



HAL
open science

L'asile, un exemple de cohérence entre les volets interne et externe de l'ELSJ ?

Ségolène Barbou Des Places

► To cite this version:

Ségolène Barbou Des Places. L'asile, un exemple de cohérence entre les volets interne et externe de l'ELSJ?. Le volet externe de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : quelle articulation pour quelle cohérence?, Editions de l'ULB, pp.353 - 375, 2012, 978-3639731071. hal-01614135

HAL Id: hal-01614135

<https://hal.science/hal-01614135>

Submitted on 10 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Article publié in Catherine FLAESCH-MOUGIN et Isabelle BOSSE-PLATIERE (dir.), *Le volet externe de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : quelle articulation pour quelle cohérence ?*, Editions de l'ULB, 2012, pp. 353-375.

L'asile, un exemple de cohérence entre les volets interne et externe de l'ELSJ ?

par

Sécolène BARBOU DES PLACES
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne - IREDIES

L'analyse de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après « ELSJ ») au prisme de la cohérence conduit au cœur d'une contradiction. D'un côté, la création même de l'ELSJ est une tentative de coordination, de « mise en cohérence »¹ : il s'est agi, en recourant au concept générique d'*espace*, de réaliser un nouvel objectif de l'Union selon une démarche globale visant à rassembler plusieurs politiques et actions éparses. Mais de l'autre côté, c'est l'éclatement juridique « et la multiplicité normative qui caractérisent la création et le fonctionnement de cet espace »². En effet, l'ELSJ se situe au croisement d'une « multiplicité de fondements, de logiques, d'instruments et de bases juridiques, conduisant à un éclatement des régimes et à des questions de cohérence »³. Pour Fabienne Kauff-Gazin, l'incohérence de l'ELSJ serait structurelle, en raison notamment de la pilarisation et de la superposition normative qui s'y produit.

Le constat d'une telle incohérence ne surprend pas car, depuis la création même de ce nouvel *espace*, la doctrine n'a cessé de se demander ce qui peut relier la liberté, la sécurité et la justice⁴. De surcroît, les objectifs assignés à l'ELSJ ne sont ni structurés ni clairement ordonnés entre eux dans le traité. Enfin, on s'interroge sur la logique qui a conduit à regrouper sous un même chapeau l'asile, l'immigration et la coopération judiciaire⁵. Il en résulte que l'ELSJ est un « nid à incohérences »⁶ que le juge de l'Union tente de domestiquer⁷.

¹ F. KAUFF-GAZIN, « L'Espace de liberté, de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, p. 292.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Voir N. WALKER (dir.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford University Press, 2004.

⁵ Sur les problèmes de cohérence que pose la construction d'un espace judiciaire pénal, voir G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERG (dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Editions de l'ULB, 2003.

⁶ F. KAUFF-GAZIN, « L'Espace de liberté, de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence », *op. cit.*, p. 293.

⁷ Voir H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de Justice de l'Union dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, Janvier-mars 2006, pp. 1 et s.

Mais ce désordre est-il profond ou superficiel ? Si le label « ELSJ » est à certains égards une cote mal taillée pour un assemblage de politiques trop étrangères les unes aux autres, cela ne conduit pas pour autant à la conclusion que chaque politique composant l'ELSJ est, prise individuellement, développée de façon incohérente. L'objet de cette contribution est donc de mesurer si l'action de l'Union en matière d'asile est articulée et ordonnée.

À première vue, et si l'on s'en tient aux épisodes judiciaires du mécanisme Dublin, la politique d'asile apparaît comme une politique en crise. Les deux Cours européennes viennent en effet, dans les affaires MSS du 21 janvier 2011⁸ et NS du 21 décembre 2011⁹, de mettre le doigt sur le vice de conception du système Dublin et sa difficile articulation avec les exigences européennes en matière de protection des droits de l'Homme¹⁰. Quant aux blocages de la négociation du « paquet asile », ils témoignent de la difficulté que rencontrent les institutions communautaires pour faire émerger une politique d'asile communautaire intégrée.

Qu'en est-il, dans ce contexte, de l'articulation des volets interne et externe de la politique d'asile ? Ajoute-t-elle au désordre ou peut-on conclure à une - relative - cohérence des deux volets ? Pour tenter une réponse, nécessairement imparfaite, à cette interrogation redoutable posée par les initiateurs du colloque de Rennes, il faut au préalable résoudre deux questions : il faut identifier et délimiter les deux volets interne et externe de la politique d'asile puis s'accorder sur ce que l'on entend par *cohérence*.

La délimitation des volets interne et externe de la politique communautaire d'asile est d'une grande complexité car on peine à s'accorder sur le(s) critère(s) qui pourrait(ent) fonder la ligne de partage. Cela vient, tout d'abord, de ce que la matière immigration et asile est cette partie de l'ELSJ qui se joue nécessairement dans un rapport avec l'extérieur de l'Union européenne, toute migration supposant le franchissement d'une frontière extérieure de l'Union. On pourrait par conséquent aller jusqu'à considérer que la politique d'immigration et d'asile relève *par nature* du volet externe de l'ELSJ, par opposition avec le corpus du droit de la libre circulation des personnes qui a vocation à régir la circulation des personnes à l'intérieur de l'Union. Mais outre que la distinction entre la circulation interne et externe¹¹ est délicate à établir et mouvante, on ressent ce qu'il y aurait de contestable à ranger dans un volet externe toutes les normes communautaires dont l'objet est de régir les droits des demandeurs d'asile dans l'Union. Cette approche reviendrait à distinguer les volets interne et externe sur la seule base du critère du franchissement des frontières externes de l'Union par un étranger, ce qui n'est guère convaincant¹².

La partition de deux volets interne et externe de la politique d'asile est également rendue délicate par le fait que les réglementations internes produisent des effets externes,

⁸ Cour E.D.H., 21 janvier 2011, req. N° 30696/09.

⁹ C.J., 21 décembre 2011, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *N. S c/Secretary of State for the Home Department et a.* Voir F. KAUFF-GAZIN, « Du bon emploi du règlement « Dublin II » sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles », *Europe*, Mars 2012, pp. 9 et s. et M.-L. BASILIE-GAINCHE, « Les gens de Dublin ont des droits : la qualification de pays d'origine sûr appliquée aux Etats membres de l'Union est une présomption réfragable », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 décembre 2011.

¹⁰ Voir G. MARTI, « Le système Dublin à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentaux », *La Semaine juridique, Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 48, 28 novembre 2011.

¹¹ Pour reprendre la dichotomie très explicite de J.-Y. CARLIER dans sa chronique consacrée à la libre circulation des personnes au *Journal de Droit européen*, développée dans son ouvrage *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007.

