Repenser leur droit d'asile commun : un impératif pour les Européens

Claire Brice-Delajoux

Maître de Conférences en droit public – HDR, Centre de recherche Léon Duguit (CRLD), Université Paris Saclay (Université d'Evry Val d'Essonne) ; Codirectrice du Master 2, Droits de l'Homme et Droit humanitaire

SOMMAIRE

- I. Le diagnostic : certains outils essentiels conduisent à un renoncement au droit d'asile
 - A. Un « système Dublin » devenu caduc
 - 1. Inacceptable du point de vue des États placés aux frontières internes de l'espace Schengen
 - 2. Inacceptable par ses conséquences sur la situation des demandeurs d'asile
 - B. La tentation de l'externalisation du droit d'asile à travers le concept de « pays tiers sûr » : vers le renoncement des États membres à leurs obligations de protection
 - 1. Un concept juridiquement intenable
 - 2. Une mise en œuvre du concept de « pays tiers sûr » génératrice de multiples dangers
- II. Le remède : la nécessité de penser de nouveaux mécanismes
 - A. Substituer à Dublin un principe de prise en charge équitable entre États membres
 - B. Déployer la réinstallation à une autre échelle
 - C. Installer une agence européenne de protection indépendante

Alors que le Parlement français vient d'adopter une nouvelle loi sur l'asile et l'immigration¹ présentée, dans son premier volet, comme renforçant l'accès à un droit d'asile effectif, un très grand nombre de spécialistes et acteurs de ce domaine ont souligné l'incapacité de ce texte à remédier aux véritables freins au droit d'asile aujourd'hui en France.

Toutes les dispositions de cette loi réduisant encore les délais d'examen, officiellement pour protéger plus rapidement, officieusement pour éloigner plus rapidement les déboutés, présentent le risque

1. Cette loi, définitivement adoptée le 1^{er} août 2018, est actuellement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel suite à plusieurs recours déposés par des parlementaires. Elle n'a par conséquent pas encore été promulguée au 27 août 2018.

d'altérer matériellement et psychologiquement la capacité de nombre de personnes à faire valoir leur droit à une protection.

À l'inverse, les freins existants ne sont pas traités. Ceux-ci tiennent d'abord à l'accès au dépôt de la demande d'asile proprement dite, en amont donc de cette demande. Ils s'expliquent en partie par l'insuffisance des moyens humains alloués par l'État au niveau des préfectures et de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), responsables de l'enregistrement des demandes d'asile et du déclenchement des droits destinés à assurer la dignité des demandeurs d'asile le temps de la procédure. Ces droits eux-mêmes ne sont pas toujours effectifs en pratique, privant nombre de demandeurs d'asile d'un logement pourtant prévu par la loi et d'un accompagnement social souvent indispensable. Les faiblesses tiennent donc en partie à une question de moyens. Mais la saturation des logements est aussi liée au « système Dublin » dont l'application a véritablement explosé en 2017. C'est qu'en réalité, les insuffisances du droit d'asile en France s'expliquent, de façon beaucoup plus globale, par les failles même du système d'asile européen dans lequel la France est imbriquée. Pourtant, les négociations en cours à Bruxelles depuis mai 2016 pour réformer le régime d'asile européen commun (RAEC)² ne semblent pas de nature à y remédier. Pire, elles pourraient les aggraver. Il faut en effet expliquer que certains cadres essentiels du droit européen de l'asile, dans leur formulation actuelle mais également dans les modifications projetées, conduisent à de véritables violations du droit d'asile (I). Il est donc urgent de repenser le RAEC et d'empêcher la poursuite d'une logique européenne qui assimile le droit à une protection internationale à un risque migratoire à contrôler (II).

I. Le diagnostic : certains outils essentiels conduisent à un renoncement au droit d'asile

Deux points en particulier du droit européen de l'asile sont à repenser complètement voir à bannir : le « système Dublin » lui-même (A) et le concept aujourd'hui facultatif mais pressenti pour devenir obligatoire de « pays tiers sûr » (B).

A. Un « système Dublin » devenu caduc

Le bilan du « système Dublin » est accablant. La Commission européenne elle-même le reconnaît après avoir fait procéder à son évaluation externe³.

Née en 1990 pour éviter l'instrumentation du droit d'asile – *l'asylum shopping* – et l'embolie des systèmes d'examen nationaux, la Convention de Dublin pose pour règle qu'un seul État de l'espace

2. Est actuellement en discussion une nouvelle vague de réforme du « paquet asile ». Celui-ci se compose de propositions visant à renforcer le mandat du bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) pour le transformer en une Agence de l'Union européenne pour l'asile, de la réforme du « système Dublin », de modifications du système Eurodac, de propositions pour un nouveau règlement sur les procédures d'asile et un règlement relatif aux conditions que doivent remplir les demandeurs d'asile (tous deux destinés à se substituer respectivement aux directives procédure et qualification), enfin, de la révision de la directive relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile.

3. C'est ce qui ressort de l'exposé des motifs de sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou apatride (refonte) datée du 4 mai 2016, COM (2016), 270 final, 2016/0133 (COD), point 3, pp. 8-15.

Schengen doit être considéré comme responsable de l'examen de la demande d'asile d'un ressortissant d'un pays tiers. Ce système, actuellement régi par le règlement européen dit *Dublin III*⁴, repose sur plusieurs clés permettant de déterminer cet État responsable⁵ et autorisant les autres États à obtenir le renvoi vers le premier de personnes présentant sur leur sol une demande d'asile⁶.

Ce mécanisme, non pensé dans un contexte et dans une perspective de forte demande d'asile est aujourd'hui devenu inacceptable tant du point de vue des États situés aux frontières intérieures de l'espace Schengen (1) que des prétendants à une protection internationale (2).

1. Inacceptable du point de vue des États placés aux frontières internes de l'espace Schengen

Dublin prévoit donc plusieurs critères de détermination de l'État responsable de la demande d'asile, applicables de façon successive et dans un ordre hiérarchisé, ce qui pouvait en théorie conduire à diversifier les États éligibles à cette responsabilité. Si aucun de ces critères ne peut s'appliquer, le dernier, dit critère par défaut, conduit à désigner comme responsable le premier État par lequel le demandeur d'asile est irrégulièrement entré dans l'espace Schengen.

La diversité apparente des situations et donc des États responsables est en réalité un leurre. Un nombre extrêmement important de personnes relèvent en pratique du dernier critère applicable, celui dit de l'État de première entrée. L'importance des arrivées par voie de terre ou de mer, seules possibles lorsqu'elles sont irrégulières⁷, ajoutée à la réalité des conflits géopolitiques et des contraintes géographiques à l'origine de la demande d'asile en Europe, aboutissent en pratique à une entrée dans l'espace Schengen par un nombre très réduit d'États. La combinaison de cette réalité et du « système Dublin » conduit implacablement à sur-désigner comme responsables de la prise en charge d'un très grand nombre de demandeurs d'asile l'Italie et la Grèce⁸.

Au-delà de l'obligation pour ces États d'enregistrer les personnes à leur arrivée sur leur sol, cette responsabilité s'entend de la compétence pour examiner les demandes de protection internationale dans le cadre des règles européennes mais également d'accueillir ensuite effectivement ceux auxquels ils accorderont une protection internationale. C'est donc une quadruple obligation d'enregistrement, d'accueil, d'examen, puis en cas de décision positive, d'intégration.

Alors que le « système Dublin » a longtemps été appliqué de façon parcimonieuse et aléatoire par application de la clause de souveraineté⁹, les États acceptant en pratique largement d'examiner les demandes formulées sur leur territoire, les années 2016 et 2017 ont sonné le glas de cet équilibre de

4. Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou apatride (refonte), JOUE L 180 du 29 juin 2013.

5. Voir l'article de C.-A. Chassin, « La compétence de la France : le "système Dublin" à l'épreuve », in *La réforme de l'asile mise en œuvre*, actes du Colloque de Caen du 10 juin 2016, sous la direction de C.-A. Chassin, Pedone, pp. 73-93.

6. Précisons que les situations peuvent être multiples car le demandeur n'est parfois que passé par l'État considéré comme responsable ; il y a dans d'autres cas déjà déposé une demande d'asile ; et il peut également y avoir été débouté d'une telle demande.

7. Arrivée irrégulière, c'est-à-dire sans visa, largement due au refus de considérer le visa asile (c'est-à-dire le visa octroyé en vue de venir déposer une demande d'asile) comme le corollaire du droit d'asile que ce soit au niveau du droit de l'Union (CJUE 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, C-638/16 PPU), ou du droit interne français (CE, 16 octobre 2017, n° 408374 et 408344).

