larges possibilités de suspension d'une mesure d'expulsion, celle-ci peut avoir lieu avant qu'une décision rejetant un recours en suspension de la mesure ait été rendue et notifiée à l'intéressé »²¹².

2.2.3. Le droit au recours effectif

L'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés consacrés par la Convention et de voir examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention.

L'article 13 fait peser sur les Etats contractants une obligation dont la portée varie en fonction de la nature du grief mais le recours doit être, en tout état de cause, « effectif » en pratique comme en droit. L'« effectivité » d'un « recours » au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'« instance » dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours. En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul.

Cet article tient donc une place extrêmement importante en droit des étrangers, tant en ce qui concerne leur accès au territoire qu'à propos de leur éloignement. La Cour peut en effet

²⁰⁸ Pour une interprétation par la Cour : CEDH, 12 février 2009, Nolan et K. c. Russie ; CEDH, 12 juillet 2011, Baltaji c. Bulgarie.

²⁰⁹ CEDH, 17 janvier 2012, Takush c. Grèce §50.

²¹⁰ CEDH, 8 juin 2006, Lupsa c. Roumanie § 55.

²¹¹ CEDH, 12 octobre 2006, Kaya c. Roumanie § 59 ; CEDH, 13 juillet 2010, Ahmed c. Roumanie § 54 ; CEDH, 2 septembre 2009, Kaushal c. Bulgarie § 49.

²¹² CEDH, Takush c. Grèce précité § 61.

reconnaître sa violation alors même que le droit substantiel qu'il permet de garantir n'a pas été lui-même transgressé. Il est donc systématiquement invoqué devant les risques d'exécution immédiate, qu'il s'agisse du droit d'asile ou des procédures d'éloignement.

- Droit d'asile et recours effectif

De façon éclatante dans trois arrêts de Grande chambre, la Cour européenne a mis l'accent sur les contraintes pesant sur les Etats contractants en matière d'accès à un recours effectif, avant de les appliquer dans un arrêt de Chambre.

L'arrêt *Gebremedhin*²¹³ prononçant la condamnation de l'Etat français²¹⁴ pour l'absence d'un recours suspensif à la disposition des demandeurs d'asile se présentant à la frontière a mis l'accent dans un premier temps sur le caractère « effectif » du recours exigé par l'article 13. Malgré l'existence d'une procédure présentant « a priori des garanties sérieuses », la Cour n'en répète pas moins que « les exigences de l'article 13 sont de l'ordre de la garantie et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique »²¹⁵. Aussi, en raison de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque encouru, « l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif »²¹⁶.

Cette absence structurelle de voie de droit effective en Grèce ouverte aux demandeurs d'asile conduit à la condamnation prononcée dans l'affaire *MSS C. Belgique et c. Grèce*²¹⁷.

Au vu de la litanie des défaillances de l'Etat contractant, elle était prévisible. Plus intéressante en revanche est la condamnation qui frappe son partenaire du système Dublin, la Belgique, qui a transféré le requérant vers la Grèce. Reconnaisant la ligne évolutive de sa jurisprudence *Conka*, puis *Gebremedhin*, la Cour rappelle que le grief d'une personne selon lequel son renvoi vers un pays tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention doit faire l'objet d'un contrôle attentif et rigoureux et que la conformité avec l'article 13 implique, sous réserve d'une certaine marge d'appréciation des Etats, que l'organe compétent puisse examiner le contenu du grief et offrir le redressement approprié. Aussi, « l'exigence résultant de l'article 13 de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire, c'est-à-dire en faisant abstraction de ces exigences quant à l'étendue du contrôle. Le contraire reviendrait en effet à reconnaître aux Etats la faculté de procéder à l'éloignement de l'intéressé sans avoir procédé à un examen aussi rigoureux que possible des griefs tirés de l'article 3 »²¹⁸. D'où l'exigence d'un recours suspensif dont l'absence conduit à la condamnation de l'Etat.

Le troisième arrêt de Grande chambre, l'arrêt *Hirsi Jamaa* confirme l'ensemble de la construction, les requérants n'ayant eu accès à aucune information et à aucun recours²¹⁹.

Il était prévisible, dans ce contexte, que la question controversée de l'accès à un recours effectif se pose au regard des procédures d'asile dites « prioritaires » ou « accélérées ». La République française en a fait les frais, dans un arrêt de chambre rendu le 1^{er} février 2012, l'affaire *I.M. c. France*. Concernant un demandeur de protection soudanais qui n'avait pas été mis en situation de déposer sa demande d'asile et que l'application de l'article 39 du

²¹³ CEDH, Gr. Ch. 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*.

²¹⁴ Entraînant par la suite une modification de la législation nationale.

²¹⁵ § 66.

²¹⁶ § 67.

²¹⁷ CEDH, Gr. Ch. 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*.

²¹⁸ CEDH, Gr. Ch. 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce* § 388.

²¹⁹ Voir infra.

règlement de la Cour avait protégé d'un éloignement, l'affaire mettait en cause les conditions dans lesquelles la procédure « prioritaire » française lui avait été appliquée.

L'affaire était d'importance, matérielle comme juridique²²⁰. La Cour démontre qu'elle a parfaitement conscience de cet enjeu et qu'elle entend l'argumentaire du HCR faisant valoir devant elle que « plusieurs Etats européens privilégient dans le cadre de ces procédures une interprétation excessivement large des notions de demandes clairement abusives ou manifestement infondées »²²¹, en particulier dans le contexte de la révision de la directive 2005/85 dite « Procédures » dont l'article 6 fonde ces mécanismes contestés.

Indiquant que « l'effectivité implique des exigences de qualité, de rapidité et de suspensivité, compte tenu en particulier de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements »²²², la Cour prend soin de minimiser le cadre de son intervention : « en ce qui concerne les requêtes relatives à l'asile et à l'immigration, telles que celle du requérant, elle se consacre et se limite, dans le respect du principe de subsidiarité, à évaluer l'effectivité des procédures nationales et à s'assurer que ces procédures fonctionnent dans le respect des droits de l'homme »²²³. Néanmoins, attentive au fait qu'il s'agissait là d'une première demande d'asile et frappée par la brièveté des délais et les difficultés pratiques pour constituer un dossier, elle estime que le souci légitime de rapidité de ces procédures ne doit pas « être privilégié aux dépens de l'effectivité de garanties procédurales essentielles visant à protéger le requérant contre un refoulement arbitraire »²²⁴. Le caractère passablement théorique des possibilités ouvertes au demandeur de protection n'emporte donc pas son adhésion, persuadée qu'elle est que leur qualité « dépend au moins en partie de la qualité de la saisine »²²⁵.

Elle est d'autant plus fondée à ce constat que le requérant a obtenu de la Cour nationale du droit d'asile le statut de réfugié... Elle ne peut donc s'empêcher de remarquer que, « sans son intervention, le requérant aurait fait l'objet d'un refoulement vers le Soudan, sans que ses demandes aient fait l'objet d'un examen aussi rigoureux que possible »²²⁶.

- Eloignement des étrangers et recours effectif

De l'avis de la Cour et compte tenu des conséquences parfois irréversibles que l'éloignement de l'étranger peut entraîner, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert, d'une part, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 et, d'autre part, la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse²²⁷.

Elle a systématisé cette jurisprudence dans son arrêt de principe *Conka*, rendu à propos de mesures d'expulsion collectives en Belgique en étendant cette solution au delà de l'article 3. Elle y affirme que « l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la

²²⁰ En France, le rapport 2011 du SGCI sur l'immigration chiffre à 9973 le nombre des procédures traitées dans ce cadre pour l'année 2010, soit 24 % du total.

²²¹ CEDH, I.M. c. France § 116.

²²² § 132.

²²³ § 136.

²²⁴ § 147.

²²⁵ § 155.

²²⁶ § 158.

²²⁷ CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie* § 50.

Convention », quitte à admettre que les Etats contractants puissent bénéficier d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13²²⁸.

Cette marge d'appréciation a conduit récemment la Cour européenne à ne pas sanctionner le défaut d'effet suspensif d'un recours à l'encontre d'une mesure d'éloignement mettant en cause l'article 8²²⁹. Jusqu'ici la Cour ne s'est prononcée que sur le terrain de l'article 3, puis du Protocole 4, de manière affirmative. Il sera déterminant de savoir si la Grande Chambre, puisque l'affaire y a été portée, confirme ou pas une solution dépourvue de toute logique juridique et présentant un impact considérable pour le droit des étrangers.

2.2.4. L'interdiction des expulsions collectives

L'article 4 du protocole n°4 à la Convention interdit les « expulsions collectives d'étrangers ». Cette interdiction est expressément reprise par l'article 19 §1 de la Charte des droits fondamentaux. La jurisprudence de Strasbourg en a donné trois cas d'application importants²³⁰.

L'arrêt de principe en la matière a vu la Belgique être condamnée en Grande Chambre dans l'affaire *Conka*, pour l'expulsion collective de tziganes demandeurs d'asile. La Cour indique qu'il « faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe »²³¹. Pour autant, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion jouent un rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4 et cela conduisit la Cour à prononcer la condamnation de la Belgique, faute d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées ». En effet, « au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée »²³².

De façon moins remarquée mais très importante du point de vue du droit de l'Union européenne, la Cour a également eu l'occasion de se pencher sur la pratique des « vols groupés »²³³. A l'occasion d'une requête mettant en cause l'organisation d'un tel vol en direction de l'Afghanistan, elle précise que « le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé a pu individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion »²³⁴. Ce faisant, elle ne considère donc pas que, par principe, de telles pratiques contreviennent à la Convention.

L'arrêt *Hirsi Jamaa* rendu en grande chambre le 23 février 2012 constitue sans doute la décision dont la portée est la plus grande pour les politiques migratoires dans l'Union, outre le fait qu'elle aboutit à la seconde condamnation de principe d'un de ses Etats membres, l'Italie pour le renvoi de 25 ressortissants de pays tiers vers la Libye. Il confirme que la

²²⁸ CEDH, Gr. Ch. 5 février 2002, *Conka c. Belgique* §79.

²²⁹ CEDH, 30 juin 2011, *Souza Ribeiro* § 44.

²³⁰ Voir également la décision d'irrecevabilité du 23 février 1999, *Andric c. Suède*, req. 45917/99.

²³¹ CEDH, *Conka c. Belgique* précité § 59.

²³² *id.* § 61.

²³³ Décision 2004/573 du Conseil, du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux Etats membres ou plus.

garantie procédurale de l'appréciation individuelle des demandes d'asile et celle de l'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers ne se limite pas au territoire terrestre et aux eaux territoriales d'un Etat mais s'appliquent également en haute mer.

Constatant que le transfert des requérants vers la Libye a été exécuté en l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant, qu'aucune procédure d'identification personnelle n'a eu lieu de la part des autorités italiennes, lesquelles « se sont bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes », la Cour constate une violation qui allait de soi. Elle y ajoute des précisions importantes du point de vue des garanties individuelles. Elle relève ainsi l'absence de formation du personnel à bord des navires militaires pour mener des entretiens individuels et l'absence d'interprètes et de conseils juridiques. De même, elle effectue le lien avec l'article 13 et le droit à un recours effectif à la demande des requérants, dans la ligne de l'argumentaire développé par le HCR. Ce dernier souligne en effet les obligations procédurales pesant sur les Etats membres en des termes fondés : « le droit d'accès à une procédure d'asile effective et diligentée par une autorité compétente serait d'autant plus crucial qu'il s'agit de flux migratoires « mixtes », dans le cadre desquels les demandeurs d'asile potentiels doivent être individualisés et distingués des autres migrants »²³⁵. Il pèse en effet sur l'Etat un devoir d'information qui prend un relief particulier en cas d'interception en mer du fait de l'impossibilité des demandeurs de protection d'avoir accès à une aide quelconque.

La Cour conclut ici encore à la violation devant l'impossibilité faite aux demandeurs d'obtenir des informations, les autorités italiennes les ayant apparemment trompés sur leur destination²³⁶. Après l'arrêt *MSS*, la Cour, « réitère ici l'importance de garantir aux personnes concernées par une mesure d'éloignement, mesure dont les conséquences sont potentiellement irréversibles, le droit d'obtenir des informations suffisantes leur permettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs ». Au vu des circonstances, elle constate qui plus est que les requérants ont été privés de toute voie de recours qui leur eût permis de soumettre à une autorité compétente leurs griefs tirés des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n°4 et « d'obtenir un contrôle attentif et rigoureux de leurs demandes avant que la mesure d'éloignement ne soit mise à exécution ».

²³⁴ CEDH, 20 septembre 2007, *Sultani c. France* § 81.

²³⁵ CEDH, Gr. Ch., 27 avril 2012, *Hirsi Jamaa*, § 193.

²³⁶ § 203.

CHAPITRE 4 : L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE SUR LE DROIT EUROPEEN DE L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION

Les jurisprudences de la CJUE comme de la CEDH ont des conséquences qui vont au delà de leur apport matériel au droit de l'asile et de l'immigration. D'abord parce que les particularités institutionnelles de l'Espace de liberté, sécurité et justice appellent une régulation juridictionnelle tout à fait spécifique. Ensuite parce que l'extrême sensibilité des questions relatives à la garantie des droits fondamentaux et à la protection juridictionnelle des particuliers assigne une place sans équivalent au juge de l'Union comme à la Cour européenne. Il en résulte des enjeux spécifiques que l'approfondissement du dialogue des juges est le seul à pouvoir satisfaire. Enfin parce que la coexistence des deux systèmes de protection et leur rencontre prochaine nécessite des réponses adaptées.

1. LES ENJEUX DE LA JURISPRUDENCE POUR LE SYSTEME INSTITUTIONNEL DE L'UNION

La place de la jurisprudence dans la régulation du fonctionnement institutionnel de l'ELSJ a immédiatement été décisive. Elle demeure essentielle avec la mise au niveau opérée par le traité de Lisbonne, tant du point de vue des institutions elles-mêmes qu'en raison des améliorations enregistrées par le système contentieux de l'Union.

1.1. Le contrôle du système législatif de l'Union

L'adoption de mesures d'exécution de la législation européenne pose problème depuis la création de la Communauté européenne et le domaine de l'immigration et de l'asile n'y échappe pas. Le premier arrêt rendu après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam concernait précisément les mesures d'exécution en matière de politique des visas que le Conseil avait voulu se réserver au lieu de les confier à la Commission, ce que la Cour a accepté en raison de la spécificité de la matière et de la période transitoire prévue pour la mise en place de cette nouvelle politique européenne²³⁷.

Par la suite, le Parlement européen a contesté la procédure prévue pour l'adoption d'une liste de pays d'origine sûrs par la directive 2005/85 sur les procédures d'asile, à savoir une décision du Conseil à la majorité qualifiée sur simple consultation du Parlement européen alors que la directive ne pouvait être modifiée que selon la procédure de co-décision. Partant de ce que le Conseil avait lui-même décidé de ne pas considérer l'adoption d'une liste de pays d'origine sûrs comme une mesure d'exécution, la Cour constate qu'il a ainsi créé une base juridique dérivée modifiant la procédure législative, ce qui est bien évidemment contraire aux traités et annule par conséquent la disposition prévoyant une procédure spécifique pour l'adoption de la liste de pays d'origine sûrs²³⁸.

Enfin, le Parlement européen a introduit le 14 juillet 2010 un nouveau recours contre la décision du Conseil 2010/252 visant à compléter le Code frontières Schengen sur la question extrêmement sensible de l'interception en mer de ressortissants de pays tiers²³⁹.

Cette décision a été adoptée par le Conseil sur la base de l'article 12, §5 du Code frontières Schengen prévoyant que « des modalités supplémentaires concernant la surveillance (des frontières) peuvent être arrêtées conformément à la procédure visée à l'article 33, §2 », en

²³⁷ CJCE, 18 janvier 2005, Commission/Conseil, C-257/01.

²³⁸ CJCE, 6 mai 2008, Parlement/Conseil, C-133/06.

²³⁹ J.O.U.E., L 111/20 du 4 mai 2010.

l'espèce une des procédures de comitologie ne pouvant être utilisée que pour modifier des éléments non essentiels du droit dérivé. Considérant que la décision 2010/52 porte tout au contraire sur des éléments essentiels du Code frontières Schengen, le Parlement en demande l'annulation à la Cour²⁴⁰ qui n'a pas encore rendu sa décision.

La problématique des mesures d'exécution vient de rebondir à propos de l'établissement des priorités en matière de réinstallation de réfugiés²⁴¹. Alors que la Commission proposait de recourir pour ce faire à une procédure de comitologie, le Parlement préférait recourir à la nouvelle technique de la délégation législative à la Commission (infra) comme proposé par la Commission pour le nouveau Fonds Asile et Migration pour la période 2014-2020. Une solution de la dernière chance a pu être trouvée en intégrant les priorités en matière de réinstallation dans la décision elle-même pour l'année 2013, ce qui évite de prévoir une procédure pour les fixer. Le Conseil a cependant fait une déclaration précisant que cette décision est sans préjudice des négociations au sujet du nouveau Fonds Asile et Migration.