¹² Il n'est que de considérer l'arrêt *Metock* pour s'en convaincre : C.J. arrêt de grande chambre, 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Blaise Baheten Metock*, *Rec.* 2008, p. I-6241.

c'est-à-dire des effets sur les personnes et les États à l'extérieur du territoire de l'Union¹³. Pour rendre compte de ces effets hors du territoire de l'Union, la doctrine a développé les concepts *d'extra-territorialisation* ou *d'externalisation*¹⁴. Les développements normatifs en matière d'asile et d'immigration rendent donc largement inopérant le critère de territorialité pour distinguer les deux volets interne et externe.

Pour rendre intelligibles les propos qui suivent, la ligne de partage entre les normes du volet interne et celles du volet externe de la politique d'asile retenue a donc été empruntée à la classification opérée par les institutions communautaires, et au premier chef la Commission, qui distingue un volet externe qu'elle nomme « dimension extérieure » de la politique d'asile. En font partie les normes qui régissent les actions et organisent les relations de l'UE avec les États tiers (essentiellement d'origine des demandeurs d'asile ou de transit) ou une organisation internationale (on pense naturellement au HCR) et qui sont relatives à la protection conférée aux demandeurs d'asile et réfugiés. Le volet interne pour sa part est composé des instruments et actions communautaires qui mettent en place une politique d'asile commune aux États membres de l'Union. Cette partition correspond dans les grandes lignes aux césures existant dans le traité¹⁵, qui concernent la base juridique ou le type d'instrument normatif utilisé. Ainsi la signature d'un accord international par l'UE est-elle un marqueur du volet externe alors que l'adoption des directives d'harmonisation relève plutôt du volet interne.

Si cette ligne de partage apparaît relativement opérationnelle, elle n'est pas sans faille, dans la mesure où elle oblitère les spécificités d'une politique d'asile qui est parcourue d'*opt-out*. Par exemple, le Danemark, pourtant État membre, n'est associé à l'acquis Dublin que par le biais d'un accord international signé avec la Communauté européenne¹⁶. C'est donc un accord international, instrument normatif typique du volet externe selon notre classification, qui régit ici la mise en œuvre du volet interne de la politique d'asile entre les États membres. Mais, en dépit des quelques cas particuliers qui découlent de l'existence d'une politique mise en œuvre de façon différenciée selon les États membres, la césure proposée par les institutions communautaires nous semble suffisamment convaincante pour qu'on la reprenne dans les lignes qui suivent. On est ainsi en mesure de distinguer deux ensembles normatifs.

Le volet interne recouvre essentiellement ce que l'on appelle le régime européen commun d'asile qui est articulé autour du système Dublin¹⁷ qui fixe les critères permettant de déterminer lequel des États membres est compétent pour traiter la demande d'un demandeur

¹³ On pense ainsi à la réglementation sur la responsabilité des transporteurs, à l'action de Frontex ou à la réglementation sur les visas qui produisent leurs effets hors de l'Union.

¹⁴ Nous reviendrons plus avant sur ce phénomène de « *l'externalisation du traitement de l'asile* » décrit par S. LAVENEX dès le début des années 2000 : voir parmi ses travaux, S. LAVENEX et E.-M. UCARER (dir.), *Migration and the externalities of European integration*, Lanham, Lexington Books, 2002.

¹⁵ On conviendra toutefois que le traité n'introduit pas de rupture entre les deux volets puisque c'est la même disposition, l'article 78 TFUE, qui régit la politique d'asile. Un g) du deuxième paragraphe énonce la compétence du Parlement européen et du Conseil pour adopter plus spécifiquement des mesures développant « le partenariat et la coopération avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'asile ».

¹⁶ Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark concernant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers au Danemark ou dans tout autre État membre de l'Union européenne et le système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO n° L 66, 8 mars 2006, p. 38.

¹⁷ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO n° L 50, 25 février 2003. Pour un commentaire critique du dispositif Dublin, voir S. BARBOU DES PLACES, « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », *European University Institute Working Paper*, LAW, n° 2004/06.

d'asile entré en Europe¹⁸ et des directives adoptées lors de la première phase d'harmonisation entre 2003 et 2005. Ces directives ont pour objet d'harmoniser les droits des États membres en matière d'asile : elles portent sur la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié ou d'un statut de protection subsidiaire (directive dite procédure¹⁹), sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile (directive accueil²⁰), sur les critères et conditions d'accès au statut de réfugié (directive qualification²¹). Ces trois textes s'efforcent de mettre en place un régime harmonisé de protection des demandeurs d'asile dans tous les États membres. Quant au volet externe de l'asile²², il est plus hétéroclite. Il est essentiellement constitué d'actions et programmes à destination des États tiers. En font partie les programmes pilote de protection régionale²³, l'action communautaire en faveur du développement de programmes de réinstallation de demandeurs d'asile localisés dans des États tiers et auxquels il faut apporter une solution durable²⁴ et plus généralement les diverses actions de coopération avec les États tiers pour les aider à renforcer leur capacité d'accueil des demandeurs d'asile.

Il reste donc à déterminer si les développements opérationnels et normatifs de ces deux volets sont articulés de façon cohérente. De prime abord, l'appréciation de la cohérence ne semble poser aucune difficulté tant elle est ressentie intuitivement. Le critère de la cohérence apparaît comme un étalon naturel de toute politique de l'Union dès lors que la cohérence, « inhérente au patrimoine génétique de l'ordre juridique communautaire »²⁵ est une « exigence de l'ordre juridique communautaire »²⁶. La cohérence renvoyant à l'idée de liaison étroite, de connexion, il s'agirait donc simplement de déterminer ici s'il existe entre les deux volets de la politique d'asile un rapport logique, harmonieux, une congruence entre les actions ou, pour le formuler de façon négative, une absence de contradiction dans le développement des opérations menées au titre de chacun des volets.

¹⁸ Complété par le règlement Eurodac qui a créé un fichier des empreintes digitales des demandes d'asile : Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO n° L 316, 15 décembre 2000, p. 1.

¹⁹ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO n° L 326, 13 décembre 2005, p. 13. Voir aussi le Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2005/85/CE du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, COM(2010) 465 final, 8 septembre 2010.

²⁰ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO n° L 31, 6 février 2003, p. 18.

²¹ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO n° L 304, 30 septembre 2004, p. 12.

²² Pour une présentation détaillée des différentes actions menées au titre du volet externe, voir l'ouvrage dirigé par M. MAES, M.-C. FOGLETS et P. DE BRUYCKER, *External Dimensions of European Migration and Asylum Law and Policy/Dimensions Externes du Droit et de la Politique d'Immigration et d'Asile de l'UE*, Bruylant, 2011.

²³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen relative aux programmes de protection régionaux [COM(2005) 388 final, 1^{er} septembre].

²⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation [COM(2009) 447 final, 2 septembre 2009].

²⁵ D. SIMON, « Cohérence et ordre juridique communautaire », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, p. 31.

²⁶ *Ibidem*.