8. Les derniers chiffres de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) publiés le 19 juin 2018 témoignent d'une recrudescence des arrivées en Espagne qui devient, en 2018, le 1^{er} pays d'arrivée en Europe par la mer Méditerranée : <https://www.iom.int/fr/news/arrivees-de-migrants-en-europe-par-la-mediterranee-en-2018-40-073-deces-en-mer-857> (consulté le 10 août 2018).

9. Clause prévue à l'article 17 al.1 du règlement (UE) n° 604/2013, préc.

fait. La pratique française est à cet égard édifiante : en 2017, 34 % des personnes se présentant pour faire enregistrer une demande d'asile ont été placées en procédure Dublin ce qui constitue une évolution majeure par rapport aux pratiques précédentes¹⁰. Certes, à ce jour, seul 10 % de ce public est effectivement transféré vers un autre État européen, mais l'objectif du gouvernement français est bien de rendre effective l'application de ce système pour transférer vers d'autres États européens les responsabilités liées au droit d'asile. L'adoption de la loi de mars 2018¹¹ autorisant la rétention administrative des personnes « dublinées » n'a d'autre objectif que de renforcer l'effectivité des transferts. Cela signifie qu'on est désormais entré dans une phase où les États européens ont décidé d'appliquer plus systématiquement le « système Dublin », pratique qui va mécaniquement peser très lourdement sur l'Italie et la Grèce¹², et demain sur l'Espagne compte tenu des tendances les plus récentes¹³.

L'application effective de ce système face à une demande d'asile plus importante n'est pas acceptable. Elle conduit à faire peser sur très peu d'États européens une charge que les aides financières versées par l'Union européenne ne sont absolument pas en mesure de compenser. Puisqu'une fois de plus, il ne s'agit pas que d'examiner des demandes d'asile, encore faut-il accueillir matériellement ceux qui les déposent le temps de la procédure puis intégrer ceux qui sont éligibles à une protection internationale. Ces dernières conséquences ne sont pas qu'affaire d'argent. Elles renvoient également à la capacité d'une société donnée à intégrer sur le long terme. Et cette exigence, dans des États européens travaillés par les inquiétudes identitaires ne peut pas être supportée que par un nombre très restreint d'États au nom de leur localisation dans l'espace géographique européen.

Le « système Dublin » est par lui-même potentiellement explosif par ce qu'il impose à quelques États, sans aucune rationalité.

L'application effective de ce système est également porteuse d'atteintes aux droits des demandeurs d'asile eux-mêmes et fragilise paradoxalement les systèmes d'asile nationaux.

2. Inacceptable par ses conséquences sur la situation des demandeurs d'asile

Au-delà de l'impossibilité pour les personnes en besoin de protection de choisir l'État auprès duquel ils souhaitent obtenir refuge, le « système Dublin » induit des dysfonctionnements qui portent atteinte par eux-mêmes aux droits des demandeurs et conduisent par un effet retour paradoxal à l'embolie des systèmes d'asile nationaux.

L'observation de la situation française est à cet égard édifiante.

La personne considérée comme relevant de la responsabilité d'un autre État européen est enregistrée comme demandeuse d'asile mais ne peut déposer effectivement sa demande auprès de l'Office

10. Chiffres issus des statistiques annuelles du ministère de l'Intérieur pour 2017 : Communiqué du 16 janvier 2018 : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Actualites/Communiqués/Communiqué-de-presse-Statistiques-annuelles-en-matière-d-immigration-d-asile-et-d-acquisition-de-la-nationalité-française> – consulté le 15 juin 2018 – consulté le 20 juin 2018.

En réalité, le placement en procédure Dublin concernait déjà 30 % des demandeurs en 2016 contre 13 % en 2015 et 10 % en 2014.

11. Loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 permettant une bonne application du régime d'asile européen, JORF n° 0067 du 21 mars 2018.

12. La Grèce reste en première ligne du fait des arrivées en nombre sur son territoire, avec un nombre de demandeurs très élevé en proportion de sa population. Toutefois, elle est relativement épargnée par le renvoi de personnes ayant poursuivi leur route vers d'autres États européens du fait de la situation extrêmement dégradée des conditions qu'elle propose aux demandeurs d'asile. Sous la contrainte des juges européens, le règlement Dublin III introduit le blocage de son application en cas de défaillance systémique dans l'accueil des demandeurs au sein d'un État européen.

13. Voir note n° 8.

français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). L'examen de sa situation est ainsi suspendu pour une période qui peut aller jusqu'à deux ans¹⁴ au mépris de toute logique de diligence pourtant au cœur de la réforme du droit d'asile depuis la loi de 2015.

L'objectif du mécanisme est d'aboutir au transfert des personnes concernées vers des États auxquels il appartiendra d'examiner la demande d'asile¹⁵. Mais la réalité du « système Dublin » est tout autre et ne conduit que très marginalement à cette conséquence. En effet, en pratique, d'une part, la demande de transfert n'est pas toujours pertinente, d'autre part, quand bien même l'État requis accepte la prise en charge, peu de personnes sont effectivement transférées¹⁶. Pour celles qui ne le sont pas, l'État requérant – la France en l'occurrence – devient au final, le pays responsable de l'examen de la demande d'asile¹⁷. Sauf que cette attente sous forme de « coup d'épée dans l'eau » a un triple coût : humainement, elle contraint le demandeur à attendre entre un an et 2 ans l'examen effectif de sa situation dans des conditions dans lesquelles il est souvent livré à lui-même. Certes, il bénéficie, en théorie, des conditions matérielles d'accueil jusqu'à la décision de transfert (allocation pour demandeur d'asile – ADA – et accès à un logement), mais les « dublinés » sont de fait exclus des dispositifs les plus favorables (Centre d'accueil pour demandeurs d'asile – CADA) et sont en pratique frappés de plein fouet par la pénurie de logement prévu pour ce public¹⁸.

Le coût concerne également, et c'est un paradoxe, le système même de l'asile en France. En effet, la prise en charge des « dublinés » est financièrement plus lourde puisque la durée de leur présence comme demandeurs d'asile est plus longue et ce alors même qu'elle n'aboutit pas même à une décharge future des responsabilités de l'État français dans 90 % des cas. Plus encore, cet allongement de la durée de présence des personnes placées en procédure Dublin dans le dispositif réservé aux demandeurs d'asile conduit à une embolie des logements disponibles et grippe le système même d'accueil de l'ensemble des demandeurs.

Cette succession de dysfonctionnements et d'effets secondaires négatifs condamne définitivement un « système Dublin » qui a été pensé dans un contexte de demande d'asile soutenue. Soit il est appliqué de façon aléatoire, comme ce fut longtemps le cas, et il induit un arbitraire inacceptable entre demandeurs de protection (un vrai système à deux vitesses), soit il est appliqué systématiquement et la pratique atteste tant de son inefficacité¹⁹, que de ses effets pervers pour les systèmes d'asile nationaux. 34 % de ceux ayant souhaité déposer une demande d'asile en France en 2017 ayant été placés sous procédure Dublin, nous ne pensons pas que l'enfermement de ce public pour garantir

14. Ce délai tient compte des 3 mois dont dispose la France pour saisir l'État qu'elle estime responsable, des 2 mois dans lesquels ce dernier doit répondre, et en cas d'accord, des 6 à 18 mois pour effectuer le transfert. Le dernier délai de 18 mois concerne les personnes considérées comme en fuite (article 29 paragraphe 2 du règlement « Dublin III »).

15. C'est l'hypothèse la plus fréquente mais l'objet du transfert peut aussi concerner la reprise par des États européens de personnes qu'ils ont déjà déboutés de leur demande d'asile et pour lesquelles la question qui se pose est un éloignement vers leur pays d'origine.

16. En 2017, 10 % des personnes pour lesquelles le transfert a été accepté par un autre État requis ont effectivement été transférées. Les associations estiment qu'à supposer que ce chiffre augmente en 2018 du fait de la possibilité de placement en rétention administrative avant le transfert, un certain nombre de personnes n'accepteront pas cette affectation obligatoire et reviendront en France.

17. Ce fut donc le cas en 2017 pour 90 % des « dublinés » en France.

18. Leur isolement humain et administratif est particulièrement frappant. Des moyens supplémentaires ont bien été affectés en termes de logement mais ils restent insuffisants pour répondre aux besoins réels.

19. Ce constat d'inefficacité est clairement reconnu par la Commission européenne dans sa proposition de refonte du règlement Dublin en date du 4 mai 2016, 2016/0133 (COD), préc.

son transfert soit de nature à répondre aux enjeux de la protection. En effet, la Commission européenne admet dans son bilan sur la mise en œuvre du règlement Dublin sur lequel elle appuie sa proposition de refonte en 2016, que l'efficacité des transferts n'est pas améliorée en dépit du fait que 21 États sur les 31 (en 2016) recourent à la rétention des personnes concernées. En outre, toujours aux termes de cette évaluation, 13 États reconnaissent l'inefficacité du transfert lui-même compte tenu de la fréquence des départs des demandeurs après qu'ils aient été transférés²⁰.