La question n'est donc pas réglée pour le futur. Elle devra trouver une solution dans le contexte du traité de Lisbonne qui a profondément renouvelé les termes de la problématique des mesures d'exécution en innovant avec la possibilité donnée à la Commission d'adopter des actes délégués (article 290 TFUE) à côté d'actes d'exécution dans le cadre d'une procédure de comitologie simplifiée (article 291 TFUE). Gageons que la Cour sera dans le futur sollicitée pour départager le champ d'application respectif de ces deux procédures qui est loin d'être clair. La décision attendue à propos de la décision du Conseil sur l'interception en mer devrait apporter de premiers éléments de réponse.

1.2. L'amélioration du contrôle juridictionnel dans le cadre du traité de Lisbonne

Durant les premières années de mise en place des politiques de l'Espace de liberté, sécurité et justice, les restrictions affectant le contrôle de la Cour de justice en matière migratoire ne lui ont pas permis de jouer pleinement son rôle. Le traité de Lisbonne ouvre de ce point de vue des perspectives nouvelles avec un retour général au droit commun. D'une part le contrôle juridictionnel est généralisé et les zones d'immunité juridictionnelle sont réduites et, d'autre part, les techniques contentieuses s'efforcent de répondre aux besoins de la protection juridictionnelle des particuliers.

1.2.1. La généralisation du contrôle juridictionnel dans l'Union

Il se traduit par une banalisation du contrôle juridictionnel applicable en matière d'asile et d'immigration c'est-à-dire par son alignement sur les procédures de droit commun, débarrassées des obstacles inscrits dans les traités par les Etats membres jusque là.

- La disparition de l'article 68 TCE

L'article 68 TCE prévoyait que les juridictions suprêmes, c'est-à-dire celles dont les décisions n'étaient pas susceptibles de recours juridictionnel, étaient les seules à pouvoir saisir la CJUE à titre préjudiciel. Le TFUE n'a pas maintenu cette disposition qui a été la cause d'un certain nombre de dysfonctionnements auprès des juridictions nationales qui se

²⁴⁰ Affaire C-355/10.

²⁴¹ Voyez à ce sujet COM(2012)110 du 9 mars 2012.

méprenaient sur sa portée²⁴² ou qui a contraint la Cour à vérifier de manière indue sa propre compétence dans des affaires dépourvues de complexité.

En tout état de cause, cette restriction a eu pour effet collatéral imprévu d'empêcher la formation d'une jurisprudence significative en matière migratoire, à la hauteur de ce qui a pu exister pour d'autres politiques de l'Union et qui a fait le succès de la relation préjudicielle avec les juridictions nationales tant ce mécanisme « est essentiel à la cohérence, à l'interprétation et à l'application uniforme du droit de l'Union »²⁴³. Tout laisse à penser que le déficit préjudiciel qui caractérise pour l'instant le traitement des questions migratoires devrait s'atténuer.

- Le contrôle des mesures nationales en matière d'ordre public

A l'inverse du traité d'Amsterdam dont l'article 68 §3 TCE interdisait à la Cour de justice de connaître des mesures étatiques des Etats fondées sur l'article 62 §1 TCE et concernant le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, le traité de Lisbonne procède à une banalisation de ce contrôle. Il ne demeure dans le traité comme restriction que celle de l'article 276 du TFUE qui vise les chapitres IV et V du titre V relatif à l'ELSJ c'est-à-dire à la coopération policière et judiciaire et non pas l'asile et l'immigration.

Le juge de l'Union est donc compétent pour connaître non pas de ces mesures, puisque l'article 72 TFUE exprime sur ce point²⁴⁴ une réserve de compétence nationale²⁴⁵ mais du respect par les Etats membres de la « politique » visant à assurer l'absence de tout contrôle aux frontières intérieures de l'article 67 §1 a) TFUE.

L'arrêt *Melki*²⁴⁶ s'inscrit dans cette logique. Qu'il soit rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour de cassation française témoigne du reste du caractère irremplaçable de ce recours, preuve que le recours en manquement actionné par la Commission n'est pas à la hauteur de ses fonctions...Ce renvoi conduit en effet la juridiction de l'Union à répondre à l'interrogation du juge interne concernant la compatibilité des contrôles de police français avec le principe de suppression de contrôle aux frontières intérieures posé par l'article 67 §2 TFUE. La Cour de justice a eu ainsi le loisir à la fois de qualifier et de délimiter la règle de suppression de ces contrôles. Formulant l'existence d'un « principe » de l'absence de contrôle frontalier, la Cour s'est assurée à cette occasion qu'il n'y avait pas là de vérification « équivalente » à un contrôle prohibé. Nul doute que dans l'hypothèse où elle serait interrogée à propos d'une réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures par un Etat membre, la Cour procéderait de même.

²⁴² Voir par exemple les ordonnances du 18 mars 2004, *Dem'Yanenko*, C-45/03; du 31 mars 2004, *Georgescu*, C-51/03, Rec. p. I- 3203 ; du 10 juin 2004, *Warbecq c/ Ryanair*, C-555/03, Rec. p. I-6041.

²⁴³ CJUE, Avis 1/09 du 8 mars 2011, *Projet d'accord portant sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*

²⁴⁴ Outre l'article 72 TFUE, plusieurs réserves d'ordre public figurent dans les traités : la réserve générale de l'article 374 relative aux troubles intérieurs graves et à la guerre ainsi que les réserves spécifiques relatives à la libre circulation des marchandises de l'article 36, de la libre circulation des personnes de l'article 45 §3, du droit d'établissement de l'article 52, de la libre mouvement des capitaux de l'article 65 §1, des mesures d'harmonisation dans le marché intérieur de l'article 114 §4, de la liberté de circulation des travailleurs dans le cadre de l'association avec les pays et territoires d'outre-mer de l'article 202

²⁴⁵ « *Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

²⁴⁶ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, C-189/10, Recueil 2010 page I-5667.

- Le contrôle de l'activité des agences

Dans le cadre du recours en annulation, l'article 263 §1 du TFUE précise désormais que la Cour « *contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* ». Le paragraphe 5 de ce même article précise que les actes instituant ces acteurs « *peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard* ». Il en résulte que le contrôle contentieux des actes des agences de l'Union est rendu possible. Les critiques adressées à des instruments majeurs de l'entraide répressive tels qu'Europol ou Eurojust aujourd'hui devraient donc s'atténuer avant de concerner Frontex ou le Bureau européen d'asile demain²⁴⁷.

Une première remarque doit relativiser l'intérêt de cette adjonction au traité, qui a pour principal mérite de fournir une base juridique à de futurs recours en justice. En l'état de la coopération opérationnelle au sein de l'Union, les agences de l'Union sont en effet principalement cantonnées à des activités de coordination et d'assistance qui laissent les Etats membres en première ligne du point de vue contentieux. L'arrêt précité *Hirsi Jamaa* souligne en effet la responsabilité principale des Etats sur ce point.

La seconde remarque tient dans la prévision du §5 de l'article 263 TFUE qui laisse entière la question des modalités selon lesquelles ces voies de recours pourraient être organisées. « Chambres spécialisées » ou pas, recours spécifiques et différents du droit commun ou pas sont des options qui demeurent ouvertes et que l'Union ne se presse pas de régler.

1.2.2. Les nécessités de la protection juridictionnelle des particuliers

Pour ce qui concerne l'amélioration de la protection juridictionnelle des particuliers dont la Cour de justice nous dit qu'elle est au nombre des « garanties constitutionnelles »²⁴⁸ qui fondent la Communauté de droit, les progrès opérés par le traité de Lisbonne sont nombreux. Outre la mise à niveau de voies contentieuses telles que le recours en annulation de l'article 263 TFUE qui s'entrouvre aux particuliers²⁴⁹, plusieurs facteurs influenceront sur le droit européen de l'asile et de l'immigration.

- La justiciabilité de la Charte des droits fondamentaux

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne entraîne une conséquence importante du point de vue des questions migratoires puisque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne acquiert la même valeur juridique que les traités en vertu de l'article 6 §1 du TUE. Cela va entraîner des interrogations sur l'applicabilité de la Charte et sur sa portée.

L'article 51 §1 de la Charte prévoit que ses dispositions s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Par ailleurs, la Charte ne peut avoir pour effet d'étendre les compétences et tâches conférées à l'Union par les traités ni d'étendre le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union établies dans les traités.

²⁴⁷ Voir également CJCE, 15 mars 2005, *Espagne/Eurojust*, C-160/03, Rec. II-981.

²⁴⁸ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P, point 290.

²⁴⁹ §4 « *toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues au paragraphes 1 et 2, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ».

Il est logique, comme cela a été fait dans l'affaire *N.S* tranchée le 22 septembre 2011²⁵⁰, que la Cour de justice ait été amenée à clarifier les rapports qui peuvent exister entre les normes de droit dérivé et la Charte des droits fondamentaux, le tout dans le respect de la CEDH. La juridiction de renvoi s'interrogeait en l'espèce sur le fait de savoir si les États membres «mettent le droit de l'Union en œuvre» lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire que leur confère l'article 3 §2 du règlement « Dublin » et qu'ils décident d'examiner ou non une demande d'asile en lieu et place de l'État membre normalement compétent pour en traiter. Plusieurs États membres estimaient que la réponse devait être négative en raison de ce caractère « discrétionnaire ». La Cour de justice va infirmer cette opinion, estimant que lorsqu'un État exerce son pouvoir d'appréciation en la matière, il « doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51 §1 de la Charte »²⁵¹.

Les questions préjudicielles relatives à la Charte ont également amené la Cour à interpréter le Protocole n° 30 sur l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni. Ce dernier précise, à la demande des deux États concernés, que la Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou actions administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme.

Dans la même affaire *N.S*, la Cour de justice oppose une fin de non-recevoir catégorique au Secrétaire d'État britannique qui, s'exprimant devant la High Court of Justice (England & Wales), avait estimé que les dispositions de la charte n'étaient pas applicables au Royaume-Uni. Dans un considérant de principe, la Cour dit pour droit que « l'article 1§1 du protocole n° 30 explicite l'article 51 de la charte, relatif au champ d'application de cette dernière, et n'a pas pour objet d'exonérer la République de Pologne et le Royaume-Uni de l'obligation de respecter les dispositions de la charte, ni d'empêcher une juridiction de l'un de ces États membres de veiller au respect de ces dispositions »²⁵².

- La procédure accélérée et la procédure d'urgence

Le jeu des procédures accélérées et d'urgence prend un sens particulier dans le cadre des politiques d'asile et d'immigration où la lenteur des délais pose un problème évident de compatibilité avec la situation des personnes concernées.

Une première réaction a consisté, dès le début des années 2000, à mettre en place une « procédure accélérée », régie par l'article 104 bis du règlement de procédure de la Cour. Sollicitée par la juridiction nationale qui met en avant une « urgence extraordinaire », elle est l'objet d'une ordonnance du Président de la Cour, qui n'en fait pas un usage immodéré comme on le verra.

Une modification conséquente des règles procédurales existantes²⁵³ en matière de questions préjudicielles relatives à l'ELSJ a abouti au début 2008²⁵⁴ avec l'innovation des « procédures préjudicielles d'urgence » (PPU). Celle-ci permet schématiquement de fournir plus rapidement au juge national la réponse dont il a besoin. L'article 267 §3 du TFUE

²⁵⁰ CJUE, 21 décembre 2011, *N.S c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10.

²⁵¹ Point 68.

²⁵² CJUE, 21 décembre 2011, *N.S c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 point 120.

²⁵³ En l'espèce, l'article 23 bis du protocole sur le statut de la Cour de justice et l'article 104 ter de son règlement de procédure.

²⁵⁴ Décision du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du protocole sur le statut de la Cour de justice et modifications du règlement de procédure de la Cour de justice adoptées par celle-ci le 15 janvier 2008, JO L24 du 29 janvier 2008, p. 39.

relatif à la procédure préjudicielle renforce cette prise en compte de l'urgence par la Cour de justice. Il indique ainsi que « *si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais* ». La « détention » d'un individu justifierait l'urgence d'une réponse.

L'affaire *Kadzoev*²⁵⁵ rendue à propos d'un demandeur d'asile en situation irrégulière et placé en rétention administrative par les autorités bulgares a été l'occasion de le prouver. La Cour de justice en résume parfaitement le sens dans cette affaire qui « pose la question de savoir s'il y a lieu de maintenir M. Kadzoev en rétention au centre de placement temporaire ou de le libérer. Eu égard à la situation de cette personne, [...] il conviendrait que la procédure ne soit pas suspendue pour une durée prolongée »²⁵⁶.

L'Union disposerait donc là des réponses techniques suffisantes pour apporter les réponses attendues par les juridictions nationales. Pourtant les choses ne sont pas aussi simples qu'il y paraît. L'usage qui est fait de ces procédures par la CJUE, aussi rare soit-il²⁵⁷, témoigne d'un certain malaise parce semblant parfois dépourvu de logique.

Les affaires précitées *El Dridi*²⁵⁸ et *Achughbabian*²⁵⁹ illustrent ce constat tant elles posent la même difficulté ou quasiment. Leur « urgence » aurait pu justifier le recours à une procédure spécifique sans une lecture excessivement procédurière. Dans le premier cas, le ressortissant étranger était détenu tandis que, dans le second, il venait d'être libéré.

Le premier arrêt, rendu par la Cour dans le cadre d'une PPU à la demande d'un juge italien, avait fait l'effet d'un coup de tonnerre. Il établissait l'incompatibilité de la réglementation italienne avec la directive « retour » au motif que les sanctions pénales d'emprisonnement prévues par la première allaient à l'encontre de l'objectif de la législation de l'Union, privilégier le « retour ». Provoquant un trouble important dans un certain nombre d'Etats membres et notamment en France, l'interprétation de la Cour de justice appelait un éclaircissement. La Cour d'appel de Paris a donc saisi la Cour à titre préjudiciel d'une demande de précision argumentée où elle faisait valoir à la Cour son souhait de voir l'affaire tranchée en PPU « en raison du très grand nombre de situations individuelles identiques à celle de M. Achughbabian s'agissant de mises en garde à vue puis en rétention administrative »²⁶⁰. Dans l'attente d'une réponse et conformément à la jurisprudence *El Dridi*, le juge national avait procédé à la remise en liberté du ressortissant arménien concerné. Le constatant, la Cour va refuser l'usage de la PPU au motif de la libération de l'intéressé, l'urgence n'étant plus établie de son point de vue.

Le juge national n'en est pas resté là et, à la suite de ce refus, il a demandé le traitement de l'affaire par la voie de la procédure accélérée. Là, le Président de la Cour a accédé à sa demande par une ordonnance du 30 septembre 2011, justifiant sa décision parce qu'elle « serait ainsi susceptible d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée », motif qui avait précisément mis en avant par le juge interne pour obtenir une PPU... L'identité de motivation aboutit ici à un traitement procédural différent et à des conséquences concrètes pour les individus retenus en France dans l'attente de l'éclaircissement de la Cour. Il faudra 160 jours à la Cour pour répondre au juge national.

²⁵⁵ CJCE, 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU ; Rec., p. I-11189.

²⁵⁶ § 52.

²⁵⁷ Deux PPU et 1 procédure accélérée acceptées.

²⁵⁸ CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, C-61/11 PPU.

²⁵⁹ CJUE, 6 décembre 2011, Achughbabian, C-329/11.

²⁶⁰ CA Paris, Ordonnance du 29 juin 2011, Alexandre Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne ; n° B 11/02792.

La raison pour laquelle la Cour de justice refuse de déclarer l'urgence est, parfois aussi et malheureusement, claire. La course de lenteur entamée par la CJUE avec la CEDH dans l'affaire *N.S* concernant le règlement Dublin traduit implicitement le souhait du juge de Luxembourg de voir son homologue de Strasbourg le précéder. D'où le refus opposé à la juridiction de renvoi de faire jouer une procédure accélérée²⁶¹.

Le juge de renvoi ne se faisait pourtant pas faute de souligner qu'un recours en manquement était engagé, que l'affaire était déclarée « affaire pilote »²⁶² pour l'Angleterre et le Pays de Galles dans le domaine des refoulements vers la Grèce, que le traitement infligé aux demandeurs d'asile en Grèce laissait supposer qu'ils n'auraient pas d'accès aux procédures d'asile²⁶³. Rien dans ces arguments n'est retenu par le Président de la Cour qui considère que les critères du règlement de procédure relatifs à « l'urgence extraordinaire » ne sont pas remplis : « le nombre important de personnes ou de situations juridiques potentiellement concernées par la décision que la juridiction de renvoi devra rendre après avoir saisi la Cour à titre préjudiciel n'est pas susceptible, en tant que tel, de constituer une circonstance exceptionnelle de nature à justifier le recours à une procédure accélérée »²⁶⁴. On devine aisément le soulagement politique et la facilité avec laquelle la Cour de justice a pu se fondre dans le raisonnement de la CEDH tenu le 21 janvier 2011 dans l'affaire *MSS*.