Mais à y regarder de plus près, l'appréciation de la cohérence est tout sauf une opération simple. Tout d'abord, la cohérence doit plus être appréciée en « degrés »²⁷ que comme un absolu. De plus, et sans aller jusqu'à faire un *éloge, même tempéré, de l'incohérence*²⁸, on admettra que la cohérence n'est pas toujours un donné et que tout ordre juridique s'accommode constamment d'éléments d'incohérence. Il existe des poches d'incohérence dans le développement de chaque politique et c'est pourquoi la dimension temporelle peut être une donnée importante de l'appréciation. En outre, la cohérence n'est pas si aisée à définir car elle n'est pas nécessairement synonyme d'unité ou d'uniformité. On préférera donc appliquer l'idée soutenue par Denys Simon²⁹ selon laquelle la cohérence est une méthode, un vecteur d'ordonnancement, d'articulation des normes autour d'objectifs prioritaires.

Par ailleurs, la cohérence est susceptible d'avoir plusieurs dimensions ou niveaux. Rapportée à l'ELSJ, la cohérence recherchée peut ainsi être globale si l'on choisit un prisme large (il s'agit d'apprécier si le développement des politiques dans le cadre de l'ELSJ est cohérent avec les autres politiques de l'Union ou l'exigence de protection des droits fondamentaux) ou sectorielle (ici compte l'absence d'incongruité dans le développement des actions à l'intérieur de l'ELSJ³⁰). Enfin, on peut s'attacher à identifier la cohérence institutionnelle³¹ ou s'intéresser plutôt à la cohérence matérielle. C'est cette dernière dimension de la cohérence qui a été privilégiée dans le cadre de cette contribution.

Un premier regard sur les volets interne et externe de la politique d'asile conduit à un constat de cohérence. La conception de la politique d'asile est raisonnée, le volet externe étant logiquement articulé au volet interne (I). Mais les développements du titre V semblent brouiller le bel ordonnancement d'origine : la cohérence de la politique d'asile est relative (II).

I. - Une conception cohérente

La lecture des programmes politiques et des normes constitutives de la politique d'asile de l'Union européenne donne à voir un tableau clair et ordonné. Il existe *une* politique de l'asile menée par l'Union, spécifique et autonome, dont les deux volets interne et externe sont les deux faces d'une même action ; l'impression de cohérence domine donc. En effet, le cœur de la politique d'asile est son volet interne auquel on a assigné des objectifs logiquement articulés entre eux. Le volet interne a été conçu comme un dispositif agencé méthodiquement pour constituer une réponse ordonnée aux problèmes posés par l'asile dans l'Union européenne (A). Le volet externe vient en second et il est la prolongation du volet interne, la projection de ses objectifs, principes et valeurs à l'extérieur de l'Union européenne (B).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ R. KOVAR, « Eloge tempéré de l'incohérence », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 41-49.

²⁹ D. SIMON, *op. cit.*, p. 34.

³⁰ À laquelle fait référence le programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JO n° C 115, 4 mai 2010, p. 1.

³¹ Voir pour une analyse de la cohérence institutionnelle de l'ELSJ, F. KAUFF-GAZIN, « L'Espace de liberté, de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence », *op.cit.*, pp. 292-307. En matière d'asile, l'analyse de la cohérence institutionnelle conduirait à examiner l'impact des *opt-out* comme facteur d'incohérence ou à l'inverse, à mettre l'accent sur les facteurs d'ordonnancement comme le Bureau européen d'appui en matière d'asile créé par le Règlement 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO n° L 132, 29 mai 2010, p. 11.

A. - Le volet interne, une tentative de réponse ordonnée aux enjeux européens de l'asile

Le volet interne de la politique d'asile menée par l'Union apparaît comme un programme global pensé selon un schéma logique pour répondre collectivement aux problèmes posés aux États membres par les migrations d'asile dans les années 1990. Il faut en effet rappeler qu'avant l'introduction de l'asile dans le champ des compétences communautaires à Amsterdam, les différences entre les législations des États membres étaient considérables sur des questions aussi fondamentales que les conditions d'attribution du statut de réfugié, la procédure d'examen d'une demande d'asile ou encore les conditions d'accueil des demandeurs d'asile. Or ces disparités étaient problématiques pour les demandeurs d'asile car elles engendraient une inégalité juridique entre eux³².

Mais les différences de législations avaient aussi des répercussions sur les États car elles nourrissaient les pratiques de *forum shopping* des demandeurs d'asile (également appelées *mouvements secondaires* dans la terminologie communautaire). Dans les années 1980 et 1990, les États ont réagi défensivement à ces stratégies de *forum shopping*: ils redoutaient en effet que les demandeurs choisissent leur État d'asile en fonction du niveau de protection offert, ce qui conduirait à une surcharge des États les plus protecteurs. La crainte du *forum shopping* a donc conduit chaque État membre à modifier sa législation d'asile dans un sens nettement restrictif, l'enjeu étant d'inciter les demandeurs à s'adresser à un autre État membre. Sans surprises, la somme des actions unilatérales, dominées par une logique de concurrence³³ entre les États, a produit une dégradation globale du niveau de la protection accordée aux demandeurs d'asile. Au niveau européen, une spirale s'est enclenchée qui a conduit à une dégradation nette des standards de protection des demandeurs d'asile. C'est pourquoi une réponse de niveau et de dimension communautaires était attendue.

Pour atteindre l'objectif assigné par le traité - garantir un haut niveau de protection des personnes -, deux moyens principaux et complémentaires ont été choisis : élaborer un régime d'asile européen commun et mettre en place des mécanismes de solidarité entre les États.

L'harmonisation a été initiée par les directives dites de la première phase. Le rapprochement des droits nationaux est apparue comme la réponse la plus adéquate à la stratégie dérégulatrice suivie par les États pour deux raisons. En réduisant les différences entre les législations nationales, l'harmonisation limite mécaniquement le *forum shopping*. Ensuite, l'adoption de normes communes est une réponse collective et collaborative à la charge que représente, pour chaque État, l'accueil des demandeurs d'asile : elle peut ainsi les convaincre de renoncer à réformer leur législation nationale dans un sens restrictif³⁴. Certes, les directives des années 2003-2005 n'ont conduit qu'à une harmonisation minimale mais la logique qui sous-tendait leur adoption reste d'actualité. Depuis son Livre vert de juin 2007³⁵,

³² Pour ne prendre que le seul exemple de l'accès au statut de réfugié, un même demandeur d'asile était placé face à des perspectives de protection très disparates selon qu'il demandait la reconnaissance du statut dans un État membre ou un autre.

³³ Voir pour le processus de concurrence dérégulatrice entre les États membres, S. BARBOU DES PLACES, "Evolution of Asylum Legislation in the EU. Insights from Regulatory Competition Theory", *European University Institute Working Paper* RSC n° 2003/16. Les États ont érigé des barrières nouvelles à l'entrée sur leur territoire, ont mis en place des mécanismes de traitement accéléré des procédures d'examen des demandeurs d'asile et ont limité les droits accordés aux demandeurs d'asile (droit de travailler par exemple) : la stratégie était de ne pas créer un *appel d'air*.