Face à ces difficultés en interne, l'Union européenne est tentée par une externalisation du droit d'asile, solution plus problématique encore.

B. La tentation de l'externalisation du droit d'asile à travers le concept de « pays tiers sûr » : vers le renoncement des États membres à leurs obligations de protection

Face à l'augmentation du nombre de demandeurs d'asile, les européens se sont engagés vers une nouvelle voie consistant à se décharger de l'examen de certaines demandes d'asile sur des États tiers à l'Union européenne. Techniquement, la directive procédure de 2013²¹ (et le règlement Dublin III qui s'appuie sur elle) a ouvert aux États membres la possibilité d'opposer une irrecevabilité à certaines demandes d'asile – et ce avant tout examen au fond – au motif qu'une protection peut être obtenue dans un autre État non européen.

Si l'option peut-être défendable notamment lorsque le candidat à l'asile a déjà obtenu un statut de réfugié dans un pays tiers de premier asile et qu'il y bénéficie d'une protection effective, il en va tout autrement si l'irrecevabilité est fondée sur l'application du concept déjà abondamment critiqué de « pays tiers sûr »²².

Pour rappeler le mécanisme en cause, l'État membre peut y recourir dès lors que le demandeur d'asile a un lien de connexion suffisant avec un pays tiers à l'Union qui répond lui-même à cinq conditions cumulatives. Premier critère, le demandeur ne doit pas y avoir de crainte de persécution pour l'un des motifs énoncés par la Convention de Genève de 1951, ni, deuxième critère, être exposé à un risque d'atteinte grave au sens de la directive de l'Union créant la protection subsidiaire. L'État en question doit, critère numéro trois, respecter le principe de non refoulement prévu à l'article 33 de la Convention de Genève ainsi, quatrième critère, que « l'interdiction, prévue par le droit international, de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Enfin, cinquième et dernier critère, le demandeur doit pouvoir y obtenir le statut de réfugié.

Ce concept n'est aujourd'hui qu'une option ouverte aux États de l'Union que la France n'a d'ailleurs pas transposée dans son droit interne. Mais le projet de règlement en cours de négociation et destiné à se substituer à la directive Procédure envisage sa transformation en une règle obligatoire

20. Commission européenne, proposition de refonte du règlement Dublin, n° 1016/0133 (COD), *ibidem*, p. 11.

21. Combinaison des articles 33 al. 2 et 38 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

22. Lire notamment, P.-F. Laval, « L'instrumentalisation de l'État tiers : vers un dévoiement de la coopération en matière d'asile », *Revue UE*, 2016, p. 339 ; M.-L. Basillien-Gainche, « L'Union européenne et les réfugiés. Une Europe sans qualités ? », *Revue UE*, 2017, p. 598 ; J. Fernandez et C. Viel, « Le concept de pays tiers sûr en droit d'asile », *AJDA*, 2018, p. 322 ; S. Corneloup, « Le concept controversé de pays tiers sûr », *D.*, 2018.552 du 15 avril 2018.

pour tous les États²³, ce qui « pourrait bien se révéler non conforme à l'esprit sinon à la lettre de la Convention de Genève »²⁴, fondement du droit d'asile de l'Union européenne ainsi qu'au droit constitutionnel français (1). Ajoutons que sa mise en œuvre, par elle-même, s'exposerait aux mêmes critiques, d'autant que les conditions de reconnaissance d'un pays tiers sûr seraient allégées par rapport à l'état actuel du droit (2).

1. Un concept juridiquement intenable

Il est ici essentiel de comprendre que le recours au concept de « pays tiers sûr » doit permettre aux États de renvoyer sans aucun examen au fond des demandeurs d'asile vers des États au regard de l'inscription de ces derniers sur une liste européenne commune. Ces États se verraient ainsi « déléguer », selon la formule de J. Fernandez et C. Viel²⁵, à la fois la procédure d'asile incombant aux États européens et la prise en charge des personnes à protéger.

Comme ces auteurs l'ont déjà souligné, il est plus que douteux que ce mécanisme soit conforme au droit constitutionnel français et en particulier à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 repris par celui de la Constitution de 1958 en vertu duquel « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

Dans sa décision du 13 août 1993²⁶, le Conseil Constitutionnel précisa que le droit constitutionnel de l'asile implique celui de voir sa demande examinée par les autorités françaises. S'il admet, face à ce droit, la prise en compte des obligations internationales de la France, il indique qu'elles doivent s'entendre comme réservant une « obligation²⁷ [faite] aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de [l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946] c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés en raison de leur action en faveur de la liberté »²⁸. La Constitution s'est vue quelques mois après cette décision adjoindre un article 53-1²⁹ afin de constitutionaliser le « système de Dublin » et plus précisément le mécanisme de désignation d'un seul État responsable de l'examen d'une demande d'asile déposée dans l'Union. Mais cette disposition, fondée sur le fait que ces États « sont liés par des engagements identiques (à ceux de la France) en matière d'asile et de protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », prévoit, dans son deuxième alinéa, que « même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

Quant à l'article 88-1 de la Constitution, qui constitutionnalise les transferts de souveraineté auxquels la France a consenti vis-à-vis de l'Union européenne, il ne peut avoir pour objet, ni pour effet de remettre en cause cette dernière obligation constitutionnelle. D'ailleurs, dans sa célèbre décision

23. Proposition de règlement du Parlement et du Conseil n° 2016/0224(COD) du 13 juillet 2016 instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE.

24. J. Fernandez et C. Viel, *op. cit.*, p. 323. Position également partagée par d'autres spécialistes du droit d'asile comme C. Teitgen-Colly, *Le concept de pays sûr*, *Mélanges F. Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011, p. 525.

25. *Ibidem*, p. 324.

26. CC, déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

27. Mis en italique par nos soins.

28. CC, déc. n° 93-325 DC *op. cit.*, paragraphe 88.

29. Article issu de la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993.

du 27 juillet 2006³⁰, le Conseil Constitutionnel affirmait que la transposition d'une directive de l'Union, obligation constitutionnelle tirée de l'article 88-1 de la Constitution, « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Si l'on admet, en toute logique, qu'est également une obligation constitutionnelle du fait de l'article 88-1 de la Constitution l'application d'un règlement de l'Union en droit interne, la question est donc de savoir ce qui, dans le droit d'asile constitutionnel français, doit être considéré comme relevant de cette forme de normes constitutionnelles supérieures entrant dans « l'identité constitutionnelle de la France ». Le deuxième alinéa précité de l'article 53-1 de la Constitution nous paraît donner une réponse assez claire à cette interrogation. Dès lors que l'objet même de cette disposition est de constitutionnaliser la participation de la France au « système Dublin », le fait de réserver expressément le droit pour la France de donner asile à « tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté » démontre, d'une part, que l'alinéa 4 du préambule de la Constitution qui est ainsi repris, appartient à l'identité constitutionnelle de la France³¹, d'autre part, que le pouvoir constituant n'a pas consenti, pour reprendre les termes de la décision des juges de la rue de Montpensier, à ce que la France puisse être dispensée d'examiner ce type de demande d'asile.

Il apparaît ainsi qu'un règlement de l'Union, directement applicable en droit interne, qui organiserait une dispense d'examen au fond de certaines demandes d'asile lesquelles seraient prises en charge par de pays tiers à l'Union violerait directement des dispositions relevant de l'identité constitutionnelle de la France qui obligent celle-ci à protéger les étrangers « persécuté(s) en raison de (leur) action en faveur de la liberté ». Cette analyse correspond d'ailleurs à celle exprimée par l'Assemblée générale du Conseil d'État sollicité pour avis par le gouvernement sur la constitutionnalité de cet aspect de la proposition de règlement³².

On pourrait objecter que cette protection constitutionnelle est rarement retenue en pratique comme le fondement des décisions favorables qui lui préfèrent la Convention de Genève ou la protection subsidiaire³³. Mais cette réalité ne doit pas occulter le fait que de nombreuses décisions de protection pourraient indifféremment s'appuyer sur la Convention de Genève ou sur les dispositions du préambule. Dans de nombreux cas, le motif politique retenu pour qualifier les risques de persécutions

30. CC, déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

31. Cette analyse est corroborée par le caractère fonctionnel de la notion de principes ou règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France dont la finalité est de permettre de préserver les spécificités du droit constitutionnel français qui seraient absentes du droit de l'Union et qui, par application du principe de primauté attaché à ce dernier, risqueraient d'être méconnues. Voir notamment sur ce point, Édouard Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité », *RFDC*, 2010/3, pp. 451-482.