A tout le moins, une réforme serait là souhaitable, soit par une fusion des procédures, soit en confiant au Président de la Cour la possibilité d'ouvrir une procédure accélérée en cas d'échec de la PPU, sans attendre que le juge national le saisisse à nouveau, soit par une approche plus compréhensive de l'urgence.

Mis en perspective avec le bilan chiffré des mesures provisoires présenté et retenu à Strasbourg, celui du prétoire de Luxembourg confine avec le ridicule lorsque l'on sait le poids contentieux de la pression migratoire. D'après un rapport du Président de la Cour de justice qui utilise l'euphémisme « modeste » pour qualifier ce bilan couvrant les années 2008 à 2011, seules 21 demandes de procédure préjudicielle urgente ont été introduites et 12 ont été accordées, sachant que seulement 5 ou 6 concernaient les questions d'asile et d'immigration²⁶⁵.

1.3. Le dialogue des juges et la mise en perspective des jurisprudences des Cours suprêmes

Le « dialogue des juges » caractérise le monde communautaire depuis toujours puisque la collaboration préjudicielle instaurée par le traité de Rome a fait de « l'Europe des juges » l'une de ses plus grandes réussites. En ce qui concerne le droit européen de l'asile et de l'immigration, ce dialogue s'opère en « deux dimensions ». D'une part, il met en présence le juge national et les juridictions européennes et, d'autre part, il implique les deux juridictions suprêmes européennes.

1.3.1. Le dialogue entre le juge national et les juridictions européennes

Les relations entre les juridictions nationales et les juridictions suprêmes européennes ne se posent pas dans les mêmes termes. Elles sont institutionnalisées dans le cas de l'Union

²⁶¹ Ordonnance du 1^o octobre 2010.

²⁶² Conclusions V. Trstenjak, C-411/10, §50.

²⁶³ Ordonnance précitée § 5.

²⁶⁴ *id.* § 7.

²⁶⁵ Document du Conseil n°6140/12 du 6 février 2012.

grâce à la technique préjudicielle tandis qu'elles sont inorganisées dans le cadre de la CEDH puisqu'il n'existe aucune relation directe entre le juge interne et la Cour de Strasbourg.

Dans le cadre des relations avec la CEDH, le juge national doit évidemment se plier à l'autorité de la chose interprétée qui s'impose à lui. La Cour l'a affirmé très tôt : « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect par les Etats, des engagements qu'ils ont assumé en leur qualité de Parties contractantes »²⁶⁶. Le déploiement de la jurisprudence européenne a donc conduit le juge interne aux ajustements indispensables, au point que la jurisprudence européenne devient explicitement un appui pour lui. Ainsi, il est acquis que « cette tendance se manifeste notamment au Danemark, en Allemagne, en Suède, en Belgique, en République Tchèque, en Grèce, en Finlande, en Slovénie, en Irlande et en France »²⁶⁷.

La règle de l'épuisement des voies de recours interne et l'usage des jurisprudences nationales que fait la Cour européenne dans son examen des requêtes garantissent par ailleurs au juge national d'être pris en considération par le juge européen, dans l'esprit du principe de subsidiarité qui caractérise son contrôle. C'est donc par le biais de techniques bien connues, telles par exemple que celle des « principes généraux » ou de la « marge nationale d'appréciation, ou par l'importation de solutions jurisprudentielles exprimant des valeurs communes que ce dialogue existe et s'enrichit de part et d'autre. Le droit à mener une vie familiale normale des étrangers comme les protections dérivées de l'article 3 CEDH l'illustrent, tout comme la montée en puissance du droit au recours effectif est en train de le faire également dans le contentieux des étrangers. Aussi fécond et déterminant qu'il ait pu être pour la protection des droits fondamentaux des étrangers, ce dialogue connaît cependant une limite majeure : celle de l'absence de canal de communication organisé entre la Cour européenne et le juge interne.

Dans le cadre des relations avec la CJUE, le constat devrait être exactement inverse, à la fois parce que l'Union a développé une législation spécifique à l'asile et à l'immigration mais aussi parce que la relation préjudicielle permet au juge national d'interroger le juge de l'Union. Depuis un demi-siècle, la collaboration préjudicielle fait le succès du droit de l'Union. Or, mis à part des questions très particulières (et importantes) telles que celles posées dans l'affaire *Melki* précitée, force est de se rendre compte que ce dialogue n'a pas la richesse qu'il devrait avoir. Le très faible nombre de renvois à titre préjudiciel, moins d'une vingtaine d'affaires²⁶⁸, témoigne donc d'un dysfonctionnement préoccupant du système contentieux mis en place par le traité.

L'affaire *Melki*²⁶⁹ demeure donc un peu une exception, quant à la nature des interrogations posées. La Cour de cassation française y saisit la CJUE à titre préjudiciel certes à propos des contrôles d'identité français dans la zone frontalière intérieure mais surtout sur la portée de son obligation de renvoi. Le droit français ayant institué une « question prioritaire de constitutionnalité », le juge interne s'interrogeait sur le sens à donner à cette « priorité » au regard de l'obligation conventionnelle de saisir la CJUE dans le cas où une même question ferait naître des doutes sur le terrain européen et sur le terrain constitutionnel. La Cour lui répond, évidemment, que la primauté du droit de l'Union exige que la possibilité de saisir la Cour soit ouverte à tout instant au juge national,

²⁶⁶ CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, A/25, § 158.

²⁶⁷ Association des Conseil d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes, Rapport général, « Le juge national du contentieux des étrangers entre normes nationales et européennes », 2010, p. 25.

²⁶⁸ Les renvois préjudiciels introduits en matière de propriété intellectuelle pour la seule année 2010 sont plus nombreux, Rapport d'activités 2010 de la CJUE, p. 89.

indépendamment de la procédure incidente de constitutionnalité, et que la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union soit garantie à tout instant.

Mais l'important est ailleurs. Pour parvenir à ce résultat, la CJUE s'appuie largement sur des positions jurisprudentielles du juge constitutionnel et du juge administratif français développées postérieurement à sa saisine. Ce faisant, elle privilégie à l'évidence l'esprit de dialogue avec le droit national sur une approche de type hiérarchique. La combinaison remarquable qu'elle opère en s'appuyant sur les jurisprudences internes témoigne d'une volonté affirmée d'agir en ce sens.

1.3.2. Le dialogue entre les juridictions européennes suprêmes

Seule, une volonté délibérée, de part et d'autre, de la CEDH comme de la CJUE, peut lui donner corps. L'Union européenne n'étant pas partie à la Convention européenne, il n'existe pas de canal institutionnel de communication entre les deux juridictions. La jurisprudence des deux Cours témoigne cependant de leur intérêt mutuel, la Charte des droits fondamentaux fournissant à cet égard une grille de lecture nouvelle.

- Un dialogue spontané

L'intérêt de la CJUE pour la jurisprudence de la CEDH est ancien et il est même obligé. Dès les années soixante-dix, la CJCE a eu conscience de la nécessité d'ajuster sa jurisprudence à celle de la CEDH qui liait les Etats membres, sous peine de courir le risque d'un conflit majeur. Le respect de la primauté du droit de l'Union était à ce prix, le respect de celui-ci par les Etats membres étant susceptible d'engager leur responsabilité individuelle devant la CEDH en cas de contrariété avec la Convention. Cette attitude prévaut en matière d'asile et d'immigration. Deux exemples caractéristiques de cette attitude peuvent en être fournis, parmi d'autres.

Le premier est celui du droit au regroupement familial visé par la directive 2003/86, objet d'un recours en annulation dans l'affaire *Parlement c. Conseil*²⁷⁰. La Cour de justice y mène l'ensemble de son raisonnement à la lumière de la jurisprudence de la CEDH. Elle fait notamment valoir à propos du texte incriminé que « dans le contexte d'une directive imposant aux États membres des obligations positives précises, il maintient dans le chef de ces États une marge d'appréciation limitée qui n'est pas différente de celle qui leur est reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à ce droit pour, dans chaque circonstance de fait, mettre en balance les intérêts en présence »²⁷¹. On ne saurait importer plus clairement les techniques de la CEDH dans le monde communautaire. D'où sa précision terminale à propos des critères utilisés par la directive : « de tels critères correspondent à ceux pris en considération par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle vérifie si un État, qui a refusé une demande de regroupement familial, a correctement mis en balance les intérêts en présence »²⁷².

Le second exemple significatif est celui de l'arrêt *Elgafaji*²⁷³ relatif à la protection subsidiaire » visée par la directive 2004/83. La Cour de justice y prend soin d'achever son raisonnement en ajoutant que l'interprétation qu'elle vient de délivrer « est pleinement

²⁶⁹ CJUE, 22 juin 2010, Melki, C-188/10.

²⁷⁰ CJUE, 27 juillet 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03.

²⁷¹ § 62.

²⁷² § 64.

²⁷³ CJUE, 17 février 2009, *Elgafaji*, C-465/07, point 44.

compatible avec la CEDH, y compris la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la CEDH...».

La CEDH n'a pas les mêmes contraintes que la CJCE. Elle a veillé à prendre en compte le droit de l'Union et la jurisprudence qui s'en dégageait. Si elle ne lui ménage pas une place particulière au regard d'autres sources du droit international, elle va pourtant parfois jusqu'à concourir à son respect, comme dans son arrêt *M.S.S.* où le respect de la directive 2003/9 dite « conditions d'accueil » était en cause. Dans son arrêt *Sufi et Elmi*²⁷⁴ la Cour européenne va même jusqu'à faire évoluer sa propre jurisprudence sur les conditions d'applicabilité de l'article 3 en cas d'insécurité généralisée dans l'Etat de destination, ce en s'appuyant sur la directive 2004/83.

Néanmoins, elle n'hésite pas à faire valoir dans sa jurisprudence *Bosphorus*²⁷⁵ que « l'équivalence » de la protection des droits fondamentaux assurée dans l'Union européenne ne justifie qu'une « présomption » jouant en faveur de l'Union. Comme toute présomption, celle-ci est réfragable dès lors que le droit de l'Union ne garantit pas cette protection équivalente.

Une bonne part de l'intérêt de la jurisprudence *MSS* résidait là. Le jeu du système Dublin pouvait être mis en cause dans cette affaire au regard de l'article 3 CEDH. La Cour y consacre un rappel très éclairant de sa position. S'agissant de la protection des droits fondamentaux assurée par le droit communautaire, la Cour constate qu'elle est équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention... « Pour parvenir à cette conclusion, elle attache une grande importance au rôle et aux compétences de la CJCE, devenue CJUE, en la matière, considérant en effet que l'effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépendait des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect ». En l'espèce, « la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de coopération dans certains domaines d'activité. Les Etats demeurent néanmoins responsables au regard de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes qui découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer les obligations juridiques internationales. Une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout, le moins équivalente à celle assurée par la Convention. Toutefois, un Etat demeure entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation »²⁷⁶. D'où la condamnation de la Belgique qui n'a pas exercé correctement ce pouvoir d'appréciation.

- Un dialogue ordonné

L'adoption de la Charte des droits fondamentaux obligeait à rationaliser le jeu des deux systèmes européens de protection, souci renforcé par la justiciabilité de la Charte acquise à Lisbonne. A cet égard, la Charte contient deux mécanismes déterminants, facilitant l'harmonie des systèmes dans l'attente de l'adhésion de l'Union à la CEDH.

En premier lieu, l'article 53 de la Charte établit un niveau minimal de protection en posant pour règle que l'interprétation ou la limitation des droits inscrits dans la Charte ne peut porter atteinte « aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les

²⁷⁴ CEDH, 28 juin 2001, *Sufi et Elmi c. Royaume Uni*.

²⁷⁵ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways*.

²⁷⁶ CEDH, 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, § 338.

conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres »²⁷⁷. Il s'agit là d'ôter par principe l'idée qu'une interprétation jurisprudentielle de la Charte puisse aboutir à un retour en arrière et amoindrir le niveau de protection existant sur la base des instruments existants.

En second lieu, et c'est là beaucoup plus important, la jurisprudence européenne à venir concernant la Charte est conditionnée par l'article 52 §3 qui dispose que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Ce mécanisme dit des « droits correspondants », outre qu'il permet à l'Union d'aller plus avant sur le terrain de la protection des droits fondamentaux, est une forte incitation au « dialogue des juges ». Il permettra de déterminer les « correspondances » en question avant de s'assurer qu'elles ont la même portée juridique. Dans ce travail d'identification, les « explications » accompagnant les articles de la Charte sont essentielles.

2. LES CONSEQUENCES IMMEDIATES DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

La jurisprudence de Luxembourg remplit plusieurs fonctions qui, selon leur type, déterminent leurs conséquences pour les États membres, s'agissant des juges ou des administrations nationales.

La première fonction est la plus classique et correspond strictement au mécanisme d'interprétation préjudicielle du droit européen à l'attention du juge national. La Cour de justice va éclairer la signification d'une disposition européenne nécessitant une interprétation et le sens qu'elle lui donnera s'imposera *erga omnes*. Ce travail d'interprétation est d'autant plus important en matière d'immigration et d'asile que les normes européennes se prêtent d'autant plus à l'interprétation qu'elles sont souvent peu claires, ambiguës, voire contradictoires en raison de la nécessité pour les États membres de trouver durant la période transitoire de mise en place de la politique des compromis à l'unanimité au sein du Conseil des ministres.

La deuxième fonction de la jurisprudence européenne s'inscrit dans la ligne de la première, mais le juge est va cependant plus loin que la simple interprétation. Ne se contentant pas d'interpréter la norme, il indique la manière dont celle-ci doit être utilisée et il va jusqu'à édicter des lignes directrices qui s'imposeront aux autorités compétentes dans l'utilisation qu'elles feront des normes européennes concernées. S'appuyant sur les objectifs plus ou moins explicites des normes européennes, le juge développe une vision téléologique qui est bien connue parce qu'elle est véritablement caractéristique de la jurisprudence de la Cour de justice.

Enfin, le juge remplit plus rarement mais plus spectaculairement une fonction de remise en cause des normes européennes sur lesquelles il peut être amené à exercer une véritable

²⁷⁷ Les « explications » relatives à l'article 52 §3 précisent que la « référence à la CEDH vise à la fois la Convention et ses protocoles. Par ailleurs, le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits

censure. S'appuyant sur des normes supérieures comme les principes généraux du droit ou les droits de l'homme, il interdit telle interprétation ou telle utilisation des normes européennes, allant parfois jusqu'à remettre en cause la manière systématique dont les Etats membres appliquaient les normes en cause.

2.1. L'interprétation par le juge européen

Le travail d'interprétation opéré par la CJUE va au delà de sa seule dimension de clarification. Elle n'hésite pas à écarter ou à neutraliser des lectures potentiellement dangereuses du droit dérivé qu'elle manie.

2.1.1. La neutralisation des dérogations relatives à l'intégration en matière de regroupement familial

Malgré les critiques justifiées adressées à son premier arrêt de principe (supra) rendu en matière de regroupement familial à propos des conditions d'intégrabilité, la Cour de justice participe à la consolidation de ce droit. Certes, on peut légitimement se demander si ces conditions n'entament pas le cœur même du droit à la vie familiale s'agissant de la vie en commun d'enfants mineurs avec leurs parents²⁷⁸ mais il convient d'être attentif à la portée exacte de l'arrêt. Ses enseignements relèvent plus du mécanisme d'interprétation que du contentieux de l'annulation.

Si la Cour de justice accepte les dérogations au droit au regroupement familial prévues par la directive, cette légitimation est cadrée. Elle est conditionnée par l'obligation de prendre en considération dans chaque cas l'ensemble des éléments éventuellement spécifiques aux demandes de regroupement familial sans que les Etats membres soient autorisés à prendre une décision uniquement et automatiquement sur base des conditions d'intégration. La Cour insiste systématiquement dans sa décision sur le fait que les critères dérogatoires ne peuvent être utilisés que dans le respect des articles 5, §5 et 17 de la directive. L'intérêt supérieur de l'enfant visé à l'article 5 §5 doit ainsi toujours être pris en considération, ce qui n'est que le rappel d'une exigence primordiale de la Convention internationale sur les droits de l'enfant²⁷⁹ faisant partie des principes généraux du droit européen²⁸⁰. De plus, en vertu de l'article 17, les Etats doivent prendre dûment en considération dans chaque cas la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'Etat membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine. Cette disposition qui ne fait en apparence que rappeler la jurisprudence relative au droit à la vie familiale, conforte en réalité son champ d'application. Elle précise que ces exigences doivent être prises en considération non seulement dans les cas d'éloignement du territoire du regroupant ou des membres de sa famille, mais aussi dans les cas de rejet d'une demande de regroupement familial, alors que les obligations positives d'admission d'un membre de la famille n'ont, comme on l'a vu, été reconnues par la Cour de Strasbourg que dans de rares cas par rapport aux obligations négatives de ne pas expulser un membre de la famille.