³⁴ Pour une présentation de la politique d'harmonisation de la première phase, voir P. DE BRUYCKER (dir.), *The Emergence of a European Asylum Policy/L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruylant, 2004 et P. DE BRUYCKER (dir.), *The Emergence of a European Immigration Policy/L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruylant, 2003.

³⁵ Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 final, 6 juin 2007.

la Commission soutient la réforme des directives et la mise en place d'un futur « régime d'asile européen commun » car un « nouveau rapprochement des procédures d'asile, des normes juridiques et des conditions d'accueil nationales (...) se traduirait inmanquablement par une réduction de ceux des mouvements secondaires des demandeurs d'asile qui sont principalement imputables à la diversité des règles applicables et donc par une répartition plus équitable des demandes d'asile entre les États membres »³⁶. Ce que l'on appelle le *paquet asile* est donc en cours de discussion et de négociation³⁷ ; son objectif est d'approfondir le rapprochement des législations nationales.

La politique communautaire d'asile repose sur un second pilier : le principe du partage de la charge. L'idée d'une solidarité entre les États membres, se répartissant équitablement le coût de l'accueil des demandeurs d'asile, apparaît dans tous les actes politiques et juridiques de l'UE dès la fin des années 1990. Dès 2000 a été créé un instrument financier, le Fonds européen pour les réfugiés (FER), qui a pour objet de soutenir les efforts consentis par les États membres dans la mise en œuvre de la politique communautaire en matière d'asile. Le FER instaure une sorte de redistribution financière pour équilibrer les charges assumées par les États et finance certaines actions en matière d'intégration, d'accueil, de procédures et de rapatriement volontaire. Certes, la pratique permet de douter de la réalité de la solidarité en Europe et de l'existence d'un quelconque *principe* de solidarité entre les États membres en matière d'asile³⁸. Il n'en reste pas moins que le partage de la charge est, dans le modèle qui a présidé à sa conception, un élément essentiel de la charpente de la politique d'asile de l'Union.

Enfin, pour répondre de façon structurée et efficace à une migration d'asile désordonnée, les États se sont accordés sur le mécanisme Dublin qui organise la répartition des demandeurs d'asile entre les États membres. Le règlement Dublin II³⁹ a pour double finalité d'assurer que chaque demandeur d'asile verra sa demande examinée par un État et d'empêcher les demandes d'asile multiples. Aussi le règlement énonce-t-il des critères hiérarchisés qui permettent de désigner lequel des États membres de l'Union sera compétent pour traiter la demande d'asile. Tout demandeur d'asile se trouvant dans un État membre autre que celui qui est compétent pourra être renvoyé vers l'État membre compétent. Le mécanisme Dublin a donc une double vocation. En répartissant les demandeurs d'asile entre les États, il se veut un mécanisme de solidarité entre eux ; en garantissant aux demandeurs d'asile qu'au moins un État examinera leur demande, il leur évite de devenir des « réfugiés sur orbite ».

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Ainsi, la directive procédure devrait être amendée avec l'objectif de parvenir à une procédure d'asile véritablement commune et unique pour les demandeurs d'asile et les demandeurs de protection subsidiaire. La réforme de la directive sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile a, pour sa part, vocation à réduire les divergences demeurant quant à l'accès des demandeurs d'asile au marché du travail ou aux soins de santé. Enfin, l'objet de la réforme de la directive protection est de parvenir à créer une protection uniforme sur tout le territoire européen, ceci concernant tant les critères d'octroi de la protection que le contenu de cette protection. La Commission soutient le principe d'une harmonisation accrue des critères d'éligibilité et la clarification des concepts utilisés pour définir les motifs de protection de façon à limiter les risques d'interprétation et d'application divergentes entre les États que permet la directive de 2004.

³⁸ Malgré l'affirmation du traité lui-même à l'article 80 TFUE : « Les politiques de l'Union visées au présent chapitre et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier ». Voir M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de la solidarité soumise à l'argument de réalité », in Ch. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp. 245-258.

³⁹ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JO* n° L 50, 25 février 2003, p. 1.

Le volet interne de la politique d'asile apparaît donc comme un agencement méthodique destiné à remédier aux difficultés de gestion de la migration d'asile rencontrées par les États membres dans les années 1990. Partant de rien, il était possible de concevoir un dispositif cohérent : c'est ce que les institutions communautaires ont tenté de réaliser à travers l'articulation d'une politique d'harmonisation et d'un système de répartition de la charge de l'accueil des demandeurs d'asile. Le volet interne est conçu comme un ordonnancement rationnel des actions ayant pour finalité la protection des demandeurs d'asile. Quant au volet externe de la politique d'asile, il se présente comme le prolongement du volet interne : il est la projection, à l'extérieur de l'Union, des principes et valeurs du volet interne.

B. - Le volet externe, continuité de l'action interne

Le volet externe de la politique d'asile n'apparaît officiellement qu'avec le programme de La Haye⁴⁰ de 2005 qui a développé un chapitre « dimension extérieure » de l'asile⁴¹. L'antériorité du volet interne sur le volet externe explique peut-être que la dimension externe soit essentiellement fonctionnelle et instrumentale. En effet, la dimension extérieure de la politique d'asile a pour principale finalité de mettre en place un partenariat avec les États tiers que l'Union aide à assurer la protection des demandeurs d'asile. Lorsque l'on analyse en détail les objectifs du volet externe, on observe qu'ils sont essentiellement la continuation de ceux du volet interne puisqu'il s'agit de la promotion d'une protection efficace et juste des demandeurs d'asile (mais par les États tiers cette fois) et du développement d'outils de solidarité (avec les États tiers).

La cohérence matérielle de la politique d'asile découle aussi, pour une part non négligeable, de son articulation à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés. À de nombreux égards, cette Convention apparaît comme l'axe commun, le pivot autour duquel tournent les deux volets interne et externe. Le traité y fait ainsi référence explicitement dans une disposition commune aux deux volets : l'article 78-1 du TFUE dispose que l'Union développe une politique commune en matière d'asile qui « doit être conforme à la Convention de Genève ». La Charte des droits fondamentaux arrime également la politique d'asile à la Convention de 1951 avec son article 18, relatif au droit d'asile, au titre duquel « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève ». Quant aux normes de droit dérivé, la référence à la Convention de Genève y est une constante : chacune des directives d'harmonisation contient, dans son préambule, mention du respect de la Convention de Genève.

La Convention de Genève sert donc de trait d'union, de point d'articulation entre les deux volets interne et externe. Dans ses relations diplomatiques, l'UE encourage en effet les États tiers à ratifier et appliquer la Convention de Genève et à appliquer des procédures effectives du traitement de l'asile. Parfois même, la coopération avec ces États tiers est tout simplement conditionnée à l'acceptation de la Convention de Genève. Ainsi le programme de la Haye de novembre 2004 énonce-t-il que le soutien et l'aide financière aux États tiers d'origine ou de transit pour gérer l'asile seront accordés si ces États démontrent un réel

⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005, « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice » [COM(2005) 184 final, JO n° C 236, 24 septembre 2005].