Or, le droit de l'Union protège le droit d'asile via l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) qui renvoie en particulier à la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Il est donc cohérent d'isoler, dans le droit d'asile constitutionnel français, ce qui lui est singulier, c'est-à-dire ce qui n'est pas protégé par la Charte et par renvoi par la Convention de Genève.

32. Avis du 16 mai 2018 portant sur l'application de la notion de « pays tiers sûr », NOR : PRMX1804721X, non publié à ce jour mais consultable sur le site internet du GISTI : https://www.gisti.org/IMG/pdf/avisce_2018-05-16_pays-tiers-surs.pdf. Consulté le 25 août 2018.

33. Le demandeur d'asile n'a pas à invoquer un fondement spécifique au soutien de sa demande de protection, l'OFPRA et le cas échéant la CNDA choisissant eux-mêmes le fondement le plus adapté au récit du demandeur sous réserve de privilégier la protection conventionnelle ou constitutionnelle sur la protection subsidiaire. Le nombre de personnes reconnues sur le fondement des dispositions constitutionnelles n'apparaît pas dans la plupart des rapports annuels de l'OFPRA et de la CNDA car bénéficiant d'un statut de réfugié, elles sont répertoriées avec les protections conventionnelles.

pourrait tout autant s'analyser en une action en faveur de la liberté. Et puis, rien n'empêchera tout demandeur d'asile de prétendre tirer ses craintes d'une telle action.

Nous pensons donc que le concept de « pays tiers sûr » ne peut s'appliquer en droit français.

On peut également fortement s'interroger sur sa compatibilité avec le droit primaire de l'Union et en particulier avec l'article 18 de la CDFUE qui garantit le droit d'asile « dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 21 janvier 1967 (...) ». L'interrogation revient donc ici à soulever la compatibilité du concept avec la Convention de Genève elle-même.

Comme l'ont déjà relevé J. Fernandez et C. Viel³⁴, le HCR a admis ce type de mécanisme comme compatible avec la Convention fondatrice du droit des réfugiés. Mais cette position s'appuie sur le fait qu'il « est raisonnable, pour répartir les charges, de prévoir des arrangements laissant la possibilité d'une réadmission des réfugiés dans un autre pays auquel incomberait le soin de déterminer leur statut à condition que ces arrangements garantissent toujours aux réfugiés une protection et la certitude qu'une solution sera apportée à leurs problèmes »³⁵. Nous reviendrons sur le fait que le concept n'est admissible, ce faisant, qu'au regard de conditions de mise en œuvre offrant des garanties fortes pour les demandeurs d'asile. Mais avant cela, ce qui rend acceptable le mécanisme pour le HCR tient à un impératif de répartition de la prise en charge des réfugiés entre les différents pays du monde. Or, comment ne pas voir que son usage par les européens – dont les chiffres démontrent, à rebours de tous les discours, que leur part dans l'accueil des réfugiés reste très bas au regard d'autres États du monde – vise en réalité à renvoyer cette prise en charge vers des États qui sont parfois eux-mêmes déjà surchargés et souvent peu dotés pour faire face à un tel défi humanitaire. Selon le HCR, en 2017, 85 % des réfugiés ont été accueillis par des pays à revenu faible ou intermédiaire. L'exemple de la Turquie est édifiant. Considéré comme pays tiers sûr par les européens pour l'application de la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 qui permet de renvoyer sans examen de leur demande au fond les arrivants sur les îles grecques, c'est aussi le pays qui accueille déjà la plus importante population réfugiée du monde. Si l'Allemagne s'est effectivement distinguée en 2016 (et dans une moindre mesure en 2017) par son ouverture liée à la crise des réfugiés, et reçoit cette année-là 700 000 demandes d'asile, il faut comparer ce chiffre aux près de 3,5 millions de réfugiés présents sur le sol turc en 2017. On comprend dans ces conditions que réguler la situation en Allemagne (et très accessoirement dans le reste de l'Union tellement le nombre de demandes y fut cette année beaucoup plus faible) en sous-traitant cette prise en charge par le pays accueillant le plus grand nombre de réfugiés au monde heurte frontalement toute logique de partage et de solidarité entre États au niveau mondial.

À l'heure où l'Organisation des Nations unies s'est engagée dans l'élaboration de deux pactes mondiaux pour une nouvelle gouvernance internationale des migrations et de l'accueil des réfugiés³⁶, pacte dont l'un des objectifs est d'assurer un meilleur partage des responsabilités face au développement des migrations forcées, il apparaît particulièrement cynique, pour les États européens, de chercher à mettre en place un mécanisme destiné à renvoyer vers des États parfois déjà sous une très forte pression, la prise en charge des réfugiés. D'autant plus que, sans empiéter sur la suite de notre propos, l'application du concept de « pays tiers sûr » à un demandeur vise à ce que sa protection

34. *Op. cit.*, p. 325.

35. UNHCR, Note générale sur la notion de pays tiers sûr et le statut de réfugié, EC/SCP/68, 26 juillet 1991, point 16.

36. Pactes non contraignants qui devraient être adoptés les 10 et 11 décembre 2018 et dont l'Assemblée générale, dans sa Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, a fixé les grandes lignes. Résolution du 19 septembre 2016, A/RES/71/1 : <http://www.unhcr.org/fr/591ae6f84> – consulté le 20 juin 2018.

soit assurée par un État avec lequel il a un lien de connexion, notion à déterminer mais qui semble désigner un État par lequel le demandeur est passé dans son trajet d'exil ou qui a constitué pour lui un pays de premier accueil. Or, cette dernière catégorie de pays correspond précisément à ceux, limitrophes des zones de conflits, qui sont les premiers à supporter la lourde charge des réfugiés³⁷. Le partage des responsabilités vise à soulager ces États et non à permettre que leur soient renvoyés ceux qui, pour des raisons diverses, décident d'obtenir une protection dans un autre État.

Ces observations ne peuvent que nous convaincre que le concept de « pays tiers sûr » est assurément, dans sa logique actuelle, contraire à l'esprit de la Convention.

Sa mise en œuvre, telle que prévue actuellement dans la proposition de règlement en discussion, conforte cette analyse.

2. Une mise en œuvre du concept de « pays tiers sûr » génératrice de multiples dangers

Ces dangers potentiels ressortent d'abord de ce que révèle le recours à cette pratique dans les États européens qui l'ont adoptée, ensuite, des dérives à craindre dans sa mise en œuvre par analogie avec l'usage d'un mécanisme voisin – bien que porteur de conséquences très différentes et assurément moins graves – le concept de « pays d'origine sûr ».

La pratique existante est déjà exposée dans l'étude complète de J. Fernandez et C. Viel³⁸. Elle nous éclaire également sur la difficulté d'identification de tels pays au regard des différents critères cumulatifs précités. Et ces auteurs de remarquer qu'aujourd'hui déjà – alors que le concept est facultatif pour les États de l'Union – les « États tiers ainsi labélisés sont rarement les mêmes, ce qui en dit long sur la volonté de chacun de privilégier des préoccupations subjectives – liées au type d'afflux auquel il est confronté – à la détermination objective d'États tiers capables de reconnaître et protéger les réfugiés »³⁹.

Le fait que la Grèce reconnaisse la Turquie comme « pays tiers sûr »⁴⁰ afin d'assurer l'application de la Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 est emblématique du risque majeur qu'un tel outil ouvre la porte du renoncement des européens à leurs obligations en matière d'asile. Comment ne pas y voir, à l'instar de C. Yannakopoulos⁴¹, la primauté accordée aux impératifs d'opportunité politique. Cet accord, apparaît déjà contraire à la directive procédure⁴². Pour ne s'arrêter qu'à un des critères requis par cette dernière, la réserve géographique à la Convention de Genève émise par la Turquie la

37. En effet, les personnes en besoin de protection se dirigent en très grande majorité vers une autre partie du territoire de leur État (déplacés internes) ou vers un État frontalier (cela concerne 4 réfugiés sur 5 pour ceux ayant quitté leur pays). C'est ainsi que compte tenu de la géopolitique des conflits, les pays accueillant le plus de réfugiés selon le HCR en 2017 étaient, par ordre décroissant la Turquie, le Pakistan, l'Ouganda, le Liban, l'Iran, l'Allemagne, le Bangladesh, le Soudan. Classés en fonction de leur démographie, les pays les plus accueillants sont : le Liban, la Jordanie, la Turquie, l'Ouganda, le Tchad, la Suède, l'Afrique du Sud, le Soudan. On observe ainsi qu'en dehors de l'Allemagne et de la Suède qui se sont illustrées par leur ouverture exceptionnelle à l'été 2015, l'ensemble des pays hôtes se situent sur le continent africain ou au proche et Moyen-Orient. Chiffres issus du rapport du HCR sur « Les tendances globales des déplacements forcés en 2017 », 2018 consultable en anglais : <http://www.europeanmigrationlaw.eu/documents/UNHCR-GlobalTrends-ForcedDisplacement2017.pdf> – consulté le 20 juin 2018.