Dans un remarquable jeu de chassé-croisé, la Cour de Luxembourg s'appuie ainsi sur le législateur européen qui s'était lui-même inspiré de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. On peut même aller jusqu'à s'interroger sur la question de savoir si, en

de l'homme, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice ».

²⁷⁸ CJUE, 27 juin 2006, PE c. Conseil, C-540/03.

²⁷⁹ « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (article 3, § 1^{er}).

²⁸⁰ Point 37 de l'arrêt.

définitive, le Parlement européen n'a pas assez largement obtenu gain de cause dans cette affaire malgré le rejet de sa requête d'annulation. Comme l'avocate générale l'a indiqué dans ses conclusions²⁸¹, la Cour n'évite l'annulation des dispositions litigieuses qu'au prix d'une réserve d'interprétation qui les neutralise largement. Les dérogations en cause ne sont validées parce qu'elles sont réduites au statut d'éléments à apprécier parmi l'ensemble de ceux qui doivent être pris en considération en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à la vie familiale.

L'enseignement qui en résulte est majeur pour les Etats membres chargés de l'examen des demandes de regroupement familial dans le respect de la directive telle qu'interprétée par la Cour. Ceux-ci doivent traiter chaque demande de regroupement familial individuellement et éventuellement y faire droit en raison d'un aspect spécifique malgré le fait que les dérogations autorisées par la directive pourraient trouver à s'appliquer. Il n'est pas certain que les administrations des Etats membres soucieuses de disposer de règles générales simples et claires et surtout susceptibles d'être appliquées plus ou moins automatiquement par leurs fonctionnaires en charge du traitement des dossiers, considèrent *in fine* que leur point de vue ait véritablement triomphé devant la Cour...

2.1.2. La clarification de la notion de protection subsidiaire

L'affaire *Elgafaji*²⁸² porte sur un point fondamental de la directive 2004/83 du 29 avril 2004 dite de « qualification » concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de 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. Cette directive définissant les personnes susceptibles d'obtenir l'asile dans les Etats membres de l'Union crée à côté du statut de réfugié une protection dite « subsidiaire ». Celle-ci ne trouve à s'appliquer qu'à titre complémentaire à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Elle définit cette notion en tentant de codifier les obligations découlant du droit international des droits de l'homme, et notamment de la CEDH, afin d'harmoniser entre les Etats membres de l'UE les critères d'identification des personnes ayant droit à une protection internationale. Selon l'article 2, e), de la directive, la protection subsidiaire couvre les personnes qui courraient un risque réel de subir les atteintes graves listées à l'article 15 :

- a) la peine de mort ou l'exécution ;
- b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine ;
- c) des menaces graves et *individuelles* contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence *aveugle* en cas de conflit armé interne ou international.

La principale question préjudicielle posée à la Cour était particulièrement redoutable. Elle confrontait le juge au texte de l'article 15, c) précité qui recèle une contradiction interne. En effet, comment exiger des menaces « individuelles » en raison d'une violence « aveugle » ? Soit la violence est aveugle et personne n'est dans ce cas visé individuellement ; soit seules certaines personnes sont visées individuellement et alors la violence n'est pas aveugle.

Ce conflit textuel est en réalité le produit de visions antagonistes entre les Etats membres. A défaut de pouvoir réellement s'entendre, ces derniers ont conclu un compromis confinant

²⁸¹ Points 80 et 81 de ses conclusions.

²⁸² CJUE, 17 février 2009, C-465/07.

à la contradiction. Cette technique reflète à quel point le jeu politique de l'unanimité qui était à l'époque exigée pour adopter une législation au sein du Conseil, est susceptible de produire des normes de faible portée harmonisatrice et même parfois inadaptées sur le plan juridique, en particulier dans un domaine politiquement aussi sensible que l'asile.

La Cour était donc, selon les termes mêmes de l'avocat général dans ses conclusions, condamnée à essayer de concilier ce qui semble à première vue inconciliable²⁸³, le tout sur un point crucial. C'est dire si *Elgafaji* était une affaire de première importance amenant le juge à s'engager sur un terrain miné alors même qu'il effectuait ses premiers pas dans la politique commune d'asile en voie d'émergence.

La Cour commence par relever que l'atteinte définie à l'article 15, c), couvre un risque plus général que les points a) et b) en insistant sur le caractère aveugle de la violence visé par le texte. Elle considère que, dans ce contexte, l'individualisation des menaces doit être compris « comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité, lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours, atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire un risque réel de subir les menaces graves visées par l'article 15, sous c), de la directive ». Cette interprétation lui semble confirmée par le 26^{ème} considérant du préambule de la directive selon lequel « 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 ». La Cour relève « en effet que si ce considérant implique que la seule constatation objective d'un risque lié à la situation générale d'un pays ne suffit pas en principe, sa rédaction réserve néanmoins par l'utilisation du terme *normalement* l'hypothèse d'une situation exceptionnelle qui serait caractérisée par un degré de risque si élevé qu'il existerait des motifs sérieux et avérés de croire que cette personne subirait individuellement le risque en cause ».

Elle répond en conséquence que « l'existence de menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne du demandeur de la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle » tout en insistant sur le fait que ces cas ne devraient se rencontrer que dans des conflits armés où la violence aveugle atteint un niveau si élevé qu'ils devraient être exceptionnels. In fine, la Cour s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle appelle à la rescousse de son interprétation.

Si la technique d'interprétation consistant à se raccrocher à un argument de texte, aussi réduit soit-il comme en l'espèce où il se limite à un seul mot, est classique, on ne peut manquer de relever que la Cour se garde d'invoquer l'objectif de la directive qui est de protéger les personnes. L'interprétation donnée par la Cour n'est pour autant pas contestable : elle donne le sens le plus clair possible et surtout un effet utile à un texte contradictoire en préservant le droit des demandeurs d'asile à une protection dans les cas de violence aveugle, quitte à limiter cette hypothèse à des situations de violence exceptionnellement élevée. Le juge tente ainsi de ménager autant que faire se peut les prérogatives des Etats membres soucieux de contrôler dans la mesure du possible les flux migratoires, ce qui n'est guère aisé dans le domaine de l'asile qui s'inscrit dans l'ordre du droit individuel. La Cour tente même de donner aux fonctionnaires des Etats membres en charge de l'application des normes nationales de transposition de la directive aux cas

²⁸³ Point 31.

individuels la clef d'une interprétation systématique qu'il convient de saluer : elle précise au point 39 de son arrêt que « plus le demandeur est éventuellement apte à démontrer qu'il est affecté spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle, moins sera élevé le degré de violence aveugle requis pour qu'il puisse bénéficier de la protection subsidiaire ». A l'inverse, moins le demandeur sera apte à démontrer qu'il est spécifiquement affecté, plus le degré de violence aveugle requis sera élevé. Comme le relève un orfèvre en la matière, « le niveau de risque individuel requis est inversement proportionnel au niveau de violence aveugle ».

Les critiques adressées à cet arrêt selon lesquelles, loin de résoudre le problème, il ne ferait que déplacer la difficulté, ne semblent pas fondées. On peut certes se demander quelles sont les menaces exceptionnelles atteignant un degré de violence si élevé qu'elles ne doivent plus être individualisées pour relever du champ d'application de la protection subsidiaire au sens de l'article 15, c) de la directive 2004/38 ? La question paraît pertinente tant il est vrai qu'une véritable politique commune d'asile requiert, outre l'harmonisation des législations nationales, un rapprochement des pratiques des Etats membres et des appréciations en fait de la situation dans les pays d'origine des demandeurs d'asile. Les énormes divergences entre les administrations nationales en la matière sont bien connues²⁸⁴. On ne peut cependant reprocher à la Cour de ne pas y répondre : l'objection se place sur le terrain du fait, alors que la technique du renvoi préjudiciel ne porte que sur les éléments de droit.

La Cour a donc avec l'arrêt *Elgafaji* fait son travail en contribuant à l'interprétation uniforme du droit européen de l'asile qui émerge. Son intervention était nécessaire. Elle ne sera certes pas suffisante pour parvenir au système européen commun d'asile dont le Traité de Lisbonne requiert la mise en place à l'article 78, § 2 et dont l'adoption est attendue en 2012. Ce n'est cependant pas à la Cour, mais bien aux Etats membres qu'il appartient de résoudre ces problèmes au travers de la coopération qu'ils ont institutionnalisée en créant avec le Bureau européen d'appui en matière d'asile une agence européenne qui aura entre autres pour mission d'organiser, favoriser et coordonner les activités relatives aux informations sur les pays d'origine des demandeurs d'asile.

Le législateur européen a d'ailleurs considéré que l'arrêt *Elgafaji* a résolu le problème de compréhension que la notion de protection subsidiaire posait. Dans sa refonte proposée pour remplacer la directive de qualification par une norme de seconde génération plus harmonisée que la directive de 2003, la Commission, s'appuyant directement sur l'arrêt *Elgafaji*, considère que « compte tenu des orientations interprétatives données par cet arrêt et du fait que les dispositions pertinentes ont été jugées compatibles avec la CEDH, il est inutile de modifier l'article 15, c)²⁸⁵. La Cour est ainsi venue au secours du législateur européen et elle est habilement parvenue par son interprétation juridique à régler un problème qui aurait vraisemblablement empoisonné les débats politiques relatifs à la réécriture de la directive de qualification dont la nouvelle version reste inchangée sur ce point²⁸⁶.

²⁸⁴ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Asylum in the European Union, A study on the implementation of the qualification directive*, UNHCR, 2007, p.71-80.

²⁸⁵ COM(2009)551 du 23 octobre 2009, p.6.

²⁸⁶ Directive 2011/95 du 13 décembre 2011.

2.1.3. Les exigences du recours effectif en matière d'asile

La Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer dans l'affaire *Samba Diouf*²⁸⁷ sur les exigences du droit au recours effectif en vertu de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. La question préjudicielle posée portait sur la question de savoir si un recours doit être prévu contre la décision d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée avec les conséquences qui en résultent en termes de droit de recours, ou si un recours contre la décision finale suffit. La question est d'importance en raison du fait que les procédures d'asile sont souvent complexes et comportent plusieurs étapes, de sorte que si des recours doivent pouvoir être introduits contre chaque décision intermédiaire les procédures seraient au total considérablement allongées.

La Cour commence par rappeler que la directive 2005/85 sur les procédures d'asile édicte des normes « minimales » et que les Etats membres disposent à plusieurs égards d'une marge d'appréciation pour sa mise en œuvre en tenant compte des particularités du droit national²⁸⁸. Elle relève que la décision concernant la procédure à appliquer pour l'examen de la demande d'asile constitue un acte préparatoire à la décision finale statuant sur la demande. Tenant compte du fait qu'imposer un recours contre toute décision préparatoire ne serait pas conforme à l'intérêt partagé tant par les Etats membres que par les demandeurs d'asile qui s'attache à la rapidité des procédures, elle conclut que le principe de protection juridictionnelle effective ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle aucun recours autonome ne peut être introduit contre la décision de l'autorité nationale compétente d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée. Elle précise cependant que les motifs qui ont conduit à suivre une procédure accélérée doivent pouvoir être effectivement soumis à un contrôle juridictionnel dans le cadre du recours contre la décision finale de rejet. Ce n'est qu'à cette condition que le recours pourra être considéré comme effectif conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

Il ne s'agit pas là du seul enseignement du premier arrêt que la Cour de Luxembourg a rendu en matière de procédures d'asile. Vérifiant la compatibilité de la procédure accélérée en droit luxembourgeois avec le droit au recours effectif, la Cour a précisé « qu'un délai de recours de 15 jours ne semble pas, en principe, matériellement insuffisant pour préparer et former un recours effectif et apparaît comme étant raisonnable et proportionné par rapport aux droits et aux intérêts en présence »²⁸⁹. Elle a également ajouté que « le principe de protection juridictionnelle effective ouvre au particulier un droit d'accès à un tribunal et non à plusieurs degrés de juridiction »²⁹⁰. Si ce dernier point va de soi en dehors d'une procédure pénale, le premier point ne manque pas d'intérêt pour le législateur européen au moment où il examine la refonte de la procédure d'asile. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'y est pas trompée en le rappelant dans son arrêt *I.M.* du 2 février 2012 où elle a considéré qu'un délai de 48 heures ne constitue pas un recours effectif au sens de l'article 13 CEDH.

2.1.4. Le renouveau de la Convention de Genève au travers d'une interprétation européenne de son texte

La Cour de justice a rendu à propos de la directive de qualification trois décisions dans laquelle elle emploie une formule devenue rituelle : « La Convention de Genève constitue la

²⁸⁷ CJUE, 28 juillet 2011, C-69/10.

²⁸⁸ Point 29.

²⁸⁹ Point 67.

²⁹⁰ Point 69.

pièce angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés et les dispositions de la directive relative aux conditions d'octroi du statut de réfugié ainsi qu'au contenu de celui-ci ont été adoptées pour aider les autorités compétentes des Etats membres à appliquer cette convention en se fondant sur des notions et critères communs. L'interprétation des dispositions de la directive doit, dès lors, être effectuée à la lumière de l'économie générale et de la finalité de celle-ci, dans le respect de la Convention de Genève²⁹¹ ».

Même si celle-ci est on ne peut plus clairement exprimée à l'article 78 TFUE selon lequel la politique commune d'asile que l'Union européenne est censée développer « doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951... » et à l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux selon lequel « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 », l'obligation pour le droit dérivé de se soumettre à la Convention de Genève constitue un premier point intéressant de cette jurisprudence. Les conséquences que la Cour en tire dans l'affaire *B & D*²⁹² l'illustrent de manière éclatante.

Celle-ci pose la question délicate de l'exclusion du statut de réfugié en cas de terrorisme. L'Allemagne avait refusé la qualité de réfugié à l'un des requérants et révoqué cette qualité à un second en raison de leurs liens avec une organisation terroriste, le PKK, inscrite sur les listes anti-terroristes de l'Union. La Cour est interrogée sur l'article 12 de la directive de qualification qui traite des clauses d'exclusion, à la fois en ce qui concerne l'accusation de « crime grave de droit commun » et la notion d'agissements « contraires aux buts et aux principes des Nations unies ».

Au delà de l'interprétation technique des termes en cause, la question est sérieuse. La directive légitime un certain nombre d'hypothèses permettant à un Etat membre de refuser sa protection à un demandeur. Ces motifs peuvent conduire à des décisions de refus dans des conditions délicates au regard du principe de non refoulement de la Convention de Genève. La Cour a bien conscience que les clauses d'exclusion du statut de réfugié privent les demandeurs de protection des garanties prévues par la Convention de 1951 et la directive de qualification. Elles sont des exceptions à l'application d'une norme humanitaire dont l'interprétation doit être rigoureuse et « prudente » mais appliquée « scrupuleusement »²⁹³, y compris en matière de terrorisme. Sur cette base, l'appartenance d'un demandeur de protection à une organisation impliquée dans des actes de terrorisme pose la question de ses répercussions en matière d'octroi ou de maintien du statut de réfugié.

Du point de vue de la Cour, on ne saurait nier que des faits de terrorisme constituent bien des « crimes graves de droit commun » et il n'est pas davantage contestable qu'ils sont « des agissements contraires au but et principes des Nations Unies ». Ils relèvent donc du champ de l'article 12 de la directive. En conclure que l'appartenance à une organisation terroriste entraîne exclusion du statut appelle cependant des précautions particulières, au vu des effets qui en résultent. A cet égard, la Cour procède à une analyse originale et très intéressante visant à mettre en avant la responsabilité individuelle des personnes concernées et à refuser toute automaticité dans l'appréciation de la situation, sur la base

²⁹¹ *Abdulla*, 2 mars 2010, C-175/08, points 52 et 53; *Bolbol*, 17 juin 2010, C-31/09, points 37 et 38; *B & D*, 9 novembre 2010, C-57/09, points 77 et 78.

²⁹² CJCE, 9 novembre 2010, C-57/09.

²⁹³ Conclusions de l'avocat général, point 47.

de critères « tant objectifs que subjectifs »²⁹⁴. Plusieurs traits saillants méritent d'être relevés.

En premier lieu et c'est là l'enseignement le plus important, l'exclusion du statut de réfugié d'une personne appartenant à une organisation terroriste dépend d'un examen individuel des faits, conduisant à apprécier le rôle exact tenu par l'intéressé. Pour conclure à l'exclusion, l'autorité compétente doit pouvoir imputer à la personne concernée une part de responsabilité individuelle pour des actes commis par l'organisation en cause durant la période où elle en était membre, en prenant en compte différents facteurs²⁹⁵. Une autorité qui constate que la personne concernée a occupé une position prééminente au sein d'une organisation appliquant des méthodes terroristes peut présumer que cette personne a une responsabilité individuelle pour des actes commis par cette organisation. Pourtant, si une présomption défavorable existe, il importe d'examiner l'ensemble des circonstances pertinentes avant qu'une décision d'exclusion puisse être adoptée²⁹⁶.