⁴¹ Avec le traité de Lisbonne apparaît ce que l'on peut considérer comme une obligation de développer le volet externe de la politique d'asile à l'article 78-2 g) du TFUE qui vise la coopération avec les États tiers en matière d'asile.

engagement à respecter leurs obligations au titre de la Convention de Genève⁴². Le texte fondateur de la protection des réfugiés participe donc de la cohérence matérielle des deux volets de la politique d'asile : il s'agit d'une source normative commune aux règles des deux volets et son respect est un objectif commun.

La cohérence des dimensions internes et extérieures de la politique d'asile s'observe enfin sur le plan opérationnel. Le volet externe recouvre d'abord les instruments et actions mettant en place une assistance communautaire aux États tiers pour renforcer les capacités d'accueil des demandeurs d'asile par ces États tiers. Il s'agit principalement de leur apporter une aide technique ou juridique, en les aidant à développer des législations et pratiques conformes aux standards internationaux de l'asile par la création d'instances spécialisées ou la formation des autorités chargées du traitement des demandeurs d'asile⁴³.

Le volet externe est ensuite composé des actions et instruments élaborés pour assurer une contribution plus directe de l'Union à la protection des demandeurs d'asile à l'extérieur de l'Union. C'est ainsi qu'à partir de 2005, l'Union a lancé les Programmes de protection régionale (ci-après PPR)⁴⁴ qui visent à faciliter l'accès des demandeurs d'asile à la protection et à trouver une solution durable à leur situation. Le but premier des PPR est d'aider le premier État d'accueil ou de transit à établir une procédure efficace de détermination du statut de réfugié. Les PPR ont un second volet : la réinstallation, mécanisme utilisé par le HCR depuis de longues années, qui consiste à sélectionner et transférer certains réfugiés d'un État où ils demandent l'asile vers un autre État qui a accepté de les admettre et les protéger en tant que réfugiés. La pratique de la réinstallation varie en effet beaucoup selon les États membres de l'Union⁴⁵. L'Union a donc élaboré en 2009 le *Programme européen de réinstallation*⁴⁶ qui vise à encourager les États membres à accueillir sur leur territoire, sur la base du volontariat, des réfugiés vulnérables qui ne bénéficient pas de solutions durables dans le pays d'asile où ils se trouvent. Les premiers programmes pilote de PPR ont été mis en place à partir de 2007 dans les nouveaux États indépendants occidentaux (Biélorussie, Ukraine, Moldavie), en Afghanistan et dans la région des grands lacs⁴⁷. Leur développement reste modeste mais les PPR participent de l'engagement de l'Union en faveur d'un accueil international des demandeurs d'asile : l'enjeu est de leur proposer une solution pérenne.

Même s'il est composite et encore relativement marginal, le volet externe de la politique d'asile est donc développé sans rupture avec l'action menée dans le cadre du volet interne.

⁴² Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005, « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice » [COM(2005) 184 final - JO n° C 236, 24 septembre 2005].

⁴³ Ces initiatives ont surtout concernées l'Afrique du Nord et plus particulièrement le Maroc. Voir pour plus de détail M. MAES, D. VANHEULE, J. WOUTERS et M.-C. FOGLETS, "The international dimension of EU asylum and migration policy: framing the issues", in M. MAES, M.-C. FOGLETS et P. DE BRUYCKER (dir.), *External Dimensions of European Migration and Asylum Law and Policy/Dimensions Externes du Droit et de la Politique d'Immigration et d'Asile de l'UE*, Bruylant, 2011, pp. 9-62.

⁴⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen relative aux programmes de protection régionaux, COM(2005) 388 final, 1^{er} septembre 2005. Voir pour une analyse de ces programmes, M. GARLICK, "EU "regional protection programmes" : development and prospects", in M. MAES, M.-C. FOGLETS et P. DE BRUYCKER (dir.), *External Dimensions of European Migration and Asylum Law and Policy/Dimensions Externes du Droit et de la Politique d'Immigration et d'Asile de l'UE*, Bruylant, 2011, pp. 371-386.

⁴⁵ Certains États comme les États scandinaves ont une longue tradition de réinstallation alors que d'autres, comme l'Allemagne, ne participent pas ou peu aux programmes de l'ONU.

⁴⁶ Voir Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 2 septembre 2009 relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, COM(2009) 447 final, 2 septembre 2009.

⁴⁷ Voir M. GARLICK, "EU "regional protection programmes" : development and prospects", *op. cit.*

Les travaux doctrinaux sur l'*extra-territorialisation* ou la *gouvernance externe*⁴⁸ mettent d'ailleurs en évidence la continuité de l'action interne à l'extérieur de l'Union en montrant comment l'Union transfère aux États tiers ses standards, son expertise et ses meilleures pratiques. Certains auteurs en concluent que "the traditional divides *between* "internal" and "external" dimensions of EU asylum and migration policy no longer apply"⁴⁹.

En somme, la politique d'asile de l'Union est bien conçue comme une action cohérente, sans discontinuités majeures. Cette cohérence est rendue possible par la singularité de l'asile car, contrairement à la politique d'immigration, les finalités de la politique d'asile ne sont pas multiples et contradictoires : le but de l'action de l'UE est essentiellement d'organiser la protection de ceux qui en ont besoin. Au fond, le lieu et le moyen de la protection sont donc moins importants que l'effectivité de l'accès à une protection et c'est pourquoi, dans sa conception, la politique d'asile ne se scinde pas en deux volets interne et externe. De plus, la prédominance de la finalité protectrice confère une certaine autonomie à la politique d'asile qui n'est pas soluble dans la politique d'immigration. Cette indépendance joue un rôle dans la cohérence de cet ensemble distinct qui a été conçu selon des règles propres.

Toutefois, le constat de la cohérence des volets interne et externe de la politique d'asile ne peut s'arrêter à l'analyse du modèle et de sa conception. Les développements normatifs et opérationnels de la politique d'asile de l'Union laissent apparaître des désordres ainsi que des failles dans l'articulation des deux volets. En d'autres termes, la cohérence de la politique d'asile est fragile et relative.

II. - Une cohérence relative

La cohérence de l'action européenne en matière d'asile est relative car c'est une cohérence postulée (A) et parce que le point de jonction originel des deux volets interne et externe s'est déplacé (B).

A. - Une cohérence postulée

Même s'il peut paraître trivial de relever l'écart qui sépare la théorie et la pratique, on doit toutefois constater que la politique d'asile *telle qu'elle se fait*, n'a rien à voir avec le schéma ordonné voulu par les initiateurs de l'action communautaire en matière d'asile.