38. *Op. cit.*, p. 323 puis pp. 325 et s.

39. *Op. cit.*, p. 325.

40. Reconnaissance finalement consacrée par la loi grecque n° 4375/2016 du 4 avril 2016 et validée par le Conseil d'État grec dans des conditions très contestées. Voir, C. Yannakopoulos, « Chronique de jurisprudence au sujet de l'affaire *Symvoulio tis Epikrateias*, (Conseil d'État grec), 22 septembre 2017, n° 2347/2017 et 2348/2017 (Assemblée), *RTD eur*, 2018, p. 191.

41. *Ibidem*.

42. Voir sur ce point P. F. Laval, *op. cit.*, p. 344.

dispense d'accorder un statut de réfugié aux demandeurs non-européens alors que la directive exige actuellement du « pays tiers sûr » qu'il puisse reconnaître un tel statut. Cette violation manifeste du droit dérivé de l'Union⁴³ et l'entente – de fait – entre les différents acteurs pour que celle-ci ne soit pas sanctionnée⁴⁴, conduit à une véritable abdication de compétence par la Grèce.

Cette situation ne pourra que s'aggraver au regard du contenu de la proposition de règlement destiné à se substituer à la directive procédure et qui prévoit notamment qu'il ne serait plus nécessaire pour l'État tiers qualifié de sûr de pouvoir accorder un statut de réfugié, une « protection effective » étant suffisante. Outre que cette notion interroge, on est inquiet des garanties qui seraient offertes aux demandeurs d'asile au regard de la façon dont le mécanisme, appliqué aujourd'hui à la Turquie, réussit à échapper à tout contrôle. Des garde-fous sont prévus par la proposition de règlement, en particulier l'obligation pour l'État européen saisi de procéder à un « examen individuel » pour s'assurer que le pays de renvoi envisagé est effectivement sûr pour le demandeur. Il n'y aurait donc pas d'automatisme. Mais l'instrumentalisation du cas turc démontre à quel point l'objectif de contrôle des flux et de dissuasion à venir demander protection en Europe peuvent prendre le pas sur l'application du droit, y compris dans l'espace qu'est l'Union européenne.

La proposition de règlement ajoute enfin aux inquiétudes sur l'un des critères en discussion pour appliquer le concept à un demandeur d'asile et qui tient au lien de connexion avec « l'État tiers sûr »⁴⁵. Ainsi, le rattachement pourrait être effectué du seul fait que le demandeur a transité par ce pays avant d'arriver dans l'espace européen. Point d'exigence de résidence antérieure. On est dans un lien purement artificiel⁴⁶ dont le seul but est d'échapper à la responsabilité de protéger, laquelle est renvoyée opportunément hors de l'Union européenne.

L'instrumentalisation du concept et les risques d'un renoncement pur et simple des États de l'Union à répondre à leurs obligations en matière de protection constituent un risque particulièrement sérieux si l'on compare, par analogie, la manière dont les États de l'Union utilisent le concept de « pays d'origine sûr »⁴⁷. Ce dernier, destiné à permettre un examen accéléré des demandes d'asile dont on présume le caractère infondé au regard de la situation du pays d'origine, devait reposer sur des sources

43. S'agissant de la Turquie, d'autres points importants témoignent d'un usage instrumentalisé du concept de pays tiers sûr, comme la fragilité de la protection temporaire accordée aux syriens ou les doutes sérieux sur le respect du principe de non refoulement des personnes en besoin de protection. C'est ce que révèlent un certain nombre de rapports d'Amnesty internationale (exemple pour des afghans, rapport du 24/04/2018 : <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2018/04/turkey-thousands-of-afghans-swept-up-in-ruthless-deportation-drive/> ; exemple pour des syriens en juin 2016 : https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F2d2aaec5-6a3f-4ca8-8303-bb124f9403d1_embargoed+turkey+briefing+31may2016_extracts_fr-fr.pdf). Enfin, l'évolution politique de la Turquie depuis la tentative de coup d'État de l'été 2016 y a plus que fragilisé le respect des droits fondamentaux.

44. Le Conseil d'État grec s'est dispensé en septembre 2017 de saisir la CJUE dans le cadre de recours contre des décisions individuelles d'irrecevabilité (en se fondant sur la clarté des dispositions de la directive procédure lesquelles ne devaient pas, selon lui, être interprétées comme exigeant du pays tiers sûr qu'il puisse accorder le statut de réfugié) et le Tribunal de 1^{ère} instance de l'Union européenne a décliné sa compétence face à des recours en annulation visant la déclaration UE-Turquie au motif que celle-ci n'avait en réalité pas été conclue par l'Union européenne. (Trib. UE, ord. 29 février 2017, T-192/16, T-193/16 et T-257/16, *NF, NG et NM c. Conseil européen*).

45. Article 45 paragraphe 3 de la proposition de règlement.

46. J. Fernandez et C. Viel (*op. cit.*, p. 327) expliquent que seules la Hongrie et la Serbie, d'une part, la Grèce et la Turquie, d'autre part, appliquent aujourd'hui un lien aussi tenu.

On comprendra aisément que les demandeurs d'asile n'ont généralement aucun lien avec les États par lesquels ils transitent en dehors des contraintes liées aux possibilités de passage.

47. Mécanisme prévu aux articles 36 et 37 de la directive « Procédure ».

expertes d'informations objectives. Le but du dispositif vise à alléger la gestion par les systèmes nationaux des demandes d'asile émanant d'États peu susceptibles dans l'absolu de « produire » des personnes à protéger au sens de la Convention de Genève ou de la protection subsidiaire. Les États peuvent de la sorte se concentrer sur des demandeurs dont les craintes paraissent plus sérieuses. L'enjeu est très différent du concept de « pays tiers sûr » car même ressortissant d'un « pays d'origine sûr », le prétendant à l'asile voit sa demande individuelle examinée au fond et peut au final bénéficier d'une protection internationale. Mais le mécanisme n'est pas neutre pour les postulants puisque les États peuvent aménager l'examen de ces demandes et réduire les garanties dont bénéficient en principe les demandeurs⁴⁸.

Or, dans ce cadre-ci, on a pu observer que les États de l'Union n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur une liste commune, préférant avancer en ordre dispersé avec des listes différenciées établies moins à partir de la sûreté objective des États désignés qu'à « des fins de gestion de flux migratoires »⁴⁹ voir de préoccupations diplomatiques. Certes, il n'y a pas d'incompatibilité juridique entre la reconnaissance d'un besoin de protection à une personne identifiée et le placement du pays dont elle a la nationalité comme « d'origine sûr » puisqu'en tout état de cause, un examen individuel des craintes est réalisé et peut aboutir à une réponse favorable. Mais on admettra que lorsqu'un nombre non marginal de nationaux d'un État se voient reconnaître une protection internationale dans un État de l'Union, la logique voudrait que ce pays d'origine ne soit pas considéré comme sûr.

Cette logique n'étant manifestement pas suivie pour la désignation des « pays d'origine sûrs » à travers le dévoiement du concept de sûreté, on ne peut que craindre une démarche similaire dans la construction d'une liste de « pays tiers sûrs ». Avec, il faut le répéter, des conséquences bien plus lourdes puisqu'est alors en jeu le droit même à voir sa demande d'asile examinée dans un État de l'Union européenne. Si la proposition de règlement organise un certain nombre de garanties à travers un examen individuel de recevabilité préalablement au renvoi vers un pays tiers sûr, le dispositif semble plus qu'insuffisant face aux enjeux de la protection et à la pression que ne manqueront pas d'exercer les États de l'Union⁵⁰.

Force est ainsi de constater l'obsolescence du RAEC et la pente vers laquelle il mène les États membres en termes de méconnaissance de leur obligations en matière d'asile. L'urgence est donc à sa restructuration en profondeur.

48. C'est ainsi par exemple qu'en France, le demandeur d'asile en provenance d'un pays d'origine sûr auquel l'OFPRA a refusé la protection voit son recours devant la CNDA examiné par un juge unique et non par une formation collégiale. Quant à la nouvelle loi asile qui vient d'être adoptée (actuellement soumise au Conseil constitutionnel), elle revient sur le principe du caractère suspensif de ces recours.