En second lieu, la Cour de justice entame sérieusement les vertus que certains pouvaient prêter aux listes anti-terroristes de l'Union et elle persiste dans sa réserve à leur égard. Le fait qu'un réfugié soit inscrit sur une telle liste n'emporte pas mécaniquement une exclusion quelconque de son statut. En effet, « il n'existe pas de relation directe »²⁹⁷ entre cette liste et la directive quant aux objectifs poursuivis. L'Etat d'accueil ne saurait, pour exclure un réfugié, « se fonder uniquement sur son appartenance à une organisation figurant sur une liste adoptée en dehors du cadre que la directive a instauré dans le respect de la convention de Genève ». Certes, une telle inscription permet d'établir le caractère terroriste de l'organisation en question, élément à prendre en compte. Il reste que « les conditions dans lesquelles ont été inscrites sur ladite liste les deux organisations auxquelles les défendeurs au principal ont respectivement appartenu ne sauraient être comparées à l'évaluation individuelle de faits précis qui doit précéder toute décision d'exclure une personne du statut de réfugié en vertu de l'article 12, paragraphe 2, sous b) ou c), de la directive »²⁹⁸.

Ce cadrage rigoureux confirme la prééminence de la Convention de Genève. S'appuyant largement sur les positions du HCNUR, la Cour de justice considère qu'au delà du droit dérivé de l'Union, il importe de raisonner avant toute autre considération sur la base de la Convention de Genève qui commande l'interprétation de la directive 2004/83, quelles que soient les notions définies de manière autonome par l'Union dans d'autres domaines que le droit des réfugiés.

Le second apport de la jurisprudence émergente de la Cour en matière d'asile tient à la place qu'elle accorde à la Convention de Genève en droit européen. Elle intègre en effet pleinement celle-ci à l'ordre juridique européen et la Cour est directement amenée à l'interpréter, et ce bien que l'Union européenne n'y soit pas partie²⁹⁹.

Cette manière de procéder ressort sans doute le plus clairement dans l'affaire *Bolbol* où il s'agissait de savoir si une Palestinienne qui aurait pu bénéficier de la protection de

²⁹⁴ Point 96.

²⁹⁵ Notamment sa position au sein de l'organisation, son degré de connaissance des activités criminelles entreprises, les éventuelles pressions auxquelles elle aurait été soumise ou les autres facteurs susceptibles d'influencer son comportement.

²⁹⁶ Point 98.

²⁹⁷ Point 89.

²⁹⁸ Point 90.

²⁹⁹ La ratification de la Convention de Genève par l'Union européenne est une éventualité évoquée dans le programme de Stockholm et fera l'objet d'une étude de la Commission dans l'avenir.

l'UNRWA, peut émarger à la Convention de Genève dans un Etat membre, en l'espèce la Hongrie où elle sollicite l'asile. L'article 12, §1^{er}, a) de la directive de qualification précise que « Tout ressortissant de pays tiers est exclu du statut de réfugié lorsqu'il relève de l'article 1^{er}, section D de la convention de Genève ». Or, cette disposition prévoit que « Cette Convention ne sera pas applicable aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution autre que le HCNUR ». Afin de répondre aux questions soumises par la juridiction de renvoi, l'avocat général considère dans ses conclusions « qu'il est à la fois logique et utile de commencer par une analyse de l'article 1^{er}, section D, de la Convention de 1951 avant de transposer cette analyse aux dispositions pertinentes du droit de l'Union³⁰⁰. Il se lance ensuite dans une étude des circonstances historiques de l'adoption de la Convention de Genève et de ses travaux préparatoires. La Cour répond à la question en considérant qu'aux fins de l'article 12, §1^{er}, a) de la directive précitée « une personne bénéficie de la protection de l'assistance d'une institution des Nations Unies autres que le HCNUR lorsque cette personne a effectivement recours à cette protection ou cette assistance », de sorte que Mme Bolbol a le droit de voir sa demande examinée par la Hongrie. On relèvera que la Cour ne peut parvenir à cette réponse qu'en interprétant directement la Convention de Genève auquel l'article 12, §1^{er}, a) de la directive ne fait d'ailleurs que renvoyer.

On ne peut que se féliciter de cette approche dotant la Convention de Genève du juge international qui lui manquait et qui va lui redonner 60 ans après son adoption une nouvelle jeunesse au sein de l'Union européenne. On peut même se demander dans quelle mesure la branche européenne du droit des réfugiés qui se développe de manière dynamique ne va pas influencer le droit international des réfugiés de manière générale.

Dans l'affaire *Abdulla*³⁰¹, la Cour de justice de justice a été amenée à se pencher sur les conditions dans lesquelles il peut être mis fin au statut de réfugié en vertu de ce qu'on appelle la clause de cessation. L'Allemagne avait en effet décidé en 2004 et 2005 d'abroger les statuts de réfugié accordés à des Irakiens en raison de la chute du régime de Saddam Hussein malgré la situation pour le moins chaotique qui perdurait en Irak. La directive de qualification indique à cet égard en son article 11, §1^{er}, e) que « Tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride cesse d'être réfugié s'il ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité, les circonstances à la suite desquelles il a été reconnu comme réfugié ayant cessé d'exister », reproduisant ainsi les termes de l'article 1^{er}, C, 5) de la Convention de Genève. L'article 11 de la directive ajoute en son §2 « qu'aux fins de l'application du §1^{er}, points e) et f), les Etats membres examinent si le changement de circonstances est suffisamment significatif et non provisoire pour que la crainte du réfugié d'être persécuté ne puisse plus être considérée comme fondée ».

La Cour répond dans un premier temps que l'article 11, §1^{er}, e) de la directive doit être interprété en ce sens « qu'une personne perd son statut de réfugié lorsque, eu égard à un changement de circonstances ayant un caractère significatif et non provisoire intervenu dans le pays tiers concerné, les circonstances ayant justifié la crainte qu'elle avait d'être persécutée pour l'un des motifs visés à l'article 2, c) de la directive à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée, ont cessé d'exister, et qu'elle n'a pas d'autres raisons de craindre d'être persécutée au sens de l'article 2, c) de la directive ». Cette prise de position de la Cour a été critiquée par une certaine doctrine³⁰² la considérant comme restrictive

³⁰⁰ Point 38.

³⁰¹ 2 mars 2010, C-175/08.

³⁰² BOUTRUCHE, S., *The Court of Justice of the EU and the Common European Asylum System: Entering the third phase of harmonisation*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2009-2010, p. 65 et svtes.

pour la raison que la disparition de la persécution ne suffit pas pour justifier la cessation du statut de réfugié et qu'il faut en plus que la personne puisse bénéficier de la protection de son pays d'origine. C'est négliger que, dans un second temps, la Cour, même si elle ne va pas aussi loin que les conclusions de son Avocat général ou le HCNUR dans sa prise de position sur l'affaire lorsqu'ils font valoir que la garantie du minimum vital dans le pays d'origine doit être prise en considération, estime néanmoins « qu'aux fins de l'appréciation d'un changement de circonstances, les autorités compétentes de l'Etat membre doivent vérifier, au regard de la situation individuelle du réfugié, que le ou les acteurs de protection ont pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution, qu'ils disposent ainsi notamment d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution et que le ressortissant intéressé, en cas de cessation de son statut de réfugié, aura accès à cette protection ». Il est donc clair que la disparition de la persécution ne suffit pas et que les personnes concernées doivent pouvoir bénéficier de la protection de leur Etat d'origine.

Primauté de la Convention de Genève sur le droit européen dérivé en matière d'asile et interprétation directe de celle-ci par la Cour constituent les deux points essentiels d'une jurisprudence prometteuse et pourraient dans l'avenir être combinés par la Cour pour trancher un certain nombre de question parmi les plus délicates.

On songe par exemple au fait que la directive de qualification étend les clauses d'exclusion de la Convention de Genève en son article 14, §4 de manière assez curieuse sous le couvert de la notion de révocation à des personnes constituant une menace pour la sécurité de l'Etat ou une menace pour la société d'un Etat membre en raison de condamnation en dernier ressort pour un crime particulièrement grave. Or, ces motifs n'apparaissent pas à l'article 1, F de la Convention de Genève qui en reprend trois et est de manière générale considéré comme une disposition énumérant une liste limitative et de stricte interprétation de cas d'exclusion. Quelle sera l'attitude de la Cour le jour où une question lui sera posée quant à la compatibilité de l'article 14, §4 de la directive avec la Convention de Genève ?

De manière plus générale, on peut se demander si la Cour ne sera pas un jour amenée à se pencher sur la portée de l'article 35 de la Convention de Genève relatif à la coopération des autorités nationales avec les Nations Unies qui charge le HCNUR d'une tâche de surveillance de l'application de ses dispositions, et en particulier sur la valeur qu'il convient d'accorder aux conclusions du comité exécutif de cette organisation...

2.2. L'encadrement par le juge européen

L'action du juge, ici aussi, n'est pas mécanique. Au vu des marges de manœuvre dont les Etats disposent, la Cour n'hésite pas à opérer les cadrages nécessaires.

2.2.1. La mise sous contrôle des conditions en matière de regroupement familial

L'arrêt *Chakroun*³⁰³ est la seconde décision dans laquelle la Cour a jusqu'à présent été amenée à statuer sur la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial. Il va dans le même sens de l'individualisation du traitement des dossiers par les Etats membres que l'arrêt du 27 juin 2006, mais la Cour y approfondit le contrôle qu'elle exerce sur l'action des Etats membres, donnant ainsi à cette seconde décision une portée plus importante qu'à la première.

³⁰³ Arrêt du 4 mars 2010, aff. 578/08.

La principale question préjudicielle posée porte sur le point de savoir si la condition de revenu imposée par les Pays-Bas est compatible avec l'article 7 de la directive 2003/86 autorisant les Etats membres à imposer une condition de ressources financières au regroupant voulant faire venir les membres de sa famille. Dans le cas d'espèce, le seuil plus élevé (120 au lieu de 100% du salaire minimum) pour la raison qu'il s'agit de la formation d'une famille nouvelle après que M.Chakroun ait émigré aux Pays-Bas et non de la réunification d'une famille déjà existante au moment de son départ, est justifié par le souci d'éviter que la famille ne puisse en aucune manière bénéficier d'une quelconque forme d'aide sociale spécifique coexistant aux Pays-Bas avec le régime général d'aide sociale. La Cour est ainsi amenée à analyser les pouvoirs dont les Etats membres disposent en vertu de l'article 7, §1^{er} de la directive les autorisant à prévoir des conditions relatives au regroupement familial³⁰⁴ (il s'agit de conditions de logement, d'assurance-maladie et de ressources financières).

Conformément à une logique bien connue en droit européen, la Cour rappelle que l'aide sociale doit être entendue comme une notion autonome du droit de l'Union qui ne saurait être définie par référence au droit national. Elle interprète donc celle-ci comme visant « l'aide qui supplée à un manque de ressources stables, régulières et suffisantes et non comme l'aide qui permettrait de faire face à des besoins extraordinaires ou imprévus »³⁰⁵. Faisant valoir « qu'il ne lui appartient pas de juger si le revenu minimum prévu par la loi néerlandaise est suffisant pour permettre aux travailleurs de cet Etat de couvrir leurs besoins ordinaires », il suffit à la Cour de constater que si la famille Chakroun avait constitué un cas de réunification familiale, le seuil de 100 au lieu de 120% aurait été pris en considération, pour en conclure que les autorités néerlandaises elles-mêmes jugent que le revenu minimum correspond à des ressources suffisantes au sens de l'article 7 de la directive³⁰⁶. La Cour ajoute que « dès lors que l'ampleur des besoins peut être très variable selon les individus, l'autorisation (de définir les ressources exigées du regroupant) doit par ailleurs être interprétée en ce sens que les Etats membres peuvent indiquer une certaine somme comme montant de référence, mais non en ce sens qu'ils pourraient imposer un montant de revenu minimal au dessous duquel tout regroupement familial serait refusé, et ce indépendamment d'un examen concret de la situation de chaque demandeur ». Et la Cour de conclure que « cette interprétation est confortée par l'article 17 de la directive qui impose une individualisation de l'examen des demandes de regroupement »³⁰⁷. En rappelant ainsi le principal enseignement de son arrêt 540/03 du 27 juin 2006, la Cour fait de l'individualisation de l'examen des demandes de regroupement familial, non seulement pour ce qui concerne les possibilités de dérogation mais également pour les conditions imposées, une condition relevant plus du fond que de la procédure qui devrait dans l'avenir peser sur le fonctionnement des administrations nationales et donner aux plaideurs des arguments pour nourrir un contentieux juridictionnel plus abondant.

Au-delà de sa conclusion, c'est sans doute sa motivation qui devrait donner à l'arrêt *Chakroun* un écho particulier qui pourrait bien en faire un arrêt de principe. La Cour fait en effet valoir que « l'autorisation du regroupement familial étant la règle générale pour les personnes visées à l'article 4, §1^{er} de la directive, la faculté prévue à l'article 7, §1^{er}, initio et sous c) doit être interprétée de manière stricte. Par ailleurs, la marge de manœuvre reconnue aux Etats membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui

³⁰⁴ Il s'agit de conditions de logement, d'assurance-maladie et de ressources financières.

³⁰⁵ Point 49.

³⁰⁶ Point 51.

³⁰⁷ Point 48.

porterait atteinte à l'objectif de la directive qui est de favoriser le regroupement familial et à l'effet utile de celle-ci »³⁰⁸.

Si le fait de considérer l'autorisation du regroupement familial comme étant la règle peut paraître logique avec la création d'un droit subjectif au regroupement familial dans le chef des personnes visées au §1^{er} de l'article 4, l'affirmation selon laquelle l'objectif de la directive est de « favoriser le regroupement familial » surprend et ne trouve pas de soutien dans son préambule. Celui-ci n'insiste dans son point 4 que sur le fait que « le regroupement familial (...) contribue à la création d'une stabilité socioculturelle facilitant l'intégration des ressortissants des pays tiers dans les Etats membres ». Les nombreuses conditions envisagées à l'article 7 rédigé dans des termes investissant les Etats membres d'un large pouvoir d'appréciation pouvaient donner à penser que la directive était un instrument étatique de régulation de l'immigration familiale plutôt que de reconnaissance d'un droit au regroupement familial des individus, et ce malgré son intitulé qui n'est que l'un des rares éléments de la proposition initiale de la Commission³⁰⁹ à ne pas avoir été amendé par le Conseil. La Cour l'entend manifestement autrement en faisant comme si les Etats membres voulaient favoriser l'intégration et par voie de conséquence le regroupement familial alors qu'un tel enchaînement d'idées se heurte à l'évolution des conceptions faisant de l'intégration une condition d'intégration qui a de plus en plus cours au niveau européen.

On remarquera que la Cour interprète de manière similaire la définition des ressources suffisantes pour le regroupement familial pour les citoyens européens et les ressortissants de pays tiers. La chose n'était pourtant pas évidente au regard du libellé fort différent des dispositions en cause. La où l'article 7, §1^{er}, c) de la directive 2003/86 exige du regroupant la preuve de « ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'Etat membre d'accueil » en précisant que les Etats membres « évaluent ces ressources par rapport à leur nature et leur régularité et peuvent tenir compte du niveau des rémunérations et des pensions minimales nationales ainsi que du nombre de membres que compte la famille », les dispositions équivalentes de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens européens et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres³¹⁰, exigent « des ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil » (article 7, §1^{er}, b)) tout en précisant que « les Etats membres ne peuvent pas fixer le montant des ressources qu'ils considèrent comme suffisantes, mais ils doivent tenir compte de la situation personnelle de la personne concernée. Dans tous les cas, ce montant n'est pas supérieur au niveau en dessous duquel les ressortissants de l'Etat d'accueil peuvent bénéficier d'une assistance sociale ni, lorsque ce critère ne peut s'appliquer, supérieur à la pension minimale de sécurité sociale versée par l'Etat membre d'accueil » (article 8, §4).

L'arrêt *Chakroun* ouvre ainsi des perspectives pour ce qui est du contrôle juridictionnel des conditions de plus en plus restrictives que les Etats membres entendent imposer au regroupement familial entre ressortissants de pays tiers.

Elle paraît prête à s'ériger en juge de la proportionnalité des conditions que les Etats membres peuvent exiger sur base de l'article 7 de la directive 2003/86 sans pour autant porter atteinte à la substance du droit au regroupement familial créé par l'article 4, §1^{er}. On

³⁰⁸ Point 43.

³⁰⁹ COM(1999)638, JOUE, C 116 E du 26 avril 2000, p.66.