Le volet externe de la politique d'asile a été présenté comme la continuité, la prolongation à l'extérieur de l'Union d'une action interne ordonnée et rationnelle. Or le volet interne est loin d'être achevé et stabilisé. Les normes adoptées lors de la première phase (1999-2004) ne sont pas parvenues à fonder un régime européen commun d'asile. Ayant souffert d'une négociation très difficile, les directives laissent en effet aux États des marges de manœuvre considérables⁵⁰. C'est pourquoi la Commission œuvre à la réalisation du *paquet*

⁴⁸ S. LAVENEX, "EU external governance in wider Europe", *Journal of European Public Policy*, 2004, 11, 4, pp. 680-700.

⁴⁹ M. MAES, D. VANHEULE, J. WOUTERS et M.-C. FOBLETS, "The international dimension of EU asylum and migration policy: framing the issues", in M. MAES, M.-C. FOBLETS et P. DE BRUYCKER (dir.), *External Dimensions of European Migration and Asylum Law and Policy/Dimensions Externes du Droit et de la Politique d'Immigration et d'Asile de l'UE*, Bruylant, 2011, p. 47.

⁵⁰ Ce constat, d'abord énoncé par la doctrine et les ONG, est aujourd'hui partagé par la Commission qui déplore, dans son Plan d'action de juin 2008, que demeurent d'innombrables différences de traitement d'un État membre à l'autre qui provoquent des résultats incohérents contraires au principe d'égalité entre demandeurs d'asile. Elle considère par exemple que la directive 2005/85 relative aux procédures d'asile « énonce une série de normes procédurales plutôt qu'une procédure standard. Cette procédure offre en effet un niveau de flexibilité élevé dans

asile qui regroupe les normes d'harmonisation dites de *deuxième génération*. Mais leur adoption est bloquée au Conseil depuis plus de deux ans en raison de l'incapacité des États à s'entendre, particulièrement marquée pour les directives accueil et procédure. Le désaccord pourrait même conduire à démanteler la logique propre à la réforme du paquet asile : la Commissaire Cecilia Malstrom a en effet proposé de dissocier l'adoption des différentes directives et de privilégier dans un premier temps l'adoption de certaines d'entre elles. Une telle stratégie risque de rompre l'unité du paquet asile, les États se servant alors de l'arme de la négociation différée pour conserver une logique d'harmonisation minimale⁵¹. De plus, bien que négociées et soumises à adoption de manière séparée, les normes proposées sont difficilement dissociables car elles font référence les unes aux autres.

En d'autres termes, le contexte de l'adoption des normes du second paquet asile risque d'affaiblir la fragile cohérence atteinte jusqu'ici. On est alors conduit à interroger la cohérence de l'articulation des deux volets interne et externe de la politique d'asile : comment le volet externe pourrait-il prolonger, exprimer à l'extérieur de l'Union un volet interne en cours de formation et parcellaire ?

De plus, le faible degré d'harmonisation des législations nationales rend l'ensemble du volet interne dysfonctionnel, comme le révèle le feuilleton judiciaire provoqué par l'application du règlement Dublin. Rappelons en effet que le système Dublin, - né de la Convention de Dublin⁵² - est un mécanisme qui détermine, sur la base de critères impératifs et fixés par avance, quel État membre est responsable d'une demande d'asile déposée dans l'Union européenne. Ce faisant, il empêche les demandeurs d'asile de choisir leur État d'asile. Or, comme le montre l'arrêt MSS rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme⁵³, le système Dublin (qui conduit à déclarer la Grèce compétente pour traiter la demande d'asile du requérant) est inéquitable si les chances d'un Afghan d'obtenir l'asile en Grèce sont quasiment nulles alors que ses chances sont réelles au Royaume-Uni. Il est aussi inefficace car, logiquement, cet Afghan va tenter d'échapper au régime Dublin. Le système Dublin ne peut donc être opérationnel et juste que s'il se déploie dans un cadre où existe une réelle équivalence des protections accordées par les États membres.

Mais pour l'heure, une telle équivalence n'existe pas, comme le prouvent les faits mêmes de l'affaire MSS. On doit donc admettre que si l'architecture de la politique d'asile a été pensée rationnellement, la réalisation du plan souffre d'une incohérence chronologique. Il aurait fallu inverser l'ordre d'adoption des textes et faire précéder l'application du mécanisme Dublin par une politique active de rapprochement des droits nationaux. Le mécanisme Dublin n'aurait en effet pas dû être mis en fonction avant que ne soit réalisée une harmonisation suffisante des législations d'asile, conduisant à un standard européen de protection suffisamment homogène. Cette faille et ses conséquences sont dénoncées depuis longtemps par les ONG, qui demandent parfois que l'application du système Dublin soit différée.

Confrontées à cette incohérence, les autorités chargées de mettre en œuvre le régime Dublin n'ont donc pas d'autre choix, si elles souhaitent en préserver le fonctionnement, que de postuler l'équivalence des législations nationales. Le système repose ainsi sur la fiction

bien des domaines, notamment par le biais des dispositions relatives aux procédures accélérées, aux procédures à la frontière et aux demandes irrecevables. Un nouveau rapprochement des législations est une condition *sine qua non* pour atteindre l'objectif d'une procédure commune à l'ensemble de l'UE que prévoit le programme de La Haye ».

⁵¹ Le Royaume-Uni a décidé de ne pas participer à la révision des directives Accueil et Procédure, ne partageant pas les options envisagées quant à la révision de ces directives. Le Royaume-Uni souhaite continuer à appliquer les directives non réformées, alors même que les autres membres appliqueraient les nouveaux textes.

⁵² Qui est l'ancêtre du règlement Dublin II : Convention de Dublin sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile du 15 juin 1990, JO n° C 254, 19 août 1997, p. 1.

⁵³ Cour E.D.H., 21 janvier 2011, req. N° 30696/09.

généralisée selon laquelle les protections accordées aux demandeurs d'asile sont comparables dans tous les Etats membres. Cette fiction n'est jamais interrogée car il en va de l'effectivité même du mécanisme Dublin. La réalité de la cohérence du système européen d'asile est donc pour le moins discutable : il serait plus approprié de parler de cohérence décrétée.

Lorsqu'il est saisi d'affaires relatives à l'application du règlement Dublin, et donc confronté aux faits, le juge se trouve dans une position délicate. Dans les affaires MSS et NS (jugée par la Cour de Justice⁵⁴), la situation grecque est telle qu'elle contraint les deux juges européens à tirer les conséquences juridiques d'un défaut de protection des demandeurs d'asile dans un Etat membre : la Grèce. Dans son arrêt MSS contre Belgique, la Cour européenne des droits de l'Homme condamne la Belgique pour n'avoir pas renoncé à utiliser la clause de souveraineté lui permettant de traiter (plutôt que la Grèce) la demande d'asile d'un requérant afghan⁵⁵ : « les autorités belges auraient pu, en vertu du règlement, s'abstenir de transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination, en l'occurrence la Grèce, ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention »⁵⁶. Quant à la CJ, elle admet que, dans l'hypothèse où il y a lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans un Etat membre responsable au titre des critères Dublin, impliquant un traitement contraire à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet Etat membre, ce transfert serait incompatible avec la Charte⁵⁷.