49. Les sénateurs C.-A. Frassa et J.-Y. Leconte dans leur rapport d'information n° 130 (2012-2013) du 14 novembre 2012, p. 31 (« Droit d'asile : conjuguer efficacité et respect des droits ») ont mis en lumière le fait que « l'inscription d'un pays sur la liste des pays d'origine sûrs était davantage motivée par le souci de faire pression à la baisse sur le flux des demandes d'asile que par le caractère objectivement sûr de la situation politique et sociale d'un pays donné » (p. 34). Illustration du phénomène est ainsi faite à travers la fluctuation de la demande d'asile bangladaise au gré de l'inscription ou du retrait d'inscription de ce pays sur la liste des pays d'origine sûrs suite à l'annulation de cette décision par le Conseil d'État : le retrait de la liste le 4/03/2013 a entraîné une hausse de la demande d'asile bangladaise de 193 % alors que la ré-inscription de l'Albanie et du Kosovo le 16 décembre 2013 a entraîné au semestre suivant une baisse, respectivement, de 27,3 % et 54,2 %. Si le droit français a incontestablement été amélioré en 2015 sur la définition du pays d'origine sûr et les mécanismes de contrôle à travers le nouvel article L. 722-1 du *Ceseda*, les logiques qui président à l'établissement de cette liste dans les différents États membres restent inchangées et souvent assez étrangères aux besoins de protection.

50. Sur ces garanties et leurs insuffisances, voir J. Fernandez et C. Viel, *op. cit.*, p. 328.

II. Le remède : la nécessité de penser de nouveaux mécanismes

Il ne sera pas ici question de proposer un nouveau modèle clé en main, mais d'esquisser trois évolutions majeures qui nous paraissent seules de nature à promouvoir un droit d'asile effectif conforme aux obligations internationales et européennes des États de l'Union et fondé sur une responsabilité partagée entre ces derniers.

Ces trois évolutions sont interdépendantes et doivent par conséquent être mises en œuvre concomitamment.

En premier lieu, l'accueil des demandeurs d'asile puis des personnes à protéger devra s'effectuer non plus en application de l'actuel « système Dublin » mais dans une logique de répartition équitable entre États membres de l'Union à partir d'une forme de relocalisation permanente (A). En second lieu, cette réponse interne à l'Union européenne doit être complétée d'une dynamisation des mécanismes de réinstallation afin de développer à une échelle beaucoup plus importante qu'aujourd'hui des voies sûres et légales d'accès à l'Union pour les personnes en besoin de protection (B). En troisième lieu, les États européens doivent sauter un pas majeur et accepter que les demandes d'asile déposées au sein de l'Union soient examinées par une agence européenne unique, commune et indépendante (C).

A. Substituer à Dublin un principe de prise en charge équitable entre États membres

La Commission européenne propose de maintenir la logique Dublin et ses critères mais d'y insérer un mécanisme correcteur pour assurer un partage équitable des responsabilités entre États membres. Ce mécanisme qui devrait se déclencher si un État est soumis à un nombre disproportionné de demandes et de réinstallations reposerait sur un système automatisé et une clé de référence qui tiendrait compte pour moitié de la taille de la population de l'État et l'autre moitié de son PIB. Une fois le système correcteur déclenché, les nouvelles demandes seraient redirigées vers les autres États en utilisant ces mêmes critères. Un État pourrait demander à être exclu du mécanisme de réattribution pendant un an après information des autorités européennes et paiement d'une contribution de solidarité (de 25 000 euros par demandeur) en faveur des États finalement désignés.

Cette proposition souffre de faiblesses fondamentales.

Elle maintient d'abord en l'état un système dont nous avons déjà démontré la caducité. Elle ne suggère qu'un correctif fondé sur un mécanisme de relocalisation en cas de pression ponctuelle sur un État en occultant complètement l'échec de la précédente opération de cette nature.

Rappelons que par décisions des 14 et 22 septembre 2015, le Conseil de l'Union a décidé, pour soulager la Grèce et l'Italie en première ligne sur des arrivées maritimes, d'organiser un programme de relocalisation sur 2 ans portant sur 160 000 personnes finalement ramené à 98 255 personnes. Les bénéficiaires, demandeurs d'asile originaires de pays bénéficiant au niveau européen d'un taux de protection d'au moins 75 %, devaient être répartis entre les différents pays de l'Union en fonction de critères tenant notamment à leur démographie, leur PIB et le nombre de réfugiés déjà accueillis.

Le résultat de cette tentative de solidarité est un échec. Certains États d'Europe orientale ont clairement

manifesté leur refus de tout accueil⁵¹ et pour le reste, en dépit des promesses face à un objectif déjà peu ambitieux (compte tenu du nombre d'arrivées en 2015), seules 35 % des relocalisations ont été effectivement réalisées⁵². C'est peu dire que les États ont ainsi témoigné leur mauvaise volonté à alléger la pression portée sur l'Italie et la Grèce.

Comment, face à cette expérience, croire au système proposé par la Commission qui ne repose que sur une forme d'institutionnalisation de la relocalisation en cas d'afflux important dans un État ?

Comment accepter ensuite la proposition de la Commission qui entérine le refus des pays dits de « Visegrad » et leur ouvre l'option d'un dédommagement au profit des États qui accueilleront à leur place ? C'est faire fi de l'enjeu déjà évoqué de l'accueil des personnes en besoin de protection dont la dimension dépasse largement le coût financier. S'agissant en effet d'intégrer des réfugiés, les européens ne pourront collectivement accepter cet effort que s'ils sont convaincus qu'il est équitablement réparti entre l'ensemble des États et donc des sociétés européennes.

En réalité, il n'existe pas d'autres solutions que de repenser structurellement la répartition de la charge entre États par une logique de relocalisation permanente.

C'est le sens de la position exprimée par le Parlement européen à travers le « rapport Wikström »⁵³ dans le cadre des négociations en cours, rapport qui offre des pistes beaucoup plus intéressantes de refondation du système. La proposition est perfectible⁵⁴ notamment sur le nombre d'États entre lesquels les demandeurs de protection pourraient choisir à défaut de liens réels avec un État en particulier. En effet, l'État par défaut ne serait plus l'État d'entrée dans l'Union mais celui choisi par le candidat sur une liste de quatre États correspondant à ceux supportant la charge la moins lourde. Cette liste serait actualisée de façon permanente. En effet, l'objectif du système de remplacement est de restaurer l'égalité entre États, entre demandeurs d'asile, mais aussi de trouver un système acceptable pour ces derniers afin qu'ils consentent à l'affectation qui sera finalement décidée. De cette acceptation dépend la fin des mouvements secondaires. S'y ajoutera un effet incitatif essentiel pour que les demandeurs d'asile potentiels s'enregistrent dès leur arrivée dans l'Union puisqu'ils n'y seraient plus bloqués par la suite. Il faut donc un équilibre entre les contraintes (pour garantir l'équilibre des sociétés d'accueil du fait de la charge qui leur est imposée) et une certaine liberté de choix pour les demandeurs fondée sur des liens réels avec tel ou tel État (tels que celui de vivre

51. Il s'agit de la Pologne, de la Hongrie et de la République tchèque qui ont même tenté, en vain, d'obtenir l'annulation des décisions de relocalisation.

52. Au 26/03/2018, l'Union européenne avait comptabilisé 34323 relocalisations effectives. Malte et l'Irlande mis à part, qui sont allés au-delà de leurs engagements, les États oscillent entre ceux qui se rapprochent de leur objectifs (Suède, Finlande, Luxembourg), ceux qui sont très au-dessous (la France a réalisé 25, 5 % de ses objectifs) et ceux qui n'ont en réalité quasiment pas participé (Croatie, Bulgarie, Autriche, Slovaquie) : rapport de la Commission européenne sur la relocalisation et la réinstallation du 31 mai 2018 : <http://www.europeanmigrationlaw.eu/fr/articles/donnees/relocalisation-des-demandeurs-dasile-depuis-la-grece-et-litalie.html> – consulté le 18 juin 2018.

53. Rapport de la Commission des Libertés civiles, de la Justice et des Affaires intérieures du Parlement européen du 6 novembre 2017 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (COM (2016)0270-C8-0176/2016 – 2016/0133 (COD)), rapporteur : Cecilia Wikström.