³¹⁰ JOUE L 229 du 29 juin 2004, p.35.

songe en particulier aux conditions d'intégration que certains Etats membres entendent imposer aux immigrants potentiels. Le Conseil européen lui-même a convenu dans le Pacte européen sur l'immigration et l'asile conclu en octobre 2008 « de mieux réguler l'immigration familiale en invitant chaque Etat membre, sauf catégories particulières, à prendre en considération dans sa législation nationale, dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ses capacités d'accueil et les capacités d'intégration des familles appréciées au regard de leurs conditions de ressources et de logement dans le pays de destination ainsi que, par exemple, de leur connaissance de la langue de ce pays »³¹¹... De même peut-on lire dans le programme de Stockholm l'idée que « l'évaluation et au besoin la révision de la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial doit se faire en tenant compte de l'importance des conditions d'intégration »³¹². Les chefs d'Etat et de gouvernement n'ont sans doute pas pris conscience que la directive 2003/86 dont on sous-estime la portée en raison de sa faible valeur harmonisatrice, figure parmi les textes que les Etats membres devront respecter tels qu'ils sont interprétés par la Cour de justice.

Nul doute que celle-ci devrait avoir d'autres occasions de le leur rappeler et que sa jurisprudence émergente constituera déjà l'un des éléments des débats qui s'ouvriront sur la base du livre vert sur le droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers vivant dans l'UE que la Commission européenne a publié le 15 novembre 2011³¹³. Il suffit à cet égard de rappeler qu'une question préjudicielle relative à la compatibilité des conditions d'intégration imposées par les Pays-Bas aux candidats au regroupement familial n'a pas été tranchée par la Cour de Justice dans l'affaire *Imran* pour la raison que la requérante a finalement obtenu en appel le permis de séjour qui lui avait été initialement refusé pour défaut de réussite de l'examen de base d'intégration civique exigé par la législation néerlandaise³¹⁴.

2.2.2. La limitation relative de la compétence pénale des Etats membres en matière de séjour irrégulier

La Cour de justice a été amenée à rendre à propos de la directive 2008/115 dite « retour » deux arrêts qui ont suscité une émotion exagérée selon qu'on s'en félicite ou qu'on s'en plaint sans mesurer leur portée exacte.

Dans une première affaire *El Dridi*³¹⁵, l'intéressé ne s'était pas conformé à la décision d'éloignement prise par l'administration italienne et s'était vu condamné à un an d'emprisonnement pour s'être maintenu en séjour irrégulier sur le territoire. La Cour d'appel saisie par M. El Dridi a posé à la Cour de justice la question de savoir si le prononcé d'une telle peine n'allait pas à l'encontre des principes d'effet utile et de proportionnalité. Tout en commençant par rappeler que la directive prévoit en principe l'obligation pour les Etats membres de prendre une décision de retour en cas de séjour irrégulier, la Cour relève que les Etats membre doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possibles et que le prononcé d'une telle peine risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive qui est d'instaurer une politique efficace d'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. La réponse à la question préjudicielle s'imposait d'elle-même : « la directive retour s'oppose à une réglementation d'un Etat membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un

³¹¹ Document 13440/08, p.6.

³¹² Point 6.1.4., in fine.

³¹³ COM(2011)735.

³¹⁴ CJUE, 10 juin 2011, C-155/11.

ordre de quitter le territoire de cet Etat dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié ».

Certains ont cru voir dans cette décision pour s'en féliciter ou s'en plaindre une remise en cause radicale de la compétence pénale des Etats membres d'incriminer le séjour irrégulier. Suite à l'émoi provoqué par l'arrêt *El Dridi*, la Cour de justice a été saisie deux mois après cette décision par une juridiction française d'une nouvelle question préjudicielle semblable à celle posée sur le principe d'effet utile dans l'affaire *El Dridi* à propos de M. Achughbabian qui avait été placé en garde à vue pour séjour irrégulier en France et en rétention administrative pour non-respect d'un arrêté de quitter le territoire. La Cour de justice constate à nouveau que « l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribue pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit³¹⁶. Elle apporte en conséquence une réponse semblable à celle de l'arrêt *El Dridi* en considérant que « la directive 2008/115 s'oppose à une réglementation réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement et n'a pas vu expirer la durée maximale de rétention en vue de la réalisation de son éloignement ».

Soucieuse de mettre un terme aux controverses suscitées par son arrêt *El Dridi*, la Cour ajoute cependant que « la directive 2008/115 ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant de pays tiers auquel la procédure de retour a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur le territoire sans motif justifié de non-retour ». A vrai dire cette précision figurait déjà dans l'arrêt *El Dridi* selon lequel lorsque les mesures coercitives « n'ont pas permis l'éloignement du ressortissant de pays tiers, les Etats membres restent libres d'adopter, des mesures, même de caractère pénal, permettant notamment de dissuader ces ressortissants de demeurer illégalement sur le territoire »³¹⁷.

Dans un souci de clarté, la Cour apporte dans l'arrêt *Achughbabian* une précision supplémentaire en indiquant que la directive 2008/115 ne s'oppose pas à un placement en détention en vue de la détermination du caractère irrégulier ou non du séjour d'un ressortissant de pays tiers³¹⁸. Les autorités doivent disposer à cet égard d'un délai certes bref mais raisonnable et d'agir avec diligence et de prendre position sans tarder sur le caractère régulier ou non du séjour de la personne concernée³¹⁹.

On peut en conclure que la détention pénale d'un ressortissant de pays tiers est possible ou non selon les moments de la procédure : d'abord permise à titre préventif afin de déterminer le caractère régulier ou irrégulier de son séjour, ensuite interdite pendant la procédure de retour durant laquelle la personne ne peut être placée qu'en rétention administrative en vue de son éloignement dans les limites prévues par la directive 2008/115, enfin possible dans le cadre d'une condamnation pénale pour séjour irrégulier si le ressortissant de pays tiers se maintient sur le territoire sans motif valable après l'échec de la procédure d'éloignement.

³¹⁵ CJUE, 28 avril 2011, C-61/11.

³¹⁶ § 37.

³¹⁷ Point 52.

³¹⁸ Point 29.

³¹⁹ Point 31.

2.2.3. La restriction des contrôles intérieurs dans l'espace Schengen

La Cour a également été amenée à se prononcer sur la compatibilité des contrôles intérieurs effectués en l'espèce par la France dans les zones frontalières avec la suppression des contrôles aux frontières intérieures dans l'espace Schengen. Ceux-ci sont expressément autorisés par l'article 21 du Code frontières Schengen pour autant qu'ils n'ont pas un effet équivalent aux contrôles aux frontières. Acceptant l'idée que l'objectif de vérification du respect des obligations de port et de présentation des documents prévus par la loi française ne poursuit pas le même objectif que les contrôles aux frontières, la Cour considère cependant que de telles vérifications, indépendantes du comportement des personnes et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, contrevient à la suppression des contrôles aux frontières intérieures « en l'absence de l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que son exercice pratique ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières »³²⁰.

La question tranchée par cet arrêt est de pleine actualité au moment où il est envisagé dans une proposition de la Commission d'élargir les cas dans lesquels il est possible de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles afin de lutter contre l'immigration illégale³²¹ dans des cas où des Etats membre failliraient à leurs obligations de contrôle de leur part des frontières extérieures communes. Alors que le principe de l'espace sans frontières intérieures a été intégré dans diverses dispositions des traités (article 3, §2 TUE, article 26, §2 TFUE, article 67, §1^{er}, a) TFUE et article 77, §1^{er}, a) TFUE), y introduire une nouvelle exception par le droit dérivé constitue une opération délicate.

2.3. La remise en question par le juge européen : le refus de l'utilisation automatique du système « Dublin » entre Etats membres de l'Union européenne

Peu après la retentissante décision *MSS* de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné sur base des articles 3 et 13 CEDH la Grèce ainsi que la Belgique pour avoir transféré un demandeur d'asile vers la Grèce (supra), la Cour de justice a également été amenée à se prononcer dans l'affaire *N & S* sur la compatibilité du transfert de demandeurs d'asile en vertu du système Dublin toujours vers la Grèce en tant qu'Etat responsable mais cette fois à l'initiative du Royaume-Uni, avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en particulier.

Se situant dans la droite ligne de la jurisprudence de Strasbourg dont elle rappelle explicitement l'arrêt *MSS*, la Cour estime dans un considérant de principe que « l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³²² doit être interprété en ce sens qu'il incombe aux Etats membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'Etat membre responsable au sens du règlement 343/203 (dit Dublin) lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet Etat membre constituent des motifs avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition »³²³. Elle conclut, on ne peut plus nettement, que « le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une présomption irréfragable selon laquelle l'Etat membre que l'article 3, paragraphe 1^{er} du

³²⁰ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, C-188/10.

³²¹ COM(2011)560 du 16 septembre 2011.

³²² Pendant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³²³ Point 94.

règlement 343/2003 désigne comme responsable respecte des droits fondamentaux de l'Union »³²⁴. Voilà qui condamne pour la seconde fois tout aussi nettement la mise en œuvre du système Dublin par les Etats membres de l'Union européenne.

Ce n'est pour autant pas le système Dublin qui est condamné en tant que tel, mais bien l'utilisation aveugle que les Etats prétendaient pouvoir en faire entre membres de l'Union européenne. La Cour de Luxembourg ajoute en effet deux éléments supplémentaires qui méritent l'attention et constituent des indications quant à la manière dont les Etats membres peuvent continuer à utiliser le règlement Dublin dans l'avenir. Premièrement, elle indique qu'il ne serait pas compatible avec les objectifs et le système du règlement 343/2003 que la moindre violation des directives 2003/9, 2004/83 ou 2005/85 suffise à empêcher tout transfert d'un demandeur d'asile vers l'Etat membre normalement compétent³²⁵. Secondement, elle ajoute « qu'il importe que l'Etat membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile veille à ne pas aggraver une situation de violation des droits fondamentaux de ce demandeur par une procédure de détermination de l'Etat responsable qui serait d'une durée déraisonnable » et « qu'au besoin il lui incombe d'examiner lui-même la demande conformément aux modalités prévues à l'article 3, paragraphe 2, du règlement 343/2003 »³²⁶.

Outre les Etats membres quant à la manière d'utiliser le système Dublin d'une manière conforme aux droits humains, le législateur européen peut aussi trouver dans cet arrêt un certain nombre d'enseignements précieux pour la refonte du règlement Dublin II actuellement en cours d'examen sur base d'une proposition de la Commission.

Il ressort des négociations en cours au Conseil que la proposition de la Commission visant à instaurer un mécanisme de suspension des transferts « Dublin » vers les Etats membres confronté à une situation d'urgence particulière ou incapables de faire face à leurs obligations européennes en matière d'asile³²⁷ rencontre au sein du Conseil l'hostilité générale des Etats membres qui ont formulé une contre-proposition. Celle-ci repose sur la mise en place d'un mécanisme non plus a posteriori, mais bien a priori visant à prévenir des situations de crise de nature à empêcher la mise en œuvre du règlement Dublin entre Etats membres. L'idée est d'imposer à l'Etat membre concerné de mettre en œuvre un plan préventif, voire en cas de besoin un plan de crise de manière à résoudre les problèmes qui se posent.

Si la jurisprudence *MSS* et *N & S* n'impose de recourir à aucune des deux formules envisagées, il est certain en revanche qu'elle exige d'éviter que ne se répètent des transferts vers des Etats membres connaissant une situation semblable à celle qui a existé en Grèce. Elle requiert donc que les mécanismes d'information sur les risques graves que les demandeurs d'asile pourraient éventuellement courir dans certains Etats membres soient suffisamment robustes pour recueillir rapidement des informations dont l'analyse conduira les autorités compétentes à prendre les mesures nécessaires pour ce qui est de la possibilité de continuer à utiliser le système Dublin dans leurs relations avec l'Etat membre mis en cause.

Ce contentieux fait office de révélateur des lacunes du système de protection européen. L'un des mécanismes fondamentaux à la base de l'efficacité du droit de l'Union européenne, le recours en constatation de manquement à l'encontre des Etats membres, actionné par

³²⁴ Point 105.

³²⁵ Point 84.

³²⁶ Point 98.

³²⁷ COM(2008)820 du 3 décembre 2008.

la Commission, n'a pas permis dans le passé d'éviter une affaire telle que *MSS*. Il aura fallu l'intervention d'un organe étranger à l'Union européenne, la Cour des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, pour que des garanties fondamentales du droit de l'Union soient à nouveau respectées en son sein. Dès lors que les mécanismes de surveillance des autorités européennes démontrent ainsi à quel point ils sont faillibles, il apparaît fondamental d'y remédier. Reconnaître un droit de recours effectif aux individus contre une décision de transfert est discuté dans le cadre de la refonte de Dublin et il importe que cette nécessité soit intégrée au texte qui sera finalement adopté afin de satisfaire aux exigences de la jurisprudence européenne. Si la seule introduction d'un tel recours n'aurait par elle-même pas automatiquement d'effet suspensif comme envisagé, la possibilité de demander la suspension de l'exécution de la mesure entraînant cette fois automatiquement le sursis à exécution, doit à tout le moins être prévue pour que le recours puisse être considéré comme effectif³²⁸.

La Cour de justice effectue également une référence à l'article 80 TFUE³²⁹ dans l'arrêt *N et S*. Celle-ci donne à penser que la Cour considère l'obligation pour tout Etat membre de prendre en charge un demandeur d'asile et l'examen de sa demande en cas d'impossibilité de le transférer vers l'Etat responsable ne faisant plus face à ses obligations, relève de la solidarité entre Etats membres d'une Union engagée dans la construction d'un système d'asile européen commun. On rappellera que la Cour de justice avait déjà affirmé que les directives adoptées en matière de libre circulation des personnes reposent sur une certaine solidarité financière entre Etats membres³³⁰ et qu'elle avait ensuite bâti une jurisprudence ambitieuse sur base de la notion de citoyenneté européenne ayant très directement inspiré le législateur européen lorsque celui-ci a consolidé le droit dérivé en la matière en adoptant la directive 2004/38. A propos de l'actuelle controverse entourant l'adoption du programme de réinstallation des réfugiés sur la question de savoir si l'article 80 TFUE constitue ou non une base juridique pouvant être utilisée indépendamment ou complémentarément aux compétences directes de l'UE en matière d'asile³³¹, il apparaît donc que la jurisprudence de la Cour fournit déjà une première indication. Elle ne considère pas cette disposition comme étant d'ordre purement programmatique.

3. LES CONSEQUENCES POTENTIELLES DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE SUR LE DROIT EUROPEEN DE L'ASILE ET DE L'IMMIGRATION

Relever la place prépondérante qu'occupent les droits fondamentaux au plan interne comme au plan européen au sein du droit applicable à l'asile et à l'immigration relève de l'évidence, en particulier en mettant cette situation en perspective avec le passé. L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ne peut qu'accentuer cette évolution, même s'il est nécessaire d'ordonner ce mouvement.

³²⁸ Voyez à ce sujet notre étude, *La mise en place d'un système d'asile européen commun, Bilan de l'application des instruments existants et propositions pour le nouveau régime*, Etude pour le Parlement européen, 2010, pp. 363-366.

³²⁹ Point 93.

³³⁰ CJCE, 28 septembre 2001, *Grzelczyk*, point 44.

³³¹ Voyez à ce sujet les déclarations du Conseil, du Parlement et de la Commission qui seront annexées à la décision amendant sur ce point le Fonds européen des réfugiés (Doc 6444/12 du 1er mars 2012).

3.1. La montée en puissance de la protection des droits fondamentaux

Après le « vide » dans lequel l'Union européenne a longtemps évolué, faute de disposer d'un catalogue de référence en matière de droits fondamentaux, la situation actuelle est exactement inverse. Outre la Convention européenne avec les perspectives d'adhésion, la Charte des droits fondamentaux et la Convention de Genève forment le noyau de la protection des droits fondamentaux, en même temps que les juridictions en charge de leur protection s'ouvrent progressivement aux requérants.

Pour bénéfique qu'elle soit, cette montée en force pose des interrogations auxquelles l'Union ne pourra durablement se soustraire.

La première de ces interrogations est technique. Le droit de l'Union ne saurait continuer à être élaboré sur la seule base du considérant « balai » relatif à l'application de la Charte systématiquement inséré dans la législation. Une analyse plus fine des contraintes jurisprudentielles pesant sur l'Union permettrait à la fois de satisfaire les obligations auxquelles elle est soumise mais aussi de cadrer les négociations au sein des institutions. L'évaluation en amont, les études d'impact relatives notamment à la jurisprudence de la CEDH devraient être bien davantage intégrées à la préparation et à la négociation des textes, sous peine de difficultés à venir dans les prétoires. Au stade de l'application de cette législation, la prise en compte de ces préoccupations est également nécessaire même si elle se heurte évidemment à l'impératif d'efficacité qui pèse sur l'Union dans sa gestion des politiques d'asile et de régulation des flux migratoires. A cet égard, la lourdeur et la lenteur des procédures contentieuses est évidemment inadaptée aux besoins spécifiques de ces politiques. Elle pose la question empoisonnée de la spécialisation tant des voies de recours que des juridictions susceptibles d'en traiter.