Ces affaires ont donc confronté les juges à l'absence d'équivalence de protection des demandeurs d'asile entre les Etats membres, qu'ils ont été obligés de prendre en compte. Mais si elles pointent implicitement du doigt la fiction sur laquelle repose le système Dublin⁵⁸, les deux Cours européennes ne semblent pas résolues à en tirer toutes les conséquences. Pour légitimer le système Dublin, la CJ s'efforce même de restituer une cohérence au régime d'asile. Elle s'appuie pour cela sur le postulat de l'équivalence de la garantie des droits fondamentaux offerte à ces demandeurs d'asile par les Etats membres. La Cour souligne que tous les règlements et directives pertinents en matière d'asile prévoient qu'ils observent les droits fondamentaux et les principes reconnus par la Charte. Le système européen d'asile 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 ». Et c'est en raison de ce respect généralisé que « les États peuvent s'accorder une confiance mutuelle »⁵⁹

⁵⁴ C.J., 21 décembre 2011, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *N. S c/Secretary of State for the Home Department et a.*

⁵⁵ Le Gouvernement estimait que, par l'application du règlement Dublin, la Belgique n'était pas responsable de l'examen de la demande d'asile du requérant et qu'il ne lui appartenait pas d'examiner les craintes pour sa vie et son intégrité physique en Afghanistan. Il ajoutait que ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Belgique fait usage de la clause dérogatoire à ces principes figurant à l'article 3 § 2 de règlement et ce uniquement si l'intéressé démontre qu'il risque de subir la torture ou un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3. Cet argument ne convainc pas la Cour car « un État 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 » (§ 338). Or un tel pouvoir d'appréciation existe au sein du mécanisme Dublin II : l'Etat peut en effet décider d' « 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 règlement (§339) et ce, en vertu de la « clause de souveraineté » prévue à l'article 3.2 du règlement. Il en résulte que les autorités belges auraient pu s'abstenir de transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination (la Grèce) ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention (§340).

⁵⁶ § 340.

⁵⁷ Point 86 de l'arrêt.

⁵⁸ Dans son arrêt MSS, la Cour EDH dresse ainsi le constat d'un système Dublin qui conduit à une répartition inégalitaire des demandeurs d'asile entre les États membres, produisant une surcharge des États du sud qui sont le réceptacle de la majorité des demandeurs d'asile

⁵⁹ Point 78 de l'arrêt.

dans le cadre du système Dublin. En d'autres termes, en dépit de l'harmonisation minimale des législations sur l'asile que le juge ne peut ignorer, la cohérence du mécanisme est à nouveau décrétée.

Toutefois, les faits de l'affaire NS imposent au juge communautaire de confronter le postulat qu'il énonce aux faits. La Cour de Justice admet donc que la présomption selon laquelle tous les États membres de l'Union ont une politique d'asile qui respecte les droits fondamentaux et la Convention de Genève est réfragable. Dans le cas grave d'une défaillance systémique attestée, le présumé pourra être levé et l'application du mécanisme Dublin suspendu ou écarté. Mais il doit exister des éléments matériels tangibles (conduisant à « craindre sérieusement » qu'il existe des défaillances de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile) pour renverser cette présomption. Dès lors, la violation simple d'un droit fondamental par un État responsable d'une demande d'asile ne suffit pas à remettre en cause l'application du mécanisme Dublin.

Cette position ne se comprend que si l'on garde à l'esprit la volonté du juge de préserver l'architecture globale du système européen d'asile et la centralité du mécanisme Dublin. La Cour concède en effet qu'une violation simple ne suffit pas à remettre en cause la présomption de protection suffisante des droits fondamentaux car « il en va de la raison d'être de l'Union et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et plus particulièrement du système européen commun d'asile ». Tout est dit. Pour le juge communautaire, la stabilité de l'édifice est primordiale et la cohérence globale du régime est axiomatique. Ce n'est donc qu'à la marge, dans des circonstances extrêmement particulières que l'on pourra en contester la mise en œuvre.

Si cette position conforte une construction dont la cohérence et la stabilité sont les enjeux, convenons toutefois que les affaires MSS et NS peuvent laisser un sentiment de travail inachevé. Parions aussi qu'elles seront suivies d'autres espèces qui pourraient bien venir à leur tour troubler la paisible fiction d'un volet interne cohérent et équilibré. Ajoutons à cela, pour brouiller encore un peu plus l'image d'une politique d'asile ordonnée, que les points de jonction entre les volets interne et externe se sont peu à peu modifiés, sous l'influence des développements de la politique d'immigration de l'Union et de son volet sécuritaire : l'articulation des deux volets est donc déplacée.

B. - Une articulation déplacée

Les développements du volet externe de la politique d'asile font l'objet d'importantes critiques de la part des ONG. Il faut dire qu'à de nombreux égards, l'impression qui domine est que les instruments du volet externe de la politique d'asile risquent de servir moins un objectif de protection des demandeurs d'asile et réfugiés qu'une stratégie de cantonnement des demandeurs d'asile hors de l'Union. En d'autres termes, le volet externe de la politique d'asile semble avoir opéré une jonction avec le volet externe de la politique d'immigration de l'Union et son objectif de contrôle des flux migratoires.

Cette impression découle de la double nature - génératrice d'une forte ambiguïté - des outils mis en place par les institutions communautaires dans le cadre du volet externe de la politique d'asile. La toute première proposition d'action extérieure en matière d'asile résumait d'ailleurs cette ambivalence. Il s'agit de la très controversée proposition britannique de création de centres de transit pour le traitement des demandes d'asile à l'extérieur de l'UE⁶⁰. En 2003, le gouvernement britannique a suggéré la mise en place d'un système dans lequel

⁶⁰ UK Home Office Paper, "A new vision for refugees", February 2003 et UK Home Office, "New International approaches to asylum processing and protection", présentés au Conseil européen de mars 2003.

certaines catégories de personnes demandant l'asile à un État membre de l'Union seraient transférées du territoire communautaire vers des centres de traitement de l'asile situés dans des États tiers. Présentée au Conseil européen de mars 2003, la proposition ne fut pas retenue mais elle a ouvert la voie à l'idée, reprise par le Conseil européen de Thessalonique en juin 2003, selon laquelle le traitement des demandes d'asile pourrait/devoir être assuré au plus proche des régions d'origine des demandeurs. La Commission a donné suite à ces conclusions par l'adoption de sa communication⁶¹ sur la gestion de l'entrée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale.