54. Voir en ce sens Francesco Maiani, Centre de droit comparé, européen et international de Lausanne, et Constantin Hruschka, Institut Max Planck de droit et de politiques sociales de Munich, *Le rapport du Parlement européen sur la réforme du système Dublin : une proposition ambitieuse mais pragmatique*, diffusé sur le Blog « Droit et politique de l'Immigration et de l'asile de l'Union européenne », 11 janvier 2018 : <http://eumigrationlawblog.eu/le-rapport-du-parlement-europeen-sur-la-reforme-du-systeme-dublin-une-proposition-audacieuse-mais-pragmatique/> – consulté le 11 juin 2018.

près de leurs proches au sens élargi du terme, dans un pays dans lequel ils ont le cas échéant des compétences linguistiques ou des liens culturels ou sociaux de nature à favoriser leur intégration). L'acceptation par les candidats à l'asile de l'État responsable grâce à de nouveaux critères devrait améliorer les vérifications à l'entrée dans l'Union, gage de sécurité publique, et faire largement disparaître toute une série de dysfonctionnements majeurs liés à l'actuel système et déjà décrits : les mouvements secondaires et les situations devenues légions dans lesquelles l'examen de la demande d'asile est suspendu en attendant d'un hypothétique transfert, sans compter le développement dans ce cadre des logiques de rétention.

Cette modification en profondeur du « système Dublin » doit s'accompagner de solutions pour répondre à la détresse des personnes à protéger en amont de leur arrivée en Europe. À cette fin, le déploiement à plus grande échelle de la réinstallation doit être parallèlement investi par l'Union européenne.

B. Déployer la réinstallation à une autre échelle

Les vertus de la réinstallation sont multiples.

Elle permet tout d'abord pour les européens d'aller au-devant des déplacés du fait des guerres et persécutions dans les pays de premier accueil ou des pays de transit qui sont par hypothèse hors Union européenne. L'identification des personnes, en coopération avec le HCR, conduit à une mise à l'abri plus rapide et l'accès à l'Union européenne par des voies légales et sûres, court-circuitant le commerce des passeurs et autres traites des êtres humains. Ainsi, sur le plan humanitaire, la réinstallation permet de ne pas ajouter à la violence à l'origine du besoin de protection une violence liée à un trajet d'exil aussi coûteux que périlleux. Elle répond au paradoxe qui veut que le droit de l'Union garantit celui de voir examiner sa demande d'asile dans au moins un État européen sans offrir un droit corrélatif à accéder à ce territoire en toute sécurité.

La réinstallation permet également de répondre à une situation mondiale globale par une véritable politique de coopération entre les États de l'Union européenne et le reste du monde. Les derniers éléments fournis par le HCR sur les tendances mondiales militent pour une solution de cette nature tant le nombre de réfugiés s'est encore accru en 2017⁵⁵ et que le déséquilibre est criant dans leur prise en charge.

Pour Lilippo Grandi, Haut commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, « nous sommes à un tournant décisif où la bonne gestion des déplacements forcés à travers le monde exige une approche nouvelle et bien plus globale pour que les pays et les communautés ne soient plus laissés seuls face à ces situations »⁵⁶. L'Union va donc devoir prendre sa part ce qui suppose une certaine planification et un changement de culture vis-à-vis de la réinstallation, à l'instar des pratiques anciennes de certains États, tels les États-Unis⁵⁷ ou, dans une moindre mesure, le Canada.

55. UNHCR, « Tendances globales des déplacements forcés en 2017 », 2018, *op. cit.* Ainsi, le nombre de personnes ayant fui leur pays pour échapper aux conflits et aux persécutions (chiffre qui ne prend donc pas en compte les déplacés internes) s'élève fin 2017 à 25,4 millions de personnes, soit 2,9 millions de personnes supplémentaires pour la seule année 2017.

56. *Ibidem*, p. 4.

57. Les États-Unis, 1^{er} État de réinstallation a accueilli dans ce cadre depuis 1975 3 millions de réfugiés bien que son offre pour 2018 soit exceptionnellement basse. (Rapport HCR 2018, Tendances globales des déplacements forcés en 2017, *op. cit.*, tableau p. 41).

Les Pactes mondiaux déjà évoqués qui sont en cours de discussion dans le cadre des Nations Unies et qui devraient aboutir à la fin de l'année 2018 privilégient cet outil.

Dans son rapport annuel d'évaluation, le HCR fixe à 1, 2 million le nombre de réfugiés nécessitant une réinstallation dans un autre pays en 2018. De façon plus ciblée, sur les 15 pays d'asile et de transit le long de la route migratoire de la Méditerranée, ce sont 277 000 réfugiés qui auraient besoin, selon les calculs de l'agence, d'être réinstallés et l'Europe pourrait en toute logique répondre au moins en partie à cet appel.

L'Union européenne s'est certes déjà lancée dans des programmes de réinstallation – deux programmes – l'un sur la période 2015-2017 pour 22 504 places et un second pour la période en cours 2017-2019 pour 50 000 places. Le premier a été honoré à hauteur de 86 % par 25 États membres de l'UE et associés et le second a donné lieu à des promesses émanant de 19 États couvrant l'intégralité de l'objectif. Il conviendra de s'assurer du respect de ces engagements mais en mai 2018, 2 000 personnes ont effectivement été réinstallées⁵⁸ au titre du second programme⁵⁹.

On notera également l'élaboration en cours d'un règlement européen organisant la réinstallation dans l'Union⁶⁰. Le Parlement européen propose dans ce cadre que l'Union s'engage à réinstaller 20 % minimum des besoins évalués par le HCR.

Les États membres ont également pour certains, développé leurs propres programmes de réinstallation nationaux⁶¹.

Mais nous en sommes pour l'instant aux balbutiements au regard des besoins. La réinstallation doit permettre, à l'instar de son usage actuel, de proposer à des réfugiés vulnérables identifiés par le HCR d'être transférés vers des États davantage en situation de répondre à leurs besoins. Mais le mécanisme doit dépasser ces publics spécifiques ainsi que sa logique artisanale et permettre aux États européens de s'impliquer activement dans un outil de solidarité mondiale afin d'accueillir sur leurs sols des personnes placées sous protection du HCR dans des États proches des pays fuis pour leur permettre une meilleure protection et intégration.

Ces évolutions majeures doivent s'accompagner d'un autre changement, probablement celui qui suscitera le plus de résistance de la part des États membres, tant il vient rogner sur le terrain de la souveraineté des États.

C. Installer une agence européenne de protection indépendante

La proposition n'est pas une provocation mais un impératif.

Les règles présidant à l'examen des demandes d'asile dans les différents pays de l'Union se sont beaucoup rapprochées depuis le traité d'Amsterdam en 1997. Les directives qualification et procédure,

58. EASO, « Rapport annuel sur la situation en matière d'asile dans l'Union européenne en 2017 – Résumé », p. 10.

59. S'ajoute à ces deux programmes, l'opération spécifique prévue par la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 ayant conduit, en mai 2018, à la réinstallation depuis la Turquie de 12 476 syriens dans 16 États membres. *Op. cit.*, p. 11.

60. Proposition du 13/07/2016 de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil COM/2016/0468 final.

61. Pour les opérations de réinstallation menées par la France en 2017 à partir du Liban, Turquie, Tchad et Niger et aboutissant et accueillir 2 000 réfugiés voir Rapport annuel OFPRA 2017, pp. 11 et 125.

d'une part, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union⁶², d'autre part, ont permis une harmonisation importante à la fois des normes substantielles au regard desquelles les demandes d'asile sont examinées et des garanties procédurales à respecter.

Pour autant, les États conservent leurs systèmes nationaux d'examen et une marge conséquente sur l'appréciation du fond des demandes. Il en résulte des disparités parfois très importantes entre États sur le traitement de la demande d'asile et ces disparités constituent une des clés d'explication des mouvements secondaires, de l'attractivité de tel ou tel État au détriment de tel autre, elle-même génératrice d'iniquité entre États et entre personnes en besoin de protection.

Certes, les disparités souvent affichées dans le niveau de la protection entre les différents États sont tronquées tant le cadre des statistiques n'est pas rigoureusement posé⁶³. Il est impossible d'établir une comparaison sans tenir compte des nationalités des demandeurs. Plus un État reçoit, en proportion, de demandes d'asile émanant de nationalités en besoin de protection, plus son taux de réponses favorables global sera élevé sans que l'on puisse en déduire qu'il protège mieux ou plus que son voisin. Ainsi, en 2017⁶⁴, l'Allemagne protège par ordre décroissant de nationalité prioritairement des syriens (pour 38 % des protégés), des afghans (pour 20 %) et des irakiens (pour 14 %) alors qu'en Italie, la protection a été accordée, selon le même ordre, d'abord à des nigériens (14 % des personnes protégées), puis à des pakistanais (10 %) et enfin à des Gambiens (8 %). Ces différences de nationalités aboutissent nécessairement à des taux globaux de protection très différents puisque les nationalités présentes en Italie et en Allemagne ne sont pas au regard des statistiques dans les mêmes besoins d'asile⁶⁵. Même observation sur les statistiques françaises : si 36 % de décisions favorables ont été prises en 2017, il ne faut pas oublier que la première nationalité en nombre de demandeurs cette année-là est l'Albanie⁶⁶ dont les ressortissants n'obtiennent une protection internationale en Europe que pour 5 % d'entre eux⁶⁷.