La seconde interrogation est politique. La contestation contemporaine du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour minoritaire qu'elle soit, n'en exprime pas moins une inquiétude des Etats parties qu'il convient de ne pas négliger.

Le cri d'alarme du Président de la Cour en 2011 concernant l'afflux des demandes provisoires lui donne corps. Ce dernier avait rappelé l'essentiel : la subsidiarité du contrôle effectué par la Cour européenne. Il soulignait justement que « la Cour n'est toutefois pas une instance d'appel européenne des décisions en matière d'asile et d'immigration rendues par les juridictions nationales... Lorsque les procédures nationales relatives à l'immigration et à l'asile comportent déjà un exercice d'appréciation des risques et qu'on peut considérer qu'elles sont conduites équitablement et dans le respect des droits de l'homme, on ne devrait demander à la Cour d'intervenir que dans des cas véritablement exceptionnels ». Il va de soi, et la Cour l'indique elle-même³³², qu'elle n'est pas un troisième ou un « quatrième degré d'instance », pas davantage en matière migratoire qu'ailleurs.

D'autres sont en revanche tentés d'utiliser les mêmes thèmes, ceux de la subsidiarité et de la marge nationale d'appréciation des Etats, pour revendiquer davantage de liberté et cantonner la Cour européenne. Le discours du premier ministre britannique devant l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 25 janvier 2012, invitant la Cour à la Cour européenne des droits de l'Homme à ne pas être une « Cour de quatrième instance » illustre ce mouvement. Revendiquant un plus grand respect de la marge nationale d'appréciation des Etats parties, l'actuelle présidence du Comité des ministres a posé

³³² CEDH, 15 janvier 2007, *Sissoyeva c. Lettonie*.

clairement le problème : «... another example of this – and one we can all agree on – is in the area of immigration. At Izmir, we collectively invited the Court, “to avoid intervening except in the most exceptional circumstances.” All states agreed that the Court was, in some cases, too ready to substitute its judgment for that of reasonable national processes and all agreed that that was not its role. In other words, it should not see itself as an immigration tribunal ».

Ce faisant, cette opinion exprime tout haut le sentiment d'un grand nombre d'Etats parties. La réflexion sur l'avenir de la Cour, engagée à Interlaken en 2010, Izmir en 2011 et qui va se poursuivre à Brighton, porte évidemment sur le moyen de faire face à l'engorgement de la Cour mais aussi, implicitement, sur la façon de desserrer la pression du point de vue des Etats membres, le chantier de l'immigration étant l'un des plus sensibles.

Le traitement judiciaire des questions migratoires au plan européen ne saurait donc se distinguer au sein des questions posées par le fonctionnement de la justice européenne. Il en illustre les difficultés parce qu'il est un contentieux de masse mais aussi parce que sa complexité contrarie parfois le besoin d'efficacité ressenti par les particuliers comme par les Etats. Il peut donc être perçu comme un véritable « laboratoire » de la protection des droits fondamentaux en Europe.

3.2. La valeur ajoutée et l'autonomie de la Charte des droits fondamentaux

L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux est encore trop récente pour que l'on puisse en déduire des conclusions significatives du point de vue de la protection des droits fondamentaux des étrangers, en particulier au vu du faible nombre d'affaires contentieuses la concernant.

Son statut contentieux n'est pas aussi bien dessiné qu'on le prétend, en particulier à la veille de l'adhésion de l'Union à la Convention. L'examen de la jurisprudence européenne témoigne en tout état de cause qu'il n'y a pas eu jusqu'ici « d'avant » et « d'après » Charte des droits fondamentaux. Son apparition n'a entraîné aucune inflexion notable de la jurisprudence en matière d'asile et d'immigration et le risque d'une complexification de la protection des droits fondamentaux du seul fait de son apparition ne doit pas être négligé. Il serait donc présomptueux d'anticiper les réponses nouvelles que la Charte est susceptible d'apporter.

Les conséquences matérielles de la Charte sont vraisemblablement réduites, à court terme, puisque telle était la volonté des auteurs du texte, animés du souci de raisonner à droit constant³³³. Les « explications » accompagnant la Charte ne font que renforcer de constat. C'est donc sur le terrain opérationnel qu'il faut se situer pour saisir l'apport réel de la Charte au droit européen de l'asile et de l'immigration. Là, les perspectives sont différentes et l'hypothèse de l'autonomie de raisonnement à partir de la Charte demeure ouverte.

L'Union européenne dispose aujourd'hui de deux instruments juridiques susceptibles de garantir la protection des droits fondamentaux dans le champ de l'asile et de l'immigration et ce sera le cas plus nettement encore au lendemain de l'adhésion à la CEDH. Cette dualité des sources laisse entière l'hypothèse de la concurrence comme celle de la complémentarité. Elle permet aussi bien la prise d'autonomie de l'Union et de son juge

³³³ Voir les conclusions de l'Avocat général Jääskinen : « la Charte des droits fondamentaux n'a fait que codifier des droits déjà garantis dans l'Union », CJUE, 10 mai 2011, Römer, C-147/08, point 147.

marquant ainsi leur préférence pour un instrument interne que la soumission à l'égard d'un instrument externe. Il est bien évidemment trop tôt pour en juger et la faible jurisprudence de la CJUE à cet égard ne permet pas d'en tirer beaucoup d'enseignements³³⁴. La Charte a d'ores et déjà prévu des règles de résolution des conflits éventuels quant à son interprétation, comme on l'a vu avec ses articles 52 et 53.

L'hypothèse de la complémentarité et de la coexistence harmonieuse entre les deux textes de référence et l'action des deux juridictions suprêmes est donc plausible. Elle prévaut aujourd'hui.

Cependant, la règle de conflit de l'article 52 §3 qui donne priorité à la « protection plus étendue » ne doit pas être sous-estimée. Sur cette base, le droit de l'Union peut développer des standards de protection plus ambitieux que la CEDH et il appartiendra à la Cour de justice de déterminer sa politique jurisprudentielle à cet égard. L'exemple de la jurisprudence *Elgafaji* peut faire école et la marge d'autonomie de la Cour est suffisante pour donner une véritable valeur ajoutée à la Charte des droits fondamentaux en poussant le curseur plus loin. Elle peut être incitée à aller de l'avant.

En premier lieu, la Charte peut l'y inviter elle-même. Ici, nul besoin d'une construction par « ricochet » ou d'une interprétation extensive comme la CEDH a dû le bâtir afin d'assurer la protection des ressortissants de pays tiers. La Charte se saisit directement de la « protection » des droits des étrangers dans ses articles 18³³⁵ et 19³³⁶ fournissant ainsi un titre juridique parfaitement utilisable pour l'intervention de la Cour. A cet égard, les termes de l'article 18 relatif au droit d'asile permettraient une lecture dynamique allant au delà de la reconnaissance de l'existence du droit d'asile et de son respect. Il pèse désormais sur l'Union européenne et ses Etats membres une véritable « obligation positive » impliquée par la nécessité de « garantir » le droit d'asile. Cette « obligation positive » implique une obligation de « faire » allant au delà d'une obligation de « ne pas faire », celle de l'interdiction classique de transgresser la convention de Genève. Les obligations déduites de l'article 18 ne s'arrêtent pas au principe de non refoulement mais exigent que tout soit fait pour permettre un bénéfice effectif de cette protection, y compris par l'édification d'un statut approprié.

En second lieu et c'est là le véritable enjeu, l'incitation des juridictions nationales peut être un puissant levier pour inviter la Cour à dépasser le standard conventionnel. L'affaire *N.S* est exemplaire de cette pression que les juges nationaux peuvent établir sur le juge de l'Union afin d'obtenir les certitudes dont ils ont besoin pour trancher au fond. En l'espèce, la Court of Appeal britannique ne fait pas dans la nuance et elle interroge brutalement la Cour de justice : « la portée de la protection conférée à une personne à laquelle s'applique le règlement 343/2003 par les principes généraux du droit de l'Union européenne et notamment les articles 1^{er}, 18 et 47 de la Charte est-elle plus étendue que celle conférée par l'article 3 de la CEDH ? »³³⁷. Habilement, la CJUE fait mine de ne pas avoir besoin de

³³⁴ Dans d'autres domaines tels que le droit à une protection juridictionnelle effective, la Cour n'a pas hésité à mettre en avant l'autorité de la Charte, aux côtés de la CEDH : « S'agissant de droits fondamentaux, il importe, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, de tenir compte de la charte, laquelle a, aux termes de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, « la même valeur juridique que les traités ». L'article 51, paragraphe 1, de ladite charte prévoit en effet que les dispositions de celle-ci s'adressent aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », CJUE, 22 décembre 2010, DEB, C-279/09 point 30.

³³⁵ «Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne».

³³⁶ Article 19 §1 : «Les expulsions collectives sont interdites ». Article 19 §2 : « Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

³³⁷ CJUE, 21 décembre 2011, C-411/10 point 50.

répondre aussi franchement à la question puisque la jurisprudence *MSS* rendue par la Cour européenne « a revu sa position » par rapport à la situation antérieure qui aurait pu obliger à raisonner de cette façon³³⁸.

Il est très vraisemblable qu'à l'avenir, comme en l'espèce, les plaideurs ne se feront pas faute de solliciter le juge interne sur ce terrain.

3.3. L'articulation du droit de l'Union avec les normes internationales

D'avantage qu'aucune autre matière, le droit européen de l'asile et de l'immigration entraîne ses juges sur le terrain international, les obligeant ainsi à une combinaison délicate des sources internationales applicables en la matière.

3.3.1. La protection juridictionnelle de la Convention de Genève

Le juge de l'Union est dans une position ici plus confortable que le juge de Strasbourg dans la mesure où les traités comme la Charte des droits fondamentaux soulignent l'obligation de conformité à la Convention de Genève qui pèse sur l'action de l'Union et donc des Etats membres lorsqu'ils appliquent le droit dérivé de l'Union³³⁹. La quasi-totalité de sa jurisprudence se réfère donc directement à la Convention de Genève. Comme on l'a vu longuement plus haut, tel n'est pas le cas de la Cour européenne qui fait transiter son raisonnement par le jeu de l'article 3, ce qui l'a conduite progressivement à se faire l'interprète de la Convention de Genève.

Ce n'est donc pas le moindre des paradoxes que de voir les deux juridictions suprêmes largement utiliser un texte, celui de Genève, qui ne les concerne pas directement. Loin d'être contre productive, cette intervention contribue largement à une meilleure protection juridictionnelle de la Convention de Genève. Celle-ci permet ainsi aux deux juridictions de faire concorder leur point de vue comme dans les affaires *MSS* et *NS*.

Cela permet également de dégager des principes d'interprétation de la Convention de Genève, d'autant plus faciles et nécessaires que la législation dérivée de l'Union la met profondément en œuvre. Cela permet également aux deux juridictions de prendre en considération des points de vue aussi déterminants que ceux du HCR ou des ONG, encore qu'il conviendrait sans doute de revoir les règles relatives à l'intervention de tiers à l'instance en matière de renvoi préjudiciel de manière à leur permettre d'intervenir directement devant la Cour de Justice. De même, le juge peut-il, comme le fait la Cour dans l'affaire *MSS*, souligner la particulière « vulnérabilité » des demandeurs d'asile et contribuer ainsi à la consolidation du statut du demandeur d'asile. Enfin, il n'est pas moins piquant de voir la pression conjointe exercée par les deux Cours sur les Etats membres à cette occasion. Le meilleur exemple en est fourni lorsque la Cour européenne s'appuie sur les propositions de révision de la législation de Dublin dans l'affaire *MSS* et que la Cour de justice enfonce le clou dans l'affaire *N.S.* : « il importe de relever la pertinence des rapports et des propositions de modification du règlement 343/2003 émanant de la Commission et dont l'Etat membre qui doit proposer le transfert ne peut ignorer l'existence eu égard à sa participation au travaux du Conseil de l'Union, lequel est destinataire de ces

³³⁸ Id. point 112.

³³⁹ Article 18 précité de la Charte et article 78 §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 ».

documents »³⁴⁰.

Dès lors, mise à part l'hypothèse visée par le point 6.2.1 du Programme de Stockholm qui évoque l'hypothèse de l'adhésion de l'Union à la Convention de Genève, la protection juridictionnelle du texte est l'une des grandes avancées réalisée par les deux Cours.

3.3.2. Les perspectives de l'adhésion à la CEDH

Le processus de négociation de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme étant avancé, il est possible d'en esquisser quelques perspectives du point de vue du contrôle juridictionnel du droit européen de l'asile et de l'immigration après en avoir souligné les principales conséquences.

L'adhésion de l'Union à la CEDH permettra à la fois d'assurer la cohérence de la protection des droits fondamentaux sur le continent européen et procurera aux citoyens de l'Union une garantie identique vis-à-vis des agissements de l'Union et vis-à-vis des agissements des Etats membres. Pour cela, soumettre l'Union européenne à un contrôle juridictionnel externe constitue une véritable révolution juridique dont les contours ne sont pas complètement dessinés et dont la validation n'est pas encore effectuée. En l'état, deux grandes originalités se dégagent de la négociation en cours : celle dite du « mécanisme de co-défendeur » qui permettra à l'Union et aux Etats membres de participer conjointement à la procédure et celle de la saisine préalable de la Cour de justice afin de lui permettre de « filtrer » les demandes en se prononçant en premier lieu.

D'un point de vue concret et sous l'angle de la protection juridictionnelle du droit européen de l'asile et de l'immigration, le second mécanisme, celui de « l'implication préalable » de la Cour de justice (« prior involvement ») pose le plus de questions.

Il consiste à organiser l'intervention préalable de la CJUE avant celle de la CEDH, afin de préserver l'autonomie et la spécificité du droit de l'Union c'est-à-dire à garantir le monopole dont elle bénéficie en vertu des traités fondateurs³⁴¹. Il serait profondément anormal en effet de pouvoir mettre en cause la conformité d'un acte d'application du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux sans que cette conformité ait pu être vérifiée préalablement par le juge de l'Union. Dans le même ordre d'esprit, si l'on songe à l'hypothèse du recours inter-étatique de la CEDH, cas de figure que l'on ne peut totalement écarter en matière d'asile et d'immigration au vu des précédents italien et grec, il ne serait pas concevable de voir porter un recours à Strasbourg au mépris des procédures de l'Union.

Faisant la preuve du « dialogue des juges », les présidents de deux Cours avaient signifié dans une « communication commune » en mai 2010 que le renvoi préjudiciel ne constituait pas une voie de recours interne à épuiser avant de saisir la Cour européenne, obligeant les négociateurs de l'adhésion à trouver une parade. Concrètement, un étranger touché par

³⁴⁰ Point 92.

³⁴¹ Voir la Résolution du Parlement européen sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'UE à la CEDH (2009/2241 (INI)) du 19 mai 2010, §1 : « l'adhésion ne mettra nullement en question le principe de l'autonomie du droit de l'Union car la Cour de justice de l'Union européenne restera le juge suprême unique pour les questions touchant au droit de l'Union et à la validité de ses actes, la Cour européenne des droits de l'Homme ne pouvant être considérée que comme une instance exerçant un contrôle externe sur le respect, par l'Union, des obligations de droit international découlant de son adhésion à la CEDH; le rapport entre les deux juridictions européennes n'est pas un rapport d'hierarchie mais de spécialisation; la Cour de justice de l'Union européenne aura ainsi un statut analogue à celui qu'ont actuellement les cours suprêmes des Etats membres par rapport à la Cour européenne des droits de l'Homme ».

une mesure nationale d'application du droit de l'Union en matière migratoire peut adresser la requête à la Cour européenne dès lors que les voies de recours interne sont satisfaites, ce dont le renvoi préjudiciel ne fait pas partie. Son omission ou le refus du juge interne de transmettre le renvoi préjudiciel n'influent pas sur la recevabilité de sa requête et les contentieux *M.S.S* et *N.S* engagés sur les mêmes fondements montrent bien ce que la démarche parallèle des deux juridictions peut comporter de risques pour la cohérence du droit.

En l'état des négociations, le projet du CDDH privilégie un processus typiquement institutionnel, purement interne à l'Union puisque la Cour européenne n'y intervient pas. Par le biais du mécanisme du codéfendeur et indépendamment de tout recours interne relevant des requérants au sens de l'article 35 de la CEDH, la Cour de justice sera mise en situation de se prononcer sur la compatibilité de la norme de l'Union avec les droits fondamentaux. Le temps nécessaire devra être accordé à la Cour de justice pour procéder à cet examen et, ensuite, aux parties pour formuler leurs observations à la Cour européenne, dont les compétences ne sont évidemment pas affectées par ce dispositif.