Depuis cette date, les actions menées dans le cadre du volet externe ne sont pas parvenues à mettre fin à l'équivoque originelle : le développement de mécanismes de traitement des demandes d'asile hors du territoire communautaire répond-il au souci légitime de faciliter l'accès à une protection effective proche des zones de départ en épargnant aux demandeurs d'asile les peines d'un trajet difficile ou doivent-ils s'analyser comme des formes d'*externalisation*, au sens de délocalisation et de sous-traitance de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile ? La crainte a été, de la part des ONG et du HCR, que ces mécanismes permettent d'opérer un premier tri des demandes d'asile.

Ainsi par exemple, les PPR répondent à une logique de solidarité avec les États tiers qu'il s'agit d'aider à accueillir les demandeurs d'asile. Mais le volet *réinstallation* des PPR est censé être la seconde facette de l'assistance aux États de transit ou de premier accueil. Or la réalité de la réinstallation est dérisoire⁶² : quelques centaines de réfugiés ont été réinstallés vers l'Union, laissant l'essentiel de la charge entre les mains des États de premier accueil⁶³. En outre, dans son principe même, la réinstallation est un mécanisme de tri de ceux qui vont accéder au territoire de l'Union.

Le projet d'organiser des voies d'entrée protégée⁶⁴ sur le territoire européen, ré-évoqué par la Commission dans son plan d'action en matière d'asile en 2008⁶⁵, contient la même ambivalence : les moyens de l'entrée protégée envisagés sont divers, et vont d'une application plus souple du régime des visas à l'instruction des demandes d'entrées sur le territoire européen en vue d'y demander l'asile via les représentations consulaires des États membres situées hors de l'UE. Moyens de faciliter l'accès à l'asile, ce sont aussi des moyens de dissuader les arrivées spontanées des demandeurs d'asile sur le territoire de l'Union. On comprend donc pourquoi les concepts d'*externalisation* ou d'*extra-territorialisation*, nés dans le cadre de l'étude de la politique d'immigration, ont été appliqués à la politique d'asile⁶⁶. Ils permettent en effet de rendre compte de la multiplication des actions et instruments qui, *de facto*, déplacent le lieu de traitement de la demande d'asile hors des frontières de l'UE.

⁶¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection dans les régions d'origine : « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final, 4 juin 2004.

⁶² Voir M. GARLICK, "EU "regional protection programmes": development and prospects", *op. cit.*

⁶³ En outre, on sait que les pays visés (Biélorussie, Ukraine, Moldavie, Afghanistan) eux-mêmes ne respectent pas toujours le droit d'asile. Ainsi la Biélorussie donne de très faibles garanties en termes de protection des droits fondamentaux.

⁶⁴ Qui apparaît avec la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés, COM(2003) 315 final, 3 juin 2003 fait mention de l'entrée protégée.

⁶⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 17 juin 2008 : « Plan d'action en matière d'asile: une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM(2008) 360 final, 17 juin 2008.

⁶⁶ Voir T. BALZACQ, "The external dimension of EU justice and home affairs: tools, processes, outcomes", *CEPS working document* n° 303/September 2008 ou encore J.-J. RIJPSMA et M. CREMONA, "The extra-territorialisation of EU migration policies", *EUI Working Papers*, LAW 2007/01.

Surtout, ces diverses mesures poursuivent un objectif de contrôle des flux de demandeurs d'asile. Or le contrôle des personnes est - au plus - une finalité secondaire du système d'asile d'origine, qui est principalement destiné à garantir la protection dans le respect de la Convention de Genève. En revanche, l'impératif de maîtrise des flux migratoires est un objectif primaire de la politique d'immigration de l'Union. Aussi peut-on interpréter le développement des mesures d'externalisation en matière d'asile comme la manifestation de la jonction du volet externe de la politique d'asile avec le volet externe de la politique d'immigration. Ce volet externe de la politique d'immigration regroupe en effet un nombre important de mesures destinées au contrôle des flux et à la lutte contre l'immigration clandestine⁶⁷, parmi lesquelles les plus célèbres sont l'action de Frontex⁶⁸, les accords de réadmission⁶⁹ ou les clauses de réadmission dans les accords internationaux de l'Union. Le volet externe de la politique d'asile semble donc désormais moins articulé au volet interne de la politique d'asile qu'à la politique d'immigration.

Cette évolution conduit à revisiter la cohérence de la politique d'asile. À première vue, les deux volets de la politique d'asile sont de plus en plus disjoints puisque le volet externe de la politique d'asile est sous influence de la politique d'immigration. Mais ce constat doit être nuancé car certaines normes du volet interne de la politique d'asile, bien qu'affirmant leur finalité protectrice, poursuivent également un objectif de maîtrise des migrations d'asile. Le système Dublin-Eurodac est même l'exemple paradigmatique d'une stratégie de contrôle des migrations d'asile car, en désignant sur la base de critères fixes et d'application impérative quel État membre est compétent pour traiter une demande d'asile, le mécanisme Dublin empêche les demandeurs d'asile de choisir librement leur État d'accueil. Le système Dublin est donc un instrument de contrôle du mouvement, de sorte que le diagnostic de la disjonction des volets interne et externe de la politique d'asile est discutable. Certes, les points d'articulation entre les deux volets ont évolué. Mais parce que les deux volets de la politique d'asile de l'Union sont sous l'influence des objectifs de la politique d'immigration, la politique d'asile ne serait pas devenue incohérente.

Un tel constat suppose toutefois que l'on retienne une vision étroite de la cohérence : la cohérence est attestée quand il n'y a pas de rupture majeure (des finalités et moyens utilisés pour atteindre ces finalités) entre les volets interne et externe. C'est le cas ici. Mais cette conclusion n'est pas pleinement satisfaisante car, s'ils convergent en se rapprochant des objectifs de la politique d'immigration, les deux volets s'éloignent de ce qui a fait la cohérence de la politique d'asile : la prise en compte de la spécificité de la migration d'asile, le besoin de protection des demandeurs d'asile et l'exigence de respect de la Convention de Genève. Or, comme un individu, une politique n'est cohérente que si elle ne dévie pas de ses principes. Il reste donc à espérer que le respect des droits fondamentaux, dont les Cours européennes ont récemment rappelé l'importance, puisse devenir un autre point d'articulation entre les volets interne et externe de la politique d'asile. Seulement dans ce cas et malgré une articulation souple et flexible, la politique d'asile sera à même de conserver son autonomie et sa cohérence.

⁶⁷ Voir l'ouvrage dirigé par L. DUBIN, *La lutte par l'Union européenne contre l'immigration irrégulière*, Bruylant, 2012

⁶⁸ Voir M. BOUMGHAR, « La licéité internationale des opérations menées par Frontex », in L. DUBIN (dir.), *La lutte par l'Union européenne contre l'immigration irrégulière*, Bruylant, 2012, pp. 103-164

⁶⁹ Voir Ch. COURNIL, « La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : Diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires », in L. DUBIN (dir.), *La lutte par l'Union européenne contre l'immigration irrégulière*, Bruylant, 2012, pp. 189-252.