62. Voir pour la jurisprudence 2017, le Rapport annuel sur la situation de l'asile pour 2017 de l'EASO, p.18 (en anglais) consultable à l'adresse suivante : <http://www.europeanmigrationlaw.eu/documents/EASO-Annual-Report-2017-Final.pdf> – consulté le 15 juin 2018

63. Celles-ci, produites par Eurostat, ne permettent pas d'établir des comparaisons pertinentes. Pour ne prendre que quelques uns des écueils, l'Office statistique européen ne produit pas de chiffres globaux mais des protections obtenues en 1^{ère} instance puis en appel. Or, les totaux, qui ne sont pas calculés, ne correspondent pas au nombre de protections finalement accordées puisqu'une décision positive peut-être comptabilisée deux fois, en 1^{ère} instance puis en appel, avec l'obtention d'une protection plus importante en appel. Ainsi, par exemple, en 2017, l'OFPRA a accordé 27 % de protection et la CNDA 24 %. Le total, qui est de 51 %, ne correspond pas au taux de protection global cette année-là qui fut de 36 %.

Par ailleurs, ces taux englobent l'ensemble des cadres de protection qui ne sont pas uniformes dans tous les États membres, certains prévoyant, outre le statut de réfugié et la protection subsidiaire, un titre de séjour humanitaire qui ne correspond pas au cadre européen de l'asile. Or, 23 des 32 États de l'espace Schengen disposent de cette option supplémentaire qui ne peut être considérée comme répondant aux exigences du droit d'asile et qui pourtant est comptabilisée par Eurostat dans ce cadre. En 2017, 14 % des personnes protégées ont bénéficié dans l'Union de ce titre de séjour humanitaire.

64. Eurostat, communiqué de presse n° 67/2018 du 19/04/2018 – Décisions sur les demandes d'asile dans l'Union en 2017 : <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8817685/3-19042018-AP-FR.pdf/89ae56ea-112c-456b-ba05-7944733f6de1> – consulté le 15 juin 2018.

65. Ces nationalités bénéficient des taux de protection suivants en 2017 en 1^{ère} instance en Europe (chiffres Eurostat) : Syriens (94 %), Afghans (46 %), Irakiens (56 %) à comparer aux Nigériens (22 %), Pakistanais (12 %), Gambiens (23 %).

66. Rapport annuel OFPRA pour 2017, p. 21.

67. Chiffres Eurostat pour 2017, Communiqué de presse préc.

Ces éléments rendent peu pertinente la comparaison brute des taux de protection par État même si certains écarts considérables laissent interrogatifs⁶⁸.

Reste que vis-à-vis d'une même nationalité, des différences parfois très importantes dans la proportion de décisions positives témoignent d'un système dysfonctionnel. Comment expliquer qu'en 2017, la France protège 80 % des demandeurs d'asile afghans, la Grèce 73 %, alors que l'Allemagne n'en protège que 42 % et la Hongrie 20 %.

Les taux de protection sur la demande syrienne sont plus uniformes, variant entre 95 % et 98,5 % dans la plupart des États mais elle n'est que de 30 % en Hongrie.

Pour les irakiens, la Suisse les protège à 79 %, la Grèce à 73 %, alors que la Suède affiche des taux sur cette même nationalité de 43 %, 42 % en Belgique et 17 % en Hongrie.

Ces chiffres laissent songeurs. A tout le moins, ils relèvent une appréciation de craintes équivalentes de façon très différente et interrogent sérieusement sur l'influence de considérations extra-juridiques sur l'examen des demandes.

Ces différences d'appréciation nourrissent les dysfonctionnements européens et contribuent également à l'échec du « système Dublin ». À titre d'exemple, la France se trouve ainsi contrainte d'examiner à nouveau la situation de demandeurs d'asile afghans déboutés en Allemagne dont la reprise a été refusée ou qui sont revenus après leurs transferts. La différence d'appréciation dans les deux pays sur ces dossiers ne peut qu'entretenir ce phénomène. Sauf que c'est très exactement ce que les européens voulaient éviter à travers la désignation d'un seul État responsable. Une solution pourrait s'imposer face à cette difficulté précise. Elle consisterait à poser pour règle la reconnaissance mutuelle des décisions rendues sur les demandes d'asile dans les différents États membres. Mais là encore, cette règle n'est acceptable, du point de vue des demandeurs d'asile, que pour autant que l'appréciation de leurs craintes soit équivalente dans les différentes nations. La difficulté reste donc entière.

Nous ne pensons pas que cet écueil puisse être résolu par le seul passage à des règles communes au travers de règlements se substituant aux actuelles directives. Les institutions nationales de l'asile resteront pour une large part soumises aux pressions de leurs gouvernements de telle sorte que la seule façon de garantir un droit d'asile examiné strictement de façon identique, aboutissant au même statut de protection et garantissant l'égalité entre les demandeurs ne peut passer que par la création d'une Agence européenne unique et indépendante, à l'instar de l'OFPRA français depuis la loi de 2015⁶⁹. Cette agence devra centraliser l'examen de toutes les demandes d'asile présentées dans les pays de l'Union⁷⁰.

Cette proposition sera naturellement difficile à admettre pour les États membres tant elle suppose

68. Ainsi, si l'on s'en tient aux statuts de réfugiés et protections subsidiaires accordées, l'Irlande annonce pour 2017 des taux de protection de 80 % en 1^{ère} instance (et 80 % en appel), la Lituanie de 78 % en 1^{ère} instance (et 18 % en appel), la Lettonie de 74 % en 1^{ère} instance (14 % en appel), Malte de 68 % (et 13 % en appel), alors que l'Allemagne protège à 42 % en 1^{ère} instance (34 % en appel), la Grèce à 43 % en 1^{ère} instance (6 % en appel), la France à 27 % (et 24 % en appel), l'Italie à 16 % en 1^{ère} instance (l'essentiel relevant dans ce pays d'un séjour humanitaire) et 23 % en appel ; qu'enfin, la République tchèque ne prend que 12 % de décisions positives en 1^{ère} instance (1 % en appel) guère plus que l'Islande avec 17 % d'accords en 1^{ère} instance (et 11 % en appel).

69. L'article L.721-2 du *Ceseda* modifié par la loi n° 2017-925 du 29/07/2015 prévoit que « L'Office exerce en toute impartialité (ses) missions (...) et ne reçoit, dans leur accomplissement, aucune instruction ».

70. Précisons que la proposition visant à transformer l'EASO en Agence de l'Union européenne pour l'asile n'a pas du tout cette ambition.

une avancée majeure sur le terrain de l'intégration européenne. Mais un tel mécanisme est le seul de nature à réaliser une sanctuarisation du droit d'asile tel que garanti au niveau européen et international et à le faire échapper aux pressions constantes fondées sur une confusion entre droit d'asile et gestion des flux migratoires.

Le diagnostic est sans appel : l'actualité la plus récente, des résultats aux élections législatives italiennes en mars 2018, au refus de ce pays de voir accoster dans l'un de ses ports des bateaux ayant porté secours à des naufragés en mer Méditerranée depuis l'épisode de l'Aquarius en juin 2018 – témoigne d'un système à bout de souffle et incapable de répondre à la réalité de la demande d'asile dans l'Union conformément au droit. Les remèdes indispensables ne seront pourtant pas faciles à être acceptés.

Les européens sont en effet fracturés autour de la question de l'asile. Les anciens pays de l'Europe de l'Est et particulièrement les États du groupe « Visegrad » sont clairement hostiles à la logique même du droit d'asile. Ils sont rejoints par d'autres États dirigés au moins partiellement par des gouvernements nationalistes hostiles à l'idée de la migration, l'asile n'étant à leurs yeux qu'un aspect de la migration. Cette observation complique singulièrement les changements proposés dès lors qu'ils supposent « plus d'Europe » dans une période marquée par le repli et le retour de l'intergouvernemental. Plus d'Europe en acceptant de transférer à une agence européenne indépendante une compétence qui reste aujourd'hui nationale, plus d'Europe en consacrant un mécanisme complet de solidarité dans la prise en charge des personnes protégées.

Les travaux du Parlement européen co-législateur sur les questions d'asile constituent un espoir, mais la consécration d'une telle révolution suppose, au sein du Conseil européen des dirigeants nationaux visionnaires et conscients des conséquences désastreuses à moyen terme du statu quo.