Satisfaisant pour l'esprit en ce qu'il implique de cohérence à venir, le système retenu n'en demeure pas moins déconnecté des réalités concrètes. La crise du contentieux européen relatif à l'asile et l'immigration ne trouvera sans doute là guère de solutions pratiques à ses problèmes. Cette crise est avant tout une crise de la subsidiarité juridictionnelle.

CHAPITRE 5 : EN GUISE DE CONCLUSION

L'examen systématique de la jurisprudence des deux grandes Cours suprêmes européennes relative au droit de l'asile et de l'immigration fait apparaître un certain nombre de constats significatifs, étant entendu que ce contentieux est d'une nature très particulière, fait parfois de vie et de mort pour ceux qui en sont l'objet.

En premier lieu, il n'est pas contestable, que la Cour européenne des droits de l'homme a occupé et continuera à occuper une place déterminante pour la protection des droits fondamentaux des migrants. Au fond comme dans la recherche d'un équilibre avec les besoins de l'ordre public, sa jurisprudence constitue la colonne vertébrale du droit européen de l'asile et de l'immigration. Cette place était soit vacante dans le cas de la Cour de justice, soit désertée pour ce qui est des juridictions nationales. L'inquiétude causée par un tel constat, vingt ans après Schengen et Maastricht, appelle une réflexion approfondie à l'instant où les jurisprudences récentes de la Cour de Strasbourg font l'objet de critiques de la part des Etats membres.

La jurisprudence européenne a établi justement un cadre hiérarchisé à l'intérieur duquel les politiques migratoires des Etats et de l'Union européenne se sont inscrites. Sans toujours disposer d'un support textuel solide, la Cour a dessiné des lignes « rouges » infranchissables par les Etats membres quel que soit le contexte, celles des droits intangibles à la vie et à l'intégrité physique, tandis que la marge d'appréciation qu'elle reconnaissait aux Etats dans les autres cas leur permettait de conserver une certaine liberté de manœuvre. Le tout étant accompagné par des obligations procédurales qui sécurisent et rendent effectifs les droits garantis.

Ce faisant, la jurisprudence de la Cour européenne a fourni la trame du droit dérivé de l'Union européenne dans le domaine de l'asile et de l'immigration. En matière de protection internationale, la « protection subsidiaire » lui doit tout comme en matière de regroupement familial, l'appui sur ses solutions a été déterminant.

En contrepoint, le succès rencontré par le juge de Strasbourg interroge sur le caractère véritablement « subsidiaire » de son contrôle. Le nombre des recours déposés, sinon celui des arrêts, le chiffre particulièrement inquiétant des « mesures provisoires » accordées par le juge européen témoignent des carences des systèmes nationaux. Le filet de sécurité que le contrôle de la CEDH est censé représenter s'avère en l'espèce bien trop chargé pour n'être que subsidiaire. Pour ne citer que le récent arrêt *IM c. France* où le demandeur de protection est en passe d'être renvoyé, seule l'intervention en urgence de la Cour lui permet d'échapper au risque reconnu ensuite par le juge français. Pour ce cas d'espèce, combien ont été renvoyés vers leur persécuteur tant il est vraisemblable que ces situations sont plus nombreuses qu'on ne l'imagine ?

En second lieu, la place encore occupée par la jurisprudence européenne en matière migratoire, plus d'une décennie après le traité d'Amsterdam et le début de la production du droit dérivé de l'Union européenne, interroge quant aux insuffisances de la protection assurée par celle-ci. La faiblesse du contentieux de l'Union, s'il a quelques explications objectives, ne peut être acceptée. Même restreinte, l'intervention du juge de l'Union aurait du être bien plus considérable au vu de l'ampleur des interrogations suscitées par un droit souvent de piètre qualité en raison des conditions de sa négociation. Au vu de l'importance pratique des questions relatives au regroupement familial, comment expliquer la quasi-absence de renvoi préjudiciel sur des questions aussi controversées dans tous les Etats membres que l'intégration ou les conditions matérielles du regroupement ? Au regard des

contradictions de la législation relative à la protection, pourquoi ne pas avoir vu la Cour de justice être saisie de questions en grand nombre par les juridictions nationales ? A tout le moins, à l'instant où la justiciabilité de la Charte des droits fondamentaux est assurée et l'adhésion à la CEDH se profile, rechercher une explication à ces silences s'impose.

La première réponse est d'ordre temporel. L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la production difficile du droit dérivé dit de la « première génération » jusqu'en 2004, le délai nécessaire à sa transposition par les Etats membres avant son application sur le terrain réduisent en définitive la période à partir de laquelle on peut évaluer le maniement du droit de l'Union par les juridictions nationales. Le manque du recul nécessaire handicape l'évaluation. Il reste néanmoins étonnant que certains constats flagrants de dysfonctionnement du droit de l'asile et de l'immigration effectués dans les Etats membres n'aient pratiquement pas eu de traduction dans les prétoires. Il est difficilement compréhensible que la crise du système de Dublin mise en avant depuis plusieurs années ait du attendre la fin 2011 pour être abordée dans l'affaire *N.S* par la Cour de justice, et ce après que la Cour européenne des droits de l'homme ait dégagé le terrain dans l'affaire *MSS*. Ignorance des fondements européens de la législation nationale ou manque d'intérêt du juge interne envers la procédure de renvoi préjudiciel ? Il y a sans doute un peu des deux.

Il est révélateur de mettre en perspective l'asphyxie contentieuse constatée à Strasbourg, particulièrement attestée par le nombre des « mesures provisoires », et le quasi-silence conservé à Luxembourg sur les mêmes questions³⁴². Tout se déroule apparemment comme si le juge national éprouvait peu ou pas le besoin de recourir à l'assistance du juge de l'Union. Ceci n'est pas forcément caractéristique de la matière et s'inscrit dans un mouvement plus large. Dans son rapport d'activités pour l'année 2010, le président de la Cour souligne justement « l'augmentation sans précédent cette année du nombre des affaires introduites et notamment du nombre des demandes de décision préjudicielle soumises à la Cour »³⁴³. Le constat est exact en proportion car il s'agit d'une augmentation de 27,4 % par rapport à l'année précédente. En revanche, on peut être plus circonspect en volume puisque, toutes matières confondues, la Cour a été saisie de 381 affaires seulement dont à peine 1 sur 10 concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice³⁴⁴. La proportion est plus significative encore pour ce qui est des affaires clôturées par un arrêt ou un avis : sur 482 décisions rendues en 2010, 24 seulement portaient sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Au vu du contentieux de masse que le droit européen de l'asile et de l'immigration provoque, ce hiatus pose un problème de crédibilité de la protection juridictionnelle existante dans l'Union européenne.

D'autant que d'autres acteurs manquent à leurs responsabilités. Que la Commission, gardienne des traités, ait toléré, sans qu'un recours en manquement ait abouti, la situation prévalant en Grèce alors même que les mises en cause par la Cour européenne des droits de l'homme se généralisaient, n'est pas à porter à son crédit, au vu de la durée et de la gravité de la crise humanitaire dans cet Etat membre. Comme dans d'autres épisodes en matière de droits fondamentaux, tels que celui de la lutte contre le terrorisme ou les vols secrets de la CIA, c'est en définitive à Strasbourg que la protection s'avère la plus efficace, contraignant l'Union à mettre ses actes en phase avec ses discours. Il est alors paradoxal de constater qu'à l'instant où l'Union assume son identité en matière de protection des droits fondamentaux avec le traité de Lisbonne, elle ne soit pas pleinement capable d'exercer les responsabilités.

³⁴² Voir supra l'évaluation quantitative.

³⁴³ CJUE, Rapport général d'activités 2010, p. 9.

³⁴⁴ Toutes questions confondues.

Aussi, et en conclusion, les prises de position actuelles concernant la « subsidiarité juridictionnelle » à Strasbourg doivent être prudentes et mesurées à la hauteur des risques encourus par ceux que cette subsidiarité ne protège pas au niveau national. L'ampleur des difficultés rencontrées par les juridictions nationales à l'instant de gérer le contentieux de l'asile et de l'immigration doit au contraire inciter les juridictions européennes et en particulier la Cour de justice à s'engager plus activement encore sur le terrain de la protection juridictionnelle des individus.

LISTE DES PRINCIPAUX ARRÊTS DE LA CEDH

Applicabilité de la Convention

- 7 juillet 1989, SOERING: la Cour affirme l'applicabilité de la Convention européenne en matière d'éloignement en cas de risque de violation d'un droit qu'elle garantit
- 4 février 2005, MAMATKULOV et ASKAROV : la Cour affirme le caractère obligatoire des « mesures provisoires » qu'elle ordonne
- 23 février 2012, HIRSI JAMAA : la Cour reconnaît l'application extra-territoriale de la Convention et du Protocole n°4 sur les expulsions collectives
- 17 janvier 2012, OTHMAN (Abu Qatada) : la Cour précise le régime des « assurances diplomatiques » reçues de l'Etat de destination de l'étranger et admet l'applicabilité de l'article 6

Droit d'asile et protection subsidiaire

- 20 mars 1991, CRUZ VARAS : la Cour protège les demandeurs d'asile par le biais de l'article 3 CEDH
- 29 avril 1997, H.L.R : la Cour affirme la protection de l'article 3 à l'encontre de menaces émanant de personnes privées
- 11 juillet 2000, JABARI : la Cour contraint les Etats à un examen sérieux des demandes protection
- 21 janvier 2011, MSS c. Belgique : la Cour interdit l'application automatique du règlement Dublin entre Etats membres de l'Union et souligne la situation de vulnérabilité des demandeurs d'asile
- 28 février 2008, SAADI : la Cour réaffirme le caractère absolu de la protection contre la torture en matière d'éloignement, y compris au regard de la lutte contre le terrorisme

Droit à mener une vie familiale

- 28 mai 1985, ABDULAZIZ CABALES : la Cour pose le principe de la balance des intérêts en matière de regroupement familial des étrangers
- 19 février 1996, GÜL : la Cour cadre les limites du droit au regroupement familial en matière d'accès au territoire
- 18 octobre 2006, UNER : la Cour cadre l'étendue de la protection de la vie familiale en matière d'éloignement

Droits procéduraux

- 31 janvier 2012, M. S. : la Cour délimite le cadre des privations de liberté des étrangers
- 5 février 2002, CONKA : la Cour condamne les expulsions collectives
- 26 avril 2007, GEBREMEDHIN : la Cour condamne l'absence d'un recours effectif suspensif à la disposition d'un demandeur d'asile

LISTE DES PRINCIPAUX ARRÊTS DE LA CJUE

Droit d'asile et protection subsidiaire

- 17 février 2009, C-465/07, ELGAFAJI : La cour considère que l'existence de menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne du demandeur de la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle; en effet, l'existence de telles menaces peut exceptionnellement être considérée comme établie lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire, un risque réel de subir lesdites menaces.
- 17 juin 2010, C-31/09, BOLBOL : La Cour interprète directement la Convention de Genève dont elle assure le respect par le droit européen.
- 21 décembre 2011, C-411/10, N.S. : La Cour considère que le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une présomption irréfragable selon laquelle l'État membre que l'article 3, §1, du règlement « Dublin » désigne comme responsable, respecte les droits fondamentaux de l'Union européenne et que l'article 4 de la charte des droits fondamentaux doit être interprété en ce sens qu'il incombe aux États membres de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'État membre responsable lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. La Cour ajoute que l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile doit veiller à ne pas aggraver une situation de violation des droits fondamentaux du demandeur par une procédure de détermination de l'État membre responsable qui serait d'une durée déraisonnable.

Droit au regroupement familial

- 4 mars 2010, C-578/08, CHAKROUN : La cour considère que l'autorisation du regroupement familial étant la règle générale pour les membres de la famille nucléaire, la faculté des États membres de fixer des conditions au regroupement familial doit être interprétée de manière stricte. La marge de manœuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive, qui est de favoriser le regroupement familial, et à l'effet utile de celle-ci. La Cour considère également que l'article 17 de la directive 2003/86 impose une individualisation de l'examen des demandes de regroupement familial.

Droits procéduraux

- 6 décembre 2011, C-329/11, ACHUGHBABIAN : la Cour considère qu'une réglementation réprimant pénalement le séjour irrégulier ne trouve pas à s'appliquer pendant la procédure de retour mais peut trouver à s'appliquer lorsque la procédure de retour a été mise en œuvre et que le ressortissant de pays tiers se maintient irrégulièrement sur le territoire sans motif justifié.

Frontières

- 22 juin 2010, C-188/10, MELKI : La Cour, se basant sur le principe de l'absence de contrôles aux frontières intérieures prévu par les traités, considère que les Etats membres ne peuvent prévoir des contrôles d'identité dans la zone frontalière sans prévoir l'encadrement nécessaire garantissant que ceux-ci n'équivalent à des vérifications aux frontières.

REFERENCES

Nota bene : cette bibliographie se limite au droit de l'immigration et de l'asile de l'Union européenne qui est au cœur de cette étude. L'étendre depuis les années 1980 à la jurisprudence et à la doctrine relatives à la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'immigration et d'asile qui sont beaucoup mieux connues serait démesuré.

- BOUTRUCHE ZAREVAC S. (2009-2010), The Court of Justice of the EU and the Common European Asylum System: Entering the third phase of harmonisation, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 65
- DEBERSAQUES G. et BODART S. (2010), Le juge national du contentieux des étrangers entre normes nationales et européennes, http://www.juradmin.eu/seminars/Brussels2010/Rapport_general_fr%20.pdf
- DE BRUYCKER P. (2010), Jurisprudence de la Cour de justice au sujet des politiques d'immigration relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration (2006-2009), Cahiers de droit européen, n° 1-2, p.137
- DE BRUYCKER P. et alia (2010), La mise en place d'un système d'asile européen commun, Bilan de l'application des instruments existants et propositions pour le nouveau régime, Etude pour la Commission Libe du Parlement européen
- ERRERA R. (2011), Cessation and Assesment of New circumstances : a comment on Abdulla, CJUE, 2 mars 2010, International Journal of Refugee Law, Vol. 23, n°3, p.521
- ERRERA, R (2011), The CJEU and Subsidiary protection : reflections on Elgafaji and after, International Journal of Refugee Law, Vol. 23, p.93.
- GUILD E. et GARLICK M. (2012), Refugee protection, counter-terrorism and exclusion in the EU, Refugee Survey Quarterly, Vol.29, n°4, p.63
- LABAYLE H. (2002), Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de Justice : le cas de l'espace de liberté, sécurité et justice", in L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne après le traité de Nice, éd. de l'ULB, Bruxelles, p.73
- LABAYLE H. (2006), Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice dans l'Espace de liberté, sécurité et justice, Revue trimestrielle de droit européen, n°1, p.3
- LABAYLE H. (2007), Le juge dans l'Espace de liberté, sécurité et justice, Union des Avocats européens, Colloque de Côme, Bruylant, Bruxelles
- LABAYLE H. (2008), Le juge de l'Espace de liberté, sécurité et justice, Mélanges en l'honneur du Président Genevois, Dalloz, Paris
- LABAYLE H (2011), Le droit européen de l'asile devant ses juges , Revue française de droit administratif
- LENAERTS K. (2010), The contribution of the ECJ to the Area of Freedom, Security and Justice, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59, p.255.
- MORENO-LAX V. (2012) Dismantling the Dublin system : MSS v. Belgium and Greece, European Journal of migration and Law, Vol.14, p.1

- RAFFAELI R. (2011), Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive : an analysis of the El Dridi Case, European Journal of migration and Law, Vol. 13, p.467
- SKOURIS V. (2012), Use of the urgent preliminary ruling procedure, Documents of the Council of the European Union, n°6140/12
- United Nations High Commissioner for Refugees, Statement on the « ceased circumstances » Clause of the EC Qualification directive (2008) <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48a2f0782.html>

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE C

DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

Rôle

Les départements thématiques sont des unités de recherche qui fournissent des conseils spécialisés aux commissions, délégations interparlementaires et autres organes parlementaires.

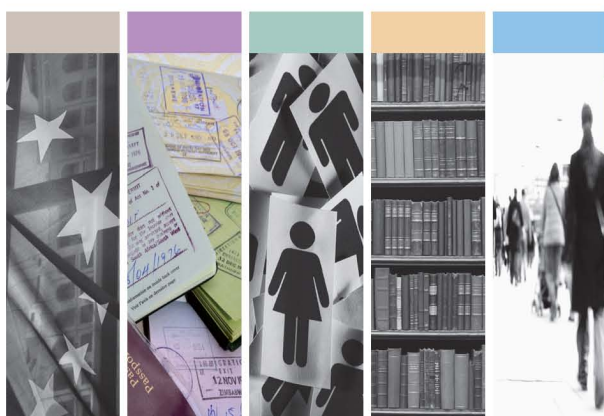
Domaines

- Affaires constitutionnelles
- Liberté, sécurité et justice
- Égalité des genres
- Affaires juridiques et parlementaires
- Pétitions

Documents

Visitez le site web du Parlement européen: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

SOURCE PHOTO: iStock International Inc.



ISBN
doi: